ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

JURISDIÇÃO DEMOCRÁTICA: UMA VISÃO PROCEDIMENTALISTA PARA A TUTELA SUBSTANCIAL DOS DIREITOS

DEMOCRATIC JURISDICTION: A PROCEDURAL VIEW FOR THE SUBSTANTIAL PROTECTION OF THE RIGHTS

Ricardo Tinoco de Góes*

RESUMO: Na atualidade, o debate em torno do papel da Jurisdição radica, sobretudo, na superação da tensão entre o majoritarismo e o contramajoritarismo, enquanto correntes decisionistas destinadas à provisão de escolhas nas democracias, sobrelevando nesse âmbito às decisões tomadas no âmbito da tutela dos direitos fundamentais. À parte as posições históricas capitaneadas por Hans Kelsen, Carl Schmitt e da contribuição advinda dos artigos federalistas de Hamilton, Madison e Jay, entroniza-se na contemporaneidade o confronto entre um procedimentalismo discursivo, fundado na Teoria do Discurso e da Deliberação Democrática de Jürgen Habermas e um substancialismo principiológico alicerçado na Teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin. O presente artigo visa estabelecer uma discussão acerca dos preditos modelos teóricos, tanto mais para, ao final, deles extrair uma visão que, a despeito dos extremismos com que hoje são tratados, traduza-se como uma via intermédia que consiga de fato extrair do procedimentalismo de base democrática um compromisso efetivo com a tutela substancial de direitos.
Palavras-chave: Jurisdição Democrática. Procedimentalismo. Tutela Substancial de Direitos.

ABSTRACT: Currently, the debate on the role of Jurisdiction lies mainly in overcoming the tension between majoritarianism and contramajoritarianism while decisionist lines of thought for the provision of choices in democracies, outweighing this context for decisions taken to protect the fundamental rights. Aside from the historical positions supported by Hans Kelsen, Carl Schmitt and the contribution from the Federalist Papers of Hamilton, Madison and Jay, in the contemporaneity there is a confrontation between a discursive proceduralism, based on Jürgen Habermas's Discursive and Democratic Deliberation Theory and a substantialism grounded in Ronald Dworkin's theory of law as integrity. This article aims to provide a discussion of the referred theoretical models, with the goal to establish, in the end, a view that, despite the extremism with which today are treated, may be translated as a way that can actually extract of the democratic proceduralism an effective commitment to the substantial protection of the rights.
Keywords: Democratic Jurisdiction. Proceduralism. Substantial protection of rights.

* Doutorando em Filosofia do Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Professor de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Juiz de Direito no Rio Grande do Norte. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

Cresce, de uns tempos para cá, a preocupação acadêmica em torno da rediscussão das bases democráticas aplicáveis às instituições e órgãos públicos, em especial àqueles que estão a serviço dos poderes constituídos do Estado, particularmente do Poder Judiciário.

Grande parte dessa preocupação explica-se: trata-se da dificuldade natural de encontrar-se uma informação democrática para a atividade desempenhada pelos órgãos de Jurisdição, quando se sabe que a escolha de seus agentes (juízes, desembargadores e ministros dos tribunais) dá-se a despeito da forma usual de sufrágio e participação popular, confinando-se em modelos de recrutamento que se valem, por vezes, da vetusta modalidade do concurso público e, em outras, da nomeação com base no mérito pessoal do pretendente ao cargo, decorrente do exercício de um juízo subjetivo, fundado na discricionariedade administrativa.

Até certo ponto é inteiramente compreensível o estado de intranquilidade que grassa sobre a questão, a considerar toda tradição ocidental de conceber as bases democráticas para o exercício de qualquer poder, como expressões fiéis do princípio majoritário, informador do governo legitimado pela maioria da população, característica singular das denominadas democracias representativas.

Em sociedades periféricas como a nossa, em que o grau de desenvolvimento, informação e participação popular é rarefeito, esse aspecto desponta de modo ainda mais grave, isso porque a própria compreensão comum de democracia não consegue ir além dessa percepção simplista, não ultrapassando os limites cognoscitivos do que representa a atuação do agente público, assim tido como o representante eleito para um dado mandato eletivo.

Ora, carecendo o Judiciário de um regime de escolha análogo ao do Legislativo e do Executivo, diz-se que há um *déficit*, na origem, de legitimidade de todo aquele que esteja investido de Jurisdição, à vista da não escolha, da não intervenção direta e popular nos processos de investidura de poder a que são submetidos os juízes.

Acontece que a Constituição de 1988 inaugurou, após um grande elastério de experiência antidemocrática, um Estado Constitucional e

Democrático de Direito comprometido com o ideário de legitimidade no exercício do poder político e, como tal, impõe e exige que todo e qualquer exercício dessa estirpe dê-se mediante uma informação ontologicamente democrática, quer dizer, por intermédio da ideia fundamental de que os atos praticados pelos seus agentes tenham em mira a satisfação dos interesses que a democracia contempla e que encontram guarida na Carta Maior.

É com base nessa constatação que se propõe o presente estudo, aqui circunscrito ao campo da sistematização dos principais assuntos que norteiam a análise e depois a discussão que se trava a respeito do tema.

Busca-se, assim, revelar o modo especial de superar a crise do majoritarismo democrático, mediante a proposição de posturas contramajoritárias, que encontram respostas para a legitimidade da Jurisdição Estatal em concepções sobre a democracia, ora no seu plano conteudístico (especialmente, pela óptica do substancialismo democrático), ora em sua esfera procedimental (com destaque para a vertente do procedimentalismo discursivo).

Ao final, após bem delinear as posições historicamente assentadas nas duas vertentes do pensamento jurídico sobre a democracia e o modo de encetá-la na prática institucional do Estado, lançaremos nossa opinião particular, calcada numa visão que se considera argumentativamente possível, frente às muitas afirmações contrárias, que visam muito mais o isolamento de tais correntes de pensamento, do que o aproveitamento de todas elas naquilo que, entre si, não se afigurem incompatíveis.

2 RÁPIDO ESCORÇO: O LIBERALISMO, O ESTADO SOCIAL E O ALVORECER DA PÓS-MODERNIDADE

Qualquer discussão sobre o papel do Judiciário e da Jurisdição no Estado Constitucional e Democrático de Direito não pode antes dispensar um recuo necessário sobre as fontes de legitimação encontradas nos períodos do Estado Liberal e do Estado Social, respectivamente.

É esse retorno às bases históricas mais próximas que justificará, em nível de compreensão, como se passou da modernidade para a pós-modernidade, no respeitante ao modo especial de exercício do poder e, ainda mais, como se aliou a essa perspectiva a ideia de democracia assentada em cada um dos períodos.

Principie-se o debate por meio dos lindes específicos do chamado Estado Liberal. De informação caracteristicamente contratualista, o Estado Liberal representou um modelo de Estado fundado em dois princípios gerais básicos: a proteção das liberdades individuais e a tutela do direito de propriedade. [1]

Tais princípios serviram-se de um sistema jurídico fundado no civilismo, quer dizer, na doutrina do Direito Privado, que se espelhou no anterior movimento da codificação do Direito, inaugurado com a edição do Código Civil Francês, de 1804 (Código de Napoleão) e que entronizou o Direito Civil como o núcleo central da disciplina jurídica entre as pessoas e entre essas e as instituições sociais.[2]

O civilismo atuou como esteio de informação doutrinária para a prática jurídica e, paralelamente a ele, o contratualismo, assim tido como a doutrina do contrato social[3], serviu de base para informar a instituição de um paradigma de Estado, em que as liberdades individuais unidas pactuavam a outorga de poderes aos representantes do povo, considerados legitimamente escolhidos para atuarem em seu nome.

Inaugurava-se, assim, com o Estado Liberal uma especial forma de exercício do poder através do Direito, nas esferas privada e pública das relações sociais. Sobrelevava-se, na primeira, a proteção dos interesses nitidamente privados, amalgamados pelo ideário de uma liberdade estritamente individual e ilimitada, enquanto na segunda, a atuação da representação política e popular, assim considerada pelo modelo de outorga de poderes,[4] por meio do

1 STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, Bolzan José Luiz. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp 53-54. Os autores remarcam os denominados núcleos moral e econômico do liberalismo, assim dizendo em dois trechos específicos, inicialmente citando Locke "[...]*Liberdade ter uma lei permanente, comum a todos na sociedade e feita pelo poder legislativo nela instituído*" São as liberdades individuais de pensamento, expressão, crença, etc [...]" E quanto à propriedade: "[...] O modelo econômico do liberalismo se relaciona com a idéia dos direitos econômicos e de propriedade, individualismo econômico ou sistema de livre empresa ou capitalismo. Seus pilares têm sido a propriedade privada e uma economia de mercado livre de controles estatais."(*sic*)

2 FILGUEIRA, Fábio Antônio Correia. *O princípio da Função Social do Contrato e seu Controle Jurisdicional.* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2007, p. 77. Veja-se excelente passagem denominada de "o apogeu do voluntarismo nas codificações do século XIX e na brasileira de 1916", em que o autor retrata com inigualável maestria as razões históricas que deram ensejo ao movimento da codificação do Direito.

3 MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito. Dos gregos ao pós-modernismo.* São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 187-189. O autor destaca com grande precisão a gênese do contrato social e sua fundamentação, em Rousseau, no desenvolvimento da ideia de "vontade geral."

4 Importa registrar a substancial diferença entre a ideia de outorga de poderes em Locke e em Hobbes, por exemplo. Enquanto naquele a outorga admite a revogação dos poderes, pela cisão da vontade geral, neste a outorga é ilimitada e ratifica a supremacia das escolhas do governante frente aos seus súditos.

que se cunhou chamar de democracia representativa e deliberativa.

Evidente que essa etapa lograria proteger com toda ênfase, e até com a exclusão de outros, direitos os interesses privados e intensamente os direitos de caráter patrimonial, em detrimento de outros, cujas ordens de valores mais se afinassem com a esfera coletiva e o interesse marcadamente público.

Ainda não se havia percebido a dimensão pública, inclusive de alguns ramos do direito privado, que não sofriam qualquer influência do movimento constitucionalista norte-americano, nem tampouco das tradições germânica e austríaca, calcadas na visão positivista de Kelsen e da sua formulação piramidal para o ordenamento jurídico. [5]

Somente com o advento da Revolução Russa de 1917 (Bolchevista) e depois com a promulgação da Constituição de Weimar, marcos histórico e jurídico para a inauguração de uma nova expressão e modelo de Estado, é que se passou a considerar o rol de direitos sociais como um dos fins prioritários da tutela jurídica estatal.

Essa mudança de postura proporcionou, ainda, a abstração do civilismo em prol do constitucionalismo, isto é, a leitura dos ramos do Direito público e privado, pela lente da Constituição. Substituiu-se a ideia de que a subsunção do fato à norma poderia prescindir de uma reflexão constitucional acerca do caso e passou-se a escolher a norma a ser aplicável, segundo o sentido e o significado que a situação concreta reclamava, a considerar o conteúdo das regras constitucionais, que nos planos normativo e principiológico, faziam-se atuar.

Quer dizer: o modelo subsuntivo que espera justificar a legalidade da aplicação do Direito, através das normas jurídicas positivadas,[6] rendeu espaço ao modelo que busca a justificativa da aplicação da norma pela constitucionalidade do seu conteúdo. O caminho agora é invertido: aplica-se a norma pela interpretação que se faça a partir da Constituição.

Nesse estágio, a tutela dos direitos sociais representou o apogeu da modernidade[7], traduziu-se no despertar das sociedades pós-medievais do sono profundo marcado pela compreensão de que o Direito Natural deveria necessariamente advir ora da intercessão divina e da graça, por ele

5 ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional:* O modelo constitucional do Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

6 BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico.* Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Polis, 1989.

7 BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

permitida, nos corações dos homens (Tomás de Aquino), ora da natureza humana, assim tida como originariamente boa (Rousseau).

Assistiu-se à dessacralização do conhecimento jurídico e criou-se um conjunto de condições favoráveis a uma cultura fundada na secularização do Direito e do Estado, tendo a Constituição como a verdadeira fonte cultora das relações jurídicas entre os cidadãos. [8]

A par disso, a própria sofisticação dos meios de produção, o surgimento do embate capitalismo *versus* socialismo, o ideário dos movimentos de libertação do homem de certas amarras morais, caudatárias de uma visão de cristianismo clerical, a despeito de um ideal de vida boa, de fundo sociológico, são elementos culturais e fenomenológicos que igualmente concorreram para a passagem do Estado Liberal ao Estado Social.

O que é fato é que a partir do advento do Estado Social (Welfare State), ele, o Estado, passou a assumir para si os deveres essenciais de um verdadeiro promotor da justiça social, tendo o Direito como um de seus principais instrumentos. A instituição de políticas públicas básicas, protetivas de direitos que, para além de sociais, caracterizavam-se por uma fundamentalidade ínsita e material, concorreram pouco a pouco para a concentração desse programa de tarefas no seio das Constituições Democráticas.

Delineava-se, a partir daí, o ambiente institucional necessário para o salto último da modernidade. Abria-se espaço para que os direitos fundamentais, antes concentrados – por absoluta necessidade – nos diversos planos da dignidade humana, passassem a ser vistos numa dimensão contemporânea, redentores da cidadania, da cidadania participativa, plural, plena e igualitária.

Assistiu-se, assim, ao nascimento do Estado Constitucional e Democrático de Direito, cujos matizes se encarnam na dimensão material da Constituição, na disciplina normativa dos direitos e garantias fundamentais e, por último, na institucionalização definitiva do direito de participação. É o que se descortina, a partir do presente estágio da história.

Com esse novo modelo, instaura-se um novo Estado e um novo conceito de Democracia. A falência da democracia representativa rende espaço à democracia pela participação.[9] Canais de atuação do homem e de seus

8 LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: Lições Introdutórias*. 2.ed.São Paulo: Max Limonad, 2002.
9 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 526.

iguais são abertos nas sociedades mais avançadas, criando-se espaços públicos para a formação da opinião, sem o caráter universal e inflexível que a outorga formal de poderes representa e que invariavelmente corrompe.

Com a democracia participativa admite-se o exercício do poder por representação, mas com uma intensa participação fiscalizadora da opinião pública e o acréscimo vertiginoso de meios destinados ao debate e à pressão popular, isso tudo motivado pelo ideário coletivo de dar concreção aos preceitos constitucionais e ao núcleo denso da Constituição, empenhado em fazer aflorar na vida dos cidadãos o rol dos direitos fundamentais por ela positivados.

É certo que em países como o Brasil esse terceiro estágio ainda está por vir. Somos um país de "modernidade tardia"[10], ou seja, um país e uma nação calejados por idas e vindas, fluxos e refluxos, na caminhada natural pela plenitude democrática. Somos aprendizes de um processo que já se cristalizou em muitos outros países, especialmente do velho mundo, do continente europeu.

A consolidação do Estado de "bem-estar social" por aqui se deu de modo completamente ficcional[11]. Vivenciamos, ainda, uma caricatura de funcionalidade em esferas básicas dos serviços públicos, tais como saúde, educação e segurança pública. Somos ainda reféns de uma "colonização do mundo da vida" [12] que nos impede, mais aqui do que em outros lugares, de estabelecermos bases devotadas à criação de um verdadeiro projeto de emancipação do cidadão brasileiro, daí ser difícil pensarmos numa democracia participativa para o Brasil, o que, por outro lado, não nos impede de falar, de propor, de acreditar...

De qualquer sorte, seja como realidade vivida ou realidade projetada, a democracia participativa é um acontecimento notável e inquestionável. Ela se mostra como um caminho sem volta, até em razão de exigências comuni-

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

11 STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

12 CARVALHO, Lucas Borges de. *Jurisdição Constitucional e Democracia*: Integridade e Pragmatismo nas Decisões do Supremo Tribunal Federal. Diz o autor: "Habermas apresenta o paradigma procedimental como uma alternativa ao debate sobre a crise do modelo do Estado Liberal e, particularmente, do Estado Social... Aliado a isso, assiste-se a uma crescente colonização das relações sociais espontâneas pela racionalidade do mercado e pelo tecnicismo das burocracias estatais. A conjunção entre esses dois elementos – ou seja, a dissolução das eticidades tradicionais e a colonização do mundo da vida – traz consigo uma grave crise de *legitimação* e de *eficácia* do direito.

tárias internacionais, das quais o Brasil não pode abdicar. E essa constatação traz a reboque consideráveis consequências para o mundo do Direito e em particular para a jurisdição, consoante se propõe tratar o presente escrito.

3 DEMOCRACIA: PRINCIPAIS VISÕES CONTRAMAJORITÁRIAS

O problema do princípio majoritário para o modelo de democracia participativa pode ser resumido da seguinte maneira: como é possível assegurar todos os direitos fundamentais, inclusive os das minorias, quando a tutela jurídica e a previsibilidade normativa acerca deles estão submetidas à vontade da maioria?[13]

E como decorrência lógica dessa primeira indagação, sobrevém a segunda: é legítimo, em nome da vontade da maioria, renunciar ao direito das minorias, mesmo quando a Carta Constitucional igualmente tutela esses interesses minoritários?

Tais questões revelam, assim, um claro paradoxo nas sociedades democráticas ditas pós-modernas: se de um lado, as cartas políticas desses Estados contêm uma manifesta declaração de direitos, postos no mais alto nível de proteção, uma vez que são direitos fundamentais, em essência e forma, de outro lado, as democracias que deram suporte à formação da vontade constituinte e que são, pela Constituição, avalizadas, são frutos de uma visão quantitativa do exercício do direito de escolha, mediante a qual vencem as propostas e as ideias que contam com o beneplácito da maioria da população.

O paradoxo reside exatamente nessa situação: ao passo que a Constituição assegura direitos fundamentais, que dizem respeito tanto à maioria como às minorias, a tutela e a proteção a tais direitos restam entregues exclusivamente à quantificação resultante do interesse majoritário.

A superação desse paradoxo é, por todos, considerada como irremediavelmente dependente da superação do próprio princípio majoritário. É preciso, pois, encontrar-se fundamento outro para a democracia do novo milênio, que desta feita resulte de uma visão contramajoritária.

Contemporaneamente, importa compreender o contramajoritarismo como uma declaração de independência frente ao interesse da maioria, que

13 CARVALHO, Op. Cit., p. 106.

embora sopesado, considerado, não pode representar o ponto alto das decisões institucionais num Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Ao afirmar-se o direito de participação como um direito fundamental de quarta geração, não se está a referir-se apenas à participação da maioria. Muito ao contrário, está-se a assegurar a participação de todos, indistintamente, nos processos de decisão sobre as questões que se mostrem da mais alta importância para os objetivos colimados numa dada sociedade. É esse o espírito democrático que deve nortear uma visão atual acerca das democracias fundadas no ideário de participação popular.

Estamos, assim, a introduzir o debate em torno das correntes de pensamento que tratam do conceito de democracia e da relação que se estabelece entre ele e os poderes constituídos do Estado, na perspectiva de encontrarmos uma resposta à seguinte pergunta: qual o poder que, na contemporaneidade, afigura-se como o responsável último pela preservação do princípio democrático e, por consequência, pela efetivação dos direitos fundamentais resguardados na Constituição?

Historicamente, é possível fixar três referências teóricas sobre a relação que há entre os poderes constituídos e a defesa do princípio democrático, positivado nos textos constitucionais.

Nesse sentido, diz-se que é em Kelsen que se situa a visão formalista de controle da constitucionalidade, na qual se fundamentou a estrutura do Tribunal Constitucional Alemão e que tem como essência a ideia alicerçada na compreensão de que ao Judiciário reserva-se o papel de preservar, apenas, o formalismo procedimental aplicável ao processo legislativo, concorrendo desse modo para que se garanta a constitucionalidade das leis.

A ideia central dessa corrente de pensamento é a de que jamais o Judiciário poderá imiscuir-se na esfera valorativa de que se valeu o Legislativo para legitimamente editar as regras jurídicas de uma dada ordem normativa. Ao Judiciário importa concorrer para a correção procedimental no processo de produção legiferante. Sua atuação se limita à verificação quanto à adequação ou não do processo legislativo infraconstitucional às regras estabelecidas pela Constituição.

Noutro sentido, Carl Schimitt defende posição que põe sob as hostes do Poder Executivo a responsabilidade que concerne à preservação do texto

constitucional e, em especial, da informação democrática que dele dimane.

Em Schimitt, é o Presidente da República o depositário de todas as esperanças, posto ser na sua pessoa que se concentram os ideais populares de realização dos interesses sociais mais importantes. [14]Isto se dá na medida em que o grau de legitimidade e de assentimento em torno da figura do Presidente confere-lhe, por isso mesmo, a condição subjetiva necessária para priorizar esta ou aquela meta que melhor concretize as promessas democráticas presentes na Constituição.

Por fim, como terceira e última posição, tem-se a contribuição advinda dos artigos federalistas de Hamilton, Madison e Jay, responsáveis pela fundamentação doutrinária do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, especialmente decorrente da permissividade de produzir-se um controle substancial da constitucionalidade, como se deu a partir do clássico Marbury *versus* Madison[15] e depois com tantos outros, tal como Brown *versus* Board Education.[16]

Nessa perspectiva, ao Judiciário comete-se a responsabilidade primeira pela realização efetiva de procedimentos destinados à manutenção da higidez democrática de fundo constitucional. A essência do controle de constitucionalidade reside exatamente na compreensão de que é o conteúdo da carta constitucional que deve ser preservado, ou seja, as garantias, os direitos fundamentais, individuais e coletivos, que espargem da Lei Maior.

Dessas três posições, separadamente relacionadas aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, associaram-se posteriormente outras correntes do pensamento que, desta feita, põem em contraponto o papel do Poder Judiciário e as missões institucionais dos demais poderes, todas as vezes em que ameaçada estiver a base democrática do exercício do Poder Político.

Surgem, com isso, as vertentes do pensamento jusfilosófico de John Hart Ely e Jürgen Habermas, que atinem ao procedimentalismo discursivo e à Teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin.

Com esteio nessas vertentes é que procuro relacioná-las com as posições capitaneadas por Schimitt, Kelsen e Hamilton, visando identificar a

14 CARVALHO, Op.Cit., p. 114.

15 Conhecido caso da Suprema Corte Americana: Marbury *versus* Madison, de 1803, que inaugurou o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário

16 Outro conhecido caso que culminou com a decisão da Suprema Corte proibindo a segregação racial nas escolas.

especial maneira de enfrentar os questionamentos anteriormente apresentados. É que as ideias desses últimos autores são precisas quanto à possibilidade ou não de a Jurisdição ser posta a serviço de interesses maiores, isto é, tornar-se ou não a verdadeira responsável pela provisão de uma tutela capaz de garantir a sustentabilidade do sistema de direitos e garantias fundamentais, sem o mau vezo ou a pecha de agir contrariamente à democracia.

Em Ely e Habermas há um ponto em comum que pode ser, de logo, ressaltado. São posições marcadamente procedimentalistas, no sentido comum de que ao Judiciário deve reservar-se o papel de garantidor da correção formal do procedimento legislativo[17], todas as vezes que a edição de uma norma jurídica ocorrer em manifesta ofensa às regras procedimentais do processo legiferante, estabelecidas na Constituição.

Em Ely e Habermas há a confiança de que é no Legislativo que se assegura um ambiente adequado para o debate e para a escolha valorativa utilizada no disciplinamento dos temas que interessam à sociedade.

É evidente que em Habermas não se sujeita a atuação deliberativa da sociedade ao sistema de representação política que está a serviço do Legislativo. Habermas é defensor ferrenho de uma ampliação do espaço público destinado ao debate e à discussão em torno dos assuntos que estão visceralmente relacionados à sobrevivência do próprio grupo.[18]

O projeto de Habermas é, antes, um projeto de emancipação do homem e da comunidade em que ele se encontra integrado. [19] Sua percepção vai além da mera correção racional dos procedimentos formalmente estabelecidos na Constituição. Embora se compreenda que, dentre os Poderes do Estado, é realmente o Legislativo que desfruta de uma maior legitimidade para dispor normativamente dessas escolhas, tem-se que estas não se encontram, na visão do filósofo, circunscritas ao ambiente de representatividade encontrado naquele Poder.[20]

17 THIBAU, Vinícius Lott. *O direito à prova no paradigma jurídico-constitucional do estado democrático de direito:* Considerações sobre a procedimentalidade brasileira. Curitiba: Juruá, 2008. p. 305.

18 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro.* Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: edições Loyola, 2002. p. 86.

19 SIMIONI, Rafael Lazzarotto *Direito e Racionalidade Comunicativa.* Curitiba: Juruá, 2007. p.141. Veja-se esse trecho "Para Habermas nem a maioria, nem as minorias privilegiadas e nem mesmo uma instância mítico-religiosa podem impor suas decisões legitimamente através do direito. A legitimidade do direito só pode ser a expressão da vontade de todos os cidadãos."

20 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia:* entre faticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Brasília: Tempo Brasileiro, [S.d.]. p. 191. v. 1.

O Legislativo torna-se um tradutor das expectativas sociais materializadas no procedimento discursivo de que participam todos os interessados e concernidos. A tanto se deve institucionalizar, em favor da sociedade civil, todas as condições ideais do discurso democrático, de modo a que ela possa desenvolver-se no debate instaurado pelos cidadãos.

Nessa perspectiva, acredita-se com Habermas que a sociedade civil tem papel fundamental no modelo de democracia que se pretende instaurar nos dias atuais. Embora em seu pensamento o Judiciário permaneça voltado à análise da correção racional do discurso jurídico[21], mantida a proeminência do texto normativo, cuja elaboração advém do Poder Legislativo, assegura-se, por outro turno, a permanente vigilância do processo de elaboração das leis pela ação perene da sociedade civil.[22]

Por último, diferençando-se das visões precedentes, destaca-se a Teoria do Direito como Integridade, do Professor da Universidade de Oxford, Ronald Dworkin.[23]

Dworkin professa ideia que põe o Judiciário em consonância com a defesa dos direitos fundamentais e com a intangibilidade do princípio democrático advindo da Constituição. Nele, a carga valorativa que dimana das relações jurídicas pode e deve ser sopesada pelos Juízes quando do exercício de suas funções.[24]

Aflora daí a defesa do direito como integridade, quer dizer, do direito que é considerado como centro do qual irradiam todas as garantias em favor do cidadão e da democracia. A tanto, a manutenção do sistema que colima a proteção dos direitos fundamentais é obrigação cometida também aos juízes; e o Judiciário[25], como guardião desse sistema, assume uma posição proativa,

21 Essa é a posição assumida por Habermas, quando adota a tese de Klaus Günther acerca da separação entre os discursos de validade e os discursos de aplicação do Direito, entendendo que ao Judiciário comete-se a função de levar a cabo os discursos de aplicação, cuja validade já é obtida *prima facie*, a partir do Legislativo.

22 CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. *Habermas e o Direito Brasileiro.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris. p. 196-197. Acerca de visão de Habermas sobre o papel do Judiciário, veja-se este excelente trecho em que o autor se reporta ao controle da constitucionalidade pelo Judiciário. "Habermas vê o judicial review como mecanismo fundamental para o surgimento de uma cidadania ativa, em defesa do "princípio da democracia" e dos direitos fundamentais [...] Mas as bases desse controle são mais limitadas do que aquelas propostas pelo comunitarismo e, por conseguinte, menos sedutoras para a magistratura, muito mais propensa às soluções ativistas, que julgam comprometidas com as necessidades do povo..."

23 DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. *Tradução de* Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, [S.d.]. p. 271.

24 Essa posição perfilha o mesmo caminho de tantas outras, como a de Antoine Garapon, dando ensejo ao que contemporaneamente passou-se a denominar de ativismo judicial.

25 CARVALHO, Op. Cit., p. 169.

atuando mediante uma visão hermenêutica que assegura a predominância dos princípios fundamentais, a propor uma real evolução que parta das meras garantias formais à efetiva tutela da dignidade das pessoas.[26]

Desse conspecto, impõe-se enfrentar como e de que maneira o Judiciário pode desincumbir-se desse ônus e, mais, até que ponto o instrumento de atuação da Jurisdição Estatal – o processo - encontra-se pronto para bem concorrer para que se preservem as garantias e direitos fundamentais assegurados pelo Estado Constitucional e Democrático de Direito. Esses são os pontos centrais que serão postos como objetos de análise em passo seguinte.

4 INFORMAÇÃO DEMOCRÁTICA SOBRE A JURISDIÇÃO E O PROCESSO

Em resumo dos tópicos precedentes, podemos afirmar que é no pensamento de Dworkin que se concentram as esperanças de o Judiciário tornar-se, de fato, o verdadeiro redentor dos direitos fundamentais, sem que para tanto, impute-se a este Poder o vício de origem fundado na ideia de que sua atuação não espelha e não se legitima pelo princípio democrático.

Dworkin procura vencer esse impasse. Sustenta que a alegação de que a atuação dos Juízes encontra-se despida de uma informação democrática toma por base um modelo de democracia que não é identificado com a visão do Direito como Integridade.

Para Dworkin a preocupação em manter a intangibilidade do sistema democrático não se encontra desatada da igual e importante preocupação em assegurar o respeito aos direitos fundamentais. Ou melhor: não há democracia, no sentido exato da palavra, quando os direitos fundamentais são alvos de violações, mesmo aquelas que se procuram justificar pelo uso de argumentos plasmados numa certa ideia ou visão de democracia.

O Direito como integridade qualifica-se como um modo especial de assegurar não o sistema jurídico do ponto de vista normativo, mas, sobretudo o sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos. É que o sentido de democracia pereceria em uma sociedade cujos integrantes despidos estivessem do acesso e da fruição desses direitos. Afinal, de que adianta

26 GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia.* Tradução de Maria Luíza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 210.

a liberdade de escolha, a liberdade de opinião se essas faculdades não se transmudam em meios de proteção aos direitos das pessoas?

É nesse contexto que se encetam as visões contemporâneas sobre a jurisdição e o processo, no sentido de que a atuação daquela se reafirma no Estado Democrático todas as vezes em que voltada estiver para o estabelecimento de garantias em favor da preservação dos direitos fundamentais, estando o processo igualmente a serviço desse desiderato.

É por isso que se defende uma mudança radical no modelo de processo. Processo democrático é processo com participação efetiva das partes, mas com vistas a fazer prevalecer toda a carga substantiva inerente aos direitos fundamentais. [27] A participação democrática passa a ter como premissa básica, como ponto de partida, não apenas a liberdade de manifestação individual, pura e simples, mas, sobretudo, a preservação dos direitos que são fundamentais e que, por isso mesmo, representam o núcleo denso das garantias que o Estado Constitucional e Democrático de Direito visa tutelar, segundo uma ideia de comunidade que não se compraz com o conceito usual de reunião de indivíduos.[28]

Nenhuma regra de direito processual pode ser interpretada em dissensão com essa premissa. A hermenêutica constitucional – como modo de ser no mundo[29] – toma esse princípio como algo já preconcebido, já preestabelecido. [30] Assim, por exemplo, não prospera mais a disponibilidade do uso de todos os meios de resposta, utilizados sob o pálio da ampla defesa, quando as suas adoções se mostrarem claramente comprometidas com o sentido de protelar, de procrastinar a solução da controvérsia.

Também a formulação de pedidos não representativos da provisão de uma tutela adequada deve ser revista pelo órgão de jurisdição para que se mostre servível e útil à consecução de um resultado prático a advir do processo. É que a garantia individual contida na liberdade de postular não pode significar a subversão do sentido de utilidade e de adequação inerentes à função jurisdicional do Estado.[31]

27 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático.* Curitiba: Juruá, 2008.p.250

28 Não se compreende uma comunidade como uma reunião de individualidades, mas como um todo orgânico, dotado de fins e de interesses gerais, pertencentes a todos indistintamente.

29 Essa é a perspectiva da Hermenêutica Filosófica inaugurada pelo pensamento de HANS-GEORGE GADAMER.

30 HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 135.

31 MARINONI, Luís Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 134.

É de se incluir, ainda, o recurso a determinados incidentes processuais, muitas vezes justificados pelo interesse em trazer aos autos a verdade dos fatos. Nesses casos, de inteira aceitação a atitude de rechaçar, em seu nascedouro, essas iniciativas quando os fins a que se propõem podem ser alcançados por uma via processual mais rápida, sem comprometer o resultado preconizado pela natureza do direito subjetivo a ser tutelado.

E porque não citar o direito de acesso à prova, uma das expressões claras do devido processo legal em seu sentido substancial? Quanto a este, não há mais como interpretar a fase de postulação das provas como mero beneplácito legal para que se produzam provas, sem o sentido real de adequação ao tipo de tutela que se procura obter com o processo. A prova deve ser mais um meio adequado para a provisão de uma tutela que espelhe, com fidedignidade, aquilo que de fato interessa à solução efetiva a advir do processo. Trata-se da substituição da prova, como emanação da vontade da parte, pela prova que se mostre necessária à obtenção de um resultado útil para o processo.

Essas são meras projeções de uma mudança paradigmática do processo, em consonância com um modelo de Estado Democrático que não põe mais as liberdades individuais e a representatividade dos cidadãos como os pontos centrais para a sua realizabilidade. A democracia informa agora o processo no sentido de exigir da sua conformação um verdadeiro compromisso com a concretização dos direitos fundamentais titularizados por toda a coletividade.

5 CONCLUSÃO

Nos tópicos precedentes procuramos enfocar a relação que há entre Jurisdição, Processo e Democracia.

Dessa análise sobressaíram algumas afirmações que merecem ser rapidamente repisadas. Vejamos:

Primeiramente, a ideia de que a ausência de uma escolha popular dos órgãos investidos de jurisdição não representa, somente por isso, um descompromisso com os ideais democráticos inerentes ao Estado Democrático e Constitucional de Direito.

Em segundo lugar, importante repetir que numa verdadeira democracia não subsiste a ideia de que o governo da maioria assegura, apenas

pela supremacia de uma visão estritamente quantitativa, que as escolhas, as opções de uma posição majoritária irão garantir a defesa dos direitos fundamentais. Daí resulta a necessidade de buscar-se em posições contramajoritárias a defesa de todo e qualquer direito fundamental, inclusive os direitos titularizados pelas minorias.

Em terceiro lugar, releva ressaltar que a Jurisdição e o Processo, como instrumentos de atuação do Estado precisam impregnar-se do princípio democrático, não apenas no sentido formal da expressão, isto é, na perspectiva de que devem constituir-se como ancoradouros da participação efetiva dos jurisdicionados e dos sujeitos do processo. Essa informação democrática, ao revés, deve incidir sobre o conteúdo dos papéis desempenhados pela Jurisdição e pelo Processo, ou seja, deve espelhar a preocupação de resguardar-se, pela democracia, o direito de todos os que, de fato, têm direito, sendo essa a finalidade maior da democracia, em seu plano substancial.

Em quarto e último lugar, impõe-se sobrelevar que dentre todos esses direitos subjetivos e materiais titularizados, sobressaem aqueles que formam o núcleo denso dos direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, exemplificativamente apontados pelo texto constitucional. Não há dúvida de que a jurisdição e o processo possuem esse escopo institucional maior. Reafirmam-se como âncoras da concretização dos direitos fundamentais num Estado Democrático e Constitucional de Direito.

Vê-se, assim, quão é fácil individualizar os pontos estratégicos dessa relação trilateral a envolver jurisdição, processo e democracia. A reflexão então ressoa presente no debate sobre os meios devotados a alcançar a realizabilidade desse escopo maior e, a tanto, somos levados a meditar sobre o que o procedimentalismo e o substancialismo, como correntes jusfilosóficas da contemporaneidade, podem contribuir para esse objetivo.

Afirmemos, de logo, a importância dos pensamentos de Habermas e de Dworkin para as duas correntes. Ressalve-se, contudo, que para os dois importa que se adote como premissa básica a um projeto de democracia, o estabelecimento de uma "comunidade de sujeitos livres e iguais, que ditam suas relações com fundamento no Direito".

Todavia, enquanto Habermas vale-se da fixação de condições proce-

dimentais para a origem democrática do Direito[32], Dworkin recorre a uma fundamentação de ordem substantiva para explicar essa gênese, afirmando, nesse sentido, que é indispensável estabelecer um princípio geral, um princípio base, que ele denomina de "princípio de igual consideração e respeito", sem o qual não é sequer intuitiva a possibilidade de estabelecerem-se direitos de fundo essencialmente democrático.

O modelo proposto por Dworkin não é, de todo, oposto ao de Habermas, pois ambos são defensores de uma participação política da cidadania, da qual possam eclodir os procedimentos discursivos de decisão legitimamente identificados com a preservação dos direitos e garantias fundamentais. A distinção essencial é que para o modelo constitucional de democracia, a ampliação do processo democrático não é suficiente para suprir as limitações do procedimento legislativo, ao qual o pensamento de Habermas credita a esperança de atingir os seus fins, sempre que sujeito a um procedimento de correção normativa ditado pela participação plena e efetiva da sociedade.

É porque em Habermas fortalece-se a expectativa de a sociedade, formada por indivíduos livres e iguais, ser capaz de traçar um procedimento de fundo consensual[33], baseado em condições ideais de discurso, em que a ação comunicativa dos cidadãos[34], assim estabelecida, garanta a respeitabilidade dos direitos fundamentais já pela ação legislativa, sem necessariamente a intervenção do Judiciário.

Como Dworkin sustenta, é preciso mais que isso. É essencial a concretização de um robusto sistema de limitações recíprocas para que, definitivamente, no Judiciário e na Jurisdição que é a sua função, obtenha-se uma real restrição à atuação das instituições majoritárias, como é o caso do Poder Legislativo.

Daí que, para este último, os órgãos de jurisdição aparecem como os verdadeiros responsáveis pela tutela dos interesses e direitos das minorias. O Judiciário afirma-se como uma instância fundamental do aparato democrático do Estado, pois fomenta o debate sobre

32 CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris editora, [S.d.]. p. 170.

33 Consenso, assim tido como os valores que são compartilhados pelos membros de uma mesma comunidade política.

34 ALBERTON, Genacéia da Silva. Repensando a jurisdição conflitual. In. *Bases científicas para um renovado Direito Processual*. Salvador: editora Podium, 2009. p. 283.

pretensões até então desmerecidas pelo ambiente a que pertence o processo legislativo.

É como sobreleva Lucas Borges de Carvalho em excelente monografia ao discutir o modelo de democracia constitucional substantiva, apresentando "não apenas ampliação do processo discursivo de formação de vontade majoritária". Na verdade, é pertinente evidenciar consoante ainda posicionamento do autor que "mais precisamente os tribunais exercem papel fundamental no sentido de assegurar que o resultado do processo democrático sempre reflita os ideais substantivos" [35].

Assim, esmaecer a atuação do Judiciário, na crença de que somente em espaços públicos assecuratórios do debate em torno de questões sociais relevantes, pode-se canalizar a influência que a sociedade exerce sobre o Legislativo e daí estruturar-se a proteção aos direitos fundamentais é imaginar que o princípio democrático se compraz com a proteção aos direitos considerados legítimos pela maioria.

Malgrado essa afirmação possa até levar a se pensar que somos favoráveis a um substancialismo que se volta à proteção de direitos, unilateralmente, por juízes e tribunais, numa manifesta opção ativista, de sorte a se crer numa legitimidade pressuposta do Poder Judiciário, precisamos deixar claro que essa tutela não precisa acoplar-se a nenhuma das correntes radicalmente substancialistas.

Muito diferentemente, creditamos a uma postura procedimentalista preocupada com a tutela substantiva de direitos, a especial maneira de prover-se uma saída para a legitimidade das decisões judiciais, no cambaleio dessas opções radicalmente consideradas pelas mais variadas correntes da Filosofia Política.

Cremos na possibilidade, por exemplo, da abertura institucionalizada de espaços públicos de interlocução, mas não só da cidadania com o Poder Legislativo (o que poderia levar à sujeição ao majoritarismo), assim como é estritamente concebido pela mais significativa corrente do procedimentalismo democrático.

No caso, entendemos que essa abertura institucionalizada pode também encontrar uma ambiência adequada no âmbito da Jurisdição, porque a argumentação que se desenvolve sobre os valores, principalmente em ca-

35 CARVALHO, Op. Cit., p. 170.

sos difíceis, acerca da tutela de direitos fundamentais, pode contar com a participação efetiva de uma esfera pública vigilante, ativa e mobilizada, enquanto caixa de ressonância de uma cidadania que participa e que deseja influenciar decisivamente os estamentos públicos dos poderes constituídos, inclusive o Judiciário.

Uma complementação discursiva dos discursos de aplicação, reservados à Jurisdição, por discursos de fundamentação, preliminarmente só concebidos perante o Parlamento, poderia muito bem, se assim considerada, resgatar esse ideal de legitimidade tão esperado para as decisões judiciais.

Evidentemente que esse modelo não poderia dispensar, como segunda etapa, a manutenção da aplicação deontológica de normas e princípios pela Jurisdição, mas é induvidoso que a precedência de um debate com a cidadania, mediante canais de participação direta do cidadão e dos seus iguais, poderia muito bem encetar ao convencimento a ser formado pelos órgãos de jurisdição, em casos de nítido interesse coletivo, o fio condutor da valoração que o espaço público empresta à controvérsia.

Certamente que esse nível de reflexão implica, propriamente, no estabelecimento de novas bases reflexivas sobre a própria teoria que concebe o procedimento discursivo como base para a superação da tensão entre a faticidade e a validade, na dualidade que se expressa a relação entre o próprio Direito e a Democracia.

Aqui, nossa proposição se limita à finalidade de instigar e de abrir o debate em torno disso que se afigura, pelo menos agora, como uma só possibilidade.

Com isso, queremos apenas grafar com tintas fortes a perspectiva de que uma via procedimentalista não está, ao nosso sentir, desvinculada da necessidade/prioridade de prover tutela substancial aos mais variados direitos fundamentais dispersos pelo agregado social.

Satisfeito esse propósito, alcançado se mostrará o nosso objetivo.

REFERÊNCIAS

ALBERTON, Genacéa da Silva. Repensando a Jurisdição Conflitual. **Bases científicas para um renovado direito processual**. 2.ed. Salvador: Podium, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de Constitucionalidade no direito brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Cláudio de Cicco, Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Polis, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CARVALHO, Lucas Borges de. **Jurisdição constitucional e democracia**. Curitiba: Juruá, 2007.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos de filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FILGUEIRA, Fábio Antônio Correia. **O princípio da função social do contrato e o seu controle jurisdicional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro.** Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota, São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Brasília: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito:** dos gregos ao pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, Bolzan José Luiz. **Ciência política e teoria geral do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso:** Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

Correspondência | Correspondence:

Ricardo Tinôco de Góes
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, Rua Monte Alegre, 984, Perdizes, CEP 05.014-901. São Paulo, SP, Brasil.
Fone: (11) 3670-8000.
Email: ricardotinoco@tjrn.jus.br

Autor Convidado.