

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 22/07/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29955-a-valoriza-o-do-contradit-rio-a-comparticipa-o-na-constru-o-do-provimento-jurisdicional>

Autore: Gabriela Soares Balestero

A valorização do contraditório: a participação na construção do provimento jurisdicional

The promoting the contradictory: the sharing in the construction of the judicial remedy

A VALORIZAÇÃO DO CONTRADITÓRIO: A COMPARTICIPAÇÃO NA CONSTRUÇÃO DO PROVIMENTO JURISDICIONAL*

THE PROMOTING THE CONTRADITORY : THE SHARING IN THE CONSTRUCTION OF THE JUDICIAL REMEDY.

Gabriela Soares Balestero**

RESUMO

A finalidade deste artigo é estudar, analisar a questão do ativismo judicial, ou seja, a degeneração de um processo criado de forma solipsista pelo magistrado, sem a participação das partes para a construção do provimento. Portanto, o presente estudo possui dois objetivos específicos: 1) a reformulação processual sob uma perspectiva democrática; 2) a construção do provimento Jurisdicional pelos sujeitos do processo em simétrica paridade de armas.

Palavras – chave: Ativismo Judicial; participação das partes; reformulação processual; paridade de armas.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to study, analyze the issue of judicial activism, the degeneration of a process created in a solipsistic by the magistrate, without the participation of stakeholders to build the appeal court. Therefore, this study has two objectives: 1) the reformulation procedure in a democratic perspective, 2) the construction of the court dismissed the subject of the proceedings at parity symmetric arms.

Keywords: *Judicial Activism; stakeholder; overhaul procedures; parity of arms.*

* Artigo realizado sob a orientação do Prof. Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia.

** **Gabriela Soares Balestero.** Advogada militante graduada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie em 2.006. Mestranda em Direito Constitucional, especialista em Direito Constitucional e em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Endereço eletrônico para contato: gabybalestero@yahoo.com.br.

1. INTRODUÇÃO

No presente artigo será analisada a importância das partes na construção do provimento, consoante a teoria fazzalariana, bem como a questão do ativismo judicial, decorrente das decisões solipsistas e muitas vezes arbitrárias do Poder Judiciário brasileiro.

Alguns questionamentos são pertinentes ao presente estudo como quais seriam os limites do julgador na tomada de decisões e poderia Judiciário atuar como substituto do legislador no tratamento de questões que não estariam previstas legalmente.

Nesse passo, pretende-se discutir quais seriam os limites do Poder Judiciário na tomada de decisões de maneira que o provimento Jurisdicional seja construído de maneira democrática.

Um modelo democrático de processo deve seguir a perspectiva habermasiana e fazzalariana, na qual há uma estrutura policêntrica em que há a participação de todos os sujeitos envolvidos no processo na construção do provimento Jurisdicional.

Eis o objetivo deste artigo.

2. PROCESSO COMO UM PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO

Em 1.868, Bulow¹ em seu famoso livro “Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias” manifestou o seu entendimento no sentido de que o processo é uma relação jurídica entre as partes e o juiz, não se confundindo com a relação jurídica de direito material, ou seja, para ele haveriam dois planos de relações, uma de direito material e outra de direito processual.

A teoria de Bulow foi criticada por Goldschmidt² que lançou contra ela a teoria do processo como situação jurídica, pois para ele, o direito, através do processo, passa a sofrer uma mutação estrutural, isto é, o que era direito subjetivo passa a ser mera expectativa.

¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 280.

² Ibidem, p. 281.

Tais teorias em tempos recentes vêm sendo criticadas pelo italiano Élio Fazzalari, com uma idéia simples e de extrema importância, buscando afastar o velho clichê da relação jurídica processual, consoante explicação de Ada Pellegrini Grinover³:

O processo como procedimento em contraditório: uma idéia simples e genial, que se afasta do “velho e inadequado clichê pandectístico da relação jurídica processual”, [...] esquema estático [...] que leva em conta a realidade, mas não a explica”. O contraditório, como estrutura dialética do processo, que comprova a autonomia deste em relação a seu resultado, porque “ele [o contraditório] existe e se desenvolve, ainda que não advenha a medida Jurisdicional [...] e é empregado mesmo para estabelecer se o provimento Jurisdicional deva, no caso concreto, ser emitido ou recusado.”

Consoante o entendimento de Aroldo Plínio Gonçalves⁴: “o procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma seqüência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento.”

Se, pois, no procedimento de formação do provimento, ou seja, se nas atividades preparatórias por meio das quais se realizam os pressupostos do provimento, são chamados a participar, em uma ou mais fases, os “interessados”, em contraditório, colhemos a essência do “processo”: que é, exatamente, um procedimento, ao qual, além do autor do ato final, participam, em contraditório entre si, os “interessados”, isto é, os destinatários dos efeitos de tal ato.⁵

Nesse passo, requer-se a participação simetricamente igual dos interessados na construção do provimento, e, deste modo, nenhum julgador deve proferir qualquer decisão utilizando argumentos não debatidos pelas partes em contraditório.

Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados.⁶

³ Em apresentação no livro de FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 1ªed., 2006, p. 5.

⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 102.

⁵ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 1.ed., 2006, p. 33.

⁶ Ibidem, p. 119/120.

Em um processo encarado sob uma perspectiva democrática há a construção do provimento Jurisdicional pelas partes em simétrica paridade de armas, sendo, necessário, portanto, o afastamento do decisionismo do julgador e a implantação da participacão na formaão das decisões.

A degeneração de um processo governado e dirigido solitariamente pelo juiz, como já criticada em trabalho anterior (NUNES, 2006, p. 23), gerará claros déficits de legitimidade, que impedirão uma real democratização do processo, que pressupõe uma interdependência entre os sujeitos processuais, uma co – responsabilidade entre estes e, especialmente, um policentrismo processual. [...] Tal perspectiva procedimental, defendida por Habermas, como já expresse, importa na percepção de um Estado constitucional que se legitima, por meio de procedimentos (HABERMAS, 1994, p. 664) que devem estar de acordo com os direitos fundamentais e com o princípio da soberania do povo.⁷

Seguindo o mesmo entendimento Aroldo Plínio Gonçalves⁸ afirma, “o controle das partes sobre os atos do juiz é de suma importância e, nesse aspecto, a publicidade e a comunicação, a cientificação do ato processual às partes (que é, também, garantia processual) é de extrema relevância.”

A implementação dinâmica dos princípios fundamentais do processo mediante a estruturação técnica adequada permitirá uma democratização do processo sem preocupações com o esvaziamento do papel diretor do juiz e do papel contributivo das partes na formação das decisões.⁹

O juiz deve ser visto como um garantidor dos direitos fundamentais, respeitando e assegurando às partes a participação na formação das decisões, ou seja, na produção do provimento Jurisdicional de forma a derrubar a teoria da relação jurídica processual.

Certo é que o Jurista não pode desenvolver o seu dever se ignora as outras componentes – morais, sociais, políticas, econômicas – da comunidade; mas também os cultores destas últimas não podem operar nos setores de sua competência se não conhecem o papel que o direito tem na sociedade. É necessário, portanto, a consciência das *rationes distinguendi* da Jurisprudência e das outras “ciências sociais”; do fato de que cada uma delas tem formatado e utilizado – nem poderia ser de outra forma: não é lícito, também, o processo da história – instrumentos próprios para colher a realidade do próprio ponto de vista. Em suma, é contemplada a complementaridade das

⁷ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 195/196.

⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 112.

⁹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 197.

diversas abordagens; não é admitido, ao contrário, sincretismo de métodos.¹⁰

Nesse passo, o procedimento seria uma seqüência de atos valorados, que alcançariam o ato final proferido pelo magistrado, cuja formação todos concorreram, havendo o que Fazzalari denomina de combinação¹¹, na qual haveriam conexões entre normas, atos e posições subjetivas em meio ao processo.

Por essa visão conclui-se que não existe entre os sujeitos processuais uma submissão das partes ao juiz e sim uma interdependência, sendo inaceitável, portanto, o esquema de relação jurídico processual.

Não se podem mais realizar interpretações do sistema processual sem tomar por base o “modelo constitucional de processo” e sem perceber que além de se buscar a eficiência (geração de resultados úteis) há de se buscar uma aplicação que implemente a percepção dinâmica das normas constitucionais, lidas de modo a permitir participação e legitimidade em todas as decisões proferidas. *Inaugura-se uma concepção garantística do processo* em contraponto e superação com sua concepção publicística e socializadora.¹²

Fazzalari¹³ entende que a participação é um elemento estrutural e legitimante das atividades processuais, daí sendo importante a participação técnica das partes na construção do provimento Jurisdicional.

Se, pois, o procedimento é regulado de modo que dele participem também aqueles em cuja esfera pública o ato final é destinado a desenvolver efeitos – de modo que o autor dele (do ato final, ou seja, o juiz) deve dar a tais destinatários o conhecimento da sua atividade, e se tal participação é armada de modo que os contrapostos “*interessados*” (aqueles que aspiram a emanação do ato final – “*interessados*” em sentido estrito – e aqueles que queiram evitá-lo, ou seja, os “*contra – interessados*”) estejam sob plano de simétrica paridade, então o procedimento compreende o “contraditório”, faz-se mais articulado e complexo, e do *genus* “procedimento” é possível extrair a *species* “*processo*”.¹⁴

Porém, infelizmente essa não a realidade atualmente vista atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, na qual há a concentração excessiva de todo o poder

¹⁰ FAZZALARI, Elio Fazzalari. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 1ªed., 2.006, p. 75.

¹¹ Ibidem, p. 91.

¹² NUNES, Dierle José Coelho. **Teoria do processo contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Edição Especial, 2008, p. 14.

¹³ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 207.

¹⁴ FAZZALARI, Elio Fazzalari. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 1ªed., 2.006, p. 94.

decisório nas mãos do Judiciário diante da postura solipsista do magistrado na tomada de decisões, tornando-as cada vez mais arbitrárias.

O ativismo judicial vem sendo debatido pela doutrina, especialmente após a criação das Súmulas Vinculantes pela Emenda Constitucional 45/04 que acrescentou à Constituição o artigo 103 – A.

Destaca-se que sempre houve uma tendência dos tribunais que os juízos inferiores devessem seguir a orientação dos superiores de forma que a uniformização da Jurisprudência pudesse conviver com o princípio da hierarquia dos tribunais.

Além desse aspecto, não se pode mais acreditar em um Estado Democrático de Direito no qual o judiciário deixe de julgar casos e passe a julgar somente teses, como a lógica da produtividade e da eficiência a qualquer custo parece impor, que permite aos juízes exercerem um papel “judicializante” (da política e das relações sociais), que pode gerar impactos políticos, econômicos e jurídico nefastos.¹⁵

Porém, a partir do momento em que há a possibilidade de edição de súmulas vinculantes pelos tribunais superiores com a obrigatoriedade de aplicação a todos os tribunais inferiores questiona-se a existência dos princípios como a inexistência de hierarquia entre os tribunais, liberdade de convencimento e independência do juiz enquanto agente político.

Falávamos do problema na crença do texto que jaz em tentativas como a da Emenda. Acredita-se que os problemas do Judiciário podem ser resolvidos a partir do momento em que o STF, à maneira do *common law*, estabeleça um texto que servirá de precedente vinculante para que os demais Tribunais interpretem num certo sentido a aplicação de uma lei a certa situação. Mas uma vez, fica patente a discussão entre “público” e “privado”: afinal, o STF (ou outro Tribunal), ao ter um caso para decidir, deverá considerar o caso ou sua possível repercussão (transcendência) nacional? A mera colocação da questão nestes termos, aliás, já encerra em si um problema, porque começamos a criar classes de processos “super” e “sub” privilegiados.¹⁶

O processo judicial que deveria ser encarado como um procedimento em contraditório, resguardando os princípios constitucionais, ou seja, um processo mais democrático, tem a sua solução congelada, diante da aplicação da súmula em casos idênticos, de maneira a restringir a atuação das partes e até mesmo dos tribunais inferiores.

¹⁵ NUNES, Dierle José Coelho. **Teoria do processo contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Edição Especial, 2008, p. 14.

¹⁶ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Reforma do Judiciário: o que uma súmula vinculante pode vincular?** Revista Forense Eletrônica – Suplemento, volume 378, mar/abr. 2005, seção de doutrina, p. 668.

Há no caso o predomínio da assimetria, ou seja, as partes estão submetidas ao Poder Judiciário, ao juiz, em uma relação processual baseada na hierarquia. Com a concepção procedimental do Estado de Direito em Habermas e a teoria fazzalariana busca-se uma reconstrução processual mais democrática.

Portanto, propõe-se um modelo democrático de processo em que predomina o policentrismo, ou seja, uma participação legítima e simétrica de todos os sujeitos participantes do processo, sem qualquer grau de hierarquia.

3. A NECESSIDADE DA QUEBRA DO PROTAGONISMO JUDICIAL

As teorias de Bülow do processo como relação jurídica entre as partes subordinadas ao juiz reduziram o processo a um instrumento para que o magistrado atue de maneira solipsista na tomada de decisões no caso concreto.

O processo passa a ser o local em que o juiz atua de acordo com as suas próprias convicções e ideologias, havendo uma degeneração de todo o conteúdo da relação jurídica processual, ocasionando o descrédito do Judiciário e o protagonismo do juiz.

Tal fenômeno apelidado de ativismo judicial é sintetizado pela afirmação de Streck: “Forma-se, desse modo, um círculo vicioso: primeiro, admite-se discricionarismos e arbitrariedades em nome da ‘ideologia do caso concreto’, circunstância que, pela multiplicidade de respostas, acarreta um sistema desgovernado, fragmentado...”¹⁷.

A deficiência estatal na realização de políticas públicas e do legislativo na elaboração de leis que realmente acompanhem a mobilidade social e tecnológica, proporcionou a derrocada dos ideais dos Estados sociais e a busca incessante pelo Poder Judiciário na esperança da implementação das atividades essenciais da sociedade. Portanto, verifica-se, por exemplo, a judicialização da política¹⁸, da saúde.

Consoante Daniel Sarmento¹⁹ “no cenário brasileiro, o neoconstitucionalismo é também impulsionado por outro fenômeno: a descrença geral da população em relação à

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica; Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do sujeito – objeto**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2.008, p110/111.

¹⁸ “Tal expressão ganhou delineamento a partir do trabalho coordenado por C. Neal Tate e Torjön Vallinder, intitulado *The global expansion of judicial Power*, no qual foi denominada de judicialização a tendência de transferir poder decisório do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário. “ (NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p.179.)

¹⁹ SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 32.

política majoritária e, em especial, o descrédito do Poder Legislativo e dos partidos políticos. “²⁰

Isso gera uma expectativa da sociedade que o Poder Judiciário traga uma resposta para todos os problemas nacionais, como, por exemplo, os casos em que a justiça toma certas decisões baseadas na opinião pública como “mensalão”, “perda de mandato por infidelidade partidária”; “nepotismo” e outros.

O Poder Judiciário figura a concepção neoliberal de produtividade, em especial, após a Emenda Constitucional nº 45, trouxe à Constituição Federal brasileira a previsão expressa do princípio da celeridade processual.

Nesse passo, a produtividade judicial passa a predominar os julgamentos em massa, as ações repetitivas, as súmulas vinculantes, são o retrato de um Poder Judiciário pautado em números de julgamentos do que em análises criteriosas do caso concreto.

Surge então o ativismo judicial ocasionado pelo protagonismo do juiz, pois é entregue a ele uma capacidade sobre-humana de proferir uma decisão mais justa de acordo com as suas concepções pessoais e ideologias, em sua maioria, desprezando

²⁰ Nesse ponto, cabe informar os fatores de desestabilização democrática trazidos por Rodolfo Viana em sua obra “Direito Constitucional Democrático”. Atualmente, verifica-se que diversos fatores desestabilizaram a democracia, destruindo a sua imagem romântica, perfeita, constatando-se que tal situação não ocorre apenas nos chamados países subdesenvolvidos, mas sim nos chamados países de primeiro mundo. Os fatores de desestabilização democrática são considerados causas exógenas, compreendem os fenômenos da “globalização”, “complexidade” e “risco”. Já as causas endógenas compreendem a “crise do princípio representativo” e a “fenomenologia do refluxo”. **a) Globalização:** A globalização ainda é um fenômeno e implica um novo regime, é um sistema social, econômico, político, é um fenômeno de certa universalização, pois desloca muitas decisões para fora do país, ou seja, há espaços extra nacionais, há agências, organizações, que tomam decisões. Nesse sentido, há uma interpenetração entre os níveis local e global, pois as tendências da sociedade mundial convivem com as identidades locais. Isso ocorre porque a política interna passa a ser influenciada por fatores externos, restringindo a autonomia e a liberdade da vontade popular; **b) Complexidade:** A complexidade é a dificuldade de adaptação da democracia em uma sociedade complexa. Para Niklas Luhmann,²⁰ a “complexidade” é uma derivação conceitual relacionada essencialmente com o que se poderia chamar de “especialização funcional autorreferenciada” dos sistemas sociais. Verifica-se, pois, a dificuldade em se regulamentar uma sociedade complexa no sistema constitucional e o caráter operacional da democracia fica abalado, tendo em vista, que o indivíduo, sendo obrigado a se especializar, não tem disponibilidade para a vida pública, acabando por enfraquecer esses laços sociais de forma brusca; **c) Risco:** Segundo Ulrich Beck²⁰, sociedade de risco “designa um tipo de sociedade que se tornou consciente do paradoxo do conhecimento científico, ou seja, de que a produção de novos conhecimentos gera também novas incertezas”. Logo, atualmente, a ciência não tem a competência de avaliar a consequência da meteórica evolução tecnológica, não tendo como calcular, prever e gerir os riscos do seu próprio desenvolvimento, tornando pública a sua incerteza. Há o confronto entre a democracia e a tecnocracia, havendo dúvidas quanto à competência, à capacidade do povo em suas decisões. Portanto, a democracia é desafiada a resolver temas que fogem da cognição da própria ciência. Desta forma, a tecnocracia pode acarretar o esvaziamento da política que é o cerne da democracia, e consequentemente as decisões sobre a implantação de tecnologias devam ser retiradas do público, reforçando a idéia da competência do povo para a definição da melhor estratégia de decisão e de governabilidade. Entretanto, tal situação também gera conflitos, pois a credibilidade do discurso tecnocrático é abalada diante do fato do homem comum não possuir capacidade técnica suficiente para fornecer respostas seguras aos problemas decorrentes das falhas da ciência; **d) Refluxo:** Segundo Rodolfo Viana Pereira²⁰ “o último fator de crise é representado pelo que Norberto Bobbio chamou de ‘refluxo à democracia’. A expressão designa uma categoria de eventos que inclui três fenômenos particulares: o afastamento da política, a renúncia à política e a recusa da política”. (PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito Constitucional Democrático**. Rio de Janeiro: *Lúmen Júris*, 2008).

possíveis contribuições das partes, dos advogados e até mesmo da Jurisprudência e da doutrina.

Segundo Daniel Sarmento “muitas vezes o Poder Judiciário pode atuar bloqueando mudanças importantes promovidas pelos outros poderes em favor dos excluídos, defendendo o *status quo*. E esta defesa pode ocorrer inclusive através do uso da retórica dos direitos fundamentais.”²¹ Em sentido semelhante Dierle Nunes²².

A degeneração de um processo governado e dirigido solitariamente pelo juiz, como já criticada em trabalho anterior (NUNES, 2006, p. 23), gerará claros déficits de legitimidade, que impedirão uma real democratização do processo, que pressupõe uma interdependência entre os sujeitos processuais, uma co-responsabilidade entre estes e, especialmente, um policentrismo processual.

Nessa vereda, busca-se um afastamento do decisionismo do julgador para que sejam abertos espaços alternativos que proporcionem a discussão, a participação dos interessados na formação das decisões.

Uma das conseqüências da inclusão da efetiva participação da população na esfera pública é o alargamento do foro tradicional da política, ou seja, os debates e as tomadas de decisões fugiriam dos foros tradicionais para alcançar outros âmbitos mais populares, como fóruns, debates via internet, associações criadas com essa finalidade, etc, de forma a utilizar os meios de comunicação como instrumento para essa abertura política à população.

O alargamento desses espaços alternativos para debates bem como o incentivo das informações fornecidas pelos meios de comunicação em massa podem aumentar o nível de legitimidade, de participação popular.

Como afirma Paulo Bonavides²³: “Sem participação não há sociedade democrática. A participação é o lado dinâmico da democracia, a vontade atuante que, difusa ou organizada, conduz no pluralismo o processo político à nacionalização, produz o consenso e permite concretizar, com legitimidade, uma política de superação e pacificação de conflitos.”

²¹ “É verdade que o ativismo judicial pode, em certos contextos, atuar em sinergia com a mobilização social na esfera pública. Isso ocorreu, por exemplo, no movimento dos direitos civis nos Estados Unidos dos anos 50 e 60, que foi aquecido pelas respostas positivas obtidas na Suprema Corte, no período da Corte de Warren. Mas nem sempre é assim. A ênfase judicialista pode afastar do cenário de disputa por direitos as pessoas e movimentos que não pertençam nem tenham proximidade com as corporações jurídicas”. (SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 36/37.)

²² NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 195.

²³ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal do Estado Social**, Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 2-3.

Para Dierle José Coelho Nunes²⁴ “o processo não pode ser, nesse contexto, enxergado como um mal a ser resolvido, eis que este constitui uma garantia de legitimidade e participação dos cidadãos na formação das decisões.”

Um processo construído a partir da comparticipação das partes permite que todos os sujeitos processuais discutam argumentos normativos para a produção do provimento na busca de uma solução mais adequada ao caso concreto, evitando a decisões arbitrárias do julgador.

4. UMA RELEITURA PROCESSUAL – HABERMAS

A teoria do processo como um procedimento em contraditório possui, em sua essência, viés democrático com forte influência de Habermas, na qual o Direito funcionaria como um mediador, um instrumento²⁵, entre a facticidade e as pretensões de validade, como mecanismo de integração social.

Ademais, para Habermas haveria duas ações estratégicas: a integração sistêmica correspondente à economia, dinheiro e poder e a integração social que são as ações comunicativas, orientadas pelo consenso social, composta por outros elementos como os valores, a moral, a ética.

No âmbito da Jurisdição, Habermas – apoiado em Klaus Günther - divide a teoria do discurso em discursos de fundamentação ou de justificação das normas jurídicas e discursos de aplicação.

No caso, o Poder Judiciário não pode fazer discursos de justificação, ou seja, criar a norma jurídica, diante da ausência da participação popular, apenas podendo fazer discursos de aplicação da norma.

Assim, descrendo na viabilidade de princípios morais consensuais ou neutros, dedutíveis pela razão e suscetíveis de fundar um ativismo judicial em termos consistentes com a democracia, Ely propõe a limitação do *judicial review* (*judicial self – restraint*) a questões relativas à preservação da integridade do próprio regime

²⁴ NUNES, Dierle José Coelho. **Teoria do processo contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Edição Especial, 2008, p. 14.

²⁵ “Mas para atingir esse objetivo, Habermas indica transformações necessárias ao modo de produção e aplicação do direito. A fundamentação do direito e do Estado Democrático vai ser deslocada, da soberania do povo, para a soberania de um procedimento discursivo público sob condições ideais. O resultado é uma reconfiguração da separação dos poderes de acordo com os tipos de discursos predominantes em cada um deles. O poder administrativo (executivo), o legislativo e o judiciário ganham assim atribuições e competências cuja legitimidade pressupõe um outro poder, chamado por Habermas de ‘poder comunicativo’, que é o poder resultante de uma discussão pública racional onde todos os implicados passam a ser, ao mesmo tempo, destinatários e autores do próprio direito.” (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas**. Curitiba: Juruá, 2.007, p. 12.)

democrático. Isto é: o papel do Judiciário não seria o de fazer escolhas substantivas, incluindo a *conteudização* de princípios e direitos, tarefa reservada, nos Estados democráticos, aos agentes políticos investidos pelo voto popular; sua missão seria a de garantir a lisura dos procedimentos pelos quais a democracia se realiza. Um controle, enfim, centrado apenas nas condições de formulação do ato legislativo (*input*), desprovido de qualquer pretensão de alcançar o seu resultado substantivo (*outcome*). Para Erly, “apenas uma teoria que enxergue o controle de constitucionalidade atribuindo aos tribunais, como um reforço da democracia, e não como um guardião superior que arbitra quais resultados devem e quais não devem ser admitidos, será compatível com a própria democracia.”²⁶

Busca-se a preservação das liberdades de maneira a preservar abertos os canais de participação política de forma a proporcionar o bom funcionamento do regime democrático.

Segundo Rafael Lazzarotto Simioni²⁷ na teoria de Habermas, a normatividade do direito é fruto da legitimidade e os problemas de eficácia do direito, ou seja, da própria realização do direito, estariam atrelados à questão da legitimidade. Nesse sentido, sendo os cidadãos ao mesmo tempo destinatários e autores do direito passariam a assumir a responsabilidade individual pelo seu cumprimento.

A legitimidade seria uma condição da força normativa do direito, transferindo o problema da realização dos direitos, que possui cerne positivista, para se tornar um problema de legitimação. Para isso, Habermas propõe um novo paradigma para o direito, denominado ‘procedimentalismo’, na qual o direito gerado através do discurso democrático (no qual, pois aquele que se submete à norma pode reconhecê-la como um seu co-autor) pode atuar sobre a sociedade, de maneira a diminuir as tensões sociais que percebemos hoje.

Portanto, Jürgen Habermas²⁸ atribui um papel central à linguagem no processo de formação da opinião e da vontade dos cidadãos. Sua teoria se desenvolve no interior de um Estado Democrático de Direito que se pressupõem a existência de um espaço público não restrito ao âmbito estatal, de uma comunidade de homens livres e iguais capazes de criar as leis que os regem e onde os próprios envolvidos têm de entrar em acordo, prevalecendo a força do melhor argumento.

²⁶ BINENBOLN, GUSTAVO. **A nova Jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro; Renovar, 2004, p. 102.

²⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas**. Curitiba: Juruá, 2.007, p. 12-13.

²⁸ “Essa legitimidade democrática, na modernidade, cabe esclarecer, remete-se ao chamado vínculo ou coesão interna entre Estado de Direito e Democracia, de que nos fala Habermas, fundamentalmente a partir do Direito e Democracia: entre fadacidade e validade.” (OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, Política e Filosofia: Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: *Lúmen Júris*, 2007, p. 5.)

Habermas apresenta a democracia como o núcleo de um sistema de direitos fundamentais, havendo a institucionalização democrática dos direitos, em que os cidadãos aparecem não somente como destinatários das leis, mas também, consoante Rousseau, como seus autores. Portanto, como destinatários e autores do seu próprio Direito, os cidadãos devem poder participar e ter voz ativa nos processos de interpretação constitucional.

Nesse passo, Habermas tenta equilibrar e compatibilizar a soberania popular e os direitos humanos, aos direitos econômicos e sociais básicos, essenciais à dignidade humana, constituinte do chamado mínimo existencial.

Adaptando a teoria habermasiana ao processo, o princípio da democracia proporcionaria a abertura de um campo de discussões na quais abrangeria vários tipos de discursos seja morais, éticos, pragmáticos, incluindo as negociações, de maneira a modelar as normas jurídicas. Portanto, o princípio da democracia fixa os parâmetros e legitima a produção do próprio direito.

A Jurisdição, portanto, não pode desenvolver o direito por uma interpretação construtiva desconectada do poder comunicativo. O poder comunicativo, que é a única fonte de legitimação do Estado de Direito, só se exerce argumentativamente através de um procedimento institucionalizado com base no princípio do discurso, vale dizer, só se exerce nas condições ideais de uma discussão pública com a participação de todos os implicados. Por isso, nem um órgão colegiado e muito menos um juízo monocrático pode pretender interpretar construtivamente o direito. O Poder Jurisdicional não é hierarquicamente superior ao poder comunicativo. A Jurisdição não pode, portanto, submeter a si o poder comunicativo, porque ele é a fonte de toda legitimação do direito e do Estado de Direito. Até porque a legislação implícita, criada pela Jurisdição, coloca em risco a racionalidade o exercício do direito e sobrecarrega a base de legitimação do Poder Judiciário. Por mais conhecimentos técnicos e experiência que os especialistas do direito possuam, as decisões jurídicas provocam consequência para sociedade, que não podem ser legitimadas por discursos técnicos de especialistas na interpretação direito: a interpretação da Constituição e dos objetivos das políticas públicas não é monopólio da Jurisdição. Como se vê, na teoria o discurso de Habermas, o poder Jurisdicional sofre restrições. Porque no paradigma procedimentalista do direito, a Jurisdição está subordinada ao poder comunicativo da autonomia política dos cidadãos. E é exatamente as condições para o exercício dessa autonomia política, como gênese do processo democrático que a jurisdição tem que proteger.²⁹

Mister o uso do espaço discursivo instaurado pelo processo, ou seja, um espaço público para a problematização e formação de todos os provimentos, ou seja, a comparticipação das partes.

²⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa**: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2.007, p. 212/213.

A ampliação do contraditório na verdade constituiria uma garantia ao princípio da não surpresa³⁰, pois impõe o debate acerca de todas as questões envolvidas no processo antes da tomada de decisão pelo juiz.

Ao se fazer uma releitura da teoria do processo a partir da teoria habermasiana, vislumbra-se que o processo estruturado em perspectiva participativa e policêntrica, ancorado nos princípios processuais constitucionais, impõe um espaço público no qual se apresentam as condições comunicativas para que todos os envolvidos, assumindo a responsabilidade de seu papel, participem na formação de provimentos legítimos que permitirá a clarificação discursiva das questões fáticas e jurídicas (HABERMAS, 1994, p. 270)³¹

Para Habermas³² “Essa legitimidade democrática, na modernidade, remete-se ao chamado vínculo ou coesão interna entre Estado de Direito e Democracia, de que nos fala Habermas, fundamentalmente a partir do Direito e Democracia: entre facticidade e validade.”

O espaço público para que haja a participação e a discussão de maneira democrática é o processo.

A implementação dinâmica dos princípios fundamentais do processo mediante a estruturação técnica adequada permitirá uma democratização do processo sem preocupações com o esvaziamento do papel diretor do juiz e do papel contributivo das partes na formação das decisões.³³

Essa releitura processual se coaduna com o paradigma do Estado Democrático de Direito na qual se busca a prevalência da soberania popular em todos os campos. O prof. Dierle José Coelho Nunes apresenta um modelo de como seria a participação na construção do provimento Jurisdicional, na qual haveria um procedimento bifásico: a primeira fase seria preparatória e a segunda fase seria de discussão.

Desse modo, a cognição bifásica que assegure uma fase preparatória adequada, poderia servir de modelo para um procedimento que atendesse aos anseios participativos da democratização

³⁰ “Garante-se, desse modo, a cada afetado a exposição de razões relevantes para determinação do tema a ser debatido e julgado endoprocessualmente, dentro de uma linha temporal, de uma fixação adequada do objeto de discussão e de uma distribuição dos papéis a serem desenvolvidos, em um espaço público processual moldado pelos princípios do modelo constitucional de processo, notadamente o contraditório como garantia da influência e de não – surpresa.” (NUNES, Dierle José Coelho. **Teoria do processo contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Edição Especial, 2008, p. 27.)

³¹ Ibidem, p. 211.

³² OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, Política e Filosofia: Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: *Lúmen Júris*. 2007, p. 5.

³³ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 197.

processual se essa primeira fase fosse utilizada como *locus* de fomento do debate por todos os sujeitos processuais, sem qualquer pressuposição de protagonismo (das partes ou do juiz), mediante a depuração de todos os elementos fáticos e jurídicos colocados pelas partes, advogados, promotores e juízes. Tal fase poderia ser realizada mediante a prévia troca de petições (um arrazoado para cada parte) e a fixação de uma audiência preliminar de debate e de discussão obrigatória de todos os pontos controvertidos, de fato e de direito, de modo que todos os sujeitos processuais estariam prontos (se desejassem estar) e saberiam todos os argumentos relevantes a serem discutidos na segunda fase, quando ocorreria a segunda audiência de colheita de provas e de discussão dos pontos principais. Na excepcional hipótese de surgimento de novos fatos e argumentos jurídicos no curso da segunda audiência, deveria ser garantida a discussão em contraditório com sua implementação plena. Com a ampla suscitação das dúvidas, normas, fatos, súmulas e entendimentos Jurisprudenciais potencialmente aplicáveis na espécie (sem nenhuma utilização estratégica pelo juiz da coação neoliberal de prejulgamento, que poderia gerar acordos prejudiciais às partes mais débeis ou, mesmo, inexequíveis), ocorria uma preparação do *thema probandum* e da discussão, reduzindo a quase zero a potencialidade de decisões de surpresa.³⁴

A percepção democrática do direito visa a que todos os interessados possam influenciar na formação das decisões refutando, portanto a possibilidade de decisões solipsistas dos magistrados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, percebe-se a necessidade do afastamento do decisionismo do julgador na tomada de decisões para que sejam abertos espaços alternativos que proporcionem a discussão, a participação das partes na produção do provimento Jurisdicional, dentro de uma fase discursiva em meio ao próprio processo.

Conforme analisado, as decisões judiciais devem ser pautadas sobre argumentos de direito e oriundas da participação simétrica dos envolvidos, e não sobre questões religiosas, políticas, científicas, etc. Sendo assim é necessária a complementação das decisões com outros sistemas ou institutos, porém não a substituição pelo julgador de argumentos jurídicos por argumentos científicos, tecnológicos, religiosos, fora do âmbito do direito.

Ademais, nenhum julgador deve proferir qualquer decisão utilizando argumentos não debatidos pelas partes em contraditório, diante da necessidade da participação simetricamente igual dos interessados na construção do provimento, de forma que os cidadãos interessados se sintam mais próximos da Justiça, afastando,

³⁴ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 243/244.

portanto, a idéia de que o juiz é o único portador da cognição para a elaboração das decisões judiciais.

Um processo constitucional democrático permitirá que o cidadão seja autodestinatário dos provimentos, seja no âmbito legislativo, administrativo e judicial, tendo que vista que a decisão não será apenas a expressão da vontade de maneira solitária pelo decisor, mas sim construída e discutida pelas partes endoprocessualmente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- **BAHIA**, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Reforma do Judiciário: o que uma súmula vinculante pode vincular?** Revista Forense Eletrônica – Suplemento, volume 378, mar/abr. 2005, seção de doutrina, p. 665/671.

- **BINENBOLN**, GUSTAVO. **A nova Jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro; Renovar, 2004.

- **BONAVIDES**, Paulo. **Do Estado Liberal do Estado Social**, Rio de Janeiro, Forense, 1980.

- **CANOTILHO**, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2001.

- **CINTRA**, Antônio Carlos de Araújo; **GRINOVER**, Ada Pellegrini; **DINAMARCO**, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

- **FAZZALARI**, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 1ªed., 2006.

- **GONÇALVES**, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.

-- **HABERMAS**, Jürgen. **A inclusão do outro – estudos de teoria política**. 3.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

- **HABERMAS**, Jürgen. **Direito e Democracia entre a facticidade e a validade**. 2. ed. Vol I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

- **OLIVEIRA**, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, Política e Filosofia**. Rio de Janeiro: *Lúmen Júris*, 2007.

- **PEREIRA**, Rodolfo Viana. **Direito Constitucional Democrático**. Rio de Janeiro: *Lúmen Júris*, 2008.

- **PEREIRA**, Rodolfo Vianna. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

- **NUNES**, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

- **NUNES**, Dierle José Coelho. **Teoria do processo contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Edição Especial, 2008, p. 13 – 29.

- **SANTOS**, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

- **SARMENTO**, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

- **SIMIONI**, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas**. Curitiba: Juruá, 2007.

- **STRECK**, Luiz. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

- **STRECK**, Luiz. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica; Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do sujeito – objeto**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.