XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

LEONEL SEVERO ROCHA

MÁRCIA HAYDÉE PORTO DE CARVALHO

Copyright © 2024 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU – São Paulo
Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Fernando Passos – UNIARA - São Paulo
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia
Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal
Comunicação:
Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM – São Paulo
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará
Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI – Santa Catarina
Eventos:
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo
Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina
Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP – Pernambuco

T314

TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Rogerio Luiz Nery Da Silva, Leonel Severo Rocha, Márcia Haydée Porto de Carvalho – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-994-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: ESTADO DE DERECHO, INVESTIGACIÓN JURÍDICA E INNOVACIÓN

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – 2. Teorias da justiça. 3. Realismo jurídico. XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU (2: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO

Apresentação

GT - TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURÍDICO

O CONPEDI - CONSELHO NACIONAL DAS PÓS-GRADUAÇÕES EM DIREITO, consolidando sua atuação proativa em favor do avanço da pesquisa na área jurídica, desde à teoria do direito, aos mais inovadores ramos de estudo e aplicação jurídica, além de áreas afins, promoveu – em conjunto com a UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA URUGUAY (UDELAR) – o XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI - MONTEVIDÉU, "ESTADO DE DERECHO, INVESTIGACIÓN JURÍDICA E INNOVACIÓN". De 18 a 20 de setembro de 2024, foram apresentados variados trabalhos científicos, a partir de palestras, mesas redondas, artigos científicos e painéis, que se distribuíram por dezenas de grupos de trabalho (GTs) com ampla diversidade temática. A nós, Professor-doutor Leonel Severo Rocha, da Universidade do Vale dos Sinos (Unisinos), Professora-doutora Márcia Haydée Porto de Carvalho (UFMA) e Professor-doutor Rogério Luiz Nery da Silva, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), coube a honrosa tarefa de conduzir os trabalhos do GT - TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURÍDICO, cujos trabalhos foram os seguintes:

1) Artigo/Trabalho A LEGITIMIDADE DA DECISÃO JUDICIAL A PARTIR DO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, por Rosemary Cipriano da Silva, em que o devido processo legal projeta a verdade processual identificada com a verdade material, a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito, legitimação para além da legitimidade formal, não exclusivamente dependente de uma ética ou moral universal, segundo o enfoque comunitarista (Estado Social), tomando como matriz teórica a teoria do discurso de Habermas.

2) Artigo/Trabalho DA VIOLAÇÃO À LEI Nº 10.861/2004 EM VIRTUDE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO PELO STJ NAS CAUSAS SOBRE O ENADE, por Simone Alvarez Lima, que questiona o modus operandi da obrigatoriedade de realizar o ENADE e as sanções pela ausência (Lei nº 10.861/2004), pelas consequências

de sua não realização pelos concludentes de curso superior, como componente curricular obrigatório. Os graves prejuízos aos interesses dos estudantes têm ensejado decisões consequencialistas que ao reverso findam por desprestigiar e fragilizar a prova do ENADE como instrumento de avaliação de políticas públicas.

3) Artigo/Trabalho A MAXIMIZAÇÃO RACIONAL E PROPORCIONALIDADE NO STF: MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS A PARTIR DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED), por Jasminie Serrano Martinelli e Sergio Nojiri, em que as medidas executivas atípicas, agregadas ao CPC/2015, voltadas à possível "maximização" da efetividade do processo executivo, têm adotado argumentos de Análise Econômica do Direito. Os autores mencionam estudo de caso em que a razão de justificação se baseou também em argumentos de "ponderação e proporcionalidade", criando antinomia com os pressupostos da AED, como teorias com pressupostos conflitantes, quanto ao cumprimento de regras na tomada de decisão jurídica, notadamente na adoção de medidas processuais atípicas.

4) Artigo/Trabalho A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: DA RETÓRICA À PONDERAÇÃO EM BUSCA DA RACIONALIDADE DA SENTENÇA JUDICIAL, por Jorge Luís Batista Fernandes, tem-se o debate entre a racionalidade e a qualidade das sentenças judiciais, a partir de uma abordagem descritiva e indutiva, segundo Cesar Pasold, para analisar os aportes da Teoria da Argumentação Jurídica para o discurso geral e o discurso jurídico, com destaque às decisões judiciais e sua racionalidade, desde a formalidade e materialidade da atividade argumentativa à justificação indutiva e dedutiva, concluindo-se pela ação inovadora e de instrumentalidade da teoria da argumentação jurídica nas decisões judiciais modernas.

5) Artigo/Trabalho UMA ABORDAGEM EQUITATIVA E INCLUSIVA NO DIREITO CIVIL A PARTIR DA DISPARIDADE SOCIOECONÔMICA DA SOCIEDADE BRASILEIRA, por Letícia Marques Padilha, no qual o Estado - como garantidor dos direitos fundamentais - posiciona a pessoa humana vista como centro das atenções do Estado, com a finalidade de promover a integralidade dos direitos fundamentais. O texto examina o papel do direito civil sob uma abordagem equitativa e inclusiva a partir da disparidade socioeconômica, sob a perspectiva da Teoria da Justiça, de John Rawls, focado no papel do Estado em compensar essas disparidades.

Na oportunidade da condução dos trabalhos, pode-se testemunhar a dedicação dos autores, desde a meticulosidade da preparação das pesquisas ao rigor na liturgia analítica e à criatividade das integrações cognitivas. Seguro de cumprir o papel articulador de iniciativas

de fomento à pesquisa jurídica, o Conpedi nos autoriza a oferecer ao prezado leitor o compartilhamento dos ricos conteúdos versados.

Desejamos aos muito prezados pesquisadores uma excelente leitura!

Professor-Doutor LEONEL SEVERO ROCHA - UNISINOS

Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Mestrado em Direito (UFSC); Doutorado (École des Hautes Etudes en Sciences Sociales – Paris) – revalidado pela UFSC; Pós-doutorado em Sociologia do Direito (Universitá di Lecce – Itália). Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos); Professor do PPGD da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai (URI); Coordenador da Cátedra Warat; Professor Visitante da Faculté de Droit da Univ de Paris 1. Bolsista Produtividade do CNPq. Professor Titular do PPGD-UFSC Mestrado e Doutorado). Consultor da Capes e da Fapergs.

E-mail: leonel.rocha@icloud.com

Professora-Doutora MÁRCIA HAYDÉE PORTO DE CARVALHO - Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Possui Graduação em Direito (UFMA); Graduação em Ciências Econômicas (UFMA); Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e Especialização em Altos Estudos de Política e Estratégia pela Escola Superior de Guerra (ESG). Professora Associada III da UFMA; Promotora de Justiça em São Luís/MA. Investigadora no Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid/Espanha).

Email: marciahaydee@uol.com.br

Professor-Doutor ROGÉRIO LUIZ NERY DA SILVA - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

Professor no Programa Erasmus Plus, da União Europeia (Univ Cardinal Winzinsky – Varsóvia – Polônia); Pós-doutorado em Direito e Ciência Política (Université de Paris X - França); Pós-doutorado em Sistema Constitucional (New York Fordham University - USA); Doutorado em Direito Público e Evolução Social (UNESA); doutorando em Filosofia do Direito (Universität zu Kiel – Alemanha); Mestrado em Direito e Economia (UNIG); posgraduado em Jurisdición y Justicia Constitucional (Univ. Castilla-La Mancha – Espanha) pós-graduado em Educação (UFRJ), graduado em Direito (UERJ), advogado OAB-RJ.

E-mail: dr.nerydasilva@gmail.com

A LEGITIMIDADE DA DECISÃO JUDICIAL A PARTIR DO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

THE LEGITIMITY OF JUDICIAL DECISIONS FROM THE PARADIGM OF THE DEMOCRATIC RULE OF LAW

Rosemary Cipriano Da Silva [1]

Resumo

O devido processo legal vem sendo entendido pela dogmática processual brasileira num sentido bastante limitado e quase sempre tendo por base apenas o seu aspecto processual, ignorando-se seu aspecto material essencial para garantir a legitimidade do direito. A interpretação do devido processo legal conforme o paradigma do Estado Democrático de Direito garantirá a legitimidade do direito para além de uma legitimidade formal presente no paradigma do Estado liberal e não dependente de uma ética ou moral universal, conforme enfoque comunitarista (Estado social), que não mais é possível em um mundo tão plural. A nova ordem constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988 está pautada pela ideologia do Estado Democrático de Direito que pressupõe a necessária participação do cidadão na construção e reconstrução do direito legítimo. Busca-se, assim, explicar a legitimidade da decisão judicial, no enfoque do Estado democrático, através da correta aplicação da cláusula do devido processo, baseando-se na teoria do discurso de Habermas e na teoria processual de Rosemiro Pereira Leal.

Palavras-chave: Estado democrático, Devido processo legal, Decisão judicial, Democracia, Discurso

Abstract/Resumen/Résumé

Due legal process has been understood by Brazilian procedural dogmatics in a very limited sense and almost always based only on its procedural aspect, ignoring its essential material aspect to guarantee the legitimacy of the law. The interpretation of due legal process according to the paradigm of the Democratic State of Law will guarantee the legitimacy of the law in addition to the formal legitimacy present in the paradigm of the liberal State and not dependent on universal ethics or morals, according to the communitarian approach (social State), which is no longer possible in such a plural world. The new constitutional order inaugurated by the Federal Constitution of 1988 is guided by the ideology of the Democratic State of Law, which presupposes the necessary participation of citizens in the construction and reconstruction of legitimate law. The aim is, therefore, to explain the legitimacy of the judicial decision, from the perspective of the democratic State, through the correct application of the due process clause, based on Habermas' discourse theory and Rosemiro Pereira Leal's procedural theory.

[1] Advogada; Professora de Direito de Família e Sucessões na FAMINAS-BH; Mediadora de Conflitos; Instrutora de Mediação pelo CNJ; Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Democratic state, Due process, Judicial decision, Democracy, Speech

1 INTRODUÇÃO

Com a afirmação do Estado Democrático de Direito na Constituição de 1988, ocorre uma mudança de paradigma do direito, sob o qual devemos analisar o Ordenamento Jurídico vigente. Como nos ensina Menelick de Carvalho Neto (1999, p. 476), essa mudança de paradigma não ocorre de um momento para o outro, mas gradualmente. Nesta medida, aspectos relevantes de paradigmas anteriores podem ainda se fazer presentes ocasionando uma leitura equivocada dos institutos jurídicos no paradigma atual.

Nessa perspectiva, o devido processo legal deveria ser analisado segundo princípios informadores do paradigma do Estado Democrático de Direito. Entretanto, como esta mudança de paradigma é lenta e gradual, ainda assistimos a uma interpretação doutrinária do princípio do devido processo ancorado nos enfoques do Estado liberal e do Estado social.

Entretanto, a mudança de paradigma na interpretação da cláusula do devido processo é de suma importância para garantirmos a legitimidade do direito para além de uma legitimidade formal presente no paradigma do Estado liberal e desgarrada das compreensões comunitaristas do Estado social, às quais partem da existência prévia de acordos mudos sobre perspectivas éticas ou morais a determinar ações no âmbito dessas comunidades.

No paradigma do Estado Democrático de Direito não é mais aceitável uma legitimação do direito *a priori* (Estado liberal), através da qual devemos nos convencer de que a norma é válida porque está na lei e esta já nasce legítima, porque obedece à forma.

Essa legitimação *a priori* foi justificada por importantes filósofos contemporâneos como Weber (1997) e Kelsen[1]. Segundo a linha de pensamento adotada por esses autores, em última análise, a legitimidade está presente na forma. Adotando-se a forma previamente estabelecida, a lei será legítima. A legitimidade é anterior à lei. Portanto, não se explica à sua origem.

Por outro lado, segundo a doutrina partidária do *"justo processo"*, este deve buscar o melhor resultado concreto em face do direito material controvertido, o que

[1] Para análise da legitimidade do direito na obra de Kelsen, nos baseamos na obra: *Filosofia do Direito na Alta Modernidade: Incursões Teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas* de Lúcio Antônio Chamon Junior.

condiciona a justiça da decisão à análise do caso concreto. Cada caso terá uma única decisão "justa". Na busca dessa decisão justa, o intérprete deve pautar-se pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, ou seja, deve buscar um equilíbrio entre os princípios. Assim, a justiça da decisão está nas mãos do juiz.

Propusemo-nos, então, a pesquisar qual seria a legitimidade do direito, notadamente, da decisão judicial, a partir da correta aplicação da cláusula da cláusula do devido processo legal.

2 A LEGITIMIDADE DA DECISÃO JUDICIAL NO ENFOQUE DA IDEOLOGIA DO ESTADO LIBERAL E DO ESTADO SOCIAL DE DIREITO

No Estado liberal, a legitimidade está presente na forma previamente estabelecida, é anterior à lei. A decisão judicial deve pautar-se pelo rigor legal. O escopo do direito é proteger o cidadão contra o poder do Estado. Nesta medida, o devido processo legal protege a vida, a liberdade e a propriedade contra o poder do Estado.

No Estado social, a legitimidade está presente nas tradições comuns, compartilhadas pelos cidadãos como uma moral universal. Há o afrouxamento das garantias historicamente atreladas ao devido processo, que passa a ser entendido, assim, como uma espécie de liturgia na qual se revela a clarividência do julgador magnânimo responsável pelo equilíbrio material de partes historicamente desiguais. Como o Estado é paternalista, busca a igualdade material e deve distribuir justiça. Neste sentido, o Estado-juiz é detentor da justiça da decisão.

Percebe-se, claramente, que a legitimidade pressuposta na perspectiva da dogmática processual brasileira não encontra consonância com os princípios informadores do paradigma do Estado democrático, visto que não pressupõe a participação dos interessados no procedimento, através do discurso. A legitimidade, segundo essa perspectiva, está condizente com os paradigmas do Estado liberal e do Estado social. Devemos buscar, portanto, uma legitimidade que se alinhe ao paradigma do Estado democrático.

Nessa perspectiva, devemos abandonar a ideia segundo a qual o devido processo é, simplesmente, limitador do poder do Estado e assegurador do direito individual de liberdade (Estado liberal) ou garantidor do direito de participação – soberania popular – na busca da efetivação do direito individual da igualdade material (Estado social), pois,

nem um desses paradigmas assegura a construção, fiscalização e a aplicação do Direito democrático, através da participação dos interessados na decisão (Estado democrático).

3 A LEGITIMIDADE DA DECISÃO JUDICIAL ANALISADA A PARTIR DA TEORIA DISCURSIVA DE HABERMAS – PARADIGMA PROCEDIMENTAL DO DIREITO

De maneira bastante simplista, a despeito do risco da condensação extrema, pode-se dizer, em última análise, que enquanto o Estado Liberal preocupava-se primordialmente em proteger a liberdade do cidadão, o Estado Social dirigiu seu aparato normativo à proteção, principalmente, da igualdade, não mais apenas formal, mas material, com o fim de reduzir as diferenças sociais exacerbadas no Estado Liberal. O paradigma do Estado Democrático de Direito demonstra, no entanto, que deve haver um equilíbrio entre esses dois direitos fundamentais básicos – liberdade e igualdade –, não devendo a ordem jurídica pender nem para um lado, nem para o outro.

Neste sentido, Habermas demonstra que, a restrição às liberdades fundamentais clássicas na esfera social parece ser uma limitação, no entanto, constitui apenas a outra face da implantação de liberdades de ações subjetivas *iguais* para todos:

> [...] pois, a autonomia privada, no sentido desse direito universal à liberdade, implica um direito universal à igualdade. [...] Não se trata de restrições normativas derivadas do princípio da liberdade jurídica, mas da eliminação dos privilégios incompatíveis com a distribuição igual de liberdades subjetivas, exigida por esse princípio (HABERMAS, 1997, v. II, p. 138).

Segundo Habermas (2007, p. 139), o debate tradicional sobre mercados regulamentados (Estado Social) e não regulamentados (Estado Liberal), é estreitamente focado na autonomia privada. Entre esses dois paradigmas a

> [...] única questão controversa é se a autonomia privada é mais bem garantida simplesmente por liberdades negativas ou se as condições para a autonomia privada devem ser asseguradas por meio da provisão de programas políticos de bem-estar (HABERMAS, 2007, p. 139).

Em ambos os casos, porém, perde-se de vista o nexo interno existente entre

autonomia privada e autonomia do cidadão[2] "- e, com isso, o sentido democrático de auto-organização de uma comunidade jurídica" (HABERMAS, 1997, v. II, p. 146).

> Uma saída desse impasse é indicada por um terceiro paradigma, o *procedimentalista*, que não se cristaliza nem em torno do competidor privado nos mercados, nem em torno do cliente privado das burocracias de bem-estar, mas tem seu foco no cidadão que participa da formação da opinião e da vontade política (HABERMAS, 2007, p. 139).
>
> Os efeitos indesejáveis da providência do Estado social podem ser enfrentados por uma política de qualificação dos cidadãos, a qual fundamenta os direitos a prestações tomando como referência um *status* de pessoa privada que garante simultaneamente a autonomia privada e pública (HABERMAS, 1997, v. II, p. 127).

O paradigma procedimental do direito "procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático" (HABERMAS, 1997, v. II, p. 183). O sujeito de direito privado, para dispor de iguais liberdades deve exercer, antes e conjuntamente, sua autonomia cívica, especificando quais são os interesses que estão em jogo e quais padrões de avaliação são justificados e à luz de quais casos devem ser tratados de igual modo e quais diferentes. "Os cidadãos só podem chegar a regulamentações equânimes de seus status privados se fizerem uso adequado de seus direitos políticos no domínio público" (HABERMAS, 2007, p. 139).

> O paradigma procedimental do direito orienta o olhar do legislador para as *condições de mobilização* do direito. Quando a diferenciação social é grande e há ruptura entre o nível de conhecimento e a consciência de grupos virtualmente ameaçados, impõem-se medidas que podem "capacitar os indivíduos a formar interesses, a tematizá-los na comunidade e a introduzi-los no processo de decisão do estado (HABERMAS, 1997, v. II p. 185).

A chave da teoria procedimental, segundo Habermas (1997, v. II, p. 147), consiste em assegurar, cooriginariamente, a autonomia privada e pública dos membros da sociedade através das formas de comunicações nas quais essa autonomia pode manifestar-

[2] Habermas (1997, v. II, p. 181) esclarece que o paradigma procedimental do direito resulta de uma controvérsia acerca dos outros dois paradigmas, pois, o modelo jurídico liberal e o do Estado social interpretam a realização do direito de modo demasiado concretista, ocultando a relação interna que existe entre autonomia pública e privada.

se e comprovar-se, garantindo, assim, a legitimidade da ordem jurídica. Ou seja, para ser legítimo, o "[...] processo decisório suscita um adequado entrelaçamento entre direitos humanos e soberania do povo decorrentes das tradições liberais e republicanas de concepção paradigmática do direito (LEAL, 2008, p. 147)". Da idéia de que os destinatários são também simultaneamente autores do direito, decorre a conexão interna entre direitos humanos e soberania popular (CITTADINO, 2004, P. 136).

Nesse contexto não mais se sustenta uma "legitimidade" do Direito apenas formal afirmada pelo positivismo jurídico. Habermas (1997, v. I, p. 117), ao analisar o positivismo jurídico, afirma que o século XIX nos mostrou que o direito privado somente poderia legitimar-se por si mesmo enquanto a autonomia privada do sujeito de direito se apoiasse na autonomia moral da pessoa. Kant (HABERMAS, 1997, v. I, p. 117) estabelecera um laço entre liberdade de arbítrio e a vontade autônoma da pessoa que sustentou por algum tempo, uma força legitimadora. Mas, desde que este laço foi rompido, "o direito passou a afirmar-se, segundo a interpretação positivista, como a forma da obrigatoriedade fática". Neste ponto, Windscheid (HABERMAS, 1997, v. I, p. 117), definiu o direito como sendo "[...] um poder de vontade ou dominação da vontade conferida pela ordem jurídica".

O Direito é mutável e contingente, ou seja, é fruto de decisões e estas se originam da possibilidade de escolhas. A questão não explicada pelo positivismo jurídico é a justificação das decisões, visto que esta abre margem a discricionariedades. Neste ponto o positivismo é decisionista: a escolha vale por ela mesma.

Dworkin (*apud* CITTADINO, 2004, p. 187), ao posicionar-se contra o positivismo jurídico, estabelece uma conexão entre direito e moralidade, ao formular a idéia de que o ordenamento jurídico é integrado não apenas por normas, mas também por princípios, sendo que estes princípios morais decorem não de um compromisso jusnaturalista, mas de um processo construtivo ou, segundo Habermas, "de uma razão prática, historicamente concretizada que se propaga através da história" (CITTADINO, 2004, p. 187). Dworkin afirma que nem as diretrizes políticas que se encontram na origem do processo legislativo, nem as prestações jurisdicionais podem estar em desacordo com os princípios morais. Assim, as diretrizes políticas e as prestações jurisdicionais, não podem violar as pretensões individuais justificadas por esses princípios.

Neste ponto, Habermas (1997, vol. I) estabelece uma relação de complementaridade e codependência entre Direito e Moral. Por um lado, o Direito alivia os indivíduos de buscar, alcançar e aplicar as normas que seriam moralmente adequadas

para a solução de controvérsias, por outro, há uma abertura dos discursos de justificação do direito a argumentos morais. Esta complementaridade ocorre do fato de o Direito se apresentar como um complemento funcional da Moral. No entanto, o Direito não se justifica apenas em razões morais, mas também em argumentos pragmáticos e éticos.

Para Habermas (1997, Vol. I, p. 127), segundo Kant, os direitos do homem estão fundamentados na autonomia moral dos indivíduos. A autonomia aqui é entendida numa perspectiva privada, como aquele que julga moralmente. Habermas (1997, Vol. I, p. 127) afirma que Kant explicita o conceito de autonomia, na fórmula do imperativo categórico, apoiando-se, como Rousseau, numa legislação pública realizada democraticamente. Os conceitos de princípio moral e princípio da democracia estariam, assim, interligados. Porém, existiria uma "não-confessada relação de concorrência entre os direitos humanos, fundamentados moralmente, e o princípio da soberania do povo". Ou seja, esta relação, em Kant e Rousseau, não estaria explicada. E esta explicação faz-se necessária, na medida em que "[...] a idéia dos direitos humanos e da soberania do povo determinam, até hoje, a autocompreensão normativa de Estados de Direito Democráticos" (HABERMAS, 1997, v. I, p. 128).

O paradigma procedimentalista do direito teorizado por Habermas vai explicar esta relação existente entre autonomia privada e pública dos membros da sociedade – segundo Habermas, já suscitada por Kant – através da teoria do discurso, que, em última análise, irá garantir a legitimidade da ordem jurídica, pois o problema que se coloca na atualidade é como explicar a legitimidade das decisões, ou seja, a legitimidade do direito a partir da legalidade, ao invés de uma legitimidade pressuposta na legalidade. De acordo com a teoria do discurso,

> [...] o direito moderno tira dos indivíduos o fardo das normas morais e as transfere para as leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação. Estas obtêm sua legitimidade através de um processo legislativo que, por sua vez, se apóia no princípio da soberania do povo. Com o auxílio dos direitos que garantem aos cidadãos o exercício de sua autonomia política, deve ser possível explicar o paradoxo do surgimento da legitimidade a partir da legalidade (HABERMAS, 1997, v. I, p. 114/ 115).

Em uma compreensão pós metafísica[3] do mundo, o direito só poderá adquirir

[3] Hoje, costuma-se caracterizar metafísica, apenas no sentido teológico, como "ciência daquilo que está além da experiência" (ABBAGNANO, 2007, p. 767). Neste sentido, trata-se de algo que, por estar além da física, não pode ser questionado/explicado. A compreensão pós-metafísica

legitimidade a partir da formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos que possuem os mesmos direitos. A autonomia pública será garantida através de direitos de participação democrática, na medida em que a autonomia privada for assegurada (HABERMAS 1997, v. II, p. 146). Por isso, a autonomia pública e privada são cooriginárias: "[...] uma autonomia privada assegurada serve como "garantia para a emergência" da autonomia pública, do mesmo modo que uma percepção adequada da autonomia pública serve como "garantia de emergência" da privada" (HABERMAS 1997, v. II, p. 146).

Percebe-se aí, claramente, um complexo circular, que também se manifesta na gênese do direito vigente. Segundo Habermas (1997, p. 146), o direito legítimo se reproduz no fluxo do poder regulado pelo Estado de direito que se alimenta das comunicações de uma esfera pública política[4]. Assim, o sistema jurídico é circular e recursivamente, e sempre, retorna a si próprio, legitimando a si mesmo[5]. Esta circularidade implica uma abertura a argumentos éticos, morais e pragmáticos, que estão, sempre, inseridos nos discursos de justificação das normas.

O direito, na perspectiva habermasiana, decorreria dos problemas do mundo da vida inseridos no discurso através das "redes periféricas da esfera público-política" (HABERMAS, 1995). "A '*combinação universal e a mediação recíproca entre a soberania do povo institucionalizada juridicamente e a não institucionalizada*' são a chave para se entender a gênese democrática do direito" (HABERMAS, 1997, v. II, p. 186).

> O substrato social, necessário para a realização do sistema dos direitos, não é formado pelas forças de uma sociedade de mercado operante espontaneamente, nem pelas medidas de um Estado do bem-estar que age intencionalmente, mas pelos fluxos comunicacionais e pelas influências públicas que procedem da sociedade civil e da esfera pública política, os quais são transformados em poder comunicativo pelos processos democráticos (HABERMAS, 1997, v. II, p. 186).

pressupõe que já ultrapassamos a fase da metafísica. Portanto, o objeto agora pode ser questionado e deve encontrar explicação nas ciências.

[4] Habermas explica como essa comunicação vai influenciar a formação do direito: "a formação informal da opinião pública gera a 'influência', esta é transformada em 'poder comunicativo' por meio dos canais das eleições políticas; e o 'poder comunicativo' é por sua vez transformado em 'poder administrativo' por meio da legislação" (HABERMAS, 1995).

[5] Habermas entende o direito como sendo autoreferente, porém não autopoiético como entende Luhmann, (1980) e sim, apoiético.

Habermas (1997, vol. I, p. 122) afirma que "[...] a fonte de toda a legitimidade está no processo democrático da legiferação; e este apela, por seu turno, para o princípio da soberania do povo". Isto porque o princípio democrático garantirá o legítimo processo de legiferação. O princípio democrático, por sua vez, pode ser entendido como uma especificação do princípio do discurso. E este ocorrerá através da ação comunicativa.

Devemos, então, entender como funciona este processo de "confecção" democrática das normas conforme teorizado por Habermas no paradigma procedimental do direito, através do discurso.

O ordenamento jurídico para Habermas (1997, v. II, p. 188), ao contrário de Luhmann (1980), não visa simplesmente reduzir a complexidade, mas antes mantê-la através de uma contra-regulação, a fim de estabilizar a tensão existente entre faticidade (norma posta – aplicação coercitiva sem violência) e validade (pretensão de legitimidade, fundamentação para a norma posta) permeando o sistema dos direitos em sua totalidade. Esta tensão é característica do modo ambivalente da validade jurídica. A tensão entre faticidade e validade decorreria, em última análise, da tensão existente entre segurança jurídica (faticidade da decisão) e justiça da decisão (que flexibiliza a segurança jurídica) (HABERMAS, 1997, vol. I, p. 113).

Lucio Chamon Junior, ao estudar a teoria de Habermas, nos esclarece que essa tensão, não existia em sociedades tradicionais, ao contrário, havia uma fusão entre faticidade e validade das pretensões, "na medida em que o 'sagrado', não só significava uma autoridade, como também limitava o campo de problematizações" (CHAMON JUNIOR, 2007, p. 150). Essa fusão ocorria, visto que a autoridade do sagrado gerava sentimentos ambivalentes – veneração/espanto. Dessa forma, a vinculação à autoridade já implicaria uma coerção. Este caráter sagrado, apoiado numa ambivalência sentimental, imunizava a autoridade frente a críticas. "O terror ao seu desrespeito deixaria inúmeras questões faticamente verificadas alheias a um juízo crítico, fundindo faticidade (coerção/ameaça) e validade (força vinculante)" (CHAMON JUNIOR, 2007, p. 150-1).

É natural, então, que essa tensão exista atualmente, pois o fundamento do direito não se sustenta mais em questões metafísicas. As certezas trazidas pelo sagrado e crenças na tradição não se sustentam mais em um mundo tão plural em que a sociedade se apresenta "[...] como profana e intensamente diferenciada funcionalmente" (CHAMON JÚNIOR, 2007, p. 153). A integração social não estaria mais ancorada no temor ao desrespeito ao sagrado, nem nas crenças nas tradições, mas sim em algo muito incerto: os processos de entendimento recíproco. Estes processos de entendimento realizar-se-iam

através da ação comunicativa, na medida em que é orientada ao entendimento.

Ocorre que os indivíduos muitas vezes buscam a realização de seus próprios interesses, e não um interesse comum, através de ações orientadas a determinadas finalidades: ação estratégica. Não obstante ser a ação comunicativa que permite o estabelecimento estável da ordem social, a integração social ocorrerá não só através desta, como também através da ação estratégica, desde que abre aos indivíduos a possibilidade de buscarem seus próprios interesses (HABERMAS, 1997, v. I).

Neste ponto devemos nos indagar sobre qual seria o papel do direito na sociedade moderna[6] em que, segundo Habermas (CHAMON JUNIOR, 2007, p. 123), está presente tanto a ação orientada ao entendimento quanto a ação estratégica orientada ao sucesso, praticada, principalmente, pela Economia e pelo Estado.

Para possibilitar o estabelecimento estável da ordem social, permitindo, inclusive, a prática de ações estratégicas, deve haver uma regulação normativa dessas interações estratégicas, construída pelos próprios atores sociais através de um "acordo ou entendimento levado adiante perante pretensões de validade intersubjetivamente reconhecidas" (CHAMON JÚNIOR, 2007, p. 153) e que, por isto, serão consideradas por estes mesmos atores sociais como vinculantes, ou seja, capazes de serem sustentadas perante todos e por todos aceitas. Esta interação entre ação estratégica e ação comunicativa, Habermas denomina de *perspectiva contraditória*, na medida em que o estabelecimento fático (legal) da conduta estratégica deve estar ancorado naquilo capaz de garantir, em última instância, uma integração social: a ação comunicativa que, enquanto tal, orienta-se ao entendimento (CHAMON JÚNIOR, 2007, p. 153).

Ocorrerá, então, uma imposição de limites aos atores sociais através das normas jurídicas de maneira impositiva (fática) que, por sua vez, retira sua legitimidade (validade) através da participação dos destinatários das normas no processo de confecção destas. Ou seja, o indivíduo é, ao mesmo tempo, autor e destinatário da norma. Isso é posto em prática através da ação comunicativa.

A ação comunicativa, segundo Habermas (CHAMON JÚNIOR, 2007, p. 154), "é aquilo que vem a garantir uma certa unidade/ordem na diferença/pluralidade". Nesta perspectiva, o Direito surge como meio de organização e simultaneamente como

[6] Habermas entende a sociedade – no mesmo sentido que Luhmann (1980) – como sistema estruturado de ações. Habermas refere-se a sociedade moderna e não pós-moderna porque entende que a pós-modernidade não existe, visto que o projeto da racionalidade (modernidade) ainda não se esgotou (HABERMAS, 1997, v. II).

instituição, e a validade, vislumbrada na faticidade da coerção normativa pode ser "[...] sustentada comunicativamente perante todos na exata medida em que é justificável em um sistema de direitos que abre a todos a possibilidade participativa" (CHAMON JÚNIOR, 2007, p. 154). O fato de a norma poder ser sustentada perante todos não decorre da moral (Kant), mas tem como fundamento o princípio democrático.

O Direito moderno surge, então, com a função de regular o risco de dissentimento gerado pelas pretensões, individualmente consideradas (ação estratégica), dos sujeitos no mundo da vida. Dessa forma, o direito vai limitar as atitudes dos sujeitos através da norma. Por outro lado, surge a deslimitação que se opera no plano do processo legislativo, ou seja, a deslimitação dá-se através da possibilidade de participação no processo de elaboração da norma (CHAMON JÚNIOR, 2007, p. 155).

Na tentativa de estabelecer um fundamento de legitimidade do direito, Habermas (CHAMON JUNIOR, 2007, p. 164), refere-se ao princípio do discurso, visto que este expressaria as exigências pós convencionais de fundamentação tanto de normas jurídicas, quanto de normas morais, mostrando-se, dessa forma, neutro, tanto em relação à moral, quanto ao direito.

De acordo com o princípio do discurso "[...] válidas são aquelas normas (e tão somente aquelas) a que todos que por ela possam ver-se afetados, possam prestar seu assentimento como participantes em discursos racionais" (CHAMON JUNIOR, 2007, p. 164). O princípio do discurso mostra-se como um princípio geral frente às normas morais e jurídicas. Este princípio especifica-se tanto em um princípio moral – em que se leva em conta o interesse de todos (universalização) – quanto em um princípio democrático – referente às normas jurídicas, que retiram sua justificação não só de argumentos morais, mas também pragmáticos e éticos. Pode-se dizer, então, que o princípio democrático seria uma especialização do princípio do discurso.

> O princípio democrático tem a finalidade de fixar um procedimento de produção legítima de normas jurídicas, e frente ao princípio de universalização há o estabelecimento de níveis diferenciados. Enquanto o princípio moral apresenta de antemão uma regra de argumentação – princípio da universalização -, o princípio democrático, por sua vez, não oferece qualquer correlato para decidir o 'como' devem ser tratadas as questões políticas: antes se refere tão somente ao 'como' institucionalizar a vontade política mediante um sistema de direitos que assegure, a cada um, igual participação no processo de produção normativa (CHAMON JUNIOR, 2007, p. 165).

Retornando à questão dos paradigmas do direito, diferentemente do paradigma do Estado liberal e do Estado social, o paradigma procedimental não antecipa um determinado ideal de sociedade, nem uma visão pré-determinada de vida boa ou de política. Ao contrário, "ele é formal, no sentido de que apenas formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos de direito podem, enquanto cidadãos, entenderem-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los" (HABERMAS, 1997, v. II, p. 190).

A partir do exposto acerca da teoria de Habermas, pode-se concluir que o paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito visa institucionalizar as condições necessárias para a participação dos agentes sociais no processo decisório do Estado (construção, interpretação e fiscalização). Assim, desde que esses agentes são, ao mesmo tempo, autores e destinatários das normas jurídicas, entendem-se como afetados por essas normas, o que lhes garante legitimidade.

Voltemos agora a questão da legitimidade da decisão, especialmente a judicial. Marcelo Cattoni nos esclarece que:

> [...] a tensão interna, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, entre a pretensão de legitimidade e a positividade do Direito manifesta-se, no exercício da Jurisdição, como o problema de um procedimento decisório que seja a um só tempo correto e consistente (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p. 452).

Nessa perspectiva, no Estado Democrático de Direito não se pode mais aceitar decisões alheias à legitimidade decisória, ou seja, a legitimidade não pode ser pressuposta, anterior ao processo. Habermas sugere uma legitimação a partir dos discursos de fundamentação.

> Os discursos acerca da aplicação do direito têm que ser complementados, de modo claro, por elementos dos discursos de fundamentação. Esses elementos de uma formação quase-legisladora da opinião e da vontade necessitam de um outro tipo de legitimação. O fardo dessa legitimação suplementar poderia ser assumido pela obrigação de apresentar justificações perante um fórum judiciário crítico. Isso seria possível através da institucionalização de uma esfera pública jurídica capaz de ultrapassar a atual cultura de especialistas e suficientemente sensível para transformar as decisões problemáticas em foco de controvérsias públicas. (HABERMAS, 1997, v. II, p. 183).

Pretendemos, agora, explicar a implementação da teoria habermasiana do discurso, através da teoria neo-institucionalista do processo que explicita como a principiologia constitucional do processo, especialmente as garantias asseguradas pelo devido processo legal, vão garantir a legitimidade decisória, "explicando como o princípio do discurso pode ser institucionalizado (princípio da democracia)" (LEAL, 2008, p. 148).

4 A LEGITIMIDADE DA DECISÃO JUDICIAL SOB ENFOQUE PROCESSUAL

O ordenamento jurídico, para ser considerado científico (possuir caráter de falibilidade), ou seja, passível de ser questionado, deve prever "expressamente a possibilidade de fiscalização (correição) continuada, como quer Habermas, desde o ponto decisório de sua criação até o momento de aplicação" (LEAL, 2002, p. 159).

A justificação da legitimidade do direito em Habermas, conforme visto acima, rompe com a presunção de uma legitimidade a *priori*, anterior à legalidade. O direito democrático se afere a partir de uma legalidade que se permite uma reconstrutividade permanente por procedimentos abertos a todos os destinatários. Nesse sentido, o ordenamento jurídico, construído conforme a teoria do discurso é legítimo, além de poder ser considerado científico.

No entanto, segundo Rosemiro Pereira Leal (2005, p. 68), Habermas não apresenta expressamente, em suas obras, "[...] o tópico da legitimidade de criação e aplicação do direito pelos *marcos* formais do Processo Constitucional (*due process of law*)". Não obstante, o que ocorre é que "[...] a *articulação argumentativa* das partes se faz pela estrutura procedimental constitucionalmente processualizada concretizadora do *due process*" (LEAL, 2005, p. 68).

> O *devido processo*, como direito-garantia constitucional, rompe com o conceito privatístico de direito subjetivo pela fidúcia (confiança-recíproca – *trust*) em que o Estado-juiz é depositário público da confiança da Sociedade Civil para resolver litígios e garantir uma suposta paz social (LEAL, 2005, p. 68-9).

Segundo José Alfredo de Oliveira Baracho (1997), a tutela constitucional do processo efetiva-se pelo reconhecimento da supremacia da Constituição sobre as normas

procedimentais. Nesse sentido, todo processo é processo constitucional, pois têm sua base na Constituição e se desenvolvem em conformidade com os princípios constitucionais, além do dever de assegurar a efetiva participação das partes em todas as suas fases.

Ao contrário do que pressupõe o paradigma liberal do direito, configurado por uma razão instrumental de "[...] vocações gregárias, capaz de tornar os diferentes iguais em liberdades pelo milagre iluminista das razoabilidades do liberalismo [...]" (LEAL, 2002, p. 161), o paradigma do Estado democrático pressupõe a Constituição (plataforma teórico jurídico processual de discussão do pluralismo) como capaz de "[...] estabilizar pelo total acesso procedimental processualizado as idéias que devam prevalecer para a identificação por todos da democracia juridicamente (processualmente) instituída" (LEAL, 2002, p. 161).

É certo que a democracia é um processo aberto, indeterminado e infinito, mas esse processo não é um "[...] vazio no qual se trava uma luta-livre por uma decisão pública contra o poder [...]" (LEAL, 2002, p. 164), é antes, uma procedimentalidade teoricamente processualizada e que caracteriza a preservação discursiva do equilíbrio político pelo nexo da decisão não autoritária (LEAL, 2002, p. 164).

O constitucionalismo seria incompatível com a democracia se não fosse capaz de garantir as diferenças (pluralismo) através da igualdade de oportunidades no discurso no espaço procedimental, tecnicamente estruturado conforme os princípios do contraditório, isonomia e ampla defesa (LEAL, 2002, p. 165). Sobre o princípio da igualdade, José Alfredo de Oliveira Baracho afirma que "[...] o cânone constitucional da igualdade concretiza o direito, através da capacidade de todas as partes serem titulares de situações ativas e passivas, previstas na constituição e na lei processual" (BARACHO, 1997, p. 108).

A teoria neo-institucionalista da processualidade instrumentada fornece meios para o exercício de uma soberania popular fiscalizatória. Assim, na medida em que o ordenamento jurídico assegura a todos os direitos fundamentais atinentes ao devido processo constitucional, propicia o exercício de uma fiscalidade abstrata – controle concentrado de constitucionalidade – e concreta – controle difuso de constitucionalidade – "[...] da construção, reconstrução, concreção, atuação e aplicação do direito como característica do *direito democrático*" (LEAL, 2002, p. 167).

Assim, a abertura a todos (povo) do processo de produção e aplicação do direito que se faz pela processualidade, não ocorre pela mobilização ou escuta provocada das massas populares, e sim pela fiscalização jurídico-processual abstrata e concreta do

controle de constitucionalidade no espaço procedimental e não físico nacional (LEAL, 2002, p. 181).

O processo se apresenta como instituição constitucionalizadora e constitucionalizada de direitos, na medida em que abre a possibilidade de debate, fiscalização, incidência, preservação e aperfeiçoamento inclusive de seus próprios princípios (LEAL, 2002, p. 172).

Nessa perspectiva, o processo não pode mais ser pensado como modelo de controle de juridicidade pela jurisdição dos juízes, conforme entendido pelos constitucionalistas neo-positivistas (LEAL, 2002, p. 173). Pois jurisdição não é atividade do juiz, como entende a dogmática jurídica brasileira, jurisdição é "[...] o próprio conteúdo da lei conduzido por aqueles agentes indicados na lei democrática" (LEAL, 2005, p. 76). Nessa perspectiva, "[...] tanto a parte como o juiz exercem, nos procedimentos, jurisdição, guardadas as características de suas atuações legais, de articulador-construtor (parte) e aplicador-julgador (juiz)" (LEAL, 2005, p. 76). Assim, o juiz não interpreta a lei, mas aplica a lei como intérprete das articulações lógico-jurídicas produzidas pelas partes. Rosemiro Pereira Leal nos esclarece ainda que:

> [...] o *processo* assume a qualidade de instituição de pós-modernização (saneadora da modernidade) em paradigma teórico de plebiscitarização processual incessante (direito-de-ação irrestrito e incondicionado) com a conseqüente abertura jurídica de total auto-revisibilidade discursiva (*devido processo constitucional*) que legitima o ordenamento legal na democracia (LEAL, 2002, p. 173).

Os princípios corolários do devido processo legal (contraditório, isonomia e ampla defesa) "supõem a autoconstrutividade no espaço discursivo-procedimental da *soberania popular* que confere caráter institucional legitimante da criação do ordenamento jurídico" (LEAL, 2002, p. 173/174).

Segundo Rosemiro Pereira Leal (2002, p. 175), falta à teoria do discurso de Habermas o apontamento dos critérios da processualidade a definirem a institucionalização jurídica da democracia. Pois, o abandono da razão prática e filosófica do sujeito a favor da teoria do discurso não possibilitaria automaticamente a intersubjetividade criadora do direito para legitimar pretensões de validade sobre algo em nome, simplesmente, do melhor argumento[7].

[7] Habermas (1995) afirma que conforme a interpretação teórico-discursiva, a formação

A teoria neo-institucionalista do processo visa, assim, a estabilização do princípio do discurso através da demarcação teórica dos critérios da formação da vontade jurídica antes do exercício da vontade decisória criadora de direitos, porque esses critérios de formação da vontade é que vão legitimar a existência paradigmática do direito democrático (LEAL, 2002, p. 170).

Nesse sentido, os princípios corolários de devido processo legal (contraditório, ampla defesa e isonomia) se apresentam exatamente como viabilizadores da "[...] clarificação discursiva de conteúdos fático-normativos pelos destinatários da decisão" (LEAL, 2008, p. 151).

A decisão legítima, no processo judicial, será construída pelas partes. Além disso, a Constituição prevê entre os princípios atinentes ao processo, a publicidade e a motivação das decisões, ou melhor, provimentos, como mecanismos de fiscalização e controle desses provimentos.

A publicidade, conforme afirmado por José Alfredo de Oliveira Baracho (1997, p. 108), está vinculada ao sistema democrático de governo e "[...] contribui para assegurar a confiança da opinião pública na administração da justiça [...]", além de propiciar o julgamento social do ato jurisdicional, expondo-o a críticas. Enquanto a motivação das decisões permite o controle da atividade jurisdicional, não só pelas partes, como também pela sociedade (BARACHO, 1997, p. 109).

No paradigma do direito democrático o eixo das decisões não se encontra na razão imediata e prescritiva do julgador, mas se constrói no espaço procedimental da razão discursiva. Nesse sentido, os argumentos de fundamentação do direito que legitimam as pretensões de validade encontram-se na teoria do processo que se concebe pela isonomia entre produtores e destinatários das normas jurídicas permitindo assim que os destinatários das normas se reconheçam também como autores das mesmas (LEAL, 2002, p. 183/184).

A decisão será formada pelos conteúdos teóricos que demarcam o espaço procedimental do Estado democrático de direito no qual se produz e aplica o direito. E a "[...] 'valoração' no direito democrático ocorre pelo juízo discursivo processualizado ao atendimento de direitos fundamentais [...]" (LEAL, 2002, p. 189).

---

democrática da vontade não retira sua força legitimadora da convergência prévia de convicções éticas, mas dos pressupostos comunicativos que permitem procedimentos que asseguram processos justos de negociação, fazendo valer a força do melhor argumento. Habermas, no entanto, não demonstra como, na prática, se institucionalizam esses procedimentos. Daí a crítica de Rosemiro Pereira Leal.

José Alfredo de Oliveira Baracho (1997, p. 107), ao proceder ao exame científico entre Constituição e Processo, afirmou que a Teoria Geral do Processo se destaca pela sua importância na formulação teórica do assunto. O mesmo autor explicitou, ainda, que o direito processual tem linhagem constitucional, o que dá maior significação à proteção efetiva dos direitos processuais e "[...] levam à compreensão de sua importância, para a concretização dos direitos fundamentais".

> O Processo Constitucional não é apenas um direito instrumental, mas uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais. Suas instituições estruturais (jurisdição, ação e processo) remetem-nos à efetivação dos direitos essenciais (BARACHO, 1997, p. 120).

Baracho (1997, p. 122) afirma ainda que a efetividade dos direitos fundamentais ocorre pelos mecanismos de realização jurisdicional dos mesmos e que o Poder Judiciário está vinculado pelas normas fundamentais.

Assim, o devido processo constitucional, princípio do qual decorrem os demais princípios atinentes às garantias processuais, assegura a realização dos direitos fundamentais através do irrestrito exercício de reconstrutividade normativa.

> No Estado democrático de direito já constitucionalizado a *comunidade jurídica*, como acentuado, está em vias de consolidação pela garantia plenária do *devido processo constitucional* e, uma vez concluído esse estágio de auto-integração processual ao sistema é que se despontaria uma *sociedade político-jurídica* de compartilhamento efetivo de garantias, direitos e deveres, co-instituídos na procedimentalidade do *devido processo legal*, a serem objeto de uma correição e fiscalização processuais continuadas às pretensões de validade de atuação normativa da juridicidade produzida (LEAL, 2002, p. 197).

A teoria neo-institucionalista do processo acopla os princípios do discurso e da democracia. A passagem do princípio do discurso ao princípio da democracia é instituída (provida, decidida) pela teoria do processo "[...] que traz uma coercividade legitimada pela abertura à incessante fiscalidade em que produtores e destinatários das normas se reconheçam autores de sua recriação, confirmação e aplicação" (LEAL, 2002, p. 198).

O *status* democrático é círculo jurídico espacial dentro do qual se institucionalizou a processualidade como critério discursivo de decisão (LEAL, 2002, p. 196).

5 CONCLUSÃO

Não obstante a Constituição da República brasileira de 1988 ter instituído o Estado Democrático de Direito e previsto, expressamente, o princípio do devido processo legal, ainda assim, este é interpretado de forma que diverge da noção de Estado democrático.

Nessa perspectiva, ainda que se tenha em mente um modelo constitucional do processo, este não é democrático. Pois, não basta positivar um modelo de processo na Constituição se ele ocorre em função de uma jurisdição exercida por juízes guardiões dos direitos fundamentais ou depositários públicos desses direitos.

O status democrático pressupõe a abertura irrestrita que permite a todos o exercício da discursividade crítica, o que apenas é possível através da aplicação do devido processo constitucional que permite a fiscalização e reconstrução do direito através do controle de constitucionalidade – abstrato e, principalmente, concreto.

Assim, o devido processo legal está diretamente ligado à questão da legitimidade do direito. Com efeito, através da análise da legitimidade do direito em sua versão processual, evidencia-se tanto o *substantive due process* quanto o *procedural due process*. Isso porque a decisão só será legítima na medida em que efetivar a participação das partes na elaboração da decisão (*procedural due process*), o que será possível desde que garantidos os princípios atinentes ao devido processo (isonomia, contraditório e ampla defesa). Por outro lado, a aplicação desses mesmos princípios abre às partes a possibilidade do questionamento do conteúdo das leis (*substantive due process*) o que garante a legitimidade do direito.

Por isso, no atual estágio de desenvolvimento institucional em que nos encontramos, não há que se falar em devido processo, sem antes passar pela análise da legitimidade do direito em sua versão processual, que por sua vez, institucionaliza a aplicação do princípio do discurso através da processualidade, o que garante o direito democrático.

O conceito de processo que não pode mais, em nenhuma hipótese, ser considerado como instrumento de uma jurisdição salvadora pela sabedoria ímpar ou pela clarividência de um juiz magnânimo, iluminado, capaz de aplicar a lei fazendo a justiça em cada caso concreto. A aplicação do direito baseado numa razão instrumental ficou no passado: Estado liberal e Estado social. No Brasil, o Estado Democrático de Direito foi instituído pela atual Constituição em 1988. Desde então, as funções legislativa,

administrativa e a judiciária, têm que se pautar pelo procedimento constitucionalmente processualizado que abre a todos a garantia de efetiva participação nas decisões.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo constitucional. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 337, jan. / mar. 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. São Paulo: Classic Book, 2000. v. I e II.

CARVALHO NETO, Menelick. Requisitos Paradigmáticos da Interpretação Jurídica sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Comparado**. Belo Horizonte, v. 3, Maio 1999.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito**: geral e do Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2009. 579 p.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. 165 p.

CATTONI DE OLIVEIRA (a), Marcelo Andrade. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. 288 p.

CATTONI DE OLIVEIRA (a), Marcelo Andrade. Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. *In*: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade**: Incursões Teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. 2 ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3 ed. Trad. de Paolo Capitanio. São Paulo: Bookseller, 2002. 519 p, v. I e II.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 360 p.

CITTADINO, Giseli. **Pluralismo, direito e justiça distributiva***:* elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Trad. de Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva e Cia, 1946.

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

COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. Trad. de Mozart Victor Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. 780 p.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional.** A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto alegre:Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I e II.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Trad. Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, n. 3, p. 107-121, jan./jun. 1995.

HABERMAS, Jürgen. Introdução. Trad. Emílio Peluso Neder Mayer e Antônio Cota Marçal. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 41, n. 48, jul./dez. 2007. [original publicado em 1999]

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, 163 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Thonson IOB, 2005. 339 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica.** São Paulo: Landy, 2002. 206 p.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. v. I.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora. 2002. 793 p.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, 415 p;

PACHECO, José da Silva. **Evolução do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. 190 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 878 p.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **O devido processo legal***:* due process of Law. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

WEBER, Max. **Economia e sociedade:** fundamentos da sociologia compreensiva. 4. ed. Brasília: Ed. UnB; São Paulo: Imprensa Oficial, 2004.