

3 O imperativo da democratização do espaço público judicial

A elaboração de um conceito de esfera pública proposta pela segunda geração da Escola de Frankfurt (da qual Habermas faz parte) representa uma transição do conceito de racionalidade, e da distinção entre o público e privado, identificando o aparecimento do moderno com aquele da ressurgência de um espaço aberto, no qual se desse o exercício da crítica, através do debate e da reflexão.¹⁰³

Tal esfera, situada entre a sociedade civil e o Estado, seria gerada na tensão entre dominação burguesa (na esfera privada) e na reação à dominação estatal.

Ao analisar o conceito de esfera pública em Habermas, Leonard Avritzer¹⁰⁴, aponta três características da mesma:

1. é distinta do Estado e da esfera privada, e constitui um espaço para o “uso público da razão”, com o atributo de igualdade de participação;
2. ampliação dos temas politizáveis, para permitir que novas questões possam ser desprendidas das interpretações sacralizadas, de monopólio institucional;
3. ampliação da participação, para permitir a inclusão mais ampla no processo de discussão.¹⁰⁵

Amplia-se, assim, a pauta de discussão e também o espectro dos participantes, tudo isso num ambiente do qual resulte a autoridade do melhor argumento, depurado pela crítica, contra a autoridade hierárquica, no contexto social.

O paradigma do conhecimento é substituído pelo paradigma do entendimento, sendo a interpretação rente ao mundo da vida “estruturado

¹⁰³ Cf. AVRITZER, *Teoria crítica e teoria democrática – do diagnóstico da impossibilidade da democracia ao conceito de esfera pública*, p. 177.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 178.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 177 e 178.

comunicativamente”, se produzindo “através de um *medium* palpável da ação orientada ao entendimento entre sujeitos capazes de falar e agir”.¹⁰⁶

Ou seja, o advento de um novo paradigma fez mudar o pêndulo, passando da razão centrada no sujeito para a razão centrada na comunicação, embora esta não represente uma viagem de volta à razão pura. Como afirma Nietzsche, a razão somente existe com o outro.¹⁰⁷

Esse “poder reluzente” que coage sem ser coercitivo, cedendo mediante a força do melhor argumento, permite a que a prática democrática possa ser desenvolvida em qualquer espaço em que as partes estejam voltadas para um entendimento, e dispostas a promover trocas de justificações para defesa de suas razões.¹⁰⁸

A crítica e a reflexão envolvem a intersubjetividade e o exercício dentro da ambiência pública.

Portanto, a “esfera pública” habermasiana não se confunde quer com o Estado, quer com aquela de natureza privada, e isto porque nela não se atua buscando interesses econômicos ou submissão dos indivíduos a um aparelho que concentra poderes¹⁰⁹. Importa registrar, portanto, que o espaço público constitui a arena aonde irão se definir e resolver as discussões sobre questões relevantes para a sociedade, e, através dele, politizar-se.¹¹⁰

Ao afirmar que “Os Estados modernos caracterizam-se pelo fato de que constituem o poder político através da forma do direito positivo, isto é, instituído e coercitivo”, Habermas também reconhece que os ordenamentos jurídicos

¹⁰⁶ HABERMAS, *O Discurso filosófico da modernidade*, op. cit, p. 412.

¹⁰⁷ BÖHME & G. BÖHME, apud HABERMAS, *ibid.*, p. 425.

¹⁰⁸ Esta é a definição dada por Habermas para a produção da razão. Segundo ele é o “poder reluzente ao qual se apresenta a possibilidade da “coação não coercitiva do melhor argumento”. Cf HABERMAS, *O Discurso filosófico da modernidade*, op. cit, p. 426.

¹⁰⁹ Para aprofundamento do tema sobre a dissolução dos limites entre privado e público, assim como a dicotomia do Direito nestas searas, ver TEPPEDINO, *Temas de Direito Civil*, p. 56, que assevera: “Eis as linhas mestras que, perfeitamente compatíveis com as necessidades da sociedade pré-industrial, mostram-se no entanto abaladas pela crescente demanda da sociedade tecnológica, onde a economia massificada e os avanços científicos perturbam a demarcação antes cristalina dos territórios do direito público e do direito privado.”

¹¹⁰ Sobre esta transformação, observa MELUCCI, *Challenging code*, p. 221: “O espaço público se torna a arena para a definição contenciosa do que é o político, isto é, do que pertence à polis. Sua função principal é trazer para a discussão aberta questões problematizadas pelos movimentos sociais, permitindo à sociedade como um todo assumir seus dilemas [...] enquanto dilemas internos, transformando-os em política.”

modernos são “essencialmente constituídos a partir de direitos subjetivos”,¹¹¹ os quais, por sua vez, passam a uma pessoa “jurídica” um núcleo de ações que estão previstas legalmente, e dentro dos quais sua atividade é posta em prática. A separação entre direito e moral, em seu entendimento, se dá pela modernidade ter introduzido as liberdades básicas subjetivas como o princípio de que “tudo que não é proibido é permitido”. “Enquanto a moral nos diz porque estamos obrigados a fazer algo, da estrutura do direito infere-se a primazia do estar legitimado para fazer algo.”¹¹²

E assim o universo moral é ilimitado social e historicamente, referindo-se a todas as pessoas, embora a comunidade jurídica seja tópica e histórica, visando garantir a segurança de seus membros, na medida em que eles se tornam portadores de direitos subjetivos¹¹³. E nesse papel de cidadãos potentes para conduzir a preservação de seus direitos, acaba por reduzir o controle do próprio Estado, incapaz de garantir relações sociais paritárias concretamente, porque também enredado em um subsistema que precisa articular-se com o mundo, falando a linguagem econômica dominante.

O Judiciário não se mostrava compondo uma esfera pública que pudesse ser atuada intensamente, até porque as questões suscitadas nas pautas daqueles outros Poderes e nas manifestações sociais eram imediatas, dinâmicas, e absolutamente urgentes, para se desenvolver prontamente em um Poder burocratizado por normas procedimentais engessadoras, manietado pela própria insuficiência de sua infra-estrutura, desatrelado daqueles segmentos que se insuflavam politicamente nas praças e em movimentos sindicais, de protestos, de pressões, ainda que dele emanasse a palavra final naquelas questões, quando chegavam a se transformar em demanda judicial.

¹¹¹ HABERMAS, Acerca de la legitimación basada en los derechos humanos. In: *La constelación posnaciona*, op. cit., Cap. 5. mimeo.

¹¹² Ibid., Cap. 5. mimeo.

¹¹³ Refere ele à mudança de instância central de controle, não mais centrada no Estado: “A contradição inerente ao projeto do Estado social enquanto tal é hoje visível. Seu objetivo substancial era a liberação de formas de vida igualmente estruturadas que, ao mesmo tempo, deveriam abrir espaços de ação para a auto-realização individual e para a espontaneidade; mas com a criação de novas formas de vida o medium do poder tornou-se sobrecarregado. Depois que o Estado se diferenciou como um dos muitos sistemas funcionais controlados pelos media, não pode mais ser considerado como a instância central de controle, na qual a sociedade concentraria suas capacidades de auto-organização.” Cf. HABERMAS, *O Discurso Filosófico da Modernidade*, op. cit., p. 502-503.

Não se quer dizer com isso que não fosse o Poder Judiciário reconhecido como legítimo e integrante de um Estado Democrático de Direito. Apenas davam a ele, nas questões de participação política dos cidadãos um papel por demais limitado, consistente em ser a instância última de decisão, quando esgotadas todas as formas de pressão, e já fracassadas as tentativas de negociação, a partir do que surgia a necessidade de um comando coercitivo a ser imposto.

Não fora, por isso, considerado uma instância verdadeiramente fundamental de “deliberação”, ou mesmo, democrática, de participação da sociedade.

Paralelamente, contudo, foram se adensando os problemas de articulação entre essas fontes de poder, face ao incremento da complexidade e multiplicidade da sociedade e dos problemas a ela inerentes, carecendo de formas para tornar efetivas as soluções necessárias.

A busca do individual exacerbada pelas políticas liberais provenientes do século das luzes acabou por criar barreiras a uma visão mais global e caleidoscópica da diversidade que constituía a trama do tecido social.

Abismos ideológicos, culturais, sociais agudizavam-se na medida em que se aprimoravam meios técnicos, engenharias de máquinas, avanços científicos da medicina, sofisticação das práticas comerciais, engenharias financeiras, controle da mídia, das comunicações, logísticas, desenvolvimento de tecnologia de ponta, que propiciavam o fortalecimento da hegemonia das forças de produção de bens.

A evolução incrementa a complexidade da sociedade, havendo cada vez mais espaços para o risco do dissenso. Quanto mais múltipla e complexa for, entende Habermas, mais plurais hão de ser as formas de vida, dificultando as “zonas de convergência” das convicções que se encontram no mundo.

Pondera, ele, no entanto, quer se considere o aspecto biológico, histórico ou cultural, o vetor evolutivo da espécie humana consiste exatamente em sua capacidade de criar campos comunicacionais plenos de uma racionalidade construtiva, com potencial de integração, propiciando zonas de “entendimentos genuínos dos cidadãos e dos povos”.¹¹⁴

Esta capacidade é que marca a “especificidade do gênero humano”, do mesmo modo que revela o potencial emancipador de sua práxis histórica.¹¹⁵

¹¹⁴ Neste sentido conferir PADILLA, Reconocimiento y participación el estado de derecho según Habermas. In: *Estudios Internacionales*, p.28.

¹¹⁵ PADILLA, loc. cit.

O direito, matéria e instrumental, age como um *medium*, permitindo que sejam atingidos outros mecanismos de integração social, através daquilo que extrai das esferas públicas autônomas e dos processos de opinião pública, e também do agir comunicativo, sendo capaz de formar, por seu filtro, nos processos judiciais, uma manifestação volitiva da sociedade.

A aproximação teórica entre democracia e Poder Judiciário, que se aguçou nas duas últimas décadas, conduz à reflexão de que não se mostra viável a prática da democracia sem uma organização judiciária independente e capaz de atuar, com eficiência, a salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Reconhecendo-se a estreita ligação entre ambos, fala-se na necessidade de democratizar o próprio Poder, sem o que ele não atenderá aos requisitos éticos, jurídicos e organizacionais, indispensáveis ao cumprimento de uma tarefa democratizante.

E no tema da “democratização do Judiciário”, aponta Dallari duas exigências se mostram implicadas: em primeiro lugar, a mudança de postura em relação à sociedade; em segundo, o modo de tratar a própria função judicante, assim como sua organização interna.¹¹⁶

Contudo, se a qualidade da democracia pode ser medida pelo nível de participação da sociedade nas decisões que lhe concernem, e na medida em que atendem às suas pretensões¹¹⁷, torna-se relevante a observação, acerca do Judiciário, que esse nível de participação cresceu vertiginosamente com a abertura de acesso ao Judiciário nos últimos dez anos, através dos Juizados Especiais, se mostrando conseqüência lógica concluir que eles se identificam como um canal de participação político-democrático extremamente expressivo.

O cidadão/ator (aqui entendido como aquele que age através do processo, da ação) começou a ganhar consciência, ainda que não da real instância de participação democrática que pode ser identificada no Judiciário, mas de um caminho potencial de modificação de sua realidade, em situações que permeavam

¹¹⁶ Neste sentido, cf. DALLARI, *O poder do juiz*, p. 146. Afirma, ainda às p.164 da mesma obra: “A orientação consagrada na Constituição brasileira de 1988, valorizando o Poder Judiciário, e, por isso mesmo, ampliando suas atribuições, corresponde a uma tendência generalizada, facilmente perceptível em muitas Constituições modernas ou em recentes emendas constitucionais. Essa valorização decorre, em grande parte, do reconhecimento da inadequação do sistema tradicional de separação dos Poderes.”

¹¹⁷ Cf. SADER, *Democratizar a Democracia. Os caminhos da democracia participativa*. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Para outras democracias*, p. 23.

seu cotidiano, pelas discussões de questões que diziam respeito diretamente às suas insatisfações, necessidades que, sem ter um meio de acesso possível, ficavam marginalizadas de qualquer instância pública. Faltava um veículo que se moldasse à politização dessas suas questões, até então consideradas apenas querelas individuais, ou postulações de menor importância, que, em sua grande maioria, não possuíam uma expressão pecuniária significativa.

Problemas que tangenciam diretamente a qualidade de vida, tais como saúde, educação, segurança, infra-estrutura, tranquilidade, etc. ou mesmo aqueles direitos inerentes à personalidade, na relação direta que tem com a sociedade, reputação, honra..., ao entrarem cotidianamente na esfera pública judicial, ganham espaço para discussão da mesma natureza (pública), sendo ela, portanto, uma “arena para a definição contenciosa do que é o político”¹¹⁸, como referimos anteriormente, trazendo para a discussão pública das audiências abertas aos participantes do processo, e podendo ser assistida por qualquer um, todos os temas inerentes a uma vida digna e com qualidade, passíveis de serem problematizados, quer individualmente, quer coletivamente, o que acaba por metamorfosear tais “dilemas”, internos ou não, transformando-os em política.

A Constituição Federal de 1988 sem dúvida fortaleceu o Poder Judiciário no cenário do Estado brasileiro, favorecendo com seus instrumentos novos essa politização referida, e carreando novas formas de participação pública no controle da produção legiferante e da constitucionalidade das leis, promovendo também a ampliação do leque de instrumentos para a defesa dos interesses difusos e coletivos. Contudo, tais instrumentos sempre padeceram de uma carência de efetivação cotidiana para que, a partir de então, a prática trilhasse, através de sinuosidades inerentes aos processos de experimentação, caminhos de concreção e aprimoramento, de modo a se sentir quais as modificações, deles decorrentes, eram necessárias para o exercício da democracia.

Paralelamente, se criticava o Judiciário pela falta de critérios objetivos, a serem adotados *interna corporis*, os quais se entrechocavam com a participação hipertrofiada que lhes fora destinada pelo texto constitucional.

A atuação externa do Judiciário era contraditória com aquela que possuía para solução de suas políticas internas. A exigência constitucional de

¹¹⁸ Referência anterior de pé de página a PADILLA, op. cit., p. 28.

fundamentação das decisões e de transparência enquanto Poder da República se mostrava incompatível com sessões secretas e votos sem a necessária justificação, para a pauta de suas sessões administrativas.

Da mesma forma, as denúncias de nepotismo, episódios de corrupção, e os entraves criados por uma prática judicial manietada por vícios de formalismos e legislação processual ultrapassada, que lhe cunham a pecha de moroso; a insuficiência de meios diante do crescimento da demanda, que é absolutamente indiferente a uma lei de contenção fiscal dos gastos públicos, gera uma combustão interna em suas entranhas e uma eclosão externa que clama por reformas.

Todos esses impasses aparentemente insolúveis e que se arrastam há décadas vieram a culminar com o advento da propalada “Reforma do Judiciário” e, especificamente, “Controle Externo do Judiciário”..

Não aprofundarei aqui qualquer posição no sentido da análise de tais assuntos, porque implicaria em extravio do enfoque que se pretende, tangenciando questões de política judiciária e de administração da Justiça.

Na perspectiva da política no Brasil, a partir de 1985, inaugura-se uma nova fase em que cresce a importância dos debates que levam a buscar caminhos mais efetivos para a democracia brasileira.

Nessa esteira, dentro do Judiciário, já havia aparecido, de forma insipiente, os Juizados de Pequenas Causas que, somente a partir de 1995, veio a se expandir mais eficazmente através dos Juizados Especiais.

Editado o Cód. De Defesa do Consumidor e sendo ele atuado, concomitantemente, dentro dessa nova instância judicial (já que nele também se contêm normas de cunho processual) permitiu-se, como veremos, avanços significativos na participação mais efetiva da população, como um todo, no âmbito do Judiciário.

As discussões trazidas para a arena judicial, cada vez mais alargadas, não poderiam deixar de refletir o mundo da vida, e a multiplicidade das relações intersubjetivas conflituosas, reunindo, aquelas aspirações condensadas nas lides, de modo exemplificativo e denotativo, o resultado de uma evaporação das expectativas sociais.

Por essa razão, afirma-se que o espaço público judicial é capaz de reproduzir uma ambiência em que as relações estabelecidas são sempre reflexos de uma interpessoalidade (vista esta na relação indivíduos/indivíduos,

indivíduos/subsistemas) em colisão, a respeito de problemas que lhe são inerentes e relevantes, mas transmutada para o mundo do processo, também através de uma relação que passa a incorporar esta natureza.

O espaço público judicial integra a esfera pública, e, ao mesmo tempo, revela e retrata a comunidade social. Ou seja, as estruturas comunicativas, aonde acontecem os processos de formação pública da vontade, nos quais se pratica a racionalização discursiva das decisões nas esferas administrativas de um governo que age de acordo com o Direito e a lei, não são diversas daquelas que acontecem, em termos de participação, em um espaço judicial, dentro da experiência mais atual que ora se analisa.

A instigante análise de Klaus Gunter¹¹⁹ chama a atenção para o fato de que, em um Estado democrático constitucional, constitui o princípio da responsabilidade um conceito-chave, assim como uma “função social”, significando isso, entre outras coisas, “assumir responsabilidade própria pela garantia de suas condições de vida.” Dessa forma, toma, a questão da responsabilidade social, uma posição nuclear na discussão “político-social” em seu ponto de vista. E a exigência cada vez mais ampliada dessa responsabilização, exacerbada pela globalização, faz com que instâncias organizadas espontaneamente na sociedade, ou mesmo os indivíduos de *per se*, devam promover-se ativamente em suas pretensões de melhoria na organização da vida comum, na medida em que tomam consciência de que não podem aguardar as providências de um Estado paternalista.

Aderimos à posição daquele teórico no sentido de que:

A exigência ativista significa que os cidadãos de um Estado são politicamente responsáveis pelos princípios de sua convivência, pois com a secularização não podem mais recorrer a uma autoridade transcendente que os alivie de suas decisões.

E de que esta exigência ativista desses cidadãos numa sociedade civil “corresponde àquela mudança na imputação que passa da sociedade, da história e

¹¹⁹ GÜNTHER, Responsabilização na sociedade civil. In: *Novos Estudos*, p. 111.

da natureza para o indivíduo.”¹²⁰

Nesse sentido, e na visão da análise aqui desenvolvida, a participação do cidadão em espaços públicos constitui parte necessária desse perfil contemporâneo que dele se espera ao tomar o rumo e o prumo de suas próprias vidas na superação das circunstâncias sociais, quer através da elaboração das próprias regras que passará a regê-lo, quer porque dele se exige uma responsabilização pelo alcance e manutenção da sua existência, qualitativamente considerada, quer porque deve resgatar formas aglutinadoras para fazer reverberar mais intensamente sua voz nas decisões políticas de seu país. Obviamente, tal postura não retira do Estado seus compromissos em possibilitar e investir no aprimoramento dessa sociedade através de todos os meios necessários.

O caminho da abertura do acesso ao Judiciário constitui, assim, uma exigência tanto do aparato estatal, como do social, no mundo contemporâneo, na medida em que permite, a todos, cada vez mais, se utilizarem desses canais de comunicação, para modificar as circunstâncias desfavoráveis de suas vidas, quer se traduzam, estas, em omissões eventualmente atribuídas ao Estado, ou mesmo em desrespeito àqueles direitos que a Constituição a eles assegura.

Buscar afirmações através do Judiciário implica em sair da passividade paternalista que o Estado hipertrófico propiciou, assumir uma responsabilização pelas próprias condições, habilitar canais de participação político-democráticos da sociedade, e exigir que estes devam estar também sintonizados com essa contemporaneidade, e, assim, imperativamente democratizados, de modo a operar a emancipação e potencialização da cidadania individual ou coletiva através de seu acesso.

Não obstante não afastemos de nossa análise a questão do esvaziamento que as circunstâncias que um modelo liberal propiciou, a função estruturante referida por Günther¹²¹, do significado da responsabilidade, se espraia pelas diversas formas de reprodução da vida, sendo, em última análise, como ela própria, um motor a estruturar a comunicação social, nos seus mais diversos matizes.

Pretendemos aqui apenas acrescentar mais um elemento à análise já desenvolvida, no sentido de que essa democratização também dependa e seja

¹²⁰ Ibid., p. 111.

propiciada pela conscientização de que esse veículo institucionalizado permite a organização da própria sociedade. Portanto, não se deve dele prescindir, já que é por excelência um terreno propício às afirmações de escolhas de formas de vida pessoal, e também coletiva, e não apenas supra-ordenada, porque “uma sociedade que se cria a si mesma” (e, portanto, se auto-regula), a partir de seus indivíduos, pressupõe pessoas “autônomas e capazes de agir.”¹²²

Induvidoso que em países periféricos ou semi-periféricos, com grande margem de carências estruturais, *déficit* de escolaridade e de emprego, empobrecimento da população, crise econômica, crescimento significativo da margem da linha da miséria, essa consciência social é substituída por uma consciência de “sobrevivência”, que afasta potencialmente a capacidade crítica de conceber-se como ser capaz de afirmações e direitos, face à contingência da subtração de um mínimo sentido de “dignidade humana”.

Contudo, ainda assim, o exercício de uma cidadania mínima é construção que tem, necessariamente, que passar pelo sentido de um auto-reconhecimento, de identificar-se como ser capaz de direitos e obrigações e, conseqüentemente, de afirmações e responsabilidades.

Obviamente, a análise aqui desenvolvida considera uma sociedade com nível ainda que modesto de conscientização, a qual, no Brasil, mostra-se paulatinamente alargado.

E em assim sendo, retomemos o ponto em que o indivíduo, consciente de sua capacidade de afirmação, dê o segundo passo no sentido da “ação”, ação essa que, como se disse, não tem que passar por qualquer forma mais sofisticada de articulação ou agregação.

Registre-se, porque relevante, que a consciência dos direitos políticos e dos direitos sociais no evoluir do séc. XX se anteciparam à consciência dos direitos individuais. E isso tem explicações na própria instrumentalização que a sociedade capitalista fomentou da utilização do *homo faber* ao *animal laborans*¹²³.

O indivíduo, ao tomar a crescente consciência de seus direitos, passa por um processo de transformação.

¹²¹ Ibid., p. 109.

¹²² Ibid., p. 110.

¹²³ No aprofundamento do tema, a análise ARENDT, *A condição humana*, p. 157.

Na medida em que cresce a informação sobre os direitos de cada um, de qualquer natureza (social, político, individual, coletivo...) e se lhes abrem os canais para veicular essa sua demanda, passa ele, na afirmação de pretensões diante do outro (indivíduo *vs.* indivíduo; indivíduo *vs.* Estado; indivíduo *vs.* outros subsistemas), também a assumir a condição de ter que responder por seus proferimentos perante este(s), o que significa adotar a responsabilidade por sua afirmação e as conseqüências daí decorrentes. Isso implica, necessariamente, que, do mesmo modo, deverá justificar sua afirmação expondo-a à crítica reflexiva.¹²⁴

Ao tratar da concepção de “pessoa deliberativa”, afirma Klaus Günther ser aquela que se identifica com interlocutores de um discurso, que, no seu âmbito, podem se auto-imputar em suas relações comunicativas.¹²⁵

É exatamente essa pessoa deliberativa que se encontra na visão aqui formulada, para que sejam revistas as concepções introjetadas de participação, representação, deliberação, a serem desenvolvidas nos capítulos subseqüentes.

Tratando do tema da “reconexão” entre a teoria crítica e a teoria democrática, observa Leonardo Avritzer:

Em lugar da redução do escopo da democracia a uma prática de defesa de interesses conflitantes, o que a tradição crítica resgata é a possibilidade de desenvolvimento de um potencial democrático paralelo próprio à vida associativa. Tal potencial, ao ser institucionalizado em uma esfera pública associativa, passa a constituir um local primário de organização de interesses e solidariedades, propiciando, justamente, o que as formas de agregação de maiorias não são capazes de fazer: a discussão do conteúdo mais ou menos generalizante da política.¹²⁶

Ou seja, um espaço público em que se promove o exercício da crítica pelo reconhecimento da alteridade e da diferença, restaura uma reflexividade social e o

¹²⁴ GÜNTHER, op. cit., p. 113 e 115, refere neste sentido: “A apresentação, a contestação e a fundamentação de pretensões de validade pressupõem portanto que pessoas imputem afirmações umas às outras, que possam responsabilizar-se por suas afirmações”, o que ele conclui traduzir-se num conceito de pessoa implícito, ou seja, “pessoas de direito responsáveis”.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 114.

¹²⁶ A interessante análise de AVRITZER sobre a questão é aprofundada em sua obra já citada.

aprofundamento de questões tematizáveis politicamente, de modo a que avance a democracia no sentido de fazer dela um exercício de prática cotidiana.

Reconhece-se, até mesmo, a desnecessidade de reunião de recursos ou associações para propiciar essa participação, na medida que qualquer um, independente de sua condição de associado a determinado segmento, e também independente de seu potencial econômico-financeiro, poderá ter voz e se sentir potente na afirmação de uma agenda temática que, em sua grande maioria, coincide com tantas outras ações, refletindo individualidades que se mostram, em muitos matizes, universalizáveis, e que, portanto, transcendem a algo tópico, particular, contextual.

Uma reestruturação da articulação funcional dos Poderes da República precisa ser estudada de modo a permitir uma melhor adequação ao mundo contemporâneo com exigências diversas daquela em que esta separação foi concebida. De toda sorte, reconhece-se, à quase unanimidade, a valorização do papel do Judiciário na atualidade, pela consideração de que um sistema tradicional de participação dos Poderes na vida democrática não mais se pode ater àquele sistema tradicional da divisão clássica que os cunhou.¹²⁷

Particularmente no Judiciário impõe-se uma permanente necessidade de evolução e adequação, já que o instrumental do arsenal jurídico muitas vezes se mostra enferrujado pelo tempo de uso, ou mesmo pelo desuso, outras vezes pela empoeirada visão dos que ainda guardam os ranços de um formalismo que recrudescer o desenvolvimento dos próprios institutos já consagrados.

A complexidade crescente da produção legiferante e os enormes entraves ocorridos nas votações no Brasil, tumultuadas por pautas de interesses que espelham, acima de tudo, as preocupações com agendas eminentemente econômicas, tributárias, na pertinência do atendimento às demandas do Executivo, acabam por desacelerar e desfocar a produção legislativa que poderia propiciar significativos avanços também para o resultado da produção do Judiciário.

Basta, a título exemplificativo, que nos detenhamos nos percalços do aprimoramento da lei processual, nas insipientes micro-reformas graduais implementadas, incapazes de dissolver o nó górdio que a processualística

¹²⁷ Neste sentido, cf. DALLARI, op. cit., p. 164.

formalista propiciou na eternização dos processos, para termos noção das conseqüências nefastas dessa realidade.

Andrei Koerner, ao discorrer sobre o debate a respeito da reforma do Judiciário¹²⁸, afirma que esta:

[...] faz parte do projeto global de reforma do Estado, compondo a segunda rodada de mudanças estruturais do país: a primeira foi a da estabilização da economia, com a mudança das regras que orientam a atividade econômica e a segunda, a da mudança de instituições.

Contudo, essa transformação, no plano do Judiciário, embora dependa mais do que nunca de que a magistratura participe de modo ativo e reiterado nas discussões a respeito de seu papel social, não pode prescindir de outros instrumentos que viabilizem a engrenagem de sua própria máquina.

E aí que se mostra exemplar e relevante a implantação dos Juizados aqui analisados, alertando que me ative e me ateei à análise do que tem representado a atuação somente neste segmento (cível e não do criminal), pelas razões já expostas na introdução deste trabalho.

Diversamente do que, por vezes, se articula no sentido de que os Juizados Especiais pudessem se tornar uma justiça de “segunda classe prestada aos pobres” ou “simulacros de prestação jurisdicional” ou ainda num atuar “desatento” e “preconceituoso” em relação às classes populares¹²⁹, por desrespeito às formas ou garantias processuais, a realidade desses novos meios de acesso tem se mostrado, inversamente, o caminho cada vez mais largo e aberto a um espaço público necessário e fundamental à democratização da justiça.

E isso se comprova não somente pelo vertiginoso crescimento de sua demanda, como pelo aprimoramento e transformação dos espaços físicos aonde são implantados, cada vez mais adequados a receber a população, assim como pela multiplicação crescente de suas portas, com a implantação nos locais mais recônditos das cidades, junto a bairros de população carente, assim como em

¹²⁸ KOERNER, O debate sobre a reforma judiciária. In: *Novos Estudos*, p. 18.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 15.

Universidades, alargada sua penetração ainda pelo que se denomina Justiça itinerante.¹³⁰

A consequência daí decorrente é que ao invés de “esvaziado seu potencial pedagógico”¹³¹ têm, ao contrário, aperfeiçoado condutas em esferas até então intangíveis, aprimorando em vários níveis a qualidade das relações sociais, e mobilizando reações, como se verá mais adiante.

Importante a observação de Joshua Cohen¹³² no sentido de que, mesmo na deliberação democrática, existem conflitos entre seus elementos quando passamos da teoria à prática. Nesta pertinência, mostra-se imperativa a democratização do espaço público judicial, para que se compatibilize com a demanda, fornecendo acesso livre e eficaz para todos, a fim de que cumpram com sua responsabilização cidadã, atuando seus próprios destinos.

Um espaço público judicial que se mostre capaz de potencializar afirmações de igualdade, liberdade em condições dessa igualdade, oportunidade de livre manifestação (obedecidos obviamente os limites do próprio procedimento), superando aqueles conflitos que em outras áreas, tais como a política, têm dificuldade de serem ultrapassados, como analisa o citado teórico¹³³, deve atender também a que não se satisfaçam com condições de igualdade meramente procedimentais, porquanto também diferenças sociais e econômicas, ínsitas a cada uma das partes, podem influenciar o resultado final.

Given the bases of rights of expression in the principles of participation and deliberative inclusion, it would be desirable to promote equality of opportunity for effective influence through less restrictive means than expenditure limits, should such means be available.”¹³⁴

¹³⁰ Prática que vem se tornando comum no Estado do Rio de Janeiro, a justiça itinerante constitui um serviço móvel que conduz atendimento jurídico à população, circulando por locais distantes dos Fóruns, ou em cidades do interior do Estado, periodicamente. Em um ônibus fornecido pelo Tribunal de Justiça, funciona um Juízo com competência múltipla, sendo composta, a equipe, por um juiz, dois serventuários de justiça, um defensor público, um promotor, uma assistente social, um psicólogo e conciliadores. (TJ/RJ e EMERJ, *Informativo*, ano 2, nº 15, p. 16)

¹³¹ KOERNER, op. cit., p. 15.

¹³² Cf. COHEN, Procedure and substance in deliberative democracy. In: *Democratic theory*, op. cit., p. 109.

¹³³ *Ibid.*, p. 108 e 109.

¹³⁴ COHEN, loc. cit.

Significa a adoção de tal posicionamento, na referência da democratização do espaço público judicial, que não podem tais aspectos serem descuidados. Não basta assim, que a lei imponha através do princípio do devido processo legal; que, às partes, seja assegurada a igualdade de oportunidades de manifestação; não serve apenas que sejam tratadas de modo idêntico; não lhes socorre, para efetivação desse equilíbrio, que sejam vistas apenas como partes e não como pessoas com suas diferentes potencialidades na vida pessoal e contingente.

O resultado dessa manifestação depende de articulações, simplificadas ou não, de acordo com o procedimento escolhido.

E isso porque independentemente da natureza que for o conflito social, ele será decorrente de uma situação de dominador/dominado, no sentido mais amplo que possa ter esse termo, ainda que traduzido, essa relação de subordinação, na mera expressão da vontade de alguém em determinado sentido, e contrário ao interesse do outro. Ou seja, existirá sempre quem pretenda que prevaleça sua vontade, sua verdade, sua crença, sua escolha na relação com o outro.¹³⁵

O fechamento do espaço público judicial e o emaranhado de burocracias, em que se constituiu a processualística, acabaram por propiciar a que grande parcela da sociedade, indistintamente, ficasse excluída. Essa exclusão não era vista, contudo, na dimensão que efetivamente possuía, porquanto não se trata apenas de deixar de postular alguma pretensão individual e particular; excluiu-se a possibilidade de participação política nas pequenas e grandes decisões que têm conexão direta com o cotidiano de todos, enquanto coletivo, e de cada um de nós, individualmente.

Portanto, se no passado esteve alijado desse espaço de discussão não apenas determinados grupos denominados “minoritários”, ou algumas fatias sociais menos privilegiadas, por razões históricas ou sócio-econômicas, embora essas tenham sofrido mais agudamente com a exclusão, novas vias de acesso se constituíram para permitir a reversão dessa situação.

A participação que se impõe pelo imperativo da democratização do espaço público judicial, e que aqui analisamos através dos dois diplomas (Lei 9099/95 e

¹³⁵ Ibid., p. 113, ao concluir o artigo sobre democracia deliberativa, afirma que: “*conjoined with a deliberative conception of justification, it is compatible with a substantive account of democracy, whose substance – captured in principles of deliberative inclusion, the common good, and participation – includes values of equality and liberty.*”

Lei 8078/90) se mostra aberta ao povo, das aldeias mais remotas ao torvelinho dos grandes centros, permitindo um modo particular de acionamento das esferas de participação política de discussão, que constitui a nova faceta do Poder Judiciário, de modo a não mais fomentar, pelos canais fechados de comunicação, a alienação, a segregação, a exclusão, enfraquecendo formas de organização espontânea na sociedade, na medida em que ficam fora de um epicentro de reflexão sobre uma gama variada de assuntos, que dizem respeito aos interesses de todos enquanto coletividade e a cada um, individualmente. Além disso, inserem a possibilidade emancipatória da sociedade passar a assumir suas próprias responsabilidades pela mudança de condição e melhoria de sua realidade.

Se as pautas são ora coletivas, ora individuais, ora contendo interesses difusos, ora particulares, não importa: todas indistintamente, ao se reiterarem permanentemente, refletem as questões centrais da humanidade, que efetivamente importam aos indivíduos e à sociedade, ao Estado, aos demais subsistemas e a todas as formas organizacionais que a civilização nos permitiu compor.

O acionamento do Judiciário mostra-se forma estrutural de participação na cidadania, e na afirmação das bases necessárias a uma subsistência digna para todos.

Seu fechamento, numa contemplação distorcida de sua real função, tirou-o por muito tempo de seu papel de gestor e de agente promotor de desenvolvimento social.

Ao se referir ao espaço público e dar dimensão adicional ao conceito habermasiano de publicidade, Leonardo Avritzer afirma que:

Os indivíduos e atores sociais não formam as suas identidades a partir, apenas, de contextos culturais, herdados ou marcados por experiências locais (Gidens, 1994, p.82). Um novo espaço de reflexividade social é aberto pelo processamento de experiências que ocorrem em contextos espaços temporais distantes e com as quais os indivíduos e atores sociais se relacionam de forma não-interativa.¹³⁶

E conclui em seu artigo:

¹³⁶ AVRITZER, op. cit., p. 187.

A esfera pública deixa de estar constituída, unicamente, por discussões produzidas pela experiência local e passa a estar formada também pela apresentação mediática da diferença ou de uma condição de vida passível de crítica moral.¹³⁷

Se assim é, as demandas judiciais, pulverizadas em uma multiplicidade de ações individuais, representam também um reflexo da cultura miscigenada e múltipla que, ali refletida, também passa pelo crivo reflexivo moral de um espaço público.¹³⁸

E nessa conexão que se faz entre a teoria crítica e democrática acaba por formatar uma “mudança estrutural da esfera pública”.

Habermas ao buscar um nexos interno entre direitos humanos e soberania popular tece essa trama que faz, daqueles, fonte de institucionalização de espaços comunicacionais, que propiciam a elaboração de uma vontade política, obtida racionalmente pela reflexão advinda dessa práxis.

E se os direitos tornam possível o exercício da soberania popular e permitem, que nessa busca, qualquer cidadão, responsabilmente, e com o mesmo potencial de igualdade, possa afirmá-lo perante os outros (aqui identificados todos os integrantes dos vários subsistemas e do próprio mundo da vida) na concreção de seus próprios objetivos, assim como na tutela jurídica que lhes garanta o respeito a esse exercício, servem eles não apenas como instrumentos para a formação dessa vontade democrática,¹³⁹ mas também possuem valor intrínseco, ao qual nós acrescentaríamos: servir como parâmetro para todas as condutas dentro de um Estado democrático.

Portanto, sem os direitos privados clássicos, em particular sem o direito fundamental a uma igual liberdade de ação, não existiria tampouco nenhum

¹³⁷ Ibid., p. 188.

¹³⁸ Na abordagem acurada de Leonardo Avritzer a “análise da trajetória da teoria crítica na segunda metade do século XX aponta na direção da substituição de uma análise do desenvolvimento das sociedades contemporâneas cujo eixo consistiu na emergência de condições inviabilizadoras da existência da democracia por uma análise centrada na possibilidade de aprofundamento da democracia.” Ibid., p. 187.

meio para a institucionalização jurídica daquelas condições sob as quais os cidadãos podem participar da práxis de sua autodeterminação.¹⁴⁰

E aí, superando a aparente perplexidade e contradição entre a autonomia privada e pública conclui Habermas que tanto uma quanto a outra se pressupõem mutuamente e são igualmente essenciais.

Diferentemente das ações coletivas, ou mesmo daquelas de natureza civil ou pública levadas a efeito pelos representantes dos interesses difusos ou coletivos, que poderão vir a ser conseqüência ou não dos reiterados questionamentos sobre práticas de mercado ou de outros segmentos que possam representar violação de direitos, dependendo da mobilização episódica de tais representantes, a participação individual ampliada pela abertura do espaço judicial também se potencializa e transcende àquelas próprias aspirações ou afirmações lançadas no bojo particular de ações individuais, condensando pautas de interesses comuns, universais, identificando-se como modelo peculiar (judicialmente viável) de organização, participação e integração, responsabilização dos indivíduos, e da sociedade, na construção de sua realidade e da realidade do próprio Estado.

Esse direito responsivo que não descarta de um diálogo político com a sociedade e no qual estejam inseridos pretensões de justiça e bem da vida, não se mostra incompatível com o denominado pragmatismo em Habermas.¹⁴¹

Portanto, se identificamos dentre as características de um direito responsivo, uma integração de instrumentos que permitam uma participação para a produção do direito, sendo ele “fonte de conhecimento” e “meio de produção de novos consensos normativos”, e se entendemos que ele demanda uma nova atuação dos juizes, mais rente à realidade social e capaz de articular com mais vigor e potencialidade novas formas de ação jurídica e dos novos direitos, veremos que ele pode atuar democraticamente com desempenho eficiente de molde a garantir o

¹³⁹ HABERMAS, Acerca de la legitimación basada en los derechos humanos. In: *La constelación posnacional*, op. cit., Cap. 5. mimeo.

¹⁴⁰ HABERMAS, loc. cit.

¹⁴¹ Como afirma EISENBERG, *A Democracia depois do liberalismo. Ensaios sobre ética, direito e política*, op. cit., p. 172: “O pragmatismo, o direito reflexivo e o direito responsivo, como tradições de reflexão sobre esta problemática, fazem uma contribuição significativa aos esforços de expansão do escopo de atuação das instituições jurídicas e de redefinição da forma de sua atuação, de maneira a permitir uma interpretação positiva, ainda que cautelosa, dos mecanismos de judicialização da política e juridicização das relações sociais. ”

funcionamento da democracia política e, ao mesmo tempo, de produzir justiça social.¹⁴²

Concluindo, na referência aos diplomas aqui tratados, os instrumentos mobilizados pela Lei 9099/95 e sua combinação com a Lei 8078/90 vieram como impositivos da democratização de um espaço público judicial que seja adequado à contemporaneidade, e permita a visualização mais nítida dessa latente carga agregadora, democratizante e estabilizadora, que pode a sociedade atuar através desse espaço, do estímulo à responsabilização de cada um e da sociedade pela concreção de seus objetivos, agilizando a efetivação desses pela visão mais aberta do papel de cada indivíduo, dos operadores de um modo geral, e especialmente do juiz, na concreção do que constituem as positividades democráticas.

Eles só não bastam, contudo.

Superar a visão ocasional da racionalidade jurídica reflexiva e vê-la como um modo necessário de conduta, que se esparge para dentro do processo e de dentro dele para fora, não eventual ou estática, mas dinâmica, é imperativo para viabilizar o espaço judicial enquanto espaço público, com todas os atributos necessários à sua práxis.

A dinâmica de uma racionalidade assim entendida é um mótu permanente, que se auto-alimenta e hetero-alimenta, e portanto não é a episódica manifestação que irá representá-la, mas a reiteração dessa atuação, ainda que, se vista individualmente, possa exemplificar-se casuisticamente.

Com efeito, se como coloca Eisenberg a caracterização da democracia se dá pela coexistência do procedimental e da legitimação, extraída dos “consensos/consentimentos produzidos pela maioria da população”¹⁴³, uma abertura do espaço judicial permite que tal produção se dê naquela arena, que apenas precisa ser vista sob uma ótica mais dinâmica e consentânea com esta faceta por tanto tempo desconsiderada do que vem a constituir o próprio “processo judicial.”

¹⁴² Ibid., p. 174, referindo-se ao tema: “Este direito pós-liberal implica a introdução de novas formas de reflexão, bem como de novas formas de ação jurídica e de novos direitos, e a contribuição das interpretações reflexiva e pragmatista do direito são, neste sentido, contribuições valiosas que precisam ser discutidas, elaboradas e criticadas com maior atenção por aqueles que buscam um modelo de direito que seja capaz de funcionar democraticamente e garantir o funcionamento da democracia política, mas também capaz de produzir justiça social.”

¹⁴³ Ibid., p. 177.

Ele é o *modus operandi* de um entendimento/consentido produzido em cada manifestação dentro do Judiciário.

O esforço do presente estudo pretende tratar da concreção de uma experiência iniciada com os Juizados Especiais em interação com o CDC, tangenciando questões que autorizam a reflexão, a nível mais geral, do que eles propiciaram para a abertura dos canais de discussão dos males inerentes a uma sociedade plural; como esses canais precisam ser tratados pelos operadores de direito, para que nele possam sentir a veiculação de tais reflexões; como deve se operar a modificação de postura necessária ao juiz e a visão que as partes têm desse mesmo juiz; como encarar esse canal como meio de participação do povo naquelas decisões que afetam diuturnamente sua existência em micro e macro escala.

Se a democracia é “uma pedagogia política ancorada na experiência concreta dos cidadãos de cada comunidade, e que necessitam de certas condições definidas desde sempre”: isonomia (igualdade perante a lei), osogoría (igualdade de condições de participação na vida pública) e isomoría (igualdade de condições de participação na riqueza),¹⁴⁴ ao se permitir a constituição de espaços que viabilizem, em havendo ruptura de direitos, restabelecer-se um equilíbrio, ao menos para que não haja o arbitrário subjugo de um pelo outro, ou de estruturas sobre estes, propiciando uma maior inclusão, e se lá dentro desse espaço não existem diferenças de condições, ainda que diferentes sejam elas no mundo da vida, estar-se-ia ampliando a concreção da democracia, e, paralelamente, afirmando-se a cidadania, o que, ainda que vivenciado dentro do processo, permitiria a reverberação de seus reflexos para fora dele.

Deve o Judiciário, portanto, ser visto não apenas como instância garantidora dos direitos. O processo, como instrumento para carrear todo e qualquer tipo de “pretensão cidadã”, deve servir como palco do dissenso e do consenso, de discussão e reflexão, sobre os próprios conteúdos da democracia, como instância de afirmação de direitos, como espaço público de manifestação, para que o Judiciário cumpra sua efetiva função em uma nova formatação de Poder dentro do Estado Democrático de Direito. Essa visão, buscaremos analisar e ampliar no desenvolvimento dos próximos capítulos.

¹⁴⁴ Ibid., p. 203.

3.1.

Legitimidade e representação do Judiciário na esfera pública democrática

3.1.1.

Um esboço histórico

A magistratura teve, em sua origem, um mandato popular, agindo seus membros como representantes diretos do povo; contudo, essa representatividade foi se esvanecendo, na medida em que tal forma de escolha deixou de ser a adotada, como se o magistrado, por necessidade ou mesmo em razão da função, não tivesse que se ocupar de questões sociais, passando a encarnar, ao contrário, a representação de uma divindade, apta a julgar, distanciado daqueles que lhe daria o efetivo lastro para o exercício da judicatura.¹⁴⁵

Em Roma, o pretor possuía funções distintas daquelas destinadas ao juiz; sendo aquele um magistrado, enquanto este último não. A incumbência do magistrado era dar solenidade ao julgamento, cuidando de seus aspectos formais e procedimentais, embora não julgasse os feitos, singular ou coletivamente, o que, por muitos séculos, foi atribuição exercida somente por senadores¹⁴⁶, já aí deixando entrever uma indefinição quanto ao efetivo papel do juiz e de sua carreira, cujos membros, ao longo da história, coadjuvavam outras funções consideradas de maior relevância na administração central.

A Idade Média assistiu a uma magistratura sem nítida caracterização, pois foi época de grandes transformações em todas as questões ligadas à Política e à formação do Estado, e no aparecimento de novos institutos jurídicos e políticos, pela multiplicação de ordens legais heterogêneas, sem que se estabelecesse uma hierarquia¹⁴⁷ entre as mesmas. Tal contingência acabou por não dar forma definida à carreira da magistratura, havendo, por outro lado, um incremento das

¹⁴⁵ DE DOMINICIS, apud DALLARI, op. cit., p.11.

¹⁴⁶ CUQ. Institutions Juridiques des Romains. In: *Manuel de Droit Romain*, apud GUIMARÃES, *O juiz e a função jurisdicional*, p. 26 e 27.

¹⁴⁷ Ibid., p. 28: “[...] a multiplicação de ordens jurídicas sem entrosamento numa ordem superior e sem ainda ter sido estabelecida uma hierarquia quanto à eficácia das normas, tudo isso torna muito difícil encontrar uma caracterização para a magistratura medieval. A partir do séc. nono, mais ou menos, com o desenvolvimento das corporações, com a multiplicação e o aumento da riqueza e do poder político das ordens religiosas e da Igreja Católica de modo geral, com as alianças de senhores feudais em torno de um rei, vão sendo definidas novas magistraturas.[...] haverá tribunais corporativos e eclesiásticos independentes.”

ordens religiosas e do direito canônico, panorama que se reverteu somente com o fortalecimento da monarquia, quando resgatou o rei o poder de julgar, sendo a última instância de decisão.¹⁴⁸

As exigências democráticas, por sua vez, advindas dos ares libertários da Revolução Francesa e das concepções inovadoras surgidas na Inglaterra e França, acabaram por ocasionar o desaparecimento dos tribunais corporativos, exatamente por irem de encontro a esses novos ideais, já que foram criados dentro das pautas e exigências daqueles governos absolutistas. Pretendia-se fragmentar esse poderio unificado nas mãos do monarca, sendo época do ápice das lutas entre os regimes absolutos e os parlamentares.¹⁴⁹

A revolução Francesa introduziu na legislação a escolha dos magistrados através de eleição, para resgatar sua autoridade como decorrente da soberania do povo. Contudo, face ao comprometimento dos necessários atributos de imparcialidade e independência, pela subordinação às influências dos partidos e da pressão das eleições pelas massas, tal modo seletivo de investidura na carreira acabou por revelar distorções.¹⁵⁰

E são das práticas judiciais desse período que resultarão as grandes linhas da magistratura no Estado Moderno, como frisa Dalmo Dallari.

Na Europa, durante o séc. XVII, “governantes absolutos utilizaram os serviços dos Juizes para objetivos que, muitas vezes, nada tinha a ver com a solução de conflitos jurídicos e que colocavam o juiz na situação de agente político arbitrário e implacável.”¹⁵¹

¹⁴⁸ GUIMARÃES, loc. cit.

¹⁴⁹ DALLARI, op. cit, p. 15, fazendo uma síntese da colocação de Raymond Carré de Malberg registra: na fase do *ancien régime*, o ofício dos juizes, que integravam os *Parlements*, era considerado um direito de propriedade, tendo a mesma situação jurídica das casas e das terras. Em tal situação, a magistratura poderia ser comprada, vendida, transmitida por herança ou mesmo alugada a alguém, quando o proprietário não se dispunha a exercer a magistratura mas queria conservá-la, para entregá-la a um descendente que ainda era menor de idade. O ofício era rendoso, pois a prestação de justiça era paga, havendo muitos casos de cobrança abusiva. A par disso, embora não houvesse uma separação nítida entre o que fosse público ou privado, a magistratura correspondia ao que modernamente se classificaria como serviço público, mas os magistrados sentiam e agiam como se exercessem atividade privada, pois eram proprietários dos cargos e vendiam ao povo a prestação jurisdicional.[...] Quando davam proteção a um particular contra abusos de servidores públicos, ou, então, decidiam contra o poder público determinado litígio, despertavam a ira dos governantes, que viam esse fato como interferência dos juizes nos assuntos do Executivo ou do Legislativo, prejudicando o interesse público.”

¹⁵⁰ Numa aprofundada análise sobre tais aspectos, GUIMARÃES, op. cit., p. 82.

¹⁵¹ Cf. DALLARI, op. cit., p. 12.

Os Juízes eram, assim, escolhidos diretamente por quem dominava o poder político, estando, portanto, submetidos às suas decisões, e com hipoteca de fidelidade aos chefes supremos, o que de certa forma manteve a magistratura detentora de poder, mas distante do povo.

Tanto a magistratura quanto os tribunais eram manipulados politicamente, se pondo a serviço do rei e não do povo.¹⁵²

A burguesia, a partir da Revolução Francesa se estabelecia de forma irreversível como poder econômico, buscando o apoio dos juízes na consolidação de suas frentes contra o poder político dos nobres, o que mostra a dimensão da influência que os magistrados já ostentavam naquela época, circulando, quer de um lado, ou de outro, sempre entre as classes sociais e políticas de elite, e mostrando-se, em razão de suas estreitas ligações com as duas esferas, ao mesmo tempo, respeitado e temido.

A situação peculiar da Inglaterra, por exemplo, cujo corpo de magistrados compõe-se predominantemente de juízes leigos, não serve de parâmetro para mostrar a composição de um Judiciário, integrante dos Poderes do Estado, nem como carreira dentro deste, já que lá são, efetivamente, pessoas do povo que exercem uma espécie de *múnus público*,¹⁵³ sendo irrisório o número de magistrados que percebem alguma remuneração pela função. Possivelmente, tal característica do sistema tenha se dado por influência também da ascendência da burguesia, que se firmou no poder através da Câmara dos Comuns, acabando por formatar as bases do parlamentarismo naquele país, a partir do séc. XVIII.

A França nunca consolidou a magistratura como verdadeiro Poder autônomo, não obstante a célebre obra de Montesquieu,¹⁵⁴ estabelecendo, suas Constituições, prerrogativas e também limitações para os magistrados, como a “temporiedade”, por serem seus membros eleitos (como afirma o texto da Constituição francesa de 1791). Passaram, contudo, na Constituição de 1814, a serem nomeados pelo rei.

Em verdade, a obra daquele pensador revela apenas dois Poderes de Estado, o Executivo e o Legislativo, fazendo, o Judiciário, parte da Administração

¹⁵² Neste sentido também GOMES, em sua obra *A dimensão da magistratura no Estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*, p. 21-22.

¹⁵³ Cf. DALLARI, op. cit., p. 15.

¹⁵⁴ MONTESQUIEU, *Do espírito das leis*, v. 1 e 2.

Pública, e, ainda assim, de modo oblíquo, na medida em que visa apenas tornar factível e obrigar o cumprimento da lei.

Mesmo com a instauração da República, foi mantida a nomeação de seus membros pelo Executivo, permanecendo a tendência de não se reconhecer o Judiciário como um Poder em separado dentro do Estado, mas função auxiliar ao Executivo, embora com preeminência, se referindo, a Constituição francesa de 1958, ao magistrado, como “autoridade judiciária”, e não como categoria de Poder dentro do Estado, autônomo e independente.

Contrariamente à tradição francesa, o Judiciário, nos EUA, sempre exerceu um preponderante papel na democracia, adotando de forma rigorosa o princípio da separação de Poderes (sistema denominado “*worth and balances*” – freios e contrapesos) colocando-o como principal fonte de controle dos poderes do Estado.

Em sua obra, “*The constitutional thought of Thomas Jefferson*”, Davis N. Mayer Charlottesville¹⁵⁵ realça como as grandes discussões teóricas e práticas acabaram por cunhar o perfil do Judiciário naquele país, estando, nos primeiros grandes conflitos, logo no início de sua formação, toda a origem do sistema acima referido, que se protraí até os dias atuais, sendo reconhecido como um Poder dentro do Estado norte-americano. Resume ele três pontos fundamentais que se encontram na “raiz do sistema” e que vigoram ainda hoje: “o Judiciário é um Poder do Estado, independente dos demais e igual a eles; em respeito ao federalismo, os Estados devem ter grande margem de liberdade para a definição de seus respectivos sistemas judiciários; os juízes e tribunais devem estar mais próximos de agentes do povo, para solucionar com justiça os conflitos, do que de profissionais especializados, presos a padrões técnicos.”

Diferentemente da América Latina e dos países Europeus, em dois terços dos Estados Unidos os Juizes são eleitos pelo voto popular, e em alguns casos pelo legislativo estadual.

Sua independência é rigorosamente resguardada por se considerar o Poder Judiciário peça fundamental no sistema de “freios e contrapesos” introduzido na Constituição, para coibir qualquer tentativa de impedimento às liberdades públicas pelo Poder Executivo.

¹⁵⁵ CHARLTTESVILLE, *The Constitutional Thought of Thomas Jefferson*, apud DALLARI, op. cit., p. 18.

Herdamos da Monarquia Portuguesa, no Brasil, a estrutura judiciária dos tempos da colônia na qual o “juiz da terra”, chamado juiz ordinário, era eleito pelo voto, dividindo-se as demais categorias em alçadas distintas e em razão da matéria, sendo alguns nomeados por vereadores, assim como os “de fora” pelo rei. O “Desembargo do Paço”, concebido por D. João II, auxiliava nos despachos e, posteriormente, passou a ganhar novas atribuições.¹⁵⁶

As Ordenações delineavam com clareza o perfil do magistrado:” homem fidalgo, de limpo sangue, de sã consciência, prudente, e de muita inteligência e letrado[...]abastado de bens temporais[...]para que como bom e leal deseje o serviço de nossa pessoa e Estado.¹⁵⁷

Mostra, portanto, esse rápido panorama, as vertentes modernas que posicionam a magistratura como pertencente a um dos Poderes integrantes do Estado, e com posição privilegiada e próxima ao soberano, mas predominantemente, nas situações em que a história apresentou, distante do povo, de modo que, dificilmente, poderia haver identificação possível entre ele e aquele que seria o titular da soberania, através das escolhas dos representantes dentro de governos democráticos.¹⁵⁸

¹⁵⁶ GUIMARÃES, op. cit., p. 29 e 30.

¹⁵⁷ PORTUGAL (leis, decretos, etc). *Ordenações filipinas*, v. 1, p. 31.

¹⁵⁸ “Fazendo-se um retrospecto das discussões havidas sobre o modo de seleção de juízes e das diferentes formas utilizadas na prática, verifica-se que no Estado Moderno a grande polêmica tem sido travada entre a indicação por uma autoridade superior ou a eleição. Em ambas as hipóteses, contudo, está presente a preocupação com a legitimidade dos juizes, havendo quem sustente ser preferível que eles sejam indicados por uma autoridade eleita e não diretamente pelos eleitores, para que haja maior racionalidade na escolha e menor risco de interferências político partidárias.” Esta, a exposição de DALLARI, op. cit., p. 25.

3.1.2.

O lastro necessário – legitimidade e representação na atuação

À exceção dos Estados Unidos, não se evidencia presente nos sistemas judiciários ocidentais uma preocupação com a questão da legitimidade e representatividade dos Juízes (a não ser a nível discussões teóricas), mesmo dentro de regimes democráticos, embora se definam, estes, eminentemente, como sistema de participação política e de escolha de representantes políticos pela população, se identificando, especialmente no decorrer do séc. XX, como um governo de representatividade.

Tal representatividade, contudo, é vinculada, tradicionalmente, à escolha dos integrantes dos demais Poderes de Estado, sendo as eleições o modelo tradicional de se processar a manifestação democrática da população na seleção daqueles, que se espera, sejam, sua voz dentro do aparato do Estado. Não se estabelece, contudo, em relação ao Judiciário, um liame efetivo e necessário com essa “representatividade”.

Mauro Dias, ao abordar a questão da representatividade dos Juízes em um regime político como o adotado no Brasil¹⁵⁹, aduz que a sociedade política exige a legitimação do poder, poder esse que, segundo a concepção clássica, emana do próprio povo, que o exerce direta ou indiretamente através dos representantes.

Contudo, se essa legitimação se dá pelo sufrágio, relativamente aos demais Poderes da República, com relação ao Judiciário, esta se extrai do próprio texto Constitucional, estando, assim, pré-estabelecida. Sendo o juiz um agente político, sua representatividade está, pois, lastreada na Constituição Federal.

E ao se cogitar de legitimação para o exercício de cargos, postos, funções obedece-se aos princípios que são inerentes à República (*res publica*):

1. igual acessibilidade (em homenagem às características principiológicas da democracia, como a abolição de todos os privilégios);
2. independência entre os poderes (garantia de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos; para agentes da administração, a garantia da estabilidade e irredutibilidade de vencimentos);

¹⁵⁹ Mauro Dias em lições proferidas no Curso de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, na cadeira “Governo e Administração Pública”, ano de 2004, dia 12/05.

3. responsabilidade (a Declaração de Direitos de 1789¹⁶⁰ afirma que todo agente público, membro dos Poderes ou servidor da administração, responde perante a sociedade por seus atos).

A concepção dos modos de seleção dos Juizes no Brasil, no molde mais próximo ao atual, se dá a partir da Constituição de 1946 (art. 124, III), ou seja, mediante concurso de provas, ainda que com indicação em lista tríplice, diferentemente daquela de 1934, que apenas refere “concurso”, não especificando se “de título” ou não. De toda sorte, o critério dos títulos foi definitivamente adotado pelas nossas Constituições posteriores, acrescentando-se apenas, para os juizes vitalícios, em início de carreira, que se faria o exame através de provas e títulos, estes, sem cunho eliminatório (art. 93, I da C.F/88).

Deste modo, à semelhança da eleição dos representantes dos outros poderes, na escolha dos juizes também está ínsito o critério meritocrático, embora de natureza distinta.

À evidência, a seleção dos juizes por nosso sistema em nada se assemelha àquele próprio dos “representantes do povo”, de sorte que se extrai a certeza de que o magistrado, nos moldes de nossa tradição política, sempre esteve alijado de um processo de identificação direta com a população, embora esta seja uma característica da democracia. Mantendo-se sem qualquer relação empática com o cidadão, o juiz por muito tempo viveu no universo das vestes talares, do formalismo de articulação, da inacessibilidade de gabinetes, e da sisudez de postura, tanto por ser esta a performance que se esperava dos membros do Judiciário, como pela visão que este Poder introjetara de si mesmo, numa atitude discreta e distante.

O que se concebia para o ideal democrático não impunha, até duas décadas atrás, posicionamento diverso, nem se esperava que a magistratura pudesse cumprir algum papel nesta representatividade semelhante àquele dos parlamentares e chefes do Executivo, pois se a afirmação da democracia se mostrava, acima de tudo, através da escolha direta dos representantes, cujo ápice é o grande acontecimento nacional das eleições, mormente após um longo período de regime militar, os magistrados nesse evento apenas cumpriam, mais uma vez, o papel de decidir conflitos do processo eleitoral e garantir a ordem, controlando a

¹⁶⁰ DECLARAÇÃO dos direitos do homem e do cidadão. In: MARQUES, *A pena capital e o*

propaganda política, estabelecendo limites às condutas dos candidatos, presidindo a apuração das urnas, repetindo a performance dele esperada, sem aparecimentos públicos, e, portanto, sem diálogo direto com o povo, que não o conhecia, senão por uma assinatura aposta em seu título eleitoral.

Entende Dallari que embora o juiz tenha seu poder advindo da manifestação do povo, através do texto constitucional, o que promove “a legitimação formal de suas decisões”, que têm uma marcante influência sobre toda a organização da sociedade, tal legitimação deve ser

permanentemente complementada pelo povo, o que só ocorre quando, segundo a convicção predominante, os juizes estão cumprindo seu papel constitucional, protegendo eficazmente os direitos e decidindo com justiça.¹⁶¹

A clássica divisão dos Poderes, adotada por quase todos os países ocidentais que se orientam em bases democráticas no Estado moderno, não questiona que, mesmo o Poder Executivo, se submeta às decisões judiciais, sendo dotado também o Judiciário de meios coativos para o cumprimento forçado das mesmas.

Contudo, com a hipertrofia do Estado Social, a administração central ganhou cada vez mais espaço, sendo, a concepção de Estado, sinônimo, acima de tudo, de Executivo, que, descentralizando progressivamente suas atividades, se imiscuía na atividade privada, esmaecendo-se, a partir daí, a linha divisória entre o público e o privado.

Tal protagonismo vinha a reboque de uma exigência decorrente da própria natureza da atividade que lhe incumbia, pela urgência de medidas práticas e imediatas para solução dos problemas da nação, ante as conseqüências advindas do liberalismo econômico. Autarquias, sociedades de economia mista, fundações, empresas públicas e concessionárias de serviços públicos, cada vez mais, proliferavam, chegando, a terceirização do Estado, a vários segmentos.

O Legislativo, por sua vez, embora não sofrendo mudanças profundas em seus métodos de trabalho e organização, cada vez mais mostrava-se com um rosto semelhante ao da população, na medida em que seus membros já não pertenciam

direito à vida. Apêndice, p. 81-83.

somente às classes abastadas e de influência política, mas eram provenientes de camadas sociais cada vez mais diversificadas, ganhando projeção lideranças comunitárias e segmentos de forças de reação, sindicalistas de várias frentes. Manteve-se, desse modo, como um Poder que está em crescente empatia com a população.

Em nota introdutória ao livro de José Eisenberg, afirma Celso Guimarães que “a democracia não é uma forma de governo, mas aquela sociedade em que a legitimidade dos governantes advém de consensos produzidos pela maioria da população, o que remete [...] para o fundamento último da soberania popular.”¹⁶²

Portanto, se por um lado o Executivo evoluiu para uma modernização, mormente para fazer frente às novas exigências de mercado e de sua própria função, que demanda pronta providência para a necessária ordem pública, chegando rente à realidade contemporânea; se o Legislativo passou, cada vez mais, de uma composição de casta para preencher suas cadeiras com representantes de trabalhadores, sindicatos, minorias, pessoas entranhadas nas comunidades, democratizando seu perfil; o Judiciário se manteve equidistante, tanto dos demais Poderes, como da população, sem se dar conta de que seu papel também era de manter um diálogo com a sociedade através da própria função judicante, no cotidiano das ações.

Os temas que, cada vez mais, dizem respeito àquelas questões sociais tão caras à população, faz crescer a identificação do povo com aqueles que detém o poder de criação das leis e de executar as políticas relevantes para as grandes necessidades nacionais. Os palanques, as convenções, a flagrância do corpo a corpo, os discursos políticos que inflamam a grande festa dos galhardetes, das faixas, dos “santinhos”, em que se transformaram as eleições bienais, incitam multidões, as unindo em torno de causas que, ao menos na retórica programática dos palanques e dos partidos, atendem a seus ideais.

Representatividade e legitimidade, portanto, devem andar juntas em governos democráticos, porquanto decisões que digam respeito à coletividade

¹⁶¹ DALLARI, op. cit., p. 89.

¹⁶² EISENBERG, op. cit., p. 11. Aprofundando as questões aqui suscitadas, o autor observa acerca da legitimidade: “A democracia é um ideal ético voltado para as virtudes republicanas, para a eliminação das injustiças, para uma comunidade que se auto-regula. É, enfim, a ordem pública que realiza igualdades: perante a lei; de condições de participação na vida pública; de condições de participação na riqueza.” Cf. Ibid., p. 12.

devem ser reflexo da escolha engendrada a partir da participação política dos cidadãos, nelas se identificando o protagonismo da soberania popular e o lastro de sustentação da escolha deliberativa .

Não obstante a equivalência entre os Poderes, consagrada nas Constituições pátrias desde 1891, torna-se visível, no Brasil, a preponderância do Executivo, seguido pelo Legislativo, no panorama das discussões nacionais, aparecendo o Judiciário, na prática, até o início dos anos oitenta, como Poder de menor potencial de atuação, principalmente nas questões que tangenciam a identificação de sua representatividade e legitimidade

Atribui Dallari essa deficiência a questões que vão desde a formação dos juízes, pela insuficiência dos cursos de Direito no Brasil, como também o próprio perfil do magistrado brasileiro, suas condições e métodos de trabalho, que não sepultaram os vícios institucionais, e lhe dão “a imagem de lento, formalista, elitista e distante da realidade social”.¹⁶³

Os Juízes, no seu conservador papel de aplicador da lei, formataram, em sua maioria, nossa tradição judicante, embora, sem dúvida, exemplos proliferassem de atitudes mais arrojadas em determinadas composições de nossos Tribunais ou Cortes Superiores, ou mesmo na instância monocrática, o que se mostrava, contudo, insuficiente para traçar uma mudança de perfil, um abandono do paradigma positivista de atuação.

Em seu livro *Diritto e Rivoluzione*¹⁶⁴, o magistrado italiano Romano Canosa afirma ser impositiva a superação do modelo tradicional de administração da justiça, submetido ao tecnicismo formalista e a uma pretensa neutralidade quanto a valores e a concepções filosóficas e políticas, sendo necessário reintroduzir explicitamente a “*política*” nas preocupações da magistratura e nas considerações de seu papel social.

Em verdade, nossa história recente, principalmente a partir das iniciativas associativas dos próprios magistrados para uma atuação mais dinâmica e participativa, instigada pelos movimentos europeus, assistiu a alteração de tal postura, conduta e enfoque.

Diferentemente do sistema judiciário norte-americano, que teve mudanças significativas, tanto no que toca ao processo de seleção dos membros do Poder

¹⁶³ DALMO, op. cit., p. 79.

Judiciário, escolhidos entre profissionais de notório saber nas atividades jurídicas,¹⁶⁵ quanto na dinamização de sua própria atuação na afirmação de direitos, pela jurisprudência da Suprema Corte, nossas decisões, embora com rasgos brilhantes em determinadas questões, manteve-se, na sua maioria, conformada àquela condição introjetada pelo magistrado no Brasil, à imagem e semelhança do que o positivismo jurídico cunhara.

O Poder Judiciário integra o quadro democrático da nação, por obra da Constituição, já que constitui um dos Poderes da República, não lhe sendo, contudo, reconhecida a representatividade direta com relação à massa da população (pelo menos no Brasil), não se questionando, sequer, o modo de escolha e composição de seus membros.

Esta é uma discussão que, definitivamente, não brota no calor dos espaços populares.

Embora a prática dos concursos públicos seja feita em bases criteriosas e em atendimento aos padrões éticos democráticos, com rigor e probidade na escolha de seus membros, esta não se mostra afeta às questões que pareçam dizer respeito ao povo.

O papel social do juiz e sua capacitação na percepção dessa importante faceta de seu atuar não estão nas bases de sua avaliação para ingresso na carreira, que se restringe à aferição de capacidade técnica, sendo apenas informativo, de um modo geral, eventual exame que pudesse avaliar tal inclinação, embora inequívoco que se busca conferir, nessa seleção, a condição de probidade e dignidade na conduta pessoal do candidato.

Prevista no rol de inovação da Constituição de 1998, as Escolas da Magistratura mostram-se uma positiva criação, prevendo também cursos de preparação e aperfeiçoamento para a carreira, inclusive no que se refere à promoção dos Juizes, critério já adotado pelo Tribunal de Justiça de alguns Estados, especialmente no Rio de Janeiro.¹⁶⁶

¹⁶⁴ CANOSA, *Diritto e rivoluzione*, 1977, apud DALLARI, op. cit., p. 63.

¹⁶⁵ Promovendo uma análise aprofundada do sistema jurídico norte-americano, FARNSWORTH, *Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos*, 1963.

¹⁶⁶ Segundo a Resolução do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de nº 08/2002, para remoção e promoção na carreira da magistratura do Estado do Rio de Janeiro, foram incorporados critérios meritocráticos que dizem respeito à sua formação intelectual, sendo necessária uma determinada pontuação para a ascensão na carreira, obtida com a participação em cursos de aperfeiçoamento, palestras e seminários de aprofundamento do estudo do Direito e matérias afins, levados a efeito

Os atributos, contudo, que se exigem na verificação do conhecimento jurídico dos magistrados, e que permite seu ingresso na carreira, não se confundem com aquela necessária visão oxigenada da própria concepção do Direito e da atuação dinâmica da magistratura, embora o aprimoramento permanente de sua formação possa dotá-lo, paulatinamente, de uma visão mais crítica a respeito de seu papel.

Se tomar, contudo, a legalidade como critério de atuação, esvaziava-se sua função primordial, e estimulava-se a manipulação da própria lei em sentido inverso àquilo que deveria constituir sua substância, vislumbrando-se nesse momento a burocratização da função judicante. Pelo aspecto do positivismo, dispensava-se sua visão crítica a respeito da realidade de seu instrumento de trabalho.

A postura do juiz diante de temas de interesse social e político não deveria se configurar “apolítica” no sentido de um descompromisso com as indagações sobre justiça, legitimidade e os reflexos sociais da lei, senão como afastamento de questões que pudessem deixar-lhe transparecer uma ideologia, confundida em nosso cotidiano, com a própria política partidária.

A questão da representação ou da “apresentação” do Judiciário frente ao cenário democrático veio distorcida desde seu nascedouro. Processou-se um esgarçamento do que se concebe por legitimidade, desencadeando, de forma deletéria, o adensamento dos entraves que não permitiriam, na esfera pública democrática do nosso país, encontrar uma identificação entre a figura do juiz e do povo.

A crença de que para se ter um Judiciário independente, imparcial e funcionando adequadamente, seria necessário mantê-lo longe das luzes, das questões políticas, da mídia, e que se mostrou a tônica de seu perfil por quase todo o século XX, no Brasil, o manteve dissociado e desconectado de um modelo de representatividade e legitimidade democráticos.

Esse engano teve o custo da estagnação e do déficit de aprimoramento das práxis democráticas judiciais.

através da Escola da Magistratura, aberta a Juízes de forma gratuita, permitida, também, a participação dos demais operadores da área jurídica. (Cf. EMERJ, *Ato Regimental de nº 02/2002 e nº 02/2005*, que dispõe sobre tais cursos de aperfeiçoamento de magistrados.)

Por outro lado, por todo tempo assistiu-se às grandes mobilizações populares, sindicais, de vários segmentos em torno da escolha dos representantes políticos, das “Diretas Já”, dos questionamentos acerca da representatividade na democracia; ou seja, sempre os grandes temas que diziam respeito aos próprios destinos da nação pareciam não se conectar com o Judiciário, que se manteve à margem de qualquer mobilização identificada como democrática, como se não fosse integrante da vida política, só chamado a intervir quando impasses intranponíveis adquiriam a feição de “demandas”.

Não se está com isso querendo dizer que o Judiciário devesse empunhar suas bandeiras em praças públicas, absolutamente. A questão que parece nodal é que seu esvanecimento durante, por exemplo, o regime militar, não pareceu buscar um resgate a partir da abertura “paulatina” da transposição para o regime democrático. As frentes de trabalho, que possivelmente existiram, tanto que fizeram se refletir na Constituição de 1988, para conquista de um perfil mais forte e atuante, exatamente para prevenir rupturas institucionais que a experiência recente havia demonstrado, não foram levadas às instâncias públicas de discussão populares, nem se mostravam estampadas nos anseios da população que se exprimia nas praças e avenidas.

A legitimidade de seu atuar sempre fora justificada racionalmente (e não sentida), deslocada, que foi, de sua condição como um igual da multidão, somente tecida a partir das competências constitucionais, ininteligíveis ao homem comum, que não seria capaz de perceber as categorias jurídicas que compõem a estruturação da divisão funcional dos Poderes da República e suas conseqüências.

A linguagem jurídica praticada nos processos refletia também esse distanciamento: intrincada, técnica, rebuscada, inacessível, quer nas audiências, quer nas decisões, coadjuvando barreiras sedimentadas no imaginário judicial e social.

O dizer, embora fundamentado tecnicamente, mostrava-se inteligível somente para os operadores do direito, como se a sentença a eles fosse dirigida e não às partes. Não havia, até bem pouco tempo, preocupação com uma linguagem direta, capaz de atingir ao público, e isso tinha como conseqüência inarredável a inconsciente assimilação, pelo povo, de que, dele, não se pretendia proximidade.

Por isso, o primeiro passo de uma reforma levada a cabo no Judiciário teria que passar pela introdução de uma mudança de dentro para fora, de um

redimensionamento do que vem a ser essa função, de reflexão sobre o modo de operar os instrumentos de trabalho e da própria atuação do juiz.

Trancados nos gabinetes, cobertos por vestes sóbrias, inacessíveis face aos rituais próprios aos procedimentos, o público se manteve quase sempre do lado de fora, e, ao entrar, individualmente, não se manifestava, ficava mudo, diante da figura mitologizada, somente articulando alguma palavra quando indagado, ou após ter o advogado requerido consentimento para que seu patrocinado pudesse se manifestar.

Não haveria, nessa realidade, como existir identificação possível entre ambos; não se poderia ver ali um igual, um representante dele próprio. Sua legitimidade não estava vinculada, assim, à sua pessoa, ao que ele representava no painel nacional da democracia, e nem se cogitava de haver alguma identidade possível, nem mesmo ligada à sua condição institucional.

A validade da sua decisão era pré-concebida, proveniente da própria função enquanto órgão judicial, e não em razão de qualquer justificação que pudesse lhe dar o lastro verdadeiramente democrático.

Relevante frisar que não estamos aqui preocupados em verificar se as linguagens técnicas devam ou não ser afastadas, nem que certos ritualismos e limites possam ou não fazer parte de qualquer procedimento; empreendemos tão somente um trabalho analítico e crítico de como tais elementos, inerentes ao nosso sistema judicial, e a aglutinação de tais características a outras tantas, provocaram a carência de uma visão sobre a peculiar legitimidade e representação do Judiciário em nosso Estado Democrático de Direito.

O vício do apego exacerbado às formalidades, acabou também por afastar a função judicante de seu propósito maior, qual seja, a prática integradora da justiça, o que vem a ser uma herança “degenerada” do positivismo jurídico, não se dando conta que o legalismo, necessário a um momento de afirmação dos primeiros governos que confrontaram o absolutismo, como lastro de uma garantia de que a história não repetiria a afirmação do “L’État c’est moi”, deveria ter ficado circunscrito àquela realidade.

A obra de Montesquieu, *Do espírito das leis*,¹⁶⁷ mostra-se como um referencial dessa época, no sentido da ditadura da racionalidade, que afasta qualquer tipo de comprometimento “humano” da razão.¹⁶⁸

Ao tratar do tema legitimação, Habermas promove uma reconstrução de seu conceito, entendendo que um Estado que separa os poderes tem sua legitimidade lastreada na racionalidade de processos de produção legislativa e também jurisdicional, que assegurem a garantia da imparcialidade.¹⁶⁹

No dizer de Habermas,

[...] segundo as idéias normativas de nossa tradição política, o aparelho do Estado democraticamente legitimado [*dele fazendo parte, portanto, também o Judiciário], fundado na soberania popular e não mais na dos princípios, deveria ser capaz de realizar a opinião e a vontade do público de cidadãos.¹⁷⁰

Ao tratar do princípio da soberania popular, afirma ele que o mesmo:

Fundamenta a suposição de resultados legítimos. Este princípio traduz-se nos direitos de comunicação e participação que garantem a autonomia pública dos cidadãos. Ao contrário, os direitos humanos clássicos, que asseguram aos cidadãos de uma sociedade a vida e a liberdade privada, isto é, o espaço de ação para a realização de seus próprios planos de vida, fundamentam, por si mesmos, um domínio legítimo das leis.¹⁷¹

Observa, ainda, que a teoria política introduziu, através da questão da legitimidade, duas formas de participação do indivíduo: uma privada e outra

¹⁶⁷ MONTESQUIEU, *Do espírito das leis*, op.cit.

¹⁶⁸ Observa DALLARI, op. cit., p. 82, que “esse legalismo formal, que afastou o direito da justiça, foi agravado na América Latina pela influência, ainda hoje muito forte, de Hans Kelsen”, o que acabou por fazer predominar uma concepção puramente dogmática do Direito, se tornando o aplicador da lei um instrumento dela e não o inverso, como se tal postura tivesse a condição de “purificar” o pensamento jurídico libertando-o das amarras metafísicas ou de especulações filosóficas, que envolvessem questões para além do próprio referencial do Direito.

¹⁶⁹ HABERMAS, *Direito e democracia ...* v. 2, op. cit., p. 246 e 247.

¹⁷⁰ Essa concepção de HABERMAS está exposta em sua obra, *O discurso filosófico da modernidade*, op. cit., p.500.

¹⁷¹ HABERMAS, Acerca de la legitimación basada en los derechos humanos. In: *La constelación posnacional*, op. cit., Cap. 5. mimeo.

pública. Enquanto os direitos humanos clássicos deram ao indivíduo a condição de vida e liberdades privadas, para realização de suas pretensões pessoais, a noção de soberania popular lhe permitiu sua atuação no âmbito público, político (através de direitos de comunicação e participação).

De tal modo, ainda que considerando uma assimetria entre as potencialidades de cada Poder de Estado para promover tal participação, mostra-se necessário a reconstrução de uma visão introjetada pela tradição democrática, de que a sociedade teria condições de atuar sobre si mesma com “os instrumentos neutros do poder político-administrativo.”¹⁷²

Este, inclusive, o grande engano do Estado Social, na medida que não conseguiu submeter socialmente outras forças de poder no mundo moderno, nem foi capaz de implementar as mudanças necessárias para a melhoria concreta das condições de vida na sociedade.

Por outro lado, o anestesiamiento insular com relação às percepções da crise pela própria sociedade retiraram-lhe a capacidade de mobilizar-se de forma mais efetiva para constituir-se como meio de controle tanto do próprio Estado, quanto das forças do capitalismo.

Sua voz, com perda de representatividade no aparelho estatal, buscou meios espontâneos de atuação, os quais Habermas denomina de “esferas públicas autônomas”, forjadas a partir de forças de integração social de solidariedade e de opiniões, interesses e necessidades.

A representação e o lastro de uma legitimidade conferida pelo Estado Constitucional para atuação dos Poderes do Estado, segundo a tradição social-liberal, estavam conformados com a atuação hipertrófica do Executivo, em parceria com a produção legiferante desenfreada, para a condução de intervenções e políticas públicas, a fim de que pudessem interferir no ciclo de vida dos cidadãos, mediante as modificações implantadas nas condições de trabalho e também no sistema econômico.

Nesse movimento do Estado Social não se mostrava quer evidente, quer relevante, a função política do Judiciário, na atuação de tais desideratos, satisfazendo sua identificação como instância de solução de conflitos. Sem

¹⁷² HABERMAS, *O discurso filosófico da modernidade*, op. cit., p. 502.

vinculação de representatividade para com a sociedade, seguiu com o incógnito lastro de legitimidade constitucional.

Mas, como formula Habermas, se o Estado funcionalmente dividido em Poderes extrai sua legitimidade da racionalidade dos processos de produção legislativa e também jurisdicional, na confrontação com a realidade vária mostra-se necessário o entrelaçamento com a argumentação, impondo-se, ainda, uma exigência de justificação, para que, simultaneamente, possa realizar a validade das normas jurídicas quanto à sua faticidade (coerção), assim como para que possa atender à expectativa moral de reconhecimento, realizando os valores constitutivos de determinada identidade social¹⁷³.

Chegamos, então, à segunda acepção de legitimidade a ser analisada,^{174, 175} que refere um outro momento do lastro necessário para a atuação do magistrado.

¹⁷³ HABERMAS, *Direito e democracia ...*, v.2, op. cit., p. 246-247.

¹⁷⁴ Entende Habermas por legitimidade: “a capacidade de uma ordem política ser reconhecida.” Cf. HABERMAS, *Communication and evolution of society*, op. cit., p. 182.

¹⁷⁵ Na análise desenvolvida por Antônio Carlos de Almeida Diniz, a ótica da legitimidade em Luhmann consiste “na ‘fórmula procedimental’, na série concatenada de atos processuais. As regras formais do procedimento bastam como premissas legitimadoras da decisão buscada pelos participantes” [...] Este aspecto fundamental da teoria luhmanniana, acerca da função procedimental enquanto mecanismo redutor da complexidade do sistema jurídico” foi sintetizada por Tércio Sampaio Ferraz Jr. nos seguintes termos: “sendo a função de uma decisão absorver e reduzir insegurança, basta que se contorne a incerteza de que a decisão ocorrerá pela certeza de que uma decisão ocorrerá, para legitimá-la”. Cf. DINIZ, *Legitimação Procedimental e modernidade: a problemática da legitimidade jurídico-política em sociedades complexas*. In: *Revista de Informação Legislativa*, p. 105 e 106.

3.1.3.

O lastro necessário – legitimidade e representação na decisão

Nessa etapa da análise, legitimidade refere especificamente ao atributo do que se entende como produção do trabalho judicante, qual seja, aquele proferimento emanado do processo.

A idéia de um Estado de Direito, com a divisão funcional de Poderes, apóia, segundo Habermas, sua legitimidade na “racionalidade de processos de legislação e de jurisdição, capazes de garantir a imparcialidade.”¹⁷⁶

A questão da legitimidade está nele relacionada à capacidade integrativa da normatização social, e se verifica como fundamento de validade e reconhecimento como ordem justa.¹⁷⁷

Portanto, também nessa acepção ela tem dois momentos: um que se traduz na própria verificação da legitimidade da legalidade, na medida em que se comprove como “racionais” dentro do âmbito prático moral procedimental¹⁷⁸ (não tendo, portanto, uma qualidade autônoma e formal, mas advinda do entrelaçamento de processos jurídicos de argumentação, que são levados a efeito nos procedimentos discursivos), e um outro momento, que, especificamente dentro da produção judicante, identificamos como legitimidade advinda da “decisão judicial”.

Aqui, torna-se a norma sensível ao contexto, levando-se em conta todos os interesses afetados à luz das regras concorrentes e dos princípios, de modo que se possa “institucionalizar a imparcialidade da jurisdição”.¹⁷⁹

Rawls, em sua teoria construtivista¹⁸⁰, estabelece um procedimento onde os resultados sejam necessariamente justos, em função da justiça do próprio procedimento.

Recorda, ele, que o tipo procedimental de legitimidade foi inicialmente trabalhado por Rousseau.¹⁸¹ Contudo, sua “*volonté générale*” (que encerra exatamente o âmago da questão da representatividade) cumpra o papel não somente de demonstrar as bases da validade, mas de indicar a posição de

¹⁷⁶ HABERMAS, *Direito e democracia...* v. 2, op. cit., p. 246.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p.247.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 200.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 246.

¹⁸⁰ RAWLS. *Uma teoria da justiça*, 1997.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 12 e seguintes.

soberania dessa vontade geral, causa que teria engendrado uma distorção do sentido de democracia até nossa contemporaneidade.¹⁸²

A legitimidade de um Estado, e, portanto, daqueles que atuam frente aos Poderes que dele emanam, se mostra medida da credibilidade de sua própria estrutura, de seus procedimentos, da imparcialidade de suas decisões, dos modos de deliberação, e de seus agentes (representantes), que se subentendem corretos, éticos, probos.

Na observação de nossa realidade, legitimidade e representação referem, primordialmente, Poderes em que representantes se mostrem diretamente eleitos pelo povo. É a crença de que o sufrágio vem a ser o meio de escolha mais representativo da vontade popular.

Portanto, no que toca ao Judiciário, esvaziam-se tais categorias introjetadas na memória ancestral da sociedade, porque aqui esta escolha não é pessoal e direta, mas impessoal e indireta, ou seja, faz-se atendendo-se a uma máxima isenção na seleção de seus membros (à exceção da previsão do quinto constitucional, que possui critérios próprios), e na seleção por concurso público; do mesmo modo, também na participação direta do povo no acionamento do Judiciário, não há uma escolha por um juiz, mas ao contrário, o estabelecimento de critérios de isenção na distribuição das demandas, na provocação da esfera judicial, a fim de que seja atendido o princípio do juiz natural.

Vemos, assim, que determinados atributos são fundamentais exatamente para poder preservar a legitimidade do magistrado naquela primeira das referidas acepções, já que a atividade judicante sempre exigiu imparcialidade e passividade, traduzida na máxima *nemo iudex sine actore*, que remete ao princípio do juiz natural (que se traduz em autonomia, publicidade de atos e liberdade na condução do processo). Além disso, necessários também os requisitos inerentes ao próprio processo seletivo (concurso público) e as prerrogativas da investidura e carreira (vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos), para a garantia de uma independência de atuação.

Já a fundamentação da decisão em determinado processo corresponde a uma exigência constitucional, mas de modo distinto daqueles princípios norteadores dos atos administrativos ou mesmo da exigência ética de fidelidade ao rol de

¹⁸² HABERMAS, *Communication and evolution of society*, op. cit., p.186-187.

pautas dos programas de partidos; a atuação do Judiciário é sempre justificada a cada momento de sua atuação, numa adequação permanente entre normas, valores e realidade.

Enquanto a manifestação dos concernidos “eleitores” se dá num dado momento preciso de escolha de seus representantes legislativos e dos chefes executivos e eventualmente por formas outras de participação popular (*referendum* ou plebiscito) que apenas indiretamente influenciam no material a ser veiculado (através de leis, decretos, medidas provisórias, programas de governo, políticas públicas), de âmbito macro, a participação dos concernidos através do Judiciário se dá no momento da ação, através de suas pretensões individualizadas ou coletivas, que carregam em seu bojo escolhas, necessidades e reivindicações relativas à vida de relações no seio social.

O juiz ali tem limites de agir, e deve decidir dentro daquilo que a parte pretendeu (limites objetivos da lide), vinculadas, ao resultado, também as razões suscitadas.

O padrão de que a participação democrática da sociedade se dá através do voto depositado na urna, prenhe de esperanças e expectativas de realização daquelas promessas colocadas em plataformas políticas dos candidatos ou do partido, oblitera o sentido que pode se extrair da potencialidade da participação através do Judiciário.

A representação pública coletiva ou individual que se constitui no governo representativo, por meio de representantes do povo não induz a que esses representados, indivíduos, possam ter alguma ingerência nas decisões ou no conteúdo das decisões que lhes afetem diretamente.

Concebida nos termos convencionais de um sistema presidencial, a representação não se afigura mais do que uma escolha simbólica de opções, de um quadro genérico de pautas partidárias, e que pode sofrer as mais diversas injunções no momento de sua efetivação. A volatilidade de tais conteúdos e a rotatividade dos representantes que aderem, cada vez mais brevemente, a partidos, os mais pulverizados ideologicamente, corroboram tal conclusão. A realidade, contundentemente, mostra isso: os “representantes do povo” podem, inclusive, atuar aderindo a qualquer tipo de decisão, ainda que completamente diversa daquela que compunha o panorama inicial de seu programa e do que ensejou a manifestação volitiva da sociedade.

A atual situação do Brasil espelha isso, vendo-se puramente de forma objetiva a questão, independentemente de todas as explicações lógicas e racionais, factíveis e verdadeiras que possam gerar um comportamento ou decisões distintas, pela administração central, daqueles compromissos e ideologias que fomentaram os graus de aprovação de determinado candidato ou se mostrava estampado no programa de campanha.

A escolha política através do voto não corresponde, necessariamente, àquela que se fez de conteúdos apresentados num conjunto de ideais, anseios, valores, expressados em determinada plataforma político-partidária, embora possa eventualmente ser; a atuação *a posteriori* pode ter como conseqüência algo diverso daquele anunciado, e que propiciou aquela escolha concretizada no nome colocado na urna. Contudo, ainda assim, será reconhecida como democraticamente legítima aquela opção contida no sufrágio universal.

Daí resulta que o voto, enquanto tal, mostra-se meramente procedimental e esvaziado de conteúdo. Ou seja, a participação política pela livre seleção de um representante pode resultar, a nível prático, em algo absolutamente diverso do pretendido. Somente eventualmente pode significar que tal participação, através dessa escolha, coincida com aqueles conteúdos valorativos que acreditamos racionalmente aderir.

Contudo, teremos que aceitar, do mesmo modo, que foi uma forma democrática de participação política e, portanto, tal resultado deve ser acatado, da mesma forma que se deve ter como legítima a escolha, pela maioria, de candidato diverso daquele por nós pretendido, e nele identificar a figura de um representante, porque é essa a regra procedimental democrática.

A conquista igualitária da participação de todo cidadão na vida política da nação, através daqueles direitos políticos tradicionalmente conhecidos, e previstos na Constituição, acaba por esmaecer uma outra participação do cidadão na vida política do país através do Judiciário.

O voto, como direito político assegurado a todo cidadão brasileiro é forma de participação direta, característica da escolha dos representantes do Executivo e Legislativo e, conseqüentemente, daquelas decisões políticas que o conteúdo de seus discursos verbaliza; a ação, direito incondicional garantido a todos, é forma de participação direta de toda a sociedade naquelas escolhas e necessidades que

advém de sua realidade cotidiana, e que nada mais são do que parcelas daqueles ideais inseridos nas outras formas de participação.

Segundo Emir Sader para:

A concepção individualista do mundo e da política do liberalismo, o voto é a forma central de participação, sendo atribuído um certo caráter sagrado, simbólico, ao ato de votar. Mas esse vínculo tênue esconde praticamente uma delegação similar a um cheque em branco.”¹⁸³

Essa “autonomização do político” é exatamente o fator que nos permite constatar o distanciamento e o esvaziamento do que se denomina representatividade, na medida em que “alienam a capacidade de controle e de influência dos eleitores sobre seus representantes”.¹⁸⁴

Essa que deveria ser a condição essencial de participação nas grandes decisões políticas do país, e na elaboração de políticas públicas sociais concretas, para a melhoria da qualidade de vida e do aprimoramento das condições econômicas, de modo a possibilitar o desenvolvimento, esvai-se pelas frestas das rachaduras do aparato político estatal, empedernido em um engessamento que parece ser feito de outra matéria, distinta daqueles conteúdos que levaram os eleitores a promover sua escolha, através do denominado ato “mítico” referido por Sader.

A “elite política” que gerencia a sociedade através do Estado, e que submete a passividade dos eleitores, “liberando o político para um universo de “iguais diante da lei”¹⁸⁵, libera-a também da preocupação ou responsabilidade de trazê-los para o universo concreto da igualdade substancial.

O voto, por ser uma participação episódica da população sobre as decisões políticas, logo após seu exercício, desencarna-se do conteúdo que carrega, passando as decisões para as mãos dos representantes que detêm o monopólio desta delegação política.¹⁸⁶

¹⁸³ SADER, op. cit., p. 658.

¹⁸⁴ SADER, loc. cit.

¹⁸⁵ SADER, loc. cit.

¹⁸⁶ Uma análise a respeito da concepção liberal e da republicana de formação democrática da vontade, contida no voto, é feita por Habermas, em *Direito e democracia...*, opus cit. p. 22, e que pode ser resumida na seguinte passagem: “Na interpretação liberal, a formação democrática da

Basta que se examine, contudo, o tecido e conteúdo das postulações levadas a cabo em cada programa de partido, em cada discurso político, em cada manifestação da sociedade, cotejando-os com aquelas pretensões individualizadas, agrupadas, ou coletivizadas através das ações judiciais, para se perceber que são feitas da mesma matéria prima, que buscam as mesmas aspirações, que, enfim, tentam materializar as mesmas necessidades, anseios e direitos.

A via eventual e facultativa da ação não lhe retira a qualidade de participação. Sua sazonalidade deixa entrever as prioridades contingências da sociedade. Sua reiteração revela a urgência de determinadas afirmações e sua de dimensão macro.

Numa visão assim entendida, não se pode aceitar a afirmação de que os tribunais sejam “anti-majoritários” em relação ao legislador, nem que se resumam ao papel de simples interventores¹⁸⁷.

O processo é o veículo do próprio povo, que fala através dele no Judiciário.

Eles são cotidianamente, e não apenas eventualmente, majoritários, e se é dado à Corte Suprema o papel de guardião da Constituição, tal rótulo se deve apenas a competências atribuídas pela Lei Maior, envolvendo, por conseqüência, que a justificação das decisões, e portanto, das conclusões a respeito de matérias submetidas a seu exame, deva estar sempre pautada naquelas reservas axiológicas constitucionais, quando haja violações de suas normas de forma direta, e não apenas reflexa.

A experiência democrática e as grandes discussões que os teóricos políticos desenvolveram ligadas à questão da representatividade e da legitimidade, até muito recentemente, não tangenciavam uma conexão entre tais formas de participação política (voto e ação), o que denota uma não percepção da correspondência que existe entre o modo de atuação do magistrado e aquele que corresponde a de um representante do povo; do mesmo modo, não se cogita da

vontade tem como função única a legitimação do exercício do poder político. Resultados de eleições autorizam a assunção do poder pelo governo, e este, por sua vez, em justificar perante a esfera pública e o parlamento o uso deste poder. Na interpretação republicana, a formação democrática da vontade tem uma função muito mais importante, que é a de *constituir* a sociedade como uma comunidade política e manter viva, em cada eleição, a recordação desse ato fundador. Para exercer um mandato amplamente livre, o governo [...] vincula-se programaticamente à realização de determinadas políticas [...]"

¹⁸⁷ Em sentido diverso, o abalizado posicionamento de VIEIRA, A constituição como reserva de justiça. In: *Lua Nova revista de cultura e política*, p.68.

necessidade de tais correspondências em manifestações sociais, por mostrar-se algo absolutamente estranho à nossa tradição democrática.

Por isso a posição aqui exposta não adota o mesmo entendimento de Hart ao pretender que Juízes não possuam qualquer legitimidade democrática, não estando assim aptos a promover qualquer decisão, porque não podem ser identificados como representantes do povo.¹⁸⁸

Ao analisar o papel do controle de constitucionalidade através do Judiciário na sociedade democrática, e ao entender que a eleição seja a única forma de ser politicamente responsável e legítima de atuar institucionalmente numa democracia, deixa fechado os outros canais e ramificações que a participação política democrática possui.

O distanciamento da magistratura, mormente no Brasil, acabou por deixar marcas no exercício da própria judicatura, quer no que toca à sua práxis, quer no que concerne ao grau de acessibilidade e de aceitabilidade do Judiciário.

Seu padrão de atuação era uma tradição introjetada no imaginário sociedade, que lhes retirava o viés crítico a respeito desse modelo, voltando-se essa apenas para a morosidade decorrente de sua enorme máquina burocrática, dos entraves de um procedimento sinuoso, complexo, e pouco acessível à massa da população como um todo.

As esferas públicas são a projeção daquilo que a própria sociedade lhe atribui enquanto identidade, como afirma Habermas.¹⁸⁹

Assim, o sentido de participação, de representação e, conseqüentemente de legitimidade, dentro do modelo liberal e neoliberal, se satisfaz como o ato em si de votar, inexistindo possibilidade de controle através de instrumentos hábeis e diretos pela população (a não ser excepcionalmente o *impeachment*, que obedece a critérios outros que não aquele da não correspondência com o atendimento aos projetos, programas ou seus conteúdos).

Ou seja, ainda que frustrada a manifestação volitiva contida no voto, como verdadeiro ato viciado pelo erro ou dolo, não se mostra passível de correções ou controle, para atender à finalidade mesma para a qual foi efetivado.

¹⁸⁸ HART, *Democracy and distrust*, apud VILHENA, op. cit., p. 97.

¹⁸⁹ Cf. HABERMAS, *O Discurso filosófico da modernidade*, op. cit., p. 522: “As esferas públicas podem ser concebidas como intersubjetividades de grau superior. Nelas podem articular-se auto-atribuições coletivas que constituem identidades. E, na esfera pública agregada em graus superiores, pode articular-se uma consciência da sociedade inteira.”

Desse modo, não seria equivocado concluir que a participação segundo o padrão liberal se satisfaz com o aspecto formal, simbólico, do sufrágio, e em obediência à única condição de ser universal e secreto, porquanto a atividade monopolizada a partir daquela autorização não possui fendas para a “dimensão pública e cidadã da política.”¹⁹⁰

Desde que atendida a paridade formal de participação, mas que não guarda qualquer grau de inserção efetivo do cidadão nas decisões políticas do governo, se concebe como satisfatório o meio tradicional de participação da sociedade nas esferas públicas de decisão; assim também se aceita o direito de ação, desde que atendidos os critérios da paridade formal dentro do processo, com um agravante em relação ao Judiciário, que sequer é comumente visto como um espaço público para a consecução de tal desiderato.

Não que aqui não se pretenda considerar o direito de voto como forma inerente à participação política no modelo democrático, mas que o vejamos, no mesmo sentido que Sader, como apenas um dos modos em que a participação democrática pode se dar, o que, por certo, não exclui outros.

A legitimação do Judiciário, portanto, advém, para além de uma definição constitucional de seu papel, e do reconhecimento dessa esfera institucional como a instância necessária para solução de conflitos sociais e preservação dos direitos fundamentais, da autorização concedida em cada ação judicial para esse atuar (até porque a jurisdição é “inerte”), sendo o processo um peculiar modo de controle político da população, típico da esfera Judiciária.

Pelo menos no Brasil, a sociedade somente começou a sintonizar o Judiciário com essa possível identificação de manifesta participação em sua esfera a partir de 1995, principalmente, com a experiência mais atual dos Juizados Especiais.

A modernização do Judiciário ocorreu com pelo menos meio século de atraso da modernização das práticas políticas.

O canal fechado com a sociedade que o manteve restrito a aparecimentos públicos somente ligados a questões institucionais ou de grande repercussão nacional se mostrava insuficiente à contemporânea realidade e às novas demandas sociais. Mecanismos de afirmação dos indivíduos solicitavam, cada vez mais,

¹⁹⁰ Cf. SADER, op. cit, p. 659.

práticas de cidadãos, cidadãos do mundo, que precisavam conectar-se com o organismo social e político, em novas veias de acesso.

Com efeito, ao contrário do que parece ser uma crença geral, a construção pública da vontade se dá através de vários modos numa democracia, o Judiciário tem um instrumento e modo específico de permitir esta, que é o processo.

Não substitui a vontade da população, apenas veicula argumentativamente, dialeticamente, com a sociedade, representadas no processo através das partes envolvidas, o embate a respeito dos temas que possam envolver suas expectativas e necessidades legítimas e daqueles atos e decisões, inclusive, dos demais Poderes do Estado.

Constitui, portanto, para além de instrumento de revisão das decisões automatizadas pelo descolamento do político após a participação pelo voto, também um veículo próprio de participação política direta nas escolhas particulares e gerais da sociedade como um todo.

A noção de representação, que confere legitimidade aos outros poderes da República, ganha contornos próprios na função judicante, que tem ligação direta com a própria atividade a ser exercida, e também com a preservação de requisitos de independência, isenção dos critérios de seleção, e não com a escolha pessoal daquele que exercerá aquela função pública específica em determinada competência.

Do mesmo modo, a forma de participação da sociedade nesse veículo não se dá através de um convencional sufrágio, mas através da ação. É ali que ela coloca suas aspirações, suas 'ideologias', seus "programas", não partidários, mas existências.

Essa participação do povo na vida da nação, pelo exercício qualificado da cidadania democrática, precisa ser descoberta em sua plenitude de consciência, para que o direito de ação seja, no Judiciário, seu direito de participação na vida social e política (seu voto cotidiano de cidadão), com a diferença que aqui não há carta passada em branco para o representante (na referência à colocação de Emir Sader, anteriormente citada); ao contrário, aqui a participação é direta, e se concretiza no embate argumentativo, que deve destilar criticamente o resultado (a sentença).

A crise político-institucional de nosso país não somente por ocasião do chamado período negro da ditadura militar, mas ainda mais recente, quando do

impeachment do então presidente Fernando Collor de Mello, nos mostra a importância do fortalecimento do Judiciário em ocasiões de rupturas institucionais de grande calado.

O resgate da Justiça para recuperação da legitimidade do Estado acaba por demandar a atuação daquele Poder de forma dinâmica, para que aqueles que são vítimas diretas e vulneráveis da crise de Estado (especialmente as minorias discriminadas, os pobres, os que de alguma forma sofrem por uma fragilidade ínsita à sua situação pessoal) possam preservar sua condição de sujeitos de direitos, sendo aquela parte integrante do Estado (o Poder Judiciário) capaz de atuar uma consciência agregadora e crítica.

É revelando essa vertente que se pretende analisar a práxis dos Juizados Especiais e sua conjugação com o Cód. De Defesa do Consumidor, que permitiu grandes avanços nessa mudança de concepção e nos resultados de uma prática permanente, levada à diuturnidade da vida dos atores sociais pela mudança de perfil desse atuar, e numa maior credibilidade nessa esfera de Poder, podendo identificá-lo nessa legitimidade e representação aqui tratadas.

Cabe acrescentar que não se fez aqui qualquer referência sobre a legitimidade da composição dos Tribunais, ou modo de sua escolha, tendo-se em conta que não comporta, a dissertação, digressão de tal âmbito.

Da mesma forma, não se está a dizer que também através dos outros Juízos de competência cível comum não haveria a participação política dos cidadãos; tão somente, a vertente que se perseguiu para constatar essa participação foi a da experiência dos juizados especiais, porquanto, neles, revelou-se de forma mais contundente e maciça a demanda contida da sociedade.

A formatação de um modelo de participação política com tais contornos acaba por adensar a força da sociedade civil e também superar a visão dos limites de uma democracia representativa, pois não somente através dos mecanismos consagrados (do voto, do plebiscito, do *referendum*) pode se dar o exercício da democracia, mas também pela afirmação das pretensões em sede de espaços públicos outros, como aquele aqui tratado: o “judicial”.¹⁹¹

¹⁹¹ EISENBERG, p. cit., p.188., enuncia que: “enquanto houver mecanismos de arbitragem eficazes na reprodução da legitimidade de deliberações públicas há democracia; e enquanto houver instituições reprodutivas capazes de gerar estas deliberações legítimas, a democracia evita as crises de legitimação que resultam da apatia, dos fundamentalismos, dos separatismos e da violência.”

Como afirma Habermas:

Os processo de formação da opinião e da vontade altamente agregados, condensados em esferas públicas, mas próximos do mundo da vida, revelam o íntimo entrelaçamento entre socialização e individuação, entre identidade do eu e identidades do grupo.¹⁹²

Como refere o teórico, o “círculo virtuoso da democracia” deve formatar quadros com variantes que permitam a manutenção da eficácia dos instrumentos de legitimação da democracia não obstante as várias maneiras de suas combinações.

Do mesmo modo não bastam, como para J. Eisenberg,¹⁹³

[...] procedimentos clássicos de representação política, alicerçados em mecanismos de *accountability* e responsividade das instituições representativas. Os consentimentos gerados no seio de sociedades plurais e complexas são, por definição (e redundância), plurais e complexos, e exigem portanto mecanismos de arbitragem diversos, a representação política sendo apenas um destes mecanismos.

Mais que isso, sob a ótica aqui desenvolvida, precisa ser revisto o próprio modo de atuar esses instrumentos, assim como descobrir nos próprios mecanismos já institucionalizados sua vertente participativa.

De tal forma, concluímos que o processo judicial é meio institucionalizado de participação política e controle da vontade geral, assim como de afirmação de todas as expectativas sociais e políticas que se mostram veiculadas nas manifestações da vontade coletiva. É pois, forma da sociedade participar das decisões a respeito de suas próprias vidas e, a partir de tais escolhas, daquelas que compõem o próprio pano de fundo das relações sociais no mundo.

Se uma ordem política exige “reconhecimento”, e esse reconhecimento é que a legitima, na medida que é tecida a partir de bons argumentos, para ser

¹⁹² Habermas, *O discurso filosófico da modernidade*, op. cit., p. 523.

¹⁹³ *Ibid*, p. 200.

apreendida como certa e justa,¹⁹⁴ a legitimidade do Judiciário também terá que estar na crença de que seus proferimentos se darão, não segundo as convicções pessoais de seus atores, mas de acordo com um “rol de virtudes” que se extrai do conteúdo dos direitos garantidos pela Constituição em um Estado de Direito,¹⁹⁵ na busca da justiça.

O direito como “contrapeso radical à política”¹⁹⁶ age num sentido “reconstrutivo” e “formalista”, buscando a “reafirmação de um sentido original de soberania popular e de uma estrutura básica de direitos”, e se é especialmente no espaço judicial que busca seu resgate factual, quando é violado, mormente no que toca à igualdade de tratamento e oportunidades, estando intrinsecamente ligada à participação política nas esferas públicas, a conclusão a que se pode chegar é a de que a afirmação de pretensões individuais ou coletivas através do espaço público judicial encerra o próprio sentido de participação política na formação da vontade coletiva.

Desse modo, reflete a soberania referida por Habermas, e, conseqüentemente, resgata o exercício de escolha a respeito das regras relativas a ela mesma, e naquele sentido perdido da efetividade da soberania popular.

¹⁹⁴ HABERMAS, *Communication and evolution of Society*, op. cit., p. 178.

¹⁹⁵ Como bem refere SADER, op. cit., p. 665: “...quando o sistema político perde legitimidade, abrem-se possibilidades de recuperação da legitimidade para o Estado de direito por parte da Justiça, na busca da afirmação de direitos fundamentais.”

¹⁹⁶ HABERMAS, apud EISENBERG, op. cit., p. 164.

3.2.

Imparcialidade e participação: a superação de uma ótica estrábica

No estabelecimento das conexões entre Judiciário e Democracia, levanta-se, necessariamente, a questão sobre a real identidade do juiz na esfera pública, como analisado no capítulo anterior, sendo imperativa também a análise do que se concebe por imparcialidade, independência, neutralidade e participação.

Ao tratar do tema imparcialidade, Habermas registra que a procedimentalidade da democracia consiste fundamentalmente no fato de que o processo democrático institucionaliza o modo de operacionalização dos discursos, necessitando, as decisões, de fundamentação, apresentando-se cada racionalidade de modo a que os resultados sejam conseguidos conforme o processo, e, por isso mesmo, dentro de uma neutralidade.

Entende, assim, ser o princípio da neutralidade componente necessário de uma prática considerada “inevitável”, que somente pode se inserir em discursos argumentativos, como regra geral, para obtenção de um diálogo racional e crítico.

O dissenso (afora as soluções obtidas através da arbitrariedade da força bruta) necessita de regras, formando um foco de tentativas de entendimento, e, portanto, reflexivo, porque nos espaços públicos se mostra necessária a justificação também pública das razões.¹⁹⁷

A procedimentalidade e o regramento mínimo de qualquer discurso que seja fundado na lógica da argumentação impõem uma atitude neutra eticamente em relação ao mundo circundante, o que não afasta, contudo, o reconhecimento da necessidade de haver uma concepção comum de justiça que possua uma validade moral, estando esta situada não nas esferas subjetivas, privadas ou não públicas, mas nas razões suscitadas no próprio espaço público, aonde é levado a efeito o diálogo, que propicia a construção de uma moral imparcial, a qual transborda das internalizadas visões do mundo.¹⁹⁸

A crítica feita por J. Eisenberg a Habermas se dá no sentido de que ele não consegue originar desse seu construto uma teoria da justiça, e isso porque

¹⁹⁷ Neste sentido afirma HABERMAS, *Consciência moral e agir comunicativo*, p 116: “só podem reclamar validez às normas que encontrem (ou possam) encontrar o assentimento de todos os concernidos enquanto participantes de um discurso prático.”

¹⁹⁸ HABERMAS, *Direito e democracia...* v. 1, op. cit., p.35.

“continua orientado por uma concepção de justiça como procedimentos neutros e puros”.¹⁹⁹

Rawls e Habermas compartilham o tema da imparcialidade, entendendo, contudo, que ela caracteriza primordialmente o ponto de vista moral, que permite uma normatização capaz de dar lugar à diversidade, pois, para além dela, é plausível que se estabeleça um ponto de vista moral ou de uma ética mínima.²⁰⁰

O procedimento discursivo atuaria, segundo Gisele Cittadino, “como uma espécie de autoridade epistêmica que é independente tanto dos cálculos individuais dos sujeitos quanto dos valores e tradições dos mundos plurais”.²⁰¹

Portanto, a questão da imparcialidade está ligada, em tais teóricos, à própria procedimentalidade que se impõe pelo discurso, e ao aspecto transcendente que dele aflora, nas fricções das questões tópicas, ligadas a um determinado contexto. De sorte que consideramos essa neutralidade advinda do procedimento não abstrata, pura e desligada de uma realidade; ao contrário, ela se dá pela atitude crítica e reflexiva que as regras do discurso impõem, e portanto, ao mesmo tempo, rente ao contexto e transcendente a ele.

Assim, a concepção democrática procedimental de Habermas não afasta a outra faceta de seu conteúdo valorativo.

Gregorio Robles aponta para a necessidade de se conquistar “*una concepción moral de la democracia*,” abandonando-se aquilo que ele denomina “*estética de la acción*” ligada exatamente à idéia desse procedimentalismo, esvaziado de seu conteúdo axiológico.²⁰²

Contudo, não parece padecer dessa lacuna a visão habermasiana de democracia.

Ao contrário, ainda que esse *modus* se constitua como regra aceita para as deliberações a serem levadas a efeito num processo argumentativo de depuração crítica, não se mostra esta procedimentalidade esvaziada, ao contrário, segue exatamente critérios que agem como verdadeiros “*critérios morales de especial*

¹⁹⁹ EISENBERG, op.cit., p. 199, pontua que: “Destá necessidade de moralizar o conceito de justiça resulta a necessidade de rever as teorias liberais do direito e seu caráter procedimentalista sob a ótica de modelos alternativos elaborados pela crítica jurídica do século vinte [...]”

²⁰⁰ Apud CITTADINO, op. cit., pág. 97.

²⁰¹ Ibid, p. 112, referindo-se a Habermas sobre o tema.

²⁰² ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, p.15.

relevancia para la convivencia humana".²⁰³ E isso porque ao se estabelecer a regra de participação de todos, em igualdade de condições, afastando qualquer tipo de impedimento, ou mesmo a existência de coações externas ou pressões internas, pela abertura das vias em quantidade, simplicidade e celeridade, busca-se também um objetivo comum, ou seja, a cooperação para um acordo, que constitui o primeiro momento desse processo e orienta todo o seu desenvolver.

Não estamos tratando de procedimento, portanto, como “ação estética”, senão como critério, moralmente aceito, porque identificado com aqueles parâmetros que nos são fornecidos exatamente pelos direitos humanos que Robles analisa em sua obra, e que acaba por inserir toda a carga valorativa para justificar a própria escolha de tais exigências e, conseqüentemente, de tais procedimentos.

Ao se adjetivar a democracia, conferindo-lhe o atributo de procedimental, não se está contrapondo, essa qualidade, a valor, porque não há vazio procedimental, senão escolhas por requisitos, estes impregnados de conteúdos que se mostram importantes, pelo reconhecimento de que sejam critérios aceitos e relevantes, em razão de “*su bondad intrínseca*”.²⁰⁴

Seria inaceitável, mesmo em um modelo de democracia procedimental, que se permitisse que pessoas em razão de uma determinada condição, tal como status financeiro, ou de família, pudesse fazer jus a uma especial posição de participação. Ou seja, ao se impor o requisito de igual liberdade de manifestação para todos os participantes, já se está imbuindo a procedimentalidade de critérios valorativos, donde se conclui que o modelo proposto por Habermas não apenas permite que se estabeleçam regras previamente aceitas para aqueles que tomam parte no processo comunicacional, a nível procedimental (porque, esse, o critério que melhor atende à necessidade de igual participação de todos), mas também porque a razão comunicativa permite gerar normas aceitas validamente por aqueles que a ela se submetem, através do processo de deliberação pública.

A ética discursiva, propiciada pelos instrumentos judiciais de democracia, realiza concretamente o conteúdo dos direitos dos cidadãos, em sua práxis, mostrando-se um tal modelo, instrumentalizado procedimentalmente, como

²⁰³ Ibid, p.20. Refere-se o teórico em seu texto aos direitos morais, que considera não serem autênticos direitos, mas critérios a serem seguidos nas decisões. Usa-se, aqui, suas passagens para enfatizar que o procedimento carrega também conteúdo de valor, na medida em que não pode prescindir do atendimento aos parâmetros moralizantes que se extrai de tais direitos.

²⁰⁴ Ibid., p. 18.

instância de participação, também orientado por esses mesmos conteúdos axiológicos.

Contudo, o que o princípio da ética do discurso encerra é uma procedimentalidade que não “indica orientações de conteúdo”, apontando, outrossim, para um processo.²⁰⁵

A imparcialidade demanda uma “neutralidade ética”, como refere Habermas, mas para além daquele significado que imprime, qual seja, em relação às visões de mundo. Essa neutralidade ética deve contaminar também o atuar judicial, mas com conotação de comportamento ativo, embora não tendencioso, quer em relação às partes, quer em relação àquele enfoque das questões colocadas sob apreciação.

Seu objetivo é reconstruir a dimensão moral que se encontra no âmbito das interações comunicativas, e, precisamente neste trabalho, fazer sua leitura na intersubjetividade própria do espaço público judicial.

Vê-se, contudo, que esta imparcialidade aqui referida não se confunde com a conotação de distanciamento, de inércia, que normalmente orienta o comportamento do julgador; ser racional não significa ser cerebral, porquanto não se mostra possível resolver mazelas humanas sem se imiscuir nelas; buscar a solução mais adequada não impõe esvaziar a razão de conteúdos humanizantes; agir dentro dos parâmetros da lei não transforma a operação de sua incidência em burocracia, num processo idealmente mecanizado, para que as decisões não estejam impregnadas de “pessoalidade”.

A visão da imparcialidade não deve se dar em termos radicais, absolutos.

A conotação com que aqui se pretende analisar a categoria da imparcialidade busca libertá-la dessas amarras, e também, num vôo ousado, ir para além da imparcialidade referida por Habermas, de modo a que se confunda com o próprio atuar do magistrado, no processo e para além dele.

A assunção, pela magistratura, da condição de participante ativo na democracia, e nas transformações sociais não pode ser considerada extrapolação da atividade judicante, nem comprometedora de uma imparcialidade.

A concepção de inércia da jurisdição (*nemo iudex sine actore*) acabou por contaminar a própria potencialidade dessa função, se estendendo por outros níveis

²⁰⁵ HABERMAS, *Consciência moral e agir comunicativo*, op. cit., p.126.

além daquele para o qual foi originalmente concebida, qual seja, no sentido de que o magistrado não pode agir de ofício, quer na provocação da jurisdição, quer nas questões de impulso processual (à exceção daquelas que dizem respeito a vício insanável, capaz de gerar nulidade absoluta).

A imparcialidade, requisito de seu atuar para com as partes e questões carreadas no bojo dos processos, depois de superada aquela primeira fase da provocação, se imbrica, por sua vez, com a concepção de igualdade de tratamento conferida aos litigantes, assim como com o equilíbrio de conduta na direção do processo.

O direito público e incondicional de ação, somente manejado pelas vias do sujeito ativo da relação processual (autor(es), ou do réu(s) em reconvenção) exponencializado como foi pela abertura de acesso ao Judiciário, através dos Juizados Especiais, acabou por contaminar a própria atividade judicante, anteriormente marcada por um absentéismo visceral, como regra, o que impediu avanços necessários ao seu desempenho e ao reconhecimento de seu efetivo papel na democracia, desacelerando a dinâmica judicante, mormente no que toca à concreção daqueles objetivos claramente enunciados na Constituição Federal, com vistas à realização de maior justiça social, pelo aprimoramento do *modus operandi* dos instrumentos possibilitadores da efetivação da igualdade material.

Por outro lado, a independência da magistratura sempre impôs o afastamento de comprometimentos de qualquer ordem, seja da força de pressões políticas, sociais ou pessoais, para que o juiz pudesse extrair, do ordenamento, a norma (aqui concebida como o texto bruto²⁰⁶ da lei já interpretado, levando-se em conta as circunstâncias peculiares dos casos), de modo a assegurar um julgamento isento, sem coações, que se revelasse como realização de justiça.

Os regimes ditatoriais, as condutas antiéticas de grupos de pressões, econômicos ou não, a grande malha de estruturas sociais e políticas que buscam uma ação estratégica para conquistas pessoais, aonde “poder e dinheiro” se mostram como vigas mestras de uma atuação assim orientada, mobilizam-se para contaminar a independência da magistratura em benefício individual, de um grupo ou segmento, o que, obviamente, não se identifica com os interesses socialmente

²⁰⁶ Para aprofundamento do tema, cf ROBLES, *El derecho como texto. Cuatro estudios de teoría comunicacional del derecho*, p. 23.

relevantes para toda uma coletividade ou com aquilo que crê como justiça em sua acepção maior.

A independência é garantia funcional interna (dentro da própria estrutura administrativa e gerencial do Poder Judiciário) e externa (relativamente aos possíveis blocos de pressão advindas das forças políticas, econômicas e sociais), de que o processo deverá ter resultado que advenha do que nele se contém e das normas do ordenamento como um todo, que com ele tenham pertinência, e não de forças escusas ou tendenciosas da sociedade, do mercado ou institucionalizadas. Contudo, esse “conter-se no processo” não significa, por outro lado, um movimento para dentro de si, numa incursão auto-referente, quer no que toca à aplicação da lei, quer no que concerne à visão sobre o contexto do mundo circundante.

Por outro lado, critica-se a tendência judicializante de questões políticas e sociais, no denominado fenômeno da judicialização e juridicização,²⁰⁷ que teria acarretado a hipertrofia do Judiciário.

A primeira colocação que se mostra necessária é a de que não podemos desconsiderar que o incremento das demandas, gerado pela intensificação de conflitos sociais, exige uma atuação mais dinâmica das normas jurídicas, de modo a dissolver, mais eficazmente, os impasses revelados através dos processos; e isso diz respeito diretamente à questão da imparcialidade, na concepção que ora se pretende alargada.

A questão da judicialização da política não representa qualquer ameaça à separação dos Poderes, ou à sua neutralidade política, ao contrário, é resultado de uma gradual conscientização, pelos atores sociais e judiciais, de seu real papel²⁰⁸, como pretendemos demonstrar.

A crença de que o Judiciário deve ser mantido distanciado de questões políticas e sociais colocou um foco distorcido nas análises e na própria práxis judicial, afastando de seu espectro de atuação matérias que lhe são inerentes. Tal perspectiva retirou substância de sua natureza, porque também ele é fonte

²⁰⁷ Uma análise, sobre o tema, é feita por EISENBERG, sob a perspectiva do pragmatismo, do direito reflexivo e do direito responsivo, op. cit., p. 160 e seguintes.

²⁰⁸ A questão da judicialização da política é enfrentada na obra de VIANNA [et. al.], op. cit., passim.

instrumental para uma democracia ativa, e, conseqüentemente, para trabalhar matérias que envolvam quer a política, quer o social.

A limitação do papel do Judiciário à tarefa de aplicador ou integrador da lei, permitiu um enfoque estrábico de sua função, incapaz de visualizá-lo como veículo de participação da população nas grandes questões de interesse social e político, que constitui o *modus operandi* da democracia através do Judiciário, sua feição de participação, sua face político/social.

Ao se abordar a questão da representatividade do Judiciário e da ação como reflexo do social, buscou-se a constatação de que o processo é a concreção de uma visão do social “judicializada”. Isso, contudo, não subtrai a natureza de um ou de outro, apenas permite uma visão do problema por uma outra freqüência, numa outra sintonia, a jurídica ou judicial, e de como se dá, por essa via, o tratamento das questões democráticas, que envolve a sociedade, na medida em que não se poder ter como estanques esferas que se complementam para atuação da igualdade, da dignidade da pessoa humana e , conseqüentemente, da justiça.

De tal forma, impende entender a denominada judicialização das questões políticas e juridicização daquelas de cunho social apenas como uma tomada de consciência, como “descoberta” de um outro ângulo, no alargamento de sua própria visão, e do que existe, enquanto substância comum, à sua estrutura endógena.

A judicialização não nos parece derivar de um “protagonismo institucional exercido pelo Poder Judiciário”²⁰⁹; ao contrário, esta se revelou através da busca que foi atuada de fora para dentro, já que sua postura sempre esteve no sentido oposto do apelo às massas, fechado no exercício solitário das decisões.

Mangabeira Unger²¹⁰ refere ao conceito de *knosis*, relacionando-o com ativismo judicial, que se prestaria à “consolidação e juridicização definitiva de modelos de reprodução de desigualdades sociais e econômicas”.

Se a reprodução do social se dá através do processo e precisa ser trabalhado sem que se desatrele dessa roupagem (a visão jurídica das questões sociais e políticas), seus conteúdos reais, o social ou o político não deixarão de sê-lo

²⁰⁹ Neste sentido, em aprofundada análise, *ibid.*, p. 259.

²¹⁰ UNGER, *False Necessity: Anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy*, p. 535.

enquanto tal, apenas passarão a ser vistos sobre um terceiro prisma, através do filtro do *medium* do Direito, e dentro de outra dimensão, a judicial.

Não é somente a mudança de uma posição do próprio operador/juiz que deve ser implementada nesta consciência recente de nossa história judiciária, é também e, precipuamente, a consciência do povo, da comunidade jurídica, da sociedade de um modo geral, que deverá introjetar essa natureza latente, porém, até então, “oculta” deste Poder.²¹¹

A ótica estrábica também provocou uma imagem distorcida por parte dos próprios magistrados, que se olhavam para além de suas limitações, como se, admitir a “contaminação” do político ou social, fosse comprometedora de sua capacidade de julgar; como se apoderar de sua condição humana, enquanto juiz, pudesse prejudicar a imparcialidade da decisão, como se reconhecer dificuldades inerentes à sua própria condição de vida e trabalho, pudesse vulnerar a qualidade de julgamento.²¹²

O contexto anacrônico que serviu à afirmação da lei enquanto tal, em momento histórico absolutamente diverso, das revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, repercutiu na eficiência e na consciência de todos os que operam na dinâmica com o Judiciário, ao longo dos tempos, obliterando também a visão que a sociedade tem desse Poder.

Foram emblemáticas a atuação da Corte Suprema norte-americana e a evolução de sua jurisprudência,²¹³ a partir principalmente dos anos 60, para a constatação de que o julgamento precisa dinamizar-se e interagir com as questões

²¹¹ Numa contundente crítica à postura da magistratura, conferir DALLARI, op. cit., p. 56: “por uma série de razões, a magistratura foi envolvida numa aura de sacralidade; os juizes adotaram a imagem de seres perfeitos, livres de necessidades e limitações superiores a todos os mortais e especialmente iluminados, mercedores de um respeito vizinho da veneração religiosa. E por uma convenção tácita a imprensa concordou em ficar distante do Judiciário, com se nele tudo fosse perfeito e nada devesse ser objeto de reparos, ou como se apontar alguma falha de juiz ou tribunal constituísse um sacrilégio.”

²¹² Afirma DALLARI, op. cit., p. 57: “Só recentemente foi rasgado o véu de aparências que ocultava a realidade da magistratura. Verificou-se nas últimas décadas, de modo mais enfático na Itália e na França, o aparecimento de movimentos e organizações de magistrados dispostos ao reconhecimento e ao debate público das falhas e necessidades dos Juizes e da organização judiciária [...] Na Itália, um grupo de juizes decidiu, corajosamente, rebelar-se contra os excessos de conservadorismo, formalismo e oportunismo da magistratura que, protegida por um manto de solenidade, procurava abafar suas falhas e deficiências e ocultar sob uma máscara de respeitabilidade sua colaboração para as injustiças sociais. E assim surgiu o movimento “magistratura democrática”, que teve extraordinária influência na modernização e moralização da magistratura. Na França, foi o primeiro Sindicato da Magistratura que desempenhou papel semelhante, abrindo a possibilidade de discussão pública dos problemas ligados à magistratura.”

²¹³ Entre os grandes teóricos que analisam o tema, DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, 2002.

externas, não podendo se quedar inerte o juiz diante de áreas sensíveis do social, que envolvam, por exemplo, divergências históricas, como aquelas ligadas ao racismo naquele país.

Como mera referência exemplificativa, a questão racial não mais poderia ser encarada dentro de uma visão distanciada, como se os grandes conflitos que teimavam em eclodir não existissem, mormente a partir da própria consciência alertada pelos grandes líderes representantes de uma maciça população negra naquele país.

Não passasse o Judiciário a atuar diretamente sobre as questões de políticas públicas, sobre a condução das práticas de grandes empresas, escolas, instituições, serviços públicos, e dentro da própria estrutura do Estado, continuar-se-ia permitindo a perene consolidação do grande abismo social entre brancos e negros, sem que suas vozes tivessem eco, aumentando a segregação e afastando práticas que permitissem integrá-los de forma efetiva, na realização do que se concebe por igualdade e liberdade.

A partir de um dado momento, a Corte Suprema precisou imprimir um novo padrão de conduta, decidindo “*hard cases*” de forma “intervencionista”, a tal ponto que chegara a determinar padrões de conduta para inclusão de negros, inclusive na área empresarial e de governos dos Estados²¹⁴, não obstante sua marca como país eminentemente capitalista e com predominante ideologia neoliberal.

²¹⁴ Dois exemplos marcantes foram os casos *Teamster* e *Paradise*: No primeiro, a ação foi proposta pelo próprio governo americano, face à constatação de que a empresa, juntamente com o sindicato, vinha perpetrando prática discriminatória contra negros e hispânicos, o que fora extraído dos dados estatísticos dos quadros da empresa, aonde se constatava que apenas 5% de negros e 4% de hispânicos eram empregados, não obstante ser a população negra e hispânica ativa, da região, de cerca de 30%. Membros daqueles grupos jamais eram contratados para cargos mais importantes, restando apenas as funções menos desejáveis e subalternas, como as de serviços de limpeza ou similares. Também os salários de tais categorias eram mais baixos, e, na ocasião das promoções e transferências, eram preteridos os negros ou hispânicos pelos demais. No segundo caso, constatou-se a prática de racismo explícito levada a efeito pelo Estado do Alabama, que se recusava a admitir policiais negros. Foi determinado, após constatação formal da ausência daquela raça no efetivo do Departamento de Polícia do Estado, que providências fossem tomadas para estancar a segregação. Contudo, porque após vários anos havia-se engendrado subterfúgios e estratégias administrativas obstaculizando a implementação dessa ordem judicial, a Corte de primeiro grau obrigou a que o Departamento de Segurança Pública impusesse uma cota de 50% de policiais negros, tanto para admissão, como para promoção, cota essa com finalidade temporária, mantendo-se o plano até que se tivesse atingido o percentual de 25% de negros em todos os escalões da corporação. No caso, a técnica de verificação de discriminação denominada “disparidade estatística” demonstrava não só o racismo institucional, mas também a hierarquização racial. (Cf. a minuciosa obra de BERGMANN, *In the defense of affirmative action*, 1996, na qual analisa todos os casos emblemáticos de discriminação nos EUA).

A grande força integradora do princípio da igualdade começou, aos poucos, a dissolver blocos cristalizados de preconceitos, de procedimentos que, embora socialmente aceitos como padrão, guardavam grilhões de preconceitos seculares; a afirmação de políticas públicas de condenação a condutas discriminatórias acabou por moldar novos *standards* comportamentais, a serem seguidos por diversos segmentos da sociedade.

Já se via, ainda que com diferentes temáticas e de modo incipiente, ocorrer o mesmo em várias partes do mundo.

No Brasil, ainda que timidamente, verificava-se, já nos anos 50, a instituição da Lei da Assistência Judiciária Gratuita (Lei 1060/50) como um dos primeiros portais a serem abertos a esta participação mais ativa do Judiciário na efetivação do princípio igualitário.

Ali, embrionariamente, nascia uma das primeiras ações afirmativas do Brasil²¹⁵ a serem efetivadas por sua atuação.

Sensível às permanentes mudanças, inclusive a nível cultural, pela miscigenação da mútua contaminação em sociedades complexas e plurais da nossa contemporaneidade, até mesmo no que toca ao alcance e significação das palavras em determinado contexto social, à mudança dos próprios costumes e de todo um rol de conteúdos axiológicos arejados pelos novos tempos, deve ser a maleabilidade necessária de qualquer dos Poderes dentro de um Estado adjetivado como democrático.

A observação de Andrei Koerner²¹⁶ a este respeito mostra-se precisa:

Na concepção do Judiciário democrático, a imparcialidade do juiz é dissociada da neutralidade e da passividade, pois o juiz é pensado como um agente ativo, politicamente engajado na resolução dos conflitos individuais e coletivos. A sua imparcialidade é garantida pelo respeito aos limites de

²¹⁵ Glauco Ramos, em seu artigo no caderno Acesso à Cidadania e Justiça, refere que a lei 1060/50 foi um marco expressivo da preocupação do Estado com a questão do “acesso à justiça”, embora reconheça que essa isenção de despesas e patrocínio judicial gratuito não é suficiente para assegurar a libertação e o respeito jurídico à dignidade do hipossuficiente. A garantia à assistência jurídica vem como inequívoca consequência da afirmação dos direitos fundamentais, embora timidamente ainda no Brasil, porquanto poucos são os entes federados que se propuseram a instituir suas respectivas Defensorias Públicas, o que acaba por neutralizar o necessário acesso ao mundo judicial daqueles menos favorecidos. Cf. RAMOS, *Acesso à cidadania e Justiça*.

²¹⁶ KOERNER. op. cit., p. 20.

suas atribuições, às formas processuais e a outros procedimentos técnicos de julgamento.

Contudo, não se verifica a relação relevante, para esse fim, com a da independência interna da magistratura, no que concerne à sua participação administrativa.²¹⁷ Aquela diz respeito direto ao exercício de suas funções, numa área reservada a seu modo de atuar na dinâmica do processo, no modo de operá-lo e na própria visão crítica que tem de seu papel nesse instrumento público de debate.

Ainda que recrudescida sua independência no que toca aos aspectos administrativos das políticas de cúpula dos Tribunais, e mitigado o poder de influência daqueles que se encontram nas trincheiras de frente do Judiciário (juízes de primeira instância), sob aspectos internos, é uma mudança de atuação para consigo mesmo e dos instrumentos que o ordenamento dispõe, e do seu entendimento e compreensão sobre o que vem a ser seu desempenho dentro da democracia, assim como dos operadores e dos participantes/expectadores sociais, que implicará numa consciência política a respeito de sua dimensão real.

A faceta ativa de sua participação está, acima de tudo, voltada para o lado externo, e relacionada com a função que ocupa na relação direta com a sociedade, sendo o ponto nodal do que se entende por ativismo judicial.

Obviamente, isso não significa que tais facetas (externa e interna) sejam estanques; tão somente, não entendemos que as questões internas tenham a relevância que se pensa para um tal entendimento e posicionamento; caso contrário, estaríamos fadados a concluir que, não havendo mudanças nessas esferas administrativas da magistratura, que ainda se mostram muito refratárias a uma abertura em alguns Estados do país, também não se evoluiria nesse outro aspecto, o que de todo não corresponde em absoluto à verdade, já que muito se caminhou nesse sentido, embora muito pouco possa se falar quanto aos aspectos internos, que ainda apresenta um painel verticalizado e marcado por práticas conservadoras, principalmente com relação a critérios de eleição para a administração dos Tribunais, assim como para a evolução na carreira.

²¹⁷ Em sentido diverso o autor acima citado, *ibid.*, p. 12.

Na judicatura brasileira, o resultado mais concreto desses movimentos de maior dinâmica do Judiciário coincidiu com a implantação dos Juizados Especiais (então Juizados de pequenas causas), que, por sua vez, exigia uma mudança na práxis dos procedimentos, que não implicavam apenas em adequação a uma nova modalidade de Juízos, mas de qualidade desse atuar, da própria visão dele, sob pena de não conseguir o juiz concretizar efetiva e eficazmente aqueles procedimentos.

O próprio sistema o rejeita, não o inverso. O magistrado dos moldes reconhecidos como tradicionais, dentro de formalismos, distanciamentos e de feição “técnico-burocrática”, simplesmente não consegue atuar nesse sistema, porque não funciona nessas bases, não com um mínimo de eficiência que dele se pode esperar e se demanda.

A Lei de introdução do Código Civil que fixa critérios para a interpretação e aplicação da legislação brasileira, estabelece que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”...o juiz não só pode, mas, na realidade, “deve” procurar alternativas de aplicação, que, preservando a essências das normas legais, estejam mais próximas da concepção de justiça naquele contexto histórico-social.

A legalidade tem duas faces, uma material e outra formal. A concepção positivista do nosso direito criou a falsa noção de que a lei é uma abstração e, como tal, basta que seja resultante de um processo legislativo pré ordenado, para que ser capaz de operar a regulação justa das relações humanas.²¹⁸

Refere Dallari ao que se denomina “processualismo”, como um vício que “afeta gravemente a mentalidade jurídica brasileira e se reflete com muita clareza no desempenho do Judiciário.”²¹⁹

Contudo, é indubitosa a crescente existência de uma magistratura mais consciente de seu papel social no Brasil, refletindo uma tendência mundial, tomando a si a responsabilidade pela atuação de uma reforma, não somente na

²¹⁸ O nazismo só pôde sustentar-se, mesmo com as afrontas mais radicais às concepções humanitárias, porque a legalidade se esvaziou de conteúdo, e se prendeu a aos critérios formais emanados do poder “legitimamente constituído”, deixando por isso de ser questionado seus teores de concreção, e perpetrando aquilo que Hannah Arendt denominou a “banalidade do mal”. Cf. ARENDT. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*, 1983.

²¹⁹ DALLARI, op. cit., p. 101.

própria estrutura judiciária, mas de postura, a fim de que efetivamente possa cumprir seu papel de garantir direitos e distribuir justiça.

Esse movimento, renovador e democratizante, que teve início na França e na Itália na década de setenta, tendo seguidores ativos na magistratura européia, como ocorreu na Espanha, atingiu depois outros países, inclusive o Brasil.

E isso como uma reação por ter sido negado, por tanto tempo, a possibilidade do magistrado se mostrar ativo, participante, promovendo aquela interferência que o Estado propiciou, inclusive através de uma mudança de conduta, quer em termos da administração central, quer do legislativo.

A hipertrofia do Estado, a partir do Estado intervencionista, parecia papel a ser cumprido pelo Poder Executivo, com suas políticas públicas, dando-lhe lastro o Legislativo para aquele atuar através da aprovação de leis, decretos ou de medidas que tornassem, efetiva e consentida, aquela intervenção “benéfica”, reequilibradora das marcantes diferenças sociais.

Sua eficácia, contudo, embora a princípio tenha sido necessária, num mundo ainda sob o impacto de uma guerra que testemunhara a derrocada de valores e ética humanos, acabou por gerar distorções comportamentais de natureza social, deixando que uma inatividade permitisse o avanço de outros abusos, e propiciando a estagnação da consciência coletiva da força social.

Diferentemente, no Judiciário, essa dimensão hipertrófica não penetrou com a mesma dimensão. O crescimento do Judiciário no que toca à abrangência social de sua atuação, não obstante o comentado fenômeno da judicialização e juridicização, teve uma iniciativa de movimento inverso, que partia, inicialmente, não da magistratura, somente tomando ela, a si, este papel na gradual conscientização de que os fenômenos sociais ocorrentes demandavam uma outra postura, mais engajada.

A ótica estrábica com que sempre se viu o significado da “imparcialidade” acabou por contaminar a atuação do Poder Judiciário, tanto na projeção social e política, quanto dentro do próprio processo.

É comum que o juiz se identifique como um ser “apolítico”, como se essa “qualidade” fosse indispensável ao reconhecimento de sua imparcialidade e independência.

E isso possivelmente diante de uma confusão ou de um poliglotismo que envolve a própria acepção de “político”. Não cabendo aqui qualquer digressão

sobre o tema, importa gizar que sua conotação mais comum é de algo relativo a negócios públicos, próprio “dos fenômenos e das práticas relativas ao Estado ou a uma sociedade”²²⁰, ou, em sua acepção mais popular, de algo que se encontra diretamente ligado às participações nas escolhas que envolvam principalmente o Executivo ou Legislativo, quer em tempos de eleição, quer no que toca às decisões da administração, em qualquer nível da federação. A expressão “fazer política” se naturalizou pejorativamente entre os jargões da vida política do país, de modo que qualquer conduta tendente a revelar algo que envolvesse “participação” em esferas públicas ganhava uma conotação, no mínimo, político-ideológica. Por isso, vem atrelado a uma concepção geral que envolve a idéia de partidarismo, de ideologia partidária, o que em absoluto não revela seu abrangente significado.

Mormente em relação à magistratura, a vedação expressa da Constituição Federal de 1988 (art. 95, parág. único, III) impõe um afastamento de qualquer conduta que direta, indireta, reflexa ou remotamente, pudesse estabelecer conexões que levassem a uma suspeita de atuação com traços dessa natureza.

Essa visão limitadora do “político” retirou do magistrado sua condição de ser social e politicamente situado, ínsita a sua natureza de ser humano, socialmente integrado. Ele não é um ser de outro planeta e nem tem que incorporar características olímpicas e míticas para o exercício de sua função. Ao contrário, tem que estar imbricado com todas questões políticas (e não partidário-políticas), sociais e econômicas da sociedade e do Estado, para que possa captar o fenômeno do fato social e tratá-lo da forma mais adequada.

É exatamente a consciência de se identificar como um ser político que lhe fornece condições de melhor interpretar e conhecer o Direito e os fatos sociais, para conseguir extrair, do “texto bruto” da lei, a norma mais pertinente, afastando possíveis injustiças perpetradas em nome da legalidade, e assegurando que distorções não acarretem privilégios.

Portanto, a perquirição dessas disfunções e a busca de uma correção no âmbito do processo devem estar na rota de suas projeções, na dinâmica de seu atuar, sob pena de somente ser capaz de ter a percepção do princípio da igualdade a nível formal, permitindo que condições pessoais possam contaminar as probabilidades da própria decisão, mesmo em termos procedimentais, o que, de

²²⁰ HOLANDA, *Dicionário da língua portuguesa*, 2000, verbete “político”.

todo, não pode ser confundido com parcialidade, nem encarado como violação de uma imparcialidade distorcida, que tradicionalmente forjou a conduta do órgão jurisdicional.

Não que os atores da atividade jurisdicional tenham sido cegos a esta identidade entre as desigualdades sociais e aquelas sentidas no âmbito do processo, apenas a ação do magistrado era mitigada por uma ótica equivocada e pela falta de instrumentos possibilitadores de um tal ativismo, além da crença que esse era, esse, o perfil ideal, necessário e inerente à função judicante.

Mostrou-se avesso, por quase todo o séc. XX, a tudo que dissesse respeito à exposição, à interlocução com a sociedade, falando apenas e unicamente através do processo, como se por detrás da tinta e da folha não houvesse um homem, um cidadão do mundo, mas uma instituição sem face, vendado à pulsação da realidade circundante, exatamente como um retrato de sua simbologia.

A visão da justiça retratada na Deusa Themis que venda os olhos sustentando a balança nas mãos, representando a concepção da justiça imparcial, que não pode ver as partes para tratá-las como imparcialidade e equidade, deve ser adequada à contemporaneidade.²²¹

O Judiciário distante não pôde enxergar, por muito tempo, com a clareza necessária, a urgência da realidade circundante, que é a matéria prima de seu ofício, nem foi capaz de evoluir rapidamente para apreender e exercitar as práticas ínsitas a uma democracia, que se impõe participativa, num mundo em que cada Poder toma a si, dentro daquilo que lhe é peculiar, os instrumentos que se lhe colocam ao dispor, oxigenando-lhes a aplicação, para acompanhar os novos tempos, interagindo com os atores sociais que assumem a responsabilização pelas suas vidas ao provocar a afirmação de uma pretensão, veiculada no processo.

Mudanças têm acontecido aceleradamente, mas ainda se ressentem, na forma estrutural de seu funcionamento, da predominância de uma visão pragmático-positivista, e não caleidoscópica e atuante, condizente com uma realidade cada vez mais vária e multifacetada.

²²¹ Como pontua EISENBERG, op. cit., p. 133: “Ainda estamos na busca de uma teoria moderna da justiça que supere a imagem tradicional da justiça. Uma justiça que não é uma deusa celestial, mas uma rainha terrestre que lha para o futuro e que, portanto enxerga as desigualdades sociais concretas. Uma justiça que não segura uma balança para comparar utilidades individuais, mas para assegurar que a estátua do anjo da paz sempre pese mais.” (referência à pintura de Giotto na Capela da Arena em Pádua)

Diferentemente da máxima assimilada acerca da avaliação das provas do processo, no sentido de que “o que não está nos autos não está no mundo”, afirmar-se-ia que “o que está nos autos ou fora dele é o mundo”, e portanto, deve estar no processo para que dele seja extraída a deliberação que mais se amolde à sua realidade; o que não está nele (autos) pode dele (mundo) ser percebido, se atuado numa visão mais abrangente dessa realidade da qual advém o processo como ação reflexa.

Atuar como coadjuvante em uma “democracia participativa” é papel que aos poucos se introjeta e que deve ser colocado em contraponto ou complemento àquelas tradicionais e conhecidas formas de democracia representativas.

É importante que se registre que o termo “participação” até então alijado de qualquer discussão que girasse em torno da atuação do Judiciário, quer em relação aos próprios juízes, quer em relação às partes, tem uma conotação própria e adequada a essa esfera.

A “justiça itinerante”, a “justiça volante”, a “justiça na escola”, a “ação da cidadania”²²² através do Judiciário, a participação cada vez mais intensa dos magistrados no contato com a população, devem cumprir uma função esclarecedora, de conhecimento, do que vem a ser esse desconhecido Judiciário, e também de resgate da consciência de sua efetiva função, quer para si próprio, quer para a sociedade. Devem-se contaminar mutuamente numa solidarizante onda de reconhecimento, de empatia e de cidadania.

E é nesse contato que começa a haver uma contaminação positiva na sua própria função de julgar, ganhando em afetação, pela consciência da alteridade²²³ e

²²² Exemplificativamente, podemos citar, em termos de projetos sociais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a “Administração Participativa”, especialmente com relação às comarcas do interior, aonde são empreendidas reuniões entre núcleos regionais administrativos, que para lá se deslocam a fim de dialogar, e advogados, parlamentares e a população em geral, colhendo suas reivindicações e prestando contas das atividades do Poder Judiciário. Assim também a “Justiça de Bairro”, que leva frentes do Judiciário para os bairros, mais próximos ao cidadão, e também a “Justiça Cidadã”, na formação de líderes comunitários para atuar em treinamento de “agentes conciliadores comunitários”, de modo a promover o atendimento às comunidades carentes, em busca da composição de conflitos em sua origem; convênios com segmentos empresariais para abrir espaços para a experiência profissional de jovens (selecionados pela 2ª V. da Infância e Juventude da capital); o “Natal sem Fome”, o programa “Escola de Pais”, voltado à orientação daqueles que respondem a processo por abandono, negligência, abuso ou maus-tratos a menores. Estes, entre muitos outros projetos, foram implementados a partir exatamente dessa mudança de perfil, que se deu também a nível institucional (Cf. TJ-RJ, *A Justiça do Séc. XXI, Relatório de atividades do Poder Judiciário 2003/2005*).

²²³ Numa profunda análise sobre o tema, ARENDT, Entre o passado e o futuro, op. cit., p. 274 e seguintes.

permitindo o desencastelamento de uma clausura, integrando-se e integrando o Judiciário na comunidade “humana”.

Contudo, vale o registro de que não se pretende confundir esses estímulos necessários, principalmente nesse primeiro momento de mudança de consciência, com uma função social do juiz fora mesmo de sua função judicante.

Não se pretende aqui engajá-lo como partícipe de movimentos sociais. Não é disso que se fala.

A maior ou menor participação enquanto pessoa em qualquer segmento que for, seja de ação solidária, de ação comunitária, de participação em projetos sociais, é uma faculdade de cada ser humano, e, como tal, daquele que eventualmente possa ocupar uma função como essa, o que nada tem a ver com o que se entende por participação do Judiciário na esfera pública. Não é essa a participação de que aqui se trata, nem a que se pretende analisar, embora saibamos serem essas barreiras tênues, no que toca às formas mais contundentes e empáticas, quando se inicia um diálogo efetivo com a sociedade.

O que se analisa por participação, no presente trabalho, restringe-se ao próprio exercício da atividade judicante, o que de todo não se confunde com as possíveis escolhas a nível pessoal do próprio magistrado. Participação tem a conotação não de engajamento em movimentos de massa, mas de interlocutor dentro do processo, atuando os instrumentos que a lei disponibiliza para permitir uma efetivação da igualdade nesse âmbito, e para que ela reverbere para fora dele, o que demanda uma permanentemente ligação e atenção para com toda a teia de relações que se interpenetram no mundo da vida, nos movimentos sociais, nos acontecimentos políticos, nas crises econômicas, na tensão entre as forças de poder dentro e fora do Estado, nos conflitos sociais, servindo-lhe, isso, como instrumental e referência para além do texto da lei.

Confundir uma coisa com outra é mais uma vez provocar distorções de enfoques, o que pode acabar por desvirtuar esse caminho para a vertente oposta àquela a que se prendeu por séculos, assumindo uma posição radical e correndo o risco de não perceber esferas distintas, que devem ter dimensões bem delineadas, já que a mudança que se espera e aqui se analisa é a do magistrado enquanto órgão judicante, e não enquanto pessoa, ainda que a sensibilidade desta, em sua esfera privada, sua experiência pessoal, possa servir de elemento propiciador de

uma maior consciência daquele outro papel que deve cumprir no plano institucionalizado.

Pretendemos constatar, através dessa análise, que um novo modelo de atuação se mostra já esboçado no texto do Cód. De Defesa do Consumidor e na dinâmica da Lei 9099/95. Sua realidade identifica-se muito mais com aquela social e não mais suporta entraves burocráticos.

A discussão sobre imparcialidade, ativismo e independência da magistratura embora fuja à pauta normal das discussões políticas sobre democracia dentro do panorama nacional, se revela uma questão ínsita a ela, e deveria ser atrelada, permanentemente, às aspirações de liberdade, justiça social e de sua efetivação, o que demonstra a necessária atuação política deste Poder da República, que em nada se identifica com a timidez e reclusão que sempre se acreditou como o “dever-ser” do Poder Judiciário.

Identificá-lo, pois, como órgão de participação democrática e popular é superar uma ótica estrábica que delineou a visão secular dos outros (sociedade) e de si próprio. Para resolver suas grandes/pequenas questões com todas as variantes que a realidade apresenta, a sociedade precisa de um Poder que melhor se conforme com a dinâmica das urgências cotidianas.

Um caminho se esboça com os instrumentos aqui referidos, o que, no entanto, demanda também mudanças de padrão de conduta de todos os operadores do direito, assim como de parte da própria gestão administrativa dos Tribunais, para acompanhar quantitativa e qualitativamente a infra-estrutura necessária a esta nova demanda.

Investimentos em obras, material, pessoal, qualificação, tiveram de ser desenvolvidos com a urgência e de acordo com o crescimento exponencial das estatísticas, de modo a não inviabilizar essa frente.

É na atuação dinâmica e participativa de todos os operadores do direito e dos atores sociais junto aos Juizados Especiais e através da aplicação do Código de Defesa do Consumidor que vemos, concretamente, e de forma inaugural, essa nova performance do Judiciário produzir as primeiras conseqüências concretas e positivas para a democracia brasileira, através de um perfil participativo do magistrado.

Imparcialidade aqui não é tratada como sinônimo de distanciamento, de fechamento, de isolamento, mas como aquela moralidade (do justo) não

desatrelada da eticidade tópica (das concepções de bom e de bem) referida por Habermas, e atuada a partir do órgão judicante por uma atitude positiva, afirmativa, participativa de tornar responsável a si próprio e às partes pelas decisões daí originadas, buscando uma prática efetiva da democracia no espaço judicial.

Por outro lado, a mobilização do Judiciário, a participação social do juiz, a conscientização de sua função enquanto intérprete e artesão do tecido social pela resposta que resulta daquelas postulações veiculadas através do processo, das aspirações de uma dada comunidade, teve uma guinada radical possibilitada não só pelo alargamento das discussões a respeito de seu próprio papel, mas concretamente, através da práxis dos instrumentos aqui analisados, assumindo a contra-marcha de uma postura secularizada.

Nessa nova instância judicial, ele deve ser identificado com a comunidade aonde atua, conhecer suas dificuldades e buscar corrigi-las em conjunto com os cidadãos, reconhecer-se nela, para ser reconhecido legitimamente como um seu representante.

Crítica e evolução são pares motores que se auto-alimentam. Somente uma visão crítica de si próprio e do outro permite a evolução. A supressão daquela impede o crescimento.

A burocratização impeditiva de práxis políticas democráticas no Judiciário, afetada pelo abalo de sua credibilidade, a cada descoberta de um circunstancial evento que colocasse em jogo a moral de seus membros, ainda que se tratasse de questões episódicas e não endêmicas, não deve propiciar sua estagnação e a distorção do que realmente necessita mudar.

Estar sensível às exigências sociais e ao que se entende como justiça social, e mobilizar-se neste sentido, através de um comprometer-se efetivo com a realização dos direitos concernentes à dignidade da pessoa humana e à democracia, saindo das afirmações formais para a participação positiva de seu contexto, revela a mudança que aqui se projeta para a obtenção de uma magistratura mais dinâmica e atuante.

Essa justiça parece se aproximar na medida em que se aperfeiçoa o olhar daquele que, ainda desacostumado, começa a caminhar sem venda nos olhos, e possui nas mãos instrumentos como os analisados no presente trabalho e pode, conjugando-os, suprir, dentro do processo, as desigualdades que o desequilíbrio

social propiciou, fazendo com que a espada seja apenas uma ameaça àqueles que querem fazer valer a arbitrariedade em vez da força do melhor argumento; deve, enfim, superar a aparente contradição entre imparcialidade e participação, para que não mais seja estrábico ou cego ao que passa diante de seus olhos.

De tudo que se disse permite-se concluir que a força política do magistrado é inerente à sua condição de humano e à sua função, devendo, pois, assumir, com consciência alargada, as alternativas entre normas, argumentos, interesses, olhando a realidade fora do processo e aquela que para ali se projeta como reflexo, a fim de operar a atuação conjunta e necessária à concreção da justiça.

3.3. Decisão, fundamentação e deliberação

As formas dominantes de decisão na nossa sociedade contemporânea, segundo Gregório Robbles, são especificamente as leis, as normas da administração e as sentenças dos Juízes, assim como as normas particulares que advém do que se denomina “autonomia da vontade”, ou seja, dos contratos²²⁴.

A observação sobre tais modalidades de decisões institucionais (à exceção daquela última), cunhada na autoridade dos Poderes constituídos em um Estado que vive sob o império da Constituição, para assim ser identificado como Estado Democrático de Direito, sempre remonta à questão da legitimidade dos atos emanados das autoridades representantes desse Estado, e sua vinculação a um lastro de fundamentação.

Esse lastro conecta-se tradicionalmente a textos legais, princípios e valores introjetados pelo ordenamento jurídico, orientando, quer a adequação das necessidades administrativas, de gestão, ou decorrentes de implementações de políticas públicas para atendimento àqueles direitos individuais, sociais e coletivos previstos constitucionalmente, quer a produção legiferante, quer o que se denomina exercício da função judicante .

A visão, em qualquer das hipóteses, contudo, é sempre verticalizada, ou seja, de alguém que, exercendo a titularidade de uma função do Estado, faz emanar de seu ato determinado grau de autoridade, sendo desconsiderada qualquer dimensão de participação do outro, ou da sociedade, no momento mesmo daquela atuação.

No que toca ao Executivo e Legislativo, a manifestação volitiva da sociedade consubstanciada no voto já se encontra desconectada desses processos decisórios cotidianos, ainda que tais decisões sejam de autoria daqueles escolhidos como representantes do povo. Assim, mesmo que se observe, em alguma dimensão, a participação da sociedade na elaboração de tais decisões, esta se dá apenas pela percepção oblíqua, reflexa e simbólica daquilo que constitui o sufrágio universal, ou como reação a eventuais pressões de manifestações sociais.

Foca-se a análise, no presente momento, naquelas decisões acima referidas por Robbles, como “emanadas” do Judiciário.

²²⁴ROBLES, *El derecho como texto (cuatro estudios de teoria comunicacional del derecho)*, p. 22.

Diversamente da tessitura das decisões dos demais Poderes, que, através de atos normativos ou do complexo processo legislativo, deliberam sobre questões de interesse nacional, e de caráter geral, cujo rol de competências, matérias e iniciativas se mostram, em qualquer das esferas administrativas, elencadas na Constituição da República, aquelas, de natureza judicial, exigem a participação individual dos concernidos, quer a nível de iniciativa, quer a nível de conteúdo, quer a nível de texto final, sendo, nas ações coletivas ou que versem sobre interesses difusos, decorrentes da atuação de alguém que, como representante de um determinado segmento ou da coletividade, assim considerado pelo texto constitucional, promove a defesa desses interesses qualificados.

As decisões judiciais serão aqui tratadas, e aprofundadas mais adiante, com a característica de “deliberações”, advindas de um estado híbrido de participação individual e institucional, na medida em que são tecidas com fibras do próprio material social, trazido à arena de discussão dos processos, por um ou mais participantes de uma determinada comunidade, assim como pela depuração reflexiva levada a efeito pelas partes e pelo órgão julgante, nos contrapontos argumentativos levantados ao longo da lide, e macerados nas discussões das audiências, das petições, das provas, dos recursos, enfim de tudo aquilo que compõe o universo do processo, e que se traduz através de uma leitura pela ótica do Direito.

Uma imagem assim disposta poderia parecer, de imediato, esvaziadora da contingência institucional, normativa e coercitiva das denominadas “decisões judiciais”. Contudo, embora revestidas de tais atributos, elaboram-se rentes a uma legitimação constituidora, na medida em que não se dão de forma indireta e simbólica, mas imediata e real.

Veja-se, contudo, que, para aprofundar tal abordagem, necessário despir-se da concepção de que, ao ser transferida ao juiz a eventual decisão de um impasse, face ao monopólio da jurisdição, estaria descaracterizada a concepção inicial de “discussão”, na medida em que seria ele o agente público incumbido de prolatar a sentença, e, portanto, decidir o comando, a regra particular, o que, como veremos, não é a concepção aqui adotada.

Tal transformação de enfoque se impõe pela identificação daquilo que entendemos como decisão judicial, ao mesmo tempo em que demanda uma revisão do papel da atividade julgante.

Ao tratar das decisões de um modo geral, nelas incluídas as judiciais, afirma Robles: “*configuran los ‘actos de habla’ que expresan la comunicación intrasistémica. A la par que se genera nuevo texto jurídico, se concretan los contenidos valorativos de la justicia plasmada en la constitución*”.²²⁵

Identifica, assim, nas decisões judiciais, para além de elementos intra-sistêmicos, também elementos extra-sistêmicos, ligados àqueles de cunho valorativo, próprios da justiça.

A concretização do processo de realização do direito se dá, portanto, nesta via, através da decisão judicial, que, possui, no seu dizer, um conteúdo material (que atende às exigências da Constituição e das leis), e um segundo, que compreende as próprias exigências da “justiça extra-sistêmica.”

Na visão positivista, a atividade de justificação das decisões judiciais se resume à identificação da regra jurídica adequada, e sua aplicação lógico-dedutiva, dentro dos cânones hermenêuticos reconhecidos pelo próprio ordenamento.²²⁶

Dworkin, em sua severa crítica ao positivismo²²⁷, insere na atuação do Direito, através de seus operadores, uma concepção de integridade, apontando assim para algo que está fora do Direito. E se o Direito assim concebido é o Direito ético, sua teoria é consolidada em princípios que são aceitos por uma comunidade, se identificando seu modelo como de uma “comunidade de princípios”²²⁸. As decisões judiciais, portanto, devem espelhar tais princípios, trazendo em seu bojo uma qualidade axiológica.

Contudo, a crítica de Habermas ao positivismo jurídico se direciona para restringir o limite decisionista imposto por esta doutrina.²²⁹

Embora compartilhe com Dworkin²³⁰ a adoção de princípios extra-jurídicos, incorporados ao direito, nele, a fundamentação obedece a regras do processo

²²⁵ Ibid., 22.

²²⁶ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 264.

²²⁷ DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 35.

²²⁸ Apud, EISENBERG, op. cit., p.154.

²²⁹ Na observação sobre Habermas, José Eisenberg entende que: “Habermas quer substituir a regra fundamental por um arranjo racional-procedimental que garanta as condições de comunicação necessárias à formação da vontade racional do legislador.” Cf. *ibid*, p.155.

²³⁰ Para uma análise aprofundada da teoria desenvolvida por este teórico, ver, DWORKIN, op. cit. e também HABERMAS, *Direito e democracia...* v. 1, p. 252 e seguintes.

argumentativo,²³¹ apoiando-se num conceito de racionalidade procedimental segundo o qual:

[...] as qualidades constitutivas da validade de um juízo devem ser procuradas, não apenas na dimensão lógico-semântica da construção de argumentos e da ligação lógica entre as proposições, mas também na dimensão pragmática do próprio processo de fundamentação.²³²

Portanto, não será uma teoria da verdade que irá demonstrar a correção dos juízos normativos, mas o preenchimento de dois requisitos que envolvem necessariamente as condições de aceitabilidade e de consistência, que consubstanciam sua validade.²³³

De toda sorte, embora a análise de Robles avance para a questão das diferenciações entre ordenamento e sistema, e enfatize aquele como texto jurídico bruto emanado das autoridades, que tomam as decisões jurídicas, o processo de “refinamento deste texto” acaba por gerar um outro texto, que é decorrente da análise e interpretação que, pela dogmática jurídica, cumpre a tarefa de construir o que se denomina “sistema”.²³⁴

Conclui que enquanto o ordenamento é plasmado de contradições, omissões e lacunas exatamente por ser o material bruto a ser tratado, o sistema se identifica com esse mesmo direito, mas em sua plenitude e perfeição²³⁵, sendo os juristas dogmáticos os intermediários dos processos de decisão jurídica.

Em assim sendo, a decisão judicial, num arranjo de harmonização dos três autores citados, implicaria em uma comunicação intra-sistêmica imbuída por inflexões de teores extra-sistêmicos (valores), resultantes da depuração crítica argumentativa, levada a efeito, no acréscimo aqui pretendido, por três sujeitos: o autor, o réu e o juiz.

²³¹ Os princípios “D” e “U”, referidos no capítulo 1 do livro acima citado mostram, em síntese, as condições necessárias para a formulação de uma decisão que passe por tais critérios de fundamentação.

²³² HABERMAS, *Direito e democracia ...* v. 1, op. cit., p. 281.

²³³ *Ibid.*, p. 246.

²³⁴ Nesse sentido refere G. Robles: “La dogmática construye así el sistema. [...] El sistema refleja y perfecciona el ordenamiento.” Cf. ROBLES, *El derecho como texto...*, op. cit. op. 23.

²³⁵ HABERMAS, *Direito e democracia...*v. 2, op. cit., p. 246.

Somente concluímos uma argumentação, portanto, ao elaborarmos uma condensação coerente de razões, num arranjo tal que permita visualizar o potencial de motivação racional que é levantado nos bons argumentos, e numa atuação reflexiva do agir comunicativo, que interage para a purificação de elementos, através da perspectiva dos participantes e dos “parceiros do direito”²³⁶, o que acaba por revelar a formação imparcial de um Juízo, também na medida em que se dá próxima a uma condição ideal de fala, na qual se rechaça qualquer forma de pressão e desigualdade.

²³⁶ Ibid., p. 285.

3.3.1. A mudança de eixo

Na área do Direito, a dicotomia do privado e do público, ainda que há algum tempo superada pelos civilistas e publicistas, que admitem à quase unanimidade a “invasão” de uma esfera pela outra, ora denominada privatização do público ou publicização do particular, acabou por tirar do eixo central do ordenamento o Código Civil. Apresentava-se, esta mudança, por exigência da complexidade das relações sociais, que demandavam novos instrumentos, imbuídos de princípios que buscassem superar a lógica liberal de um monossistema²³⁷ até então vigente, migrando, enquanto lastro axiológico, para a Constituição.

Como afirma Gustavo Teppedino:

A estrutura dogmática que dominou as grandes condificações europeias do século XIX, e gizou as linhas mestras do sistema jurídico pátrio, baseia-se na *summa diviso* herdada do direito romano, que estrema o direito público e o direito privado.²³⁸

Contudo, o incremento da complexidade das relações sociais acabou por implodir o bloco monolítico da criação normativa liberal, pulverizando-o em setorialidades normativas, que traçam a tutela de determinados interesses e pessoas, amparando-se naqueles preceitos fundamentais resguardados pela Constituição.

A análise crítica mais aprofundada desses parciais ordenamentos nos conduz a ter que equilibrar direitos subjetivos, ordem econômica, interesses privados e públicos, permanentemente em conflito na sociedade, e dentro da unidade de determinada ordem constitucional.

E essa mudança de referencial (existente até então no Código Civil) acabou por alterar também as conexões necessárias para uma fundamentação e conseqüentemente uma justificação legitimadora das “decisões”, quer de natureza judicial, quer de cunho administrativo.

²³⁷ TEPPEDINO, op. cit., p. 12, afirma, analisando com precisão o tema: “Afim, a proliferação das leis especiais, segundo a mesma análise, seria reflexo da inelutável multiplicação de grupos sociais em ascensão, de corporações, e de centros de interesses novos e diversificados que passaram a habitar o universo jurídico.”

O Prof. Natalino Irti, ao tratar da “lógica complexiva” que envolveu o movimento das leis especiais aponta para esse policentrismo legislativo,²³⁹ que deslocara o Código Civil do centro do sistema, o que, por certo, também gerou o afastamento dos princípios norteadores das doutrinas privatistas que lhe haviam inspirado a edição.

“*L’età della decodificaione*” constitui a mudança de pólo, passando-se a uma pulverização de segmentos sistemáticos (monossistemas/polissistemas), que se constituíam em diplomas setoriais, denominados “microssistemas”, os quais, sob a crítica de Gustavo Teppedino, devem ser tratados como tal com máxima cautela,²⁴⁰ porquanto não se pode concebê-los como isolados, ilhas de comunicação de cada micro-ordenamento, quer em relação ao Código Civil, quer em relação à Constituição, caso contrário, estaríamos presenciando uma severa fragmentação do sistema jurídico, com especializações que usurpariam seu próprio sentido, afastando a congruência e coesão que devem existir entre as várias leis especiais de um determinado ordenamento, sujeitas a uma principiologia própria.

De tal sorte, um tal resgate do universo necessário a um cenário ordenatório nacional deve ter na Constituição Federal o núcleo agregador, tendo-se em conta os diversos princípios e valores norteadores que, insculpidos em seu corpo, são capazes de redesenhar o direito civil, assim como as demais relações existentes no mercado, na economia, no consumo e nos mais diversos campos.

A “tábua axiológica” carreada na Constituição leva à esperada e necessária unidade do sistema.²⁴¹

Importa referir, contudo, para a análise ora desenvolvida, de que a mera rotulação que encerra a nomenclatura “microssistema” não nos parece razão para gerar uma problemática capaz de envolver questões relativas à própria unidade do sistema. Mesmo que chamemos de microssistemas aqueles segmentos específicos de ordenação relativos a determinado campo ou matéria (consumo, locação, idoso....) isto não significa que não sejam vasos-comunicantes com o ordenamento

²³⁸ Ibid., p. 56.

²³⁹ IRTI, *L’Età della decodificazione*, p. 3 e 4.

²⁴⁰ TEPPENDINO, op. cit., p. 11.

²⁴¹ E conclui TEPPEDINO, op. cit. p. 13: “[...] não parece haver dúvida que o texto constitucional poderá fazê-lo, já que o constituinte, deliberadamente, através de princípios e normas, interveio

como um todo. A compatibilização de princípios e normas, em casos de antinomias dentro de um mesmo diploma, ou diplomas distintos, parece uma tarefa natural do intérprete e de todos os operadores de direito, pois, a cada momento, independentemente da unidade que se tem que preservar, vislumbram-se as fissuras, nos denominados “casos difíceis”, quando devem ser concebidas soluções peculiares para colisões principiológicas ou normativas.

E é na fonte constitucional que se irá abeberar para a superação de ditas contingências; constitui tal *modus procedendi* verdadeira norma de conduta precedente a qualquer momento interpretativo, sem que isso possa representar reconhecimento de rompimento do sistema, quer pela pulverização de leis especiais, ou pela adoção de micro-ordenamentos.

Nenhum elemento de um dado sistema maior, no qual se incluem aqueles outros denominados de “micro”, nenhuma engrenagem de um dado universo de leis dentro de um Estado de Direito, que se constitui e regula a partir da Constituição, pode pretender uma autonomia assim definida.

Esse Estado que, no caso do Brasil, forma uma federação, tem na União, no que toca à esfera administrativa, o sentido aglutinador de todos os seus demais componentes, independentemente da autonomia de cada um dos entes estatais, municipais, territoriais, possa possuir; da mesma forma, não prescinde da necessidade de compatibilização de competências atribuídas a cada uma dessas esferas. *Mutatis mutandis*, também os microssistemas ainda que assim definidos enquanto reguladores de determinadas matérias, orientados por determinados princípios, não são independentes do sistema maior, pois embora o sentido denotativo de “sistema” pressuponha algo fechado, não significa com isso que esteja “lacrado”, e, portanto trancado em sua única referência. A força aglutinadora da Constituição rompe as barreiras aparentemente colocadas pela pulverização dessas setorialidades, dessa pluralidade legislativa.

A Constituição de 1988 inaugurara uma nova etapa no cenário jurídico nacional, delineando um perfil atual para o diploma civil, que passa a dividir, com outros diplomas setoriais, a regulação das relações, possuindo, cada um, pretensão de completude. A “era dos estatutos”, que fez surgir o Código de Defesa do

nas relações de direito privado, determinando, conseqüentemente, os critérios interpretativos de cada uma das leis especiais. Recupera-se, assim, o universo desfeito, reunificando-se o sistema.”

Consumidor, passa a exigir novos métodos, parâmetros de fundamentação, pois, uma sociedade plural vem acompanhada de uma pluralidade de diplomas parciais.

Por tal razão, ainda que se mostre indubitável o inequívoco sentido da Constituição Federal como pólo agregador do sistema, não se atribui, no presente trabalho, à denominação “microssistema”, a ilação de independência ou auto-referência.

De sorte que, em se usando tal nomenclatura, não se estará acatando que constituam regramentos estanques, mas apenas que versem sobre matérias específicas, de determinados segmentos, os quais, de toda sorte, operam uma incidência paralela e horizontal em toda a ordem jurídica, a regular preponderantemente, naquele vértice específico, determinada relação.

Não se formatam ilhas de regulação, como se os diplomas parciais, que se proliferaram a partir da necessidade advinda de novos institutos ou da exigência do tratamento diverso daqueles conhecidos; ao contrário, vê-se nessa abrangência de regulação pulverizada não um arquipélago que não dialogasse comunicativamente com as diversas esferas que se interpenetram na própria sociedade, mas uma vaso-comunicação sistêmica através da Constituição.

Retomando o tema após essa breve digressão, entendemos que os limites entre o público e privado, no âmbito do Direito ou de sua práxis, deixam-se revelar não como elemento de sua constituição ou natureza, mas de mero ângulo de referência, sendo impossível se definir com precisão o território concebido ao direito público e ao direito privado,²⁴² como leciona Gustavo Teppedino.

Contudo, tal esvanecimento de barreiras e interpenetração de esferas, pública e privada, refletida aí no *medium* do Direito, ocasionam uma importante guinada na abordagem e adoção de princípios e interpretação dos institutos, que, em fundamentação que se espera numa modernidade tardia, não pode prescindir de ocasionar impactos e reflexos na práxis judicial e na aplicação da lei por qualquer operador do direito.

A tutela dos direitos humanos de um modo geral, no que toca às relações privadas, a nível macro ou micro, efetiva-se nessa interpenetração dos espaços público e privado, e se mostra necessária, porquanto a sociedade de massa, despersonalizada e substituída por senhas, contratos automatizados e mecanizados,

²⁴² Ibid., p. 19.

implicam numa hegemonia do econômico sobre o indivíduo, despotencializando sua afirmação, enfraquecendo a organização das forças sociais e de suas conquistas, e fomentando o predomínio da lógica mercantil auto-referencial.

Por isso a noção de sistema dada através da Constituição é crucial em fase de uma produção legiferante desenfreadamente desagregadora, que se intensifica pela necessidade permanente de intervenção, para tentar esolver problemas da crise social e econômica de nossa realidade, o que impõe, de outra parte, um esforço também maior do intérprete, do operador de um tal ordenamento, redefinindo seu papel e sua própria consciência a respeito deste e do modo de abordá-lo.²⁴³

Por último, o reflexo da *summa divisio* anteriormente referida cunhou também as categorias das próprias ações judiciais, que se identificam doutrinaria e legalmente em públicas ou privadas, e que também se mostra difícil de ser superada, de modo a se extrair, de seu teor, substância comum que é inerente a qualquer sociedade.

²⁴³ Refere TEPPEDINO: “O intérprete corre o sério risco de se perder nos intermináveis labirintos de leis, medidas provisórias, decretos, portarias e resoluções, se não revisitar o seu próprio campo de ação, resgatando a noção de sistema através da Constituição da República.” Cf. *Ibid.*, p. 76.

3.3.2.

A ação comunicativa como rito de passagem: decisão/deliberação

A formação pública da vontade se realiza através de fluxos de comunicações que se estabelecem em manifestações públicas, decisões institucionalizadas, deliberações legislativas, fazendo com que esse tecido de falas, enunciações e argumentações intersubjetivas possam operar transformações, convertendo o poder que deles se extrai em poder a ser operacionalizado através da legislação ou de regras a serem adotadas pelas partes envolvidas.

No processo de intermediação do que Robles denomina “texto bruto” para a norma, atuam outros elementos além dos anteriormente enunciados; para que se dê esse aprimoramento desenvolve-se o processo comunicacional argumentativo. As partes também gestam essa lapidação do sistema jurídico, na medida em que trazem elementos novos, capacitadores das potencialidades não evidenciadas no denominado ordenamento enquanto texto, enquanto fragmento de interesses setorializados, quer em microssistemas ou em leis especiais desse universo legislativo pulverizado.

Diferentemente da visão positivista, que pretende o direito como totalidade, sendo papel da ciência jurídica apenas “descrevê-lo”, posição assumida em quaisquer das vertentes desenvolvidas pela Escola de Viena,²⁴⁴ pela teoria analítica inglesa ou pelo realismo, a construção das denominadas normas jurídicas não resulta apenas de um processo automático, ou mesmo de criação das autoridades, nem dos juristas.

Na construção que aqui se pretende em relação ao espaço judicial, e na acepção tratada por Robles das normas como “refinamento”, verifica-se que são elas conseqüências inafastáveis também das fricções acontecidas no âmbito das discussões processuais, e decorrentes do amálgama depurado do texto da lei e dos fatos, que se inclui em um dado sistema, como “células” de um “organismo jurídico”.²⁴⁵ A partir do contexto discursivo, e atendidos os requisitos procedimentais para que este se dê no âmbito de condições favoráveis, é possível compreendermos a passagem da decisão judicial para a “deliberação judicial”.

²⁴⁴ SOUZA SANTOS, *Introdução a uma ciência pós-moderna*, p. 22 e 23.

²⁴⁵ ROBLES. *El derecho como texto...*, op. cit, p. 27.

Este, o caminho que se projeta na concepção apresentada neste trabalho, no sentido de que o Judiciário, enquanto esfera pública, é capaz de permitir o fortalecimento da cidadania ativa no âmbito mesmo da sociedade, na medida em que se pode verificar a práxis levada a efeito no espaço judicial, especialmente através dos modelos a serem analisados (Lei 9099/95 e 8078/90), como um modo de exercício da democracia por atores que independem dessa força tradicionalmente esperada apenas da decisão judicial.

E isso porque os processos judiciais, embora desenvolvidos em espaço institucionalizado, produzem resultado que não deve por isso ser encarado como decisão verticalmente imposta, mas decorrente de um processo argumentativo, do qual resulta não uma função judicante “paliativa”, mas participativa de um tal processo justificador. A resultante da depuração crítica das teses contrapostas estará estampada na deliberação final que não pode ser distanciada daquelas, mas, ao contrário, com elas formatar-se em conexão, porque consequência da adesão justificada à determinada proposição, que será considerada válida.

Não se mostra diferente, portanto, das arenas de discussões propostas por Habermas, nas quais são atendidos requisitos necessários para que se tenha uma situação ideal para a articulação das idéias e pretensões que se quer afirmar validamente.

O processo comunicativo, segundo Habermas, rompe com um entendimento valorativo-cultural específico, porque se baseia nos argumentos apresentados na discussão, exigindo os discursos práticos um compromisso de justificação, enquanto o teórico, de fundamentação.

Ao analisar estas posições em Habermas, José Einsenberg, afirma que o teórico busca acima de tudo:

[...] uma reafirmação do valor procedimental de uma estrutura básica de direitos que: (a) permita a reorganização e o fortalecimento de uma cidadania ativa no âmbito da sociedade civil; (b) seja capaz de recuperar o sentido original da idéia de soberania popular que está na base do modelo democrático constitucionalista vigente no Ocidente; e (c) substitua, assim, a

função paliativa dos atores do Judiciário como contrapeso radical às desigualdades sociais resultantes do modelo vigente.²⁴⁶

Contudo, na perspectiva ora apresentada não se mostra o espaço judicial como paliativo para as tentativas de equilíbrio no meio social, senão como instrumento ativo, que permite a afirmação da cidadania, a participação política de todos, o resgate de um equilíbrio, cumprindo ainda um papel pedagógico.

E se a visão da democracia deliberativa em Habermas não se mostra ancorada em um *ethos* que seja compartilhado pela comunidade, mas se dá através de procedimentos que são institucionalizados, a fim de que possa existir um debate público com regras previamente definidas, tais bases normativas possibilitam o caminho para o entendimento, dando-se através do *medium* específico no nosso estágio atual de evolução, que é a linguagem.

Ao definir o que entende por “base válida do discurso”, Habermas imputa ao sujeito que age comunicativamente a pretensão de que seu enunciado tenha o atributo de validade, precisando, para tanto, de um discurso inteligível, de modo a que aquele que fala e o que escuta possam chegar a um nível de entendimento.

O *speaker* deve assim colocar uma proposição que para ele seja verdadeira, para que possa o ouvinte também dividir o conhecimento daquele que fala, o fazendo de forma verdadeira, de modo a que o ouvinte possa acreditar em determinado enunciado; finalmente, deve o “*speaker*” escolher uma declaração que esteja correta, a fim de que possa o ouvinte aceitá-la, concordando ambos a respeito de um lastro normativo.²⁴⁷

Em Habermas, portanto, o *modus* constitui o cerne, porquanto o núcleo do processo democrático é exatamente a forma como é praticado, embora, frise-se, essa “forma” não seja desprovida de “conteúdo”.

O procedimento vem a ser o *modus faciendi* do processo deliberativo. As regras do discurso e o poder de argumentação são o modo como se realiza a razão prática na teoria do discurso, que não mais se exaure nos direitos humanos universais ou na ética de uma determinada comunidade (conteúdos), mas exerce sua práxis extraindo o conteúdo normativo com lastro de validade nesse agir

²⁴⁶ EISENBERG, op. cit., p. 159.

²⁴⁷ HABERMAS, *Communication and evolution of society*, op. cit., p. 3.

orientado para o entendimento (procedimental), através de uma prática discursiva ética.

Reconhece, entretanto, as limitações de uma política deliberativa que depende de contextos que não podem ser regulados em toda sua abrangência pelo Direito.²⁴⁸

Se pudermos dizer (com Robles) que “o direito é razão histórica institucionalizada e verbalizada em textos”²⁴⁹, o processo traduz a realidade histórica de seu tempo verbalizada nas pretensões veiculadas nas ações judiciais.

E se a norma e o sistema são decorrentes da reconstrução hermenêutica de um ordenamento dado, sendo vinculados necessariamente entre si, compartilha-se com Robles que um outro elemento também se mostra implicado na norma jurídica, qual seja, a ação.²⁵⁰

E isso porque a finalidade imanente da norma jurídica é orientar e regular a ação humana, direta ou indiretamente, ou seja, pressupõe um sentido diretivo. Sendo a ação um “conjunto de movimentos dotados de significado unitário”²⁵¹, e, portanto, compreensível e capaz de ser expressa através da linguagem, as discussões judiciais a respeito das condutas e do texto constituem um dos âmbitos de reconstrução hermenêutica do ordenamento, e, conseqüentemente, das normas jurídicas, dotadas aí também, nesse resultado do processo, com atributos de coerção.

Enquanto Robles enfatiza o direito como texto e as implicações daí decorrentes, no sentido de que a hermenêutica e a analítica propiciam sua compreensão e efetivação, esses dados, trazidos para a análise argumentativa de Habermas, permitem entrever que o produto da razão argumentativa, gerado através da ação comunicativa voltada para o entendimento, possibilita aprimoramento normativo do Direito enquanto texto, através de um processo

²⁴⁸ Para Habermas a produção do Direito legitimada através de uma política deliberativa configura, pois, um processo destinado a solucionar problemas, o qual trabalha com o saber, ao mesmo tempo em que o elabora, a fim de programar a regulação de conflitos e a persecução de fins coletivos. Dessa forma, transpõe as estruturas que se reconhecem reciprocamente, a fim de que possa promover a passagem de uma “ordem normativa natural” para uma ordem normativa jurídica. Por outro lado, internamente, demanda uma reflexividade para estabelecer o nível de articulação necessário à cumprir sua orientação integradora. Ou seja, a integração social, realizada politicamente, tem que passar através de um filtro discursivo. Cf. HABERMAS, *Direito e democracia...* v. 1, p. 44 a 47.

²⁴⁹ ROBLES. *El derecho como texto...*, op. cit, p.29.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 30.

²⁵¹ *Ibid.*, p. 31.

reflexivo e crítico, assim como, a partir daí, também a (re)construção (refinamento) da norma, e, conseqüentemente, sua “produção”.

Se a decisão finalmente produzida em contextos judiciais e denominada decisão judicial se mostra, como refere Robles²⁵², ligada aos fundamentos dos direitos humanos, sendo este o nível próprio de análise da teoria da decisão jurídica, tal vertente permitirá conectá-la a valores que conduzirão a um resultado que se entenda como justo.

Contudo, a modernidade assistiu a sujeição das decisões dos demais Poderes àquelas advindas do Poder Judiciário, ainda quando esse era considerado como apenas parte da própria estrutura administrativa do Estado, acima de tudo porque investida de autoridade e obrigatoriedade, sendo decorrente da função própria a ele atribuída constitucionalmente, razão pela qual dizer-se popularmente que decisão judicial “não se discute”.

No “Discurso Baseado nos direitos Humanos”, Habermas²⁵³ registra que a validade de uma norma jurídica indica que o poder estatal garante simultaneamente a legítima produção do Direito (legitimidade) e a sua fática imposição (coercitividade).

Ao discutir a questão da legitimidade analisa suas diversas dimensões tratando de caracterizá-la, inicialmente, como procedimento que permite apresentar a norma como coercitiva, e também positiva, ou seja, como Direito produzido, isso significando que pode ser modificado (perder sua eficácia) e, por último, refere às implicações de sua aceitação pelos concernidos, que trabalharam no processo de sua elaboração.

Pode-se assim concluir que a potencialidade decorrente de uma “decisão judicial” advém da legitimidade que, para além do respeito às atribuições dadas constitucionalmente, se sedimenta, não na voz do juiz, enquanto agente público, mas nas vozes de todos aqueles que participaram do resultado decorrente de um procedimento que concretizou o embate argumentativo, e cujo produto se mostra conseqüência da adesão, por parte do magistrado, a uma das teses apresentadas, pois ao promover a justificação da sentença com base nelas, e crescendo seus

²⁵² Cf. ROBLES, *Los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 24.

²⁵³ HABERMAS, *Acerca de la legitimación basada en los derechos humanos*. In: *La constelación posnacional*, Cap. 5, op. cit. mimeo.

próprios argumentos, acaba por formar a maioria necessária e qualificada à elaboração daquele específico resultado.

Em sua observação a respeito do papel do juiz, Dalmo Abreu Dallari o identifica como um “delegado” do poder que o povo lhe transfere, sendo, por isso, remunerado, razão pela qual sua condição é de “agente do povo”.²⁵⁴

Embora tal dimensão de sua figura esteja muito distante daquela idealizada pelo imaginário social, é examinando sua atuação sob essa ótica, que conduziremos um resgate de sua representação, que precisa ser elaborado a partir de um entendimento de sua participação política nos procedimentos judiciais, assim como de sua função social.

Não é o juiz que obriga, mas a norma, emanada daquele processo, que apenas se executa através dos mecanismos judiciais, atuados pelo agente público, sendo do resultado do processo que advém o real poder de coação para consecução daquele comando, perseguido através de um dado processo judicial.

Do mesmo modo, a deliberação decorrente e que se constitui como resultado de uma depuração crítica, exercitada através da múltipla dialética dos argumentos expostos, não deve ser identificada como um comando vertical - o que convencionalmente se entende por decisão (sentença) - porque incorpora também as características de um resultado racionalmente motivado. Na medida em que se enfrentam as teses contra-postas, cedendo-se lugar ao melhor argumento, o juiz participa, justificando e aderindo a uma das pretensões, e expondo suas razões para tal.

Daí porque as grandes discussões envolvendo a tão temida “discrecionalidade” do juiz, assim como a “criatividade” da decisão, são aqui enfocadas como óticas apenas parciais desta emanção, porquanto atrelada embrionariamente aos próprios limites delineados pelas partes, pelo objeto da discussão e pela vinculação a uma fundamentação que deve justificar-se para um resultado, cujo conteúdo já se mostrara esboçado nos debates travados.

E não se diga que tal concepção não conseguiria explicar uma extinção do processo, antes mesmo de realizado tal debate, logo no início da demanda, e mesmo quando nenhuma das partes tivesse levantado a questão que provocou a decisão definitiva. É preciso observar que, em tais hipóteses, não se tangenciam,

²⁵⁴ DALLARI. op. cit., p.90.

efetivamente, às pretensões deduzidas, enquanto enunciações que visam validar-se, senão apenas a questões processuais anteriores à análise material delas.

Não há aqui, contudo, espaço para o aprofundamento de situações de natureza meramente processual, e nem é esse o interesse do trabalho. Portanto, eventuais obstáculos à aceitação da concepção ora formulada com base em tais refutações estaria a carecer de uma outra vertente de análise, limitando-nos, nesse momento, sucintamente a resumi-la à afirmação de que estas não afetam, efetivamente, a produção do entendimento, ou do momento deliberativo, senão impedem mesmo que possa aquele processo judicial prosseguir, por faltar-lhe elementos e requisitos necessários a seu regular andamento ou por existir causa impeditiva à sua continuidade, quer de natureza processual, quer de natureza material, quer de política judiciária (aqui genericamente referindo-se a todas as hipóteses de extinção do feito sem julgamento do mérito, ou em razão de prazos prescricionais ou decadenciais).

Portanto, afastados esses óbices, busca-se a demonstração de que o resultado prático de um processo judicial consiste em uma deliberação, porque, aderindo-se a uma das teses apresentadas (reclamante ou reclamado), vence o argumento que, justificado, mais se identifica com a eticidade vigente em uma determinada comunidade, e, ao mesmo tempo, com os valores de um dado momento histórico, configurando-se um modelo de deliberação, na medida em que a decisão representa a maioria aqui composta pela parte e pelo julgador, que acabam por ter, somados, seus argumentos, atendendo-se, destarte, às exigências constitucionalmente previstas, e discursivamente necessárias, de fundamentação.

A decisão do juiz, assim, não é outra, distante e intangível, porque deve obedecer a limites objetivos, e estes são dados pela pretensão de validade deduzida pelos participantes daquele processo comunicativo, devendo ainda se ater à discussão colocada pelas partes, o que constitui, inclusive, o próprio princípio da adstrição, consagrado no nosso diploma processual, através do art. 460.

No momento em que assume uma ou outra posição das teses conflitantes, cedendo diante do melhor argumento, e argumentando também justificadamente porque o faz, participa o órgão judicante daquela ação comunicativa. No momento da manifestação individual do juiz, que se dá através daquele ato denominado sentença, opera-se, concomitantemente, o fenômeno da deliberação discursiva,

porque a vontade de uma das partes estará imbricada naquela decisão, e todos os argumentos defendidos estarão ali refletidos, dando lastro e legitimidade à deliberação final.

É dessa condensação destilada de argumentos que se extrai a síntese da qual *também* participa o membro do Judiciário.

Contudo, insta pontuar que tal constatação não afasta o trabalho de qualquer operador do direito enquanto intérprete das leis e da Constituição, porque ínsito a essa matéria o labor exegético de todos os que participam do debate no seio do espaço judicial; se assim não fosse, estaríamos a promover um retrocesso, entendendo que mecanicamente o ordenamento promove sua incidência sobre a totalidade da vida humana.

É exatamente a necessidade de fundamentação que irá impor o uso criativo e enriquecido da interpretação, de modo a propiciar que estejam clarificadas as razões carreadas àquele resultado; é exatamente a capacidade de afirmar o direito daquele que justificadamente postulou uma pretensão de validade, que passa pelo refinamento da racionalidade reflexiva, através do uso de argumentos que se mostrem válidos e apropriados para o caso específico, que se permitirá um resultado “deliberativo” desejável, porque mais próximo do justo, e obtido mediante um entendimento resultante de procedimento adotado e previsto adremente.

Do mesmo modo, a interpretação contida naquele produto final dele decorrente não pode se desvincular dos princípios e direitos estabelecidos na Constituição, assim como não pode passar infensa à realidade social plural e desnivelada. Ao contrário, é exatamente porque a conhece e com ela está conectada, e porque resguarda os valores compartilhados por uma dada comunidade, refletidos naqueles princípios orientadores das normas constitucionais, os quais interagem no ordenamento como um todo, que advém uma decisão/deliberação que, para além de incorporar um caráter legítimo, também se mostra válida, e com o atributo de coercitividade.

Retrata, ela, a formação de uma opinião e vontade concretizadas por todos aqueles instrumentos de um, assim, “processo judicial”.

Esta decisão/deliberação não é nem poderia ser apenas logicamente automatizada pela aplicação da norma sobre o fato; ela traduz a locução de uma autoria conjunta de indivíduos livres de uma comunidade jurídica (que

compreende as partes e aquele que, como eles, atua nessa modalidade de deliberação participativa), instrumentalizada pelo processo judicial, exercendo o juiz a função específica de interlocutor próprio para o âmbito do processo. Identifica-se não como sujeito dotado de poderes míticos e qualidades virtuosas²⁵⁵, mas como homem feito da mesma matéria e personagem da mesma contingência, ainda que com uma qualificação específica para cumprir aquele papel no espaço público judicial.

Isso não significa reduzir o poder da força daquela decisão/deliberação ou suprimir a importância da figura do juiz no exercício de sua função; ao contrário, tal concepção pretende é trazê-lo à sua condição fundamental de elemento da arena judicial que, por ser especialmente dotado de conhecimentos técnicos necessários, comprovados por um processo de investidura que garanta também a legitimidade de sua atuação, cumpre uma mediação necessária e assegura, do mesmo modo, a legitimidade daquele resultado do qual participa, o qual, se imbui, simultaneamente, de uma coercitividade e validade, que obriga não porque decorrente da locução de uma autoridade judiciária apenas, mas porque produto de um entendimento qualificado e racionalmente obtido .

O resultado desse procedimento nada mais é do que o acordo entre as argumentações levantadas por uma das partes e aquela adotada pela argumentação do que se denomina ato decisório.

Essa consciência, desmistificadora e desmitificadora, mostra-se necessária para que seja alcançada, na ótica aqui pretendida, a verdadeira natureza da denominada “decisão judicial”: deliberação resultante de uma das formas de participação política no âmbito da democracia.

Qualquer acionamento judicial é uma busca de entendimento a respeito determinado conflito que existe na sociedade, e não a busca de um litígio, como é entendido convencionalmente (quem aciona quer acima de tudo resolver um conflito e não perpetuá-lo, a menos que o processo seja utilizado como meio e não

²⁵⁵ Na referência ao Juiz Hércules (método de Hércules), Dworkin parte do pressuposto que o ato do julgamento pelo magistrado implica necessariamente em sua dotação com atributos de integridade, em relação à questão dos princípios, assim como equidade no julgamento, desconectando suas decisões dos demais atores processuais, porque seria ele capacitado com qualidades especiais, respeitando a integridade do texto legal e a equidade política, concentrando-se nele a vertente da melhor interpretação, já que seria dotado de todas as habilidades para julgar, de forma que é através dele que se apresentará o melhor resultado final do processo. Cf. DWORKIN, *O império do direito*, p.405 - 455.

como fim, o que, contudo, não corresponde à realidade do cotidiano judicial, nem compõe massa crítica que possa ser significativa ao desvirtuamento de sua finalidade mesma).

A litigiosidade, a contenciosidade é, de fato, um atributo que sempre foi conferido ao processo, mas acima de tudo enquanto modalidade de procedimento que se contrapõe ao denominado “voluntário” (em nosso ordenamento), descurando-se, essa visão, do que ele pode portar como caminho para um entendimento, que será resolvido democraticamente na condição majoritária e qualitativa da soma dos argumentos mais relevantes para aquela determinada matéria trazida à discussão em um dado momento histórico.

Buscar a natureza da decisão judicial através da via da ação comunicativa é a grande questão que se coloca, já que ela sempre esteve desprendida do contexto em que se dá. Ou seja, a concepção de julgamento como produção individual do operador/juiz é desentranhada do espaço discursivo, pois deixa de considerar a atuação de todos os concernidos nesse labor.

Quer na visão dos juspositivistas, no qual apenas aplica-se a lei ao caso concreto, numa estática função de operar a “incidência” (lei sobre os fatos), mecanicista, aonde o magistrado apenas escolhe, dentro do *menu* do ordenamento, a regra aplicável, ou mesmo quando, através de um esforço hermenêutico, busca a formatação da norma para situações atípicas; quer na visão do construtivismo Kantiano de Rawls²⁵⁶; quer na visão Dworkiana, no sentido de que ele é o interprete que deve aplicar reconstrutiva e coerentemente o ordenamento orientado pelo princípio da integridade e direitos fundamentais²⁵⁷ (teoria moral material) ; quer na teoria procedimental moral²⁵⁸, em menor grau, na qual se introduz a racionalidade da argumentação para obtenção de resultados normativos,

²⁵⁶ Para um aprofundamento das questões tratadas por Rawls e de sua teoria construtivista da Justiça, ver RAWLS, *Uma Teoria da Justiça*, 2002.

²⁵⁷ Cf. MAIA e NETO, Os princípios de Direito e as Perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: *Os princípios da Constituição de 1998*, p. 87.

²⁵⁸ Afirma Alexy que quando não se pode adequar plenamente uma determinada situação a uma regra, ou a enunciados fundamentados em um determinado sistema, ou mesmo se obter um resultado pela ajuda de regras da metodologia jurídica, ao julgador fica um campo de ação que o permite escolher entre as soluções possíveis, a partir das normas jurídicas, regras metodológicas e enunciados do sistema jurídico. Cf. ALEXY, Sistema jurídico y razón práctica. In: *El concepto y la validez del derecho*, p. 164-165.

inspirada por Habermas²⁵⁹, a relação é sempre juiz/decisão e não atores do processo (juiz, partes)/deliberação.

A grande guinada, dada a partir de Habermas, é exatamente a mudança de pêndulo, na qual o juiz deixa de ter uma racionalidade monológica, passando a uma racionalidade dialógica, através de uma interação discursiva, eis que a teoria discursiva do Direito

Apoia-se num conceito forte de racionalidade procedimental, segundo o qual as qualidades constitutivas da validade de um juízo devem ser procuradas, não apenas na dimensão lógico-semântica da construção de argumentos e da ligação lógica entre proposições, mas também na dimensão pragmática do próprio processo de fundamentação.²⁶⁰

E comentando tal posicionamento, Antônio Cavalcanti Maia e Cláudio Pereira²⁶¹ esclarecem que, assim, a argumentação jurídica sofre limitações a nível normativo e sistêmico, de modo que a “argumentação tem justamente a função de tornar a eleição de uma das interpretações possíveis de uma norma controlável metodologicamente, sem que seja determinante a vontade do magistrado.”

E finalmente Habermas conclui que o agir comunicativo e a reflexão dele depreendida permitem que se instale uma exigência colocada a partir da consideração do outro, o que desencadeia a ampliação das condições concretas de reconhecimento²⁶².

Ou seja, o grande núcleo de fricção das teorias reside exatamente na possibilidade ou não de haver “discricionariedade” no ato de julgar, de tal modo que ou radicalmente se aponta na direção da necessidade de total subsunção ao que está escrito na lei, ou ao extremo de se entender que é possível ao julgador criar a norma a partir de seus juízos sobre o ordenamento, consideradas no meio termo desses extremos todos os níveis de maior ou menor atribuição de autonomia a esse atuar.

²⁵⁹ Cf. também MAIA e NETO, op. cit., p. 90.

²⁶⁰ HABERMAS, *Direito e democracia...* v. 1, op. cit., p. 281.

²⁶¹ MAIA e NETO, op. cit., p. 95.

²⁶² HABERMAS, *Direito e democracia...* v. 1, op. cit., p. 277-288.

O ponto nodal aqui colocado é a necessidade de se encarar o resultado do trabalho argumentativo, levado a efeito pela depuração crítica do discurso, como deliberação, e não decisão autônoma, de natureza monológica, para que possamos rever o papel do juiz, substituindo a idéia do magistrado atado a silogismos, ou do juiz Hércules, ou construtivista, para um que se integre na práxis discursiva, a qual sirva, ela mesma, de estímulo e limites ao discurso, com base na justificação e crítica, controlável metodologicamente.

A visão que aqui se esboça, ainda embrionariamente, é a de que isso que se denomina sentença, decisão ou comando judicial, emanada do processo, tem natureza de deliberação, na medida em que não é monológica, nem vertical, nem absoluta, nem unipessoal. Ao contrário, ela, necessariamente, terá de ser dialógica, horizontal, relativa e interpessoal.

E isso porque a justiça de uma decisão não estará depositada na aplicação correta e automática da regra sobre o fato, porque tal mecanismo automático de subsunção, lógico-dedutivo, não consegue enxergar as variantes e nem se mostra capaz de traduzir um sentido crítico de seu teor; nem porque decorrente de um ser dotado de “virtudes” especiais, ou criativas da norma jurídica. A justiça de uma decisão estará necessariamente ligada à participação democrática no processo judicial, e se identificará na legitimação advinda de um processo de respeito os requisitos da “situação ideal de fala” e resulte de um embate argumentativo, que tenha como consequência uma deliberação vinculada e justificada, em pertinência à “tábua axiológica” adotada pela Constituição e nuclearmente imbricada à igualdade e à dignidade da pessoa humana, como atributos necessários do procedimento e do próprio resultado.

É lógico que as deliberações, porque humanas, são falíveis, assim como são falíveis nossas escolhas pessoais a respeito de nossas vidas particulares, ou são falíveis as formas de participação democrática convencionais, a nível coletivo, por mais democraticamente que tenham sido os consensos obtidos.

Não se busca uma verdade absoluta, apenas um acordo racionalmente motivado a respeito de algo relevante para os partícipes sociais, e que seja ancorado em uma certeza, ainda que provisória, de que ela é resultado de uma igualdade de participação na manifestação a respeito de uma práxis comunicativa que envolve todos os concernidos.

Do mesmo modo que para Habermas a positividade do Direito não pode fundar-se em decisões arbitrárias, sob pena de perder essa capacidade de amálgama do social, prevenindo rupturas, devendo ser legitimada por um processo argumentativo, no qual todos possam participar para que resulte num acordo racionalmente motivado, também a decisão judicial deve se mostrar legítima porquanto justificada na deliberação do processo judicial.

Tanto isso é verdade que se as partes de comum acordo resolvem em sentido diverso do pretendido inicialmente, desde que respeitados os limites legais, não pode o magistrado decidir de forma diversa, não pode ele se negar a estabelecer a regra emanada do consenso obtido diretamente pelas partes, homologando aquela transação.

A norma que advém do processo é tecida pelos concernidos e na vinculação direta da matéria de seu interesse.

Sua força, portanto, não é aquela de decisão verticalizada, imposta, mas horizontalizada, justificada.

Sendo ela portanto a soma de vontades, que integram a maioria naquele momento processual da edição de uma norma (sentença) do caso particular, ela terá também sua legitimidade lastreada nas razões de sua justificação, na força do melhor argumento e no respeito à real igualdade de participação.

Como acima dito, em Habermas, a positividade do Direito não pode fundar-se em decisões eventuais e arbitrárias, porque o “direito não é um sistema narcisicamente fechado sobre si próprio”²⁶³, e sua conquista se identifica exatamente na possibilidade de redução de conflitos através de normas que não sejam apenas coercitivas, já que correm o risco de perder sua função e finalidade, que vêm a ser a manutenção do tecido social, através de sua potencial capacidade integradora.

Ao definir argumentação racional, afirma Oscar Vilhena que esta compreende “um procedimento discursivo destituído de qualquer forma de coerção que não o constrangimento do melhor argumento, em que todos os participantes se reconheçam reciprocamente como seres autônomos e racionais.”²⁶⁴

²⁶³ HABERMAS, Três modelos normativos de democracia.. In: *Lua Nova revista de cultura e política*, p. 53.

²⁶⁴ VIEIRA, op. cit., p. 89.

Portanto, uma participação democrática num espaço público judicial deverá acontecer sem escolhas arbitrárias de conteúdos, já que deverão ser tecidos no âmbito mesmo do processo reflexivo argumentativo, conectado à adequação necessária que terá sempre como parâmetro aquele emoldurado pela Constituição, informado pelo tripé igualdade/dignidade/realidade.²⁶⁵

Ao se referir à racionalização da argumentação de uma decisão judicial, observa Oscar Vilhena que é assim que:

[...] os tribunais assumem o papel de discutir, publicamente, o alcance dos princípios e direitos que constituem a reserva de justiça do sistema constitucional [...] Caso consigam levar a cabo esta tarefa, poderão se transformar num fórum de extraordinária relevância dentro de um sistema democrático, onde muitas vezes os valores fundamentais ficam submetidos ao decisionismo majoritário.²⁶⁶

E segue afirmando que isso não significa qualquer pretensão de se estabelecer uma hierarquia entre procedimento judicial e procedimento democrático. Tal colocação, contudo, revela seu entendimento no sentido de que o procedimento judicial e o procedimento democrático são coisas distintas e não *modus operandi* diversos do mesmo procedimento democrático de participação pública.

A abordar a questão procedimental do Estado Constitucional Democrático, e sua legitimação através dos direitos humanos, Habermas promove a seguinte indagação: “quais são os direitos fundamentais que cidadãos livres e iguais devem outorgar-se reciprocamente se querem regular legitimamente sua vida em comum através do direito positivo ?” E responde adiante: “A busca de um nexó interno entre direito humanos e soberania popular, consiste [...] no fato de que os direitos

²⁶⁵ Cláudio Pereira de Souza Neto afirma que: “A fundamentação filosófica dos direitos humanos se insere hodiernamente também no campo da atividade judicial de concretização, ou, mais precisamente, da metodologia jurídica. Nessa linha, conceitos como os de dignidade humana, reserva de justiça, liberdade real, igualdade material, são alçados à categoria de pressupostos legitimadores da ordem jurídica, podem fornecer referenciais materiais que legitimam, em determinados contextos, a concretização judicial da Constituição, independentemente da mediação legislativa.” Cf. SOUZA NETO. Fundamentação e Normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático, p. 301.

²⁶⁶ VIEIRA, op. cit., p. 91.

humanos institucionalizam as condições comunicativas para a formação de uma vontade política racional.”²⁶⁷

A reflexão de Oscar Vilhena Vieira sobre os limites do próprio ato de julgar insere a obrigação do magistrado fundamentar e justificar aquelas razões que conduziram a determinada solução, para que todas as “operações da mente” que o fizeram adotar um certo dispositivo possam estar estampadas naquela, “prestando contas” de seu atuar.²⁶⁸

Refere ele com precisão que “o ponto crucial de controle sobre esta atividade argumentativa-decisória (diríamos nós, argumentativa-deliberativa) é a obrigação do magistrado de fundamentar e justificar as razões que o levaram a uma determinada decisão.”²⁶⁹

Contudo, entende-se de forma diversa do autor,²⁷⁰ quando afirma que quem dita os limites materiais ao poder de reforma de uma constituição acabam sendo os magistrados. Se é pelo exercício da racionalidade e argumentação que é desenvolvida a deliberação judicial, sendo através dela que se darão discussões públicas sobre direitos e princípios, e, conseqüentemente, sobre todo um conteúdo de interesses da sociedade, terá, o teor dessa deliberação final, necessariamente, que estabelecer as conexões necessárias para que nela se reflita a vontade política racional; se é através das condições comunicativas que o processo acontece, e se só existe processo porque alguém o provocou, e nele depositou as razões de determinada controvérsia existente no seio social, que restara insolúvel, sua práxis se transforma, por conseqüência, num fórum de relevância dentro do sistema democrático, não havendo como injetar-lhe conteúdos próprios do juiz, senão vincular-lhe as razões que a própria deliberação pública ditou.

A Constituição como “reserva de justiça” traduz os princípios e direitos que devem ser assegurados a todos, independentemente da esfera pública em que se discuta; ela efetivamente é a célula-tronco onde se agrupa todo o DNA de uma comunidade jurídica e histórica, e, portanto, da moralidade política, do direito positivo e dos princípios e valores também positivados.

²⁶⁷ HABERMAS, Acerca de la legitimación basada en los derechos humanos. In: *La constelación posnacional*, Cap. 5, op. cit. Mimeo.

²⁶⁸ VIEIRA, op. cit., p. 91.

²⁶⁹ Ibid., p. 90

²⁷⁰ Ibid., p.87.

Mas o objeto do presente trabalho não permite um aprofundamento do tema ao nível do que sua importância exige, de tal sorte que deixaremos para outro momento o retorno à matéria tão tentadora.

Por último, vale ainda observar que o carácter deliberativo do resultado do processo se reconhece também na identificação daqueles que dele participam como “agentes deliberativos”²⁷¹, ou seja, sendo o processo judicial um processo público de formação da vontade social, tal natureza se evidencia na:

[...] medida em que as respectivas preferências individuais devem ser expostas a um procedimento de crítica e refutação. Esses procedimentos, em sua forma ideal, organizam uma competição pelos melhores fundamentos, e as normas jurídicas resultantes de tais procedimentos podem ser consideradas provisoriamente legítimas.

Daí, acima de tudo, decorre seu poder coercitivo, independentemente de ter emanado de um dos poderes do Estado.

É a mesma referência de Perelman, como afirma Antônio Cavalcanti Maia e Cláudio Pereira, que não busca apenas a faceta ‘autoritária’ da decisão jurídica, mas preponderantemente um “ato legitimado discursivamente”.²⁷²

Afirma aquele teórico:

Em uma sociedade democrática, é impossível manter a visão positivista do direito, segundo a qual este seria apenas a expressão arbitrária da vontade do soberano. Pois o direito, para funcionar eficazmente, deve ser aceito e não só imposto por coação.²⁷³

Portanto, fundamentação e deliberação constituem o núcleo de uma escolha, adotada por determinada comunidade, decorrente de um processo democrático de constituição da vontade dos concernidos, e depurado reflexivamente através da ação comunicativa.

²⁷¹ Essa, a percuciente observação de Klaus Gunther ao se referir a Habermas, tratando de “pessoa deliberativa”. Cf. GUNTHER, op. cit., p. 114.

²⁷² MAIA e NETO, op. cit., p. 95.

²⁷³ PERELMAN, *Lógica jurídica*, p. 241.

Se ela se espelha, de forma reflexa, na participação direta de escolha dos representantes, pelo sufrágio universal, ele se dá de modo direto e imediato na resultante de um processo judicial, que seja levado a efeito de forma aceitável e possível num Estado democrático de Direito.

De sorte que o controle da constitucionalidade deve ser atuado como reforço da democracia e não com sentido verticalizado daquele que diz a verdade a respeito da Constituição, pois deve se compatibilizar com o próprio conteúdo da democracia²⁷⁴. Mais do que reforço, um controle assim entendido deve ser ínsito ao seu atuar, já que não existem verticalidades possíveis numa democracia em que se pretenda de participação igualitária nas decisões que envolvem a preservação dos direitos, o atendimento às necessidades, o alcance de expectativas de melhoria possível dentro da diversidade da sociedade plural, e dentro de um equilíbrio que o sistema do próprio mecanismo constitucional engendrou.

O juiz ao sentenciar não enuncia vontade diversa daquela que se pretende seja a dos representantes do povo, não produz algo distinto daquilo que aquelas pretensões deduzidas no bojo de uma ação, seja de que natureza for, pretendem afirmar. Ao contrário, a sentença (aqui traduzida como deliberação) constitui o resultado racionalmente motivado e depurado a partir do embate argumentativo, realizado de forma a que todos os envolvidos naquela relação ali concretizada, mas simbolizadora de todas as demais cujo interesse tangencie o tema tratado, estejam democraticamente participando de sua elaboração.

Ali, no espaço judicial, deverá haver a reflexão e a tessitura de um raciocínio, que serão os pilares da justificação de determinada decisão, que, de toda sorte, nunca será desvinculada do que se contém nos limites objetivos do que o processo alicerçou, e, portanto, não dará vãos independentes, autônomos, nem permitiria que o juiz construa algo advindo de suas escolhas, independentemente do cerne do conflito manifestado por cada uma das partes. O núcleo da controvérsia atuará com força gravitacional, sob pena da decisão ser absolutamente nula, porque *extra*, *ultra* ou *citra petita*, e, portanto, distanciada dos limites daqueles conteúdos trazidos pelas partes, e, como conseqüência, desprovida de validade e, conseqüentemente, de legitimidade.

²⁷⁴ Cf. VIEIRA, op. cit., p. 73.

Agregam-se, a tais limitações, os próprios direitos fundamentais, que se apresentam, ao mesmo tempo, como imposições de tutelas humanas consideradas indispensáveis a todos, e meios legítimos de impor limites mútuos, servindo de lastro e finalidade às argumentações, resgatando-se o nexo entre a afirmação dos direitos e a manifestação política do cidadão, enquanto povo.

O que o Judiciário comporta enquanto instância coativa, para fazer cumprir as decisões resultantes dos processos judiciais, se reduz a meios impositivos relativos a um processo de execução, que não se confunde com aquele primeiro momento em que efetivamente houve o desenvolvimento do embate discursivo a respeito da pretensão de validade de uma das teses sustentadas, e que acaba por permitir gerar a regra particular para uma determinada situação conflituosa. E ainda que se possa extrair, para além da efetivação da decisão, um atributo de coatividade do resultado de um processo judicial, ele deve ser visto como decorrente, não de uma força institucional, mas da legitimação da deliberação por todos os interlocutores daquele veículo, não sendo ela, por isso, arbitrária, ou formada a partir de um resultado unipessoal (do juiz).

A articulação do Estado constitucional é que engendra suas próprias conseqüências, inafastáveis pelo rigor e ética que fazem parte do tecido de suas entranhas. Elas são, em última análise, essa vontade coletiva espelhada no corpo da Constituição, e capaz de produzir e legitimar o fruto gestado dentro de sua engrenagem.

E se esse círculo virtuoso, e não vicioso, deve se operar diuturnamente na vida de uma sociedade regulada pela Constituição por ela elaborada, não deve haver receios de desvios, porque eles podem existir, é fato, mas serão episódicos e excepcionais, e não criarão barreiras para interromper tal movimento de continuidade e de força gravitacional, já que, eventuais perdas de rumo, também serão corrigidas pela força centrípeta que o giro dos procedimentos democráticos acabam por exercer, para devolver depois seu resultado à sociedade, na regurgitação da essência destilada da reflexão.

E somente se assim o for, estará potencialmente preservada a realização dos direitos humanos, através de seu núcleo-parelha (um de natureza procedimental,

outro de natureza substancial), identificados com a idéia de igualdade política (de participação paritária) e dignidade humana.²⁷⁵

Portanto, lida uma “sentença” não haverá que se indagar, como muitas vezes acontece: ganhei ou perdi? Tal perplexidade somente se mostra possível no universo distanciado de comandos impostos verticalmente e que não traduzam o exercício da práxis que se pretende democrática.

Do mesmo modo, a deliberação não deverá ficar obnubilada pela linguagem tecnicista que lhe suprima o entendimento. Ao contrário, deve, ela, ser fruto desse entendimento, e capaz de ser acessível, quer intelectivamente, quer concretamente, a todos, porque todos dela participaram na experiência do processo.

As rebuscadas discussões, citações latinas, teóricas e de jurisprudência, tão comum aos textos judiciais, a complexa trama de acolhimento e refutação dos argumentos dos operadores do Direito, em verdade, acabam por não cumprir sua efetiva finalidade que seria a de legitimar as decisões judiciais, pela transparente justificação advinda de seus proferimentos. Ao invés de uma viagem ao entorno de si mesma e da lei, deveria penetrar nos poros dos cidadãos que, tão intensamente, esperam pela sua definitividade pacificadora, e a fim de evitar pudesse privilegiar formalidades de comunicação e processuais, em detrimento de questões de Justiça.

A justificação daquela decisão espelhada no que denominamos comumente de “fundamentação da sentença” deverá ser nada mais do que a consequência racionalmente articulada de uma crítica que atenda, necessariamente, a critérios valorativos que estão voltados para aquilo que Robles denominou “pautas de deliberação de caráter moral”, que se identificam, quando já introjetadas no organismo jurídico de um Estado, através da Constituição, com os direitos fundamentais ou, em caso de não integrem seu corpo, com o que denominamos direitos humanos²⁷⁶.

Carracedo afirma que a visão construtivista não separa realismo de normativismo. O realismo provém, segundo ele, da:

²⁷⁵ Dworkin entende que uma sociedade que reconhece os direitos, não pode aceitar violações do princípio da igualdade e dignidade, porque levar os direitos a sério implica exatamente na idéia de reconhecer a necessidade de um tratamento digno e reconhecer aos outros como um igual, inobstante suas diferenças. Cf. DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, p. 312.

Tentativa de resolver discursivamente um conflito real de interesses, ou dilema prático, que tanto podem ser intra-subjetivos ou intersubjetivos; seu normativismo consiste na busca cooperativa para construir a norma legítima e válida, isto é, capaz de solucionar o conflito ou dilema de forma correta (justificável) e eficaz. Seu realismo obriga e facilita uma constante interação entre teoria e prática, com a conseqüente tradução ou interpretação contextual dos princípios em normas concretas, histórica e socialmente situadas; seu normativismo leva a uma superação dos condicionamentos histórico-sociais e individuais, pois abandona toda veleidade de monologismo [...] em favor do diálogo real [...] de tal modo que, procedimentalmente, a deliberação resulte frutífera e objetiva.²⁷⁷

Superando assim a concepção de que o exercício das formas deliberativas somente pode se dar através daquelas já conhecidas modalidades de participação políticas ligadas ao Executivo e Legislativo, e no qual o Judiciário tem apenas o papel de gerenciar os processos eletivos (eleições – Justiça Eleitoral), a visão do espaço público judicial, instrumentalizado pelo processo, como modalidade de participação democrática e de deliberação, mostra-se como uma nova faceta desse tão conhecido meio de pacificação de conflitos, e também como um imperativo para o exercício da democracia²⁷⁸.

E, finalizando, importa dizer, quanto à legitimidade dos atos que emanam do Judiciário, que nenhuma legitimidade existe para além de algo que não se

²⁷⁶ ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, op. cit., p. 27.

²⁷⁷ CARRACEDO, *Ética constructivista y autonomía personal*, p. 250, apud CITTADINO, op. cit., p. 97.

²⁷⁸ Ao se referir à democracia representativa entendendo que a mesma funciona imperfeitamente, Dworkin pontua que a “conhecida razão de que a regra de decisão pela maioria não consegue levar suficientemente em conta a intensidade, por oposição ao número, das preferências particulares, e porque as técnicas de persuasão política, apoiadas pelo dinheiro, podem corromper a precisão com a qual os votos representam as verdadeiras preferências dos eleitores.[,,] a democracia não é capaz de discriminar entre os diferentes componentes pessoais e externos...”. Cf. DWORKIN, op. cit., p. 425. Contudo, no Judiciário, essa maioria formada pelas partes e pelo juiz não descarta dessa categoria da “intensidade” referida pelo teórico, na medida em que o adensamento das articulações expostas na argumentação é que irá definir o resultado final, e desaguará na deliberação de uma “maioria” de atores judiciais.

identifique com a célula-tronco dos direitos fundamentais, na parêntese igualdade/dignidade da pessoa humana. Um tecido que seja advindo da trama de uma interpretação, somente se conformará como categoria de legal e legítima se nele estiver presente o material que o constituiu. Uma decisão que se reconheça como legal e legítima não pode ser composta de outra matéria.

Não serve a abstração do formalismo como tecido para a realidade, porque ela é eminentemente material, e, portanto, para que a decisão seja intronizada no mundo real necessita de ser composta de material dessa mesma natureza.

3.4.

O terceiro elemento da arena judicial

O juiz, em permanente contato com a fricção da realidade social, das situações de litígio e das desconexões entre estas e a própria lei, pode se aperceber das injustiças e dos dissensos entre essa produção legiferante e as práticas sociais, e mesmo os desdobramentos de mecanismos, ainda que legais, que as facilitem.

Ao lado das partes, assume ele também o papel necessário de controle desses conteúdos de justiça, ínsito ao exercício da função judicante e à aplicação do ordenamento.

Na medida em que uma determinada produção legislativa provoca distorções permanentes ao entrar em contato com a realidade, do processo é que deverá advir o corretivo necessário, já que os próprios fins aos quais a lei se destina não podem estar dissociados do conteúdo de justiça que pretendia gerar.

Legalidade, portanto, não se confunde com Justiça, embora dela se pretenda esse efeito, porquanto a norma gerada a partir desse amálgama é deverá cumprir o papel de integração social.

A figura do juiz, para além de ser vista dentro da concepção convencional de órgão julgador a quem se incumbe a pacificação dos conflitos, deve ser aqui analisada sob outra perspectiva, e dentro de uma dinâmica que se pretende compatível com a Teoria do Discurso habermasiana, de forma que, fazendo parte da engrenagem de um espaço público, seja, ao mesmo tempo, interlocutor e elemento intermediador, submetidos todos (partes, juiz, advogados, defensores, promotores) aos aspectos procedimentais inerentes ao acionamento da via judicial.

A questão da imparcialidade, anteriormente tratada, no qual estabelecemos conexões com a teoria de Habermas, se identifica com uma moralidade mínima, já que é ao máximo esvaziada de conteúdo substantivo, porque procedimental, restrita a um processo que visa formar, através de um procedimento prévio e racionalmente aceito, a expressão da vontade de todos.

A atuação do órgão julgador como mais um elemento que integra este espaço público, agindo à semelhança e também diferentemente dos demais participantes, volta-se para o *telos* do entendimento, já que busca prioritariamente o consenso, participando com os demais do embate argumentativo.

Por outro lado, existe uma outra faceta desta atuação, que se volta para a questão mesma procedimental, e que, no caso dos diplomas em comento (Lei 9099/95 e Lei 8078/90), ganha relevância, na medida em que se constitui como condição funcional desse espaço, de modo a propiciar aquilo que já analisamos como “situação ideal” para o discurso.

A grande novidade inserida pelos microssistemas, objetos da presente análise (Lei 9099/95 e 8078/90), são os instrumentos diferenciais, visando assegurar um equilíbrio entre as partes num nível mais efetivo que aquele da convencionalmente concebida igualdade formal, já que não se pode esquecer que as teses que cada qual pretende afirmar, enquanto atores judiciais, podem ter sido, e geralmente o são, geradas sob condições pessoais díspares.

Necessários se mostram, portanto, para atendimento àqueles pressupostos, definidos por Habermas como inerentes à condição ideal para o procedimento discursivo, que depreendamos um esforço de dinâmica procedimental.

Numa função assim concebida, o juiz atua também munindo as partes com os instrumentos extraídos da conjugação dos dois microssistemas referidos, que se mostram capacitadores para que a atuação dos pólos da relação processual se dê de forma paritária, de modo a propiciar que se manifestem em igualdade de condições, inclusive na sustentação de seus argumentos, e não apenas formalmente.

Tem ele, portanto, uma atuação como interlocutor e também garantidor de um equilíbrio necessário, a nível substancial, o que resulta naquilo que denominamos “procedimentalidade qualificada”, entendida, esta, como a que não se satisfaz apenas com a aplicação do princípio constitucional que obriga a adoção do devido processo legal, garantindo iguais oportunidades de manifestação e ampla defesa, mas também numa dotação suplementar, na qual a igualdade formalmente entendida vem acompanhada de uma igualdade substancialmente assegurada.

A grande indagação seria a de como esta dinâmica argumentativa, com atributos ideais de participação pública e política, seria possível em um ambiente judicial, já que os envolvidos não estariam aprioristicamente colocados na mesma situação, por haver alguém com “poder de decisão” (o juiz).

Veja-se, contudo, que o juiz representa também um interlocutor nesse discurso, que participará nesta condição no momento da deliberação, embora também faça parte da engrenagem que compõe o próprio procedimento.

O juiz, instrumentalizado neste, como o fio condutor da dinâmica dos embates ali travados, apenas dosará os expedientes e remédios necessários a que a participação possa ser o mais igualitária possível, atendendo aos ditames reconhecidamente compensatórios e procedimentais, para que daí advenha a afirmação da tese que se sustente no melhor argumento, e que, como resultado, se componha de dois atributos: legitimidade e validade.

Legitimidade porque decorrente de um procedimento adredemente reconhecido por todos como o correto para aquela finalidade ²⁷⁹, e que produz um resultado por um processo racional e crítico das partes e do próprio juiz, o qual atende a critérios de justificação, refinado pelas argumentações valorativas levadas a cabo pelos concernidos.

O exercício da jurisdição permite, assim, que se efetive condições ideais para o desenvolvimento da ação comunicativa, através da qual se obtém a participação pública para o exercício mesmo da democracia, cumprindo o órgão judicante a função de elemento participante e, ao mesmo tempo, integrador/equilibrador/condutor desse diálogo.

Por isso, neste trabalho, fizemos a conjugação dos diplomas retro-referidos, de modo a que demonstramos a consecução daquilo que se entende por “situação ideal de fala”, que não seria outra senão aquela que possibilite a prática argumentativa em moldes ideais, entendendo-se, aqui, o vocábulo, como já se gizou, não como antítese de real, mas com conotação de “qualidade” para a consecução efetiva dessa prática.

Assegurar o direito incondicional e público de ação não é apenas permitir o seu exercício a nível formal, é prover, a todos, com meios céleres, hábeis e eficientes para garantia de direitos individuais, sociais, econômicos, culturais,

²⁷⁹ Habermas, entende que “legitimidade significa que existem bons argumentos para a declaração de uma ordem política ser reconhecida como certa e justa; uma ordem legítima exige reconhecimento.” (HABERMAS, *Communication and evolution of society*, op. cit., p. 178). Para Luhmann, a legitimidade reside na “formula procedimental”, que se constitui em uma seqüência concatenada de atos processuais, bastando as regras formais do procedimento para que se atenda aos pressupostos de legitimação da decisão (Apud DINIZ. Legitimação procedimental e modernidade: a problemática da legitimidade jurídico-política em sociedades complexas. In, *Revista de informação legislativa*, p.105).

civis, políticos, fundamentais enfim, que tenham sido vulnerados, seja pela ação do outro, seja pela ação do próprio Estado.

Não há resultado possível, portanto, de um processo, que não seja compartilhado, ao menos em parte, com aqueles que para lá se dirigiram buscando a afirmação de determinada pretensão. O magistrado a vê apenas através do ordenamento jurídico, assim como qualquer outro operador do direito, embora sob ângulo diverso, (do que faz, por exemplo, o Advogado, o Membro do Ministério Público, o Procurador em qualquer nível de administração ou qualquer outro operador do direito); ele a filtra, aderindo no todo ou em parte a uma das teses ali expostas, de modo justificado.

O Direito, como afirma Habermas, age como categoria de mediação, de código de interação, que interliga as desiguais relações do mundo enquanto realidade, e estabelece regulações das condutas em formas de vida estruturadas para uma convivência que se pretende harmônica. Permeia, assim, a tensão entre faticidade e validade.²⁸⁰

Observe-se que o fato, o texto legal, a norma interpretada são também trazidos pelos interlocutores, cabendo ao magistrado justificar a fusão de um certo amálgama, através da fundamentação, que explique suas razões, e reflita a posição de uma das partes, ainda que sob nova roupagem de argumentos, para permitir demonstrar com mais rigor um tal resultado, promova-lhe um “adensamento”²⁸¹, que possa explicar a adesão à determinada postulação.

Por tal razão, não se diga que o intérprete da lei, qualquer que seja ele, que neste capítulo está sendo focado na figura do Juiz, não poderia refletir este discurso crítico, porque atrelado estaria à sua própria influência cultural, à eticidade tópica de sua circunstância mundana, não podendo assim ser capaz de comportar-se racionalmente motivado para uma visão crítica, que lhe permitisse descortinar questões morais universalizadas.

Embora seja ele também produto de um complexo de tradições misturadas à identidade pessoal e limitações ordenatórias, existem pontos de convergência no agir orientado para o entendimento, na tensão dos discursos que levantam as pretensões de validade, que exigem justificação racional.

²⁸⁰ HABERMAS, *Direito e democracia...*, v. 1, op. cit., p. 23.

²⁸¹ Cf. VIEIRA, op. cit., p 87.

Esta, por sua vez, obriga-o a sair de sua concha “eco-cêntrica”, para ouvir as outras vozes que se afirmam na eclosão dos confrontos de pretensões, reverberando para dentro do processo muito além do que apenas as “egocentrias” de cada um, na medida em que o sentimento de alteridade, identificada naqueles que tomam parte de um tal processo, permite uma visão plural da controvérsia,

Precisa então buscar “critérios públicos da racionalidade do entendimento”²⁸² ao qual também será exposta sua decisão, para que cumpra a exigência de identificar-se como legítima e válida. Nesse momento, rompem-se as amarras da topicidade ética de sua memória ancestral e passa a cumprir a exigência de uma racionalidade objetivamente conectada a parâmetros que extrapolam as limitações de sua individualidade, diluindo suas convicções pessoais, e buscando outros níveis de justificação e aceitabilidade. E a partir daí orienta-se para interpretar os fatos não sob uma ótica pessoal, mas sob o que seja relevante para as pretensões de validade reconhecidas intersubjetivamente.

Identificamos aí aquilo que Habermas,²⁸³ citando Pierce, aponta como a transcendência a partir de dentro.

Portanto, está ele também sob uma coerção fática situada na necessidade de fundamentação de suas “escolhas” deliberativas, para que se apresente como legítima e válida, como prevê nosso texto constitucional no art. 93, IX, e isso, exige elementos de justificação generalizados, reconhecidamente relevantes, e que podemos identificar no caldo axiológico dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

Como afirma Habermas, referindo-se ao conceito Kantiano de legalidade: “normas de direito são, ao mesmo tempo e sob aspectos diferentes, leis de coerção e leis de liberdade.”²⁸⁴

Ora, as demandas são pretensões que afirmam validades individuais ou coletivas acerca de determinada situação ou objeto, e, enquanto tais, serão discutidos os diversos enfoques para que delas advenha um resultado satisfatório. O juiz, como o terceiro elemento da arena judicial, exercerá papéis diferentes e concomitantes : de administrador na condução dos trabalhos (ele é quem preside as audiências e age, nessa qualidade, com autoridade para tal), de equilibrador das

²⁸² HABERMAS, *Direito e democracia...*, v. 1, op. cit., p. 43.

²⁸³ *Ibid.*, p. 32.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 49.

disfunções participativas (tanto no nível formal como no substancial) e também de interlocutor (como componente do processo na deliberação da maioria).

Devendo ser visto e percebido dentro de uma função destinada para interagir em benefício da agregação social, de seu equilíbrio, age, portanto, também dentro dos parâmetros necessários para que cumpra essa função pacificadora social e se mostre, assim, legítimo.

O primeiro passo no crescimento da atuação positiva do juiz numa democracia que se mostre efetiva e não apenas formalizada pela garantia do equilíbrio funcional da divisão de Poderes, e na atuação imparcial de um órgão julgador, é reconhecer-se como mais um elemento da arena judicial, que, com as partes, através do processo, conforma um espaço deliberativo de participação democrática, porque interage com elas, demonstrando as razões que se mostram racionalmente aceitas a partir do contraponto dos argumentos, com base nas teses levantadas. Somente assim pode ver, naquilo que denomina “sentença”, o resultado racionalmente obtido de um procedimento previamente aprovado pelas partes concernidas, transformado em solução, na medida que resolva um conflito de interesses, através da legitimação argumentativa, e não apenas legal, produzindo, enfim, o que se convencionou denominar “decisão terminativa.”

Somente assim será identificado como agente público e político e, portanto garantidor das bases sustentáveis de um Estado Democrático de Direito e integrante de um espaço democrático de participação da mesma natureza.

Na democracia, não pode haver espaços públicos nos quais haja decisão unilateral, arbitrária, e unipessoal . Toda decisão judicial, portanto, é uma deliberação política já que refere as questões levantadas publicamente a respeito de direitos, necessidades e expectativas que se propõem legítimas a respeito da vida, das coisas, das relações humanas, e carregam em seu bojo aquela fatia de tecido social cujo conflito tangencia sempre matéria que envolve violação aos direitos fundamentais e de participação, aos bens materiais ou imateriais, assim como à responsabilidade por obrigações deles decorrentes, que, embora singularizada numa demanda, dizem respeito a todos.

O atuar do magistrado deverá estar valorativamente voltado para o que se busca como justiça, e esta só se efetiva quando se utiliza a igualdade como critério imanente, obediente àquelas condições da “situação ideal de fala”, dentro do processo. Essa igualdade, por outro lado, deve efetivar-se materialmente, e não

apenas a nível formal, só sendo realmente obtida, quando o resultado aponte para a preservação de uma vida digna para todos os indivíduos, no sentido mais lato que tal conteúdo possa ter, e se concretiza levando em consideração as diferenças entre pessoas, situações e condições, para que sirva também como parâmetro corretivo dessas heterogeneidades.

O instrumento da lei somente justifica o resultado de um processo se o conteúdo dele extraído for compatível com a matéria prima que o originou. E o papel do terceiro elemento da arena judicial é fundamental para que se opere este resgate, qual seja, a própria aplicação da lei seja um caminho de volta à sua origem.

Não pode ele próprio agir com vício de formalidades essenciais, tais como de não justificar adequadamente suas decisões, sob pena de ferir de morte o que legitimou aquele *tertium genus* de “produção legiferante particularizada” (a decisão/deliberação), que também obedece a critérios de um particular procedimento pré-estabelecido, sob pena de nulificar seu próprio conteúdo.

Não é menos verdade, contudo, que se a formalidade for obedecida, mas o conteúdo for violado, porque tecido de uma matéria diversa daquela que traduz a natureza axiológica de sua essência, também não poderá se identificar como legítimo, e, portanto, válido.

Tem-se assim que o atuar do juiz dentro do espaço judicial deve atender aos pressupostos que legitimam as deliberações políticas emanadas do Judiciário, e que convencionalmente se identificam como decisões judiciais; portanto, não pode desvincular a essência do que compôs aquela matéria legal do que resulta de sua aplicação, restringindo-se a abstrações lógico-dedutivas, distanciadas dos limites impostos pelas próprias partes e sem reflexões racionais que tecessem a coatividade do produto final (deliberação).

A autoridade, dela emanada, não pode ser encarada como um atributo desvinculado do modo/dever de atuação dos atores judiciais, que passa, necessariamente, pela justificação das razões da adoção de determinada tese, fundadas em critérios racionais, públicos e objetivos, e de imperatividade, quais aqueles universalmente apreendidos nos conteúdos dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Importante ainda assinalar que esta ótica da natureza da decisão judicial em nada retira seu caráter “coercitivo”, nem despoja o magistrado dos poderes que

são inerentes à judicatura, já que indubitavelmente é do Poder Judiciário que emana a força concretizadora para o cumprimento das decisões decorrentes dos processos judiciais. Contudo, essa faceta “executiva” de seu atuar não o desincumbe de todo aquele trajeto anterior e que é o que permite a formação legal, legítima e válida do que se denomina “título judicial”, e que somente possui esse atributo de faticidade porque também advindo de um processo estruturado nessas bases. A concreção dessa coercitividade no mundo mesmo, lá fora do processo, e que daquele título emana, mostra-se, portanto, uma etapa executiva da efetivação de um tal resultado.

A função judicante embora envolva também, em parcela, esta outra de natureza administrativo-processual, não se limita ou restringe a ela.

O poder e força da decisão que sempre estiveram centrados no juiz precisam ser dele desencarnados, para que se supere a ancestral concepção de que ele pode decidir sobre “o destino das pessoas”, como se dele emanasse alguma força superior, concedida também por alguém superior, para além do mundo terreno.

Reconhecer o papel do órgão judicial como um coadjuvante de num palco de participação política, ainda que com funções preponderantes para a sua fiel e adequada consecução, é buscar a compreensão desse Poder de forma muito mais condizente com a necessária conformação democrática que a modernidade inacabada exige, e redescobrir-lhe uma vocação dessa mesma natureza, abrindo-se uma fenda na armadura do aparato estatal para que lá penetrem e de lá também emanem luzes novas para conduzir os caminhos democráticos.

Na arena de discussão processual, aonde se reflete sobre matérias tão caras aos interesses e necessidades da sociedade, o magistrado, munido com os conhecimentos necessários a respeito da lei e do caso, irá conduzir esse debate e, ao final, traduzir a deliberação que resultou da articulação reflexiva dos argumentos trazidos à discussão, através do *medium* do Direito.

Às formulações binárias precisa ser acrescido um terceiro elemento que também componha a formulação de qualquer enunciação teórica ou prática, que se identifica com o “olho de quem observa e participa” dessa construção, que não é outro senão ele mesmo; mas, em assim se concebendo, é capaz de redesenhar o produto final desta mesma enunciação.

Ao analisar as perspectivas de ação segundo Selman²⁸⁵, Habermas comenta, em relação ao terceiro nível, que se identificaria com a introdução da perspectiva da terceira pessoa. No conceito de relações “mútuos”,

A perspectiva da terceira pessoa permite mais do que assumir a perspectiva de outrem sobre si próprio; a verdadeira perspectiva da terceira pessoa sobre as relações, que é característica do Nível 3, inclui e coordena simultaneamente as perspectivas do si-próprio e do(s) outro(s) e, assim, o sistema ou situação e todas as partes são vistos da perspectiva da terceira pessoa ou do outro generalizado.²⁸⁶

Portanto, se consideramos que as justificações apresentadas pelas partes envolvidas no processo é acrescida de um terceiro elemento (o juiz, ou tribunal), que coordena e também participa ao crescer elementos racionalmente desenvolvidos argumentativamente a partir da carga valorativa destilada dos argumentos trazidos, e sempre referenciados àquilo que de fundamental encerra a Constituição, chegaremos à conclusão de que sua legitimidade também se espalha para aquela relação intrínseca entre deliberações e escolhas realizadas pelo povo, que se encontram inseridas no texto Constitucional, através do Poder Constituinte dele próprio decorrente.

²⁸⁵ Habermas, para explicitar as passagens dos estágios das ações pré-convencionais para as pós-convencionais, a fim de fundamentar a moralidade segundo a lógica do desenvolvimento, utiliza-se dos estágios da “adoção de perspectivas” discriminados por Selman, desenvolvendo, no cotejo com os estágios de tais “perspectivas”, a evolução dos estágios sociais e morais para chegar à ação comunicacional. Usamos aqui a referência tão somente para aclarar a perspectiva do juiz, de modo a identificá-lo como um dos interlocutores que não somente observa, mas que também tem a perspectiva de ser observado. Ver HABERMAS, *Consciência moral e agir comunicativo*, op. cit., p. 172-204.

²⁸⁶ Idem, p. 177.