

4.5 COM A PALAVRA, O UNIVERSITÁRIO

4.3.1 A legitimidade das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito à luz da doutrina de Rosemiro Pereira Leal

Paula Oliveira Mascarenhas Cançado

*Estudante de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
Estagiária do Ministério Público*



O Artificio da Paz Social Pelas Decisões

Muitas são as teorias que surgem com o intuito de tentar compreender o direito democrático, contudo, muitas delas causam embaraço a esta compreensão. Neste viés, pode-se citar a teoria da “legitimação pelo procedimento” de Luhmann, para quem a norma jurídica é uma decisão fundada noutra decisão. A legitimidade da decisão estaria no procedimento para tomá-la. Na teoria luhmanniana, procedimento e processo se confundem.

Procedimento seria um sistema empírico de atos em que normas jurídicas são ativadas e misturadas a comportamentos sociais dos juízes, dos advogados, das partes e dos servidores. As decisões seriam tomadas de acordo com as habilidades pessoais do julgador e, também, de acordo com regras intrínsecas ao sistema social e em normas jurídicas para legitimar estas decisões. Para Luhmann as decisões são legítimas quando prolatadas com talento, quando reprimem rebeldias, previnem decepções ou desilusões entre os contendores ou interessados em direito.

Nas palavras de Rosemiro Pereira Leal, justiça e equidade para Luhmann destinavam a:

Enganar cada qual pela manipulação dos temperamentos, sendo que o nível de eficácia do engano era o que graduaria a legitimação do procedimento. (...) As instituições, como mecanismo de poder estratégico de perpetuação do engano coletivo, são centros e fatos decisórios de artificiosa sustentação pacífica dos ‘deficits’ de convicção e expectativas da sociedade capitalista e não de efetiva resolução ou remoção de conflitos nela emergentes (LEAL, 2002, p.86).

Essa junção de normas jurídicas das leis legisladas e das ditas leis advindas da sociedade é que induz a acreditar numa justiça, direito e equidade por emanções de leis naturais ou em relações sociais em que o direito positivo é mero subsídio do decididor que evita distúrbios na sociedade.

O procedimento seria utilizado como meio de camuflar o autoritarismo, sendo o modo através do qual se apazigua conflitos

sociais. Busca-se tomar decisões procedimentalmente não resistidas. “É uma justiça estratégica de perenização das estruturas dominantes”. (LEAL, 2002, p.88).

Não há que se buscar a verdade ou falsidade das questões em litígio neste procedimento e, sim, decisões que manteriam o sistema.

Poder de Decisão e Legitimidade Decisória

Para os romanos a autoridade era a instância de legitimidade do poder, uma vez que a autoridade representava a força da tradição dos príncipes e glória dos antepassados.

Na história do poder o binômio da dominação e legitimidade assume versões em que a dominação ora se legitima pelo carisma do líder, ora pela tradição da autoridade. Hoje, a legitimidade está na norma jurídica processualmente legislada e se critica o pseudo legalismo normativo que valida a mítica do poder exercido discricionariamente pelo decididor.

A relação saber e poder sempre esteve presente nas técnicas de dominação e Leal assim a descreve:

Os decididores arcaicos, auto-esquecidos de seu tempo, aprovados com louvor em concursos públicos, ou escolhidos por autoridades governamentais, são cultores, por isso mesmo, de uma prática humano-jurídica comprometida com um cientificismo reificante que supre, por metodologias realistas, segundo apreendem, a lacuna dita congênita das leis, cujas origens normativas estão sempre numa fonte de poder inesclarecido com a qual subliminarmente estão identificados (LEAL, 2002, p.91).

É justamente o descrito acima que coloca o decididor do lado oposto do direito democrático, uma vez que o tem como um observador imparcial de uma realidade que por ele deve ser corrigida para que fique ajustada a uma ética social e a uma moral tradicionalmente em vigor só estabilizáveis pela inteligência ágil do julgador.

A lei escrita cai ao patamar de algo que já fora pensado pelo decididor.

O processo ou o procedimento, desta forma, é o meio de realização do direito, e não há preocupação em atender os princípios jurídicos-institutivos do devido processo constitucional

do direito democrático. Deve haver, sim, economia, celeridade e garantia, que são garantidas pelo próprio decididor para promover justiça rápida e a pacificação dos conflitos na sociedade.

Contudo, oportuno salientar, que decisão justa só é aquela que se adequa às características e objetivos da teoria democrática processualmente fundacional da normatividade.

A Processualidade Legitimante das Decisões

Sob o prisma do Estado Democrático de Direito, a decisão é construída a partir da legalidade procedimental aberta a todos os indivíduos e se legitima pelos fundamentos teóricos-jurídicos do discurso democrático nela contidos.

O que confere qualidade de direito democrático à integralidade normativa do ordenamento jurídico é a participação processualizada dos sujeitos e das partes no processo, que criam normas e decisões a partir do paradigma do devido processo constitucional já legalmente implantado.

Haverá o exercício e aplicação de um direito democrático pelo devido processo constitucional, nas palavras de Leal, quando:

concebido em seus elementos dialógicos e institutivos de um *medium* lingüístico-jurídico pela co-extensão procedimental (devido processo legal) propiciadora de um espaço estruturante da linguagem jurídica de discussão dos direitos argüidos e preparatória de decisões cuja teorização construtiva é aberta a todos os participantes procedimentais habilitados ou a se habilitarem à movimentação da atividade jurídica (judicial, executiva e legislativa) por um *direito-de-ação* incondicionado (direito de petição) constitucionalmente garantido (LEAL, 2002, p.118).

No direito democrático a dogmática do discurso pela problematização processual abre a todos, pelo direito de ação, preparar decisões não apenas que impliquem acerto ou cumprimento de direitos, mas, também, destinadas a provocar extinção ou inclusão normativa no ordenamento jurídico através do devido processo legislativo, fundamentando, assim, a legitimidade de normas a serem produzidas ou recriadas no sistema jurídico constitucional do Estado Democrático de Direito.

Para se falar em eficiência jurídica, no Estado Democrático de Direito, a normatividade e as decisões que dela decorrem têm que trazer em seus bojos a teoria discursiva do direito, pois o sistema jurídico só é democrático se for suscetível de recriação e fiscalização permanente pelo devido processo aberto a todos os integrantes da comunidade jurídica através de controles abstratos e difuso, amplos e irrestritos de constitucionalidade.

Desta forma, preservar um sistema jurídico acreditando que ele será infalível pela coerência recursiva de seus conteúdos normativos e amparado por uma admirável judicância supletiva de suas eventuais lacunas é o mesmo que negar sua condição de espaço político discursivo, ou seja, sua condição jurídico-espacial democrática, pois desta forma, apenas um juiz de características invulgares seria capaz de fazer os ajustes necessários aos direitos fundamentais numa realidade que lhe desagradasse.

Nas palavras de Leal,

é correntio falar em dogmática que ofereça pureza interpretativa pelo desligamento a valores morais ou a valores programáticos não esclarecidos na lei, desde de que admitam

inegabilidades de uma jurisprudência decisória uniformizada ao longo do tempo por argumentos limitados aos nichos de interesses de classes, indivíduos, corporações e parcelas de governo e da Administração Pública, sem qualquer comprometimento teórico com o direito democrático (LEAL, 2002, p.121).

A dogmática acima descrita, que decide pela ideologia cultural, nega o Estado Democrático, uma vez que não há o enfoque da processualidade e é justamente na processualidade que se tem a condição discursiva e jurídico-espacial de validade e eficácia das decisões.

Faz-se necessário salientar que no Estado Democrático de Direito a validade e eficácia das decisões prolatadas está no fato de terem sido construídas com a participação discursiva daqueles que sofrerão seus efeitos e na compatibilidade teórica com o modelo constitucional de Estado.

Não há Estado Democrático de Direito pela imediatividade de valores, metas, categorias ou silogismos, encerrados nos sistemas jurídicos que possam lhes dar suporte, mas pela observância a uma condição jurídico-espacial procedimentalmente processualizada como mediadora teórica de construção, garantia, recriação e aplicação do direito.

As decisões proferidas por um juiz pacificador, que se coloca acima das partes, que com seu senso jurídico invulgar é capaz de suprir as lacunas da lei e de legitimar as suas decisões pelo simples fato de ser uma autoridade devidamente habilitada para o cargo que ocupa, embora proferidas em nome de um Estado Democrático de Direito, não se vêm fundamentando na teoria do sistema jurídico-discursivo da democracia, não se prestando, portanto, a realizar os conteúdos legais instituintes desse tipo de Estado, pois seus prolores limitam-se a entender como decisão fundamentada aquela que se definisse em apreciar pressuposto e condições de procedimentos, a causa de pedir e o pedido, através de motivações jurídicas, éticas e morais do julgador, que atendam o querer da sociedade e extraídas de sua especial sensibilidade.

Ter a jurisprudência como ciência também colabora para dificultar a compreensão das novas perspectivas da produção e aplicação do direito. Não se pode “aceitar o direito como objeto reificado da ciência do Direito” (LEAL, 2002, p.123), pois seria o mesmo que aceitar uma ciência advinda do talento do decididor que através de sua própria realidade pessoal lida com o direito culturizado por uma jurisprudência de conceitos ou de valores.

O direito, assim concebido, restringe sua interpretação ao modo como se vem decidindo, e isso em nome de um pseudo Estado Democrático de Direito que perde seu espaço jurídico discursivo legitimador.

Ao se decidir do modo que se vem decidindo, tendo como base a jurisprudência, dá-se acesso à justiça, mas não acesso ao discurso e ao devido processo constitucional.

As decisões só serão constitucionalmente válidas e eficazes se preparadas de acordo com o devido processo legal. Se produzidas em âmbito de exclusivo juízo judicacional, não há como se garantir validade e eficácia pela falta da discursiva condição estatal do direito democrático.

A legitimidade da decisão só ocorre em fundamentos procedimentais processualizados, pois o processo é um direito garantia fundamental de eficiência autodeterminativa da comunidade jurídica que se fiscaliza, renova-se e se confirma através

dos princípios da isonomia, ampla defesa e contraditório.

Efetividade do Processo e Decisão

No direito democrático a efetividade do processo não se faz em juízos de sensibilidade, conveniência ou equidade do decididor. Compreende-se equivocadamente a efetividade do processo como algo apoiado em essência de valores colhidos num mundo político e social fora do processo. Põe-se erroneamente o processo “como instrumento de uma jurisdição judicial portadora e garantista de um sentimento de Constituição e Justiça” (LEAL, 2002, p.127).

Nesse pseudo Estado Democrático de Direito, que tem o juiz no ápice do saber, a justiça das decisões é encontrada através do decididor que exerce uma conduta de adequação das decisões às mudanças sociais só por ele perceptíveis.

A legitimidade da decisão para os instrumentalistas não decorre do devido processo, que é para eles um meio de produzir justiça, mas advém de valores que podem ou não ser adotados pelas decisões, uma vez que a legitimidade é fato social e não jurídico.

Na democracia dos instrumentalistas poderia eventualmente ocorrer decisões contrafactuais ao entendimento da condicionalidade constitucional democrática com o intuito de se adequarem ao fenômeno sociológico de escopos metajurídicos.

É mister esclarecer que nem todo Estado contemporâneo é constitucionalmente Estado Democrático de Direito, pois este se institucionaliza pelo devido processo constitucional.

Decisão Fundamentada e Estado Democrático

Para se identificar uma decisão como sendo democrática é necessário que ela seja prolatada dentro da estrutura do devido processo constitucional, como provimento de todos os sujeitos do processo e não de ato humano monocrático ou colegiado decorrente de um dos sujeitos do processo como função ou órgão protetor da estrutura procedimental processualizada que, a rigor democrático, dispensa qualquer forma volitiva de tutela ou cobertura judicial, porque é na estrutura processual, como espaço jurídico-pluralístico-discursivo, que se legitima toda a atividade estatal normativa no paradigma jurídico da democracia.

De acordo com Habermas, a força do direito nas democracias se expressa na circunstancialidade de os destinatários das normas se reconhecerem como seus próprios autores, contudo, esse postulado só é acolhível num espaço jurídico processualizado, em que as decisões não seriam atos jurisdicionais de um decididor protetor ou apenas provedor dos procedimentos democraticamente constitucionalizados, mas atos processualmente preparados na estrutura procedimental aberta às partes e aos sujeitos processuais, figurativos e operadores dessa instrumentalidade jurídico-discursiva na movimentação efetivadora, que corrige e recria os direitos constitucionalizados por uma comunidade que se propõe a se construir, a cada dia, em “sociedade jurídico-política democrática no Estado constitucionalizado” (LEAL, 2002, p.131).

Nas palavras de Leal, “A jurisdição constitucional compreendida como desempenho (performance) do ‘Poder Judiciário’ vinculado à eticidade substantiva de ‘guardião de valores’ conformador do ‘senti-

mento constitucional da comunidade’ em nada caracteriza o Estado de direito democrático” (LEAL, 2002, p.132).

O acima descrito vai de encontro com o Estado de Direito Democrático uma vez que não há, nessa concepção, o princípio do discurso, que é trocado pela razão prescritiva de uma Assembléia de especialistas construtora de decisões por uma jurisprudência de valores calcados na tradição e na autoridade.

A partir da vigência da Constituição da República de 1988, ao positivar o paradigma do Estado de Direito Democrático em nome do povo brasileiro, o que realiza a integração social é a garantia do princípio discursivo num espaço jurídico processualizado estando presentes os direitos garantias do contraditório, ampla defesa e isonomia, e não uma interpretação solipsista da Constituição por depositários dos valores comunitaristas desvinculados das estruturas procedimentais do devido processo constitucional.

Nas democracias é no devido processo que ocorrem as discussões de falibilidade e efetividade de todo o ordenamento jurídico. Desta forma, cabe às Cortes Constitucionais a observância de valores e conceitos que estejam juridicamente normatizados e abertos a uma fiscalização procedimental legitimada a todos pelo devido processo legal.

As decisões não podem se provenientes de juízos de conveniência ou equidade, ter escopos metajurídicos de uma justiça social que coincida com o senso de justiça de um julgador voltado para tradições e valores do Estado Liberal ou do Estado Social de Direito, pois mesmo as tutelas legais de urgência para remoção de ilicitudes ou inibição de danos só se validariam “sob a regência do *devido processo legal*, atuassem direitos já pré-julgados no discurso exposto da Constituição” (LEAL, 2002, p.136).

Não há que se falar, no Estado Democrático de Direito, do povo conferir maiores poderes ao judiciário com o objetivo de realizar justiça, vez que a democracia não tem como sustentáculo a “taumaturgia do reforço ao idealismo mítico” (LEAL, 2002, p.136), mas sim, o devido processo como forma isonômica de inserção imperativa do julgador como um dos elementos figurativos procedimentais, em conjunto com as partes, sempre no espaço jurídico discursivo procedimental, com o intuito de se ter uma decisão preparada pelas partes e sujeitos do processo apoiada nas garantias do contraditório, ampla defesa e isonomia.

A judicialidade não está nas mãos e na vontade de um pequeno grupo de decididores que supostamente detém o poder, pois se assim o fosse, este mesmo grupo decidiria o que é Estado Democrático de Direito e o estabilizaria por normas fundantes com vistas a uma paz e segurança sistêmica, “cujo acerto estaria no caráter duradouro que especialista ‘poderosos’ lhe pudessem conferir com seus argumentos estratégicos” (LEAL, 2002, p.137).

De acordo com Rosemiro Pereira Leal, o Estado de Direito Democrático a ser resgatado da modernidade para a pós-modernidade da sociedade pluralística é o lugar de uma instituição constitucionalizada e juridicamente delimitadora de um espaço discursivo de validade e eficácia decisória mantido pelo devido processo constitucional como referente lógico jurídico de fiscalização popular irrestrita e incessante de execução de direitos fundamentais positivamente pré-articulados e decididos pela comunidade jurídica.

Insta salientar que as instâncias judicial, legislativa e

executiva, não são por si produtoras de direito quando se tem em mente um Estado Democrático, pois o “Estado é co-instituído e incluso, como instância jurídico-espacial processualmente normatizada de condicionalidade dos direitos fundamentais, pela vontade popular (soberania) da comunidade” (LEAL, 2002, p.139). Desta forma, a produção, a atuação e a aplicação do direito na democracia só são válidas no espaço estatal discursivo do devido processo constitucional que confere legitimidade aos processos legislativo e legal.

Passagem interessante na obra de Leal é a que assevera:

Se não nos for possível, na atualidade, exercer a teoria constitucional democrática, para neutralizar as ideologias do liberalismo e do republicanismo, pela qual inteligências mitificadas de uma assembléia de especialistas (juizes) se apoderam da qualidade inalienável de guardiões ou depositários do *garantismo jurídico* da realização de JUSTIÇA E PAZ

social como controladores e dadores de direitos, certamente não nos restará outra alternativa a não ser o retorno funesto à tradição da sacralidade, que hoje tem roupagens linguísticas sofisticadas pelas designações de ética dos sistemas, acesso à justiça, senso de equidade, poder público, lógica dos mercados, forças sociais, tendências políticas, relações de produção que compõem uma pauta de valores e conceitos advindos da absolutização do saber tópico-retórico como técnica elesiva do espaço discursivo-procedimental de testificação e legitimação do ordenamento jurídico do Estado democrático de direito (LEAL, 2002, p.140).

Não há desmistificação do judiciário pela melhoria do nível técnico dos juizes e por juras de obediência à lei e à prática da justiça, mas por sua inclusão e submissão, como instância pública, ao espaço jurídico-processual de comprometimento institucional com o direito democrático que pressupõe a compreensão na teoria do discurso como base de validade da construção jurisprudencial.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Marcelo Cunha de. Tese de Mestrado **O Processo como Elemento Integrante do Conceito de Direito Democrático**. 2002.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral da Cidadania**. A Plenitude da Cidadania e as Garantias Constitucionais e Processuais. São Paulo: Saraiva, 1995.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Almedina. Coimbra, 2003.
- CATTONI, Marcelo. **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença**. Estado Democrático de Direito a partir do Pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- GONÇALVES, Aroldo Plíneo. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Aide ed. 2001.
- LEAL, André Cordeiro. **O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- LEAL, André Cordeiro. Tese de Doutorado. **Processo e Jurisdição no Estado Democrático de Direito**: Reconstrução da Jurisdição a Partir do Direito Processual Democrático. 2005 – PUC Minas.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.
- MAGALHAES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional**. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- MÜLLER, Friedrich. **Quem é povo?** A Questão Fundamental de Democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito**: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.