

A LEGITIMIDADE DECISÓRIA DA JURISDIÇÃO SEGUNDO OS POSTULADOS DE DEMOCRACIA DELIBERATIVA: A TEORIA DE JÜRGEN HABERMAS EM BASE PROSPECTIVA

*THE LEGITIMACY OF DECISION IN JURISDICTION ACCORDING TO THE POSTULATES OF
DELIBERATIVE DEMOCRACY: THE THEORY OF JÜRGEN HABERMAS IN A PROSPECTIVE BASIS*

Ricardo Tinoco de Góes¹

RESUMO: O PRESENTE ARTIGO² PRETENDE DISCUTIR, COM BASE NO PENSAMENTO DE JÜRGEN HABERMAS, A LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS, APRESENTANDO, COMO PANO DE FUNDO, A RELAÇÃO DE INTERDEPENDÊNCIA E DE CONSTITUIÇÃO RECÍPROCA, QUE SE PODE ENCONTRAR NA TEORIA DO DISCURSO, ENTRE O DIREITO E O PODER. NO PENSAMENTO HABERMASIANO AO PASSO EM QUE O PODER SE IMPÕE LEGITIMAMENTE POR INTERMÉDIO DO DIREITO, QUE O NORMATIZA, SOFRE TAMBÉM AS RESTRIÇÕES QUE SE ORIGINAM DESTA, TODAS AS VEZES QUE O SISTEMA JURÍDICO O LIMITA, CIRCUNSCREVENDO O ÂMBITO DE SUA DISCRICIONARIEDADE. ISSO PROJETA O DESENVOLVIMENTO DA

¹ Doutor em Filosofia do Direito (PUC-SP) e Mestre em Direito Constitucional (UFRN). Professor Adjunto da UFRN (graduação, especialização e mestrado). Professor de Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil em diversos outros cursos de especialização (UNP, UNI-RN, UERN, ESMARN, ESMAFE-5ª Região, dentre outras). Professor da disciplina Lineamentos Filosóficos ao exercício do Direito, da Democracia e da Jurisdição (Mestrado em Direito da UFRN) e da disciplina Ética, Cultura e Sociedade (do Mestrado em Gestão de Processos Institucionais - CCHLA/UFRN). Membro colaborador da ENFAM - Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do STJ (Superior Tribunal de Justiça), atuando como docente. Coordenador de Cursos para Promoção de Magistrados da ESMARN e Coordenador Adjunto do Programa de Especialização em Residência Judicial da ESMARN/UFRN. Autor de livros e capítulos de obras coletivas, sobressaindo-se dentre os primeiros aquele que resultou de sua tese de doutoramento, cujo título é “Democracia Deliberativa e Jurisdição: a legitimidade da decisão judicial, a partir e para além da teoria de J. Habermas.”, publicado em 2013, pela Editora Juruá. Juiz de Direito, titular da Sexta Vara Cível da Comarca de Natal-RN. E-mail: ricardotinoco@tjrn.jus.br

² O presente escrito resultou de parte das pesquisas iniciais que fiz por ocasião do meu curso de doutoramento, realizado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, na subárea específica da Filosofia do Direito. A ideia central, nele desenvolvida, manteve-se fidedigna quando da preparação da tese conclusiva do precitado curso, com a qual obtive aprovação e, por consequência, a titulação respectiva. Contudo, como se verá a partir de sua introdução, a aplicabilidade da tese de uma complementação discursiva para a atuação do Poder Judiciário, com base no agir comunicativo e na discursividade empreendidos por Habermas, é aqui adotada ainda de forma bem abrangente, a partir do conceito de historicidade do Direito. Diferentemente, na tese que terminei por defender, as hipóteses de aplicação dessa complementação que visa o resgate da legitimidade da atuação de Juízes e Tribunais, como sedimento para a conformação do Judiciário ao modelo de Democracia Deliberativa, terminaram sendo restringidas, posto que incidentes apenas nos casos de inoperância completa do Legislativo ou de insuficiência da única norma jurídica produzida por este último. Essa nota explicativa se afirma relevante, tão somente para assegurar aos leitores deste artigo, os quais porventura tenham lido ou venham a ler o livro que resultou da minha tese, cujo título é “Democracia Deliberativa e Jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas”, que nada há de incompatível entre este escrito e a tese que se encontra lançada na citada obra, devendo-se registrar apenas o fato de que o presente conteúdo foi elaborado em época na qual o campo de aplicabilidade da tese era percebido de modo mais amplo, isto é, com uma horizontalidade que, depois, por força do desenvolvimento da própria pesquisa e, por segurança quanto à aceitabilidade da comunidade acadêmica, terminou por ser reduzido as duas situações já referenciadas.

DISCUSSÃO SOBRE A LEGITIMIDADE NO TEXTO, INDICANDO TENSÕES INTERNAS AO DIREITO EM UMA DEMOCRACIA, CONTEXTO EM QUE EXPLORA-SE AS BASES DA TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO DE HABERMAS. POR FIM, PRETENDE-SE APRESENTAR, PARA ALÉM DE HABERMAS, MAS TENDO COMO PONTO DE PARTIDA O SEU MESMO IDEÁRIO E SUA MESMA FONTE TEÓRICA, PROCEDIMENTAL E DISCURSIVA, QUE NO ÂMBITO DE INTERESSES NACIONAIS, SEJA O JUDICIÁRIO LEVADO A CONCLAMAR A PARTICIPAÇÃO DELIBERATIVA DA CIDADANIA ATIVA, POR MEIO DAS INSTITUIÇÕES QUE NATURALMENTE VEICULAM A SUA ATUAÇÃO, DE MODO A GARANTIR QUE A NORMATIVIDADE CONCRETA DAS DECISÕES JUDICIAIS REVISTA-SE DA LEGITIMIDADE IMPOSTA PELO ESTADO CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

PALAVRAS-CHAVE: ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. DEMOCRACIA. JÜRGEN HABERMAS. AGIR COMUNICATIVO. LEGITIMIDADE.

ABSTRACT: THIS ARTICLE INTENDS TO DISCUS, BASED ON THE THINKING OF JÜRGEN HABERMAS, THE LEGITIMACY OF JUDICIAL DECISIONS, SHOWING, AS A BACKDROP, THE RELATIONSHIP OF INTERDEPENDENCE AND MUTUAL CONSTITUTION, WHICH CAN BE FOUND IN THE THEORY OF DISCOURSE, BETWEEN LAW AND POWER. IN HABERMAS' THOUGHT WHILE POWER IS LEGITIMATELY IMPOSED THROUGH THE LAW, WHICH REGULATES IT, ALSO SUFFERS RESTRICTIONS THAT ORIGINATE FROM THIS, EVERY TIME THAT THE LEGAL SYSTEM LIMITS IT, CIRCUMSCRIBING THE SCOPE OF ITS DISCRETIONARY. THIS PROJECTS THE DEVELOPMENT OF THE DISCUSSION ABOUT THE LEGITIMACY IN THE TEXT, INDICATING INTERNAL TENSIONS IN LAW IN A DEMOCRACY, CONTEXT IN WHICH IS EXPLORED THE FOUNDATIONS OF THE THEORY OF COMMUNICATIVE ACTION OF HABERMAS. FINALLY, WE INTEND TO PRESENT, IN ADDITION TO HABERMAS, BUT TAKING AS A STARTING POINT HIS SAME IDEAS AND HIS VERY THEORETICAL SOURCE, PROCEDURAL AND DISCURSIVE, THAT UNDER NATIONAL INTERESTS, IS THE JUDICIARY LED TO URGE THE DELIBERATIVE PARTICIPATION ACTIVE CITIZENSHIP, THROUGH THE INSTITUTIONS THAT NATURALLY CONVEY ITS OPERATIONS SO AS TO ENSURE THAT THE CONCRETE NORMATIVITY OF JUDGMENTS HAS THE LEGITIMACY IMPOSED BY THE CONSTITUTIONAL AND DEMOCRATIC STATE OF LAW.

KEYWORDS: DEMOCRATIC STATE OF LAW. DEMOCRACY. JÜRGEN HABERMAS. COMMUNICATIVE ACTION. LEGITIMACY.

Sumário: 1 Introdução: o Poder e o Direito nas sociedades tradicionais e convencionais. 2 Agir Comunicativo e Discurso. 3 Co-originalidade entre as autonomias privada e pública dos cidadãos. 4 O Parlamento e a formação da vontade pública compartilhada. 5 O Parlamento, o Judiciário e os discursos de fundamentação e de aplicação das normas jurídicas: rápido exame. 6 Para além de Habermas: O Direito, sua historicidade e a superação da aplicação solipsista, do “eu” monológico, pela intersubjetividade inerente ao processo e pela abertura de canais de participação popular perante a Jurisdição. 7 Uma deliberação sem o risco de uma nova “colonização”. 8 Conclusões. Referências.

1 INTRODUÇÃO: O PODER E O DIREITO NAS SOCIEDADES TRADICIONAIS E CONVENCIONAIS

Como todo e qualquer ato de poder, as decisões judiciais numa democracia, precisam revestir-se de legitimidade. Aqui se compreenda a palavra legitimidade como é professada pela teoria do discurso, de Jürgen Habermas, a significar a aceitabilidade racional ou correção racional de seu conteúdo por todos aqueles que porventura venham a ser afetados, direta ou indiretamente, em razão do seu comando, tendo em vista as

suas participações no procedimento discursivo destinado à produção do próprio Direito.³

Esse significado atribuído à legitimidade, adaptado às decisões que promanam do Poder Judiciário, carrega consigo um sentido de normatividade que lhe é ínsito e revela que ao tempo em que os atos decisórios do Poder Judiciário valem-se do Direito, como mecanismo de regulação das situações controvertidas, servem-se também desse mesmo Direito para exercer, coercitivamente, atos de força destinados a impor as mais diversas sanções, todas consentâneas ao tipo de gravame e espécie de violação eventualmente cometidos.

Nesse conspecto, denota-se a relação de interdependência e de constituição recíproca, que se pode encontrar na teoria do discurso, entre o Direito e o Poder. Trato aqui de considerar que no pensamento habermasiano ao passo em que o poder se impõe legitimamente por intermédio do Direito, que o normatiza, sofre também as restrições que se originam deste, todas as vezes que o sistema jurídico o limita, circunscrevendo o âmbito de sua discricionariedade.⁴

Esse quadro indica uma das tensões internas ao Direito em uma Democracia, pois nos possibilita a percepção de que num regime dessa ordem o exercício do poder só pode e deve ocorrer nos limites do que prescreve o Direito, enquanto sistema que estabiliza expectativas de comportamento, mas que ao mesmo tempo somente se faz atuar concretamente porque dispõe de um poder que potencializa o uso da força, sempre que iminente ou real se constitua a ruptura de sua regulação.

Historicamente, duas vertentes do pensamento jusfilosófico tomaram para si a missão de justificar a atuação legítima do poder político por intermédio do Direito.

Primeiramente, a que atribuía a legitimidade ao Direito, vinculando sua gênese ao soberano, posto que tudo o que se encontra à margem dessa origem não é jurídico e, portanto, deve ser repellido pelo sistema. Essa ideia esteve centrada nos estados de necessidade e de desordem que grassavam no final da idade média e que implicaram na aceitação da premissa de que a perda das liberdades máximas até então cultuadas se justificava pela manutenção do mínimo de garantias e de direitos, frente ao estado da natureza, que se mostrava repleto de infortúnios. Por isso, *non veritas, sed auctoritas*

³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e Racionalidade Comunicativa – A teoria discursiva do Direito no Pensamento de Jürgen Habermas**. Curitiba: Juruá, pp. 133-134. O autor reserva excelente explicação para a legitimidade na teoria do discurso, ao ponderar que há três dimensões da validade do direito: “a) a legitimação por um procedimento legítimo; b) que no direito moderno vai exigir a participação de cidadãos no processo legislativo; c) para só assim conquistar uma validade social sempre provisória, onde a pretensão de validade do direito fica constantemente submetida à crítica”.

⁴ WERLE, Denilson L. & SOARES, Mauro V. **Política e Direito: a questão da legitimidade do poder político no Estado Democrático de Direito**. In NOBRE, Marcos & TERRA, Ricardo, (org). *Direito e Democracia – um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.118

facit legem - “Não a verdade, mas a autoridade é que faz a lei” dizia Hobbes ao buscar justificar a legitimidade do Direito pela sua origem autoritativa.⁵

Depois, a vertente que considerava a figura ficcional de um contrato – o contrato social – como a origem legítima do Direito posto. A outorga, pelos súditos, desse poder com a possibilidade de sua revogação, punha no centro a representação da vontade geral de Rousseau, como fonte anímica e de justificação para a imposição das regras jurídicas, na perspectiva de que essa vontade viesse a indicar um todo apartado das individualidades que a constituíram, significando a base por onde se estruturou, tempos depois, o ideal republicano, plasmado nas definições de solidariedade e de bem comum.⁶

Pois bem, das duas fontes históricas antes ditas, Habermas valeu-se para construir uma teoria que nem atribui ao detentor do poder, nem tampouco à sociedade representada pela vontade geral, a fonte de onde dimana a democracia na contemporaneidade. Para ele, superados os modelos das sociedades tradicionais e convencionais, respectivamente fundadas numa única eticidade, cujo poder ora provinha de fontes metafísicas e de cosmovisões individuais, ora de uma expressão subjetiva de racionalidade, como em Kant,⁷ somente uma nova fonte ou potência, consentânea com um novo tipo de sociedade – assim dita pós-convencional – reveladora de uma complexidade e uma pluralidade suficientes para destronar toda e qualquer invocação transcendental de origem exterior, é que vai guiar a concepção de poder político, com diretas e inevitáveis consequências para a formação do próprio sistema jurídico.

Habermas afirma que essa nova sociedade vai se escandir por meio de uma nova fonte legítima de poder, calcada agora na *intersubjetividade* das relações comunicacionais que permeiam o que nomina de *procedimento discursivo*, fundamental para a gênese da formação e funcionamento das duas principais ordens sociais e normativas: a Moral e o Direito.⁸

Interessa-nos, portanto, fixar nosso ponto de partida nesse estágio de abordagem. Cumpre-nos dizer, nessa introdução, que a partir do referencial teórico das teorias do discurso e da democracia deliberativa de Habermas, é que nos dispomos ao desafio de refletir sobre que espécie de legitimidade deve ser atribuída às decisões judiciais numa ambiência peculiar de democracia por deliberação.

⁵ WERLE, Denilson L. & SOARES, Mauro V. In. NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org). *Ob. Cit*, p. 119.

⁶ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Legalidade e Legitimidade no pensamento de Jürgen Habermas**. In NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org). *Ob. Cit*. p. 154.

⁷ HABERMAS, Jürgen. **Agir Comunicativo e Razão Descentralizada**. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 32. Habermas fala da tese de Kant acerca de uma “razão constituidora do mundo” como introdução ao seu empreendimento sobre a razão comunicativa.

⁸ KEINERT, Maurício Cardoso; HULSHOF, Monique; MELO, Rúrion Soares. **Diferenciação e Complementaridade entre Direito e Moral**. In NOBRE, Marcos & TERRA, Ricardo (org). *Ob cit*. p. 75 “... Para a teoria do discurso, o ponto em comum das normas dos diferentes domínios diz respeito ao *procedimento* inerente ao funcionamento das normas.”

Vencidas, assim, as fases históricas das sociedades tradicionais e convencionais e vicejando um modelo social novo, de hipercomplexidade e de alta contingência, a relação entre o Poder e o Direito não pode mais se estabelecer a partir das vetustas noções de centralização (surgidas do rei ou soberano) ou do contrato social (surgidas de uma vontade geral). Preponderam agora a *linguagem* e a *comunicação*, de acordo com a racionalidade que as infunde (a razão comunicativa) como únicas fontes legítimas do poder político de base democrática.

Essa orientação, aqui adotada, será vazada num plano de especulação estritamente filosófica, ressalva que é feita muito mais para resguardar outras possibilidades de discussão, sobre a mesma temática, que se predisponham a galgar outros espaços e flancos de enfrentamento, como os da dogmática constitucional e os da ciência política.

2 AGIR COMUNICATIVO E DISCURSO

Para chegar à conclusão de que é na *comunicação* que se situa a fonte germinadora do poder democrático, Habermas vai se valer das elaborações teóricas de Charles Sanders Peirce e de Gottlob Frege que, respectivamente, predisuseram-se a realizar a análise semiótica da linguagem e a separar os conceitos de *pensamento* e *representação*, fontes para a construção da ideia de *agir comunicativo*.⁹

Com esse substrato, o filósofo de Frankfurt irá sustentar que toda comunicação contém em si um *agir*. A emissão de uma mensagem a um ouvinte representa uma *ação* que pode ou não ser racionalmente aquiescida, com ou sem necessidade de fundamentação.

Contudo, a possibilidade de o ouvinte tornar-se interlocutor e *re-agir*, tencionando obter uma justificação para a mensagem recebida, irá inevitavelmente ensejar a conformação de um *discurso*.

De sua vez, o discurso não é desprovido de finalidades. Ele é informado por um princípio aplicável a toda e qualquer relação interpessoal de comunicação e, a partir dele, outras relações, nos âmbitos privado e público de atuação dos seus partícipes, serão estabelecidas, gerando em consequência outros resultados, muitas vezes conducentes à constituição legítima de relações de poder.

No discurso, é bastante factível que os seus participantes atuem movidos por interesses estritamente pessoais, mas é necessário que se movam pela linguagem sempre com a presença do que Habermas chama de condições ideais do discurso que são precedidas por pretensões de validade da ação comunicativa, a saber: *a inteligibilidade, a verdade, a sinceridade e a retitude*.¹⁰

⁹ SEGATTO, Antônio Ianni. **A tensão entre faticidade e validade**. In NOBRE, Marcos & TERRA, Ricardo (org). Ob cit. p. 38.

¹⁰ SEGATTO, Antonio Ianni. Ob. Cit. p. 44.

Com base nessas pretensões, o procedimento discursivo será capaz de provocar um estágio último de *consenso*, vital para a produção de normatividade, inclusive de normatividade jurídica.

É certo que no tocante à produção das normas jurídicas, o discurso não se dará segundo uma participação simétrica e sincrônica dos cidadãos, de acordo com a dimensão horizontal das relações entre todos os concernidos. Ele se destinará a alcançar, paulatinamente, estágios de influência e de informação nas instâncias já constituídas de poder, de forma a permitir a formação de uma vontade pública compartilhada devotada a ditar o conteúdo das normas jurídicas democraticamente.¹¹

É que o Direito, numa verdadeira democracia, afigura-se como uma dupla face de *Janus*¹² segundo o que metafóricamente expressa Habermas, valendo-se da mitologia romana. Isto é, o Direito tem suas normas faticamente obedecidas porque coercitivas, mas igualmente válidas porque aceitas, tendo em conta a aceitabilidade racional existente entre todos os concernidos.

Nessa altura, já é possível lançar a idéia central sobre o Direito legítimo, segundo a perspectiva filosófica habermasiana. Para o autor, numa democracia deliberativa, todos os interessados são considerados mutuamente autores e destinatários das normas de Direito, não porque necessariamente anuíram de maneira insuscetível de crítica ao conteúdo das regras de direito, mas porque puderam participar, segundo as condições ideais do discurso, do procedimento conducente à construção genética das normas jurídicas. Ou seja, puderam *consentir* com base no poder comunicativo no sentido de Hannah Arendt,¹³ de modo que a formação discursiva da vontade pública compartilhada torna a cidadania livre de pressões e inteiramente à vontade para estabelecer, dialógica e dialeticamente, uma argumentação produtiva e originariamente comprometida com os fins do Direito.

Acerca dessa dimensão teleológica, retomaremos a abordagem para assentar a visão do autor de que o Direito, num Estado Democrático, não pode se situar em plano de desconexão com a justiça, pois enquanto os valores isoladamente considerados destinam-se à garantia de fins individuais, muitas vezes dispersos no agregado social, servindo apenas ao modelo liberal de Estado, os princípios de justiça são postos como a expressão deontológica do Direito, daí a crítica habermasiana ao modelo funcionalista de Luhmann,¹⁴ não porque este tem o Direito como ontologicamente comprometido

¹¹ REPA, Luís Sergio. **Direito e Teoria da Ação Comunicativa**. In NOBRE, Marcos & TERRA, Ricardo. (org). *Ob. Cit.* pp. 68-69.

¹² Alusão a *Janus*, figura mítica de duas faces, cuja missão seria abrir as portas do universo. Essa referência ao começo, à abertura dos tempos, deu lugar à referência ao mês de janeiro.

¹³ HABERMAS, *Ob. Cit.* 2003, p. 187. Diz o autor: “Para Hannah Arendt, o fenômeno básico do poder não é, como para Max Weber, a chance de impor, no âmbito de uma relação social, a sua própria vontade contra vontades opostas, e sim, o potencial de uma *vontade comum* formada numa comunicação não coagida...”

¹⁴ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Legalidade e Legitimidade no pensamento de Jürgen Habermas**. In NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. *Ob. Cit.* pp. 166-167.

com o conceito de sistema¹⁵, mas porque essa perspectiva, quando extremada, pôs-se a desconsiderar o plano axiológico que, presente no mundo da vida, está em inteira conexão com o sistema jurídico, mantendo claro intercâmbio com este, inclusive na sua esfera de conteúdo.¹⁶

3 CO-ORIGINALIDADE ENTRE AS AUTONOMIAS PRIVADA E PÚBLICA DOS CIDADÃOS

Como referi anteriormente, a gênese normativa do Direito está diretamente comprometida com o exercício das autonomias pública e privada dos cidadãos em geral.

O projeto habermasiano revela-se, com isso, como um plano emancipatório do cidadão e de seus iguais. Nesse âmbito, ele considera que cada pessoa é titular de *direitos humanos*, além de partícipe atuante no plano de construção da *soberania do povo*. A essas duas situações específicas reconhece a presença de suas duas autonomias, privada e pública, que são independentes entre si, mas dotadas de co-originalidade.¹⁷ Elas atuam numa perspectiva intersubjetiva e comunicacional, própria do discurso, abandonando assim posições clássicas de valoração do sujeito “superdimensionado” e solipsista, conforme a tradução e a tradição presentes na Filosofia do Sujeito e da Consciência.

Criticando as concepções partidas das posições de Kant (que funda a autonomia na razão pura) e de Rousseau (que a concebe na vontade), Habermas elabora a idéia de que é por meio da razão comunicativa que os sujeitos de direito interagem tanto em simetria, mediante relações horizontais firmadas entre si mesmos, como em sentido diacrônico, por meio de relações verticais mantidas com as instâncias da democracia representativa do Poder Político estatuído.¹⁸

Esse paralelismo entre as autonomias pública e privada dos cidadãos é bem retratado no seguinte trecho de *Faktizität und Geltung*, quando o autor verbera:

O sistema dos direitos não pode ser reduzido a uma interpretação ética da soberania do povo, porque a autonomia privada dos cidadãos não pode ser sobreposta e nem subordinada à sua autonomia política. As intuições normativas que unimos aos direitos humanos e à soberania do povo podem impor-se de forma não reduzida no sistema dos direitos se tomarmos como ponto de partida que o direito às mesmas liberdades de ação subjetivas, enquanto direito moral, não pode ser simplesmente imposto ao legislador soberano como barreira exterior, nem instrumentalizado como requisito funcional para seus objetivos. A co-originalidade da autonomia privada e

¹⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna – Introdução a uma teoria social sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 63-74

¹⁶ GÓES, Ricardo Tinoco de. **A correção racional da decisão judicial – uma só palavra em torno dos paradigmas discursivo e sistêmico do Direito**. In SOUSA LIMA, Fernando Rister de; PORT, Otávio Henrique Martins; OLIVEIRA, Rafael Sergio Lima de (org). **Poder Judiciário, Direitos Sociais e Racionalidade Jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 331, 2010.

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Ob. Cit.*, pp. 116-118, 2003.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Ob. Cit.*, pp. 214, 2003.

pública somente se mostra, quando conseguimos decifrar o modelo da autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos. A substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica.¹⁹ (Direito e Democracia – entre Faticidade e Validade, pp. 137-139).

4 O PARLAMENTO E A FORMAÇÃO DA VONTADE PÚBLICA COMPARTILHADA

De perceber, assim, que segundo o referencial teórico habermasiano, a democracia deliberativa assume um condicionamento procedimental e discursivo, no sentido de que é por intermédio de um princípio diretivo das relações comunicacionais que se deflagra o procedimento de formação discursiva da vontade.

Esse procedimento será ditado pelo princípio do discurso, capaz de transformar o poder comunicativo em poder administrativo, numa relação de influência direta que parte da periferia (mundo da vida) ao centro (relações de poder), gerando assim um consenso procedimental e discursivo em torno das questões eleitas, enquanto pautas decisórias pelo poder político.²⁰

A essa situação específica, extrai-se do pensamento habermasiano a idéia de vontade pública compartilhada, isto é, a vontade que democraticamente foi constituída de molde a gerar toda a força propulsora de deliberação perante o poder que mais proximamente se situa do ambiente periférico pertencente ao mundo da vida.

Estou a me referir à vontade pública que deságua no parlamento, de sorte a conduzir a elaboração do próprio processo legislativo, destinado agora a produzir normas geneticamente comprometidas com a vontade pública que as desencadeou. Essa atuação da esfera pública, a partir da força propulsora proveniente do mundo da vida dá-se por meio da organização popular, através da estruturação de instituições e órgãos manifestamente comprometidos com o interesse da cidadania. São elas que passam a encampar os objetivos que se expressam naquilo que estamos a chamar de vontade pública compartilhada.²¹ São objetivos que foram pouco a pouco se depurando pelo procedimento discursivo que se estabelece naturalmente e que gera o poder comunicativo necessário à produção de um Direito realmente dotado de legitimidade.

Portanto, o conceito de legitimidade e, por conseguinte, de validade do Direito funda-se, em Habermas, do ponto de vista dos poderes constituídos, no centro de decisão e debate público, cujo cenário é o Parlamento. Daí que o Judiciário, nessa

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Ob. Cit.*, pp. 137-139.

²⁰ LUBENOW, Jorge; NEVES, Raphael. **Entre promessas e desenganos: lutas sociais, esfera pública e direito.** In NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. *Ob. Cit.* pp. 259-263.

²¹ VITALE, Denise; MELO, Rúrion Soares. **Política deliberativa e o modelo procedimental de democracia.** In NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. *Ob. Cit.* pp. 226-227.

proposta específica de democracia deliberativa pela via procedimental, está, a rigor, desonerado de buscar uma base de legitimidade para as decisões que dele dimanam. Como veremos essa legitimidade já é pressuposta *prima facie* nas deliberações que discursivamente resultaram da edição das normas jurídicas pelo processo legislativo.²²

5 O PARLAMENTO, O JUDICIÁRIO E OS DISCURSOS DE FUNDAMENTAÇÃO E DE APLICAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS: RÁPIDO EXAME

Do que fora visto, já se percebe sem qualquer grau de dificuldade, que em Habermas o papel do Judiciário será o de aplicar a norma jurídica adequada ao caso concreto, pois a sua legitimidade já se tem como presumidamente presente, ante a participação efetiva da vontade popular na formação da vontade pública que culmina na produção do Direito legítimo pelo Parlamento.

O referencial teórico da teoria habermasiana será a tese de Klaus Günther sobre os discursos de fundamentação e de aplicação do Direito.²³ Os primeiros reservados ao plano legislativo, destinados a conferir legitimidade às regras jurídicas produzidas no processo legiferante e os últimos atribuídos ao Judiciário, mediante uma técnica de escolha da norma jurídica aplicável, dentre tantas que eventualmente se mostrem igualmente dotadas de validade.

Em Günther os discursos de aplicação resultam da escolha daquela norma que, comparativamente as demais igualmente válidas, mostre-se compatível com toda e qualquer variedade de sentido permitida pela situação jurídica sujeita à regulação.²⁴ Isto é, diante da variedade de sentido que a situação jurídica concretamente propicia, a norma escolhida à aplicação deve guardar compatibilidade com a aquela diversidade semântica externada pela situação concreta.

Essa amplitude exigida no esquema de Günther traduz a forma com a qual Habermas procura assegurar ao Judiciário a manutenção da legitimidade adquirida nos discursos de fundamentação das normas jurídicas. Quer dizer, ao impor ao Judiciário a observância dessa variedade de sentidos externada pela situação carente de aplicação, mantém-se intacta a legitimidade que foi obtida antes, ainda no parlamento, fundada nos discursos de validade e de justificação da própria norma escolhida.

A adequação, portanto, cabe aos discursos de aplicação que são afetos ao Poder Judiciário, não se podendo dizer, assim, que a legitimidade do Direito agora aplicado nasça dessa atividade, pois se repita: ela já era pressuposta, quando o órgão de jurisdição foi levado a decidir uma dada controvérsia estabelecida em torno de uma situação concreta sujeita à sua atuação.

²² HABERMAS, Jürgen. *Ob. Cit.* 2003, p. 270.

²³ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação.** Trad. Claudio Molz, São Paulo: Landy, 2004, pp. 39-48.

²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Ob. Cit.* 2003, p. 271-272.

Mas, à parte essa parcial conclusão, extraída da teoria esboçada em *Faktizität und Geltung* dois pontos permanecem a sugerir uma maior exploração reflexiva e porque não dizer um mais intenso grau de meditação. O primeiro alusivo ao controle da constitucionalidade. Refiro-me à possibilidade de nos discursos de justificação não ter restado certa a não violação de algum preceito constitucional, quando da edição da regra jurídica que foi produto da formação discursiva da vontade entre a cidadania e o parlamento. Já o segundo, penso, reside mesmo na atualidade da aplicação da regra jurídica que foi editada no passado e que, por isso mesmo, venha a se mostrar descontextualizada, caduca, sem expressar pela sua literalidade qualquer afinidade com os valores e princípios do tempo presente, de modo que a simples adequação exigida nos discursos de aplicação mostre-se insuficiente ao propósito de ratificar uma legitimidade que, agora, não pode mais ser simplesmente pressuposta.

Dos dois pontos acima identificados, cuidarei apenas do segundo. Quanto ao primeiro, remeto o seu enfrentamento à imensa discussão já há algum tempo travada em sede da Jurisdição Constitucional sobre a postura que a Corte Suprema deve assumir em casos de violação de norma constitucional,²⁵ seja no sentido de tutelar o direito fundamental malferido, mesmo que para tanto tenha que adotar uma postura mais proativa, percebida por muitos como claramente indicativa de certo *ativismo judicial*, seja no sentido de realizar o controle, mas apenas para impor ao parlamento à observância das regras procedimentais que conduzam à participação deliberativa da sociedade. Aos que se arrolam como defensores do primeiro sentido de atuação, diz-se que estão a adotar uma postura *substancialista* do controle da constitucionalidade. Aos últimos, afirma-se que se propõem a agir segundo um modelo *procedimentalista* desse tipo de controle.²⁶

Mas, como disse, ficarei restrito ao segundo ponto, pois sem embargo de reconhecer a relevância do controle da constitucionalidade sobre a vida social em suas mais diversas dimensões, estou certo que é no dia a dia da jurisdição, especialmente quando se está a tratar da tutela de interesses representativos da própria idéia de *nação*, que o problema da ausência de legitimidade do Direito a ser aplicado pode mostrar-se mais agudo e mais complexo.

É óbvio que o exame desse ponto e dos efeitos que dele ressaem têm como ponto de partida a teoria que aqui venho debatendo, servindo-me de base teórica para as conclusões parciais que irei apontar ao término deste escrito, mas importa registrar que a mesma preocupação não escapou de vertentes outras do pensamento jusfilosófico, mais precisamente da filosofia política professada por John Hart Ely.²⁷

²⁵ CARVALHO, Lucas Borges de. **Jurisdição Constitucional e Democracia – Integridade e Pragmatismo nas Decisões do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2007.

²⁶ GÓES, Ricardo Tinoco de. **Procedimentalismo e Substancialismo: uma visão aplicável à jurisdição e ao processo no Estado Constitucional e Democrático de Direito**. Revista Jurídica *In Verbis* (Universidade Federal do Rio Grande do Norte), n° 26, Ano XIV, jul/dez., 2009, pp. 237-253.

²⁷ ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança – uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Trad. Juliana Lemos, São Paulo: Martins Fontes, 2010.

Ely apresenta um modelo bastante aproximado da idéia procedimentalista de Habermas. Ele desacredita tanto no que chama de *interpretacionismo*, a consistir na postura jurisprudencial americana que enxerga na interpretação restrita da Constituição a solução legítima para a defesa dos direitos, isso porque, como ele mesmo professa, não há como assegurar legitimidade atual a um texto que foi escrito por pessoas falecidas há mais de duzentos anos; como refuta o *não interpretacionismo*, correspondente à posição discricionária daqueles juízes que se divorciam do texto Constitucional, assumindo uma posição quase substitutiva dos congressistas que o editaram.

Em *Democracy and Distrust*, Ely vai sustentar um modelo procedimental de democracia que põe sobre o Judiciário a responsabilidade de verificar se o processo legislativo que culmina na edição das leis deu-se de modo regular, isto é, com a permissividade de participação da esfera pública, considerando a presença de disposições processuais que assegurem um tratamento igualitário da pluralidade de interesses presentes no meio social.

Nesse sentido, duas são as exigências ao cumprimento desse escopo: a garantia do direito de acesso à esfera política (*Access rights*) e o direito ao tratamento igualitário, relativamente à relação entre a maioria e as minorias, quando do acesso destas últimas à esfera política (*Equality rights*).²⁸

Veja-se que a mesma constatação de Ely, relativamente ao extremismo presente nas correntes *interpretacionista* e *não interpretacionista* é que vai me mover a professar, apenas como argumento teórico, uma proposição ainda digna de muita reflexão e de não menor embate crítico.

Quero primeiramente constatar que o modelo de jurisdição contemporânea, refratário da herança política da doutrina da divisão dos poderes, nos moldes como percebida, tanto por correntes que prezam por uma atuação mais consentânea à defesa dos direitos fundamentais, como por outras, que focalizam o Judiciário num panorama republicano de preservação de uma vontade geral, destinada a alcançar fins condizentes com o ideário do bem comum e da solidariedade entre as pessoas, não atende, definitivamente, às exigências reais de uma democracia radical e autêntica.

Se o exercício do poder político deve pautar-se segundo os matizes do Estado Constitucional e Democrático de Direito, ao Judiciário não se pode excluir, não se pode afastar, igual exigência e não se espere que somente interpretando a Constituição isoladamente, sem promover qualquer espécie de mediação com o meio social (e da sua vinculação ao mundo da vida, como em Habermas) poderá o Judiciário garantir a legitimidade das decisões que profere.

É ingênuo imaginar que a democracia encontra-se assegurada, no plano da jurisdição e do processo, apenas pela observância do que historicamente se estabeleceu

²⁸ CARVALHO, Lucas Borges de. *Ob Cit.* p. 133.

como “devido processo legal”.²⁹ Os consectários normativos do devido processo: isonomia, paridade de armas, contraditório, defesa ampla, imparcialidade e acesso à prova, não podem mais esconder a realidade que a eles subjaz: o fato de que todos eles se conformam a um modelo de representatividade processual que, muitas vezes, não expressa autenticamente a opinião e o interesse supremo da nação.

Em outros termos: nos processos que tratam da tutela de direitos de fundo ou base nacional, o interesse da coletividade sempre é conhecido aos olhos do Judiciário segundo algum tipo de representação institucional. Assim, a defesa, o contraditório, a análise quanto à oportunidade de produzir a prova, a avaliação sobre a pertinência ou não do uso de algum recurso, dentre outros consectários do devido processo, realizam-se sem que os verdadeiros interessados sejam sequer conclamados a participar do processo. É a teoria da representação abarcando com absoluto grau de prioridade as iniciativas processuais que venham concorrer para a formação do convencimento que aportará, ao final, como fundamento conclusivo do ato decisório.

Por isso que se o projeto habermasiano de democracia deliberativa funda-se na premissa da participação discursiva e procedimental de todos os que simetricamente agem, como livres e iguais, sem coerção, como autores e destinatários do Direito, estou certo que igual perspectiva pode e deve ser adotada pelo Direito que, de certo modo, é também produzido pela Jurisdição.

Assim é porque mesmo para aqueles que creem na ausência completa da contribuição pessoal do Juiz na construção da decisão, evidenciando com isso a crença num modelo dedutivista que até mesmo o positivismo terminou por abandonar, a decisão que promana do Judiciário tem força normativa e, como tal, guiará concretamente os destinos do caso julgado, sendo, portanto a norma a ser observada até que se tenha por finalizada toda a tarefa da jurisdição, mediante a satisfação do direito material tutelado.

Será esse o ponto a ser desenvolvido no item em seguida, o que farei em comparação com o autêntico modelo habermasiano e com a atenção devida à realidade dos países de semi-periferia como o Brasil.³⁰

6 PARA ALÉM DE HABERMAS: O DIREITO, SUA HISTORICIDADE E A SUPERAÇÃO DA APLICAÇÃO SOLIPSISTA, DO “EU” MONOLÓGICO, PELA INTERSUBJETIVIDADE INERENTE AO PROCESSO E PELA ABERTURA DE CANAIS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR PERANTE A JURISDIÇÃO

²⁹ O devido processo legal em suas duas acepções teóricas: a formal (o *procedural due process*) e a material (o *substantive due process*), respectivamente.

³⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Sociología Jurídica Crítica – para um nuevo sentido común en el derecho**. Madrid: editorial Trotta/Ilsa, 2009, pp. 464-478.

A teoria procedimental discursiva de Habermas, conforme visto comete à formação da vontade pública compartilhada o efetivo exercício das autonomias pública e privada dos cidadãos, mediante um procedimento discursivo sujeito a condições ideais, sendo essa a fonte de onde deve surgir a legitimidade do Direito produzido pelo Poder Legislativo.

A desnecessidade de observar-se igual ou semelhante procedimento no âmbito do Judiciário decorre do fato de que a legitimidade do Direito a ser aplicado já se tem por segura, na sua teoria, mesmo abstratamente, ante a formação discursiva de uma vontade que preponderantemente se impõe no processo legislativo.

Contudo, considerando a ideia de que o Direito, enquanto normatividade, não se define ilimitadamente no tempo, externando orientações valorativas e principiológicas que variam segundo sua própria *historicidade*,³¹ impossível se denota que o Judiciário, quando dos juízos de aplicação de que se vale a teoria habermasiana, possa realizar a “escolha” da norma, dentre tantas dotadas de legitimidade, com a precisão de sentido que, certamente, seria a adotada por todos os concernidos, enquanto autores e destinatários do Direito legitimamente produzido.³²

Está-se aqui a desenvolver um raciocínio dentro exatamente da percepção habermasiana de justificação e de aplicação do Direito, no sentido de precisamente demonstrar que a *historicidade* do fenômeno jurídico é fator impeditivo para que a aplicação, pura e simples, do Direito legislado, mesmo que cercada dos cuidados que se verificam na sua originalidade (teoria de Günther), assegure a legitimidade que se espera ter obtido quando da interlocução entre a periferia e o centro, isto é, entre as relações que compõem o mundo da vida e o Poder Político, aqui expresso enquanto Poder Legislativo.

A esse respeito, válido é o argumento de Ely de que é impossível pela simples interpretação do texto constitucional extrair-se a validade de uma disposição escrita por pessoas já falecidas, que viveram noutro contexto social.³³

Valho-me de argumento semelhante para sustentar que a segurança plena quanto à legitimidade do Direito produzido não pode ser sempre captada em dois momentos distintos, o de fundamentação e o de aplicação das normas. Depois, se o Judiciário recebe um “dado” prévio, uma normatividade que se pressupõe válida e legítima, na linguagem habermasiana, tem-se que assim o foi, mas apenas no momento em que

³¹ A ideia de *historicidade* é apreendida a partir de GUSTAV HUGO, que influenciou uma nova percepção do conceito de Direito, depois absorvida pelo que veio a consistir a Escola Histórica, de Friederich Karl Von SAVIGNY. A propósito, FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo: Atlas, 2003. p.75.

³² Não vem ao caso aqui considerar a posição de Habermas acerca da historicidade do Direito, até porque para ele essa questão também se encontra resolvida, na proporção que o poder comunicativo atua sobre um *legislador histórico*, capaz de traduzir discursivamente a intersecção mantida com a esfera pública. A ideia de historicidade, que serve de base ao presente escrito, considera, por óbvio, as singularidades do Legislativo Brasileiro, com todas as suas vicissitudes, cujo conhecimento é público e notório, a dispensar maiores incursões que só as notícias veiculadas na mídia já se encarregam de realizar.

³³ ELY, John Hart. *Ob. Cit.* p. 15.

editada a norma pelo parlamento. Agora, é novamente a *historicidade* do Direito que irá exigir uma redefinição dessa norma, dos seus fins, de seus valores e é exatamente aí que se pode extrair o que há de melhor na proposta deliberativa contida na teoria que ora se examina, como ponto inicial de reflexão e abordagem.

Creio que é essa a contribuição a concorrer decisivamente para a manutenção ou mesmo a recuperação da legitimidade que ao tempo da aplicação normativa esteja sendo posta em dúvida. Falo da proposta, ainda incipiente, de arrastar para o Judiciário, quando do trato dos processos que versem sobre interesses nacionais, todo o procedimento discursivo que gerou o poder comunicativo convertido no processo de produção normativa, que não mais se expressa em leis, abstrata e genericamente consideradas, mas em decisões dotadas de uma carga coercitiva e sancionadora que também se impõem normativamente, só que em razão de um caso ou situação concreta.

Está-se, com isso, a reconhecer que as decisões judiciais assumem o mesmo caráter de normatividade que as leis em geral, com a diferença evidente de que se dirigem exclusivamente a casos concretos, sem se expandirem para situações que desbordam daqueles limites objetiva e subjetivamente definidos no processo.

Por ser assim, a decisão judicial, para satisfazer a exigência de legitimidade imposta pelo Estado Constitucional e Democrático de Direito, não pode guiar-se exclusivamente pelo grau de legitimidade obtido apenas por ocasião da produção e da edição da norma jurídica aplicada. É que sem embargo de reconhecer, na óptica da teoria habermasiana, que essa legitimidade é alcançada pela conversão do poder comunicativo em poder administrativo e legislativo, sua constatação só se mostra suficiente para a época em que se deu a edição da norma.

Como dito, a *historicidade* do Direito que, inevitavelmente, o modifica e o torna passível de contestabilidade pública, pelo menos quanto às possibilidades de interpretação e de aplicação tradicionalmente realizadas, exige que o mesmo procedimento discursivo que serviu de lastro à produção da lei, seja igualmente observado agora quando da prolação das decisões judiciais.

Imaginar que o Judiciário pode sozinho, captar o grau de aceitabilidade racional da norma a ser aplicada, na atualidade do conflito que está sob sua análise, sem oportunizar a participação daqueles que serão diretamente afetados pelas conseqüências da decisão, é desconhecer, por primeiro, o conceito de *historicidade* que propriamente se impõe na definição conteudística do Direito. Além disso, é, sobretudo, desconsiderar que a pressuposição de legitimidade só pode ser tomada ao tempo e sob as condições em que se deu a participação deliberativa de toda a cidadania, de maneira que a realidade que viceja durante o tempo do processo pode não ser igual ou assemelhada àquela de antes.

Além do mais, a participação deliberativa da esfera pública, no processo, antes até de servir de base à rediscussão dos fundamentos que serviram à edição da norma sob aplicação, tem o condão de também restabelecer a discussão em torno do próprio

entendimento que, porventura, veio a se consolidar ao longo do tempo, no âmbito da jurisprudência, acerca da matéria em julgamento.

Quer dizer: a absorção dos postulados da democracia deliberativa no âmbito do processo judicial, quando em jogo interesses estritamente nacionais, assegura a democratização do julgamento em face do entendimento que ao longo do tempo veio a consolidar uma jurisprudência que se tornou “lugar comum”, isto é, um conjunto de precedentes muitas vezes invocados apenas com respeito à necessidade de conferir à sociedade uma resposta rápida, mas muitas vezes desvinculada de um sentido de legitimidade (assentimento público) e de justiça (valor fundante).³⁴

Essas considerações têm em mira, ainda, a abolição dos questionamentos que sempre puseram em dúvida a possibilidade de reconhecer-se aos órgãos de jurisdição a prolação de decisões sintonizadas com o princípio democrático. Por eles sempre se refletiu sobre a incompatibilidade presente na aceitação de que pessoas não eleitas pudessem sozinhas, proferir julgamentos a respeito de questões de alta relevância, sem que, com isso, se coloque em xeque a supremacia do princípio democrático.

Para responder e superar essa questão, inúmeras foram as leituras que se puseram a justificar a atuação do Judiciário no Estado Democrático, a maioria inclusive situando o assunto na órbita da Jurisdição Constitucional. Apenas para ilustrar, basta que se lembre da feliz relação entre a Teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin,³⁵ que impõe ao Judiciário a tutela dos direitos fundamentais, porque são trunfos, ante à observância de uma leitura moral da Constituição, com a interpretação que se verifica segundo o modelo intersubjetivo, a tornar incindível o momento interpretativo do momento aplicativo das normas, reservado à Jurisdição.³⁶

O problema – dizem os críticos – situa-se na realidade mesma. É que muitas vezes os juízes podem se afastar desse trajeto! E, se assim é, preferível, afirmam eles, que se restrinja a atuação da Jurisdição, fixando-se severos limites ao seu exercício, inclusive na esfera constitucional, exatamente para que se evite um perigo que segundo eles se reveste de maior gravidade, no caso, o decisionismo judicial, caracterizado pela liberdade de decidir sem peias, sem limites ou balizas, tornando o ato decisório uma mera projeção de convicções estritamente pessoais.

Mas também aí se afigura presente outra visão extremada, quer dizer, a que limita drasticamente a atuação da Jurisdição, vindo também assim a comprometer a

³⁴ É o que se pode notar com a avassaladora política de “metas” estabelecida pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça), que termina por impor a uniformidade de tratamento aos processos pelo critério matemático-estatístico, desprezando de uma só vez a riqueza dos casos concretos, a análise tópica (VIEHWEG) do problema fático-jurídico e a hermenêutica constitucional de fundo participativo, que exigem uma razoabilidade temporal incompatível com o que podemos chamar de *fast-food* decisório.

³⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

³⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Patogênese do protagonismo judicial em terrae brasilis ou de como “sentença não vem de sentire”** In Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Anuário de pós-graduação em Direito da UNISINOS – mestrado e doutorado, n° 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, 145-164.

democracia. Diga-se de outra maneira: se a atuação individualista dos órgãos de jurisdição, inclusive com posturas às vezes propensas aos julgamentos monológicos e solipsistas, é incompatível com a democracia, igualmente incompatível é a atuação radicalmente restritiva, que vem a comprometer principalmente a eficácia dos direitos que são expressamente resguardados pela Constituição.

É aí que passo a situar, como disse na epígrafe desse escrito, a proposta, ainda sob estudo, de livrar o Judiciário dos extremos antes ditos, o que poderia teoricamente ser alcançado pela associação da visão substancialista de Dworkin com um “novo modo de ser no mundo”, proporcionado pela Hermenêutica Filosófica, construção teórica, repita-se: digna de aplauso e acatamento.³⁷

Contudo, rendendo-nos aos desvios que a realidade nos impõe, principalmente a renitência de parte do Judiciário em aceitar essa outra proposta,³⁸ creio ser possível resgatar o princípio democrático no exercício da Jurisdição pelo viés dos postulados procedimentalistas, desde que eles igualmente sejam observados no seio da atividade processual desenvolvida pelo Poder Judiciário e desde que a participação discursiva da esfera pública, diretamente engendrada no âmbito do processo, esteja justificada pelo tipo de interesse posto em risco. Evidentemente que essa nova atuação do aparato Judiciário não pode ocorrer sem que necessariamente uma nova institucionalização do processo, em suas esferas constitucional e infraconstitucional, venha a se concretizar.

Falo da necessidade de que numa democracia, interesses maiores, que não se qualifiquem apenas como transindividuais ou que terminem por receber os qualificativos de “interesses coletivos”, “difusos” e até “sociais”, quando invocados em sede do processo jurisdicional como expressões do interesse da própria nação, requeiram a obrigatória concessão de oportunidade para a participação discursiva das entidades ou instituições que, por uma natural interlocução mantida com o meio social, possam carrear para o processo o *consenso* argumentativamente obtido pelo procedimento discursivo que o antecedeu.

Numa democracia que se afirma em toda a sua extensão, estando implícita a idéia de democratização do exercício de todos os poderes, inclusive do Judiciário, não há mais como aceitar, passivamente, que a vetusta forma de acessar a proteção da Jurisdição, pela teoria da representação dos interesses, satisfaça integralmente o princípio democrático. Digo isto, é certo, quando em jogo interesses que não se afirmem apenas como sociais, mas, sobretudo quando se notabilizem como conteúdos pertencentes à esfera intangível da nação!³⁹

³⁷ Trato aqui da feliz construção teórica de Lênio Luiz Streck, exposta em **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: *Lúmen Juris* editora, 2008.

³⁸ A esse respeito, veja-se um exemplo de decisão indicativa dessa recalcitrância (AgReg em ERESP, Nº 279.889-AL, STJ).

³⁹ O interesse nacional é aqui compreendido como um interesse de fundo republicano, ou seja, voltado à proteção de valores que fogem do individualismo liberalista e vai se achegar ao plano de uma nova vontade geral, comprometida com ideários sólidos de um povo, suas tradições, costumes, escolhas, identidades etc.

Essa é uma visão essencialmente republicana estratificada na compreensão de que o interesse nacional identifica-se com o rol dos valores representativos da singularidade de um povo, sua história, sua tradição, suas crenças, seu espírito. Nesse sentido, não pode uma Corte Judiciária decidir sobre tais interesses, sem que a nação seja posta em sintonia com a argumentação desencadeada no processo judicial. É preciso ouvir e pôr em audição a esfera pública, numa igual relação diacrônica que, em Habermas, existe no âmbito do parlamento.

É verdade que a definição, no caso concreto, sobre o que pode ou não ser qualificado como “interesse nacional” e quem é que pode apontar, também na concretude, se existe ou não essa espécie de interesse, são questões importantes sem as quais a exigência da deliberação popular nos respectivos processos judiciais não se mostraria relevante. Todavia, tais definições não de ser resolvidas pela dogmática jurídica, especialmente pela Teoria da Constituição e o pelo próprio Direito Constitucional, não se afigurando compatível com as pretensões de uma abordagem estritamente filosófica a análise de aspectos que refogem do seu plano de especulação reflexiva e de projeção do pensamento.⁴⁰

No mais, tenho como certo que à Filosofia do Direito compete refletir sobre esse panorama. A ela corresponde a tarefa de apontar o déficit de legitimidade de uma jurisdição que, numa democracia, continua a decidir sobre interesses nacionais em descompasso com a percepção mínima de que, em tais casos, o essencial é traduzir, no campo discursivo, exatamente o que a nação pensa, cogita e anseia.

Haverá quem diga do “perigo” que possa habitar nessa espécie de elucubração, fazendo-o ao argumento básico de que num mundo da transnacionalidade privilegiar a participação da nação poderia significar o risco de fugir dos imperativos globalizantes que estão a guiar os destinos da humanidade.⁴¹ Mas se isso é verdade e aqui não ousou refutar o argumento que lhe corresponde, também é certo que esses destinos, aos quais se está a lançar o futuro do homem e dos seus iguais, estão a representar o que Raffaele De Giorgi chama dos fins de uma “sociedade de riscos”⁴², ou seja, uma sociedade pluralista e complexa, cuja contingência aponta para um destino ignorado, absolutamente imprevisível e por isso mesmo incerto.⁴³

Se o fatalismo com que se reveste essa afirmação mostra-se inevitável ao plano transnacional, reputo que no âmbito interno muitos interesses qualificados como nacionais, ainda podem ser preservados pelo adequado recurso à tutela jurisdicional do Estado e essa crença se mostra plausível, ainda mais, quando se está a tratar o tema pelo

⁴⁰ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito, Teoria do Direito, Dogmática Jurídica. In. Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas.** Trad. Marcos Keel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pp. 25-54.

⁴¹ Acerca da globalização do Direito, remeto ao riquíssimo estudo de Boaventura de Sousa Santos, *Ob. Cit.* p. 290-453.

⁴² Igual denominação se vê em Ulrich Beck. **La sociedad del riesgo: hacia una nova modernidad,** 1998.

⁴³ DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Tempo e Memória.** Trad. Guilherme Leite Gonçalves, São Paulo: Quartier Latin, 2006. Pp. 223-239.

ângulo de países como o Brasil, considerados por notável vertente da sociologia jurídica, como “países de modernidade tardia”, ou seja, países que ainda não conquistaram a efetivação da tutela dos direitos mínimos, sediados expressamente nos textos de suas Constituições.

São países de periferia ou de semi-periferia, que por diversas razões não conseguiram se afirmar internamente emancipando suas sociedades, tornando-as livres de qualquer tentativa de diminuição da cidadania, em suas dimensões básicas consubstanciadas nas dignidades humana, social e política.

Por isso que os interesses nacionais identificados para além desse âmbito representam o mínimo a ser tutelado, pela Jurisdição, com a segurança da participação popular. O processo judicial pode e deve ser o estuário dessa participação, todas as vezes em que a decisão a ser tomada lance os seus comandos para uma esfera de singularidades que só o conceito de nação possa comportar.

O caminho penso eu, passa a partir e para além de Habermas, pela formulação de uma proposta que admita, sem quaisquer preconceitos, que a *historicidade* do Direito enseja a necessidade prática de fazer do processo judicial o espaço público para a interlocução com a cidadania, mediante a abertura de canais que promovam a formação de uma vontade pública que, compartilhada, possa influenciar decisivamente no conteúdo da decisão judicial, isso quando em jogo e em embate pretensões divergentes que comprometam interesses que se qualifiquem como nacionais.

A esse respeito, veja-se o que diz JEAN PAUL VEIGA DA ROCHA:

O desafio que se coloca, segundo Habermas, é de uma nova institucionalização da separação dos poderes. Embora permaneça a centralidade do legislador, deve-se atentar para o fato de que cada vez o legislador é levado a adotar *metadecisões*, ou seja, escolher o que será definido pelo próprio Legislativo e o que será deixado a cargo do Judiciário ou da burocracia reguladora. Havendo tal delegação, muitas vezes implícita, põe-se o problema de como ela pode ser exercida de forma legítima, pois juízes e *experts* da administração pública passariam a exercer uma função *quase legislativa*, ao mobilizar, em suas decisões, elementos do discurso de justificação – discurso próprio do Legislativo. Haveria, portanto a exigência de uma legitimação “suplementar” para a criação de direito nestas outras instâncias que não o Parlamento.⁴⁴

Esse modo de perceber a atuação da Jurisdição auxilia a superar a dicotomia que extrema posições, ora conformadas com a restrição da atuação da Jurisdição, ora comprometidas com o decisionismo que às vezes beira o protagonismo judicial. A democracia deliberativa pode consistir no caminho a ser perfilhado, quando para a decisão sobre os interesses nacionais, a participação da nação passe a consistir no momento processual decisivo para a legitimidade da tutela a advir do Poder Judiciário. A necessidade de uma legitimação “suplementar” de que trata o trecho da doutrina acima esposada, retrata bem a perspectiva de abordagem sumariada neste escrito.

⁴⁴ ROCHA, Jean Paul Veiga. **Separação dos poderes e democracia deliberativa**. In NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. *Ob Cit*, p. 173-197.

7 UMA DELIBERAÇÃO SEM O RISCO DE UMA NOVA “COLONIZAÇÃO”

A defesa de um argumento teórico que aporta na teoria do discurso, assim vista enquanto base para a formulação de uma proposta de democracia deliberativa perante o Judiciário refuta qualquer chance de se buscar essa legitimação no seio de vertentes teóricas comunitaristas.

Não se trata, é certo, de negar a importância dessas visões para a construção de um debate produtivo em torno do papel da comunidade e das suas pertencas políticas e jurídicas, o que evidentemente favorece, inclusive, a análise do perfil da própria Jurisdição dentro do quadro firmado sobre a divisão dos poderes.

O problema reside na restrição que essa possibilidade contém. Ela reduz o papel da cidadania às escolhas que, consoante preconiza, já foram feitas e por isso mesmo dificilmente são submetidas ao procedimento argumentativo-discursivo que, em Habermas, mostra-se vital para a veiculação dos fluxos comunicacionais da esfera pública aos estamentos de centro do poder político.

Como afirmei noutra ocasião, ao tratar da participação cidadã com vistas à deliberação democrática:

Concebemos essa interlocução primeiramente como uma necessária aproximação da cidadania ativa e mobilizada com os estamentos superiores do aparato estatal. Nessa perspectiva, temos que a mobilização da cidadania, numa sociedade periférica, além de espontânea deve manifestar-se por meio de uma procedimentalização discursiva que se percebe como um *a priori*, algo por si inevitável na só torrente das multifacetadas formas de vida e constelações de interesses que se entrecruzam no mundo da vida.

Não há, portanto, na gênese dessa mobilização um sentido prévio de institucionalização, de sorte a que a cidadania viesse diretamente sem interlocução, a atuar no sentido de deliberar sem a interveniência de qualquer outra instância de poder. Além do mais, não é possível amarrar o surgimento dos processos comunicacionais espontâneos entre os cidadãos a padrões preestabelecidos, porventura aceitos porque brotam do Estado em direção à sociedade. Isso representaria a quebra da autonomia que se encontra na base da teoria habermasiana e fulminaria, por inteiro, toda e qualquer expectativa de contribuição autêntica da esfera pública sobre o conteúdo das decisões judiciais.

Não há, ainda, nessa formação aproximativa sugerida, qualquer influência de ordem *comunitarista*, com a qual se aceitasse uma espécie de participação caricatural da cidadania por meio de determinados *movimentos sociais* que, ideologizados, são fiéis representativos de interesses setorizados da política e da economia, por exemplo.⁴⁵

Como se vê, trata-se de uma proposição que percebe a atuação democrática da cidadania de forma espontânea, livre e fundada numa idéia contributiva, que concebe a tutela de interesses jurídicos pertencentes à nação sem as amarras ideológicas

⁴⁵ GOES, Ricardo Tinoco de. **Democracia Deliberativa e Jurisdição: a legitimidade da decisão judicial, a partir e para além da teoria de J. Habermas**. Curitiba: Juruá, PP. 220-221, 2013.

provenientes de uma comunidade que se mitifica e se dogmatiza no tempo, a ponto de exercer sobre *o outro, o diferente* uma tentativa quase constante de “colonização”. O Judiciário enquanto instância de poder, mas sobretudo de interpretação/aplicação da normatividade jurídica não pode situar-se nesse panorama de forma acrítica, sendo submetido a seus imperativos culturais. A democracia deliberativa de cariz habermasiano não se conduz segundo esses pressupostos. O discurso que promove é sempre espontâneo, livre de quaisquer coações, salvo a do melhor argumento!

8 CONCLUSÕES

Neste item procurarei sumariar bem objetivamente os pontos principais aqui tratados, privilegiando aqueles últimos que talvez sirvam de apoio para a continuidade da pesquisa que os ensejou.

a) a adoção da teoria de Jürgen Habermas sobre a democracia deliberativa corresponde à aceitação de outras duas teorias suas: a teoria do agir comunicativo e a teoria do discurso. Elas proporcionam a compreensão de que para sociedades ditas pós-convencionais, o modelo de racionalidade que servia às sociedades tradicionais e convencionais, no mais das vezes fundadas em cosmovisões individuais, não pode mais ser aceito, à vista da pluralidade, da complexidade e da contingência das sociedades ditas pós-convencionais;

b) nesse sentido, somente a razão comunicativa a encetar, num plano de intersubjetividade, as relações entre as pessoas será capaz de promover, por intermédio, primeiro, do agir comunicativo e depois do discurso, a formação de uma vontade pública compartilhada necessária à constituição procedimental das ordens normativas sociais, especialmente da Moral e do Direito;

c) em relação ao Direito, a formação procedimental de sua normatividade apresenta-se no mundo contemporâneo como uma dupla face (dupla face de *Janus*), pois se traduz como obrigatória porque coercitiva, mas ao mesmo tempo observada porque aceita. São os cidadãos, livres e iguais que, movidos sem coação, apresentam-se como os autores e destinatários das normas jurídicas, assim legitimamente produzidas;

d) a formação da vontade pública compartilhada, sendo a gênese da produção normativa, vai encontrar primeiramente no Parlamento o espaço de atuação conducente à transformação do poder comunicativo em poder político. Em Habermas isso se mostrará suficiente para que se tenha como constituído um Direito válido, cuja legitimidade é pressuposta quando do momento de sua aplicação, agora reconhecida em favor do Poder Judiciário;

e) adota Habermas a teoria de Klaus Günther que divide os discursos jurídicos em discursos de justificação e de aplicação normativa, considerando que os

últimos correspondem à escolha da norma jurídica aplicável, cuja legitimidade é pressuposta *prima facie*.

f) acontece que a “escolha” da norma a ser aplicada, como decorrência dessa divisão sugerida, cinde dois momentos que estão inseridos numa verdadeira unidade e totalidade de sentido. Depois disso, a aplicação de uma norma cuja legitimidade só foi apurada no momento de sua edição, termina por afastar-se de uma realidade que é ínsita ao próprio Direito. Refiro-me à *historicidade* do Direito como elemento inerente à sua definição;

g) Com isso, é preciso resgatar para o âmbito do Judiciário a mesma possibilidade de formação discursiva da vontade que serviu de base ao Parlamento e, por conseguinte, à produção da normatividade jurídica, de eficácia geral e abstrata. Só que agora, essa participação discursiva da cidadania tem o processo como o espaço público adequado e a normatividade que dela brotará corresponderá ao conteúdo das decisões judiciais legitimamente proferidas;

h) para além de Habermas, mas tendo como ponto de partida o seu mesmo ideário e sua mesma fonte teórica, procedimental e discursiva, o que se propõe é que no âmbito de interesses nacionais, seja o Judiciário levado a conclamar a participação deliberativa da cidadania ativa, por meio das instituições que naturalmente veiculam a sua atuação, de modo a garantir que a normatividade concreta das decisões judiciais revista-se da legitimidade imposta pelo Estado Constitucional e Democrático de Direito;

i) a exigência da participação discursiva da cidadania ativa no processo judicial, quando em debate interesses que são nacionais, encontra como fundamento o reconhecimento de que a *historicidade* do Direito, a afastar o tempo de sua produção normativa do tempo de sua aplicação, impõe que neste instante, em que também se dá a própria interpretação jurídica, a relação de intersubjetividade entre o Judiciário e a periferia, à semelhança do que ocorrera perante o Parlamento, propicie uma decisão autenticamente comprometida com os valores sociais contemporaneamente aceitos;

j) Com isso poderá o Judiciário suprir o déficit de legitimação que lhe acarreta tantas críticas, aproximando-se realmente daqueles a quem sua atividade reconhece como os verdadeiros destinatários das decisões que dele promanam. Em tal caso, a normatividade do Direito também nesse segundo momento, tomará os cidadãos como seus autores e destinatários, desta feita em relação às decisões judiciais que passam a decorrer de um procedimento discursivo que os coloca face a face com a Jurisdição, isto sem os riscos e os desvios que uma visão estritamente comunitarista poderia lograr e reproduzir.

REFERÊNCIAS

- APEL, Karl-Otto; OLIVEIRA, Manfredo Araújo de; MOREIRA, Luiz (org). **Com Habermas, contra Habermas – direito, discurso e democracia**. São Paulo: Landy, 2004.
- BOLZAN, José. **Habermas – Razão e racionalização**. Ijuí: Editora Unijuí, 2005.
- CARVALHO, Lucas Borges de. **Jurisdição constitucional e democracia – integridade e pragmatismo nas decisões do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2007.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.
- DE GIORGI, Raffaella. **Direito, tempo e memória**. Trad. Guilherme Leite Gonçalves, São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança – uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Trad. Juliana Lemos, São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. Marcos Keel, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito – reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- _____. **Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- GÓES, Ricardo Tinoco de. **A correção racional da decisão judicial**. In. SOUSA LIMA, Fernando Rister; PORT, Otávio Henrique Martins; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. **Poder Judiciário, Direitos Sociais e Racionalidade Jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- _____. **Democracia Deliberativa e Jurisdição: a legitimidade da decisão judicial, a partir e para além da teoria de J. Habermas**. Curitiba: Juruá, 2013.
- _____. **Procedimentalismo e substancialismo: uma visão aplicável à jurisdição e ao processo no Estado Constitucional e Democrático de Direito**. In. Revista *In Verbis* (Universidade Federal do Rio Grande do Norte), nº 26, Ano XIV, Natal-RN.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Trad. Cláudio Molz, São Paulo: Landy, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão descentralizada**. Trad. Lúcia Aragão, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.
- _____. **A Inclusão do Outro**. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe, Milton Camargo Mota, Rio de Janeiro: edições Loyola, 2002.

_____. **Direito e Democracia – entre faticidade e validade.** Volume I, Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Verdade e Justificação – ensaios filosóficos.** Trad. Milton Camargo Mota, Rio de Janeiro: Edições Loyola, 2004.

LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea – uma perspectiva procedimentalista.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MAIA, Antônio Cavalcanti. **Jürgen Habermas: Filósofo do Direito.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org). **Direito e Democracia – um guia de leitura de Habermas.** São Paulo: Malheiros, 2008.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e Racionalidade Comunicativa – A teoria discursiva do Direito no Pensamento de Jürgen Habermas.** Curitiba: Juruá, 2007.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Sociología jurídica crítica – para um nuevo sentido común em el derecho.** Madrid: editorial Trotta/Ilsa, 2009.

STRECK, Lênio Luis. **Patogênese do protagonismo judicial em Terrae Brasilis ou de como “sentença não vem de sentire”.** In *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Verdade e Consenso.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2008.