

Processo e Democracia – apontamentos acerca da intrínseca relação com o instituto da cidadania no Estado Democrático do Direito.

Tatiana Maria Oliveira Prates

Mestre em Direito e Instituições Políticas pela Universidade FUMEC

Professora de Direito Processual Civil do Centro Universitário Newton Paiva

1. Intróito; 2. Do Instituto da Cidadania; 3. Da sinérgica relação entre o Paradigma do Estado Democrático de Direito e o Instituto da Cidadania; 4. Da Cidadania como garantia constitucional; 5. Legitimação processual e cidadania; 6. Conclusão – as apórias do Estado Democrático pela não efetivação do processo como *locus* discursivo que impõe na não efetivação do Instituto da Cidadania. 7. Bibliografia.

Palavras Chaves: Cidadania; Democracia; Devido Processo Legal; Estado Democrático de Direito; Teoria Neo-institucionalista do Processo.

1. Intróito

Desprendendo-se da concepção de que a Cidadania cinge-se a um *status* meramente político, o paradigma do Estado Democrático de Direito descortina a nova conceituação do instituto, encampando estatutos constitucionais que orquestram os instrumentos que balizam os objetivos a serem perseguidos pelo Estado para a plena efetivação dos direitos fundamentais.

A Cidadania, em Direito Democrático, é tida como fonte de conteúdo processualizado que propõe a legitimidade decisória a todos os integrantes da sociedade, para que, de forma individual, ou em grupos, apresentem procedimentos processualizados aptos à fiscalização intercorrente dos trabalhos positivados, inculcando no indivíduo sua auto-inclusão no sistema como legislador-político-ordinário – cidadão legitimado ao devido processo legal.

Assume, então, o cidadão, o *locus* herdado da eticidade, das crenças e das “leis divinas”, usando força comunicativa integradora, diante a institucionalização de um processo político-constitucionalizado, que titula os cidadãos como detentores de direitos fundamentais que balizam sua autonomia pública e privada. O processo assume a posição de significante jurídico de reconstrução e aplicação do direito ante a construção do devido processo constitucional que se constitui como o direito garantia, edificante do Estado Democrático de Direito adotado na Constituição pátria em vigor.

O Direito Democrático requer uma sociedade canalizada em uma teoria discursiva do Direito, que resulta na legitimação deste, pela via processualizada como instrumento de institucionalização constitucionalizada da vontade democrática dos cidadãos, ante à ruína do Estado absolutista, rechaçando, pois, a figura arcaica do julgador magnânimo e iluminado.

2. Do Instituto da Cidadania

A **cidadania**, tal como é concebida hodiernamente, vem sendo banalizada ao se tentar reduzi-la a um *status* meramente político. O homem só vislumbrou sua efetiva realização como sujeito jurídico que frui direitos, face à instituição do Estado, onde se verifica o alargamento de suas relações, outrora restritas ao âmbito familiar. Nesse sentido:

Os agrupamentos humanos caracterizam-se como sociedades quando têm um fim próprio e, para sua consecução, promovem manifestações ordenadas e se submetem a um poder, e no tocante à sociedade humana, globalmente considerada, verificamos que o fim a atingir é o bem comum.¹

A organização social descortina-se como instrumento de defesa e amparo dos indivíduos. A ausência da sociedade, em nossos dias, levaria, insofismavelmente, à barbárie dos tempos hordais e tribais.

Por conseguinte, dada à prestação de proteção ao grupo organizado, a experiência da vida social implantou no homem, como ser individual, a consciência e o sentimento da necessidade do Estado, bem como do dever de obediência aos ditames legais emanados pela conjuntura jurídica estabelecida. À guisa de ilustração, observa Gropalli:

O nosso sentimento do dever de obediência ao Estado representa a síntese da experiência de gerações, de séculos que se sucederam na evolução histórica, síntese essa que veio estratificar-se em nós como uma predisposição orgânica, quase como um instinto.

[...]

Uma sociedade sem moral e sem o direito, na qual o egoísmo não encontrasse freio nos deveres impostos pela coexistência e o homem não encontrasse uma defesa nos institutos por ela garantidos, seria fatalmente uma sociedade destinada a perecer.²

Infere-se, pois, que o Estado é criação do homem com o fito de implementar seu destino. Neste diapasão, indivíduo e Estado são termos indissociáveis, o que imporia, conforme concepção

¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 39.

² GROPALLI, Alexandre. **Doutrina do estado**. Trad. Paulo Edmur de Souza Queiroz. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 314 - 315.

dominante até o século XX, uma posição harmônica e equânime, objetivando a mensuração do princípio da autoridade (essencial ao Estado) e o princípio da liberdade (fundamental ao homem).

A questão é assim traduzida por Gropalli, ainda numa visão hegeliana historicista:

As duas relações 'indivíduo-Estado' e 'liberdade-autoridade' são indissolúvelmente conexas e a sua disciplina consiste em seu equilíbrio.

[...]

Estado e indivíduo não são dois fantasmas, mas duas realidades, e negar um ou outro é como negar a luz do sol. Se o indivíduo só pode viver em sociedade e pela sociedade, a sociedade, por sua vez, não pode viver senão da vida e pela vida dos indivíduos que a compõem, e com a tutela dos interesses destes se funde a tutela dos interesses daquela, porque mutuamente se pressupõe e integram na sua imanente unidade.

Por isso, se é ilógico admitir que direitos naturais e inatos caibam aos indivíduos, é da mesma forma absurdo reconhecer que estes direitos possam pertencer ao Estado: nem os indivíduos nem o Estado nascem livres e soberanos, **mas formam-se penosamente no trabalho da história** e é preciso considerá-los em relação à forma determinada de sociedade, da qual fazem parte, e da qual, se os isolamos, caímos em abstração.³ [sic] [**grifo nosso**]

A Constituição, no **Estado Democrático de Direito**, tem como premissa basilar tutelar e favorecer a atuação da personalidade do indivíduo, no que respeita, quer aos direitos fundamentais, quer aos direitos ainda suscetíveis de acerto jurídico. A realidade estatal, ainda na visão hegeliana de Gropalli, transcende a dos indivíduos, e o poder que nela se instala há de cogitar, não somente os interesses particulares de minorias, mas a prevalência do interesse social, vejamos:

O cidadão, que no Estado moderno sabe que encontra a defesa dos seus direitos, a garantia do seu futuro através do trabalho, e o pão, mesmo quando a moléstia e a velhice entristecerem os seus dias, se afeiçoa ao Estado ao qual torna-se glória pertencer, constituindo orgulho sacrificar

³ GROPALLI, Alexandre. **Doutrina do estado**. Trad. Paulo Edmur de Souza Queiroz. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 318.

até a própria vida quando esteja em jôgo sua salvação. O cidadão, no sentido moderno da palavra, não é o homem da natureza como o concebe ROUSSEAU, o qual consente em ceder o menos possível de suas prerrogativas originárias aderindo ao contrato social por ter em vista o bem de todos e dando vida ao Estado de quem êle é sempre o juiz e o árbitro, mas sim é o cidadão que forma um todo único, um bloco infrangível com o Estado e que é ao mesmo tempo soldado, contribuinte, produtor, pai de família, porque sabe que tôdas essas qualidades se potenciam no Estado e pelo Estado.⁴ [sic]

Mais uma vez, reafirma Gropalli “Entre Estado e indivíduo não pode haver contraste, quando se saiba conciliar o máximo útil como o mínimo meio, harmonizando-se o princípio da autoridade como princípio de liberdade no interesse superior da coletividade.”⁵

Vê-se que Gropalli, convicto de um elo intrínseco entre indivíduo e Estado, não poderia aceitar que se colocassem em posições antagônicas os interesses do Estado e dos indivíduos. Entretanto, sua teoria admite um vínculo histórico fatalizante entre o indivíduo e o Estado, sem qualquer *medium* linguístico explicativo dessa inarredável escatologia.

Daí é que o **Estado Constitucional Democrático**, na atualidade, apresenta-se como espaço jurídico-dialógico, como âmbito de fiscalização da Administração Governativa e não mais numa visão da história concreta da ação político-coletiva e, por isso, o **Estado Constitucional** garante faixas de discussão, viabilizando a inclusão de todos os cidadãos, fazendo com que a **cidadania** não seja uma premissa utópica, permitindo-se, pois, uma aberta efetivação e interpretação da Constituição.

Objetivamos, nesse artigo, apresentar a concepção hodierna da **cidadania** na espacialidade do **Estado Democrático de Direito**, que está adstrita à teoria discursiva do direito, através do *medium* lingüístico da processualidade, oriundo da Teoria Neo-institucionalista do

⁴ GROPALLI, Alexandre. **Doutrina do estado**. Trad. Paulo Edmur de Souza Queiroz. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 319 – 320.

⁵ *Ibidem*, p. 320.

Processo, uma vez que os direitos balizadores do processo (isonomia, ampla defesa e contraditório) permitem aos cidadãos divergirem em face dos direitos substanciais que não mais podem estar entrelaçados à transcendentalidade do direito natural ou divino nas sociedades pós-metafísicas. Os direitos substanciais devem ser determinados por seus destinatários. Assim, em sociedades democráticas, a processualidade jurídica fomenta a autonomia pública e privada, uma vez que a legitimação do direito, nas sociedades complexas, é pós-convencional.⁶

Conforme os ensinamentos do constitucionalista Baracho⁷, a inteligência do conceito de cidadão e de **cidadania** apresenta peculiaridades que não se eximem ao sujeito, que corrobora nos negócios da cidade. Ilustra com maestria a passagem de Ardant “O cidadão introduziu com ele a democracia; não há cidadãos sem democracia ou democracia sem cidadãos.”⁸

Urge a plena absorção do hodierno conceito de **cidadania** pelos princípios constitucionais do **processo**, para que se possa conceber o **Estado Democrático de Direito**; “A exigência de garantia constitucional é necessária para assegurar a integridade da Constituição como regra suprema de poder.”⁹

Clama-se, por oportuno, pela real vinculação e, porque não dizer, pela assimilação, pelos pares do **Estado Democrático do Direito**, dos vínculos indissociáveis à sua edificação e preservação, quais sejam: a proteção dos direitos fundamentais, a promoção das condições objetivas de desenvolvimento da liberdade e da personalidade individual, com a inserção do

⁶ ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania**: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 01.

⁸ ARDANT, Philippe. *Manual de institutions politiques & droit constitutionnel*. 4. ed. Paris: LGDJ, 1992, p. 143 e ss. *apud*. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania**: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 01.

⁹ *Ibidem*, p. 09.

discurso lançado ao patamar da procedimentalidade, o que viabilizará a pretensão de autodeterminação democrática da sociedade.

Em alusão aos ensinamentos de Leal¹⁰, não mais podemos condescender com a dimensão retórica da **democracia**; há que se promover a integração dos princípios constitucionalizados que asseguram o **devido processo constitucional** como eixo de construção e sustentação da sociedade democrática, com a auto-inclusão social pelo exercício da legitimação ao processo jurídico.

A legitimidade da Constituição é indissociável da institucionalização de procedimentos processualizados, que proporcionam a deliberação irrestrita dos cidadãos acerca das leis que os disciplinam. A eficácia da tutela jurisdicional, o irrestrito acesso à ordem jurídica, bem como os balizadores constitucionais do procedimento, quais sejam o contraditório, a isonomia entre os pares, a fundamentação das decisões – formuladas ante a “simétrica participação das partes”¹¹, e não por mero intelectção unipresente do magistrado, e os demais princípios constitucionais são o sustentáculo do **processo** democrático jurisdicional.

Almeida salienta que somente por uma razão discursiva poder-se-á obter a integração social que se produz a partir do consenso uma vez que serão expurgados juízos de certeza.¹² A *legitimatio* contempla o controle irrestrito de constitucionalidade porque não trabalha com juízos de certeza absoluta, destinando-se, portanto, a uma incessante fiscalidade do sistema ante a

¹⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002, p.31.

¹¹ Conforme bem ressaltou Aroldo Plínio Gonçalves In: GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 132: “A idéia de contraditório como direito de participação, o conceito renovado de contraditório como garantia de participação em simétrica paridade, o contraditório, como oportunidade de participação, como direito, hoje revestido de especial proteção constitucional.”

¹² ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 50.

institucionalização de procedimentos constitucionalizados, que balizam juridicamente a ação discursiva.

Sobre tal égide, prossegue a autora:

A teoria discursiva não pressupõe um modo de vida comum, nem dita um modelo de certeza como a tradição republicana, no qual o processo democrático depende das virtudes de cidadãos devotados ao bem-estar público. Sua proposta é no sentido de uma compreensão procedimentalista acerca da legitimidade e da racionalidade do direito. Para combater o falso realismo que vem interpretando a autodeterminação procedimental democrática de idealista, Habermas substitui a imputação de virtude pela racionalidade, ou seja, o *éthos* democrático na teoria discursiva equivale a uma eticidade pós-convencional; “[...] o ônus de comprovação da eficiência da razão prática se desloca da mentalidade dos cidadãos para as formas deliberativas de política.”¹³

Nessas condições, continua a dissertar sobre o tema:

No Estado Democrático a atividade jurisdicional é exercida por todos os sujeitos do processo, pois a única fonte legítima para expedir a tutela jurisdicional são os destinatários da decisão.

[...]

Com o discurso jurídico-constitucional das democracias, o processo passou a ser a instituição constitucionalizada.¹⁴

A Constituição Brasileira de 1988 ampliou, sensivelmente, o conteúdo dos direitos fundamentais. Cada cidadão é singular, tendo sua identidade, cumprindo ao **Estado Constitucional** reconhecê-la e realizá-la.

Não obstante, a proclamada igualdade entre os indivíduos, como cidadãos, é retórica.

Ainda que estabelecida considerável inserção de direitos e garantias no corpo constitucional, o

¹³ ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 58.

¹⁴ *Ibidem*, p. 65.

cidadão vê escoar a característica indissociável do paradigma do **Estado Democrático**, qual seja: a realização e a fiscalização dos direitos fundamentais pelo sujeito constitucionalmente legitimado ao **processo** que se opera pela **cidadania**.

Baracho informa acerca da necessidade precípua da participação política do cidadão, que deve intervir na aplicação da lei, ao caso concreto:

A garantia constitucional do processo é um outro princípio, em matéria processual, fixado pela Constituição. Consagra esta a todos a garantia ao direito de agir em juízo, para defesa de um direito próprio ou de um interesse legítimo. É um princípio que decorre da juridicidade do Estado e que serve para eliminar todos os resíduos de discriminação em favor do poder público.¹⁵

Os instrumentos processuais constitucionalizados implementam uma **cidadania** como atributo de todos os membros da comunidade jurídica. O acesso ao **processo** é primordial à efetivação dos direitos do homem, quer no âmbito jurídico interno, quer no âmbito jurídico internacional.

A estruturação plena da **cidadania** procedimentalizada constitucionalmente somente se configura se todos os elementos institutivos do **processo** forem atendidos. O julgador, em **Estado Democrático**, não pode mais assumir a posição de pretor romano. Cumpre trazer à baila as considerações de Almeida:

O balizamento para a formação, o exercício e a aplicação da vontade normativa se faz pelo processo.

[...]

A isonomia, o contraditório e a ampla defesa possibilitam a participação e a responsabilidade pessoal na construção (institucionalização) das decisões em uma sociedade democrática.

¹⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania**: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 19.

A força do direito, ou seja, o seu cumprimento e a integração social, no Estado Democrático, é possível a partir da inclusão dos destinatários na construção das decisões estatais e não apenas pelo aparato sancionador do Estado.

[...]

A atitude crítica, quando exercida através da discursividade jurídica, não é somente instrumento de liberdade, mas também dispositivo de controle e de seleção da liberdade, contribuindo para a testificação incessante do sistema falível.

O processo consiste no espaço-temporal discursivo isonômico de argumentação irrestrita e em contraditório da reconstrução fática e da interpretação da norma na construção das decisões estatais pelos destinatários. É o retorno da lei à processualidade jurídica que garante a sua legitimidade normativa.¹⁶

É imperioso compreender a Constituição como texto legitimador de instituições, uma vez que a própria Constituição é uma instituição jurídica que apresenta um direito político fundamental: a inserção do cidadão como titular da soberania.¹⁷

Clama-se, pois, ante ao paradigma de Estado hodierno a desmistificação da concepção de **cidadania** como qualidade nativa e cívica de alguém na estatalidade, porque o relevante é a atual indissociabilidade entre a **cidadania** e o direito fundamental do **devido processo constitucional**.

O escorço histórico do conceito de **cidadania** ante a concepção greco-romana. Verificamos que a **cidadania**, desde os idos arcaicos, foi uma verdadeira fonte de reivindicações para que os tidos como cidadãos pudessem ter seus direitos e suas obrigações fruídas no seio da comunidade.

¹⁶ ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 136.

¹⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Direito econômico: soberania e mercado mundial**. 3. ed. rev. aum. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

A concepção de que a **democracia** é o governo do povo surgiu na Grécia de Péricles.¹⁸ Não obstante a ausência do real sentido de “democracia”, é possível afirmar que a democracia ateniense contribuiu para o pensamento político-constitucional hodierno, devendo-se ressaltar que a isonomia, ainda que consagrada como fundamento da ordem social, não dizia respeito a todos os membros da *comunitas*. Somente os cidadãos de certo estrato da população é que detinham direitos políticos.

A constante preocupação com a organização do Estado (*a polis*), as relações deste com a sociedade e com as pessoas e o problema da lei e da justiça foram temas que repercutiram nos debates realizados na *ágora* e, sem qualquer senão, contribuíram para o desenvolvimento de sua praxis no modelo constitucional do **Estado Democrático de Direito**.

A *ágora* grega era tida como fonte sinérgica dos indivíduos autoconscientes (*paidéia*), que pertenciam a *polys*, criando o ser político-coletivo, que se mostrava pela discursividade de uma fala persuasiva (*lexis*)¹⁹. Esta discursividade operou como elemento instituidor e construtivo da ordem social (*bios politikos*), não obstante o óbice à participação de todos os envolvidos no debate uma vez que vigorava a argumentação retórica.²⁰

Ante a sinérgica relação dos Direitos Fundamentais e o **Estado Democrático de Direito**, percebemos a cristalina vinculação deste com a institucionalização de um **processo** discursivo que promove a inserção dos valores debatidos pela sociedade na contextualidade jurídica. No que pertine à aplicação do direito, a procedimentalidade e a comunicação entre os pares, que compõem o *locus* processual, tomam assento na base da legitimidade do **Estado Democrático**. O

¹⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e democracia – a ação jurídica como o exercício da cidadania. p. 01. **Revista virtual da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas**. ano 4, n. 1, jul. 2005. Disponível em: <<http://www.fmd.pucminas/virtuajus>>. Acesso em: 10 fev. 2006.

¹⁹ *Ibidem*, p.02.

²⁰ ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**. Belo Horizonte: Fórum Ed., 2005, p. 31-32.

instituto do **processo** traz à baila a realização dos direitos fundamentais assegurados a todos constitucionalmente. Logo, em **Direito Democrático**, há que se falar em decisões legítimas e não só válidas.

O instituto da **cidadania** como garantia constitucional que autoriza a gozo e a fruição dos direitos fundamentais constitucionalizados bem como legitima os cidadãos a promoverem a fiscalização do Estado, o que permite a criação, recriação, definição, interpretação e aplicação das leis por todos os integrantes da comunidade: cidadãos legitimados ao **processo** no recinto da **Comunidade Jurídico-política Democrática de Direito**.

Neste diapasão, é intrínseca a realação da **cidadania** ante ao paradigma do **Estado Democrático de Direito**, com o processo institucionalizado pela Constituição, que subsidia a legitimidade decisória. Assim, o **processo**, em **Direito Democrático**, deve deferir ao cidadão o espaço discursivo procedimentalizado que proporciona a construção de uma decisão calcada no direito legislado e não mais na inteligência privilegiada do magistrado.

A vigente concepção do instituto impõe óbice para a edificação do **Estado Democrático de Direito**. Há que se ater na concepção de que o cidadão, ante ao paradigma de Estado adotado pela Constituição Brasileira de 1988, não corresponde aos despautérios noticiados pela mídia, apresentando-se como votantes e “massa de sujeitos”, que promovem passeatas em prol de uma pseudo-cidadania. Ao realizar tais atos, estes ditos “cidadãos” simplesmente fecham seus olhos, não se portando como agentes construtores e fiscalizadores das decisões, “já que no Estado Democrático a força do direito não está na coerção, na submissão de um ao outro, mas na inclusão dos indivíduos como co-autores.”²¹

²¹ ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 32.

A **cidadania** é uma conquista teórica -e não mais histórica- e o **processo**, em **Estado Democrático**, é instituição regente da estruturação dos procedimentos em contraditório, ampla defesa e isonomia que se tornam **Direitos Qualificativos** ao exercício do **Instituto da Cidadania**.

3. Da sinérgica relação entre o Paradigma do Estado Democrático de Direito e o Instituto da Cidadania

O **Estado Democrático de Direito**, em contraposição aos demais paradigmas de Estado, impõe a necessidade de reconhecer ao cidadão os direitos de liberdade que se constituem como salvaguarda em detrimento ao nepotismo do Estado, num equilíbrio entre o público e o privado.

Surge o Estado constitucionalmente estruturado, que abrange suas atividades pelas leis votadas e aprovadas por representantes do povo. Assim, tem-se que a **cidadania** amálga-se aos direitos positivamente constitucionalizados, fomentando as vigas da legitimação da ordem jurídica.

Brêtas, de forma expressiva, salienta que

não se pode mais cogitar de um Estado, qualquer que seja seu conceito e justificação, sem as modernas e importantes qualidades identificadas pelo marcante fenômeno do constitucionalismo, que são o Estado de Direito e o Estado Democrático. Tem-se, portanto, um Estado submetido às normas do direito e estruturado por leis sobretudo a lei constitucional, um Estado no qual se estabeleça estreita conexão interna entre dois grandes princípios jurídicos,

democracia e Estado de Direito, ou seja, um Estado Constitucional Democrático de Direito.²²

O processo de democratização do Estado, além de submetê-lo à lei, jungia-o à vontade popular, dados os fins propostos pelos cidadãos. É nítida a fruição da integração do cidadão ao Estado ante ao *medium* lingüístico, que orienta as tomadas de decisões, o que viabiliza a consecução da plena **cidadania**.

Nos dizeres de Canotilho, o **Estado Democrático de Direito** apresenta duas vertentes orientadoras, quais sejam:

A teorização do Estado de direito democrático centrou-se até aqui em duas idéias básicas: o Estado limitado pelo direito e o poder político estatal legitimado pelo povo. O direito é o direito interno do Estado; o poder democrático é o poder do povo que reside no território do Estado ou pertence ao Estado.²³

Habermas²⁴, em seu postulado de teoria discursiva, aduz que o direito deve esboçar as seguintes funções: (a) buscar a estabilidade social e material da sociedade face as expectativas dos cidadãos; (b) propôr-se como instrumento de inclusão social dado um processo de deliberação isonômica dos integrantes da sociedade.

²² DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Responsabilidade do estado pela função jurisdicional. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

²³ CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 231.

²⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e a validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichter. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997, v. 2.

Sua teoria discursiva atrela a emancipação do homem a uma razão comunicativa que postula o rompimento com a filosofia do sujeito não obstante apelar

para uma racionalidade prático-moral com contornos normativos transcendentes kantianos imediatos na estrutura da linguagem, asseverando uma relação de mera complementaridade entre o Direito e a Moral na construção do ordenamento jurídico, ou seja, atrelando a formação da vontade normativa a uma instância moral que lhe é superior e que lhe dá fundamento.²⁵

Em releitura própria, Habermas comunga do entendimento de que a ação comunicativa, por si só, quer dizer, atrelada à fala, é imprestável para promover o consenso entre as partes. Ante as críticas dos neo-estruturalistas, depara-se com o irrefutável rompimento do direito com a moral, uma vez que aquele se tornou imperioso para a estabilização da linguagem em uma teoria discursiva do direito calcada na normatividade como eixo da razão comunicativa. A **cidadania** somente se opera perante uma teoria discursiva devidamente processualizada em face dos instrumentos constitucionais. Ante o exposto, a **cidadania** faz-se por inoperante em face de mera teoria discursiva, que não se apresente devidamente processualizada.

Almeida destaca que

²⁵ ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 37.

Nesta concepção madura, Habermas elucida que a moral pós-metafísica decorre de um procedimento argumentativo e não do imediatismo prescritivo da linguagem e que por isso a relação entre Moral e Direito é de co-originariedade, ou seja, de simultaneidade na origem e de complementaridade recíproca no modo de proceder.²⁶

A linguagem, por si só, torna-se frágil, sujeita à opressão, tornando-se passível de supressão na elaboração das decisões. A fala, linguagem institucionalizada, proporciona a estabilização da realidade com a consequente alteração das questões externadas.

Neste sentido:

[...] Ora, a atividade não – lingüística não oferece por *si mesma* essa perspectiva – ela não revela a partir de si mesma o modo como foi planejada. Somente os atos de fala conseguem preencher esta condição.
[...] As intervenções na linha de atividades orientadas para um fim não correspondem as mesmas *condições de racionalidade inerentes aos atos de fala*.²⁷

Habermas propôs o deslocamento do agir comunicativo para o agir discursivo que tem como *medium* lingüístico o direito. No entanto, não faz menção à processualização do veículo discursivo, o que obsta a **cidadania**.

Elucidando a passagem:

²⁶ ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 37.

²⁷ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-metafísico: estudo filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 69. *apud*. ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 39.

Devido às suas características formais, o direito positivo, que surge na modernidade como resultado de um processo de aprendizagem social, pode ser tomado como meio adequado para a estabilização de expectativas de comportamento; e parece não haver, nas sociedades complexas, um equivalente para ele. A filosofia não necessita de argumentos morais para demonstrar que é recomendável organizar nossa convivência com os meios do direito, ou seja, formar comunidades jurídicas em geral, pois bastam argumentos funcionais. O filósofo deve satisfazer-se com a idéia de que, em sociedades complexas, só é possível estabelecer, de modo confiável, condições morais de respeito mútuo, inclusive entre estrangeiros, se se apelar para o *medium* do direito.²⁸

Oliveira alerta para a distinção, ante ao paradigma democrático, entre a eticidade e o direito:

Em outras palavras, o desafio atual da universalização dos direitos fundamentais e da base da legitimidade das decisões políticas, inclusive em face da formação de Comunidades de Direito, de base multicultural, está cobrando, mais uma vez, a devida distinção de Direito e eticidade. O Direito deve fundar-se tão somente no princípio democrático, não mais compreendido como mecanismo liberal de decisão majoritária ou partir de uma pretensa ‘vontade geral’ republicana, mas como institucionalização de processos estruturados por normas que garantam a possibilidade de participação discursiva dos cidadãos no processo de tomada das decisões.²⁹

Cumprе ressaltar que o direito, em **Estado Democrático**, não atribui validade à linguagem sem que esta se apresente balizada por um discurso jurídico devidamente constitucionalizado. Nesta linha de raciocínio, a isonomia, a ampla defesa e o contraditório apresentam-se como direitos qualificativos do instituto da **cidadania** em uma sociedade jurídico-político-democrática.

²⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 2, p. 322-323.

²⁹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 93.

Ante ao paradigma do **Estado Democrático**, a Constituição tem sua legitimidade na institucionalização dos **processos democráticos**, rechaçando o singelo conceito de ser mero procedimento de condicionamento jurídico da sociedade, o que norteia a **cidadania**.

A institucionalização do processo discursivo deve ser estruturada por um processo legislativo democrático uma vez que a elaboração das leis e dos atos normativos tem que escudar-se nos valores debatidos pela sociedade.

No que tange à aplicação do direito, a procedimentalidade e a comunicação entre as partes litigantes tomam assento na base da legitimidade do **Estado Democrático**. Há a desmistificação do juiz Hércules³⁰ – o grande oráculo da sociedade - que não se apresenta mais como o salvaguarda dos preceitos da sociedade, conhecedor precípua da moral e da ética.

Sob esta ótica, faz-se imperioso o rechaçamento das proposições dworkianas, que apontam indevidamente o juiz Hércules como um representante do povo, garantindo a integridade do direito democrático, ainda que não legitimado para tal. Tal figura anuncia-se isolada, atuando onipresente na judicção. A monopolização da atividade interpretativa é lançada nas mãos de Hércules, conforme explicitado por Dworkin:

³⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 287.

Hércules, porém, não se mostrará tão disposto a acatar a prioridade local quando do resultado de sua prova não for bem sucedido, quando os limites tradicionais entre as áreas do direito se tornarem mecânicos e arbitrários, ou porque a moral popular passou por uma modificação ou porque o conteúdo das divisões não mais reflete a opinião pública. As divisões do direito às vezes se tornam arbitrárias e isoladas da convicção popular, particularmente quando as regras centrais de uma área foram elaboradas em períodos distintos.³¹

A aplicação do direito pelo juiz Hércules remete, insofismavelmente, a uma restrição às cúpulas interpretativas do direito. Onde não há interpretação do direito pelos intérpretes – cidadãos – co-autores do direito, não há que se falar em **cidadania**, em face do hiato obstrutivo da discursividade processualizada.

Não obstante as homenagens tecidas a Dworkin, Habermas apresenta crítica a esse ponto ao discorrer sobre sua teoria discursiva:

No entanto, é precisamente do ponto de vista da integridade que teríamos de libertar Hércules da solidão de uma construção teórica monologicamente guiada. [...] O próprio reconhece esse cerne procedimental do princípio da integridade juridicamente assegurada quando localiza o fundamento da igualdade do direito a liberdades subjetivas no direito a iguais liberdades comunicativas. O que sugere que fixemos a hegemônica ideal da teoria jurídica no ideal político de uma ‘sociedade aberta de intérpretes da constituição’ e não na personalidade ideal de um juiz que se distinga por suas virtudes e por seu acesso especial à verdade.³²

³¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 302.

³² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 2, p. 279.

Em **Estado Democrático de Direito**, busca-se uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, o que retira a hegemonia interpretativa do juiz. Os cidadãos são legitimados para corroborar com a devida interpretação do direito, o que fomenta a legitimação das decisões adotadas inerentes à efetivação da **cidadania**. O espaço discursivo, inaugurado pelos cidadãos - agentes políticos legitimados- deve se apresentar como um direito, garantia fundamental para a efetividade da **democracia**. Logo, a caricata figura do juiz Hércules, ante ao seu monopólio de discurso, não coaduna com as premissas do paradigma democrático ao fundamento que impede o *medium* lingüístico, que orienta a **cidadania**.

É importante observar a indissociabilidade da processualização da comunicação discursiva na construção do **Estado Democrático de Direito**, nesse sentido, a lição de Leal:

É certo que também não mais se pensa numa democracia do positivismo encantada pela unidade lógica de sistemas eternizantes de direitos não adquiridos no processo jurídico-democrático de bases dialógicas e plebiscitárias. Sequer se imagina que a democracia surgirá da dialética natural da história (ser – social mitificador historicista) como instrumento anímico ambulante de decisão externa ao homem e para o homem.

Com efeito, é o conceito de parte como pessoa legitimada pela lei a atuar a lei é que poderá, em Direito democrático, balizar o campo hermenêutico, porque os conceitos de homem, indivíduo, cidadão, pessoa, coletividade, sociedade, como autores ou atores anônimos do mundo da vida, não encerra vínculo jurídico participativo de procedimentalidade em bases jurídico-normativas para instalar um regime de interpretação aberta a todos, porque esta abertura não se faz por ordem natural ou espontânea, mas quando os seus agentes se

protagonizam como pessoas (partes) legalmente autorizadas para provocar decisões, criar, reconstruir, modificar ou extinguir suas próprias realidades do existir jurídico. PARTE é o agente processual do DEVER-SER jurídico e não o SER jurídico que é a LEI em si mesma.

[...]

A parte já constitucionalmente legitimada é o agente do DEVER-SER normativo (devido processo legal), que se concretiza na procedimentalidade (efeito expansivo) para criação (legiferação) ou definição (judicação) do direito. O espaço-político de criação do direito só será continente democrático se já assegurados os conteúdos processuais dialógicos da ISONOMIA, da ISEGORIA e da ISOCRÍTICA em que haja, portanto, em sua base decisória igualdade de todos perante a lei (isonomia), de igualdade de interpretar a lei (isegoria) e igualdade de todos de fazer, alterar ou substituir a lei (isocrítica). Essa situação jurídico-processual devida é que permitirá a enunciação das DEMOCRACIAS como governo da totalidade social concreta, isto é: povo concretizador e criador da sua própria igualdade jurídica pelo devido PROCESSO CONSTITUCIONAL.³³

A devida legitimidade constitucional encontra seu fundamento nos instrumentos processuais aptos a conduzir seus valores. O **Estado Democrático** encontra-se norteado pelos preceitos do acesso irrestrito à ordem jurídica, a eficácia da tutela jurisdicional, ao contraditório, a isonomia entre as partes e a fundamentação das decisões judiciais, premissas tais, indissociáveis da **cidadania**.

A participação do cidadão na construção do provimento final foi elucidada por Gonçalves, pelo que vale a transcrição dos ensinamentos:

Enquanto não se podia pensar a função jurisdicional com a participação das partes na fase de preparação da sentença, a reflexão jurídica se ateve à missão

³³ LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e hermenêutica constitucional a partir do Estado Democrático de Direito. In: _____. (Coord.). **Estudos continuados de teoria do processo**. v. II. Porto Alegre: Síntese, p. 22-23.

do juiz e, projetou nele a grande esperança de se retificarem as injustiças do Direito positivo.

Com as novas conquistas do Direito, o problema da justiça no processo foi deslocado do ‘papel-missão’ do juiz para as garantias das partes. O grande problema da época contemporânea já não é o da convicção ideológica, das preferências pessoais, das convicções íntimas do juiz. É o de que os destinatários do provimento, do ato imperativo do Estado que, no processo jurisdicional, é manifestado pela sentença, possam participar de sua formação, com as mesmas garantias, em simétrica igualdade, podendo compreender porque, como, por que forma, em que limites do Estado atua para resguardar e tutelar direitos, para negar pretensos direitos e para impor condenações.³⁴

Nesse paradigma, o **processo** não mais pode ser recepcionado como o instrumento de exercício da jurisdição e o procedimento como a estrutura de sucessão dos atos processuais. O instituto do **processo** transmuta-se em espécie de procedimento, no qual se garante o contraditório e a simétrica participação das partes que permitem a efetivação da **cidadania**.

A Constituição Brasileira vigente adotou teoria constitucional, em que o momento decisório “não é mais a oportunidade de o juiz fazer justiça ou tornar o direito eficiente e prestante, mas é o instante de uma DECISAO a ser construída como resultante vinculada à estrutura procedimental regida pelo PROCESSO constitucionalizado.”³⁵

Com primazia, Leal assevera, ainda:

³⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 194-195.

³⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002, p. 69.

Nessa perspectiva, que é de direito democrático, o *processo* não é instrumento da jurisdição ou mera relação jurídica entre partes e juiz, porque é instituição-eixo do princípio de existir do sistema (aberto) normativo constitucional-democrático e que legitima o exercício normativo da jurisdicionalidade em todas as esferas de atuação do Estado que, por sua vez, também se legitima pelas bases processuais institutivas de sua existência constitucional. O Estado não é mais o ente hegeliano portador etéreo de um *poder* mítico-carismático conferido por um povo icônico que, como Estado-Juiz, promova a catarse urdidora da paz social pela solução de conflitos surgidos em seu exotérico arcabouço.³⁶

Sob esta égide, a Constituição de 1988 adota técnica moderna, uma vez que apresenta os direitos individuais de forma exaustiva, sem se escudar de outros que possam ser anexados ao Texto Constitucional. Baracho Júnior disserta que “a Constituição de 1988 trouxe o mais amplo elenco de direitos fundamentais de todas as Constituições brasileiras.”³⁷

Rezam os parágrafos 1º e 2º da Constituição Brasileira de 1988 que: “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata” e “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou nos Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

³⁶ *Ibidem*, p. 69.

³⁷ BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Olivera. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. *apud*. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Função jurisdicional do estado e direito do povo à jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 105.

É de suma importância a inserção dos direitos fundamentais nas Constituições hodiernas, uma vez que assumem o papel condicionante da inclusão do homem/cidadão na comunidade política ante a incessante reconstrução do direito viabilizada pela **cidadania**. As liberdades dizem respeito, em primeiro plano, ao embaraço do poder estatal. Cumpre ao cidadão a fiscalização do Estado para que este cumpra e viabilize a fruição dos direitos, a fim de proporcionar a inserção do **Estado Democrático de Direito** no cotidiano, protegendo os interesses materiais e sociais, logo, a **cidadania** processualizada torna-se o pressuposto norteador do paradigma democrático, já que oferece a devida legitimação do Estado ante as decisões tomadas em simétrica paridade, formadas em contraditório, observando-se a isonomia entre as partes.

Os Direitos Fundamentais configuram-se como verdadeira delimitação do poder estatal. Nesse sentido:

É como se as Constituições tivessem duas partes: uma pela qual se instrumenta o Estado, se organiza o poder político; e a outra consistente em munir o súdito do Estado, ou melhor, todos aqueles que estão sob a jurisdição estatal das prerrogativas que lhe permitam preservar aquela condição do homem para o gozo da liberdade e da responsabilidade pessoal. A Carta Magna ao mesmo tempo em que aumenta os direitos individuais, subtrai as competências do poder estatal.³⁸

Explicita, ainda:

³⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo, Celso Bastos, 2002, p. 263-264.

É por isso que o papel desses direitos individuais é de transcendental importância porque eles não só definem essa área de livre atuação pessoal como também delimitam o exercício do poder público, e conseqüentemente, são direitos a vigorarem em situações em que haja condições políticas para tanto.³⁹

Os direitos individuais redundam-se à manutenção de determinada ordem jurídica, que deve cumprir os ditames expressos, a fim de assegurar condições para a fruição da liberdade e da segurança do homem. É imprescindível que os cidadãos reajam a toda e qualquer lesão em seus direitos, quando observada exorbitância do poder público, que extravasa suas competências. Daí ser cabal a constante revisitação e fiscalização do **Estado Democrático de Direito**, que se opera por institutos processualizados que balizam o *medium* lingüístico da **cidadania**.

A Constituição de 1988, no Título II, assegura não só direitos fundamentais como também garantias fundamentais:

Rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o caráter instrumental de proteção dos direitos. As garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade.⁴⁰

³⁹ *Ibidem*, p. 264.

⁴⁰ CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 520.

Assim, temos que as garantias são os instrumentos que outorgam eficácia aos direitos fundamentais. O rol de direitos consagrados impõe a limitação da atuação estatal em face de todos que se encontram sob o amparo daquela ordem jurídica. Nenhuma pessoa pode ter rechaçado os bens jurídicos tutelados pela lei brasileira sem que lhe seja conferida a devida proteção. A própria Constituição inaugura o artigo 5º, assegurando a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Daí a inescusável associação do instituto da **cidadania** com o **devido processo**.

Por fim, tem-se que os direitos individuais viabilizam a construção de uma ordem jurídica capaz de possibilitar a condição de liberdade e de segurança do homem. Não restam dúvidas de que tais direitos não se cingem em remediar ou propiciar ao homem melhor aparato no aspecto material. Versam, pois, acerca de condições humanas face a um Estado, o qual opõe-se por excelência.

Elucidando a passagem:

O pressuposto dos direitos humanos é a democracia, pois direitos humanos só têm dimensão apreciável em regimes democráticos. Nesses regimes assegura-se a autonomia do indivíduo, permitindo-se-lhe optar livremente por quais aptidões irá desenvolver-se, pois é através da democracia que são criadas as oportunidades para que as pessoas se estabeleçam em sua capacidade de ser cidadãos.⁴¹

⁴¹ JAYME, Fernando Gonzaga. **Direitos humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 25.

Temos que as Constituições democráticas devem testificar conteúdos que induzem à discussão e incessante fiscalidade, só assim se mostram aptas ao paradigma democrático que se opera pelo instituto da **cidadania**. Neste diapasão, urge trazer à baila as ponderações elucidativas do insigne processualista Leal:

A instituição constitucionalizada do Estado democrático de direito põe-se em construção continuada pela comunidade jurídica, uma vez que não é um projeto congenitamente acabado, mas uma proposição suscetível de revisibilidade constante pelo *devido processo constitucional* que é o recinto de fixação jurídico-principlológica instituinte dos direitos fundamentais como ponto de partida da teorização jurídica da democracia para a criação normativa de direitos a se efetivarem processualmente no mundo vivente.⁴²

A Constituição de 1988 impingiu a manifestação cidadã em face do **devido processo constitucional**. Tem-se que o instituto do **processo** nada mais é do que a viabilização do direito do cidadão, como ente político do sistema democrático, de fomentar a fiscalização do Estado pela materialização do direito-de-ação, na medida em que no **Estado Democrático a cidadania** promove a indispensável procedimentalidade para a cabal construção e revisitação político-jurídico-democrática.

Couture⁴³ lança a expressão tutela constitucional do processo calcado na existência de um **processo** na própria Constituição. Em decorrência, a lei deve instituir

⁴² LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002, p. 31.

⁴³ COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 4 ed. Buenos Aires: B de F, 2002, p. 48 e ss.

este **processo**, sendo coibida qualquer forma que desabone a garantia materializada constitucionalmente. Neste sentido, qualquer lei ou ato que burle este propósito é inconstitucional.

O due process of law visa agasalhar o cidadão a partir do instante em que ele tem acesso ao Judiciário, permitindo a ampla defesa bem como os meios a esta inerentes.

O art. 5º, inciso LV da Constituição vigente, instituiu aos litigantes, quer seja em processo judicial quer administrativo, e aos acusados em geral, os institutos do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a estes inerentes.

Nos dizeres de Bastos:

basta salientar o direito em pauta como um instrumento assegurador de que o processo não se converterá em uma luta desigual, em que ao autor cabe a escolha do momento e das armas para travá-la e ao réu só cabe timidamente esboçar negativas. Não, forçoso se faz que ao acusado se possibilite a colocação da questão posta em debate sob um prisma conveniente à evidenciação da sua versão. É por isto que a defesa ganha um caráter necessariamente contraditório. É pela afirmação e pela negação sucessivas que a verdade irá exsurgindo nos autos. Nada poderá ter valor inquestionável ou irrefutável. A tudo terá de ser assegurado o direito do réu contraditar, contradizer, contraproduzir e até mesmo de contra-agir processualmente. Ligado historicamente ao direito penal, o direito à ampla defesa e ao contraditório, hoje, por força do novo Texto, trata-se de uma garantia aos acusados em geral.⁴⁴

Resta por caracterizado o caráter dialético do **processo** que se baliza através das contradições que medeiam o discurso democrático processualizado. O **Estado**

⁴⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. Celso Bastos: São Paulo, 2002, p. 387.

Democrático de Direito comporta uma complexidade, heterogeneidade e pluralismo característicos da sociedade contemporânea. Como titular de direitos, os cidadãos, para o pleno exercício da **cidadania**, não podem ser coibidos do gozo e da fruição dos direitos reconhecidos constitucionalmente, o que se opera pela processualidade constitucionalizada.

Os instrumentos processuais constitucionalizados visam a **cidadania** nivelada a todos os membros da sociedade. O acesso à justiça é primordial à efetivação dos direitos do homem, quer no âmbito jurídico interno, quer no âmbito internacional. Nesse sentido “O cidadão tem a necessidade de mecanismos próprios e adequados para que possa efetivar seus direitos.”⁴⁵

Não pairam senões no que respeita à construção da **cidadania**, que se legitima através da fiscalidade do Estado por meio de manifestações conscientes e não indevidas quanto às pretensões de particulares. Nesta constante revisitação da ordem democrática, não se pode coadunar com a normatização de meios que propiciem o exercício da **cidadania** ante a formas de “agilização da justiça”, desde que a presença de partes, juízes, representantes do Ministério Público e de interessados, nesses últimos casos, quando a demanda assim o exigir, se apresente de forma responsável.

⁴⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania**: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 25.

O **Estado Democrático** não pode quedar-se inerte face à negativa de fruição plena de direitos fundamentais que obstam a operacionalização da **cidadania**.

É o que preconiza Leal:

Mesmo na chamada modernidade, em que o direito é posto na realidade pelo discurso da lei atribuída a um povo ou representante desse povo, ainda assim se crê que a lei, como instrumento formal do direito, apresenta *lacunas* que são inerentes ao sistema jurídico e, como tal, a atividade jurisdicional será sempre supletiva ou salvadora do vazio horrorizante da lei.

Nesse enfoque, não é feita a pergunta se a proibição ou negação do *non-liquet* é ou não um jogo estratégico do liberalismo radical para confiar ao Poder Judiciário a prática de uma idéia de justiça extra-sistêmica pelas convicções dignificantes, éticas, morais ou consuetudinárias de um julgador identificado com a ideologia de uma classe preponderante de uma sociedade intocável.

[...]

Portanto, os que entendem ainda a lacuna da lei ou a defesa de sua completude como problema que, nas *decisões* tem de ser dogmaticamente resolvido pelo juiz desconhecem que, nas democracias, nenhuma norma é exigível se seu destinatário não é o seu próprio autor. Daí, se o povo real não legislou, o direito não existe para ninguém. Não há indagar se o que não é proibido é permitido, se o sistema é aberto ou fechado, mas, no direito democrático, o que não é provido pelo *devido processo legislativo* fiscalizável processualmente por todos (*devido processo legal*) não é juridicamente existente.

Na democracia, o direito é um campo da existência posta pela lei processualmente produzida, não podendo haver realidade jurídica fora da existência suscetível de constante testificação processual. No direito democrático, se a lei, em qualquer nível, é obscura, ininteligível, lacunosa, ambígua, antagônica, inadequada, por anomia ou antinomia, caberia ao juiz decidir segundo os conteúdos paradigmáticos da teoria do Estado democrático de direito em suas bases de fundamentalidade jurídica (direitos humanos) já pré-julgados na instância constituinte da institucionalização de direitos.⁴⁶

4. Da Cidadania como garantia constitucional

⁴⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 37-39.

A **cidadania**, para ter sua plena efetivação, impõe a indissociabilidade dos princípios constitucionais do **processo**. Conforme ensina Baracho, a compreensão da conceituação constitucional de garantia está inserida nos princípios constitucionais do **processo**. O sorvimento da garantia constitucional de acesso à justiça dar-se-á mediante a consolidação dos princípios constitucionais do **processo**, assim:

Para o atendimento do acesso à justiça, bem como para a consolidação das garantias processuais, os princípios constitucionais do processo são essenciais: princípio do juiz natural, garantia da independência do juiz, direito à defesa em juízo, devido processo legal, livre acesso ao processo, motivação da sentença, princípio da imparcialidade.⁴⁷

A garantia dos Direitos Fundamentais é *condicio sine qua non* para a concretização da sociedade moderna. É indissociável, em **Estado Democrático de Direito**, a íntima unidade dos Direitos Fundamentais e da Constituição, uma vez que a realização daqueles só se implementa pela legitimação dos processos que se operam pela **cidadania**, nos ditames eleitos pelo Texto Fundamental, ao passo que “onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais”.⁴⁸

⁴⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania**: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 10.

⁴⁸ CRUZ, Villalon. *Formación y evolución de los derechos fundamentales*. Revista Espanhola de Direito Constitucional, 25 (1989). *apud*. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *In*: _____. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: 2001, p. 196.

Cumprе ressaltar que o movimento constitucionalista consolidou, nas atuais democracias, a noção de que o reconhecimento dos Direitos Fundamentais autoriza bem como legítima o exercício do poder, quer se fale em esfera pública, quer privada. A Constituição que veda a efetivação dos Direitos Fundamentais configura um substrato sem qualquer forma normativa. Há que se ater que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 16, importa na clara vinculação dos direitos fundamentais ao exercício do Poder: “Toda a sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos do homem e nem determinada a separação de poderes, não possui constituição”⁴⁹ [tradução nossa].

O homem é ser gregário em sua própria essência. Com os movimentos renascentistas e o iluminismo, verificou-se a refutação da outrora vigente submissão do homem, que o colocava no patamar de súdito para conviver e suprir com as necessidades coletivas, para a adoção de postura antropocêntrica, impondo ao Estado/governante a prerrogativa de governar, não mais adstrita aos direitos divinizatórios, balizando-se sempre nos direitos fundamentais, subvertendo a legitimidade à sociedade.

Válida a transcrição de Bobbio:

⁴⁹ Texto no idioma original -*Toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution.*

A era dos direitos é [.....] o tema [.....] do significado histórico – ou melhor, filosófico-histórico – da inversão característica da formação do Estado moderno, ocorrida na relação entre o Estado e cidadãos; passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominante do ângulo soberano, e sim daquele do cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à concepção organicista tradicional.⁵⁰

É pueril a utilização, bem como a adoção dos Direitos Fundamentais como se estes fossem inerentes ao homem. Os Direitos Fundamentais erigiram-se de longas e sangrentas batalhas históricas, dada a tensão entre discurso e realidade. Os direitos humanos, no paradigma democrático, não se fundam pela discursividade, conforme a temática processual posta na constitucionalidade. A decisão deverá demonstrar a institucionalização da vontade soberana da comunidade. Bobbio assevera sobre a graduação dos Direitos Fundamentais:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam são direitos históricos, ou seja, nascidos de certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.⁵¹

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 02-03.

⁵¹ *Ibidem*, p. 05.

É preciso rechaçar a concepção de que os Direitos Fundamentais são inerentes ao homem. A comunidade jurídica, em um **Estado Democrático de Direito**, está sempre em processo de aprimoramento, buscando o discurso.

Sob tais elucidações, decorre a exigência do exame dos tópicos do **processo constitucional** com vistas à tutela dos direitos fundamentais.

O **processo** jurisdicional impõe a discussão para a aplicação do direito. A relação processual se apresenta em fluxo comunicativo entre os litigantes, estes simetricamente equidistantes, que realizando em contraditório o **devido processo**, promoverão a formação do juízo, fundamentando a decisão processual.

É possível cotejar, dentre outros, os seguintes princípios processuais do Texto Constitucional: (a) Princípio do direito de ação; (b) Princípio de acesso universal à jurisdição; (c) Princípio do devido processo legal; (d) Princípio do contraditório e da ampla defesa; (e) Princípio da obrigatoriedade da motivação; (f) Princípio da proibição do acolhimento de provas ilícitas; (g) Princípio do juiz e do promotor naturais; (h) Princípio da publicidade dos atos processuais.

Lapidar a lição de Baracho:

As constituições do século XX, com raras exceções, reconhecem a necessidade de proclamação programática dos princípios do direito processual, no conjunto dos direitos da pessoa humana e as garantias que lhe são necessárias. O entendimento do processo como garantidor

dos direitos individuais, antecipa a compreensão do prisma constitucional do Direito Processual. A condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo leva a pontos essenciais: a tutela constitucional dos fundamentos da organização judiciária e do processo de jurisdição constitucional.⁵²

A isonomia processual, ancorada aos princípios do contraditório e da ampla defesa, configura-se no ponto nodal do **processo constitucional** na busca da efetividade dos Direitos Fundamentais. Prima-se pelo reconhecimento da institucionalização constitucional da tutela ao **devido processo** com fincas à dignidade humana.

A magistratura deve ser desmistificada, deslocada do patamar de reificação que outrora lhe fora concedida. Em **democracia**, o magistrado deve reconhecer-se como igual perante as partes. Ao promover a fundamentação de sua decisão, não deve olvidar a participação das partes, elemento essencial do discurso jurídico hodierno, calcando-se, apenas em seu senso inato de justiça. Vale elucidar: “Entre uma decisão ‘justa’, tomada autoritariamente e uma decisão ‘justa’, construída democraticamente, não pode deixar de haver diferença, quando se crê que a dignidade humana se realiza através da liberdade.”⁵³

⁵² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo e constituição: o devido processo legal. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, vol. 30, n. 20/25, 1980, p. 92. *apud*. SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. *In*: _____. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 230.

⁵³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 147.

A legitimidade democrática do juiz é orientada face a sua sujeição às leis emanadas da vontade da sociedade. A função judicante é indissociável do respeito às garantias processuais constitucionalizadas.

O jurisdicionado tem garantido o direito constitucional a um discurso racional para a aplicação do direito, nos termos do artigo 93, X, da Constituição Brasileira vigente: “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;”. É consagrada a todo cidadão a garantia de agir em juízo, para defesa de um direito próprio ou um interesse legítimo. A tutela jurisdicional não pode ser limitada a uma porção da sociedade. O respeito ao direito-de-ação e ao direito de defesa apresentam-se como condição precípua da procedimentalidade.

O paradigma do **Estado Democrático**, ante a Teoria Neo-institucionalista do Processo, sustenta que o **processo** corresponde a instituição constitucionalizada, o que permite a constante revisitação da Constituição com escopo de promover o ajuste à vida cotidiana.

Cumprir trazer à baila as considerações de Oliveira, no que pertine ao tema: “Os direitos fundamentais exprimem as condições de possibilidade de um consenso racional acerca da institucionalização das normas do agir.”⁵⁴ Resta, pois, cristalino, que apenas o

⁵⁴ Olivera, Marcelo Cattoni de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos: 2002, p. 70.

instituto do **processo** mostra-se como veículo predisposto para realizar e propocionar a plena fruição dos direitos elencados constitucionalmente, uma vez que o respaldo ao direito-de-ação bem como ao direito de defesa deflagram-se em condição precípua da procedimentalidade, ante ao paradigma democrático, que prima pela simétrica participação das partes na elaboração das decisões, o que baliza a **cidadania**.

5. Legitimação processual e cidadania

A intelecção do **Estado Democrático de Direito** impõe, pois, a devida verificação da atividade estatal, viabilizando a participação popular efetiva, através de um espaço processualizado de diálogo, constitucionalmente garantido, qual seja, o **processo**.

A noção hodierna de **Estado Democrático de Direito** exige uma revisitação do conceito de **democracia**, com fincas a corroborar o seu entendimento, ante ao paradigma oposto. Neste caso, não mais se pode comungar do entendimento de que **democracia** corresponde ao discurso da maioria, uma vez que não se estaria viabilizando a manifestação igualitária dos autores e destinatários da Constituição.

Vale conferir a lição de Leal em relação à concepção de igualdade ante ao paradigma democrático:

A *igualdade* na democracia se define pela garantia de simétrica atuação temporal entre partes na construtividade da *estrutura procedimental* como espaço argumentativo instituído pela conexão normativa egressa da teoria *jurídico-processual do direito democrático* e não pela paridade entre pessoas no nível de justificação fatiçada para obviar uma solidariedade social pressuposta ou para alegar boas razões para otimizar estrategicamente inclusões sociais. Igualdade na democracia – e aqui está o equívoco de Habermas – não se confirma pela racionalidade final e reconhecedora do judiciário (tribunal constitucional) ou pelo tratamento de paridade devido às pessoas, mas pela proporcionalidade temporal juridicamente assegurada a todos no *âmbito* da procedimentalidade instaurada e processualmente estruturada à legitimação discursiva do direitos como *lugar* de preservação da durabilidade do projeto constitucional por uma interpretação ‘*desencadeada em todos os níveis da positivação do direito*’ e de sua aplicação.⁵⁵

A constante recriação do instituto da **cidadania** impõe o exercício da fiscalidade do Estado. Não obstante, o discurso filosófico da modernidade, ainda amordaçado ao historicismo ou mesmo ao paradigma da filosofia da consciência,⁵⁶ impõe a obstrução do Direito, como ciência, induzindo a formação de dogmas jurídicos. A compreensão do direito deve se apresentar em um ambiente processualizado, que proporciona a efetivação do **Estado Democrático Constitucional**, validando a sua revisitação para o pleno exercício da **cidadania**.

Teceremos breves considerações acerca dos princípios constitucionais que alçam o **processo** ao *status* constitucional, constituindo-se como direito-garantia, próprio para a efetividade da **cidadania** no **Estado Democrático de Direito**.

⁵⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002, p. 191.

⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 413-414.

Processo, conforme exposto, induz a um espaço dialético próprio, o que formaria o contraditório.

Válida a citação de Leal sobre o tema:

*o princípio do contraditório é referente lógico-jurídico do Processo constitucionalizado, traduzindo, em seus conteúdos, pela dialeticidade necessária entre interlocutores que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados, podendo, até mesmo, exercer a liberdade de nada dizerem (silêncio), embora tendo *direito-garantia* de se manifestarem.⁵⁷*

O magistrado põe-se à margem do contraditório, visando proporcionar esse direito-garantia. Nos dizeres de Aroldo Plínio, a Jurisdição atua como instrumento do **processo**, assim:

O contraditório realizado entre as partes não exclui que o juiz participe atentamente do processo, mas, ao contrário, o exige, porquanto, sendo o contraditório um princípio jurídico, é necessário que o juiz a ele se atenha, adote as providências necessárias para garanti-lo, determine as medidas necessárias para assegurá-lo, para fazê-lo observar, ele mesmo.⁵⁸

No **Estado de Direito Democrático**, o **processo** propicia o espaço de participação política de seus sujeitos. Ante este paradigma, o **processo** cinge sua

⁵⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 5. ed. São Paulo: Thommson IOB, 2004, p. 103.

⁵⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 122-123.

abrangência ao exercício jurisdicional do Estado. Os cidadãos -no processo judicial- ou os seus representantes -no processo legislativo- apropriam-se dele para fim diverso à jurisdição. O **processo** torna-se o eixo primordial da implantação da **democracia**, formando uma sociedade de intérpretes do direito.

Face as considerações tecidas, tem-se, pois, que o contraditório é o ponto nodal do **processo**, configurando-se como instrumento garantidor do espaço de participação do cidadão na edificação da **democracia**.

No que pertine ao instituto da ampla defesa, socorremo-nos, mais uma vez, a lição de Leal:

O princípio da ampla defesa é coextenso aos do contraditório e isonomia, porque a amplitude da defesa se faz nos limites temporais do procedimento em contraditório. A amplitude da defesa não supõe infinitude de produção da defesa a qualquer tempo, porém, que esta se produza pelos meios e elementos totais de alegações e provas no tempo processual oportunizado na lei. Há de ser ampla, porque não pode ser estreitada (comprimida) pela sumarização do tempo a tal ponto de excluir a liberdade de reflexão cômoda dos aspectos fundamentais de sua produção eficiente.⁵⁹

Ante as considerações esboçadas por Leal, temos que o complexo normativo há que se ater à necessidade de imposição de limites de manifestação processual -alegações

⁵⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 5 ed. São Paulo: Thommson IOB, 2004, p. 104.

e provas- o que legitima o espaço discursivo. Mais uma vez valemo-nos da abordagem do insigne processualista:

É por isso que, a pretexto de celeridade processual ou efetividade do processo, não se pode, de modo obcecado, suprimindo deficiências de um Estado já anacrônico e jurisdicionalmente inviável, sacrificar o tempo da *ampla defesa* que supõe a oportunidade de exaurimento das articulações de direito e produção de prova.⁶⁰

A prestação jurisdicional deve primar pela celeridade, mas esta deve ser apta a garantir o espaço político de participação cidadã. A ampla defesa configura-se em previsão normativa abstrata de limites máximos espaço-temporais de formulação e apresentação das provas e alegações. A participação das partes na formação da decisão é indispensável ainda que o **processo** seja célere.

Ante ao módulo nodal constitucional, acerca dos princípios norteadores do processo, temos como princípio derradeiro, a isonomia.

O complexo normativo procedimental, ao lado de exibir características tais como o contraditório, com limites espaço-temporais para uma satisfatória instrução realizado observando-se a ampla defesa, deve prever que estas se dêem de forma isonômica.

A lição de Leal é lapidar:

⁶⁰ *Ibidem*, p. 104.

O princípio da *isonomia* é direito-garantia hoje constitucionalizado em vários países de feições democráticas. É referente lógico-jurídico indispensável do procedimento em contraditório (Processo), uma vez que a igualdade de contradizer no processo equivale à liberdade temporal de dizer e contradizer para a construção, entre partes, da estrutura procedimental. A asserção de que há de se dar tratamento igual a iguais e desigual a desiguais é tautológica, porque, na estruturação do procedimento, o dizer e contradizer, em regime de liberdade assegurada em lei, não se operam pela distinção jurisdicional do economicamente igual ou desigual. O direito ao Processo não tem conteúdos de criação de direitos diferenciados pela disparidade econômica das partes, mas é direito assegurador de igualdade de realização construtiva do Procedimento.⁶¹

Assim, não se confere ao juiz valer-se de seu sentimento pessoal para que em cada caso venha a corrigir eventuais diferenças entre as partes dado um **processo** específico. A garantia processual impõe tratamento isonômico, sendo defeso ao magistrado a correção sem o devido embasamento legal, apenas norteado pelo seu *sentire*. A isonomia compreende, pois, a verificação da igualdade de participação política entre as partes no **processo**.

O direito-garantia do **processo** deve abraçar não somente o contraditório e a ampla defesa que, apresentados sem desenvolvimento isonômico, constituem embarcação naufraga como o nau sem timoneiro. A não observação da intrínseca relação dos princípios processuais impõe a plena ineficácia do espaço discursivo assegurado constitucionalmente.

⁶¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 5. ed. São Paulo: Thommson IOB, 2004, p. 103-104.

Cumpramos frisar que as garantias elencadas não compreendem todas as características do direito-garantia fundamental do **processo**. As garantias citadas constituem a ontologia do **processo**, logo não explicitou a totalidade das características processuais, visamos focar a abordagem no módulo primevo, necessário para inserção do **devido processo constitucional** democrático.

O **processo** fomenta um espaço jurídico-discursivo de “auto-inclusão do legimado processual na comunidade jurídica para construção conjunta da sociedade jurídico-política,”⁶² escoltado por seus princípios constitucionais constitutivos, quais sejam: ampla defesa, isonomia e contraditório.

Discorrendo acerca do tema, trazemos à colação a passagem elucidativa de Leal:

Percebe-se logo a fragilidade e engano de se conceber a cidadania como núcleo central mitológico da usinagem da liberdade e dignidade humanas. *Cidadania* é um deliberado vínculo jurídico-político-constitucional que qualifica o indivíduo como condutor de decisões, construtor e reconstrutor do ordenamento jurídico da sociedade política a que se filiou, porém o exercício desse direito só se torna possível e efetivo pela irrestrita condição legitimada ao *devido processo constitucional*.⁶³

⁶² LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002, p. 150.

⁶³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002, p. 151.

A abertura jurídico-discursiva impõe-se perante o **Estado Democrático de Direito** que não mais admite a moldura intangível da pseudo igualdade jurídica, que visava anular o discurso com fincas à unidade da identidade constitucional.

No paradigma democrático deve ser franqueado ao indivíduo, alçado à condição de cidadão, um meio de expressão face ao Estado, impondo-se a desmistificação da realização da justiça pelo Judiciário, nivelando-se todos ao patamar da **cidadania**.

São insuperáveis as lições de Leal:

Torna-se evidente que é preocupação academicamente generalizada, para a efetivação da democracia, a montagem processual de um espaço prévio de decisão sobre critérios a serem escolhidos para a ação na esfera público-privada. Anuncia-se, assim, por óbvio nas democracias, a derrocada de uma ordem de valores ou de conceitos que, por autoridade e tradição sediadas em juízo monocrático ou colegiado, se impusesse pela imediatidade de uma *intelligentsia* decisória (jurisdicional) ou ideológico-administrativa (Lenin) com total neutralidade (desvinculamento) para *'fundamentação científica da realidade política'*.⁶⁴

A legitimação do cidadão, em direito democrático, opera-se em espaço argumentativo que erradica a imediatidade do decisor instrumental, edificando uma formação discursiva de opiniões e vontades devidamente institucionalizadas processualmente. O *status* includente dá-se pelo **processo legal** constitucionalizado, que

⁶⁴ *Ibidem*, p.153.

repele a resolução de conflitos reducionista e compulsória de conflitos que obsta o *non-liquet*.⁶⁵

6. Conclusão – as apórias do Estado Democrático pela não efetivação do processo como *locus* discursivo que impõe na não efetivação do Instituto da Cidadania.

A marginalização do povo brasileiro, em face da obstrução do exercício constitucional do instituto da **cidadania**, impinge, insofismavelmente, na não edificação do **Estado Democrático de Direito**.

Devido ao não exercício da **democracia-cidadania**, não obstante as características constitucionalmente lançadas, a Constituição iguala-se a texto meramente formal, ante a ausência de juridicidade de seus institutos face ao contínuo e irrestrito descumprimento e, porque não falar em ocultação, transmutando-se a Constituição em mera folha de papel, conforme sustentava LASSALE.

COMPARATO alertou para a “Morte espiritual da Constituição”, em artigo publicado pelo Jornal Folha de São Paulo, em 14 de maio de 1998, que ora trascrevemos:

⁶⁵ *Ibidem*, p. 37.

“Não sejamos ridículos. A Constituição de 1988 não está mais em vigor. É pura perda de tempo discutir se a conjunção ‘e’ significa ‘ou’, se o caput de um artigo dita o sentido do parágrafo ou se o inciso tem precedência sobre a alínea. A Constituição é hoje o que a Presidência quer que ela seja, sabendo-se que todas as vontades do Planalto são confirmadas pelo Judiciário. (...)’

‘Hitler, afinal não precisou revogar a Constituição de Weimar para instaurar na civilizada Alemanha a barbárie nazista: simplesmente relegou às traças aquele pedaço de papel.

A única razão de ser de uma Constituição é proteger a pessoa humana contra o abuso do poder dos governantes. Se ela é incapaz disso, porque o governo dita a interpretação de suas normas ou as revoga sem maiores formalidades, seria mais decente mudar a denominação – ‘o Presidente da República ouvido o Congresso Nacional e consultado o Supremo Tribunal Federal, resolve: a Constituição da República Federativa do Brasil passa a denominar-se regimento interno do governo.’⁶⁶

Não podemos relegar ao esquecimento a Constituição de 1988, ainda que o sentimento de Constituição não tenha se imiscuido no Estado brasileiro. Há que se propagar a conscientização da sociedade brasileira para que esta possa sorver e praticar a **cidadania** nos termos institucionalizados pela Constituição. Cremos, sobretudo, que a indignação do povo face as iniquidades públicas que afligem a sociedade, rompam com o ostracismo e fomentem na sociedade o real sentido da **cidadania**.

Desde os idos da Grécia de Péricles, onde anunciou-se uma pretensa **democracia**, verificou-se a necessidade nodal da instituição de um modelo-sistema que fiscalizasse os atos públicos-privados. A constitucionalidade brasileira inseriu a instituição do **devido**

⁶⁶ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Processo Constitucional e a Efetividade dos Direitos Fundamentais*. In: __. *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 197-8.

processo constitucional que propõe a inserção de critérios argumentativos-discursivos na gênese da **democracia** ante ao paradigma constitucional erigido.

A Constituição Brasileira é assim inaugurada:

“Artigo 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

II – a cidadania;”

Os direitos do cidadão, tidos como inalienáveis e invioláveis são vilipendiados pelo rechaçamento do instituto da **cidadania** que estrutura-se pelos direitos fundamentais constitucionalizados. O direito fundamental ao **devido processo**, esculpido no artigo 5º, LIV da Constituição bem como o ditame constitucional do dever de fundamentação das decisões tomadas quer no âmbito judicial, quer no administrativo, pauta-se na obrigatoriedade de perfilamento aos direitos fundamentais do contraditório, ampla defesa e isonomia (artigo 5º, LV, c/c artigo 93, IX e X da CB/88) incorporam-se à nova hermenêutica de produção e aplicação do direito, que não mais pode se achar atrelada ao pretense saber unísono do julgador, em seu *logos* mitificado. A obstrução do texto constitucional impõe à comunidade brasileira verdadeiro estado de exceção que veda à operacionalidade do sistema democrático.

O Judiciário firma-se em *logos* anormativo para proferir decisões, deixando à deriva os direitos fundamentais que, “*se exercíveis a seu tempo e de modo ininterrupto (ao longo de uma fiscalidade processual difusa e irrestrita), teriam efeito preventivo das infracionalidades e da miséria social*”⁶⁷.

Urge o resgate do instituto constitucionalizado do **processo** da caverna de uma jurisdição autocrática de valores éticos retirados oniscientemente de um real anômico.

Decisões que são tomadas à margem do direito delineado constitucionalmente configuram-se inócuas, e, nos dizeres de LEAL, “*delineia-se numa zona de anomia onde há ‘força de lei sem lei’ e onde o ‘direito busca se atribuir sua própria anomia*”⁶⁸ nesse diapasão, observa-se, pois, o estado de exceção.

Oportuno trazer à baila os ensinamentos de LEAL:

“Enquanto não se transmitir, por ensino científico continuado, a compreensão de democracia pela teoria do processo constituinte e do devido processo constitucionalizado como espaço institucional argumentativo de testabilidade procedimental infinita e comprobatória da validade dos conteúdos da legalidade vigente, não se realizará a passagem para a pós-modernidade legitimante da democracia já posta por uma constitucionalidade vigente à espera de concreção.”⁶⁹

⁶⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo e Democracia – A ação Jurídica como exercício da cidadania*. **Revista Virtual da Faculdade Mineira de Direito PUC Minas**. ano 4, n 1, jul. 2005. Disponível em: <<http://ww.fmd.pucminas.br/virtuajus>>. Acesso em: 10 fev. 2006.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*: São Paulo: Landy, 2002. p. 35.

Clama-se pela absoluta necessidade de inserirmos o debate sobre as práticas discursivas tendo como norte os direitos constitucionalmente assegurados. O papel do direito é ser o mecanismo de transformação social para a recuperação e preservação dos direitos-garantia.

No paradigma democrático, a Constituição medeia a formação de instrumentos jurídicos da soberania popular com fins a realizar direitos e exercer o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, garantido as condições processuais para o exercício da **cidadania**.

O Processo Constitucional, conforme ponderou BARACHO constitui-se no eixo nodal da democracia, garante os direitos fundamentais e confere legitimidade ao texto constitucional.

A ‘zona de anomia’, asseverada por LEAL, deve ser preenchida pelo **devido processo** como instrumento fiscalizatório deferido a comunidade para a construção-reconstrução dos conteúdos da constitucionalidade. A identidade constitucional de um povo, no âmbito espaço-tempo extra-processual dá-se, com o **devido processo**.

A **cidadania** democrática impõe a absorção da especificidade da *legitimatio* fiscalizatória no sistema jurídico-político.

“Na teoria da constitucionalidade democrática processualizada, institui-se no eixo paradigmático do sistema jurídico o devido processo como ocupante da *hubris* estrutural pela *lexis* jurídica a ser operacionalizado por legitimados isonômicos (cidadãos) à instauração de procedimentos que, regidos pelo princípio jurídico do contraditório, possam realizar uma fiscalidade argumentativa ao cumprimento, produção, atuação, ratificação, aplicação ou retificação da normatividade em sua inteireza ordenamental.”⁷⁰

Os direitos fundamentais guarnecem a preservação da sociedade, enaltecendo o homem, enquanto cidadão e viabilizando a consolidação enquanto ente da comunidade jurídico-política-democrática. A **democracia** provoca a auto-inclusão do cidadão para a realização de todos os direitos e garantias consagradas na Constituição bem como nos demais ordenamentos jurídicos. “Ninguém pode ser privado, por motivos políticos, de sua capacidade jurídica e da **cidadania**”⁷¹.

Os instrumentos processuais constitucionalizados são de assaz importância para a implementação bem como prestam-se para a revitalização da **cidadania** plena. À guisa de ilustração, bem explicitou BARACHO:

“Torna-se cada vez mais importante o aperfeiçoamento dos instrumentos processuais que completem o papel do processo constitucional na efetivação da cidadania plena. Como titulares de direito, os cidadãos, no exercício da cidadania plena, não podem ser impedidos do gozo de seus múltiplos direitos,

⁷⁰ *Processo e Democracia – A ação Jurídica como exercício da cidadania. Revista Virtual da Faculdade Mineira de Direito PUC Minas.* ano 4, n 1, jul. 2005. Disponível em: <<http://ww.fmd.pucminas.br/virtuajus>>. Acesso em: 10 fev. 2006.

⁷¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Cidadania. A Plenitude da Cidadania e as Garantias Constitucionais e Processuais.* São Paulo: Saraiva, 1995, p. 59.

reconhecidos e elencados na Constituição e na legislação infraconstitucional, mesmo daqueles cujas leis não foram promulgadas ou que se tornem menos efetivos e eficazes na ausências destas”⁷²

A democracia desprovida de instrumento discursivo do **processo** impõe uma reprodução microssistêmica, a pretexto de uma celeridade apresentada por uma justiça inoperante no paradigma da democracia de vez que aplica a lei negando a própria sistemática processual.

Hodiernamente, **processo** e **democracia** instituem relação processualizada na construção decisória democrática por uma fiscalidade plenária face ao controle de constitucionalidade pregado na Constituição (artigo 5º, LXXVII, CB/88), rompendo com paradigmas retóricos.

O **processo** supõe um canal discursivo democrático, pelo direito-de-ação coextenso ao procedimento, segundo os princípios processuais constitucionalizados, que propiciam a auto-inclusão de todo cidadão brasileiro na fruição dos direitos fundamentais, criando uma Sociedade Política de incluídos, onde a **cidadania** não seja um devaneio, alçando todo cidadão como intérprete e concretizador da **constituição** no espaço-tempo da procedimentalidade **processualizada**.

⁷² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Cidadania. A Plenitude da Cidadania e as Garantias Constitucionais e Processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 55

7. Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.

ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **O novo processo constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004.

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

_____. **Teoria geral da cidadania**: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1991.

BOBBIO, Norberto;VIROLI, Maurizio. **Diálogo em torno da república: os grandes temas da política e da cidadania**. Trad. Daniela Beccaccia Versani. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

_____. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

_____. **Teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo, ANDRADE, Paes de. **História constitucional do brasil**. 4. ed. Brasília: OAB Editora, 2002.

BRASIL. Constituição (1988), MORAES, Alexandre de. (org). **Constituição da república federativa do brasil**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed.Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CASTRO, Araújo. **A nova constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1935.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **O controle de constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Trad. Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 4 ed. Buenos Aires: B de F, 2002.

DALLA-ROSA, Virgílio Vergílio. **O Direito como garantia: pressupostos de uma teoria constitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade do processo legislativo: teoria da legitimidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Função jurisdicional do estado e direito do povo à jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A responsabilidade civil do Estado no direito brasileiro. **Revista Virtual da Faculdade Mineira de Direito-PUC Minas**. ano 2, n. 2, dez. 2003. Disponível em: <<http://www.fmd.pucminas.br/virtuajus>>. Acesso em: 10 fev. 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

FIUZA, César. (coord.). **Direito processual na história**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

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

GROPALLI, Alexandre. **Doutrina do estado**. Trad. Paulo Edmur de Souza Queiroz. São Paulo: Saraiva, 1953.

HARBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta aos intérpretes da constituição - contribuição para a integração pluralista e “procedimental” da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e a validade**. Trad. Flávio Beno Siebenichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1.

_____. **Direito e democracia: entre a faticidade e a validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 2.

_____. **A Inclusão do outro**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Três modelos normativos de democracia**. Trad. Anderson Fortes de Almeida e Acir Pimenta Madeira. Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, n. 03, p. 107-121, jan./jun. 1995.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

JAEGER, Wener. **Paidéia: a formação do homem grego**. Trad. Artur M. Parreira. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

JAYME, Fernando G. **Direitos Humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

LEAL, André Cordeiro. **O Contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Direito econômico: soberania e mercado mundial**. 3. ed. rev. aum. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. **Revista Virtual da Faculdade Mineira de Direito PUC Minas**. ano 2, n. 1, ago. 2003. Disponível em: <<http://www.fmd.pucminas.br/virtuajus>>. Acesso em: 10 fev. 2006.

_____. Pareceres Técnico-jurídicos como fundamento decisório na constitucionalidade brasileira. **Revista Virtual da Faculdade Mineira de Direito PUC**

Minas. ano 3, n. 2, dez. 2004. Disponível em: <<http://www.fmd.pucminas.br/virtuajus>>. Acesso em: 10 fev. 2006.

_____. Processo Civil e Sociedade Civil. **Revista Virtual da Faculdade Mineira de Direito PUC Minas**. ano 4, n. 2, dez. 2005. Disponível em: <<http://www.fmd.pucminas.br/virtuajus>>. Acesso em: 10 fev. 2006.

_____. Processo e Democracia – A ação jurídica como exercício da cidadania. **Revista Virtual da Faculdade Mineira de Direito PUC Minas**. ano 4, n 1, jul. 2005. Disponível em: <<http://www.fmd.pucminas.br/virtuajus>>. Acesso em: 10 fev. 2006.

_____. Processo e hermenêutica constitucional a partir do estado de direito democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). **Estudos continuados da teoria do processo**. Porto Alegre: Síntese, 2001. v.II, p. 13-25.

_____. **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. (coord.), **Significados equívocos de estado, poder público e união na constitucionalidade brasileira**. Belo Horizonte: PROPIC – FCH/FUMEC, 2006.

_____. **Teoria geral do processo – primeiro estudos**. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Thomson – IOB, 2004.

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

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría del constitucion**. Trad. Alfredo Galeo Anabitarte. 2. ed. Colección Demos. Barcelona: Ediciones Ariel, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 1996, Tomo I.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

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

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

_____. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

_____. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**: no estado democrático de direito. (coord). Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de graduação. **Padrão Puc Minas de normalização**: normas da ABNT para apresentação de

Trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Belo Horizonte, 2005. Disponível em http://pucminas.br/biblioteca/normatizacao_monografias.pdf.

POPPER, Karl. R. **Conjecturas e refutações**. Trad. Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: UnB, 1982.

_____. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Trad. Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

ROSENFELD, Michael. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite; SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. (coord). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Direitos fundamentais e direito comunitário: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SOUZA, Patrus Ananias de. Processo constitucional e devido processo legal. In: LEAL, Rosemiro Pereira. (Coord.). **Estudos Continuados de Teoria do Processo**. v.I. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 25-42.