

# AS NOVAS REFORMAS DO CPC E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ADEQUAÇÃO OU COLISÃO?

**Wellington Luzia Teixeira**

Advogado – Mestre em Processo pela PUC/MG – Professor Universitário – Diretor do IAMG – Assessor da ESAMG.

## SUMÁRIO

1 – Introdução – 2 – Desenvolvimento – 2.1- A Lei 11.187, de 19.10.2005 – 2.2 – A Lei 11.276, de 07.02.2006 – 2.3- A Lei 11.277, de 07.02.2006 – 3- Colisão com o Estado Democrático de Direito 4- A contribuição da doutrina de Elio Fazzalari – 5 – A contribuição da teoria discursiva de Jürgen Habermas – 6- A teoria neo-institucionalista do processo – 7- Conclusões – 8 – Bibliografia.

## 1 - Introdução

Vigora no Brasil a corrente processual denominada de instrumentalista, capitaneada por Cândido Rangel Dinamarco. Esta corrente, uma *evolução* da Escola do Processo como Relação Jurídica entre pessoas, criada nos idos de 1858 pelo jurista alemão Oskar Von Bülow, cuja característica principal é a subordinação das partes umas às outras e, todas, ao juiz, corrente essa que foi introduzida no nosso direito processual por Alfredo Buzaid que, por sua vez, foi influenciado por Enrico Tullio Liebman que aportou no Brasil, fugindo da segunda guerra mundial.

Para os instrumentalistas, o processo não passa de um meio para se atingir um fim que, para eles, seria a efetivação de uma decisão judicial (sentença), que vise, precipuamente, entregar ao cidadão o bem da vida (aqui, na maioria das vezes, este bem da vida está relacionado com bens materiais) no menor espaço de tempo com o menor custo possível. Ou seja: processo, para os instrumentalistas, tem caráter utilitário (custo/benefício), podendo ser definido, com precisão, por qualquer operador de uma bolsa de valores.

Essa concepção mercantilista do processo não pode vigorar em um Estado Democrático de Direito já que, neste paradigma, processo é direito fundamental do cidadão e do governante, só se compreendendo como processo aquele procedimento realizado em contraditório entre as partes, que serão os destinatários da decisão judicial (Fazzalari).

Para a realização deste artigo, analisaremos as últimas alterações do Código de Processo Civil, efetivadas a pedido e por orientação intelectual de boa parte dos integrantes da Escola Paulista de Processo, os instrumentalistas,<sup>1</sup> para verificarmos se, realmente, elas trouxeram algum avanço para o nosso Direito Processual Civil, ou seja, se estão adequando um modelo arcaico de processo ao paradigma do Estado Democrático de Direito no qual vivemos ou se, ao revés, estão, por trazerem medidas que inibem a liberdade, o contraditório e o acesso ao devido processo legal, colidindo com as garantias conquistadas pelo povo e que são o arcabouço daquele mesmo modelo de Estado.

Após, e com as sempre respeitadas críticas daqueles que estão, apenas, procurando trazer elementos para o aperfeiçoamento de um processo democrático, demonstraremos por quê os instrumentalistas estão equivocados nas suas conclusões e proposições. Para tanto, recorreremos à doutrina de Elio Fazzalari, à teoria discursiva de Habermas e à teoria neo-institucionalista do processo de Rosemiro Pereira Leal, por entendermos que ela é a que mais se aproxima de um processo dialético, logo, democrático.

---

<sup>1</sup> Ada Pellegrini Grinover, Athos Gusmão Carneiro, Luiz Carlos Cruz e Tucci, os mais destacados.

## 2 - DESENVOLVIMENTO

### 2.1 - ANÁLISE DA LEI 11.187, de 19 de outubro de 2005.

Todos aqueles que militam nos foros há, pelo menos, dez anos, sabem muito bem que quando um recurso não possuía efeito suspensivo utilizava-se do mandado de segurança para emprestar àquele recurso o efeito que ele não possuía evitando-se, assim, que uma decisão judicial pudesse trazer à parte dano de difícil ou incerta reparação. Com isto, o mandado de segurança que, por Lei, tem objetivos e fins muito bem definidos, era utilizado para quase tudo, chegou-se, até mesmo, a receber o apelido de *remédio heróico*.

Pois bem. Com a mini-reforma de 2002, foi dado ao agravo de instrumento o efeito suspensivo, ou seja, este recurso passou a ter a força de suspender uma decisão judicial que pudesse trazer dano de difícil ou incerta reparação, até decisão do seu mérito. O agravo retido, que não desapareceu, era de pouca ou quase nenhuma utilidade, restringindo-se, apenas, a não permitir que uma decisão passasse livremente em julgado, para o seu eventual julgamento em preliminares de apelação.

Com a edição da Lei acima referida, o que era regra (agravo de instrumento) passou a ser exceção, já que o que era exceção (agravo retido) passou a ser a regra, uma vez que o artigo 522, do CPC, com nova redação imprimida pela Lei em comento, determina que das decisões interlocutórias caberá agravo, na forma retida. O agravo de instrumento só será recebido sobre decisão *suscetível de causar à parte lesão grave E de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida*. Destacamos.

De se observar que o legislador deixou nas mãos dos juízes, seres privilegiados que são (expressão cunhada por J.J Calmon de

Passos), decidir o que é lesão grave E de difícil reparação. Como se não bastasse, para se admitir o agravo na sua forma instrumental, não será suficiente apenas a possibilidade de lesão grave, já que ela terá que ser, também, de difícil reparação, conforme locução E e não OU. Se fôr, apenas, de fácil reparação, também a critério do juiz, o agravo será transformado em retido e a sua apreciação só se dará quando do julgamento de uma eventual apelação. Vale dizer, enquanto isto não ocorrer, a parte ficará sujeita, por anos às vezes, às conseqüências da decisão sobre a qual ela interpôs o recurso, em face ao acúmulo de processos nos tribunais. Esta é a determinação legal!

Percebe-se, antemão, que a situação de abandono do cidadão não poderá prevalecer diante de uma legislação tão simplista e alheia aos anseios de uma decisão certa e rápida. O que fazer então?

Ora, se a decisão recorrida poderá trazer lesão grave, pouco importando se de fácil ou de difícil reparação, critério tão subjetivo que jamais poderia constar de um texto legal, cabe ao advogado da parte impetrar mandado de segurança para dar efeito suspensivo ao recurso que o juiz não deu, ou seja, voltar-se-á à nefasta prática de chamar o *remédio heróico* para nos socorrer.

Se o objetivo do legislador, influenciado pelos instrumentalistas, era encurtar a vida de um processo eliminando recursos, acabou por ressuscitar o mandado de segurança, vale dizer, *o tiro sairá pela culatra*, já que nenhum advogado, pelo menos os mais zelosos, irá permitir que o seu cliente fique sujeito a uma situação de risco porque um juiz, na maioria das vezes sem nenhuma fundamentação convincente, entendeu o contrário.

Verifica-se, ainda, que se o outro objetivo do legislador foi diminuir o volume de processos, acabou por aumentá-lo, já que o agravo de instrumento transformado em agravo retido redundará em mandado de segurança, aumentando-se, sobremaneira, o serviço forense.

As críticas a este tipo de legislação, evidentemente, não se esgotam apenas no plano prático, ou seja, da vida forense. Tais legislações

acabam por retirar do cidadão garantias fundamentais conquistadas, tais como: o acesso ao contraditório, a ampla defesa e, principalmente, a uma defesa cômoda, já que impede a parte de levar ao conhecimento de um órgão colegiado (o tribunal), a análise de uma decisão tomada por um único juiz retirando, com isso, o acesso ao duplo grau de jurisdição, corolário lógico da ampla defesa.

Junto com essas perdas, outras de maior relevo: acaba o processo, já que este é um procedimento realizado em contraditório (Fazzalari) e a dialética (Habermas), marca umbilical do processo democrático, fazendo-se aplicar no Brasil, em pleno Século XXI, uma teoria processual criada no Século XIX (Bülow), ou seja, sujeição das partes ao juiz, já que este deverá (e não poderá) converter o agravo de instrumento em retido e desta decisão não caberá recurso, segundo a Lei em estudo. Conversão esta baseada em critérios subjetivos, de caráter discricionário, até.

Á toda evidência que tal postura legislativa vai de encontro com as diretrizes democráticas inerentes ao processo moderno, já que cerceia o contraditório e abandona a dialética, transformando o processo (garantia fundamental) em um instrumento de uma jurisdição ditatorial, de diálogos de mudos.

## **2.2 - ANÁLISE DA LEI 11.276, DE 07 de fevereiro de 2006.**

Esta legislação adicionou o § 1º. ao artigo 518, do Código de Processo Civil, determinando ao juiz que não receba uma apelação quando a sua sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Trata-se, em verdade, da aplicação da súmula vinculante no primeiro grau de jurisdição, o que só ocorria em segundo grau.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Artigo 557, do Código de Processo Civil.

Como o objetivo deste artigo é analisar as recentes reformas do Código de Processo Civil, através das Leis em comento, não iremos descer amiúde para demonstrar a nossa contrariedade com o efeito vinculante atribuído às súmulas, sob pena de perdermos o foco do tema e alongarmos em trabalho que não tem esta característica.

O risco desta Lei é permitir ao juiz negar seguimento a uma apelação por ele entender que a sua sentença está em conformidade com súmula do STJ ou do STF. Ora, a análise deste fator impeditivo de seguimento de recurso (partindo do princípio, apenas para argumentar, que ele possa ser praticado em um Estado Democrático de Direito), não pode ficar sob a batuta daquele que proferiu a decisão. O juiz, não vamos nos esquecer, apesar de privilegiado, é ser humano e, como tal, comete erros e está sujeito às tentações e fraquezas inerentes aos outros mortais.

Mas não é tudo. A prática forense, principalmente da advocacia, já nos ensinou que a expedição de uma súmula se dá com base em reiteradas decisões das Cortes superiores, sobre o mesmo assunto e no mesmo sentido. São através dessas decisões, recurso especial (STJ) ou recurso extraordinário (STF) que uma súmula é criada e publicada. Entretanto, quando tal ocorre, ou seja, quando uma súmula é publicada ela não traz no seu texto os motivos de direito, ou seja, a fundamentação legal que levou à sua criação. Quando muito, e através de pesquisa, ficamos sabendo quais foram os recursos, especial ou extraordinário, que serviram de precedentes para a sua criação. Em síntese: a súmula traz o resultado resumido de vários julgamentos, julgados estes que o juiz não teve acesso.

Ora, se é assim, como pode o juiz, então, saber se a sua sentença está de acordo com a súmula do STJ ou do STF se ele não teve acesso à fundamentação legal que levou à criação da súmula mas, unicamente, ao seu texto resumido? Não poderia o juiz, ao assim agir, estar julgando por presunção e, por isso, causando danos às partes? O fato de existir previsão de recurso contra tal decisão não elimina o prejuízo. Ao contrário, o aumenta já que o recorrente terá custos financeiros (custas processuais e honorários de advogado) para tentar

reverter a decisão e o objetivo do legislador – diminuir o número de recursos – não foi alcançado, porque aquela decisão levou à sua interposição.

Por outro norte, a legislação em estudo não merece apenas esta crítica. Ao revés, por inibir o acesso ao segundo grau de jurisdição e, em última análise, ao próprio processo deve ser duramente criticada. É sabido que o ser humano não se contenta com a primeira decisão, principalmente se ela lhe é desfavorável. Sabemos, ainda, que quando um recurso é interposto, além do natural inconformismo, busca-se a sabedoria dos juizes mais velhos ou a sapiência da decisão tomada em colegiado. Com esta legislação tudo isto será eliminado, já que o cidadão não terá acesso ao juiz, em tese, mais sábio e, muito menos, a uma decisão tomada por um colegiado que, também em tese, julga melhor que o órgão monocrático, já que o agravo de instrumento poderá ser transformado em retido por decisão de apenas um desembargador e não do colegiado.

Em última análise, retirou-se do processo a dialética, o contraditório e a busca da decisão mais acertada que só acontece com o debate travado entre as partes e o juiz, já que a decisão judicial não pode ser tomada de maneira solipsista, uma vez que ela deve ser construída pelas partes que serão o seu destinatário. Assim como a criação da norma, da lei, deve passar por um processo legislativo democrático, a aplicação dessa mesma norma deve se dar através de um procedimento realizado em contraditório (Fazzalari), através da discursividade (Habermas) dentro de um espaço procedimental que faça a passagem do discurso para a prática (Rosemiro), democraticamente falando, e não através de uma jurisdição ditatorial, onde o cidadão, cada vez mais, está nas mãos dos juizes.

### **2.3 - ANÁLISE DA LEI 11.277, DE 07 DE FEVEREIRO DE 2006.**

Com a promulgação desta Lei o legislador foi mais longe na sua ânsia de extinguir o processo. Não contente em eliminar recursos com o sempre fácil argumento de que eles existem em abundância, aqui o legislador permitiu ao juiz repetir a sua decisão em casos em que ele verificar identidade. Ou

seja, todas as vezes que um juiz concluir que uma ação por ele julgada é idêntica a outra a ele dirigida, poderá repetir a decisão anterior, dispensando a citação do réu para contestá-la chamando-o ao processo, apenas, para apresentar contra-razões em eventual recurso interposto pelo autor.

Determina a Lei que tal se dará, tão-somente, quando a matéria controvertida for unicamente de direito. Ora, se o réu não foi citado para impedir o pedido do autor, através do contraditório e da ampla defesa, como falar, então, em matéria controvertida se a controvérsia só se instaura através da contestação que foi retirada do réu?

Determina, ainda, a Lei, que a repetição da sentença só se dará em casos idênticos. É de se perguntar: o que é idêntico? Será que o juiz, apesar de ser um ser privilegiado, repita-se, tem condições de responder o que é idêntico, a ponto da sua conclusão, que se reverterá em decisão judicial, não venha causar prejuízo a nenhuma das partes? Que ser é este que sabe tudo e pode tudo? A simples aprovação em um concurso público tem o poder de transformar um simples ser humano em um ser supremo dotado de uma inteligência inatingível? Sempre com o respeito que todos eles merecem. Será que o legislador não está atribuindo funções e poderes aos juizes que eles, fisicamente, não têm condições de suportar?

Além dessas questões, outras podem recair sobre a aplicação desta Lei. Por exemplo: a) será que o juiz poderá repetir a sua decisão que ainda não foi confirmada pelo tribunal em grau de recurso? E se puder, o que acontecerá com a segunda decisão, repetição da primeira, se esta for reformada pelo tribunal? Reformada a primeira decisão, poderá o tribunal determinar ao juiz que julgue de outra forma, ou seja, que não considere o caso como idêntico, se ele juiz já disse que o é? Onde ficará, então, a independência intelectual do juiz apregoada pela LOMN (artigo 37, I), vale dizer, e se o juiz se recusar a entender que o caso não é idêntico, irá o tribunal puni-lo ou determinar que os autos sejam remetidos para o substituto legal do juiz teimoso?



Vê-se, assim, que não basta criar leis (*já que os lírios não nascem delas*), principalmente quando se visa apenas a celeridade processual e são abandonados os mais elementares direitos e garantias individuais, tais como: o acesso à jurisdição, ao devido processo legal e aos princípios do contraditório e da ampla defesa. O que deve ser urgentemente entendido é que o processo não é um meio para atingir a paz social, como acreditam os instrumentalistas. Processo é garantia fundamental, não pode ser visto como um instrumento a serviço de uma jurisdição solipsista. Ao revés, é a jurisdição que está a serviço do processo que é um espaço dialético, democrático onde a aplicação da Lei retoma a sua discursividade em busca da criação da decisão judicial entre as partes e o juiz. Sendo assim, forçoso reconhecer que as Leis em estudo colidem, de frente, com o Estado Democrático de Direito, nossa próxima abordagem.

### **3 - AS NOVAS REFORMAS DO CPC E A COLISÃO COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DIREITO.**

Assim deve ser, ou seja, a jurisdição a serviço do processo e não este desta, porque vivemos no paradigma do Estado Democrático de Direito que somente pode ser concebido como Estado constitucional, tendo a constituição como sua lei suprema. O Estado constitucional apresenta duas qualidades: Estado de Direito e Estado Democrático. Essas qualidades nem sempre se encontram presentes no mesmo Estado. Todavia, na atualidade, o Estado não deve se limitar a ser apenas um Estado de Direito, “mas deve estruturar como uma ordem legitimada pelo povo. A articulação do direito e do poder no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos”.<sup>3</sup>

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, adotou o paradigma do Estado Democrático de Direito, extrapolando os limites do Estado de Direito. O Estado Democrático de Direito é um projeto em

---

<sup>3</sup> CANOTILHO, JJ. Gomes. Ob. cit. p. 98.

construção pela comunidade jurídica, sendo suscetível de revisão e fiscalização ampla e irrestrita.

O Estado Democrático apresenta os mesmos princípios que o Estado de Direito, acrescentando-se a este apenas o princípio democrático. Assim, uma norma para ser legítima no Estado Democrático de Direito tem que se submeter à fiscalização ampla, sendo apenas relativa à legitimidade da norma criada pelo legislativo, conforme salienta ANDRÉA ALVES DE ALMEIDA:

A norma só é legítima quando se oferece à fiscalização ampla (irrestrita). Por isso se afirma que no paradigma democrático a legitimidade normativa é a posteriori. A legitimidade das normas criadas pelo legislativo é apenas relativa. O direito nas sociedades jurídico-político-democráticas somente se torna efetivamente (concretamente) legítimo quando a norma abstrata, diante de um caso concreto, se oferece (retoma) à processualidade jurídica para a sua discursividade. Nessas condições, os destinatários das decisões poderão ser também co-autores e a força do direito poderá não estar na coação do Estado, mas na participação dos destinatários na criação, aplicação e fiscalização dos provimentos estatais.<sup>4</sup>

Como assevera ROSEMIRO PEREIRA LEAL, na elaboração das leis devem ser observados o devido processo legislativo e o devido processo legal:

[...] se o povo não legislou, o direito não existe para ninguém. Não há lugar se o que não é proibido é permitido, se o sistema é aberto ou fechado, mas, no direito democrático, o que não é provido pelo devido processo legislativo fiscalizável processualmente por todos (devido processo legal) não é juridicamente exigível.<sup>5</sup>

Tal pensamento, no nosso entendimento, não retira das democracias representativas, o que é o caso da brasileira, princípio inculcado na Constituição Brasileira (parágrafo único, artigo 1º)<sup>6</sup>, a sua legitimidade pelo fato das leis serem criadas através de representantes eleitos pelo povo. Tanto a democracia direta quanto a indireta descendem do mesmo princípio da soberania popular, apesar de se distinguirem pela forma com que essa soberania é exercida, o que faz diferença na qualidade do modelo: a primeira, mais qualificada já que emana diretamente da vontade popular (plebiscito, referendium).

---

<sup>4</sup> ALMEIDA, Andréa Alves de, *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Ed. Fórum. 1ª. Ed. p. 77.

<sup>5</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002. p.39.

A legitimidade dessa representação tem origem em LOCKE que concebeu a legitimidade do Estado (aparato burocrático-administrativo) e do Direito por meio da sociedade (mercado) e do processo eleitoral. O resultado das urnas, através da maioria, direcionaria os interesses da sociedade, que deveriam ser perseguidos pelos governantes eleitos. Assim, tanto governantes como governados estariam adstritos não só às leis mas ao resultado obtido das urnas.<sup>7</sup>

Outro princípio consagrado pela Constituição da República do Brasil de 1988 é o da separação de poderes (funções), conforme preceitua o artigo 2º<sup>8</sup>. Desse modo, a função de elaborar a lei pertence ao Legislativo, cabendo ao povo o poder amplo de fiscalização. A separação de poderes significa, na realidade, muito mais do que uma interdependência das funções do que uma separação de poderes. Pressupõe, assim, uma tripartição das funções do Estado: a legislativa, a executiva e a judiciária. Já o princípio do sistema de direitos, relaciona-se com o rol de direitos, liberdades e garantias estabelecidas pela Constituição, conforme enfatiza RONALDO BRÉTAS:

“O vigoroso e exuberante rol de direito, liberdades e garantias fundamentais declarados nos artigos 5º e 6º, entre eles o princípio da igualdade, o princípio da reserva legal e o direito à jurisdição pela garantia do devido processo constitucional, estruturado nos princípios do contraditório e da ampla defesa, incluindo-se, nesta garantia, a indispensável presença do advogado no ato de julgar (art. 5º, incisos, I, II, XXXV, LIX e LV, e art. 133)”<sup>9</sup>.

Pode-se deduzir, então, que o Estado é Democrático de Direito quando ele, Estado, tem um regime de governo baseado nas regras democráticas universalmente conhecidas, e quando o Direito deste mesmo Estado é criado observados os mesmos princípios que regem a democracia. Em síntese: é democrático o Direito que é criado pelo povo, ainda que sob representação parlamentar.

Daí por que BOBBIO afirmou:

---

<sup>6</sup> “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

<sup>7</sup> SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Jurisdição Constitucional Democrática*, Belo Horizonte. Del Rey, 2004, p. 70-73.

<sup>8</sup> “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

<sup>9</sup> BRÉTAS C. DIAS, Ronaldo. Ob. cit. p. 105.

”Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos”.<sup>10</sup>

No entanto, não basta estar sob um regime democrático e sob um complexo de normas, em tese, democráticas, para que o Estado possa ser considerado, efetivamente, Democrático de Direito. É preciso, sobretudo, que a aplicação desse direito passe por uma fiscalidade incessante dentro do espaço da processualidade, onde sejam observados os princípios do contraditório, da isonomia e da ampla defesa. Ou seja: quem cria o direito (o povo) é também o seu destinatário e deve ser o guardião da sua democrática aplicação. Sob pena de termos um Estado- aparentemente- Democrático e uma jurisdição- efetivamente- autocrática, em que o Juiz possa dizer do direito no caso concreto, com base em poderes amplos, absolutos e subjetivos.

Assim é que:

“Não é em qualquer regime que tal procedimento pode converter-se em processo. O pressuposto básico é que estejamos diante de um Estado Democrático de Direito, em que seja permitida a todos a participação, diretamente ou não, nesta estrutura de produção de normas. Em especial, no sistema representativo, é essencial que todos os membros competentes possam potencialmente participar da discussão de uma lei para que, ao final, possa se falar em processo legislativo”.<sup>11</sup>

Percebe-se, então, conforme já informado, que a possibilidade de os membros competentes participarem das discussões de uma lei não caracteriza Estado Democrático de Direito. Mister se faz que, após a sua positivação, a lei se permita correição pelo devido processo legal como consectário lógico da ampla fiscalidade assegurada constitucionalmente pelo processo democrático.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto, *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Édson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 18.

<sup>11</sup> GALLUPO, Marcelo Campos, *Elementos para uma compreensão metajurídica do processo legislativo*. Teoria Geral do Processo Civil, Cadernos da Pós-graduação. Belo Horizonte, Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1995. p. 17.

<sup>12</sup> DEL NEGRI, André, *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo, Teoria da legitimidade democrática*, Ed. Fórum, 2003, p.83.

É que, na concepção de Estado Democrático de Direito, a legitimidade da lei tem de ser aferida, pelo óbvio, democraticamente, ou seja, os órgãos jurisdicionais têm a ela absoluta sujeição não podendo eles decidirem senão em nome daquele que a criou: o povo.

Por seu turno, as funções Executiva e Judiciária estão também comprometidas com a democracia. O povo ativo elege os seus representantes; do trabalho deles resultam (entre outras coisas) os textos das normas. Estes são, por sua vez, implementados nas diferentes funções do aparelho do Estado; mas os destinatários, os atingidos por tais atos, são parcialmente todos, a saber, o povo enquanto população. Tudo isso forma uma espécie de ciclo (Kreislauf) de atos de legitimação, que em nenhum lugar pode ser interrompido (de modo não democrático). Esse é o lado democrático do que foi denominado estrutura de legitimação.<sup>13</sup>

Neste mesmo diapasão, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, insurgindo contra a politização do chamado Estado de Direito, vê, de forma negativa, a lei como fruto de um processo político, uma política de governo, não se legitimando por um conceito de justiça e sim por expressão da vontade política do povo. Assim, conclui: “A politização das leis fere, não raro, a racionalidade do direito, gerando leis irracionais”.<sup>14</sup>

Assim, devemos desconfiar, sempre, de um projeto iluminista com pretensões místicas de pensar, já que qualquer conhecimento é relativo. Logo, qualquer teoria, equação, fórmula elaborada com o objetivo de explicar ou entender a sociedade será sempre submetida ao improvável ao imprevisível, já que é sob a perspectiva da falibilidade é que entendemos o Estado Democrático de Direito, sendo um processo contínuo, indefinido, contribuindo, assim, para que toda a divergência e pluralismo sejam vistos, respeitados e tematizados. Procurar conceituar democracia seria buscar o seu fim, já que ela traz em si a marca da precariedade, da incompletude e da constante e necessária

---

<sup>13</sup> MULLER, Friedrich, *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. SP. Max Limonad, 1998, p. 60.

<sup>14</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo. Ed. Saraiva, 1988. p. 46.

mutabilidade, já que vivemos em uma sociedade complexa onde todo conhecimento, repita-se, é provisório. Em uma só palavra:

"A democracia é um regime do improvável pois sempre requer que se corra o risco ínsito às suas práticas, ou, do contrário, instauramos a ditadura".<sup>15</sup>

Não é sem razão, portanto, que POPPER distingue a sociedade fechada (mágica, tribal, coletiva) da sociedade aberta (democrática) em que o povo caminha para o desconhecido, o incerto e o inseguro, já que, para ele, a sociedade aberta ou democrática é aquela em que o povo confronta-se com as suas próprias decisões.<sup>16</sup>

Tais assertivas popperianas tornam-se mais evidentes quando se sabe que o Estado Democrático de Direito é um crescente de complexidade dentro de uma sociedade paradoxal, onde a mudança é a regra e que a busca da síntese, do consenso, pode não passar de mais um procedimento autoritário e anti-democrático por excluir o dissenso, já que a pluralidade é ínsita à condição humana, principalmente nas sociedades complexas.

Daí porque podemos afirmar que as legislações estudadas neste artigo, sem nenhuma exceção, contrariam, colidem, de maneira frontal, com o Estado Democrático de Direito, porque acabam com a dialética inerente ao processo (procedimento realizado em contraditório), retira do indivíduo, do povo, o poder e o direito de legitimar a norma, através do seu retorno a uma processualidade (espaço) democrática e elimina a discursividade, já que ficamos entregues a uma jurisdição solipsista e, por isso, autoritária contrária, portanto, aos princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito.

A seguir, e sem a pretensão de esgotar o assunto, discorreremos, de maneira sucinta, sobre as teorias existentes na Europa e no Brasil, sobre processo democrático que poderiam, se aplicadas, resguardar as garantias e os direitos fundamentais do povo, sem perda da celeridade processual.

---

<sup>15</sup> CARVALHO NETO, Menelick de. *Pequeno exercício de teoria da Constituição*. Revista Fórum Administrativo, no. 01, Belo Horizonte, março de 2001, p. 11.

#### 4 - A doutrina de Elio Fazzalari

Já foi dito, na introdução deste artigo, que a doutrina de BÜLOW conceitua processo como uma relação jurídica entre pessoas (autor, juiz e réu). Já foi afirmado que os seus seguidores, até hoje, não conseguem distinguir processo de procedimento e, não raro, colocam o processo a serviço da jurisdição. Essa é, inclusive, a corrente dominante no Direito Processual brasileiro cujo maior expoente é CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, da chamada Escola Paulista de processo ou, simplesmente, os instrumentalistas.

O maior avanço trazido pelos estudos de FAZZALARI foi, exatamente, o de distinguir o que os instrumentalistas não conseguem: processo de procedimento e de provimento, além de dar uma outra visão jurídico democrática à jurisdição, colocando-a a serviço do processo e não este daquela, como os instrumentalistas acreditam poder ser.

Para FAZZALARI, regra geral, o processo é uma espécie do gênero procedimento, e este, uma seqüência de atos que antecedem o provimento, ato final da relação procedimental.

Mas não é qualquer procedimento que pode ser considerado processo. Aí reside, talvez, uma das maiores contribuições dos estudos daquele jurista. Somente o procedimento realizado em contraditório é que pode ser considerado processo. Onde se pode concluir, segundo FAZZALARI, que não existe processo sem contraditório, contrapondo-se, via de conseqüência, à doutrina de BÜLOW, seguida pelos instrumentalistas brasileiros, de que o processo é uma relação jurídica entre pessoas.

---

<sup>16</sup> POPPER, Karl R. *Sociedade aberta e seus inimigos*. Belo Horizonte. Itatiaia – Edusp. 1º. vol. p. 217.

Daí porque afirmamos, linhas atrás, que o artigo 285-A, introduzido pela Lei 11.277, de 07.02.2006, extirpa o processo porque elimina o contraditório já que só existe processo, segundo Fazzalari, quando o procedimento é realizado em contraditório. Sem contraditório há procedimento; jamais processo.

E os estudos e conclusões daquele jurista não param por aí. Para ele, não existe apenas o processo judicial. Em qualquer atividade estatal (legislativa e executiva) de que pode ou deve emanar um ato estatal, aquele procedimento, que irá redundar em ato final do Estado, deve ser realizado em contraditório, para nascer o processo.

É que, para FAZZALARI, o ato estatal, ou provimento, surge da própria estrutura orgânica do Estado, pouco importando se do legislativo, executivo ou judiciário.

[...] se, in prima approssimazione, indichiamo come provvedimenti gli atti con cui gli organi dello Stato (gli organi che legiferano, quelli che governano in senso lato, quelli che rendono giustizia, e così via) emanano, ciascuno nell'ambito della propria competenza, disposizioni imperative.<sup>17</sup>

Por esta teoria, o provimento estatal só se legitima se é precedido do procedimento, por que ele, o provimento, só terá aquele *status* se for antecipado, necessariamente, por uma série de atos previstos em lei.

Entretanto, não basta o procedimento sobre o império da lei para legitimar o provimento estatal. É imprescindível, sob pena de descaracterização completa, a presença do interessado no ato final e que a sua presença, em tal procedimento, seja realizada em contraditório, marca umbilical desta teoria, para alçá-lo à categoria de processo, conforme já dito. Como falar, então, em processo, e no Brasil não só se fala como se pratica, se dele foi retirado o contraditório, através do artigo de Lei acima referido?

---

<sup>17</sup> FAZZALARI, Elio, Istituzioni di diritto processuale, 8ª. Ed. Padova, Cedam, 1996. p.7. Se em primeira aproximação indicamos como providências os atos com os quais os órgãos do Estado (os órgãos que legislam, aqueles que governam em lato senso, aqueles que fazem justiça, e assim por diante), emanam, cada um no âmbito da própria competência, disposições imperativas. Tradução livre.



Assim, os atos praticados dentro de um procedimento devem estar ligados uns aos outros em uma relação de causa e efeito, sendo o ato anterior pressuposto daquele que o segue e assim, sucessivamente, até o ato final: o provimento estatal. Assim é que:

“Il procedimento si presenta, poi, come una sequenza de tai quali previsti e valutati dalle norme. Il procedimento va, infine, riguardado come una serie di facoltà, porteri, doveri, : quante e quali sono le posizioni soggettive.”<sup>18</sup>

Dessarte, o provimento final, para não ser maculado, deve guardar estreita sintonia e conexão entre os atos que compõem o procedimento, haja vista, conforme já informado, que deve haver uma conexão lógica/jurídica/temporal entre um e o outro. Assim é que, por exemplo, não se pode determinar a citação do réu para apresentar as suas contra-razões a um recurso se ele não foi citado para contestar a ação que deu origem ao recurso, já que o ato de contestar precede ao de apresentar contra-razões recursais. Às escâncaras, a macula deste procedimento que suplantou uma fase, por força do novel artigo 285-A, do CPC.

Quando foi afirmado, linhas atrás, que os instrumentalistas, capitaneados por DINAMARCO, CINTRA e GRINOVER, não diferem processo de procedimento e, ao conceituarem este, mais confundem do que explicam, fizemos baseados no fato de que aqueles ilustres processualistas assim se expressam:

“O procedimento é, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício de poder (no caso, a jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo”.<sup>19</sup>

A diferença salta aos olhos: enquanto os processualistas brasileiros acima citados enxergam o procedimento a partir da visão

---

<sup>18</sup> FAZZALARI, Elio. Ob. cit., p. 79. O procedimento se apresenta, pois, como uma seqüência tais quais previstas e validadas pelas normas. O procedimento vai, enfim, considerado como uma série de faculdades, poderes, deveres: quantas e quais são as posições subjetivas. Tradução livre.

<sup>19</sup> CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo. Malheiros, 16<sup>a</sup>.ed. 2000, p. 275.

de processo, FAZZALARI desenvolve, primeiro, a noção de procedimento para, só depois, e com visão democrática, conceituar processo, como uma espécie de procedimento realizado em contraditório. O processo é fruto do procedimento e não este daquele, para FAZZALARI.

Daí por que se afirmou alhures que é pelo procedimento realizado em contraditório (processo), com a real participação do interessado em simétrica paridade que o ato estatal irá ganhar legitimidade dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito.

É inegável reconhecer que a teoria fazzalariana de processo e procedimento trouxe um avanço para a compreensão daqueles institutos há muito superada pela doutrina de BÜLOW, criada em 1858, e acolhida pelo nosso Código de Processo Civil, inclusive nas suas mais recentes reformas, aqui estudadas.

Acrescenta-se, ainda, que foi por meio de FAZZALARI e da sua teoria que se conheceu, pela primeira vez, a concepção democrática daqueles institutos, embalados pela noção de igualdade e simétrica paridade entre as partes. Demais disso, não se restringiu a figura do processo apenas ao âmbito judicial, estendida que foi ao legislativo e ao executivo.

Na visão de FAZZALARI, o processo é indispensável ao Estado Democrático de Direito, porque é através dele que a cidadania poderá ser exercitada sem limitações, uma vez que a lei e o ato estatal estarão submissos a fatores de correição. Só através dele, do processo, poderemos chegar a uma sociedade livre, igualitária e aberta.

AROLDO PLÍNIO GONÇALVES, na mesma linha exposta acima, adverte que “no Direito Processual atual, concebido como sistema normativo, o processo já não pode ser reduzido a uma mera legitimação pelo

procedimento, não porque se deva dispensar as formas, mas porque o processo já não é mais apenas um rito para justificar uma sentença”.<sup>20</sup>

Donde se conclui, sem margem para erro, que, segundo FAZZALARI, em um Estado Democrático de Direito, o processo não está a serviço da jurisdição, e sim, esta daquele e o ato de decidir não é um poder do Estado-Juiz, e sim, uma função estatal ligada aos seus Órgãos (judiciário, legislativo, executivo) e não aos Poderes judiciário, legislativo ou executivo,<sup>21</sup> já que o poder é do povo e não do Estado, conforme parágrafo único, do artigo primeiro, da Constituição da República.

## 5 - A contribuição da teoria discursiva de Jürgen Habermas

A teoria discursiva criada por JÜRGEN HABERMAS surgiu com a sua obra *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, onde ele a elabora partindo de uma premissa calcada na racionalidade procedimental. Tal teoria traz enorme contribuição para a construção do provimento no Estado Democrático de Direito, eis que, a partir dela, o direito passa a ser concebido divorciado da moral e, principalmente, como fator de integração entre fatos e validade.<sup>22</sup> O cerne dessa teoria, como será visto, é substituir a razão prática (pragmatismo) pela razão comunicativa (dialética). Há, na verdade, uma substituição da razão finalística por uma razão focada no entendimento.

Sendo assim, não se pode conceber legislações, que se dizem promulgadas em um Estado Democrático de Direito, que retirem o direito ao duplo grau de jurisdição (Súmula vinculante na primeira instância -Lei 11.276), já que ele, o duplo grau, é corolário lógico da ampla defesa e esta nada mais é do que o exercício da razão comunicativa, da dialética.

---

<sup>20</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. Ob. cit. p. 181.

<sup>21</sup> Para aprofundamento sobre a doutrina de Fazzalari, pode o leitor remeter-se ao brilhante trabalho de LEÃO LARA, Leonardo Augusto, CARVALHO, Newton Teixeira de, PENNA, Saulo Versiani, sobre *processo, Ação e Jurisdição em Fazzalari, Estudos Continuados de teoria do processo, Vol. V, Síntese*, 2004, p. 243 a 346, Coordenação Rosemiro Pereira Leal, de onde foram colhidas lições para a feitura deste tópico.

<sup>22</sup> O que também já havia sido detectado por Weber já que este, nos dizeres de Álvaro Souza Cruz “a introdução de elementos morais no Direito conduziria à irracionalidade. Logo, o Direito, necessariamente, precisava afastar-se de quaisquer proposições éticas, pois tal procedimento acarretaria perda de sua cientificidade. E, a racionalidade da ciência jurídica centrar-se-ia exclusivamente no trabalho reconstrutivo e analítico dos conceitos”. Ob. cit. p. 211.

Pela teoria de HABERMAS, a legitimidade da norma só se dá se ela for, efetiva e incessantemente, testada por um princípio de discurso praticado pelos seus criadores e destinatários<sup>23</sup> já que a sociedade atual, multicultural e racionalista, rejeita tanto a metafísica religiosa dos antigos, quanto o apelo à legalidades/discricionariedade do positivismo, como mecanismos de legitimação do Direito. Daí porque, também, não se pode considerar como legítima uma lei (11.187, por exemplo), que dá ao Desembargador de, sozinho, dizer se um recurso deve ou não prosperar, porque ele, sozinho, entende desta forma. HABERMAS, então, faz o seguinte questionamento, que é, ao mesmo tempo, definidor de que em sociedades complexas não existe uma saída salvadora, principalmente pré-estabelecida:

“Em tal situação, agudiza-se o seguinte problema: como integrar socialmente mundos da vida em si mesmos pluralizados e profanizados, uma vez que cresce simultaneamente o risco de dissenso nos domínios do agir comunicativo desligado de autoridades sagradas e de instituições fortes?”<sup>24</sup>

Para HABERMAS, a resposta só poderia ser uma: a faticidade da imposição coercitiva do Direito pelo Estado deveria ser conectada a um processo de normatização do direito. Logo, a coerção e a liberdade são dois componentes essenciais à sua validade,<sup>25</sup> já que a moral isolada seria incapaz de promover a integração social. **Percebe-se**, então, que a legitimidade do Direito em KANT, calcada na moral, não pode mais ser aplicada em sociedades complexas, em um mundo plural, com variadas construções de fundo ético, com valores múltiplos e contraditórios, por ser ela insustentável.<sup>26</sup> Para HABERMAS, a moralidade deve transcender as diversas visões de mundo, com enunciados derivados de um diálogo/discurso público e racional, incluindo tanto concepções individuais e coletivas sobre a noção de vida digna.<sup>27</sup> Para HABERMAS, portanto, tais concepções não devem ater-se, simplesmente, a um mundo de vida, vale dizer, sob uma única e universal moralidade, mas fruto de uma universalização de interesses

---

<sup>23</sup> HABERMAS, Jürgen. Ob. cit. p. 309.

<sup>24</sup> Idem. p. 46.

<sup>25</sup> SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. Ob. cit.. p. 211-212.

<sup>26</sup> “De acordo com Kant, o conceito de direito não se refere primariamente à vontade livre, mas ao arbítrio dos destinatários; abrange a relação externa de uma pessoa com outra; e recebe a autorização para a coerção que um está autorizado a usar contra o outro, em caso de abuso. O princípio do direito limita o princípio da moral sob esses três pontos de vista. A partir dessa limitação, a legislação moral reflete-se na jurídica, a moralidade na legalidade, os deveres éticos nos deveres jurídicos, etc”. (HABERMAS, *Direito e democracia*, p. 140).

em questão, fruto de uma incessante discursividade na busca da legitimidade do direito, já que:

“...ela apóia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos”.<sup>28</sup>

Entretanto, não é qualquer discurso que legitima a norma. Para HABERMAS, somente o discurso jurídico tem esse poder e papel, eis que, só através dele, há uma mutação para o princípio democrático. “Para Habermas, a resposta só poderia ser uma: a faticidade da imposição coercitiva do Direito pelo Estado deveria ser conectada a um processo de normatização racional do direito. Logo, a coerção e a liberdade são dois componentes essenciais à sua validade”.<sup>29</sup> Afirma o autor:

“[...] o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma gênese lógica de direitos, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo co-originário”.<sup>30</sup>

ÁLVARO SOUZA CRUZ, debruçando-se sobre a necessidade da dialética no direito em busca do melhor argumento, chega a uma conclusão no mesmo sentido de HABERMAS. Observe:

“Logo, eles se ligam por um médium lingüístico, que certamente envolve uma tensão entre a realidade e um discurso, em teoria. Essa tensão justifica-se, porque o uso lingüístico de expressões pode se díspar entre os participantes do discurso”.

Nesse sentido, cumpre ao Direito o papel de superação dessa tensão. Se ele busca estabilizar expectativas de comportamento, por pressuposto ele deve

---

<sup>27</sup> SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. Ob. cit. p. 212.

<sup>28</sup> Idem. p.96.

<sup>29</sup> SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. Ob. cit. p. 211.

<sup>30</sup> HABERMAS. Ob. cit. tomo 1, p. 158.

organizar o discurso estabelecido, trabalhando para que o mesmo surta efeitos.

Destarte, os participantes devem agir comunicativamente, ou seja, buscar a compreensão mútua, não apenas do médium lingüístico, mas para a busca de consenso sobre o conteúdo assertivo da afirmação: ela é falsa ou verdadeira? Para tanto, o falante deve estar disposto a sustentar sua afirmação com razões que convençam os ouvintes da veracidade de sua proposição”.<sup>31</sup>

Percebe-se, então, com clareza, o que será mais bem analisado no tópico seguinte, que a teoria discursiva de HABERMAS só tem aplicabilidade se, e somente se, obtiver um espaço para que o princípio do discurso se converta em princípio democrático, ou seja, possa deixar o plano teórico e passe a ser uma garantia fundamental do cidadão. Nessa busca, HABERMAS estabelece as categorias de direito que podem garantir a autonomia privada e pública dos sujeitos jurídicos:

“(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação. [...] (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito; (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual; [...] (4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo. [...] (5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4)”.<sup>32</sup>

Tal se exige, em um Estado Democrático de Direito, porque, neste paradigma, o cidadão não pode mais se conformar, tão-somente, com a validade da norma. É mister, também, que ela se faça legítima e, para que tal ocorra, ela deve passar, de maneira incessante, por uma comprovação discursiva. A substituição da razão prática pela razão comunicativa determinou um novo modo de relação entre o direito e a moral: de co-originalidade e, quanto ao modo de proceder, de complementaridade, o que vai garantir neutralidade normativa imediata para o direito.

---

<sup>31</sup> SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. Ob. cit. p. 217.

## Tal se dá através de um

“processo legislativo que permite que razões morais fluam para o direito já que este é o momento de maior absorção dos discursos morais fazendo com que as duas esferas complementem-se mutuamente. É por isso que André Leal afirma que [...] o Direito, em Habermas, não necessita de inserção de componentes morais ulteriores à sua criação legislativa. Se os pressupostos à criação e legitimação democrática do Direito foram atendidos, o processo legislativo obteve êxito em oferecer um espaço adequado e livre de coerções, para que os destinatários das normas pudessem explicar suas posições, expender os argumentos morais, éticos e pragmáticos que deveriam ser introduzidos no Direito”.<sup>33</sup>

Logo, o Direito não se sustenta mais em elementos metafísicos do costume ou da religião que o pudesse subordinar. Nas sociedades complexas, atuais, a moral pós-convencional “transforma-se num procedimento para a avaliação imparcial de questões difíceis, um procedimento fundado na noção de reciprocidade, de maneira a permitir/garantir o florescimento de distintos projetos de vida”.<sup>34</sup>

O princípio da moralidade insculpido no processo de normatização racional do Direito, através da discursividade acima mencionada, acaba por aliviar o legislador e o magistrado do peso cognitivo de se fazer uma avaliação com valores próprios, o que, via de consequência, afastaria, também, a figura do juiz Hércules de DWORKIN<sup>35</sup>, eliminando-se a coação e a ideologia, privilegiando o melhor argumento.

Sendo assim, inconcebível uma legislação que dá ao julgador o poder de repetir uma decisão anteriormente dada, porque, ao seu solipsista entendimento, esta decisão irá abarcar a de um outro processo que ele, sozinho, considerou idêntica. Ora, o que é idêntico dentro ou fora de uma sociedade complexa?

---

<sup>32</sup> HABERMAS, Jürgen. Ob. cit. tomo 1, p. 159-160.

<sup>33</sup> DEL NEGRI, André. Ob. cit. p. 45.;

<sup>34</sup> SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. Ob. cit., p. 213.

<sup>35</sup> Trata-se de uma criação de Ronald Dworkin, na sua obra O Império do Direito, para designar a figura do juiz centralizador, com poderes sobre-humanos a quem todos nós podemos confiar, já que ele, por ser Hércules, é infalível.

Dessarte, a legitimidade do ordenamento jurídico, em sociedades pós-metafísicas, está intimamente ligada ao grau da sua abertura na busca racional das condições de validade que se institucionalizam por meio de um procedimento que privilegie o melhor argumento (processo) e não através de legislações que visam a celeridade de um procedimento (sem contraditório), sem se ater pela qualidade da decisão que nele será tomada e sim pela rapidez que ela será proferida.

Não podemos esquecer que o objetivo do princípio da democracia é o de construir e efetivar um procedimento que seja apto a legitimar o Direito em sociedades abertas e complexas, porque, como já visto, não basta a validade da norma; mister se faz que a mesma possa ser legitimada pelos seus criadores e destinatários (o povo), por uma decisão racional de questões práticas a serem construídas através do discurso, do qual depende a legitimidade das leis. Destarte, o princípio da democracia parte da premissa de que uma formação político-racional da opinião e da vontade é possível, implicando, via de consequência, a institucionalização dessa vontade racional através de um sistema que garanta a participação dos envolvidos em igual condição numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo Direito.<sup>36</sup>

Dessarte, o princípio da democracia é orientador do próprio *médium* do Direito, ou seja, *deve* “não apenas institucionalizar uma formação política racional, mas também proporcionar o médium jurídico legítimo no qual esta vontade pode se expressar como vontade comum, intersubjetiva, de membros de Direito livremente associados.”<sup>37</sup> Sendo assim, qualquer lei que venha inibir esta prática é ilegítima, pouco importando se ela originou-se do órgão próprio, ou seja, do legislativo.

Daí por que, em Direito e Democracia, HABERMAS afasta-se, vez por todas, de KANT, já que neste a lei geral carrega o fardo da legitimação e esta está sempre alicerçada no imperativo categórico enquanto, no

---

<sup>36</sup> COSTA, Reginaldo da. Ob. cit. p. 42-43.

<sup>37</sup> Idem. p.43.



novo HABERMAS, o princípio da democracia, pelo discurso racional, é que legitima as leis. O princípio da democracia, em HABERMAS, é o código do Direito. Destarte, a legitimidade do direito de cada um só pode ser aferida pela mediação do discurso, pois só serão legítimos aqueles direitos de cada um que puderem ser conciliados intersubjetivamente, isto é, discursivamente confrontado, democraticamente, com o Direito do outro e de todos. O imperativo categórico (universalização) sai de cena para dar espaço a discursividade e a falibilidade que são próprias de um sistema aberto e complexo e, por isso, passíveis de constante correção pelos criadores e destinatários da norma, ou seja, o povo, o que, mais uma vez, faz ruir qualquer lei que impeça a discursividade, como são exemplos as aqui estudadas.

Assim sendo, só podem objetivar legitimidade as normas que tenham passado pelo princípio do discurso, pois estariam sendo colocadas sob o crivo de todos os potencialmente atingidos<sup>38</sup> por ela na medida em que estes tenham participado dos discursos racionais da sua criação o que deve ser assegurado pelo poder político, através do processo que é um procedimento realizado em contraditório.

Para HABERMAS, portanto, existe uma estreita relação entre discurso, Direito e Democracia e só a liberdade comunicativa, ou seja, a formação discursiva da opinião e da vontade pode legitimar o Direito na Democracia.

Finalizando, diante do que foi exposto, sobre a teoria discursiva do Direito, de acordo com HABERMAS, claro está que, embora ele responda de forma satisfatória à questão da legitimidade do Direito no Estado Democrático, não responde quais os institutos jurídicos que devem ser operados para que possa ser possibilitada a coexistência entre autonomia pública e privada, ou seja, quais os direitos fundamentais que seriam responsáveis pela institucionalização das condições comunicativas para a formação da vontade política

---

<sup>38</sup> "Para mim, atingido é todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis conseqüências provocadas pela argumentação de uma prática geral através de normas. E discurso racional é toda tentativa de entendimento sob pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realizar sob condições de comunicação que permitam o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias. Indiretamente a expressão refere-se também a negociações na medida em que estas são reguladas através de procedimentos fundamentados discursivamente". (HABERMAS. Ob. cit. tomo I. P. 142.)

racional. Tal omissão pode ser perfeitamente suprida com uma adequada teoria do processo, que será explicada no próximo tópico, para possibilitar a passagem do princípio do discurso ao princípio da democracia e, assim, demonstrarmos, mais uma vez, a ilegitimidade das leis aqui enfocadas.

## **5 - A teoria neo-institucionalista do processo**

Como foi visto, no tópico anterior, o princípio da democracia, no pensamento habermasiano, é o resultado da ligação entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Em outras palavras: a legitimação das normas jurídicas, que se dá quando os seus destinatários podem se entender a qualquer instante como os seus autores (e não porque o legislador permitiu ao juiz que assim agisse), dá-se pelo princípio do discurso que, para ser deontologicamente neutro e possibilitar a concretização de decisões pelo melhor argumento, deve transformar-se em princípio da democracia. Essa passagem, segundo HABERMAS, ocorre com a institucionalização, por direitos fundamentais, de pressupostos comunicativos em que sejam resguardadas condições democráticas de formação da vontade e da opinião.

Entretanto, e conforme já foi salientado, HABERMAS não informa como seria possível a passagem do princípio do discurso para o princípio da democracia efetivando-se ou se resguardando, assim, os direitos fundamentais, já que aquele princípio garante que o discurso de fundamentação se abra ao emprego de argumentos pragmáticos e para o uso ético-político da razão prática. Sem embargo, percebe-se pelo estudo da sua obra *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade que ele, ainda que implicitamente, faz referência às garantias fundamentais constitucionalizadas do contraditório, da ampla defesa e da isonomia. Assim, entende-se que aquelas garantias são princípios institutivos de qualquer discurso e pressupostos de validade e legitimidade de qualquer decisão racional, principalmente em um Estado Democrático de Direito que é o referencial do presente artigo.

Dessa omissão, nasceu a necessidade de ser criada a teoria neo-institucionalista do processo pelo eminente processualista mineiro ROSEMIRO PEREIRA LEAL, uma vez que, só através dela, poderá fazer a passagem do princípio do discurso para o princípio da democracia acabando, assim, com a lacuna deixada por HABERMAS.

Pode-se afirmar que só através da teoria neo-institucionalista do processo aquela passagem seria possível, eis que a teoria do processo como relação jurídica, criada por Bülow e aplicada até hoje no Brasil, por influência dos instrumentalistas, não atende a exigência da discursividade, já que subordina as partes ao juiz e eliminam, quando não inibe, o acesso ao devido processo legal, seja quando veda o contraditório; seja quando extirpa o duplo grau de jurisdição que é corolário lógico do princípio da ampla defesa, através das Leis aqui estudadas.

A teoria do discurso criada por HABERMAS, já exposta no tópico anterior, é de grande valia para a legitimação das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito e mostra-nos um caminho aberto e, por isso, democrático da construção do provimento jurisdicional em sociedades complexas. Entretanto, repita-se, ele não declinou em que moldes a passagem do discurso transmudaria para o princípio da democracia. A permanecer tal vácuo, essa lacuna, a fantástica contribuição daquele pensador alemão correria o risco de não ser aproveitada, do ponto de vista prático, uma vez que não teria um espaço, um campo, um local para ser aplicada, omissão essa que pode ser perfeitamente sanada por meio de uma teoria do processo àquela teoria intimamente ligada, o que acontece de maneira satisfatória com a teoria neo-institucionalista do processo, agora em foco, uma vez que:

“Por conseguinte, é de se reclamar uma teoria (neo) institucionalista do processo, voltada a qualificar o discurso da procedimentalidade fundante do direito democrático, a que nos dedicamos, em que seja o processo instituição constitucionalizada de controle e regência popular soberana legitimante dos procedimentos como estruturas técnicas de argumentos jurídicos assegurados, numa progressiva relação espaço-temporal, de criação, recriação (transformação), extinção, fiscalização, aplicação (decisão) e realização (execução) de direitos, segundo os princípios do contraditório, isonomia e ampla defesa. Estes princípios, que são integrantes conceituais do processo nessa concepção, assumem, nas comunidades

constitucionalmente implantadas, caráter jurídico-instrumental de tornarem irrestrito o direito-de-ação à fiscalidade processual, popular e incessante, dos direitos fundamentais assegurados.”<sup>39</sup>

É que a teoria neo-institucionalista estuda o processo como pressuposto de legitimidade da atividade jurisdicional, efetivando-o pela constitucionalização dos princípios institutivos do processo – contraditório, ampla defesa e isonomia - processo esse que será o espaço discursivo imune de coerções externas, estando, via de conseqüência, capaz de permitir a participação dos envolvidos na construção do provimento em condições de igualdade, “aptos a aferir a legitimidade de uma norma ou não, já que se não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não podem deter eles o monopólio da sua interpretação”.<sup>40</sup>

A teoria do discurso de HABERMAS, sem embargo da sua evidente relevância, nos moldes preconizada, ou seja, sem declinar a forma pela qual o princípio do discurso se transforma em princípio da democracia, leva-nos a uma perigosa e indesejável auto-legislação, eis que esta, sem ser praticada dentro de um espaço procedimental sujeito a critérios de correições, pode nos levar a lugar nenhum, porque:

“A autolegislação não tem passagem à legitimidade por uma confrontação de razões egressas de um choque público de pretensões sem o médium de uma teoria da processualidade construtiva (em princípios de contraditório, isonomia e ampla defesa) da formação e exercício da vontade que só assim se tornaria democraticamente soberana.”<sup>41</sup>

Tal teoria deve ser observada nas sociedades pluralísticas pela sua importância em fomentar uma decisão democrática e racional. Entretanto, fora de um espaço processualizado (procedimento realizado em contraditório, nos moldes fazzalariano) e longe da teoria neo-institucionalista do processo (onde a autolegislação é possível em face do retorno da legitimidade da norma aos seus destinatários, através da teoria do processo), ela acabaria por comprometer a própria democracia, eis que o princípio do discurso não conseguiria fazer a passagem para o princípio da democracia, vez que o desenrolar das opiniões

---

<sup>39</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. Ob. cit, p. 178-179.

<sup>40</sup> HABERLE. *Hermenêutica constitucional*, p. 15, citado por Álvaro Souza Cruz . Ob. cit. p. 263.

<sup>41</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. Ob. cit. p. 164.

se daria fora de mecanismos não constitucionalizados e, por conseguinte, inaptos a legitimá-las. Destarte, a discursividade na democracia para ser completa e efetiva há de ser feita através de um direito-de-ação coextenso ao procedimento processualmente teorizado como meio de articulação evitando-se, assim, a sua imobilização e garantindo-se a sua legitimidade.<sup>42</sup> Pode-se concluir que, nas democracias, nem o povo (no sentido de uma comunidade) seria auto-suficiente para recriar os fundamentos democráticos fora do paradigma teórico-processual, nem tampouco os tribunais que só devem pronunciar-se de maneira legítima dentro daquela processualidade.

No entanto, e é bom que se frise, não é todo modelo constitucional de processo que está apto a gerir uma decisão democrática. O que vai diferenciar um processo constitucional democrático, na *teoria neo-institucionalista*, é a capacidade de este promover, garantir e efetivar a total e irrestrita reabertura para uma discursividade crítica à fiscalização (correição) processual continuada para a construção, reconstrução, confirmação, concreção, atuação e aplicação do direito vigente,<sup>43</sup> o que vai de encontro às legislações aqui estudadas, eis que estas eliminam qualquer tipo de discursividade entre as partes, seja quando proíbe o contraditório; seja quando impede o acesso ao processo ou ao segundo grau de jurisdição.

A teoria neo-institucionalista como *médium* hermenêutico da procedimentalidade realizadora do direito democrático é devolutiva ao povo, por habilitações de todos ao devido processo legal, da fiscalidade soberana, direta e simultânea, das esferas de produção e aplicação do direito pela plebiscitarização processual (legitimação plenária ad processum e ad causam) do controle irrestrito e incessante de constitucionalidade.<sup>44</sup>

Em uma só palavra: é preciso que se dê conexão processual à teoria discursiva do Direito (Habermas) à teoria neo-institucionalista do processo (Leal) para que se possa compreender melhor o que se

---

<sup>42</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. Ob. cit. p. 164.

<sup>43</sup> Idem. p. 171.

<sup>44</sup> Idem. p. 171.

denomina *institucionalização jurídica* em Habermas, porque só através de uma processualidade intimamente ligada àquela teoria discursiva, o que é o caso da teoria aqui enfocada, pode-se chegar a uma integração social pelo direito-de-ação de forma ampla e incondicionada e não mais se ficar à espera das esmolas governamentais (bolsa-escola, bolsa-gás, vale- transporte,) e na expectativa de uma decisão judicial salvadora e calcada em preceitos metafísicos e elaborada de forma solipsista.

Dessarte, sendo a justificativa de forma argumentativa e racional, vale dizer, reconstruída dentro de uma processualidade constitucionalmente assegurada, pode-se considerar que ela é uma resposta correta, para aquele caso concreto, e essa garantia, ao nosso ver, só é verificada na teoria em estudo, já que a outra (relação jurídica entre pessoas, vigorante em nosso direito processual), não assegura a passagem do discurso para o princípio da democracia, já que

“a reconstrução adequada da situação de aplicação, condicionada e garantida pelo Direito Processual, é que possibilita, juridicamente, a determinação de qual dentre as normas válidas, é a que deve ser aplicada.”<sup>45</sup>

Sendo assim, no paradigma do Estado Democrático de Direito, as decisões judiciais não estão nas mentes privilegiadas do julgador solitário, mas são construídas através de uma interpretação conjunta da norma, emergida de uma razão discursiva advinda de uma racionalidade fundamentada por uma teoria Processual (neo-institucionalista) em que os destinatários da norma possam ser reconhecidos como os autores do direito.

A resposta correta, em sociedades complexas, não está na busca de um consenso ético-substantivo majoritário. Ela está no procedimento, na máxima observância do devido processo constitucional, agasalhado, de maneira ampla e irrestrita, apenas pela teoria em comento. A segurança jurídica, nos nossos tempos, não está no consenso substantivo, mas na rigorosa observância do processo, já que não se busca na democracia uma igualdade material absoluta, mas a igualdade material capaz de nos dar a

capacidade de decidir quais são as diferenças ou argumentos que consideramos justas ou corretos.

## **6 - CONCLUSÕES.**

Pelo que foi exposto, pode-se concluir que as legislações em comento estão indo de encontro aos pressupostos instaladores e norteadores de um Estado Democrático de Direito, já que neste paradigma a norma não se contenta, apenas, com a sua validade legal. Ao revés, em sociedades complexas a norma exige, para a sua aplicação, uma constante verificação da sua validade material, através de uma incessante fiscalização do seu criador que é, ao mesmo tempo, o seu destinatário, ou seja, o povo, através de um procedimento realizado em contraditório (processo em Fazzalari), observada a discursividade inerente a esta mesma sociedade moderna (Habermas), dentro de um espaço procedimental que garanta o exercício dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, onde a norma possa voltar à sua criação, através do *médium* lingüístico (Leal).

Conclui-se, ainda, que tais legislações, conforme apontado no item 2, contrariam os princípios acima citados e, por isso ou por causa disso, estão a infringir direitos e garantias fundamentais a reclamar a impetração de mandado de segurança quando da sua aplicação o que, de resto e ao contrário do que foi objetivado pelo legislador, irá aumentar o volume de trabalho do judiciário.

## **7 – REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.**

ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Ed. Fórum, 2005.

---

<sup>45</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 158.

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 3<sup>a</sup> Ed. 2001.
- BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *A Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Ed. DelRey, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. Tradução e notas de Márcio Publiesi, Édson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *A Crise do Poder Judiciário e as Reformas Instrumentais: Avanços e retrocessos*. Direito e Legitimidade, Organizadores Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira. São Paulo: Ed. Landy. 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e constituição*. Coimbra. Coimbra: Almedina, 5<sup>a</sup>. Ed. 2002.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Tteoria discursiva da argumentação jurídica e tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, texto inédito*.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 16<sup>a</sup>. Ed. 2000.
- COELHO NUNES, Dierle José. *O Recurso como possibilidade jurídico-discursiva das garantias do contraditório e da ampla defesa*. Belo Horizonte. 2003. Dissertação de Mestrado em Direito Processual, Faculdade Mineira de Direito, PUC/MG.
- COSTA, Reginaldo da. *Direito e Legitimidade*. Coordenação de Luiz Moreira. São Paulo: Ed. Landy, 2003.



- DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo. teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentabilidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FAZZALARI, Elio. *Instituzione de diritto processuale*, Padova: CEDAM, 6<sup>a</sup>. Ed. 1992.
- GALLUPO, Marcelo Campos. *Elementos para uma compreensão metajurídica do processo legislativo*. Teoria Geral do processo Civil, Cadernos da Pós-graduação. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1995.
- GALLUPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença – Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. Aide. São Paulo. 1<sup>a</sup>. Ed. 2001.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Breno Siebeneischeler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- KAUFMANN, Arthur. *A problemática da filosofia do direito ao longo da história*. Introdução à Filosofia do Direito, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- LEAL, André Cordeiro. *O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos. 1<sup>a</sup>. Ed.2003.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Isonomia Processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas*. Revista Jurídica UNIJUS, Vol. 6. Ago.2003.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do processo*. Porto Alegre: Síntese. 4<sup>a</sup>. Ed. 2000.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do processo*. Thomson/IOB. 6ª. Ed. 2005.

LEÃO LARA, Leonardo Augusto, CARVALHO, Newton Teixeira, PENNA, Saulo Versiani, *Processo, Ação e Jurisdição em Fazzalari*. Estudos Continuidos de teoria do processo, Vol. V. Síntese, p. 243 a 346. Coordenação de Rosemiro Pereira Leal.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2ª. Ed. 2002.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. São Paulo. Max Limonad, 1998.

POPPER, Karl R. *Sociedade aberta e seus inimigos*. Belo Horizonte. Itatiaia – Edusp. 1º. vol.

POPPER, Karl R.. *Autobiografia intelectual*. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1997.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *O Direito à diferença*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.