

Maria Cândida Gomes de Souza

## **O Espaço Público Judicial**

A participação do Judiciário na esfera democrática pela via da ação comunicativa

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

**DEPARTAMENTO DE DIREITO**

Programa de Pós-Graduação em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional

Rio de Janeiro  
Maio de 2005

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.



**Maria Cândida Gomes de Souza**

**O Espaço Público Judicial  
A participação do Judiciário na esfera  
democrática pela via da ação comunicativa**

**Dissertação de Mestrado**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Gisele Cittadino

Rio de Janeiro  
Maio de 2005



**Maria Cândida Gomes de Souza**

**O Espaço Público Judicial  
A participação do Judiciário na esfera democrática  
pela via da ação comunicativa**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

**Prof<sup>a</sup>. Gisele Cittadino**

Orientadora  
Departamento de Direito – PUC-Rio

**Prof. Antonio Carlos de Souza Cavalcanti Maia**

Departamento de Direito – PUC-Rio

**Prof<sup>a</sup>. Maria Guadalupe Piragibe da Fonseca**

Departamento de Direito – UFRJ

**Prof. João Pontes Nogueira**

Vice-Decano de Pós-Graduação do  
Centro de Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 16 de maio de 2005

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, da autora e da orientadora.

**Maria Cândida Gomes de Souza**

Graduou-se em Direito na UFF (Universidade Federal Fluminense) em 1984. É membro da magistratura no Estado do Rio de Janeiro.

Ficha Catalográfica

Souza, Maria Cândida Gomes de

O espaço público judicial : a participação do judiciário na esfera democrática pela via da ação comunicativa / Maria Cândida Gomes de Souza ; orientadora: Gisele Cittadino. – Rio de Janeiro : PUC, Departamento de Direito, 2005.

230 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas.

1. Direito – Teses. 2. Judiciário. 3. Espaço público. 4. Ação comunicativa. 5. Legitimidade. 6. Representatividade. 7. Democracia. 8. Participação política. 9. Argumentação. 10. Microssistemas. I. Cittadino, Gisele. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

A Joaquim, luz diáfana e perene a iluminar  
todos os dias de minha vida;

A Rosane, doce guerreira, mistura singular de  
força e humanidade a me conduzir,

Pais amados, que presentearam minha  
existência.

## Agradecimentos

A Bruno, razão e sentimento, estímulo e motivação a cada momento do meu trabalho;

A Bernardo, suave compreensão e complacência pelas horas roubadas;

Frutos da minha vida, dos quais desejo a sempre recompensa de suas queridas companhias.

A Gisele Cittadino, mestra e orientadora, que abriu horizontes com proximidade, colaboração e incentivo, e me fez crer ser possível ir além de minhas possibilidades.

À Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, na pessoa de Maria Celina Bodin e Antonio Carlos de Souza Cavalcanti Maia, pelas horas prazerosas de ensinamentos e por terem descortinado um universo de reflexões sobre a humanidade do meu labor.

A Marcos e Carmem, pela prestimosa ajuda cotidiana, pelo carinho e atenção com que se dedicaram a todas as minhas solicitações.

Ao Desembargador Jessé Torres que tão gentil e prontamente me ajudou com o material necessário aos dados estatísticos.

A Antonio Francisco Ligiero que soube compreender a urgência de minha solicitação, empreendendo esforços para me fornecer todas as informações necessárias.

A Maria Beatriz Pontes de Carvalho, Diretora da biblioteca da EMERJ, pelo carinho com que atendeu aos meus apelos de última hora.

A Maria da Glória de Araújo Harrison, pela inestimável ajuda na localização de material de pesquisa.

A Annette Parsons, amiga e colaboradora na tradução do *abstract*, que me prestigiou com seus conhecimentos.

A Claudia Pereira Pitombo, amiga e companheira de vida, o meu carinho pelo apoio na revisão do inglês.

A meu filho Bruno Souza Moreira Leite, mais uma vez, pelo carinho com que ajudou na revisão de todos os detalhes do texto e na elaboração dos gráficos estatísticos.

## Resumo

Souza, Maria Cândida Gomes de; Cittadino, Gisele. **O Espaço Público Judicial: a participação do Judiciário na esfera democrática pela via da ação comunicativa**. Rio de Janeiro, 2005. 230 p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

A análise do lastro e dimensão do Judiciário enquanto instância democrática, e de como a abertura de seu acesso e a revisão de seu papel podem contribuir para o exercício da democracia, foram os pontos nodais do trabalho desenvolvido, que alicerça sua base teórica na teoria da ação comunicativa de Habermas, buscando-se demonstrar, num primeiro ensaio de experimentação de suas categorias à práxis que resulta da “inter ação” dos Juizados Especiais com o Código de Defesa do Consumidor (Lei 9099/95 e Lei 8078/90), como estes podem atuar enquanto instrumentos de democratização do espaço público judicial. No desenvolvimento do tema, situamos o processo como modo de reprodução das enormes diferenças e conflitos encontrados no meio social, e como condutor de necessidades e expectativas sociais, vendo nele, ainda, uma peculiar forma de participação política da sociedade através do Judiciário, palco argumentativo para obtenção de entendimentos, capaz de traduzir um resultado com natureza deliberativa e não decisória. Buscou-se também demonstrar como pode ser atuado, de modo a permitir, no âmbito daquele espaço institucionalizado, uma maior efetivação dos direitos fundamentais, de como se processa a equalização de sintonias que permitam a redução das desigualdades ínsitas à realidade social, operando a transformação da igualdade jurídica para a material, a nível procedimental, e de como, reflexamente, pode esta alcançar efeitos pan-processuais concretos. Constatou-se, ainda, pela dinâmica dos dois microsistemas e de seus resultados, a potencialidade capaz propiciar a afetação do sentimento de alteridade, ainda que tênue, naqueles subsistemas auto-referenciais referidos por Habermas, que se contrapõem à sociedade como forças hegemônicas de dominação na contemporaneidade. Buscou-se, enfim, descortinar uma nova interação entre Judiciário, democracia e participação da sociedade,

principalmente enquanto individualidades coletizáveis, que possa potencializar as resistências e criar atalhos para efetivação dos valores que permeiam a tessitura de seus anseios por igualdade e dignidade. Num mundo descrente e adensado por complexidades e problemas múltiplos, que, cada vez mais, afetam globalmente os destinos e realidades mais remotas, qualquer caminho de reflexão e crítica, mesmo que através da releitura de um Poder de Estado, já constitui, em si, uma finalidade, por colocar num palco de discussão pública as legítimas expectativas da sociedade.

### **Palavras-chave**

Judiciário; espaço público; ação comunicativa; legitimidade; representatividade; democracia; participação política; argumentação; deliberação; microssistemas.

## Abstract

Souza, Maria Cândida Gomes de; Cittadino, Gisele. **The Judicial Public Sphere: the participation of Judiciary in democratic sphere by way of communicative action.** Rio de Janeiro, 2005. 230 p. MSc. Dissertation – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The analysis of the ballast and dimension of the Judiciary while democratic instance and of how the opening of its access and the revision of its role can contribute to the exercise of democracy were the nodal points of the work evolved, which consolidates its theoretical basis on the theory of communicative action of Habermas, seeking to demonstrate, in a first attempt to experiment its categories to the *praxis* which results from the “inter action” of the Special Judiciaries with the Consumer’s Defense Code (Law 9099/95 and Law 8078/90), how they can perform as instruments of democracy in judicial public sphere. In the development of the subject we pose the process in such a manner as to reproduce the enormous differences and conflicts found out in social environment, and as a conductor of necessities and social expectations, also finding a peculiar form of society’s political participation through the Judiciary, argumentative stage for the reaching of agreements, which may express a result of a deliberative but not decisive nature. Also it was sought to demonstrate how process can be put into action so as to permit, within the scope of that institutionalized sphere, a greater effectiveness of fundamental rights, the equalization of syntopies which would permit a reduction of judicial inequalities inherent in social reality, operating the transformation of legal equality to material one, at the procedural level, and how, reflexively, this can reach concrete pan-prosecutorial results. It was also noticed by the dynamics of the two micro-systems and their results the potential capacity of propitiating the affectiveness of alterity sentiment, albeit tenuous, of those auto-referential subsystems referred to by Habermas, which oppose society as supreme forces of domination in present days. It was also sought to unveil a new interaction among the Judiciary, democracy and social participation, mainly as collectivized individualities, which might potentialize the

resistances and create short cuts to the accomplishment of the values which permeate the contexture of their longing for equality and dignity. In a disbelieving world crowded with complexities and multiple problems, which, more and more, globally affect the destinies and the remotest realities, any path leading to reflection and criticism, even through the re-reading of a Power of State, creates, itself, a finality, by putting on the stage a public discussion of the legitimate expectations of society.

### **Key-word**

Judiciary; public sphere; communicative action; legitimacy; representativity; democracy; political participation; line of argument; deliberation; microsystems.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>2 A TEORIA DO DISCURSO DE HABERMAS – CONEXÕES POSSÍVEIS.....</b>	<b>18</b>
<b>2.1. A situação ideal de fala e o espaço judicial de argumentação.....</b>	<b>40</b>
<b>2.2. A dimensão da ação como reflexo do social.....</b>	<b>55</b>
2.2.1. Ação e justiça social.....	62
<b>3 O IMPERATIVO DA DEMOCRATIZAÇÃO DO ESPAÇO PÚBLICO JUDICIAL .....</b>	<b>69</b>
<b>3.1. Legitimidade e representação do Judiciário na esfera pública democrática.....</b>	<b>89</b>
3.1.1. Um esboço histórico.....	89
3.1.2. O lastro necessário – legitimidade e representação na atuação.....	94
3.1.3. O lastro necessário – legitimidade e representação na decisão....	106
<b>3.2. Imparcialidade e participação: a superação de uma ótica estrábica .....</b>	<b>118</b>
<b>3.3. Decisão, fundamentação e deliberação.....</b>	<b>138</b>
3.3.1. A mudança de eixo.....	143
3.3.2. A ação comunicativa como rito de passagem: decisão/deliberação .....	148
<b>3.4. O terceiro elemento da arena judicial.....</b>	<b>169</b>
<b>4 OS INSTRUMENTOS DOS MICROSSISTEMAS: LEI 9099/95 E LEI 8078/90 .....</b>	<b>178</b>
<b>4.1. Reflexos da neutralização das forças sistêmicas.....</b>	<b>201</b>
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>217</b>
<b>6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>224</b>
<b>7 ANEXOS.....</b>	<b>229</b>
<b>7.1. Anexo I .....</b>	<b>229</b>
<b>7.2. Anexo II.....</b>	<b>230</b>

# 1 Introdução

O presente trabalho é fruto das reflexões engendradas nos últimos doze anos a respeito da atividade judicante, especialmente na área cível, que o exercício da magistratura propiciou, e, primordialmente, nos últimos seis anos, da dinâmica e intensa atividade junto aos Juizados Especiais Cíveis e como membro, por cerca de cinco anos, das Turmas Recursais do Estado do Rio de Janeiro.

O enfoque se dá essencialmente, portanto, a partir de Juízos Cíveis, razão pela qual toda a análise, embora possa se referir genericamente às práticas judiciais como um todo, extrai suas constatações a partir da experiência especificamente nesse campo.

O cotidiano dessa práxis permitiu a observação de certas mudanças significativas, tanto no alargamento e densidade do material trazido à discussão, como no crescimento da demanda, na reiteração de determinadas matérias e condutas, e nas conseqüências dessa prática intensa e diuturna, que, ao se revelarem através dos processos carreados ao Judiciário pelas partes envolvidas, propiciaram uma leitura, pelas pretensões e resultados daí conseqüentes, daqueles anseios, necessidades, perplexidades, conflitos, que revelam um esboço da própria sociedade.

Por outro lado, a mudança do enfoque de determinadas questões, principalmente a partir da atuação conjunta da Lei 9099/95 e da Lei 8078/90, assim como a própria consciência crítica a respeito da atividade do juiz e das conseqüências advindas dessa nova mentalidade, vieram como conquistas, e, ao mesmo tempo, como conseqüência inexorável.

A análise e experimentação a serem empreendidas, através do presente trabalho, se dão no sentido de buscar, através dos pressupostos teóricos de Habermas, as conexões entre atividade judicante, participação política e democracia, empreendendo-se uma releitura do papel da magistratura no Estado democrático de Direito, assim como de seu lastro de legitimidade e representação, no que toca à sua atuação e às “decisões judiciais”. Através da aplicação de

elementos da teoria da ação comunicativa passa-se à experimentação do que se concebe como concreção de uma situação especial (“ideal de fala”), no Judiciário, que permita aos interlocutores sociais obterem níveis de entendimento pela prática de um discurso reflexivo, para que seus resultados sejam provenientes de uma justificação legitimadora, e, ao mesmo tempo, representem veículos democráticos de participação política para todos os concernidos, de modo a que as deliberações daí decorrentes sejam capazes de atender às expectativas legítimas de qualidade de vida, diminuindo as desigualdades em meio à sociedade vária e de contrastes.

Num momento de grandes perplexidades e de uma desesperança a respeito dos caminhos da humanidade, desigual e afetada por forças que se desencadeiam num espiral de giro global, aumentando contrastes e fomentando uma hegemonia de cunho predominantemente econômico, cujo referencial não parece afetado por valores que não falem sua própria linguagem, qualquer análise que possa descortinar um atalho de resistência parece um caminho salutar de reflexão.

Este trabalho não tem a pretensão de exaltar ou diminuir qualquer área de atuação dos operadores do Direito, sendo tão somente uma dentre as possíveis análises, resultantes de uma percepção que se alargou na medida em que foram se aprofundando estudos, discussões, diálogos e observações, e, embora trilhado mediante alguma incerteza acerca dos enfoques que essa análise deveria adotar e desenvolver, assim como das conclusões dela decorrentes, acabou se revelando, ao longo do tempo, como um gradual *insight*, em que pese ainda prenhe de dúvidas sobre as reais conseqüências que dele possam ser geradas ou da verdadeira importância que possa ter enquanto trabalho teórico.

A leitura de Jurgen Habermas, um dos maiores teóricos e intelectuais de nosso tempo, propiciou e enriqueceu as indagações acerca de questões do atuar do Judiciário no contexto de um Estado que se pretende de Direito e Democrático.

A capacidade de racionalização sobre as grandes questões do mundo pós-moderno, ou em fase de modernidade tardia, como ele prefere, dos valores, da ética e das instituições políticas, sociais e jurídicas, da constatação da crise que encerra nossa contemporaneidade, vem propiciando a elaboração de teorias, ensaios e projetos que se lançam buscando uma releitura ou renovação das instituições, dos instrumentos de participação da sociedade, das práticas sociais, da descoberta fundamental da potencialidade da esfera pública para possibilitar a sustentação de um modelo de democracia viável numa realidade múltipla e

globalizada, que possa ser mostrar mais humanizada e eficiente que aquela que o modelo liberal permitiu.

Diversamente dos autores pós-modernos, que traduzem uma desesperança em relação a questões de organização racional da convivência humana, “*un abandono de todo espíritu institucional, una actitud de desinterés, desaprobación y abdicación ante los obstáculos considerados insuperables...*”,<sup>1</sup> Habermas busca um caminho alternativo da defesa de um projeto cultural da modernidade, no qual se inclui ética e moral, através de uma procedimentalidade que permita o exercício da racionalidade, enquanto ato comunicativo, para obter uma efetiva melhoria dentro de um modelo democrático, capaz de se mostrar legítimo e alcançar consensos para uma convivência humana aprimorada e mais pacífica, tecido pela depuração crítica e reflexiva que o agir comunicativo propicia.

Caminhos orientados por uma outra luz, ainda que sofrendo contra-marchas sinuosas, permitem o aprofundamento dessas reflexões e das questões delas decorrentes, que não passam, salvo melhor juízo, infensas ao interesse, quer daqueles que diretamente atuam em atividades ligadas ao Direito, quer daqueles que se interessam ou trabalham com matérias afins, porque todas são fibras do mesmo tecido que compõe o cotidiano de nossas vidas, lá mesmo, no mundo real.

Nos primeiro capítulo tentaremos, inicialmente, promover um pequeno excursão sobre a teoria do discurso em Habermas, para dele se conhecer os elementos utilizados como instrumental e lastro teórico no desenvolvimento de uma nova leitura, consciência e perfil do Judiciário na democracia contemporânea, especificamente no Brasil, a partir da experiência dos Juizados Especiais.

Segue-se com a conexão nuclear entre a teoria de Habermas e a argumentação, dentro do espaço judicial, na medida em que se busca identificar os atributos daquela situação de fala, do construto do autor, com a realidade do processo, aonde se desenvolvem todos os atos e práticas discursivas e argumentativas, tendentes a um resultado final desejado, porque reflexo da igual participação de todos e depurado criticamente.

Ao tratar, em seguida, da dimensão da ação judicial como reflexo do social, e o entendimento daquilo que traduzimos como justiça social, busca-se a

verificação do que revela exatamente a reiteração de pretensões levadas a cabo através do Judiciário, quer quanto à realidade, necessidades, anseios e práticas comuns à determinada comunidade, adotando já aí elementos da teoria da ação comunicativa de Habermas, para, através dela, demonstrar como se dá essa reverberação mútua, da sociedade para o processo e vice-versa, mesmo em questões singulares que, através de uma reiteração exponencializada, permite descortinar, no todo, a importância de determinados temas para toda a coletividade.

No capítulo terceiro, promove-se uma análise da concepção de esfera pública e da superação da dicotomia entre público e privado, bem como da evolução daí decorrente, de modo a trazer o aprofundamento das questões práticas da democracia. No cotejo com a dinâmica dos demais Poderes da República, observam-se as conseqüências que uma visão introjetada de um Estado Social paternalista propiciou, e como se mostra necessária, com a agudização da multiplicidade das relações em sociedades complexas, a estruturação de resistências e ativismos a partir da assunção, pelos próprios atores sociais, da responsabilização pelas iniciativas tendentes à modificação da realidade social, e de que modo a abertura de acesso ao Judiciário pode propiciar a efetivação dessa transformação.

Introduz-se, como consectário, uma análise, no subtítulo 3.3, das noções de legitimidade e representação do Judiciário na esfera pública democrática, primeiramente promovendo-se uma pequena digressão sobre sua evolução histórica, para situar com mais precisão os meios de acesso de seus membros à carreira, e como se depreende um menor ou maior grau de representatividade e legitimidade de seu atuar, refletindo-se criticamente sobre a feição da magistratura e a mudança de perfil, necessária a uma identificação com o papel a ser cumprido pelos juízes na democracia. Estabelece-se ainda um exame das duas vertentes que a acepção de legitimidade possui, tanto no que toca à figura do juiz, como no que se relaciona à validade das decisões do Poder Judiciário.

No subtítulo subsequente examinam-se as concepções arraigadas de imparcialidade e inércia, e dos caminhos que conduzem à superação de uma ótica distorcida que trouxe conseqüências nefastas para a relação empática do povo com

---

<sup>1</sup> PADILLA, Reconocimiento y participación en el estado de derecho según Habermas. In:

o Judiciário, enfatizando a necessidade de consciência do papel ativo que devem desempenhar seus membros, enquanto interlocutores e coadjuvantes do processo democrático, dentro do ambiente dos embates judiciais.

Ao tratar no subtítulo 3.3, de decisão, fundamentação e deliberação, verifica-se como o deslocamento dos lastros jurídicos, anteriormente condensados em um monossistema, se orientam e passam a interagir num ordenamento que sofreu uma pulverização regulatória, e como se opera, pela aplicação das categorias de Habermas ao espaço judicial de argumentação, a transformação da decisão em deliberação, através de um redesenho dessa esfera. Examina-se, por fim, o modo como uma faceta peculiar do terceiro elemento da arena judicial permite que se dê esse resultado, sem que perca suas atribuições institucionais.

No título, “Os instrumentos dos microssistemas”, analisa-se como os dois diplomas (Lei 9099/95 e Lei 8078/90) permitem a consecução de tal desiderato, e como se opera a redução das desigualdades sociais e a afirmação de direitos, de modo substancial, a partir da desburocratização do processo e por meio de práticas judiciais ativas, céleres e dinâmicas.

Através da análise dos reflexos decorrentes dos resultados obtidos pela massa crítica das demandas judiciais, levada a efeito nesses Juízos, constata-se, no subtítulo que refere a neutralização das forças sistêmicas, como atuaram pedagogicamente as decisões para correção de comportamentos até então indiferentes às conseqüências das práticas geradas pela pauta monológica dos mercados, provocando reações também de iniciativas nesses subsistemas, de modo a aprimorar as relações sociais e propiciar uma tática integradora.

E, finalmente, os anexos, que acompanham o trabalho, resumem a demonstração estatística de tais modificações, revelando o crescimento vertiginoso das demandas judiciais a partir da implantação dos Juizados Especiais (especialmente ativado pela atuação conjunta com o Código de Defesa do Consumidor), assim como a mobilização de uma reação que resulta positiva pra a sociedade, por parte daqueles que seriam representantes dos subsistemas identificados com o mercado, que até então haviam passado absolutamente infensos a qualquer tipo de diálogo.

Por último, encerra-se o trabalho com a conclusão decorrente da análise desenvolvida, na qual se busca entrelaçar os pontos relevantes abordados e as conseqüências decorrentes dessa nova trama, tecida a partir não somente da consciência a respeito do papel do Judiciário, mas da potencialidade que se extrai da participação democrática através das veias dos processos.

De toda sorte, é importante que se diga que não existem pretensões definitivas, porque este é um estudo em aberto, que busca, num primeiro rasgo de descortínio impreciso, observar, sob nova ótica, o papel do operador do direito, deixando entrever alguns dos muitos fios que conectam Democracia, Direito e Justiça, em suas múltiplas acepções.

## 2 A teoria do discurso de Habermas – conexões possíveis

A abordagem a ser desenvolvida no presente trabalho situa-se no exame dos caminhos que ligam as formas de participação política num Estado Democrático, através do espaço público judicial, de modo a que, nele, sejam vistas as decisões como decorrentes de um processo de justificação, que irá propiciar-lhes legitimidade, o que, no momento atual de nossa realidade, passa necessariamente por uma mudança de perfil do próprio juiz, da consciência da comunidade alargada de interlocutores sociais, assim como do instrumental utilizado.

Para trilhar tal percurso, foram extraídos elementos da teoria da ação comunicativa de Habermas, que alicerça a perspectiva a ser colocada nos próximos capítulos, aplicando-os à práxis judicial, de modo a dilatar a visão sobre esse espaço público da sociedade, especialmente através dos Juízos Especiais, objeto da lei 9099/95, o que torna imperioso, antes de iniciar a abordagem, a exposição ainda que rápida e incompleta acerca do construto, deste, que é um dos maiores teóricos de nossa modernidade.

Esta, a razão da digressão que abaixo se segue.

A tentativa de explicar e superar as perplexidades do mundo contemporâneo, encontrando uma saída possível para os impasses de uma sociedade complexa acabou por cunhar o desenvolvimento de várias teorias.

Ao analisar a teoria da produção de Marx<sup>2</sup> e a teoria dos sistemas em Luhmann<sup>3</sup>, explica Habermas que não encontram, as mesmas, solução ou

---

<sup>2</sup> Karl Marx, cujo arcabouço teórico foi analisado criticamente por Habermas, ao elucidar, através da minuciosa dissecação, o processo de produção capitalista, a valorização do capital, cuja finalidade é sempre a geração de lucro, previu que o mercado, em permanente crescimento, acabava por traçar regras que se naturalizavam, tornando-se incontroláveis e gerando uma contradição interna dentro do próprio sistema capitalista de produção. Nessa referência, esclareceu a desconexão de sua linguagem com tudo não estivesse em sua própria auto-referência. O aprofundamento da análise de Marx ajuda a entender a própria noção da função do mercado e da lógica liberal (burguesa), assim como o sentido de “colonização” que trataremos nos próximos capítulos, na referência da construção teórica de Habermas. Ver a respeito MARX, O processo global de produção capitalista. In: *O capital, crítica econômica e política*, 1991. v. 4.

<sup>3</sup> Para uma melhor compreensão da teoria dos sistemas, ver LUHMANN, *Politique et complexité. Les contributions de la théorie générale des systèmes*, 1999. Para o teórico, em apertada síntese, as sociedades complexas possuem uma organização com esta mesma natureza (complexa), com

explicação para a sociedade contemporânea, porque enquanto naquela a superação do mundo sistêmico, corporificado pelo mercado, seria implodido através de uma prática revolucionária satisfatória, para Luhmann a outra parte composta pelo mundo da vida teria se esgotado, porquanto pulverizado em sistemas, não reconhecendo a existência de uma interpenetração entre essas duas esferas, passível de esclarecer a ambigüidade presente no mundo contemporâneo.<sup>4</sup>

E as tentativas de introduzir interações entre esse mundo da vida e aquele da esfera econômica acabaram por acarretar conseqüências que se podem identificar como “patologias”<sup>5</sup>, porque operaram como que uma reação, como aconteceu com o Estado social, que entrou em crise, pela impregnação, em suas entranhas, da lógica dos mercados, que não se deixa penetrar por imperativos de um entendimento racionalizado e voltado para um possível consenso, porquanto objetiva somente a manipulação das formas de linguagem, introduzidas por uma racionalidade que se mostra absolutamente infensa àquela que se busca através de um discurso ético e depurado mediante o embate argumentativo, justificador.

Se tomarmos a democracia como “projeto de identidade ética e política”, ou como “perspectiva por todos compartilhada”, afirma, Habermas, ser possível identificar a existência de diversos instrumentos que propiciam sua compreensão e construção.

Indaga-se a partir daí: o que permitiria a sua implementação dentro do Judiciário?

Analisando o tema dentre as leituras de vários textos, entre eles, “Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva”<sup>6</sup>, verifica-se que a intersubjetividade torna-se o ponto nodal da filosofia política contemporânea, forçando, destarte, a que se estabeleça um entrelaçamento entre ética e política, de modo a que se venha a configurar uma “identidade” na democracia.

---

uma enorme diversidade de sistemas e subsistemas que se movimentam numa relação horizontalizada. Identifica, ele, o ambiente (que vem a ser a sociedade com um todo), através do qual, no interior de cada sistema, circulam subsistemas, com função característica e peculiar, tendo uma constituição própria, assim como suas próprias redes de comunicação, estando sempre voltados para sua dinâmica de reprodução e auto-referência, de modo a filtrar a complexidade da externidade (o sistema jurídico, o político...), não estabelecendo qualquer relação de hierarquia entre eles, porquanto atuam dentro de uma circularidade, embora possam operar distintamente uns dos outros.

<sup>4</sup> HABERMAS, *O discurso filosófico da modernidade*, p. 484 a 491.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>6</sup> CITTADINO, *Pluralismo, direito e justiça distributiva*, 2000, *passim*.

A busca de um entendimento em meio à multiplicidade de valores culturais, visões de mundo, concepções religiosas, condutas morais, ou seja, em uma realidade globalmente heterogênea, embora difícil, é indicada por Habermas como o caminho a ser trilhado.

A análise levada a efeito por John Rawls<sup>7</sup> situa o pluralismo como um fato. Isto significa que em qualquer democracia existe uma enorme diversidade de interesses pessoais, e uma gama de perspectivas através das quais as pessoas, individualmente, compreendem o mundo. E isso acaba por explicar a adjetivação por ele incorporada à idéia de pluralismo e justiça, como “razoável”, o que, em última análise, significa dizer que as concepções de bem que a sociedade contemporânea e complexa nos oferece são concepções múltiplas, nas quais se mostram necessárias uma complacência (flexibilidade e razoabilidade) para permitir a coexistência das diferenças.

Sua teoria se mostra construtivista na medida em que parte de um fundamento de legitimidade para a formulação de um acordo, que está dissociado da verdade (porque esta se mostra inviável numa concepção que encara o pluralismo como fático e razoável), já que esta estaria vinculada a cada uma das concepções individuais de bem. Daí falar-se em imparcialidade como o fundamento de tal acordo, na medida em que ele é criado a partir de dentro, e não algo pressuposto ou dado aprioristicamente por qualquer concepção externa.

Sendo os atributos de racionalidade e razoabilidade ínsitos ao indivíduo que vive em sociedade, são eles que irão permitir a construção de um “consenso”.<sup>8</sup>

Na vertente dos comunitaristas, o posicionamento de Walzer<sup>9</sup> encerra uma outra aceção de pluralismo, significando, este, diversidade de identidades sociais, culturais e religiosas, que existem em toda sociedade moderna e complexa, tendo

---

<sup>7</sup> Aponta Rawls, em sua obra, *A Theory of Justice*, os dois princípios de justiça que considera como estruturais para a sociedade, a fim de que ela seja bem ordenada, já que ela deve regular-se por uma pública concepção de justiça, que vem a ser o núcleo fundamental da associação de seus membros. Esclarece que “*these principles are to regulate all further agreements; they specify the kind of social cooperation that can be entered into and the forms of government that can be established. This way of regarding the principles of justice I shall call justice as fairness.*” Resume, ele, os dois princípios da seguinte forma: “*The first statment of the two principles reads as follows. First: each person is to have an equal right to the most extensive basic liberty compatible with a similar liberty for others. Second: social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) reasonably expected to be to everyone’s advantage, and (b) attached to the position and offices open to all.*” Cf. RAWLS, *A theory of justice*, p. 11 e 60.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>9</sup> Para uma melhor compreensão do pensamento de WALZER, ver *Thick and thin, moral argument at home and abroad*, 1994.

um caráter universal, porque humana, mas também particular, por ser uma sociedade situada no tempo e espaço.

Diferentemente dos liberais, ele associa pluralismo a identidades sociais e não às concepções individuais de bem, dando prioridade, assim, à comunidade em relação ao indivíduo, entendendo que as pessoas estão atadas às culturas que eles compartilham. Embora haja esta vinculação, o pluralismo está presente, no seu entendimento, porque a sociedade liberal moderna é fragmentada.

Do ponto de vista público, o pluralismo se identifica através da variedade de valores diferenciados defendidos por grupos e comunidades distintas, de modo que o reconhecimento do pluralismo é o reconhecimento da diferença, só se tornando possível, segundo ele, compatibilizar tais heterogeneidades socorrendo-se da dimensão “ético-política da democracia”; é através da capacidade de criticar-se e criticar ou outro que tais diferenças podem ser assimiladas, permitindo a participação dos cidadãos.

Adota, contudo, o tema tolerância, ao invés do pluralismo razoável, porque somente abrindo mão de respostas únicas e verdadeiras, permitindo o caráter parcial e incompleto de qualquer acordo entre os indivíduos, é que se consegue vislumbrar a alternativa possível, não sendo aceitável a concepção de que fazemos parte de uma “tribo universal”, porquanto o ponto marcante do ser humano é o particularismo, sendo a tolerância o elemento neutralizador do medo, que existe no âmago dos antagonismos, e que atua como uma exigência moral, a fim de impedir a coerção de grupos minoritários, embora não se esgote nessa esfera.

A tolerância política é que seria a condição essencial e a regra da democracia, tornando-a uma atividade permanente, sendo os bens e direitos sociais distribuídos de acordo com seus significados para agentes distintos e por meio de diferentes procedimentos.

A dimensão liberal do pensamento de Walzer encontra-se na exigência do respeito pelas múltiplas identidades sociais e pela negativa de qualquer tipo de supressão de tais identidades através da opressão. “Nada existe para além do desacordo razoável.”<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Tal colocação, que busca resumir a posição de Walzer, é feita por CITTADINO, op. cit., p. 89.

Deste modo, segundo seu entendimento, não é possível imparcialidade na formulação de uma concepção por todos compartilhada, não havendo, portanto, instância argumentativa.

Diferentemente, Rawls entende ser possível a justiça como imparcialidade, inobstante o fato do pluralismo, contanto que o associemos às concepções individuais razoáveis sobre a vida digna, o que deverá ter como ponto inicial, necessário, uma concepção idealizada, na qual as pessoas, sob o “véu da ignorância”, conseguirão decidir, despidas de suas concepções, embora conscientes de que fazem parte de uma sociedade.<sup>11</sup>

Habermas parte de um modelo distinto, reconstrutivista, revelando um *tertium genus*, no qual seria possível sermos imparciais tanto em relação às diferentes doutrinas compreensivas razoáveis, como em relação a contextos particulares, nos quais existam embates em torno de normas e princípios.

Formula a concepção da ética discursiva, interagindo com as idéias dos liberais e dos comunitários, buscando abarcar tanto a esfera de interesses individuais quanto perspectivas lastreadas em valores, por entender que não é possível optar por uma apenas, porquanto coexistem na sociedade contemporânea tanto concepções individuais de bem como as formas de vida pluralistas.

A concepção da moralidade pós-convencional em Habermas permite conjugar as duas dimensões do pluralismo na sociedade, já que ambas as facetas têm uma exigência comum: devem, obrigatoriamente, mostrar as razões que sustentem sua validade social, o que vem a constituir uma necessidade de justificação, que se dá através de discursos morais. Enquanto as deliberações éticas estariam ligadas às particulares concepções de bem, vinculadas a uma determinada comunidade, aquelas de natureza moral estariam liberadas de um egocentrismo, transcendendo a esta visão tópica, para alçar vãos de universalidade.<sup>12</sup>

Não há como dissociar estas duas dimensões da proteção essencial dos direitos individuais. Estes não se situam na restrição da atuação estatal, mas num nível mais profundo, pois dota os indivíduos de poder de participar na auto-regulação democrática, potencializando sua capacitação para elaboração de normas. Nesse momento, estabelece a vinculação com a categoria do Direito.

---

<sup>11</sup> RAWLS, op. cit., p. 18.

<sup>12</sup> HABERMAS, *Direito e democracia. Entre faticidade e validade*, v. 1, p. 24 a 55.

Portanto, para além de um cunho subjetivista, os direitos fundamentais também são dotados de caris público e político,<sup>13</sup> já que são eles que permitem a participação democrática, sem coações, dotando, todos, com a mesma possibilidade de manifestação. Essa idéia traduz o princípio da democracia porque ele “resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso (a ser explicitado adiante) e a forma jurídica”.<sup>14</sup>

Introduz Habermas, para a práxis de sua teoria democrática, a categoria denominada “situação ideal de fala”<sup>15</sup>, na qual se situa o epicentro de sua filosofia política. Através dela é que se torna possível a participação política de todos os concernidos a respeito das decisões em macro-esfera, que podem ser identificadas com o que denominamos de “soberania popular”. E aí se encontra o núcleo de sua idéia sobre “democracia radical”, rompendo com o padrão liberal que submete o auto-regramento democrático à proteção das liberdades individuais.<sup>16</sup>

Isso quer dizer que, tanto nas relações subjetivas (identidades individuais), quanto nas intra-subjetivas (identidades sociais) de formas de vida compartilhadas, deve estar presente uma moralidade, que exige uma justificação para sustentar a validade de determinada norma.

Essas relações acabam formatando uma rede de reconhecimento recíproco, que tem como *medium* a linguagem, pois são as estruturas lingüísticas que formam o que Habermas denomina de ‘intersubjetividade’.<sup>17</sup>

A linguagem só é compreendida através da categoria do entendimento: o *telos* do entendimento é ínsito à linguagem. Desse modo, a ética discursiva se volta em direção a esta intersubjetividade social, e não para as concepções individuais subjetivas ou para a intra-subjetividade.

A interação comunicativa propicia o processo crítico que se concretiza pela auto-reflexão, constituindo assim a formação racional da vontade. Entende ele por

---

<sup>13</sup> Ibid., v. 2, p. 307 e 310.

<sup>14</sup> Ibid., v. 1, p. 158.

<sup>15</sup> Mais adiante enunciaremos as condições citadas por Habermas para que se dê esta ambiência ideal nas ações comunicativas. O teórico cita Fröbel ao apontar a razão do discurso público como instância mediadora, o que substituiria o poder, pelos vários canais que podem levar a um processo de formação da opinião através de um procedimento. Ibid., v. 2, p. 262 e 263.

<sup>16</sup> Ibid., v. 1, p. 158.

<sup>17</sup> Em Habermas, as relações intersubjetivas mostram-se mecanismos a partir dos quais as sociedades organizam seus consensos, sendo a linguagem vinculada ao mundo da vida real, aonde ocorre essa comunicação. Contudo, o que está ligado a determinado contexto é o conteúdo desta linguagem (contextual), já que a linguagem, em si, é universal e atemporal.

racionalidade “a disposição dos sujeitos capazes de falar e de agir para adquirir e aplicar um saber fálico.”<sup>18</sup>

A razão centrada no sujeito encontra sua medida nos critérios de verdade e êxito, que regulam as relações do sujeito que conhece e age, segundo fins, com o mundo de objetos ou estado de coisas possíveis. Em contrapartida, a razão comunicativa habermasiana se encontra na força da argumentação:

A racionalidade encontra sua medida na capacidade de os participantes responsáveis da interação orientarem-se pelas pretensões de validade que estão assentadas no reconhecimento intersubjetivo. A razão comunicativa encontra seus critérios nos procedimentos argumentativos de desempenho diretos ou indiretos das pretensões de verdade proposicional, justiça normativa, veracidade subjetiva e adequação estética.<sup>19</sup>

Também não se trata de apenas fazer uma negociação entre interesses particulares (um agir estratégico), mas de se travar um discurso que, refletindo sobre os argumentos que se contrapõem, leve a um nível de entendimento racional, que supere a eticidade de um mundo concreto.

Destarte, para que haja a formação racional da vontade impende o exercício público de interações comunicativas através do discurso, aberto a todos que queiram tomar parte nesse debate, a partir do que é possível fixar, através de um acordo racionalmente motivado, um sentido moral de uma norma (aliado à categoria de justiça), sendo, este processo, o que vem a constituir o procedimento discursivo.

Trabalha Habermas com quatro princípios, essencialmente, na teoria do discurso.

O princípio “U”, que tem natureza eminentemente procedimental, se traduz na aceitação, pelos participantes, de que os resultados decorrentes do processo argumentativo serão por todos aceitos:

Toda norma válida deve satisfazer a condição: – que as conseqüências e efeitos colaterais, que (presumivelmente) resultarem para a satisfação dos

---

<sup>18</sup> HABERMAS, *O discurso filosófico da modernidade*, op. cit, p. 437.

<sup>19</sup> HABERMAS, loc. cit.

interesses de *cada* um dos indivíduos do fato de ser ela *universalmente* seguida, possam ser aceitos por *todos* os concernidos (e preferidos a todas as conseqüências das possibilidades alternativas e conhecidas de regragem).<sup>20</sup>

Portanto, para que haja um juízo imparcial impende que cada um passe a adotar a posição dos outros ao promover a “ponderação de interesses”, ou seja, que operem uma alteridade empática.<sup>21</sup>

No princípio “D”, ético-discursivo, a validade de uma norma dependerá da participação de todos os concernidos no discurso prático, do qual resultará o reconhecimento de sua legitimidade (“validez”).<sup>22</sup> Daí se depreende que ele já pressupõe “que a escolha de normas pode ser fundamentada.”<sup>23</sup> Este princípio é assim uma regra da argumentação em questões práticas, e veio a substituir as razões religiosas ou metafísicas, pois num mundo contemporâneo não se teria como lastrear a justificação em tais categorias, excepcionando-se aquelas de natureza moral.

Trabalha ainda a teoria do discurso com dois princípios que a operacionalizam: o princípio moral e o princípio democrático.<sup>24</sup> Atua aquele como regra de argumentação, e está imbricado ao princípio do discurso (“D”), podendo ser fundamentado pragmaticamente, servindo como modo de reflexão do agir comunicativo, mas desprendendo-se de seus limites históricos e tópicos, para carrear um sentido universalista, pela validade que lhe confere sua tradução para o código do Direito. Em contrapartida, o princípio da democracia tem por escopo manter urdido o procedimento de “normatização legítima do direito”<sup>25</sup>, pois somente podem pretender validade as normas que passarem pelo crivo do consenso criticamente depurado dos atores do processo discursivo.

No primeiro capítulo de seu livro “Direito e Democracia. Entre a Faticidade e Validade”, enfoca Habermas certos pontos da relação entre faticidade (aspecto sancionatório das normas, que coagem a determinados comportamentos) e validade (depuração reflexiva e crítica advinda da racionalidade justificadora e

---

<sup>20</sup> HABERMAS, *Consciência moral e agir comunicativo*, p. 86.

<sup>21</sup> Hannah Arendt promove colocação semelhante ao tratar do tema da imparcialidade a partir da consciência da alteridade. Cf. ARENDT, *Entre o passado e o futuro*, p. 297 a 300.

<sup>22</sup> HABERMAS, *Direito e democracia...* v. 1, op. cit., p. 199.

<sup>23</sup> Id., *Consciência moral e agir comunicativo*. op. cit., p. 86.

<sup>24</sup> Id., *Direito e democracia...* vol. 1, op. cit., p. 144.

<sup>25</sup> Ibid., p. 145.

com carga integradora), envolvendo aspectos básicos da teoria do agir comunicativo, e de como esta coloca o Direito em posição central, conferindo-lhe capacidade para desenvolver uma teoria lastreada no princípio do discurso. A partir daí, promove uma reconstrução, alicerçada na teoria do discurso, do conteúdo normativo dos sistemas jurídicos e da concepção de Estado democrático de Direito, situando-os dentro do contexto atual de discussões, que envolve política, teoria sociológica do direito e teoria filosófica da justiça. Neste momento, um outro princípio também se sobressai na linha de sua teoria, qual seja, o da soberania, significando que é do poder comunicativo do povo que advém o poder político, formado a partir da opinião e da vontade dos cidadãos, estruturadas discursivamente, passando, portanto, a possuírem, todos, uma competência legislativa (embora preveja a saída alternativa dos parlamentos, que, contudo, têm que atuar regulados pela luz do princípio do discurso, para que possam preencher as condições necessárias a uma efetiva representatividade e legitimidade na democracia).

Culmina o trabalho com uma tentativa de comprovar o princípio da teoria do discurso em temas centrais da teoria do direito, para depois esclarecer o conceito normativo de política deliberativa para uma regulamentação jurídica da circulação do poder em sociedades complexas, abordando a teoria da democracia sob aspectos da legitimação, com base em um modelo procedimentalista, que permita a todos uma participação ativa na elaboração das normas, de modo a superar o direito formal e a concepção de Estado Social.

Ao final, tenta reconduzir a uma unidade as considerações sobre a Teoria do Direito e a Teoria da Sociedade.

A modernidade, consciente de suas contingência, precisa, segundo sua ótica, de uma razão procedimental, ou seja, de uma razão que permita um mecanismo de controle contra si mesma.<sup>26</sup> E é através da maceração crítica do embate argumentativo que se torna possível a constituição de uma razão assim formatada. Por entender que essa dimensão comunicativa forma um contexto apropriado para uma teoria do Direito, apoiada no princípio do discurso, enfatiza que a teoria do agir comunicativo concede importância central à categoria do Direito.

---

<sup>26</sup> Ibid., p. 12.

Conclui que, numa época política como a atual, não se pode ter, nem manter, um Estado de Direito sem democracia radical.

Para além de universal, seu construto da ética discursiva é, necessariamente, formal, pois pretende regular um procedimento que possa solucionar de forma imparcial os conflitos.<sup>27</sup>

Ao desenvolverem a argumentação, os participantes têm consciência de que suas pretensões são criticáveis, portanto, não ignoram o risco do dissenso, mas partem do pressuposto de que, *em princípio*, ainda que haja ações estratégicas (para obtenção de um determinado fim), todos os afetados irão tomar parte no discurso, de forma paritária, na busca da verdade.

Contudo, como se disse, esse “em princípio” significa que mesmo que assim não seja, não haverá impedimento para que a práxis discursiva se dê, na medida em que não existe uma monologia de argumentação, de sorte que, ao promovê-la, não se deve pensar em categorias de *bom* ou *ruim*, *certo* ou *errado*, *verdadeiro* ou *falso*, mas de que modo podem ser fundamentadas as razões, caso a caso.

Sua concepção sobre a ética discursiva abarca tanto a esfera de interesses individuais quanto perspectivas lastreadas em valores, por entender que tais perspectivas coexistem na sociedade contemporânea, sendo relevantes as concepções individuais de bem, assim como as formas de vida pluralistas, não havendo que se exercer a opção por uma delas.

A concepção da moralidade pós-convencional em Habermas permite, desse modo, conjugar as duas dimensões do pluralismo na sociedade, pois tanto uma faceta quanto outra têm uma exigência comum: devem obrigatoriamente mostrar as razões que sustentem sua validade social, a qual se constitui mediante a necessidade de justificação.

A linguagem só é compreendida através da categoria do entendimento.

A ética discursiva se volta em direção a intersubjetividade social, e não para as concepções individuais subjetivas ou para a intra-subjetividade, sendo o cerne do “território discursivo” esse entendimento; a interação comunicativa propicia o processo crítico que se concretiza pela auto-reflexão, através da estruturação da formação racional da vontade, havendo, nas formas de comunicação, dois momentos que ele cita em seu livro *Problemas de Legitimación en el Capitalismo*

---

<sup>27</sup> HABERMAS, *Consciência moral e agir comunicativo*, op. cit., p. 126.

*Tardio*<sup>28</sup>, quais sejam, o da ação comunicativa e o do discurso, identificando-se o primeiro momento na troca de informações, que pressupõe a validade das conexões de sentido, e o segundo momento, naquele do embate argumentativo para sustentação dos proferimentos, que já foram problematizadas, buscando-se o restabelecimento de um acordo acerca de sua validade, mediante um processo argumentativo.<sup>29</sup>

De tal sorte, conclui, não se tratar de apenas fazer uma negociação entre interesses particulares, mas de se travar um discurso, aonde os interlocutores, refletindo sobre os argumentos que se contrapõem, possam chegar a um nível de entendimento racional, que não se encontra cativo em uma eticidade tópica do mundo concreto.

Destarte, para que haja a formação racional da vontade impende o “exercício público de discussão comunicativa”, aberto a todos que queiram tomar parte nesse debate, a partir do que é possível fixar a “moralidade de uma norma a partir de um acordo racionalmente motivado”, que vem a se constituir pelo procedimento discursivo<sup>30</sup>.

Esse acordo racionalmente motivado deve conter uma força normativa que, sabidamente, as tradições e a constituição histórica e natural do homem não possuem - moldam uma conduta racional de vida, perdendo a razão prática a capacidade de explicação que existira no âmbito da ética e da política, transmutando-se ela, na teoria ora estudada, para a razão comunicativa.

Esse caminho diverso, por ele seguido, ao introduzir o agir comunicativo, substitui a razão prática pela comunicativa, representando isso muito mais, segundo afirma, do que uma simples “troca de etiqueta”.<sup>31</sup>

E isso porque a razão comunicativa, diferentemente da razão prática, não se encontra limitada a um sujeito individual ou a um indivíduo coletivo e sócio-político. O *medium* lingüístico é que torna a razão comunicativa possível, sendo a

---

<sup>28</sup> HABERMAS, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, 1973.

<sup>29</sup> J. Habermas pontua que: “As pretensões de validade têm uma face de Janus: enquanto pretensões, transcendem todo contexto local; ao mesmo tempo, caso devam sustentar o acordo dentre os participantes da interação, capaz de ter efeitos coordenativos, têm de ser levantadas e reconhecidas facilmente aqui e agora. O momento transcendente de validade universal rompe todo provincialismo; o momento da obrigatoriedade das pretensões de validade, aceitas aqui e agora, transforma-as em portadoras de uma práxis cotidiana vinculada ao contexto.” Id., *O discurso filosófico da modernidade*, op. cit., p. 447 a 448.

<sup>30</sup> CITTADINO, op. cit., p. 93, ao explicar a posição de Habermas.

<sup>31</sup> HABERMAS, *Direito e demoracia...*, v. 1, p. 19.

tessitura através da qual ocorrem as interações entre os indivíduos e se estruturam as formas de vida.

A própria linguagem natural, utilizada por todos os membros de uma dada comunidade ou país, já constitui um consenso inicial que vem a ser o veículo através do qual será possível o entendimento com o outro, a respeito de algo no mundo, aceitando os interlocutores determinados pressupostos que permitam a realização dessa interação.

Estabelece, assim, para os atos de fala, uma tipologia<sup>32</sup> em razão de suas funções, contidas em pretensões que pretendem uma afirmação de validade, que podem ser:

1. constatativas ou assertóricas, de carga veritativa, na medida que afirmam uma proposição sobre algo que é verdadeiro;
2. expressivas, sinceras,<sup>33</sup> com carga de veracidade e da auto-expressão, em que o interlocutor exprime um determinado estado;
3. regulativas, de carga normativa, relacionadas à correção das normas e ao cumprimento de determinada conduta.

Ao analisarmos a colocação de Habermas a respeito dos atos de fala, entende-se que, sejam eles, assertivos, regulativos ou expressivos, somente tem relevância na arena discursiva quando as partes não concordem a respeito de qualquer das pretensões enunciadas.

Com efeito, pressupondo um espaço em que todos tenham a liberdade de se manifestar e que ele seja buscado para a solução de um determinado dissenso (na medida em que, sem que haja o conflito, não se necessita de discussão a respeito de pronunciamentos, posto não serem antagônicos, sejam eles de que espécie for), ao promover um proferimento num espaço de discussão, e sabendo que a regra a ser obedecida é a de que todos irão se submeter àquelas do procedimento

---

<sup>32</sup> Id., *Consciência moral e agir comunicativo*, op. cit., p. 79.

<sup>33</sup> EISEMBERG, *A Democracia depois do liberalismo. Ensaios sobre ética, direito e política*, p. 121, tece críticas a Habermas, ao entender que não há solução para controvérsias no que tange aos atos de fala expressivos, porquanto não se pode, neste caso, justificar a veracidade, razão pela qual a regra essencial da ação comunicativa não poderia ser atendida, já que o emissor pode voltar sua assertiva tão somente para que alcance a produção de um entendimento, independentemente de ser ela veritativa ou verdadeira. Outra crítica é no que toca à separação radical que Habermas faz entre ação comunicativa e ação estratégica, entendendo que não há como se separar a busca do entendimento daquela de resultados, já que, na maior parte dos casos, ambas atuam simultaneamente. Assim situa Eisenberg a questão, op. cit., p. 126: “O problema pragmático de agentes engajados em interação visando consenso (ação comunicativa) é produzir o consenso, não

discursivo, independentemente do agir (do lado subjetivo) ter conteúdo diverso daquele demonstrado (do lado objetivo), a colocação, em si, de uma pretensão, seja ela constativa, regulativa ou expressiva, será exposta ao crivo da crítica argumentativa. Ora, se assim é, será a reflexão sobre as justificações ali abordadas que possibilitará a produção de uma deliberação, e não a correspondência entre o que aquela enunciação objetivamente comunicou e os aspectos subjetivos de seu locutor. Se a aceitação se mostra estabelecida como norma procedimental, atendendo-se ao princípio acima referido (“U”), não poderá ser, portanto, questionado o resultado de um tal procedimento, tendo-se aquele resultado como legítimo.

Não se trata aqui de buscar uma verdade constatável, demonstrável, pois esta vertente buscada pelas ciências exatas e cujos métodos há muito já foram descartados por outras áreas do conhecimento, não tem relevância para o que se pretende no âmbito da efetivação de espaços públicos democráticos.

Numa referência que Habermas faz a Toulmin, obtém-se a resposta sobre o suposto impasse colocado:

*Rightness is not a property; and when I asked two people which course of action was the right one I was not asking them about property – what I wanted to know was there was any reason for choosing one course of action rather than another (...)*<sup>34</sup>

Trata-se, portanto, na busca de um entendimento a respeito de determinado dissenso, de encontrar o resultado que seja legitimado pela possibilidade de manifestação de todos os envolvidos, e que advenha de uma análise crítica a respeito daquele objeto da controvérsia, se concebendo como verdadeiro o resultado daí decorrente. A pressuposição da sinceridade está em que aquele que defende uma posição deverá carrear todos os elementos argumentativos para comprovar a correta afirmação daquilo que entende como verdade, o que efetivamente ocorre como regra, ainda que, eventualmente, possa sua performance ser estratégica.

---

validar normas, e tal objetivo implica, necessariamente, os agentes agirem estrategicamente com relação às normas propostas.”

Não chega, portanto, a constituir um “problema pragmático” o fato de uma ação comunicativa ter intenções de natureza estratégica. Em verdade, constitui um pseudo-problema, e isso porque, se entendemos como estratégica aquelas ações que atendam, por exemplo, aos interesses de mercado, estas, ou não entrarão na arena de discussão e, portanto, não ficarão sensibilizadas pela regra procedimental previamente aceita, em razão de sua lógica auto-referencial, ou terão que, ao entrar no curso da ação comunicativa, serem expostas à reflexão e à crítica.

De modo geral, passam as ações estratégicas das forças sistêmicas ao largo desse espaço discursivo, porque não buscam o entendimento, nem aceitam participar do processo argumentativo, pois sua regra é a de impor e não dispor de modo deliberativo a respeito de algo.

De toda sorte, o resultado decorrente da ação comunicativa voltada ao entendimento, ainda que com performance estratégica, visando resultados, terá que atender, para que atinja este, aos princípios do discurso e, portanto, haverá, necessariamente, de justificar-se.

Na medida em que se busca, num espaço discursivo, participar, para conseguir determinada consequência deliberativa, tenho ainda assim que aceitar a regra procedimental, e, uma vez que haja a deliberação, após depuração do melhor argumento, no sentido de um pronunciamento tido como verdadeiro ou veritativo, este se impõe como consequência daquela discussão, independentemente de meu agir estratégico ou não, e, portanto, passa a ser introjetado como algo consentido, advindo como conseqüência lógica e necessário da aceitação das regras procedimentais, as suas consequências.

A ação estratégica como que se transmuda em ação comunicativa, no momento em que se participa dela e, assim, da interação discursiva, acatando-se a norma decorrente do resultado ali produzido.

Outra crítica formulada por Eisenberg é a afirmação de que se mostra precária a colocação da “situação ideal de fala”<sup>35</sup> em Habermas, como horizonte normativo, porque ela pretende esvaziar de conteúdos morais o embate discursivo (“princípio U”), e porque logo após pretende que o consenso permita a criação de regras válidas e aceitas para os envolvidos.

---

<sup>34</sup> TOULMIN, *An examination of the place of reason in ethics*, p.121 e seguintes, apud HABERMAS, *Consciência moral e agir comunicativo*, op. cit., p. 74.

<sup>35</sup> EISENBERG, op. cit., p. 130.

Efetivamente, todos os participantes do espaço em que se dá a ação comunicativa, com vistas a um entendimento, devem aceitar que as regras do discurso sejam por todos obedecidas; sendo elas de cunho procedimental, revelam um *modus procedendi*, a partir do qual o resultado deverá ser aceito, sem que sobre ele se promova uma aferição valorativa. Contudo, no princípio D (do discurso), tem-se que devo aceitar a que a prática discursiva possa se realizar de modo a permitir a participação de todos de forma livre, e que todos possam lançar suas pretensões de validade através das enunciações expressivas, regulativas ou assertóricas, o que induz a uma reintrodução da moralidade discursiva, na medida em que toda discussão é contextualizada e, portanto, estará associada à carga ética de determinada comunidade, ao mesmo tempo em que também está imbuída de critérios valorativos que transcendem àquele próprio contexto. O resultado decorrente e que devo aceitar não pode, assim, estar dissociado, nem esvaziado de conteúdo valorativo, já que, inclusive, se pretende justo.

Ambas (procedimentalidade e valoração) são apenas diferentes dimensões do mesmo espaço discursivo.

Não existe em verdade uma “des-moralização”<sup>36</sup> da esfera pública, porque as decisões ou os entendimentos não são obtidos abstratamente, mas em contextos específicos e, portanto, carregam conteúdos éticos e morais, pertencentes a determinada comunidade. O que é “des-moralizado” é o *modus procedendi*, ou seja, o procedimento que conduz à prática democrática, que, ainda assim, também não deixa de estar imbuído de princípios e, portanto, imerso em caldo axiológico, na medida em que a paridade da participação, a não coação dos atores comunicativos, a possibilidade de todos se manifestarem com iguais oportunidades, revelam sua intrínseca ligação e respeito a direitos de igualdade e liberdade, que se identificam como conteúdos valorativos, genericamente reconhecidos, e que carregam a carga de participação política na vida democrática.

Desse modo, os princípios em comento para além de permitirem um debate que seja permeado por elementos éticos e morais, ainda revelam um princípio de justiça, pois que a norma resultante passa pelo filtro da justificação, numa seleção depurada que se mostre mais justa e, portanto, aceitável por todos.

---

<sup>36</sup> Em sentido diverso, a análise de EISENBERG, *ibid.*, p. 130.

E na medida em que a concepção comum de justiça encontre a validade moral em razões que se revelam no espaço público, o diálogo público propicia a construção de um ponto de vista moral, imparcial e transcendente às diversas visões de mundo, sendo examinada nesta esfera a pretensão de validade de todos os concernidos, porque existe um procedimento que, embora preenhe de requisitos, não determina qualquer orientação prévia de conteúdos, de modo a “garantir a imparcialidade da formação do Juízo.”<sup>37</sup>

A imparcialidade advém daí, porque demanda uma “neutralidade ética” em relação às visões de mundo, ou seja, o ponto de vista imparcial não se dá no espaço privado. Seu objetivo é reconstruir a dimensão moral que se encontra no âmbito das interações comunicativas, na intersubjetividade.

A racionalidade deve, assim, na visão de Habermas, ser ampliada, para que possam os sujeitos, inclusive em relação a seus próprios valores, engendrar uma conduta crítica, questionando suas convicções e aquelas levantadas no curso da ação comunicativa; é através da atitude reflexiva que se alcança o território da “argumentação”. O entendimento gerado a partir do discurso, e dentro de uma situação ideal de fala, na qual operam os princípios U e D, e do qual resultam as normas a serem aceitas pelos concernidos, é que constitui a práxis necessária ao ambiente democrático.

Num mundo globalizado, ele identifica a necessidade de uma normatividade moral “descontextualizada”<sup>38</sup>, ou seja desconectada de uma particular sociedade; a forma de vida contemporânea vem ao encontro dessa “moralidade universalista”<sup>39</sup>. De tal ilação, contudo, não se deve extrair que deva haver uma escolha por uma teoria abstrata (universal) ou concreta (contextual).<sup>40</sup> A ética discursiva habermasiana necessita de um “link” com mundos culturais, que já tenham assimilado representações de uma moralidade pós-convencional; há assim uma mediação necessária entre moralidade e eticidade.<sup>41</sup>

Identifica, ele, os direitos fundamentais como um exemplo dessa moralidade universal, tendo-se em conta que seu rol se estampa em todas as Constituições contemporâneas, traduzindo os elementos necessários a uma dignidade de vida, e

---

<sup>37</sup> HABERMAS, *Consciência moral e agir comunicativo*, op. cit., p. 148.

<sup>38</sup> CITTADINO, op. cit., p. 114.

<sup>39</sup> CITTADINO, loc. cit.

<sup>40</sup> OUTHWAITE, *Habermas. A critical introduction*, p.55, apud CITTADINO, loc. cit.

<sup>41</sup> CITTADINO, loc. cit.

que, para além de estarem atrelados a determinado contexto histórico ou a uma sociedade particular, transbordam de suas fronteiras concretas para constituírem-se em princípios universais adotados, de modo geral, em processos de interação comunicativa.

Portanto, a ética discursiva introduz um processo democrático, no qual a argumentação tecida nos atos de fala comunicativos, permite que se recontextualize a moral, já que a ética do mundo contemporâneo teria sido esvaziada. A lógica auto-referencial dos subsistemas econômicos e de poder engendrariam, a partir dessa carência, uma “colonização”<sup>42</sup>, por não estarem afetos ao mundo da linguagem social.

Escapam a este discurso voltado para um acordo racionalmente motivado, por possuírem suas razões próprias e desprovidas de compromissos com uma moral universal ou de conteúdo normativo; os subsistemas, cujos imperativos autônomos acabam por agir de forma deletéria sobre o mundo da vida, operando uma “coisificação das formas de vida”<sup>43</sup>, promovem uma desconexão com o mundo aonde habitam os indivíduos.

Embora em seu edifício teórico, solidamente construído, não dê ele a esperança de que tais forças que impõem restrições à comunicação do discurso intersubjetivo possam ser debeladas, afastando, assim, a colonização ou dominação, já que agem sistemicamente, entende que existem embates permanentes, no espaço público, que permitem a produção de normas e instituições que levam ao enfrentamento, mediante discussão, e, conseqüentemente, imprimam limitação a esta dominação.

Na sociedade pós-convencional, portanto, a prática pública do uso da razão é condição *sine qua non* para o exercício democrático, da lógica democrática, a qual atua reflexivamente, de modo que ultrapassa os limites de concepções impregnadas de valores individuais ou de mundos plurais. A diferença, que é o marco na sociedade contemporânea, tem que encontrar pontos de equilíbrio através de uma racionalidade não mais prática, mas comunicativa, através de um debate democrático amplo, para que possam as normas das sociedades contemporâneas passar por um processo de justificação, com a participação dos

---

<sup>42</sup> HABERMAS, *O discurso filosófico da modernidade*, op. cit., p. 504.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 487.

cidadãos, que são, ao mesmo tempo, atores desse processo e destinatário de seu resultado normativo.

A conseqüência é que a pretensão de validade afirmada a partir dos conflitos seria capaz de formar um enunciado, válido, legítimo e aceito, porque proveniente da opinião qualificada e da ação racionalmente fundamentada. O conceito de racionalidade é, dessa forma, ampliado, na medida em que se pode atuá-la, mesmo diante de determinados padrões valorativos culturais, em razão das partes adotarem uma atitude consciente de auto e hetero análise, e, portanto, mostrarem-se capazes de voltar-se criticamente contra as próprias concepções já arraigadas.

Forjadas por meio de um processo argumentativo de deliberação pública, as normas, tecidas a partir da ação dos interlocutores e do exercício de sua reflexão e crítica, permitem a elaboração de um acordo racional, pois instaurado por instrumentos democráticos de justificação com a participação de todos.

Sua visão de democracia deliberativa é distinta, portanto, e ancorada em processos de decisão que ocorrem através de procedimentos que são institucionalizados, a fim de que possa existir um debate com regras previamente definidas.

O Estado, contudo, não estabelece a identidade coletiva da sociedade, nem pode realizar a integração social através de normas ou valores, que não estejam à sua disposição. A exigência de sua legitimidade está dessa forma relacionada à preservação sócio-integrativa de uma identidade social “normativizada”. O que é aceito como razões e tem o poder de produzir consenso forma o lastro de legitimidade, e este irá depender do nível de justificação exigida numa determinada situação.

Ao analisar as teorias empiristas do poder, que se basearam na teoria do sistema ou na teoria da ação, reconhece que o poder político é formatado segundo um normativismo advindo do Direito, embora haja uma tentativa de reduzi-lo ao poder social, que expressaria a “vontade geral” soberana. Contudo, nem as pretensões de legitimidade do Direito que impregnam o poder político, nem a necessidade de legitimação é vista segundo a ótica dos participantes, senão pela aceitação da dominação e de legitimidade a partir de algo que vem de fora para dentro e não o inverso.

*If (...) philosophical ethics and a political theory are supposed to disclose the moral core of the general consciousness and to reconstruct it as a normative concept of the moral, then they must specify criteria and provide reasons, they must, that is, produce theoretical knowledge.*<sup>44</sup>

A teoria da democracia, que seja também delineada normativamente, mas com enfoque das ciências sociais, demonstra que podem ser legitimadas ou validadas as práticas democráticas, através da visão dos próprios participantes, portanto, de dentro para fora.

Ou seja, o modo como se pratica a política deliberativa é o fulcro do processo democrático.

Enquanto para os liberais este se dá através de compromisso de interesses, formatando-se, esses, por meio de um processo em que se garanta a todos de forma geral a igualdade de participação, fundados que são nos direitos fundamentais liberais, para os republicanos, o processo democrático é como um auto-entendimento ético-político, no qual as decisões devem buscar um equilíbrio através do “consenso” entre os participantes.

A teoria do discurso contém elementos de ambas as teorias, condensando-os em um procedimento que vem a ser o *modus faciendi* deste processo deliberativo.

O Direito age como um *medium* permitindo que sejam atingidos outros mecanismos de integração social, consubstanciados no poder financeiro e administrativo, através daquilo que capta das esferas públicas autônomas e de processos de opinião pública, e também do agir comunicativo, passando a formar democraticamente uma manifestação volitiva da sociedade, institucionalizados como um Poder do Estado, previsto e moldado pela Constituição.

Ou seja, estas estruturas comunicativas aonde acontecem os processos de formação pública da vontade constituem espaços para a prática da racionalização discursiva das decisões administrativas, advindas de um governo que se conduz em respeito ao Direito e a lei.

Dessa forma, segundo Habermas, para se chegar à categoria do Direito, é necessário um terceiro passo, que ele denomina, reconstrutivo. A introdução do agir comunicativo em contextos do mundo da vida e a regulamentação do

---

<sup>44</sup> HABERMAS, *Communication and the evolution of society*, p. 202.

comportamento através de instituições originárias pode explicar como é possível a integração social em grupos pequenos e relativamente diferenciados.

A evolução social incrementa, contudo, a complexidade da sociedade, havendo cada vez mais zonas de friccionais e possibilitadoras do dissenso, em relação às pretensões de validade expostas à crítica. Quanto mais múltipla e complexa for a sociedade, mais plural serão as formas de vida, que dificultam as “zonas de convergência” de convicções que se encontram no mundo da vida.

Portanto, na visão habermasiana, se considerarmos o Direito moderno como um mecanismo de alívio às integrações sociais a serem elaboradas por aqueles que agem comunicativamente, sem que se afaste o espaço da comunicação, se tornariam compreensíveis dois aspectos do Direito: a positividade e a pretensão à aceitabilidade racional. Mostra-se, assim, um instrumento integrador e facilitador para os entendimentos.

A produção legiferante estrutura, através da norma, um fragmento de realidade social, artificialmente produzida, que, contudo, pode ser alterada. Sob o aspecto da modificabilidade, a validade do Direito positivo aparece como expressão de uma vontade. De outro lado, a positividade do Direito não pode fundar-se somente em decisões eventuais e arbitrárias, porquanto ficam ameaçadas de perder sua potencial capacidade de integração social.

E se o direito retira sua potencialidade daquele nexos com a legitimidade, é nessa ligação que aparece o feixe estrutural dos pressupostos da pretensão de validade, qual seja a aceitação, introduzida no agir comunicativos e na ordem social (faticidade e validade).

Isto se dá, na medida que as potencialidades do discurso voltadas para esta finalidade trazem uma inter/ação entre os participantes que traduzem suas expectativas ou direitos em pretensões, que buscam validar-se através do embate argumentativo, sendo isso possível na medida que esta potencialidade impulsiona a “... capacidade que tem um discurso de unificar sem coerção e instituir um consenso no qual os participantes superam suas concepções inicialmente subjetivas e parciais em favor de um acordo racionalmente motivado. A razão comunicativa manifesta-se em uma concepção descentrada do mundo.”<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> HABERMAS, *O discurso filosófico da modernidade*, op. cit., p. 438.

Os conceitos extraídos da sociologia, os quais se traduzem no conflito e na cooperação, são bem trabalhadas por Padilla<sup>46</sup>, e referidos em relação a Habermas, em sua filosofia do entendimento. Por isso não ignora a dimensão do conflito nem da violência estrutural das instituições, mas somente busca estabelecer, através do paradigma do entendimento, que “a diferença dos modelos estratégicos de confrontação não repousam no poder, senão na racionalidade comunicativa.”<sup>47</sup>

Aquilo que Habermas denomina “política de reconhecimento” vem a ser a demanda por um tratamento adequado aos problemas de minorias e grupos marginalizados, dentro de um Estado Democrático de Direito, que se traduz em vários segmentos e que também buscam, ao final, uma possibilidade de interação maior em condições coerentes com a dignidade da pessoa humana, que deve ser tratada com respeito às suas limitações e potencialidades, dentro de uma igualdade que deve ser sensível às diferenças, para que se efetive uma paridade no exercício de todas as formas de manifestação.

Para afastar-se um segmento da marginalidade jurídica, política e econômica, necessita-se não apenas do estabelecimento de aparatos reguladores que coíbam comportamentos tendentes a uma tal discriminação, mas também que se abram acessos realmente democráticos, e não apenas formalmente democráticos.

Todas essas colocações nos conduzem à reflexão do que aqui tratamos sob a rubrica “espaço público judicial”, o qual tem se mostrado historicamente um caminho, ainda que eficaz a longo prazo, insuficiente, para realizar a veiculação da participação da sociedade enquanto âmbito de esfera pública de discussão e veículo de condução, à imediata correção das desigualdades, na medida em que não consegue atuar concretamente os direitos de participação política, numa visão mais abrangente (aqui entendidos como o direito de tornar politizáveis, publicamente, os temas que possam carrear um interesse qualificado da população), e de pronto canal de concreção dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

E isso porque é visto freqüentemente não como espaço de interação, um lugar possível de discussões tendentes a conduzir a um entendimento

---

<sup>46</sup> PADILLA. op. cit., passim.

<sup>47</sup> Ibid., p. 30.

racionalmente motivado, mas como caminho moroso e árduo ao reconhecimento de direitos, muitas vezes ineficaz exatamente porque incapaz de neutralizar essas diferenças que reverberam para dentro do processo, repetindo nele os desníveis da condição real de cada um.

A participação de todos, de forma paritária na busca das realizações necessárias à vida democrática, implica não apenas na mobilização dos veículos tradicionalmente introjetados como democráticos, mas em novas vias, como a da abertura do Judiciário, que, na análise a ser desenvolvida, se identifica, enquanto experimentação, nos Juizados Especiais.

Como última referência, o construto de Habermas consegue vislumbrar, ainda, por detrás dos impulsos emancipatórios provenientes das manifestações daqueles que estariam histórica ou contextualmente excluídos, pelas razões mais diferenciadas (sexo, origem, etnia, raça, camada social,...), a função ideológica desempenhada pelos direitos humanos até esse momento, na medida em que a pretensão igualitária de validade geral dos direitos e a inclusão de todos também servira para encobrir uma desigualdade de fato no tratamento com os tacitamente excluídos,<sup>48</sup> já que teria se contentado apenas com sua existência formal.

O entendimento das categorias da teoria de Habermas, acima abordadas, se mostra necessário para adentrarmos ao tema do presente trabalho, porque iremos extrair, do núcleo de seu projeto, vários elementos relevantes para a elucidação das matérias a serem tratados na referência ao “espaço judicial”. Tais elementos servirão à conexão que ora se pretende e serão, melhor elucidados e revisitados, ao longo dos próximos capítulos.

A aplicação de tais referências ao objeto da análise que se desenvolve, que vem a ser o espaço público judicial, e suas correlações com a participação política através do Judiciário, sua legitimidade e representatividade na democracia, permitirá uma compreensão mais alargada do que vem a constituir a própria função judicante dentro do Estado Democrático de Direito, razão pela qual, optou-se pela teoria do discurso de Habermas, que busca reconstruir e redesenhar a noção de democracia dentro da contemporaneidade, servindo de arcabouço teórico para o trabalho que ora se apresenta.

---

<sup>48</sup> HABERMAS. Acerca de la legitimacion basada em los derechos humanos. In: *La constelacion posnacional*, Cap. 5. Mimeo.

## 2.1.

### A situação ideal de fala e o espaço judicial de argumentação

O cerne da cidadania, segundo Habermas, encontra-se nos direitos de participação política, em uma sociedade juridicizada, na qual os conflitos não mais encontram, em categorias tais como costume, confiança e lealdade, a possibilidade de serem resolvidos de modo ético.<sup>49</sup>

A uma sociedade assim moldada, adequa-se a superação das fricções sociais, através da transferência dessa problematização para o campo judicial, já que a institucionalização jurídica permeou todos os espaços da sociedade, quer na área econômica, na administração estatal, nas organizações burocráticas, e, principalmente, no âmbito próprio das relações interpessoais.

Segundo a teoria do discurso, nos conflitos normativos origina-se a racionalidade reflexiva e crítica dos sujeitos, sendo levada a efeito a interação entre eles através da linguagem, com vistas a um entendimento, que é a finalidade mesma de sua ética discursiva.<sup>50</sup>

A “situação ideal de fala”, através da qual deve se desenvolver a práxis discursiva, constitui a circunstância especial que proporcionaria a imparcialidade, porquanto os interlocutores, por estarem interessados em participar do processo argumentativo, seriam tendentes a um acordo racionalmente motivado, transmutando a reflexão moral em um procedimento discursivo, que previamente estabeleça as regras de participação, e, ao qual, todos concordem em se submeter, de modo a que possam interagir argumentativamente.

Funciona nesse contexto, entre outros, o princípio moral<sup>51</sup>, anteriormente referido, que vem a ser uma especificidade do princípio geral do discurso, que atua como regra de fundamentação, para que se alcance uma decisão cunhada na reflexividade advinda de discussões, revelando-se como sistema de referência, que é do interesse simétrico de todos os indivíduos, pois o que consideramos argumentos fortes e decisivos deve estar numa valoração compartilhada pelos

---

<sup>49</sup>Id., *Direito e demoracia...*, v. I, p. 105.

<sup>50</sup> Como pontua Habermas : “É um conceito procedural de racionalidade, que, ao incluir a dimensão prático-moral assim como a estético-expressiva, é mais rico que o da racionalidade com respeito a fins, moldada para a dimensão cognitivo-instrumental.” (Cf. HABERMAS, *O Discurso filosófico da modernidade*, op. cit, p. 435).

<sup>51</sup> Cf. Ibid., vol. 1, p. 143, que reconhece expressamente não haver uma “distinção satisfatória entre princípio moral e princípio do discurso”, já que ambos estão imbricados enquanto regras de fundamentação que permitem operacionalizar a própria ação comunicativa, sendo aquele, contudo, uma especificação deste que é geral.

envolvidos, ainda que possam se mostrar conflitantes em determinadas situações (quando será complementado por um princípio da adequação).

A participação política dos cidadãos (que tangencia o princípio da democracia) garante que cada qual possa intervir igualmente em um processo de criação das normas, atendendo-se a determinados pressupostos comunicativos.

Enquanto o princípio moral está no âmago da construção de um processo argumentativo, e, portanto, interno, este outro se revela em uma externidade, para propiciar a participação paritária na enunciação de uma opinião ou da vontade pública, que realiza o próprio *medium* do Direito.<sup>52</sup>

Na situação ideal de fala têm pertinência tais categorias, na medida em que traduzem a forma de participação política e necessária na democracia, e o modo como se desenvolve a aferição dos resultados obtidos através dessa participação, o que se identifica, na conexão que ora se pretende, com a ambiência do processo.

Tal vinculação, que se apresenta, através do presente trabalho, entre a teoria habermasiana e a práxis do espaço público judicial, favorecido pelos diplomas a serem analisados ( Lei 9099/95 e Lei 80678/90 ), busca aferir a natureza, legitimidade e validade dos resultados dos procedimentos judiciais em um Estado Democrático de Direito, já que necessitam também do atendimento a pressupostos validamente reconhecidos como capazes de refletir a igualdade de participação de todos os envolvidos no “processo”.

A proposição de Habermas, no que toca à “situação ideal de fala”<sup>53</sup> mostra-se procedimental e, portanto, criada a partir de determinados mecanismos que permitam a efetiva participação dos concernidos na elaboração das regras, as quais advirão como resultado de um entendimento obtido pelo discurso argumentativo.

Portanto, deve a condição atender a certos requisitos, tais como :

1. Ausência de impedimento à participação;
2. Inexistência de coações externas ou pressões internas;
3. Busca de um objetivo comum, ou seja, a cooperação para um acordo.

Aquilo que Habermas denominou de ética discursiva somente é capaz de gerar uma solução imparcial dos conflitos, na esfera judicial, quando a todos os participantes se conceda uma igualdade de tratamento, de iniciativa, de meios, de

---

<sup>52</sup> Cf. Ibid., v. 1, p. 146.

<sup>53</sup> Apud CITTADINO., op. cit., p. 111.

acesso, e também de afirmação, através de uma equação de reequilíbrio substantivo, concreto, dos pólos dessa relação processual intersubjetiva.

A condição ideal é assim o contexto adequado que reúne os requisitos para que se desenvolva o embate argumentativo, é o ambiente necessário do palco aonde se apresenta a discussão, e deve obedecer a determinados parâmetros previamente fixados, através de uma prática pública do uso da razão.

E isso se mostra na sociedade pós-convencional condição essencial para o exercício da democracia e da lógica democrática, segundo Habermas, pois se atua crítica e reflexivamente, de modo a que sejam ultrapassados os limites das concepções impregnadas de valores individuais ou de mundos plurais.

A fim de enfrentar a violência e dominação, necessária se mostra a busca de pontos de equilíbrio, mesmo na diferença, que é o marco na sociedade contemporânea, fazendo-a com lastro num mundo da vida, através de um debate democrático amplo, de modo a permitir que as normas passem por um processo de justificação.<sup>54</sup>

Portanto, a racionalidade se mostra um estado favorável para refinar as constatações falíveis acerca de proposições veiculadas por sujeitos que interagem através de atos de fala, de modo a que o saber daí resultante esteja, como o indivíduo, imbuído, ao mesmo tempo, do que ocorre no mundo objetivo, no mundo social e no mundo subjetivo, assim como para além de sua circunstância contextual.

Enquanto a razão centrada no sujeito:

Encontra sua medida nos critérios de verdade e êxito, que regulam as relações do sujeito que conhece e age segundo fins com o mundo de objetos ou estado de coisas possíveis [...], assim que concebemos o saber como algo mediado pela comunicação, a racionalidade encontra sua medida na capacidade de os participantes responsáveis da interação orientarem-se pelas pretensões de validade que estão assentadas no reconhecimento intersubjetivo.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> Cf. *Ibid.*, p. 118, a respeito da ética discursiva habermasiana..

<sup>55</sup> HABERMAS, *O Discurso filosófico da modernidade*, op. cit, p. 437.

Ao promover uma locução afirmativa tem, portanto, aquele que está agindo comunicativamente, não somente a liberdade de participar na expressão de uma determinada pretensão de validade, como deverá fundamentar, através de procedimentos argumentativos, nos quais interagem o princípio do discurso e o princípio moral, sua proposição, de modo a poder, na interação com os demais, permitir que a comunicação se desenvolva no sentido de um entendimento.

Isso remete, dentro da seara judicial, não somente à participação com iguais oportunidades de manifestação, garantida pelos princípios inerentes ao devido processo legal, mas a uma determinada estrutura que permita o ingresso de todos nessa arena de discussão, sem que dele seja exigido algo particular em sua situação na sociedade (condição pessoal, econômica, sexo....).

Ou seja, para que se estabeleça também no espaço judicial a prática discursiva, não bastam as garantias endo-processuais, senão também aquelas que poderia se denominar de pré-processuais, como o acesso facilitado à Justiça (direito de petição sem ônus, isenção de custas, desburocratização dos meios de acesso, informalização dos procedimentos, afastamento da intrincada linguagem jurídico-formal para a propositura de uma demanda), aspectos procedimentais e aspectos substanciais.

Com relação a este último, vislumbra-se que de nada adiantaria conceder, a todos, os mecanismos de equilíbrio de meios naquilo que se denominou condições pré-processuais, ou endo-processuais, se não houvesse uma sistemática substantiva e compensatória desse desequilíbrio, cujo nascedouro está na própria condição subjetiva e intersubjetiva dos participantes, no âmago das forças que se contrapõem na sociedade complexa, múltipla e de contrastes.<sup>56</sup>

Desse modo, num espaço judicial que se mostrasse efetivamente democrático, se permitiria, às potenciais forças de participação individual ou de organização voluntária na sociedade, uma afirmação, independentemente de se unirem em associações civis, ou mesmo veicularem aporte de recursos para poder

---

<sup>56</sup> Não se tome, contudo, esses instrumentos equalizadores, nesse momento, como instrumentos paternalistas, herança de um Estado Social que reduziu a capacidade dos indivíduos de se auto-organizarem, porquanto neste espaço somam-se esforços para que condições formais e materiais permitam uma efetiva participação de todos dentro daquilo que se concebe como “direito de igual participação”. A referência que ora se faz é decorrente da postura crítica de Habermas frente à questão que ele coloca em *Direito e democracia...* v. 1, op. cit., p. 108.

emergir como fator político dentro do espaço público.<sup>57</sup> Aqui, independentemente da potência de suas capacidades econômicas ou da associação de recursos daqueles, social ou financeiramente, privilegiados, e até mesmo se dispensando qualquer suficiência mínima de recursos, se estaria apto a ganhar participação e ser ouvido enquanto autor de pretensões.

Concorda-se com Joshua Cohen ao afirmar que a democracia parece ser a forma de promover escolhas coletivas pela idéia fundamental de que os cidadãos sejam tratados como iguais.<sup>58</sup>

Ao enunciar as considerações sobre o modo deliberativo e sua concepção como participação e igualdade política, tece ele argumentos relevantes para nosso entendimento, referindo-se, primeiramente, aos princípios deliberativos e àqueles de igualdade política, entendendo que tais direitos asseguram os meios de proteção de outros direitos básicos e interesses que são capazes do promover o bem comum.<sup>59</sup>

Fazendo analogia com o tema aqui tratado, na medida em que é assegurada a igualdade de participação efetiva em uma arena de discussão que é pública e judicial, quer dos meios de acesso, quer dos meios de afirmação de pretensão dentro do próprio processo, favorecido por um instrumento procedimental que, exangue de burocracias, permita inclusive o entendimento do homem comum através de uma linguagem informal e cotidiana, tal possibilidade de participação igualitária também proporcionaria proteção mais efetiva dos direitos básicos que se pretende assegurar através daquele mesmo procedimento.

A dimensão por ele abordada, ainda que dentro daquela acepção do que se convencionou denominar “contexto político”, não afasta a possibilidade de ser analisada no contexto judicial, na medida em que esse espaço também é público e político, permitindo, da mesma forma, que matizes da diversidade da problemática social, quer a nível particularíssimo, quer a nível coletivo, apareçam.

---

<sup>57</sup> Condicionando as formas de participação política dos interlocutores sociais aos modos organizativos voluntários e também à reunião de recursos para que possam ser ouvidos enquanto força política, COHEN, Procedure and Substance in Deliberative Democracy, In: *Democratic theory*, p. 112, embora entendendo que seriam também tais formas de agregação uma resistência ao rompimento da lógica econômica mercantilista e burocratizada. No mesmo sentido, é o autor citado por AVRITZER. Teoria Crítica e Teoria Democrática – do diagnóstico da impossibilidade da democracia ao conceito de esfera pública. In: *Novos Estudos*, p. 184.

<sup>58</sup> COHEN, op. cit., p. 97.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 107

Segundo Cohen, a democracia deve mostrar-se agregadora, e essa concepção “*aggregative*” institucionaliza um princípio segundo o qual os interesses de cada membro de determinada comunidade deverão ter o mesmo peso, requerendo ainda regras sobre participação, associação e expressão.<sup>60</sup>

Ao tratar da natureza procedimental, em sua teoria da justiça, Rawls apresenta uma formulação em que, no primeiro estágio desse procedimento, que denomina “posição original”, os indivíduos capazes de agir racionalmente se separam do mundo real por um “véu da ignorância”, de modo que se esvaziam das estratégias que poderiam conduzir seu atuar para obter determinado resultado. Nesse momento, decidem eles sobre os princípios de justiça que irão compor a organização e estruturação da sociedade em que vivem, sem qualquer ingerência de seus interesses particulares, sendo, desse modo, imparciais na escolha de tais princípios que irão servir de parâmetro para seus julgamentos.<sup>61</sup>

Estabelece, também, requisitos para essa ambiência idealizada, sendo, os princípios de justiça, aqueles tendentes a permitir que cada pessoa tenha igual direito e liberdade, devendo se ajustar `aqueles reservados aos demais indivíduos, compatibilizando-se, ainda, as desigualdades sociais e econômicas, de modo a que se extraia, dessa diferença, um benefício para todos, e que oportunidades e postos estejam também abertos igualmente a todos.

Adotados esses princípios de justiça na posição original, e ainda sob o “véu da ignorância”, as pessoas, segundo a teoria de Rawls, se voltam para o processo de elaboração da Constituição, no qual vão promover a escolha dos poderes constitucionais do governo e os direitos básicos dos cidadãos.

Para ele, a partir da realidade constitucional há uma estabilização das relações em direção a um “consenso sobreposto” no qual se incluem algumas expectativas de justiça.

E estabelece elementos “essenciais de uma Constituição” legítima, que se agrupariam na organização de um procedimento democrático justo, desde que

---

<sup>60</sup> Ibid., p. 102. Ao se referir aos três princípios que devem nortear a democracia deliberativa, afirma COHEN: “*the aggregative conception of democracy promises the protections required for a fair process of binding collective choice, including protections against discrimination that would undermine the claim of the process to ensure equal consideration. [...] The main idea is that the deliberative conception requires more than that the interests of others be given equal consideration; it demands, too, that we find politically acceptable reasons – reasons that are acceptable to others, given a background of differences of conscientious conviction. I will call this requirement the “principle of deliberative inclusion”.*”

<sup>61</sup> RAWLS, op. cit., p. 3.

obedecido o critério de igual participação e oportunidades acima referido, com atribuição de liberdades básicas, além de buscar a satisfação de certas necessidades estruturais.

Este, o ambiente discursivo ideal e apto à deliberação a respeito das questões de justiça política e dos fundamentos constitucionais. Esta “razão pública” deve não somente se limitar à organização da estrutura básica, envolvendo também a ação do Judiciário e especialmente dos Tribunais Constitucionais, ao julgarem os casos ligados àqueles conteúdos essenciais da Constituição, pois para ele os juízes devem explicar e justificar suas decisões com fulcro na sua compreensão da Constituição.

Diante de uma colocação com tais elementos, pode-se observar que a concepção de Cohen e a idealização elaborada por Rawls, ainda que diversa da que Habermas engendra através da “situação ideal de fala”, não se distancia do cerne da questão relativa à legitimidade, à participação democrática dos interlocutores e à necessidade de justificação das deliberações.

Tem-se, assim, que a igualdade de participação nas deliberações refere diretamente a questão da legitimidade, que se mostra de fundamental importância para a própria validade e eficácia dessa deliberação.

A proposta aqui colocada, ao transportar tais concepções para a práxis dos Juizados Especiais, supera, por óbvio, a questão da discussão sobre a legitimidade desse próprio procedimento, porquanto embora advinda da legalidade obediente aos ditames constitucionais, os sujeitos, enquanto destinatários destas normas (dentro assim da visão secular do Estado Democrático de Direito), o legitima ao atuá-la na práxis discursiva, de modo a torná-la também instrumento de uma emancipação, ampliando o processo de deliberação pública.<sup>62</sup>

A capacidade de atuar sobre a deliberação final fica equalizada também para aqueles que, originalmente, poderiam ter níveis de influência maior. Sendo a participação inclusiva de toda a sociedade, independentemente da condição de raça, cor, gênero, condição financeira; a participação política passa a ter uma feição própria no Judiciário.

---

<sup>62</sup> Para melhor compreensão da colocação aqui feita, a análise esclarecedora de Pedro H. Villas Boas Castelo Branco sobre o paradoxo de Habermas, que permitiu esboçar a superação aqui proposta. Cf. BRANCO, O paradoxo de Habermas. In: *Revista direito, Estado e sociedade*, p. 139.

A análise a ser desenvolvida, no que toca à deliberação política na acepção que convencionalmente temos dela, nos serve até certo ponto para visualizarmos melhor as conseqüências que a igualdade de participação, na esfera judicial, pela manifestação das partes nos autos, pode permitir para a efetivação dos direitos propriamente ditos, a nível substancial. Ou seja, a instrumentalização de tais direitos de participação no processo acaba por repercutir na efetivação de direitos, materialmente considerados.

Não basta que a igualdade seja um objetivo de equilíbrio projetado através de normas constitucionais, na edição de um rol de direitos fundamentais, quer naquelas com conteúdo programático. Também não é suficiente que se acene com instrumentos legais ou direitos relativos ao exercício da “ação”, balizados por princípios que somente formalmente garantam a todos o acesso à Justiça.

Esta situação ideal de fala se identificaria, através do embate diante do Judiciário, e nas conexões que aqui pretendemos desenvolver, por meio, principalmente, dos modelos procedimentais dos microssistemas, porque permitem uma participação mais atuante, tanto pelas partes, como por parte do próprio órgão judicante. Neles, os interlocutores do processo atendem àquelas exigências fundamentais apresentadas pelo modelo de Habermas, consubstanciadas na ausência de impedimentos à participação, propiciando o acesso direto, até mesmo sem um intermediário técnico (o advogado), o que vem acolher uma expectativa há muito veiculada pela sociedade, distanciada que ficou, num elastério máximo, de uma forma direta de participação neste ambiente, pela burocratização e formalismos que entravaram o acesso à Justiça por tanto tempo.

Com efeito, verifica-se no atuar dentro desse espaço que as pretensões de validade, de cada interlocutor, passa a ser racionalmente exposta, assegurando-se a todos a possibilidade de colocação de suas teses, para que passe pelo processo de validação, crítico e argumentativo, dentro de um procedimento público, institucionalizado, e realizado através do Poder Judiciário.

Pretensões de validade são levantadas em cada ação que é distribuída. A busca do consenso é manifestada na tentativa de acordos a respeito de pontos que, se mostrando relevantes para cada uma das partes, possam ser flexibilizados diante da razão dos argumentos que se sobrepõem em importância, para uma comunidade; essa relevância constitui não apenas, ali, no caso particular, uma

aspiração a ser obtida através do processo, mas se identifica como núcleos constantes de relevância geral para todos os membros de uma sociedade.<sup>63</sup>

Portanto, ao entrarem no discurso argumentativo de um procedimento judicial, não têm os participantes que se supor aquilo que não são (“comunidade ideal”), mas apenas que, atendendo ao que se pressupõe inerente a este contexto (“condições ideais de fala”), permitam que a depuração crítica, ainda que contaminada por motivos ínsitos a cada realidade psico-social-histórica, se possa realizar.

E isso porque “A tarefa de fundamentar, isto é, a crítica das pretensões de validade levada a cabo da perspectiva dos participantes não pode se separar, em última instância, da consideração genética [...]”<sup>64</sup>

Embora Wellmer<sup>65</sup>, membro da segunda geração da Escola de Frankfurt, seja um interlocutor de Habermas, o critica naquilo que toma pelo sentido forte do entendimento da teoria da comunicação lingüística, referindo-se à “comunidade de comunicação ideal” e à “tese do entendimento” como algo que, se existisse, tornaria despcienda a comunicação e, portanto, a busca do entendimento.

Também naquilo que trata como sentido fraco do entendimento da teoria habermasiana, aduz que nada mais seria do que a expressão de uma teoria pragmática do significado.<sup>66</sup>

Tal qual no processo, apenas uma proposição se mostraria, ao final, válida, em um determinado contexto, como resultado da confrontação das teses apresentadas.

Contudo, encampamos uma visão diferenciada daquilo que Habermas denomina de “situação ideal de fala”, porque não a relacionamos a uma comunidade ideal, como afirmamos anteriormente. A comunidade tratada por

---

<sup>63</sup> Cf. nesse sentido HABERMAS, *Direito e democracia...* v. 1, op. cit., p. 143: “Os argumentos decisivos têm de poder ser aceitos, em princípio, por todos os membros que compartilham “nossas” tradições e valorações fortes. Antagonismos de interesses necessitam de um ajuste racional entre interesses e enfoques axiológicos concorrentes. E a totalidade dos grupos sociais ou subculturais imediatamente envolvidos forma o sistema de referência para a negociação de compromissos. Esses têm que ser aceitáveis, em princípio, e na medida em que se realizam sob condições de negociações equitativas, por todos os partidos, e, em certos casos, levando em conta até argumentos diferentes.”

<sup>64</sup> HABERMAS, *O Discurso filosófico da modernidade*, op. cit, p. 449.

<sup>65</sup> WELLMER, *Consenso e Telos da Comunicação Lingüística*. In: *Novos Estudos*, p. 88.

Habermas é esta que está diante de nossos olhos e não fora do mundo real, nem deve atender a determinados pressupostos ideais do que se conceberia como uma comunidade. Ela é, portanto, imperfeita, conflituosa, vária e multicultural. As condições de comunicação é que seriam ideais, na medida em que todas as vozes pudessem participar argumentativamente na busca de um entendimento. Essa horizontalidade constitui a primeira e última condição indeclinável para sua consecução.

Não há que se negar a possibilidade de entendimento através da comunicação discursiva apenas porque as condições sociais são desiguais, ou porque as linguagens são distintas.

Como bem situa Giselle Cittadino: “Um amplo e irrestrito processo democrático de argumentação pode incluir não apenas as concepções individuais sobre a vida digna como os valores culturais que configuram identidades sociais.”<sup>67</sup>

Ao tratar da legitimação da ordem do Estado Democrático de Direito, baseada nos direitos humanos,<sup>68</sup> alerta Habermas que estes atuam como verdadeiros “sensores” e que devem, da mesma forma que serviram a uma modernidade social que se estendeu a nível global, também ser o fio condutor que leve o entendimento a outras culturas, buscando-se uma melhor interpretação, de modo que se lhe adeque às feições, não como fatos morais pré-existentes, mas inscrevendo-se como pilares de uma construção.

A redefinição da noção de público e da noção de político, referida por Leonardo Avritzer<sup>69</sup> a partir do “paradigma da identidade” se situa no “*reconhecimento de um processo de apresentação, contestação e incorporação de identidades múltiplas*”, que aponta, neste sentido, para redesenhar essa identidade, possibilitando a democracia em sociedades complexas. Portanto, a identidade assim pretendida não se encontra nas reservas de similitudes, mas nas diversidades manifestadas pela sociedade plural, que traz à discussão temas que a reflitam e se veiculem por processos institucionalizados, ou mesmo por formas

---

<sup>66</sup> Afirma o autor, de forma um pouco diferenciada da tese habermasiana: “com todo proferimento lingüístico são erguidas pretensões de validade de diferentes tipos, cuja satisfação, em conjunto, é garantida somente pela validade de um proferimento”. Cf. *Ibid.*, p. 88.

<sup>67</sup> CITTADINO, op. cit., p. 117.

<sup>68</sup> HABERMAS, Acerca de la legitimación basada en los derechos humanos. In : *La constelación posnaciona*, op. cit., Cap. 5. Mimeo.

<sup>69</sup> AVRITZER, op. cit., p. 182.

organizacionais, alternativas, e despidas de burocratizações, advindas de modos voluntários de associação.

De tal sorte, não se ressentem a teoria de Habermas dos emperramentos moldados pela visão da Escola de Frankfurt, em sua primeira geração, já que nem a multiplicidade social, nem as estruturas instrumentais de racionalidade, nem o estabelecimento de estruturas organizacionais burocratizadas, podem impedir que o potencial discursivo, numa pauta geral, possa se manifestar democraticamente.

Caso contrário, não se conseguiria nem mesmo explicar o diálogo histórico permanente dos filósofos com outros de diferentes realidades e tempo. Como assimilar nossa busca de entendimento de teorias complexas e tecidas dentro de contextos tão diversos do nosso? As correntes de comunicação, dos fóruns nacionais e internacionais, a busca de caminhos alternativos por organizações não governamentais, que não constituem o poder institucionalizado, com pessoas das mais diferentes culturas, nada mais é do que o intercâmbio entre realidades e culturas distintas através da linguagem.

Para admitirmos que não existe uma esfera discursiva possível entre culturas diferentes, momentos diversos, realidades díspares teríamos que considerar inviável a união em torno de causas comuns, sem fronteiras de línguas, crenças, religião, nacionalidades.

O campo aqui tratado, contudo, é mais limitado contextualmente, porquanto o espaço judicial se dá em determinada comunidade, aonde tais disparidades, decorrentes das culturas miscigenadas, principalmente em grandes centros, se mostram mais facilmente assimiláveis. É assim, no espaço judicial, que iremos examinar as condições ideais referidas, de modo a tornar observável nossa análise.

As condições ideais acima citadas podem existir independentemente dos critérios substantivos e do conteúdo das pretensões que serão erguidas, e, portanto do significado; são elas passíveis de ocorrer em um contexto democrático, não negando a condição real em que o entendimento se mostra pleno de sentido.

Em verdade, não se constitui a idealização da racionalidade através da “situação ideal de fala”, nem se negam condições reais do contexto em favor de uma estrutura ideal de entendimento; também não se mostra afetado o nível de entendimento lingüístico passível de ser inteligível “pleno de sentido”; não

implica, pois, a situação ideal tratada por Habermas, em uma negação das condições da própria historicidade.<sup>70</sup>

A condição ideal é procedimental e, portanto, criada a partir do atendimento a determinados requisitos que permitam a efetiva participação dos concernidos na produção da norma daí decorrente.

Ideal aqui não se contrapõe ao que seja real, apenas informa requisitos e condições (reais e formais) que permitam uma melhor comunicação; ideal, aqui, não se mostra como algo impossível de realização, apenas define o real dentro de uma melhor situação. Espaços deliberativos que favoreçam a participação efetiva dos interlocutores, com respeito às decisões resultantes de um embate racional de argumentos, podem constituir esta situação ideal.<sup>71</sup>

E aí chegamos a um segundo momento dessa análise que, neste trabalho, propõe-se como sendo o espaço público judicial de argumentação.

Essa esfera argumentativa carregada através dos processos e situada no âmago do espaço público judicial constituído pelo Poder Judiciário permite que as discussões aí engendradas, que se dão sempre de modo argumentativo sobre pretensões de validade (consubstanciadas nas tutelas pretendidas através de determinada ação judicial) encerram, por assim dizer, um espaço “reflexivo” da ação comunicativa.

A tensa relação entre real e ideal mostra-se também, e de um modo particularmente nítido, no próprio discurso. Ao entrarem em uma argumentação, os participantes não podem deixar de supor mutuamente o cumprimento adequado das condições de uma situação ideal de fala.<sup>72</sup>

Essa tensão que existe no âmbito do processo revela-se, na conexão ora desenvolvida, também no nível da própria argumentação, levantada pelos

---

<sup>70</sup> Em sentido contrário, cf. WELLMER, op. cit., p. 95. Afirma ele que: “nestas suposições necessárias de comunicação é enganoso falar de idealização: como já disse o conceito de uma racionalidade, capacidade lingüística ou responsabilidade ideais não faz nenhum sentido”.

<sup>71</sup> Não entendemos que está em Habermas, por outro lado, que a racionalidade, ou a capacidade lingüística ou a responsabilidade, tenham de ser ideais, ou mesmo apenas formalmente tratadas, embora pareça ser neste sentido a crítica de WELLMER, op. cit., p. 95. Racionalidade, capacidade lingüística, responsabilidade são atributos dos interlocutores, que eles podem ter ou não, mas não da denominada “situação ideal de fala”.

<sup>72</sup> HABERMAS, *O discurso filosófico da modernidade*, op. cit., 449.

participantes na defesa de suas teses, que se entrecrocaram e se complementam no bojo de suas manifestações processuais.

Aqui também não há como deixar de supor a existência de condições previamente estabelecidas sobre a participação dos envolvidos, adequadas procedimentalmente àquele fórum de falas, articulações, locuções, carregadas com força de argumento, de opiniões qualificadas.<sup>73</sup>

Só assim o processo é capaz de constituir o reflexo de uma moralidade pública, reverberada ali, nos proferimentos levantados e nos argumentos postos à crítica reflexiva, para potencialmente ser capaz de persuadir os concernidos.

Esta capacidade de persuasão não está abstratamente colocada, em Habermas, no éter. Ao contrário, ela embora presuma uma situação ideal de espaço público, no qual todos podem se manifestar livremente, insere este, contextualmente, em compartilhamentos de formas de vida e “de concepções da boa vida”.<sup>74</sup>

Busca-se uma articulação do “justo” com o “bem” de forma a que, tanto a igualdade como a dignidade da pessoa humana e os valores carregados nos direitos fundamentais estejam atendidos.

Tais concepções não se mostram contrapostas, mas, antes de tudo, complementares, embora tenham alcances e escopos distintos.

A análise de J. Eisenberg desenvolvida criticamente a partir do ponto de vista liberal do positivismo, acerca das teorias de Dworkin e Habermas, conclui continuarem os teóricos “presos à idéia de que uma concepção do justo pode se sobrepor às concepções de bem numa sociedade”.<sup>75</sup>

Não conseguimos ver, contudo, essa prevalência em Habermas.

---

<sup>73</sup> ARENDT, *Entre o passado e o futuro*, op. cit., p. 300, afirma: “Em matéria de opinião, mas não em matéria de verdade, nosso pensamento é verdadeiramente discursivo, correndo, por assim dizer de um lugar para outro, de uma parte do mundo para outra, através de todas as espécies de concepções conflitantes, até finalmente ascender dessas particularidades a alguma generalidade imparcial.”

<sup>74</sup> Cf. crítica de EISENBERG, op. cit., p. 139. Acrescenta, ainda, o autor, ao descrever os mecanismos sociais em Habermas, que estes não são suficientes para a constituição de uma comunidade, como se vê no texto a seguir (Ibid. p.146): “A justificação pública é uma prática que visa gerar normas de integração social que são vitais a comunidades, já que produzem normas que operam precisamente como mecanismos de inclusão e exclusão dos participantes do discurso prático. Estas normas de integração social ora apontam para concepções do justo, ora apontam para concepções do bem compartilhadas por todos os cidadãos concernidos. Mas valores universais também operam nestas comunidades no sentido de definir áreas e condições para a sua validade, e o papel de integração cultural destes valores é constituinte de identidades nem sempre universais e que apontam para bens comuns, não compartilhados ou convergentes, que podem (ou não) abarcar a comunidade como um todo.”

Não obstante nele existir uma concepção procedimental de justiça, universalizada e aceita pelos interlocutores, esta concepção não afasta o reconhecimento dos argumentos que possam ser considerados válidos também no que se refere às concepções de bem. Ao contrário, parece-nos que essas duas “qualidades” seriam antes de tudo entretecidas, tendo como fio condutor os direitos fundamentais.

Se tomarmos como critério os direitos humanos, estaremos adotando parâmetros que tangenciam diretamente a vida social, e se constituem, como afirma Robles, “*pautas de deliberación de carácter moral que han de tenerse en cuenta en la toma de decisiones políticas y jurídicas.*”<sup>76</sup>

O entendimento de Habermas, portanto, é diverso do sustentado por N. Bobbio<sup>77</sup> quando este afirma que o problema dos direitos fundamentais não é fundamentá-los, mas concretizá-los. Sustenta, ao contrário, que exatamente o fundamento último dos direitos humanos não pode ser outro senão aquele moral, de modo que fundamentá-lo moralmente constitui o próprio critério de justiça que comanda a justificação de todas as decisões.

Se, como afirmamos anteriormente, o espaço público é aquele em que as teses apresentadas por cada um dos interlocutores do diálogo democrático buscam se afirmar, submetendo-se às múltiplas dialéticas dos argumentos advindos das diferentes concepções sobre direito, vida, moral, princípios para, ao final, afirmar sua validade como resultado de um entendimento racionalmente justificado, a arena judicial se mostra um espaço institucionalizado para o desenvolvimento de tal desiderato, pois sua estrutura é propícia à discussão argumentativa, sendo moldado para um campo comunicativo de fala, mormente nos modelos a serem examinados mais detidamente no capítulo 4.

A razão, nessa ambiência, se manifesta numa sintonia própria, e se revela através do resultado de um tal processo.

Portanto, é da fricção dessa relação que resulta a possibilidade de entendimento e também de interações sociais, como consequência inafastável da potencialidade da linguagem, exercitada dentro de condições ideais, nesse espaço

---

<sup>75</sup> Ibid., p. 159.

<sup>76</sup> ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, p. 27.

<sup>77</sup> BOBBIO, *A era dos direitos*, 1992.

judicial de argumentação, e que se esparge para além do próprio processo, no desdobramento das conseqüências do cotidiano.<sup>78</sup>

Buscaremos, a seguir, examinando as demais vertentes do processo judicial, verificar as diferentes potencialidades que atua para a consolidação da democracia.

---

<sup>78</sup>Como pontua HABERMAS, *O Discurso filosófico da modernidade*, op. cit, p. 447: “ O acordo alcançado comunicativamente, medido segundo o reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade, possibilita o entretimento de interações sociais e contextos do mundo da vida.”

## 2.2.

### A dimensão da ação como reflexo do social

A conscientização da necessidade de organizações ou movimentos pela luta de direitos, para superação da crise provocada pela “naturalização”<sup>79</sup> do modelo neoliberal, veio a representar, para grande parte da população, forma de melhoria social, dando-se, basicamente, através de dois canais que se abriram como vias alternativas para ultrapassar a fragilização da política do Estado, e a desarticulação causada pela hegemonia econômica sobre o social.

Tais atalhos de resistência se articularam pela insipiência das políticas públicas de melhoria da condição da sociedade, através da afirmação de direitos (por movimentos de reivindicações, pressões, manifestações, e daquilo que se fez sentir com as ações afirmativas), do mesmo modo que por meio de uma das formas do que se denomina “democracia participativa”, que em vários países da denominada “periferia” e “semiperiferia”<sup>80</sup> obtiveram experiência positiva, como ocorrido no sul do Brasil, através do que se denomina “orçamento participativo”<sup>81</sup>, numa tentativa nova de socialização da política e do poder administrativo.

Tais movimentos, como pontua Emir Sader<sup>82</sup>, que “exploram necessidades reprimidas da população” apontam para “horizontes de negação e superação” das desigualdades engendradas pela hegemonia do capitalismo financeiro, agonizadas pela globalização do modelo neoliberal, numa alternativa aonde se obtenha uma inclusão.

A renovação da esfera pública, através do espaço organizado de cidadania, e que constitui manifestação do se denomina “democracia radical”, não pode ser vista dentro de um único modelo de participação, porquanto nada a nível macro se

---

<sup>79</sup> Cf. SADER. Democratizar a democracia. Os caminhos da democracia participativa . In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Para outras democracias*, p. 3.

<sup>80</sup> Desenvolve o autor uma análise sobre democracia participativa em países da semiperiferia. *Ibid.*, p. 07 e seguintes.

<sup>81</sup> Essa alternativa, levada a cabo pelo próprio Executivo, interage com o social para tentar superar a perda de legitimidade do Estado e de seu enfraquecimento como ente regulador, buscando um diálogo que permita, à própria população, dizer diretamente as prerrogativas e necessidades que urgentemente devem ser atendidas. Forma de participação direta da população nas decisões políticas, independentemente do cíclico modelo tradicional e liberal do “voto”, traz, ela, em seu bojo, uma nova exigência e tendência que, uma vez introjetada positivamente no imaginário coletivo de determinada comunidade, dificilmente permitirá que não se transforme em participação necessária para propiciar a própria governabilidade.

<sup>82</sup> SADER, op. cit., p.05.

desenvolve em canais específicos apenas, mas, ao contrário, traz sinais de uma dinâmica que se movimenta também em contexto geral.

Essas necessidades reprimidas da população se fizeram sentir em outros canais e, especialmente, no Judiciário, através dos Juizados Especiais.

Não é coincidência que exatamente a partir dos anos oitenta começou a haver uma reflexão sobre formas alternativas para o modelo neoliberal, coexistindo nos diferentes âmbitos de penetração, institucional e social, a busca de saídas para suprir aquelas carências deixadas pela lógica auto-referencial do predominante viés econômico do modelo ocidental adotado, assim como pela introjetada inércia trazida com o Estado paternalista.

A conscientização dentro do Judiciário da necessidade de mudança de perfil, iniciando-se com movimentos de associações de magistrados e de segmentos regionais e nacionais de Juízes, acabou por abrir caminhos, potencializando o espaço judicial, à semelhança do que ocorria em outras partes do mundo.<sup>83</sup>

A crítica ao Judiciário, focada essencialmente em dois de seus aspectos mais evidentes, “morosidade” e “dificuldade de acesso”, fez com que se renovassem fórmulas através de instrumentos mais adequados às demandas sociais.

Assim, também como no caso do orçamento participativo, “explorando necessidades reprimidas da população”, as demandas levadas ao espaço judicial, a partir dos Juizados Especiais Cíveis, demonstram uma enorme massa de conflitos, insatisfações, pretensões até então contidas, por não terem um acesso possível ao cenário público do processo.

Como se disse, não existe evolução apenas em um determinado canal do organismo político-social; ele, ao encontrar atalhos, caminhos de superação de contingências adversas, o faz em várias de suas artérias e espectros, embora as mudanças possam ser mais sensivelmente observáveis em um, ou em alguns setores determinados.

Aquilo que se concebe por “democracia participativa” se deu, na transferência desta concepção para a esfera judiciária, principalmente através do modelo criado com os Juizados Especiais. Em quase todo território nacional, viu-se a proliferação crescente de tais Juízos, não obstante, registre-se, de forma diversa e descontinuada, na medida em que determinados Estados obtiveram

---

<sup>83</sup> Uma análise desse tema em vários países do ocidente é feita por VIANNA [...] [et. al.], *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 158 a 166.

resultados exponencialmente mais satisfatórios do que outros, e isso por questões mais de política administrativa dos próprios Tribunais dos Estados, do que propriamente da eficácia de sua práxis.

Especialmente no Estado do Rio de Janeiro houve um maciço investimento na estrutura desses Juízos diante da demanda imponderável, que cresceu vertiginosamente a partir de sua implantação.<sup>84</sup>

O mapa das estatísticas, exibido no Anexo I, revela tal situação, a declarar transparentemente o quanto carecia a sociedade de um acesso ao Judiciário, que teve que reavaliar suas pautas de prioridades diante de uma situação de fato instalada, numa verdadeira otimização de toda sua capacidade de administrar o potencial estímulo que um espaço, assim constituído, ocasionou.

A fim de que possa servir de afluyente para canalização das expectativas e necessidades, que vem do rio caudaloso dos movimentos e iniciativas da sociedade, e representando mais uma vertente de participação da população na construção da qualidade do social, deve o Judiciário moldar-se às exigências de sua contemporânea característica (múltipla e complexa), sem deixar de preservar-se, dentro da diversidade, como um canal de manifestação igualitária.

A estatística da instância judicial é um reflexo das buscas e pretensões sociais de um dado momento histórico, sendo o espaço através do qual se tenta obter o equilíbrio das relações no resgate dos valores, rompidos pelas práticas e forças conflitantes do meio social e dos subsistemas.

Tenhamos então em conta que interesses veiculados nas ações podem, ainda que individualizados, segmentados em pequenas questões, revelarem-se como aspirações que são gerais, coletivas, públicas.

“No papel de cidadão do mundo, o indivíduo confunde-se com o do homem em geral – passando a ser simultaneamente um eu singular e geral”.<sup>85</sup>

Essas faces da cidadania, referidas por Habermas, vem ao encontro da colocação aqui esboçada no sentido de que o processo, porque veículo de

---

<sup>84</sup> A título exemplificativo, podemos destacar a abertura crescente de novos Juizados, postos avançados ou Juizados adjuntos, em razão exatamente deste aporte de verbas permanente para realização de novas frentes. Desde sua inicial implantação foram, ao longo dos últimos quase dez anos, se avolumando essas estruturas, chegando-se atualmente a alcançar um número de vinte e seis Juizados Especiais na capital Estado do Rio de Janeiro e trinta e três nas Comarcas do interior, aos quais ainda se acrescentam mais cinquenta e seis Juizados Adjuntos, totalizando um número de cento e quinze Juízos Especiais. (Cf. informações do *site* do TJ-RJ). A evolução de seu crescimento é melhor visualizada através do gráfico constante do Anexo II.

<sup>85</sup> HABERMAS, *Direito e democracia...* v. I, op. cit., p. 17.

participação política, possui também uma potencialidade ambivalente, de ser, ao mesmo tempo, reflexo do particular e do coletivo.

Assim se, para Habermas, a estrutura de domínio da forma estatal de organização depende do direito, *medium* através do qual se constitui o poder político nos Estados Modernos<sup>86</sup>, o processo judicial que fala através do direito, enquanto ação comunicativa, reproduz as formas de vida e, ao mesmo tempo, pode conduzir à participação nessa estrutura de domínio que compõe a estatalidade, sendo os sujeitos (autores/réus) não apenas episódicos manifestantes de pretensões, mas atores de uma modalidade de controle e atuação permanentes, em relação às decisões políticas, legais ou jurídicas.

Transportado, em tal dimensão, o acordo racional pretendido por Habermas, para o espaço público judicial, vê-se que ele não é desprovido de concreção, como buscaremos desenvolver no curso do presente trabalho.

Palco apropriado e destinado ao uso comunicativo da linguagem, e no qual se desenvolvem as afirmações de determinada pretensão diante do impasse friccional com outra (normalmente em sentido contrário), ou apenas pressupostamente diversa (na medida em que a pretensão pode não ser resistida), os embates judiciais, tecidos em ações comunicativas, reproduzem essas formas concretas de vida, numa dimensão própria e propícia ao entendimento racionalmente motivado.

Aquele que não pretende entendimentos, que não busca mediatismos, que não espera um resultado racional satisfatório e harmonizador para uma situação de tensão de afirmações ou pretensões de validade que se contrapõem, não busca o Judiciário, ou porque já diretamente obteve uma resposta que veio ao encontro de suas expectativas, como consequência do contato direto com o outro na relação intersubjetiva, imersa no próprio mundo da vida, ou porque resiste a qualquer forma de consenso e, de modo irracional, suprime o entendimento, e busca, na força, uma “solução” para seu impasse. Contudo, esta não é uma tomada de decisão que poderia ser considerada “democrática”, dentro da afirmação das igualdades, ou em respeito aos direitos fundamentais protegidos pela Constituição, ou na concreção de uma liberdade que deve encontrar limite no direito também do outro, que pode exercê-lo se e na medida em que zonas

---

<sup>86</sup> HABERMAS, Acerca de la legitimación basada en los derechos humanos. In: *La constelación posnacional*, op. cit., Cap. 5. mimeo.

cinzentas possam ser amplamente discutidas para obtenção de resultados democraticamente satisfatórios.

Uma saída arbitrária, na qual tome um indivíduo ou grupo, a si, o patrocínio de uma “justiça própria”, extirpada de nossa história há vários séculos, exatamente com o intuito de impedir a *vindita* privada, constitui a antítese da práxis democrática, que tem exatamente na distribuição de funções aos Poderes de Estado, e, no equilíbrio destas, seu modo institucional de atuar e, ao mesmo tempo, sua limitação, tendo ainda no Direito, sua forma de constituição; do mesmo modo, deve conceber, através de diversos canais espontâneos ou institucionalizados de entendimento, a forma de seu exercício cotidiano na sociedade.

A razão comunicativa – apesar de seu caráter meramente procedural, desobrigado de todas as hipotecas religiosas e metafísicas – está imediatamente entrelaçada no processo social da vida porque os atos de entendimento recíproco assumem o papel de um mecanismo de coordenação de ação.<sup>87</sup>

O processo não é assim outra coisa senão a própria vida pulsando em outra dimensão; não pertence, em verdade, a um outro mundo, senão a esse mesmo da vida, apenas trilhado numa esfera própria, numa sintonia “FM”, no espaço público judicial.

O lugar de mediação que Marx e o marxismo, no dizer de Habermas, reservaram à prática social, equivale, na teoria da ação comunicativa, àquela espiral que abarca o mundo da vida e a práxis comunicativa.<sup>88</sup> Do mesmo modo que, na práxis social marxista, a “razão historicamente situada, corporalmente encarnada”, deveria mediatizar-se com o seu outro, deve também a ação comunicativa assumir essa função, porque a razão em Habermas, embora esteja descentrada para a prática discursiva procedimental, não deixa de ser concretizada em um dado momento histórico e social, e de estar corporificada, verbalizada, na linguagem.<sup>89</sup>

No contexto judicial, o processo atua como uma “reprodução simbólica do mundo da vida” estando este, por consequência, entranhado num determinado contexto histórico, sendo as “decisões”, dele decorrentes, também reflexos desse

---

<sup>87</sup> HABERMAS, *O discurso filosófico da modernidade*, op. cit, p. 439

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 440.

tempo, embora concomitantemente a ele transcenda, na medida em que as pretensões de validade, ao serem lançadas, buscam uma afirmação que se pretende aqui e agora, trazendo, ínsitas, valores que se espargem para além dessa contingência.

Sendo o Direito também um “mecanismo de clarificação do interesse público”<sup>90</sup>, e o *medium* através do qual se constitui e coordena o espaço judicial, não somente atua interesses privados, como insuficientemente pretendeu a concepção liberal do Direito, pois, caso assim entendido, seria incapaz de poder legitimar o regramento de uma sociedade nos moldes atuais, híbrida, complexa, que deve atender aos interesses sociais, políticos, através de decisões justificadas.

E se a ação tem como linguagem necessária o Direito, é ela que filtra os conflitos sociais para sua sintonia, nela também contendo uma revelação (clarificação) do interesse público.

O direito de ação assegurado a todos, assim como o de defesa, em iguais condições de tratamento e oportunidade constituem direitos fundamentais garantidos constitucionalmente (art. 5º, XXXIV, XXXV, LIII, LIV e LV da C.F/88.) e, portanto, para além de refletir, seu exercício, uma afirmação de tais direitos, carrega em seu bojo fatias da realidade, pedaços de um mundo real, que, nessa esfera, serão vistos sob uma outra ótica, menos invadida pelos subjetivismos, idiosincrasias e parcialidades, transmudada, que é, no espaço judicial, para uma racionalidade reflexiva que possa garantir seja a questão enfocada pelos vários ângulos possíveis.

A permanente dicotomia entre o público e o privado, entre ações objetivas e subjetivas, entre aquelas que tratam de questões gerais ou particulares acabou por escamotear o papel do contingente em face do geral.

É fato que a afirmação de alguns interesses considerados “particulares” possa ter um significado apenas individual, porque tão episódico ou peculiar, que não seria capaz de ter representação ou simbologia presente nas aspirações sociais. Contudo, não é isso que retrata o grande contingente de ações levadas a efeito permanentemente pelos membros de uma massa de jurisdicionados, que

---

<sup>89</sup> Como afirma: “Com cada ato de fala o falante refere-se simultaneamente a algo no mundo objetivo, em um mundo social comum e em seu mundo subjetivo.” Cf. *ibid.*, p. 436

<sup>90</sup> Na conclusão de seu livro, EISENBERG, *op. cit.*, p. 172., registra: “O direito também é, portanto, tal qual a democracia, um mecanismo de clarificação do interesse público, e não apenas um instrumento de adjudicação de interesses privados conflitantes”.

nada mais são do que os membros de uma comunidade, ali refletida, na instância judicial.

Em verdade, trata-se apenas de pretensões individualizadas de interesses gerais, de questões que são comuns a toda sociedade.

E, portanto, no processo se misturam condimentos universais e tópicos, provinciais. Os direitos, as expectativas, os anseios estampados naquela pretensão de validade afirmada por uma das partes revela, em sua reiteração cotidiana, no espaço aqui estudado, dos Juízos Especiais Cíveis, expectativas, direitos e anseios da sociedade como um todo, desvenda, enfim, sua busca de justiça social, assim também como se mostra um reflexo contra-fático de suas mazelas.

Obviamente, as partes de um processo, através do qual pretendem resolver as questões controvertidas, sabem que existe uma adequação necessária à participação naquele espaço argumentativo, mas trazem consigo toda sua carga contaminada pelo que Habermas denomina “vínculo interno entre contextos de fundamentação e contextos de descoberta, entre validade e gênese”<sup>91</sup>.

Não haveria de se esperar que, subitamente, por entrar em uma esfera de discussão diversa daquela do próprio meio social nos tornaríamos alguém dissociados de nossa carga “genética”, de nossa memória ancestral; tais impressões digitais da instância pessoal não precisam ser apagadas para que se possa render diante de uma ação reflexiva.

Porque diferentemente da arte que “imita a vida”, o processo é a vida refletida apenas em uma outra dimensão, a dimensão judicial, que faz parte daquele mundo maior, real, sendo apenas um de seus segmentos institucionalizados.

---

<sup>91</sup> Ibid., p. 450.

### 2.2.1. Ação e justiça social

A significação da expressão “justiça social” enquanto qualidade de ações da sociedade em benefício de indivíduos ou grupos remonta a pouco mais de um século, sendo antes disso utilizada para nomear “os esforços organizados para fazer cumprir as normas de conduta individual justa.”<sup>92</sup> Possuía, assim, acepção ligada à adequação de condutas individuais, consideradas “justas” para determinada comunidade. Hoje possui conotação ligada há muito à “justiça distributiva”.

O termo assim se impregna e se volta essencialmente para sua conotação social e não individual, do que se infere constituir uma forma organizada para possibilitar o acesso de todo o corpo da coletividade aos bens materiais e imateriais da vida.

Contudo, o parâmetro que deve limitar a atuação para conduzir a tal desiderato não pode se afastar de um conteúdo de “justiça”. Esse termo, aqui usado não como designativo de um Poder institucionalizado, mas como atributo necessário para avaliar essa distribuição eqüitativa daquilo que proporciona o atendimento às necessidades básicas da sociedade, é vulgarmente utilizado sempre que o aparato estatal pretende ver aceito determinado programa ou decisão, o que somente eventualmente pode ter efetividade na consecução de sua proposta.

Essa busca de “justiça social” e de conteúdo paritário entre as relações que compõem o tecido de uma determinada sociedade constitui sua idéia-núcleo e tem servido de parâmetro para o balizamento e avaliação de condutas, quer das políticas públicas, quer dos programas ou decisões que se adota em sentido macro, quer para avaliar as postulações dos movimentos espontâneos, quer para verificar o resultado da atuação do próprio Poder Judiciário.

Embora possa sua utilização servir às finalidades as mais heterônimas possíveis, e até mesmo distanciada de sua idéia central, não se pode negar que “justiça social” carrega um projeto ideário e um modelo prático de ações voltadas para um equilíbrio que traz ínsito o princípio da igualdade material na sociedade.

---

<sup>92</sup> Cf. HAYEK. Direito, legislação e liberdade, Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça social e economia política. In: *A miragem da justiça social*, v. 2.

Isto, contudo, não afasta, importa frisar, a pluralidade, porquanto o que se busca é a igualdade na diferença.<sup>93</sup>

Giselle Cittadino ao analisar o tema “justiça distributiva” na apresentação de um panorama que passa pela análise do pluralismo, tolerância e desacordo razoável entre teóricos liberais, comunitários e deliberativos<sup>94</sup> aponta que, em qualquer das correntes, se mostra identificável a defesa do regime democrático liberal, sendo as discordâncias referentes às prioridades que se poderia estabelecer para uma sociedade tal, e ao modo como pretendem articular as liberdades e a igualdade, traduzidas aquelas nos direitos humanos e esta na prática da soberania popular.

Habermas, contudo, aponta para uma superação dessa aparente dicotomia e busca uma conexão entre soberania popular e direitos humanos, na medida em que afirma que a vontade política racional se forma a partir das condições comunicativas que os direitos humanos institucionalizam<sup>95</sup>.

Portanto, conjugando a questão das liberdades e da manifestação democrática, e verificando que as formas comunicativas na democracia são, ao mesmo tempo, condição de elaboração e controle das próprias normas, a efetivação de uma “justiça social” deverá passar pelo modo como essa participação na práxis democrática se dá.

Não entendemos que constitua a “justiça social” uma ameaça aos “valores de uma civilização livre”<sup>96</sup> ainda que este termo possa ser utilizado com fins escusos, politiquieiros ou manipuladores.

Independente do uso que se faça dela, ela segue sendo uma busca concreta de qualidade de distribuição de bens e de mais dignidade de tratamento para todos aqueles que compõem a sociedade.

---

<sup>93</sup> No exame das distintas dimensões de “diferença” e “justiça”, e da conseqüente justiça distributiva, a análise de WALZER, op. cit., p. 26-28: “*the basic idea is that distribute justice must stand in some relation to the goods that are being distributed*”. Enfatiza, contudo, que a justiça distributiva é relativa aos significados sociais, e que estes variam no tempo e circunstâncias. A partir da teoria da “igualdade complexa” aponta para a superação da aparente contradição entre igualdade e pluralidade, garantindo que a diferença possa se manter, ao mesmo tempo em que se controla a subordinação, alcançando-se uma igualdade que deve ser avaliada segundo critérios de distribuição na referência da eventual violação do significado social de determinado bem, e na potencialidade que cada um tem em participar do processo deliberativo para aferir o significado de tais bens, assim como aqueles critérios de sua distribuição.

<sup>94</sup> CITTADINO, op. cit., p. 75.

<sup>95</sup> HABERMAS, Acerca de la legitimación basada en los derechos humanos. In: *La constelación posnaciona*, op. cit., Cap. 5. mimeo .

<sup>96</sup> HAYEK, op. cit., p. 85.

Do mesmo modo que não se pode culpar a concepção de liberdade, ou igualdade, pelo uso que se faz delas, não se desvincula do termo “justiça social” aquilo que é inerente à sua natureza, seu conteúdo indisfarçável de valor de equidade entre os indivíduos, ainda que considerado o pluralismo e a diferença.

Entendemos também que não deverá ser o resultado da aplicação ou das tentativas para consecução de algo que possa permitir uma maior “justiça social”, que irá desmerecer os conteúdos axiológicos que carrega.

A concepção, portanto, de justiça social não está ligada a uma política social, ou a uma economia com tendências socializantes, mas a orientações, a parâmetros que devem servir de estímulo e também limites para coibir o individualismo desmedido que o culto secular ao liberalismo permitiu.

As formas de competição desigual, de objetivos desiguais, de forças desiguais, que são inerentes ao meio social e se revelam ao vivo e a cores dentro dos processos judiciais, sendo o filme original aquele vivido no cotidiano social, provocam núcleos de resistências que buscam, como nas aspirações levadas a efeito em grandes manifestações sociais a respeito de determinada causa ou necessidade, a concreção de necessidades ou direitos, ou de ambas as coisas.

Justiça social, equilíbrio, princípio da igualdade material são portanto temas afins e intrinsecamente ligados, tramas que irão compor um mesmo tecido.

Caminhos para obtenção dela se efetivam tanto a nível institucional, como se demonstram através de políticas públicas, ações afirmativas, orçamentos participativos, ou por meio da abertura de acessos, no caso do Judiciário, na análise aqui desenvolvida, pela experiência mais recente dos Juizados Especiais, ou mesmo por forças espontâneas da sociedade que se organizam, tais como ONGs, associações, sindicatos, fóruns de debate multi-temáticos.

A ação judicial, que, ao mesmo tempo, se mostra um mecanismo de coordenação e de controle, reflete também este processo social da vida, espelhada nas múltiplas demandas das mais diversas naturezas, matérias, alcances e dimensões, indo desde situações (fatos juridicamente relevantes) ocorridas em momentos muito anteriores à própria concepção e existência do indivíduo, ou das pessoas fictícias, até muito tempo depois de sua morte, na perpetuação de sua prole, patrimônio ou responsabilidades, quer no caso das pessoas físicas (indivíduos) ou das pessoas jurídicas (empresas, entidades).

Tanto quanto a produção legiferante que, ao estruturar o texto legal, estrutura um fragmento de realidade social, artificialmente produzida para regrá-la, também a ação, ao reproduzir o fato conflituoso, em busca da norma particular (sentença), mais adequada, que possa harmonizá-lo, também reproduz a realidade, mais que isso, o fragmento da realidade social se mostra estampado naquela norma produzida pela “decisão” de um determinado processo judicial.

Agem assim os processos judiciais como vetores de integração social, potencialmente capazes de formar entendimentos não obtidos diretamente no mundo da vida, e propiciam modificações na realidade social, porque capazes de traduzir suas necessidades assim como de propiciar a participação dos próprios concernidos (atores sociais/judiciais) no seu processo de reprodução.

“O tecido das ações comunicativas nutre-se dos recursos do mundo da vida e, ao mesmo tempo, constitui o *medium* pelo qual as formas concretas de vida se reproduzem.”<sup>97</sup>

Por isso, a perversidade deletéria que pode causar a burocratização de uma instância como essa, cuja função deveria apenas abrir caminhos para o resgate da cidadania dentro de um padrão democrático de participação, e não obliterar, pelo torvelinho de emaranhados procedimentais, a visão dos atores sociais, postergando indefinida e morosamente o resgate dos direitos que, fatalmente, irão desaguar como expectativas frustradas de liberdade, igualdade e dignidade dos indivíduos, particular ou coletivamente considerados.

Portanto, a pretensão de validade, buscada na afirmação daquele direito básico de acionamento de determinado segmento da estatalidade (o Judiciário), expressa, na sua essência, também uma condição universalmente permitida a todo homem e já concedida na Declaração de Direitos Humanos<sup>98</sup> de, postulada aprioristicamente como condição essencial de alguém que faz parte de um mundo civilizado (direito incondicional de ação), também seja afirmação de uma pretensão que tem viés universal, não obstante encontrar sua solução contextualizada naquela sociedade mesma da qual emergiu.<sup>99</sup>

---

<sup>97</sup> HABERMAS, *O discurso filosófico da modernidade*, op. cit, p. 439

<sup>98</sup> ONU, Declaração dos direitos humanos [...]. In: *Carta da Organização das Nações Unidas*. 1978. p. 59-71. art. 8, 10 e 12.

<sup>99</sup> Neste sentido, HABERMAS, *O Discurso filosófico da modernidade*, op. cit, p. 448, ao abordar a questão, afirma que : “O momento de validade universal rompe todo provincialismo; o momento da obrigatoriedade das pretensões de validade, aceitas aqui e agora, transforma-as em portadoras de uma práxis cotidiana vinculada ao contexto. Ao levantarem mutuamente pretensões de validade

Aquela tensão revelada na convivência dos membros de uma sociedade, em qualquer cultura, quando não dissolvida por consensos obtidos diretamente nas relações intersubjetivas, ao ingressar no espaço judicial traz essa mesma qualidade friccional, e é desta tensão, e no levantamento das questões jurídicas e fáticas contrapostas e dissecadas em processo argumentativo, que racionalmente se extrai, fundamentadamente, um resultado reflexivo.<sup>100</sup>

A condição idealmente criada pela teoria de Habermas (situação ideal de fala) se mostra ideal apenas no sentido qualitativo, de melhor qualificada, mas não com a conotação de “ideal” porque fora da realidade, como já se analisou.

Tem se mostrado ao longo da experiência de quase uma década, cada vez mais, os Juízos ora analisados, como um caminho buscado em grau fortemente acentuado por pessoas pertencentes aos mais diferenciados grupos sociais, que depositam nesse espaço a confiança de superação de seus impasses existenciais cotidianos, reconhecendo de forma crescente seu potencial interativo, no qual sua tentativa de afirmação não cai no vazio do eco, de ver sua própria voz repetida, sem qualquer potencialidade de atuação e interferência, nem mais se identifica com algo distanciado de sua realidade, mas como um prolongamento desta e, a todos, acessível.

Sua busca mais freqüente e o espectro cada vez mais alargado de matérias e situações demonstram que, de alguma maneira, encontra-se através daquele veículo uma concreção, ainda que apenas parcial ou mesmo modesta, do que as pessoas normalmente entendem por justiça social, que deixa de ser um ideal ou quimera, para, naquela relação específica do momento processual, poder realizar-se.

A experiência repetitiva de demandas idênticas ou semelhantes, determinando soluções também reiteradas, acaba por realçar a importância de certos aspectos para determinada comunidade jurídica, assim como para a comunidade social. A reiteração dessas soluções conduz a uma reflexão sobre comportamentos que acabam por regular-se de forma pedagógica.

---

com seus atos de fala, aqueles que agem comunicativamente apóiam-se sempre em um potencial de razões suscetíveis de contestação. Com isso, insere-se um momento de incondicionalidade nos processos factuais de entendimento – a validade pretendida distingue-se da validade social de uma práxis ajustada factualmente e, não obstante, serve a essa como fundamento dos consensos efetivos.”

<sup>100</sup> Ibid., p. 448 : “Essa discussão argumentativa sobre pretensões de validade hipotéticas pode ser descrita como forma de reflexão da ação comunicativa”

Isso, o que tentaremos demonstrar através do capítulo “A neutralização das forças sistêmicas”.

Precisa-se, contudo, também que se alargue a própria visão sobre o que representa aqueles denominados “interesses qualificados” perseguidos nos processos. Entender interesse como algo meramente individual e desprovido de “virtudes”<sup>101</sup> não nos parece ser a conotação que dele se pode extrair de modo mais abrangente.

Os interesses deduzidos em juízo é que revelam aquelas virtudes que devem ser objeto do debate público. Ao, por exemplo, pretender a preservação do respeito ao tratamento digno à saúde, tem-se um interesse capaz de ensejar uma discussão que tratará exatamente das virtudes cívicas pretendidas e dos direitos fundamentais à vida e a saúde, tutelados constitucionalmente, que não é apenas tópico, embora possa ser individualizado, mas universal.

Olhar o “interesse” como se ele somente revelasse o lado nefasto ou oculto de algo escuso é negar sua própria acepção jurídica.

Os direitos fundamentais constitucionalmente tutelados nada mais são do que interesses juridicamente qualificados, sejam eles individuais ou coletivos - eles traduzem não pretensões egoísticas - ao contrário, revelam aqueles valores mais caros e consagrados em determinada sociedade, definido no rol inscrito nas Constituições, assim como na Declaração Universal de Direitos do Homem, e que se mostram relevantes para toda a humanidade.

Dessa forma, a concepção de interesse não pode ser vista como antagônica à noção de República, referentes aos conteúdos egoísticos que nele possam ser depositados, ao contrário.

Urge superar esse suposto antagonismo, porque, como afirma Habermas, a respeito da potencialidade dos direitos subjetivos para superação da perplexidade entre público e privado, “[...] uma comunidade jurídica, localizada tanto no tempo como no espaço, protege a integridade de seus membros apenas na medida em que eles assumem o status artificialmente instituído de portadores de direitos subjetivos”<sup>102</sup> e, portanto, titulares de interesses juridicamente qualificados.

---

<sup>101</sup> EISENBERG, op. cit., p. 201.

<sup>102</sup> HABERMAS, Acerca de la legitimación basada en los derechos humanos. In: *La constelación posnacional*, op. cit., Cap. 5. mimeo.

Os interesses deduzidos em Juízo assim não só carregam em seu âmago as virtudes cívicas, como são capazes de moldar, a partir da discussão dentro de condições ideais de participação democrática, comportamentos de forma pedagógica.

A reiteração dos mesmos interesses de uma sociedade revela-lhe a face, os valores, as prioridades, a ética contextual; do mesmo modo, a reiteração de “decisões” a respeito condutas privadas ou públicas que sejam violadoras dessa pauta de “virtudes”, direitos ou valores, consideradas naquele contexto, e que nada mais são do que reflexos de uma dimensão maior, acabam por tecer a linha de conduta esperada e exigida, promovendo a correção necessária nos comportamentos, ao longo do tempo, e chegando a contaminar benéficamente a realidade, aos poucos, no sentido daquilo que, dado momento histórico-social, espera e necessita enquanto justiça social.

A solução de uma demanda nada mais é do que uma das vertentes buscadas pelas partes, ao levantarem suas proposições, que, em última instância, se traduz naquilo que elas esperam possa ver transformado na realidade de suas vidas. Esse conteúdo material, essa fatia da realidade ideal ou esperada, e também real, se encontra no bojo de cada pretensão.

A dimensão da ação como reflexo do social e como busca permanente de justiça social traz para sua práxis tais questões, que tem nesse canal a experimentação daquilo que não consegue realizar diretamente nas relações intersubjetivas, ou com outras instâncias de poder.

### 3 O imperativo da democratização do espaço público judicial

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

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

Ao analisar o conceito de esfera pública em Habermas, Leonard Avritzer<sup>104</sup>, aponta três características da mesma:

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

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

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

---

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

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 178.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 177 e 178.

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

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

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

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

Portanto, a “esfera pública” habermasiana não se confunde quer com o Estado, quer com aquela de natureza privada, e isto porque nela não se atua buscando interesses econômicos ou submissão dos indivíduos a um aparelho que concentra poderes<sup>109</sup>. Importa registrar, portanto, que o espaço público constitui a arena aonde irão se definir e resolver as discussões sobre questões relevantes para a sociedade, e, através dele, politizar-se.<sup>110</sup>

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

---

<sup>106</sup> HABERMAS, *O Discurso filosófico da modernidade*, op. cit, p. 412.

<sup>107</sup> BÖHME & G. BÖHME, apud HABERMAS, *ibid.*, p. 425.

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

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

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

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

E assim o universo moral é ilimitado social e historicamente, referindo-se a todas as pessoas, embora a comunidade jurídica seja tópica e histórica, visando garantir a segurança de seus membros, na medida em que eles se tornam portadores de direitos subjetivos<sup>113</sup>. E nesse papel de cidadãos potentes para conduzir a preservação de seus direitos, acaba por reduzir o controle do próprio Estado, incapaz de garantir relações sociais paritárias concretamente, porque também enredado em um subsistema que precisa articular-se com o mundo, falando a linguagem econômica dominante.

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

---

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

<sup>112</sup> Ibid., Cap. 5. mimeo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

<sup>115</sup> PADILLA, loc. cit.

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

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

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

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

Contudo, se a qualidade da democracia pode ser medida pelo nível de participação da sociedade nas decisões que lhe concernem, e na medida em que atendem às suas pretensões<sup>117</sup>, torna-se relevante a observação, acerca do Judiciário, que esse nível de participação cresceu vertiginosamente com a abertura de acesso ao Judiciário nos últimos dez anos, através dos Juizados Especiais, se mostrando conseqüência lógica concluir que eles se identificam como um canal de participação político-democrático extremamente expressivo.

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>118</sup> Referência anterior de pé de página a PADILLA, op. cit., p. 28.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A instigante análise de Klaus Gunter<sup>119</sup> chama a atenção para o fato de que, em um Estado democrático constitucional, constitui o princípio da responsabilidade um conceito-chave, assim como uma “função social”, significando isso, entre outras coisas, “assumir responsabilidade própria pela garantia de suas condições de vida.” Dessa forma, toma, a questão da responsabilidade social, uma posição nuclear na discussão “político-social” em seu ponto de vista. E a exigência cada vez mais ampliada dessa responsabilização, exacerbada pela globalização, faz com que instâncias organizadas espontaneamente na sociedade, ou mesmo os indivíduos de *per se*, devam promover-se ativamente em suas pretensões de melhoria na organização da vida comum, na medida em que tomam consciência de que não podem aguardar as providências de um Estado paternalista.

Aderimos à posição daquele teórico no sentido de que:

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

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

---

<sup>119</sup> GÜNTHER, Responsabilização na sociedade civil. In: *Novos Estudos*, p. 111.

da natureza para o indivíduo.”<sup>120</sup>

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

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

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

Não obstante não afastemos de nossa análise a questão do esvaziamento que as circunstâncias que um modelo liberal propiciou, a função estruturante referida por Günther<sup>121</sup>, do significado da responsabilidade, se espraia pelas diversas formas de reprodução da vida, sendo, em última análise, como ela própria, um motor a estruturar a comunicação social, nos seus mais diversos matizes.

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

---

<sup>120</sup> Ibid., p. 111.

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>121</sup> Ibid., p. 109.

<sup>122</sup> Ibid., p. 110.

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

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

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

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

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

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

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

---

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

<sup>125</sup> Ibid., p. 114.

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>127</sup> Neste sentido, cf. DALLARI, op. cit., p. 164.

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

Andrei Koerner, ao discorrer sobre o debate a respeito da reforma do Judiciário<sup>128</sup>, afirma que esta:

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

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

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

Diversamente do que, por vezes, se articula no sentido de que os Juizados Especiais pudessem se tornar uma justiça de “segunda classe prestada aos pobres” ou “simulacros de prestação jurisdicional” ou ainda num atuar “desatento” e “preconceituoso” em relação às classes populares<sup>129</sup>, por desrespeito às formas ou garantias processuais, a realidade desses novos meios de acesso tem se mostrado, inversamente, o caminho cada vez mais largo e aberto a um espaço público necessário e fundamental à democratização da justiça.

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

---

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

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 15.

Universidades, alargada sua penetração ainda pelo que se denomina Justiça itinerante.<sup>130</sup>

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

Importante a observação de Joshua Cohen<sup>132</sup> no sentido de que, mesmo na deliberação democrática, existem conflitos entre seus elementos quando passamos da teoria à prática. Nesta pertinência, mostra-se imperativa a democratização do espaço público judicial, para que se compatibilize com a demanda, fornecendo acesso livre e eficaz para todos, a fim de que cumpram com sua responsabilização cidadã, atuando seus próprios destinos.

Um espaço público judicial que se mostre capaz de potencializar afirmações de igualdade, liberdade em condições dessa igualdade, oportunidade de livre manifestação (obedecidos obviamente os limites do próprio procedimento), superando aqueles conflitos que em outras áreas, tais como a política, têm dificuldade de serem ultrapassados, como analisa o citado teórico<sup>133</sup>, deve atender também a que não se satisfaçam com condições de igualdade meramente procedimentais, porquanto também diferenças sociais e econômicas, ínsitas a cada uma das partes, podem influenciar o resultado final.

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

---

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

<sup>131</sup> KOERNER, op. cit., p. 15.

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

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 108 e 109.

<sup>134</sup> COHEN, loc. cit.

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

E conclui em seu artigo:

---

<sup>136</sup> AVRITZER, op. cit., p. 187.

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

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

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

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

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

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

---

<sup>137</sup> Ibid., p. 188.

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

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

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

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

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

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

---

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

<sup>140</sup> HABERMAS, loc. cit.

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

funcionamento da democracia política e, ao mesmo tempo, de produzir justiça social.<sup>142</sup>

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

Eles só não bastam, contudo.

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

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

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

---

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

<sup>143</sup> Ibid., p. 177.

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

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

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

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

---

<sup>144</sup> Ibid., p. 203.

### 3.1.

## Legitimidade e representação do Judiciário na esfera pública democrática

### 3.1.1.

#### Um esboço histórico

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

Em Roma, o pretor possuía funções distintas daquelas destinadas ao juiz; sendo aquele um magistrado, enquanto este último não. A incumbência do magistrado era dar solenidade ao julgamento, cuidando de seus aspectos formais e procedimentais, embora não julgasse os feitos, singular ou coletivamente, o que, por muitos séculos, foi atribuição exercida somente por senadores<sup>146</sup>, já aí deixando entrever uma indefinição quanto ao efetivo papel do juiz e de sua carreira, cujos membros, ao longo da história, coadjuvavam outras funções consideradas de maior relevância na administração central.

A Idade Média assistiu a uma magistratura sem nítida caracterização, pois foi época de grandes transformações em todas as questões ligadas à Política e à formação do Estado, e no aparecimento de novos institutos jurídicos e políticos, pela multiplicação de ordens legais heterogêneas, sem que se estabelecesse uma hierarquia<sup>147</sup> entre as mesmas. Tal contingência acabou por não dar forma definida à carreira da magistratura, havendo, por outro lado, um incremento das

---

<sup>145</sup> DE DOMINICIS, apud DALLARI, op. cit., p.11.

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>148</sup> GUIMARÃES, loc. cit.

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

<sup>150</sup> Numa aprofundada análise sobre tais aspectos, GUIMARÃES, op. cit., p. 82.

<sup>151</sup> Cf. DALLARI, op. cit., p. 12.

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

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

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

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

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

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

---

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

<sup>153</sup> Cf. DALLARI, op. cit., p. 15.

<sup>154</sup> MONTESQUIEU, *Do espírito das leis*, v. 1 e 2.

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

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

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

Em sua obra, “*The constitutional thought of Thomas Jefferson*”, Davis N. Mayer Charlottesville<sup>155</sup> realça como as grandes discussões teóricas e práticas acabaram por cunhar o perfil do Judiciário naquele país, estando, nos primeiros grandes conflitos, logo no início de sua formação, toda a origem do sistema acima referido, que se protraí até os dias atuais, sendo reconhecido como um Poder dentro do Estado norte-americano. Resume ele três pontos fundamentais que se encontram na “raiz do sistema” e que vigoram ainda hoje: “o Judiciário é um Poder do Estado, independente dos demais e igual a eles; em respeito ao federalismo, os Estados devem ter grande margem de liberdade para a definição de seus respectivos sistemas judiciários; os juízes e tribunais devem estar mais próximos de agentes do povo, para solucionar com justiça os conflitos, do que de profissionais especializados, presos a padrões técnicos.”

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

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

---

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

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

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

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

---

<sup>156</sup> GUIMARÃES, op. cit., p. 29 e 30.

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

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

### 3.1.2.

#### O lastro necessário – legitimidade e representação na atuação

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

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

Mauro Dias, ao abordar a questão da representatividade dos Juízes em um regime político como o adotado no Brasil<sup>159</sup>, aduz que a sociedade política exige a legitimação do poder, poder esse que, segundo a concepção clássica, emana do próprio povo, que o exerce direta ou indiretamente através dos representantes.

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

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

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

---

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

3. responsabilidade (a Declaração de Direitos de 1789<sup>160</sup> afirma que todo agente público, membro dos Poderes ou servidor da administração, responde perante a sociedade por seus atos).

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

*direito à vida. Apêndice, p. 81-83.*

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

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

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

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

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

---

<sup>161</sup> DALLARI, op. cit., p. 89.

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

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>163</sup> DALMO, op. cit., p. 79.

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

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

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

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

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

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

---

<sup>164</sup> CANOSA, *Diritto e rivoluzione*, 1977, apud DALLARI, op. cit., p. 63.

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

No dizer de Habermas,

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

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

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

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

---

<sup>167</sup> MONTESQUIEU, *Do espírito das leis*, op.cit.

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

<sup>169</sup> HABERMAS, *Direito e democracia ...* v. 2, op. cit., p. 246 e 247.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>172</sup> HABERMAS, *O discurso filosófico da modernidade*, op. cit., p. 502.

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

Mas, como formula Habermas, se o Estado funcionalmente dividido em Poderes extrai sua legitimidade da racionalidade dos processos de produção legislativa e também jurisdicional, na confrontação com a realidade vária mostra-se necessário o entrelaçamento com a argumentação, impondo-se, ainda, uma exigência de justificação, para que, simultaneamente, possa realizar a validade das normas jurídicas quanto à sua faticidade (coerção), assim como para que possa atender à expectativa moral de reconhecimento, realizando os valores constitutivos de determinada identidade social<sup>173</sup>.

Chegamos, então, à segunda acepção de legitimidade a ser analisada,<sup>174, 175</sup> que refere um outro momento do lastro necessário para a atuação do magistrado.

---

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

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

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

### 3.1.3.

#### O lastro necessário – legitimidade e representação na decisão

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

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

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

Portanto, também nessa acepção ela tem dois momentos: um que se traduz na própria verificação da legitimidade da legalidade, na medida em que se comprove como “racionais” dentro do âmbito prático moral procedimental<sup>178</sup> (não tendo, portanto, uma qualidade autônoma e formal, mas advinda do entrelaçamento de processos jurídicos de argumentação, que são levados a efeito nos procedimentos discursivos), e um outro momento, que, especificamente dentro da produção judicante, identificamos como legitimidade advinda da “decisão judicial”.

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

Rawls, em sua teoria construtivista<sup>180</sup>, estabelece um procedimento onde os resultados sejam necessariamente justos, em função da justiça do próprio procedimento.

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

---

<sup>176</sup> HABERMAS, *Direito e democracia...* v. 2, op. cit., p. 246.

<sup>177</sup> *Ibid.*, p.247.

<sup>178</sup> *Ibid.*, p. 200.

<sup>179</sup> *Ibid.*, p. 246.

<sup>180</sup> RAWLS. *Uma teoria da justiça*, 1997.

<sup>181</sup> *Ibid.*, p. 12 e seguintes.

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Segundo Emir Sader para:

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

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

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

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

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

---

<sup>183</sup> SADER, op. cit., p. 658.

<sup>184</sup> SADER, loc. cit.

<sup>185</sup> SADER, loc. cit.

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

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

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

Numa visão assim entendida, não se pode aceitar a afirmação de que os tribunais sejam “anti-majoritários” em relação ao legislador, nem que se resumam ao papel de simples interventores<sup>187</sup>.

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>188</sup> HART, *Democracy and distrust*, apud VILHENA, op. cit., p. 97.

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

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>190</sup> Cf. SADER, op. cit, p. 659.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

Como afirma Habermas:

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

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

Do mesmo modo não bastam, como para J. Eisenberg,<sup>193</sup>

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

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

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

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

---

<sup>192</sup> Habermas, *O discurso filosófico da modernidade*, op. cit., p. 523.

<sup>193</sup> *Ibid*, p. 200.

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

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

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

---

<sup>194</sup> HABERMAS, *Communication and evolution of Society*, op. cit., p. 178.

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

<sup>196</sup> HABERMAS, apud EISENBERG, op. cit., p. 164.

### 3.2.

#### **Imparcialidade e participação: a superação de uma ótica estrábica**

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

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

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

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

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

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

---

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

<sup>198</sup> HABERMAS, *Direito e democracia...* v. 1, op. cit., p.35.

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

<sup>200</sup> Apud CITTADINO, op. cit., pág. 97.

<sup>201</sup> Ibid, p. 112, referindo-se a Habermas sobre o tema.

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

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

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

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

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

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

---

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

<sup>204</sup> Ibid., p. 18.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>205</sup> HABERMAS, *Consciência moral e agir comunicativo*, op. cit., p.126.

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

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

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

Por outro lado, a independência da magistratura sempre impôs o afastamento de comprometimentos de qualquer ordem, seja da força de pressões políticas, sociais ou pessoais, para que o juiz pudesse extrair, do ordenamento, a norma (aqui concebida como o texto bruto<sup>206</sup> da lei já interpretado, levando-se em conta as circunstâncias peculiares dos casos), de modo a assegurar um julgamento isento, sem coações, que se revelasse como realização de justiça.

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

---

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

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

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

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

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

A questão da judicialização da política não representa qualquer ameaça à separação dos Poderes, ou à sua neutralidade política, ao contrário, é resultado de uma gradual conscientização, pelos atores sociais e judiciais, de seu real papel<sup>208</sup>, como pretendemos demonstrar.

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

---

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

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

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

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

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

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

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

Mangabeira Unger<sup>210</sup> refere ao conceito de *knosis*, relacionando-o com ativismo judicial, que se prestaria à “consolidação e juridicização definitiva de modelos de reprodução de desigualdades sociais e econômicas”.

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

---

<sup>209</sup> Neste sentido, em aprofundada análise, *ibid.*, p. 259.

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

A partir de um dado momento, a Corte Suprema precisou imprimir um novo padrão de conduta, decidindo “*hard cases*” de forma “intervencionista”, a tal ponto que chegara a determinar padrões de conduta para inclusão de negros, inclusive na área empresarial e de governos dos Estados<sup>214</sup>, não obstante sua marca como país eminentemente capitalista e com predominante ideologia neoliberal.

---

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

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

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

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

Ali, embrionariamente, nascia uma das primeiras ações afirmativas do Brasil<sup>215</sup> a serem efetivadas por sua atuação.

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

A observação de Andrei Koerner<sup>216</sup> a este respeito mostra-se precisa:

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

---

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

<sup>216</sup> KOERNER. op. cit., p. 20.

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

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

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

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

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

---

<sup>217</sup> Em sentido diverso o autor acima citado, *ibid.*, p. 12.

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

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

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

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

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

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

---

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

<sup>219</sup> DALLARI, op. cit., p. 101.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>220</sup> HOLANDA, *Dicionário da língua portuguesa*, 2000, verbete “político”.

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

E é nesse contato que começa a haver uma contaminação positiva na sua própria função de julgar, ganhando em afetação, pela consciência da alteridade<sup>223</sup> e

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 3.3. Decisão, fundamentação e deliberação

As formas dominantes de decisão na nossa sociedade contemporânea, segundo Gregório Robbles, são especificamente as leis, as normas da administração e as sentenças dos Juízes, assim como as normas particulares que advém do que se denomina “autonomia da vontade”, ou seja, dos contratos<sup>224</sup>.

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dworkin, em sua severa crítica ao positivismo<sup>227</sup>, insere na atuação do Direito, através de seus operadores, uma concepção de integridade, apontando assim para algo que está fora do Direito. E se o Direito assim concebido é o Direito ético, sua teoria é consolidada em princípios que são aceitos por uma comunidade, se identificando seu modelo como de uma “comunidade de princípios”<sup>228</sup>. As decisões judiciais, portanto, devem espelhar tais princípios, trazendo em seu bojo uma qualidade axiológica.

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

Embora compartilhe com Dworkin<sup>230</sup> a adoção de princípios extra-jurídicos, incorporados ao direito, nele, a fundamentação obedece a regras do processo

---

<sup>225</sup> Ibid., 22.

<sup>226</sup> KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 264.

<sup>227</sup> DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 35.

<sup>228</sup> Apud, EISENBERG, op. cit., p.154.

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

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

argumentativo,<sup>231</sup> apoiando-se num conceito de racionalidade procedimental segundo o qual:

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

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

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

Conclui que enquanto o ordenamento é plasmado de contradições, omissões e lacunas exatamente por ser o material bruto a ser tratado, o sistema se identifica com esse mesmo direito, mas em sua plenitude e perfeição<sup>235</sup>, sendo os juristas dogmáticos os intermediários dos processos de decisão jurídica.

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

---

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

<sup>232</sup> HABERMAS, *Direito e democracia ...* v. 1, op. cit., p. 281.

<sup>233</sup> *Ibid.*, p. 246.

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

<sup>235</sup> HABERMAS, *Direito e democracia...*v. 2, op. cit., p. 246.

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

---

<sup>236</sup> Ibid., p. 285.

### 3.3.1. A mudança de eixo

Na área do Direito, a dicotomia do privado e do público, ainda que há algum tempo superada pelos civilistas e publicistas, que admitem à quase unanimidade a “invasão” de uma esfera pela outra, ora denominada privatização do público ou publicização do particular, acabou por tirar do eixo central do ordenamento o Código Civil. Apresentava-se, esta mudança, por exigência da complexidade das relações sociais, que demandavam novos instrumentos, imbuídos de princípios que buscassem superar a lógica liberal de um monossistema<sup>237</sup> até então vigente, migrando, enquanto lastro axiológico, para a Constituição.

Como afirma Gustavo Teppedino:

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

<sup>238</sup> Ibid., p. 56.

<sup>239</sup> IRTI, *L’Età della decodificazione*, p. 3 e 4.

<sup>240</sup> TEPPENDINO, op. cit., p. 11.

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>242</sup> Ibid., p. 19.

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

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

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

---

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

### 3.3.2.

#### A ação comunicativa como rito de passagem: decisão/deliberação

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

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

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

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

---

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

<sup>245</sup> ROBLES. *El derecho como texto...*, op. cit, p. 27.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>246</sup> EISENBERG, op. cit., p. 159.

<sup>247</sup> HABERMAS, *Communication and evolution of society*, op. cit., p. 3.

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

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

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

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

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

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

---

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

<sup>249</sup> ROBLES. *El derecho como texto...*, op. cit, p.29.

<sup>250</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>251</sup> *Ibid.*, p. 31.

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

Se a decisão finalmente produzida em contextos judiciais e denominada decisão judicial se mostra, como refere Robles<sup>252</sup>, ligada aos fundamentos dos direitos humanos, sendo este o nível próprio de análise da teoria da decisão jurídica, tal vertente permitirá conectá-la a valores que conduzirão a um resultado que se entenda como justo.

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

No “Discurso Baseado nos direitos Humanos”, Habermas<sup>253</sup> registra que a validade de uma norma jurídica indica que o poder estatal garante simultaneamente a legítima produção do Direito (legitimidade) e a sua fática imposição (coercitividade).

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

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

---

<sup>252</sup> Cf. ROBLES, *Los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 24.

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

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>254</sup> DALLARI. op. cit., p.90.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

compreende as partes e aquele que, como eles, atua nessa modalidade de deliberação participativa), instrumentalizada pelo processo judicial, exercendo o juiz a função específica de interlocutor próprio para o âmbito do processo. Identifica-se não como sujeito dotado de poderes míticos e qualidades virtuosas<sup>255</sup>, mas como homem feito da mesma matéria e personagem da mesma contingência, ainda que com uma qualificação específica para cumprir aquele papel no espaço público judicial.

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

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

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

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

---

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

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

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

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

Quer na visão dos juspositivistas, no qual apenas aplica-se a lei ao caso concreto, numa estática função de operar a “incidência” (lei sobre os fatos), mecanicista, aonde o magistrado apenas escolhe, dentro do *menu* do ordenamento, a regra aplicável, ou mesmo quando, através de um esforço hermenêutico, busca a formatação da norma para situações atípicas; quer na visão do construtivismo Kantiano de Rawls<sup>256</sup>; quer na visão Dworkiana, no sentido de que ele é o interprete que deve aplicar reconstrutiva e coerentemente o ordenamento orientado pelo princípio da integridade e direitos fundamentais<sup>257</sup> (teoria moral material) ; quer na teoria procedimental moral<sup>258</sup>, em menor grau, na qual se introduz a racionalidade da argumentação para obtenção de resultados normativos,

---

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

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

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

inspirada por Habermas<sup>259</sup>, a relação é sempre juiz/decisão e não atores do processo (juiz, partes)/deliberação.

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

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

E comentando tal posicionamento, Antônio Cavalcanti Maia e Cláudio Pereira<sup>261</sup> esclarecem que, assim, a argumentação jurídica sofre limitações a nível normativo e sistêmico, de modo que a “argumentação tem justamente a função de tornar a eleição de uma das interpretações possíveis de uma norma controlável metodologicamente, sem que seja determinante a vontade do magistrado.”

E finalmente Habermas conclui que o agir comunicativo e a reflexão dele depreendida permitem que se instale uma exigência colocada a partir da consideração do outro, o que desencadeia a ampliação das condições concretas de reconhecimento<sup>262</sup>.

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

---

<sup>259</sup> Cf. também MAIA e NETO, op. cit., p. 90.

<sup>260</sup> HABERMAS, *Direito e democracia...* v. 1, op. cit., p. 281.

<sup>261</sup> MAIA e NETO, op. cit., p. 95.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

<sup>264</sup> VIEIRA, op. cit., p. 89.

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

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

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

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

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

---

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

<sup>266</sup> VIEIRA, op. cit., p. 91.

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

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

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

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

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

---

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

<sup>268</sup> VIEIRA, op. cit., p. 91.

<sup>269</sup> Ibid., p. 90

<sup>270</sup> Ibid., p.87.

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

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

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

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

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

Afirma aquele teórico:

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

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

---

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

<sup>272</sup> MAIA e NETO, op. cit., p. 95.

<sup>273</sup> PERELMAN, *Lógica jurídica*, p. 241.

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

De sorte que o controle da constitucionalidade deve ser atuado como reforço da democracia e não com sentido verticalizado daquele que diz a verdade a respeito da Constituição, pois deve se compatibilizar com o próprio conteúdo da democracia<sup>274</sup>. Mais do que reforço, um controle assim entendido deve ser ínsito ao seu atuar, já que não existem verticalidades possíveis numa democracia em que se pretenda de participação igualitária nas decisões que envolvem a preservação dos direitos, o atendimento às necessidades, o alcance de expectativas de melhoria possível dentro da diversidade da sociedade plural, e dentro de um equilíbrio que o sistema do próprio mecanismo constitucional engendrou.

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

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

---

<sup>274</sup> Cf. VIEIRA, op. cit., p. 73.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A justificação daquela decisão espelhada no que denominamos comumente de “fundamentação da sentença” deverá ser nada mais do que a consequência racionalmente articulada de uma crítica que atenda, necessariamente, a critérios valorativos que estão voltados para aquilo que Robles denominou “pautas de deliberação de caráter moral”, que se identificam, quando já introjetadas no organismo jurídico de um Estado, através da Constituição, com os direitos fundamentais ou, em caso de não integrem seu corpo, com o que denominamos direitos humanos<sup>276</sup>.

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

---

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

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

Superando assim a concepção de que o exercício das formas deliberativas somente pode se dar através daquelas já conhecidas modalidades de participação políticas ligadas ao Executivo e Legislativo, e no qual o Judiciário tem apenas o papel de gerenciar os processos eletivos (eleições – Justiça Eleitoral), a visão do espaço público judicial, instrumentalizado pelo processo, como modalidade de participação democrática e de deliberação, mostra-se como uma nova faceta desse tão conhecido meio de pacificação de conflitos, e também como um imperativo para o exercício da democracia<sup>278</sup>.

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

---

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

<sup>277</sup> CARRACEDO, *Ética constructivita y autonomía personal*, p. 250, apud CITTADINO, op. cit., p. 97.

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

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

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

### 3.4.

#### O terceiro elemento da arena judicial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>280</sup> HABERMAS, *Direito e democracia...*, v. 1, op. cit., p. 23.

<sup>281</sup> Cf. VIEIRA, op. cit., p 87.

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

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

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

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

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

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

---

<sup>282</sup> HABERMAS, *Direito e democracia...*, v. 1, op. cit., p. 43.

<sup>283</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>284</sup> *Ibid.*, p. 49.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ao analisar as perspectivas de ação segundo Selman<sup>285</sup>, Habermas comenta, em relação ao terceiro nível, que se identificaria com a introdução da perspectiva da terceira pessoa. No conceito de relações “mútuos”,

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

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

---

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

<sup>286</sup> Idem, p. 177.

## 4

### Os instrumentos dos microsistemas: Lei 9099/95 e Lei 8078/90

A análise da democracia apoiada em uma teoria discursiva tem seu núcleo em uma sociedade cujos pólos de poder se encontram descentrados, estando tanto na esfera pública política e administrativa como na força das deliberações comunicativas resultantes da arena pública de discussões a respeito dos problemas da sociedade como um todo.<sup>287</sup>

O procedimento discursivo prático citado por Habermas, e que permite a “situação ideal de fala”, para que possa ser identificado como um processo verdadeiramente argumentativo livre, e que permita igualdade de participação de todos os interlocutores, impõe determinadas condições, como já vimos (ausência de impedimento à participação, inexistência de coações externas ou pressões internas, busca de um objetivo comum, ou seja, a cooperação para um acordo).

Estes, os requisitos que entendemos atendidos pela práxis dos Juizados Especiais, que se mostram verdadeiros instrumentos de democracia, já que criam uma ambiência que permite, a cada um, em igualdade de condições, levantar pretensões, afirmando seus direitos, através de um acesso facilitado à Justiça, independentemente de condição pessoal mais ou menos privilegiada que possam ter.

Contudo, não foi sem dificuldade que se chegou ao estágio atual da agilização de tais juízos.

Normas procedimentais que regulam o exercício da práxis comunicativa permitem que os interlocutores, de forma livre, possam extravasar seu potencial de racionalidade veiculado pela linguagem, permitindo que o discurso cumpra sua função de conduzir a um entendimento.

A fragmentação da referência sistêmica do Código Civil pela multiplicidade e diversificação de núcleos legislativos, que começam a se intensificar principalmente a partir da segunda Grande Guerra Mundial, acabou por gerar

dificuldades para os operadores do Direito, e, ao mesmo tempo, impor uma abertura e flexibilidade maior na aplicação dos consagrados institutos daquele diploma substantivo, forçados, principalmente a partir dos anos sessenta, por uma fase da contemporaneidade que rompia com as barreiras nítidas e até então impermeáveis das várias áreas de regulação da dicotomia público/privado, desarticulando a força integradora do estatuto civil, como analisamos no capítulo 3, item 3.3.1.

Matérias inteiras de direito privado passaram a exigir uma interlocução com os novos estatutos legislativos, sendo o aqui analisado, Código de Defesa do Consumidor, um novo marco para a interpretação daqueles velhos institutos de natureza civil, havendo uma mudança de pólo para redescobrir-se, também através dele, a unidade do sistema na referência do texto constitucional.

O tema consumo inaugurava uma nova temática na expansão do rol dos direitos fundamentais, reflexo de uma sociedade com esse perfil, voltada para a produção daquele motor da predominante lógica econômica e de mercado.

Paralelamente, o esvaziamento de uma vertente mais humanizada passou a ser preenchida com o novo rosto dessa afetação. A defesa do consumidor até certo ponto fala a linguagem dos subsistemas econômicos, tendo assim muito maior penetração nessa esfera do que a defesa da cidadania *latu sensu*, ou mesmo dos direitos humanos genericamente considerados, embora sejam também, esses, que inspiraram sua edição.

Portanto, embora tangenciem a tutela dos mesmos bens, em última instância, buscam uma sintonia que se identifique com aquela linguagem a que o mercado está mais afeta.

O direito à vida, o direito à saúde, à segurança, à honra, à imagem, à informação, o direito a uma vida digna, etc, passou a representar o direito a ter infra- estrutura de qualidade, a receber serviços essenciais de forma contínua, eficiente e segura, a ser respeitado nas relações negociais, a ter a tutela da segurança em espaços fechados dos shoppings, bancos, ônibus, metrô, a exigir ausência de registros que maculem a reputação e bom nome comercial em órgãos de proteção ao crédito, a receber prestação de serviços de saúde eficientes, a ter formação cultural de qualidade pelas entidades de ensino, etc. Enfim, numa

---

<sup>287</sup> Cf. HABERMAS, *Direito e democracia. Entre faticidade e validade*, v. 2, op. cit., p. 24.

sociedade definida como de consumo, as referências à concreção dos direitos fundamentais passam também por esse filtro em grande parte das situações vivenciadas.

Um novo olhar sobre a sociedade, um novo ângulo mais identificado com seu atual perfil “de consumo” permite que se vislumbre a menor ou maior concreção da materialidade dos direitos fundamentais também através da satisfação destas necessidades.

A defesa dos direitos por aquela vertente que a própria Constituição já previra também como direito fundamental (art. 5º XXXII, a defesa do consumidor) passou a ter uma abrangência cada vez maior, numa comunidade que anseia por bens de consumo individuais, mas que também não descarta da qualidade dos serviços e atendimento de suas necessidades básicas, quer individualmente, ou no âmbito coletivo, e aonde o comércio de produtos e serviços, internamente ou internacionalmente, vem a ser fonte da própria condição de subsistência, operada pelos mais diversos meios e setores, em permanente avanço industrial e tecnológico, fomentado pela comunicação através da mídia e pela facilitação da rede mundial de computadores.

Contudo, mesmo após vários anos de prática desse estatuto, nota-se ainda uma resistência, agora menos evidente, para sua utilização automática nas relações que tangenciem “consumo” e se entrecruzem com aquelas searas anteriormente monopolizadas pelo estatuto civil.

A jurisprudência também reflete essa resistência, porquanto aflora de um grande número de decisões a negação da incidência da Lei 8078/90 no que toca às matérias até então monopolizadas pelo estatuto civil, a exemplo daqueles contratos de trato sucessivo que se iniciaram antes de sua edição<sup>288</sup>, assim como em quaisquer matérias em que se contraponham as normas do CDC àquele tratamento e interpretação já consagrados de institutos civilistas, inspirados pela tradição da teoria liberal.

A resistência da adoção do Código de Defesa do Consumidor, para tratar as categorias regradadas pela legislação civil, como ocorreu com os vícios redibitórios,

---

<sup>288</sup> Neste sentido a análise de Teppedino: “No que tange à jurisprudência, não se poderia deixar de mencionar, ainda, o grande número de decisões em que se nega a incidência da Lei 8078/90 em todos os contratos de trato sucessivo iniciados antes de sua promulgação, afora a hipótese de decisão que, de maneira emblemática, não aplica, pura e simplesmente, a Lei 8078/90, em favor do sistema da responsabilidade aquiliana.” Cf. TEPPEDINO, *Temas de direito civil*, p. 238.

a força vinculativa dos contratos, e outros tantos, dificultou que se efetivasse a proteção da tutela do consumidor sob a ótica que a Constituição buscou resguardar, insistindo-se em abordagens por critérios cristalizados, mormente antes da edição no novo Código Civil.

Gustavo Teppedino ao tecer aprofundada análise sobre o tema, pontua:

Percebe-se, então, o equívoco em que incorrem tanto os que pretendem ver a lei 8078/90 com base na dogmática individualista e subjetivista a ela antecedente, como aqueles que, impressionados pela forte migração de matérias do Código Civil para o Código do Consumidor, pretendem considerá-lo como um microssistema [...] <sup>289</sup>

Importa registrar, quanto a este aspecto já referido por nós no capítulo 3, item 3.3.1, que a acepção utilizada neste trabalho para microssistema, na referência ao CDC, não representa um código estanque, como parece denotar a expressão de Natalino Irti <sup>290</sup>, infenso a um diálogo com outras fontes <sup>291</sup>.

Com o pendulo da razão normativa transferindo-se do Código Civil para tais ordenamentos, regidos por princípios próprios, setoriais, ora conflitantes com o Código Civil, ora simplesmente peculiares, muitos vislumbram uma nova e complexa completude.

Esforços interpretativos para superação de antinomias, de colisão de princípios e normas, impuseram-se a partir daí com mais rigor.

Necessário também uma mudança de posição por parte dos aplicadores do Direito, de modo a alargar a visão estreita que os contaminou de formalismos e axiomas na interpretação e aplicação da legislação civil, seja a estatutária, seja a, denominada, extravagante.

Os critérios interpretativos adotados pelo Código do Consumidor devem, a partir dele, ser vistos à luz daqueles próprios princípios que dele emanam, e

---

<sup>289</sup> Ibid., p. 246.

<sup>290</sup> IRTI, *L'Etá della decodificazione*, p. 3 e 4.

<sup>291</sup> TEPPEDINO, op. cit., p. 247 afirma que: “Segundo tal raciocínio, a Lei 8078/90, ao formular um estatuto orgânico relativamente às relações de consumo, capaz de cuidar não só do direito substantivo – aí se incluindo as condições gerais do contrato, a proteção contratual, o sistema de responsabilidade antes examinado, etc –, mas também de matérias próprias do direito processual, administrativo e penal, definira um sistema próprio e autônomo, quase que auto-suficiente, capaz de oferecer ao intérprete todos os critérios interpretativos de que necessita [...]”.

também dos princípios constitucionais, não deixando de dialogar como o próprio Código Civil, quando residualmente incidente, examinado, entretanto, não mais como chave de leitura subjetivista, mas sob uma ótica impregnada pela visão sócio-solidarista do constituinte.

As normas procedimentais, por sua vez, nele veiculadas, garantem a efetivação daqueles direitos ali considerados, de modo a que não apenas componham um quadro a se admirar naquele panorama jurídico, mas que opere, na práxis de sua aplicação, a metamorfose material das relações ali tratadas.

E essas normas, na dinâmica com aquele outro microssistema analisado, Lei 9099/95, permitem que se potencializem mutuamente normas procedimentais e materiais, de modo a que esta transformação contamine também o próprio processo, e que sirvam os dois diplomas de complementos para alcançar, quer a nível processual, quer a nível material, uma paridade que denominamos de “procedimentalmente qualificada”.

As garantias pré-processuais e processuais da Lei 9099/95 constituem-se como instrumento judicial de importante significado para a consecução da finalidade democrática, servindo como sintonias de equalização em busca de uma paridade não somente dentro do processo, mas para além dele; por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor permite, mesclando normas de cunho procedimental e de natureza substantiva, que se reequacionem forças apriorística e ontologicamente desiguais, servindo como um corretivo àquelas oportunidades que a vida substancialmente negou, resgatando-se, de algum modo, parte da dignidade perdida, que a desigualdade cunhara por tanto tempo, em sociedades cuja heterogeneidade e complexidade agravam diferenças e acirram, no mesmo diapasão, os dissensos.

A análise ora pretendida se dá no sentido de buscar, através dos pressupostos teóricos de Habermas, elementos para a concreção de uma situação especial (“ideal de fala”) que permita aos interlocutores sociais obterem níveis de entendimento através de um discurso reflexivo, e cujos resultados sejam provenientes de uma justificação legitimadora, e, ao mesmo tempo, representem veículos democráticos de participação política para todos os concernidos, de modo a que as deliberações daí decorrentes atendam às expectativas legítimas de qualidade de vida, por meio de uma participação livre de pressões e impedimentos, e de forma igual para todos.

O espaço aonde se pretendeu fazer essa demonstração é o Judicial, especificamente os Juizados Especiais, porque nele se identificariam motores de desenvolvimento da ação orientada para o entendimento, dentro do próprio Estado, já que se constitui no espaço institucionalizado, cujo procedimento traz, ínsito, mecanismos para obtenção de consenso, e também se revela como local aonde se dá a instância deliberativa. Ao mesmo tempo, a ação também se projeta para fora dele, porque se mostraria como orientador de condutas em subsistemas até então infensos a essa influência, superados ainda os ranços peculiares às amarras burocráticas que imobilizam a performance do juiz e da dinâmica processual na nossa tradição, e que também implica numa inconscientemente organização da massa de atores-cidadãos (reclamantes/reclamados).

Começando num espaço ainda novo e incipiente até 1990, através dos Juizados de Pequenas Causas, os Juizados Especiais se afirmam, paulatinamente, a partir de 1995 como alternativa eficaz e possível fora daquele universo já conhecido das esferas judiciais cíveis de competência comum.

A prova inequívoca dessa falta de espaço até então existente foi o que, surpreendentemente, resultou das estatísticas feitas após o advento deste novo ambiente de afirmação da sociedade, conforme demonstramos no Anexo I.

Não houve qualquer modificação significativa nas demandas distribuídas perante os Juízos Cíveis de competência comum, com a abertura crescente dos Juizados Especiais. Ou seja, aquele desafogamento esperado com sua criação não ocorreu.

Por outro lado, os Juizados Cíveis tiveram um crescimento vertiginoso, passando a merecer uma atenção especial das autoridades administrativas do Judiciário para permanecer viável.

Uma decisão político-administrativa de cúpula do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (e também de outros Estados da Federação) acabou por propiciar, pela valorização que se deu à implantação e otimização de todos os espaços dos Juizados Especiais, um veículo de afirmação da sociedade, porque não se pode separar a infra-estrutura, com que foram dotados especialmente esses

Juízos nos últimos anos, e aquilo que acabaram se tornando. Uma realização sem a outra não seria possível.<sup>292</sup>

Com efeito, o crescimento exponencial das demandas ali distribuídas superou qualquer expectativa, das mais otimistas.

E isso confirma o que já vários doutrinadores e operadores do Direito já afirmaram: o que se revelou foi uma manifestação maciça das demandas contidas na sociedade por falta de canais e mecanismos capazes de servir à necessidade, urgência e exigência da população.

São os indivíduos, e não o aparato estatal, que provocam e trazem para dentro da arena judicial as forças sistêmicas<sup>293</sup>, referidas por Habermas, refratárias ao diálogo voltado ao entendimento, não obstante seja também o resultado dessa práxis que permita reações concretas, regurgitando sua força para o mundo da vida, e mobilizando uma busca de diálogo com o próprio Poder Judiciário.

É, paradoxalmente, dentro de um aparato institucionalizado do Estado que esse espaço se corporifica, permitindo a verificação de uma mudança de dentro para fora e de fora para dentro, já que leva a uma necessidade de transformação de atuação do próprio órgão judicial, de conscientização de seu efetivo papel, e, ao mesmo tempo, opera uma transformação na passividade do meio social na busca da realização de suas expectativas, anseios e direitos, acabando por também mobilizar reações que beneficiam a própria ambiência em que se dão as relações no denominado mundo da vida.

Paralelamente, impõe-se uma mudança de padrão hermenêutico, de referências, assumindo, notadamente, o magistrado que está à frente dos Juizados Especiais posição diversa no trato daqueles mesmos instrumentos consagrados pelo positivismo, que dominou o sistema jurídico e a aplicação deste, num panorama jurisprudencial ainda influenciado pelas doutrinas liberais e privatistas, arraigadas às concepções engessadas sobre determinados institutos jurídicos, e seguidas cegamente como verdades inquestionáveis.

---

<sup>292</sup> O gráfico evolutivo da instalação de novos Juizados Especiais Cíveis, constante do Anexo II, pode demonstrar o volume de aporte de verbas necessário para que os mesmos funcionassem suprimindo a demanda que se acelerava ano a ano.

<sup>293</sup> Referindo-se aos pólos de influência de dinheiro e poder, Habermas observa: “Os dois subsistemas controlados pelos media, que constituem mundos circundantes recíprocos um para o outro, devem, todavia, ajustar-se de maneira inteligente – e não apenas externalizar mutuamente seus custos, sobrecarregando um sistema inteiro incapaz de auto-reflexão”. Cf. HABERMAS, *O discurso filosófico da modernidade*, op. cit., p. 49.

A pauta principiológica definida no art. 2º da Lei 9099/95, seguida por diversas normas que reforçam e estimulam essa mudança de atuação das partes e do próprio órgão julgante aliado aos princípios que se espraiam por toda a Lei 8078/90, acompanhados das normas de natureza material e procedimental que orientam nesse mesmo sentido, podem ser claramente observadas, destacando-se:

- a flexibilização das decisões fincadas em categorias não mais monopolizadas pelo próprio ordenamento e que estimulam um papel ativo do magistrado (art. 5º, 6º, 9º, § 2º, art. 33, art. 35, caput e parágrafos, art. 52, VI, VII da lei 9099/95 e art. 6º, VIII, art. 28, caput e § 5º, art. 38, art. 31, art. 47, art. 51, § 1º, art. 84, caput e § 3º, 4º e 5º da Lei 8078/90);
- a abordagem direta dos cidadãos a respeito de seus interesses e conflitos (art. 9º, caput, art. 14, caput e § 1º e 3º, art. 31, parágrafo único da lei 9099/95 e art. 43, caput e § 3º, art. 49, art. 51, § 4º, art. 83 e art. 102 da Lei 8078/90);
- a visão do processo para fora de suas fronteiras (art. 5º, in fine, art. 6º e 35, parágrafo único, da Lei 9099/95 e 4º, caput e inciso III, art. 7º, da Lei 8078/90);
- o acesso ilimitado (art. 54 da Lei 9099/95 e art. 5º, I da Lei 8078/90);
- a possibilidade de maior proximidade com a população (art. 94 da Lei 9099/90);
- a proteção direta do consumidor pelo capítulo dos direitos e garantias fundamentais (art. 1º e 51, § 1º, I e II, art. 55, § 1º, da lei 8078/90);
- a amplitude e abrangência dos direitos garantidos ao consumidor (art. 7º, caput, da Lei 8078/90);
- o alargamento do conceito de “consumidor” para alcançar a todos que direta ou indiretamente possam sofrer efeitos das relações de consumo (art. 2º, parágrafo único, art. 17 e art. 29 da Lei 8078/90), e, por consequência, possibilitando a vinda de todo cidadão para dentro do processo;
- o alargamento do leque do que se entende responsável nas relações de consumo, abrindo o próprio espectro do nexo causal caracterizador dessa responsabilidade (art. 7º, parágrafo único, art. 12, art. 13, art. 14, art. 18 e § 5º, art. 19, art. 20, art. 25, § 1º e 2º, art. 28 § 2º, 3º, 4º e 5º, art. 31, art. 34 da Lei 8078/90);

- a defesa da qualidade dos bens e serviços em benefício da coletividade (art. 8º, art. 10, art. 18 § 6º, I, II e III, art. 20 § 2º, art. 32, art. 37, caput, e § 1º e 2º da Lei 8078/90);
- a imposição de infra-estrutura básica para a preservação da dignidade da pessoa humana (art.4º, art.6º, I e X e art. 22 da Lei 8078/90);
- a garantia de princípios éticos e de responsabilidade no trato das relações entre todos os que estejam envolvidos direta ou indiretamente nas relações de consumo (art. 6º, II, III, IV e V, art. 8º, caput in fine e parág. único, art. 9º, art. 10, § 1º, art. 21, art. 23, art. 33, art. 36, parág. único, art. 37, caput e § 3º, art. 39 e incisos, art. 40, art. 41, art. 42, art. 48, art. 51 e incisos, art. 52, caput, art. 53, art. 54, §3º e 4º, da Lei 8078/90);
- a extensão da obrigatoriedade desta ética para as próprias autoridades (art. 10, § 3º, art. 22 caput, art. 44, art. 55, § 1º e 3º, art. 56, parág. único, art. 58, art. 106, caput e incisos, da Lei 8078/90).

Todo esse instrumental, se atuado com virtuosismo pelos operadores do Direito e também pelos cidadãos/atores, implica em uma mudança não somente de perfil e de conscientização, mas para além disso, de realidade.

Vindo a reboque de um mundo plural que também diversificou as relações pessoais, que passaram muitas vezes a apresentar um emaranhado de agentes direta ou indiretamente ligados às relações que se travavam na sociedade, ainda que de forma acessória àquela relação principal, afirma-se o indivíduo na defesa direta de seus direitos, sendo auxiliado por uma estrutura judicial que lhe permite uma performance atuante e não acuada, e transformadora de sua própria realidade.

As parcerias, as terceirizações, os estipulantes, passaram a ser a praxe do mercado em geral, associando-se pequenas, médias ou grandes empresas a grupos financeiros, administradoras de cartão, empresas ou grandes escritórios de cobrança, fabricantes e representantes, autorizadas, bancos, *holdings*, *tradings*, etc, mas o indivíduo permaneceu ele mesmo, e cada vez mais solitário nessas relações, do outro lado, só se conhecendo a face de um e não do outro pólo, pulverizada e impessoalizada em suas mega estruturas, imiscuídas em tantas outras.

A “standardização” decorrente de uma exacerbação do geral sobre o particular, do incremento da impessoalidade das relações, da massificação das contratações, operando a substituição de rostos por números, senhas, foi

consequência inarredável do mundo moderno, informatizado; mas, contraditoriamente, no mundo jurídico, e nas práticas judiciais, ainda prevaleceu o modelo racional, assim como para a aplicação intelectual das doutrinas privatistas, conformadas, embrionariamente, em um mundo completamente distinto.

Os remédios que operavam a profilaxia dos males que a liberdade contratual deflagrara, numa sociedade pré-consumo, eram comumente usados na mesma dosagem e temperança com que foram ministrados para aquela debilidade inicial de uma época remota, completamente diferente em complexidade e pluralidade. Os instrumentos clássicos de contenção de abusos de direitos, de exceções de contratos não cumpridos em razão de situações particulares, ou de fatos aleatórios, que de alguma maneira pudessem intervir na equação comutativa de um contrato eram aplicados com o mesmo formato a situações cuja contemporaneidade não se adequava mais a máximas liberais. A teoria jurídica vigente se prestava, assim, a amparar um suposto equilíbrio que devia existir nos negócios jurídicos de um modo geral.

Contudo, par e passo com o desenvolvimento da sociedade de consumo e, regrada por práticas comerciais estiolantes, que tratavam apenas de uma linguagem de mercado cada vez mais “desmundanizada” pelo vício conjuntural de uma democracia assentada no liberalismo-capitalista, não houve uma evolução natural de institutos novos que permitissem uma sintonia mais afinada com essa realidade.

A inadequação daqueles parâmetros que se mostravam balizados nas contratações de uma sociedade pessoal impôs uma busca de novos remédios e de novas posturas pelos chamados operadores do Direito, assim como pela própria sociedade.

A idéia de felicidade pública, que introduz um resgate da capacidade de se afetar pela adição de uma alteridade, citada por Hannah Arendt<sup>294</sup>, até então afastada dos raciocínios jurídicos, passa a se impor como modelo de adequação

---

<sup>294</sup> Sobre o reconhecimento da alteridade, como condição para elaboração do julgamento, Hannah Arendt: “A eficácia do Juízo repousa em uma concórdia potencial com outrem, e o processo pensante que é ativo no julgamento de algo não é, como o processo de pensamento do raciocínio puro, um diálogo de mim para comigo, porém se acha sempre e fundamentalmente, mesmo que eu esteja inteiramente só ao tomar minha decisão, em antecipada comunicação com outros com quem sei que devo afinal chegar a algum acordo.” Cf. ARENT, *Entre o passado e o futuro*, p. 274.

para as deliberações do espaço público, do qual, obviamente, o espaço judicial é um profícuo exemplo em oportunidades e experimentação.

O pólo menos privilegiado das relações negociais passou a atuar, saindo da passividade que o bloqueio de acesso a espaços públicos e a prática do Estado Social haviam imposto, promovendo-se, principalmente a partir desses diplomas, uma revisão estrutural dessas relações, tanto a nível formal quanto material, o que, de certa forma, neutralizava diferenças, por dotar o lado mais frágil com instrumentos compensatórios, a permitir uma maior “igualdade material”, ao mesmo tempo em que se implementava um resgate do real papel do espaço público e uma consciência de sua potencialidade.

O sistema judiciário buscou a simplificação para que pudesse caminhar para a obtenção de uma justiça rápida e sem custos para os postulantes, acabando por facilitar uma participação muito mais eficaz de todos, não somente nessa realização, como também na própria consciência da cidadania, e na participação política através desse veículo.

E é por essa razão que aqui reconhecemos os diplomas analisados como instrumentos de democracia, porquanto permitem que as partes sejam potencialmente dotadas das mesmas condições, para aturem com maior grau de igualdade, inclusive na sustentação de seus argumentos.

A organização e conjugação dos diplomas em comento atribuem essa dotação suplementar àqueles que estariam em condição de desvantagem, resgatando o equilíbrio necessário, como condição essencial para que se dê a prática argumentativa em moldes que podem ser considerados ideais, e que denominamos de “procedimentalidade qualificada”.

E isto tem se verificado freqüentemente através de mecanismos estabelecidos pelas normas que abrangem o antes/durante/depois, de natureza procedimental, bem como através daquelas de natureza substantiva, que permitem se dê, através do processo, um reequilíbrio das desigualdades ínsitas às diversidades de formas e condições de vida em sociedade, munindo de pesos compensatórios legais, a balança, para reverter aquele desequilíbrio, de fato, embrionário .

A igualdade pode ser sentida não apenas no tratamento dentro do processo, ou considerando o indivíduo diante da lei (igualdade formal). Na afirmação desses direitos, sabemos que as barreiras invisíveis, e, às vezes, nem tanto, daquilo que se

concebeu como igualdade formal, está longe de poder atender a um necessário tratamento e condição de dignidade. E isso porque o princípio da igualdade está necessariamente imbricado ao princípio da dignidade, ainda que consideradas as diferenças.

E se assim reconhecemos é porque igualdade sem dignidade não se pode conceber como igualdade (diremos que a dignidade é a veste aparente da igualdade). Se temos dificuldade de identificar, muitas vezes, o que é igual ou desigual, revela-se sem problemas a assimilação daquilo é digno ou indigno para o ser humano; a dignidade é mais evidente e transparente; a igualdade exige uma dinâmica, da qual, a dignidade prescinde.

Empreendemos, através da presente análise, um esforço de compreensão, para entender que as disfunções causadas pelos efeitos do processo do capitalismo, a distensão das fronteiras econômicas, o incremento de *joint ventures* e de empresas de múltiplas nacionalidades, as oscilações de mercado ligadas a razões imponderadas e ditadas por mecanismos externos, impossíveis de serem neutralizados internamente, a força da mídia a engendrar táticas de atividade para o mercado de bens e serviços, levaram a que o Estado não ficasse apenas na coordenação das forças conflitantes, de modo a não influir na livre iniciativa e naqueles traços que a influência liberal implantou em nosso ordenamento e na doutrina civilista, mas atuasse, intervindo, regulatoriamente, a fim de resgatar um equilíbrio.

A edição de microssistemas como os referidos, e sua atuação dinamizada, propicia o rompimento das barreiras criadas pelas estruturas hegemônicas de poder e mercado, porque o crescimento de grandes grupos econômicos nacionais e multinacionais, forças políticas difusas, interesses de conglomerados, empresários, industriais, banqueiros, e toda sorte de lobby atuando como força de pressão dentro da própria produção legiferante, permite, em grande parte da criação das próprias normas, uma contaminação pela lógica que lhes serve.

Assim, contraditoriamente, o Estado que intervém também passa a se inserir nesses subsistemas, e embora essa intervenção produza instrumentos como os aqui analisados, não é capaz de sozinha modificar estruturalmente as desigualdades da realidade social, nem melhorar as condições reais de vida.

O homem contemporâneo pendula entre a inércia provocada pelo paternalismo e a solidão daquilo que não se identifica claramente como o

“coletivo”. À deriva, ele deve superar as adversidades, buscando por conta própria participar ativamente como ator político dos espaços que a democracia propicia, afirmando-se como formador de sua própria realidade através das mais variadas formas de resistência e superação de sua contingência.

A busca de um espaço para a solução de conflitos cristalizados ao longo de décadas, a partir principalmente da sociedade de consumo, não pode se traduzir simplistamente como uma ampliação da presença do Estado<sup>295</sup>; sintetiza, ela, uma vertente não reconhecida de comunicação social, cuja experiência em outros países resultou como algo positivo para atender às demandas sociais pela afirmação de direitos.

O novo espaço público e democrático de discussão se mostra uma conquista, porque está aberto a todos em igualdade de condições e sem qualquer exigência ou coação que impeça tal participação. Da mesma forma, representa a possibilidade de afirmação de direitos e de sua conseqüente proteção, legitimamente postulada e criticamente depurada sob o crivo da argumentação, quer em fase de “conciliação”, quer em fase de “instrução”. É lá que se concretizam as “*validity claims*”<sup>296</sup> da sociedade, na suposição que cada um possui de que tem certas razões objetivas para implementar uma discussão racional.

Os Juizados Especiais como um desses atalhos, permite informalmente um veículo do povo e para o povo em direção a seus direitos.

A informalidade, nesses Juízos, é um princípio e, como tal, naquele âmbito ele carrega um conteúdo axiológico. Da mesma forma, o consensualidade se mostra como um objetivo, que não fora alcançado diretamente, o que, de forma alguma, pode representar um novo padrão de violação de garantias constitucionais. Ao contrário.

É possível, pois, superar o paradoxo citado por Andrei Koerner<sup>297</sup> a respeito desses Juízos, porquanto a ampliação das práticas de mediação não

---

<sup>295</sup> Numa análise crítica a respeito da estrutura do Judiciário e também das propostas de um “Judiciário mínimo” e do “Judiciário democrático”, KOERNER, O debate sobre a reforma judiciária. In: *Novos Estudos*, 1999.

<sup>296</sup> HABERMAS, *Communication and evolution of society*, op. cit., p. 204.

<sup>297</sup> KOERNER, op. cit., p. 23, afirma: “O tema dos juizados especiais apresenta um resultado duplamente paradoxal, pois é ampliada a mediação judicial dos conflitos e, ao mesmo tempo, ficam limitadas a efetividade das garantias constitucionais e o respeito às formas processuais, pois um conjunto maior de conflitos é solucionado por mecanismos informais.”

promove limitações à “*efetividade das garantias constitucionais e o respeito às formas processuais*”, na medida em que se obtém uma solução maior de conflitos através de meios informais. A informalidade é do procedimento e, portanto, informa, principiologicamente os atos processuais, de sorte que em atendendo a uma dinâmica menos formal e mais célere se estará exatamente obedecendo às formas processuais daqueles Juízos.

Como se afirmou acima, a estrutura de seus procedimentos, aliados às garantias que as questões para ali carreadas, que tratam essencialmente de relações negociais na sociedade de consumo, obtém com a atuação conjunta do CDC, se mostra infinitamente mais adequada à preservação das garantias constitucionais, não apenas formalmente.

O diálogo que não se conseguiu obter diretamente na vida de relação é tentado como meio introdutório da demanda, dando às partes a possibilidade de articular, cada qual, seus argumentos e pretensões. A mediação é procedimental, a informalidade é principiológica.

Os acordos obtidos em percentuais significativos logo ao início de uma demanda demonstram o potencial de entendimento que pode ser propiciado por um espaço assim adequado, em que todos, a seu modo, possam expor suas necessidades, pretensões e afirmações, para que o outro as ouça e sobre elas, ainda que a princípio de forma antagônica, possa buscar meios eficazes de entendimento e aceitação mútua.

Melhor exemplificando: é comum, em fase de conciliação, que se aceite prazos para o atendimento às necessidades relacionadas a uma infra-estrutura de bens e serviços, como aqueles de natureza essencial, que representem uma melhor qualidade de vida para os cidadãos, desde que tais prazos, ainda que alargados, sejam aliados a explicações sobre dificuldades técnicas de grandes empresas, e desde que, uma vez estipulados, sejam respeitados, assim como aprimorado o trato das relações entre tais fornecedores e os cidadãos, em respeito a seus direitos, atendendo-se a uma eficiência e qualidade que beneficie a todos.

O que poderia ser considerada, a princípio, pequenas questões, porque de modesto valor econômico, traduzem-se, em sua inteireza, na gama das coisas que a maioria dos que vivem em uma determinada comunidade entende como bens necessários a uma vida feliz e saudável.

A iniciativa da própria parte de vir propor determinada ação, diretamente, de próprio punho, escrevendo o que entende como seu direito, acaba por operar uma presunção de hipossuficiência em seu favor, diante de uma empresa de grande porte, na qual a defesa técnica de grandes escritórios não se sobrepõe àquela ali traduzida em linguagem simplória ou informal.

Mesmo estando a pretensão esboçada em linguagem truncada, esta deve ser aceita como iniciativa válida (e não inepta) de ação, permitindo esclarecimentos *a posteriori*, sem negar à outra parte a oportunidade de manifestar-se sobre esta “emenda”, mesmo durante a audiência de instrução e julgamento, desde que antes da contestação.

Interpreta-se, ao contrário do que acontece nos Juízos Cíveis de competência comum, extensivamente os pedidos, havendo enunciados formulados pelos encontros das Turmas Recursais e dos Juizados Cíveis ( dentro da experiência do Rio de Janeiro e também a nível nacional através do FONAGE)<sup>298</sup>, a estabelecer esses critérios, o que significa dizer que sempre haverá possibilidade de depreender-se um maior alcance das comunicações informais do que a mera linguagem formal permitiria, buscando o que efetivamente aquela comunicação imprecisa do leigo quis expressar, desde que seja possível extrair tal alargamento como ilação do contexto da inicial.

Buscando um esforço compreensão do outro, abre-se cada vez mais espaço para a flexibilidade, a alteridade, a tolerância, e para o processo democrático de discussão.

Muitas vezes para que aquelas pretensões sejam satisfeitas basta que alguém as reclame.

As práticas comerciais, empresariais, institucionais de nossa sociedade tiveram costume de serem indiferentes às demandas sociais, auto-alimentando-se de uma lógica própria, funcional ou burocrática, ditada por seus interesses,

---

<sup>298</sup> Referimos aqui aos enunciados 3.1.1, 3.1.2 e 3.2 da Consolidação dos Enunciados Jurídicos Cíveis e Administrativos elaborados nos Encontros de Juízes de Juizados Cíveis e Turmas Recursais do Estado do Rio de Janeiro (de 1999 a 2004), encontrados na Revista de Jurisprudência dos Juizados Especiais do Rio de Janeiro, Turmas Recursais, **Adcoas**, vol. 9, ano VI, 2004, p. 28. A nível nacional, embora não haja enunciado específico, depreende-se do enunciado 36 do Encontro Nacional de Coordenadores de Juizados Especiais no Brasil, que o pedido informal da parte é aceito mesmo nas causas que excedam a vinte salários mínimos, o que significa que, na prática, poderá ser emendado quando da instrução e julgamento, desde que antes da contestação, porquanto somente aí se mostra a exigência da presença de advogado ou defensor em causas de

descurando-se de uma atitude crítica a respeito de sua própria ineficiência ou finalidade meramente lucrativa. Não eram questionadas e, por conseqüência, não se precisava refletir sobre as mesmas, e era muito comum a frase, em qualquer tentativa de enfrentamento: “vá procurar seus direitos”. E os destinatários delas não iam, porque temiam a morosidade, porque consideravam suas pretensões por demais modestas, porque não havia meios institucionais, materiais e efetivos de se superar aqueles impasses do acesso dificultado ao Judiciário. Havia uma acomodação forçada de insatisfações perenes.

Ademais, as reiteradas questões traduzidas em demandas permanentes, contra práticas nocivas à sociedade, acabam por torná-las alvo de discussões para todos os concernidos.

Não se passa mais indene à imposição de padrões de condutas, de forma unilateral, independentemente dos resultados que possam ser hostis à circunstância de vida das pessoas. As discussões veiculam a reprovação a tais *standards* e passam a exigir que sejam refletidos meios de seu aprimoramento, acabando por encorajar a que, aqueles que passavam indiferentes a determinadas exigências éticas, comecem a forjar respeito ao interesse geral.

As deficiências são veiculadas na arena de discussão, assim como as práticas maléficas que ficaram infensas a críticas por longo período, em nome de princípios da livre iniciativa, da liberdade de contratação, comuns à afirmação liberal, redescobrimo-se a potencialidade social, tanto em termos individuais como coletivo.

Reflexões sobre problemas e encontro de soluções precisavam ser tecidas, não mais priorizando interesses individuais ou corporativos, mas preservando cláusulas gerais de boa-fé e princípios éticos de respeito à dignidade de tratamento dos cidadãos, não como um ente abstrato e geral, mas concretamente, vestido com todos os matizes, refletidos nas ações carreadas pela força individualmente coletivizada dos atores/cidadãos.

A informalidade principiológica e a consensualidade procedimental que informam as diferentes fases dos processos nos Juizados Especiais são intermediadas pelos mesmos magistrados que julgam grandes questões nas varas cíveis de competência comum, assim como nas varas empresariais, nas varas de

---

maior alçada (FONAGE, Informativo do XVI, acontecido em 24 a 26 de novembro de 2004, no

fazenda pública, etc, embora, de modo geral, construam um perfil próprio identificado com a dinâmica peculiar desses juízos. Não seria, portanto, lógico, afirmar que lá eles estariam dando a proteção necessária aos direitos e garantias constitucionais e aqui não.

A principiologia da simplicidade, informalidade, economia de meios, concentração de formas, celeridade, em que se desenvolve todo o processo, implica também na adequação de uma linguagem que esteja mais próxima aos interlocutores sociais que para lá se dirijam buscando afirmar suas pretensões; conseqüentemente, a deliberação resultante, desse processo, deve atender a esse mesmo padrão.

As normas contidas nos diplomas legais em exame mostram-se como instrumentos eficazes para contrabalançar as disparidades dentro do processo, reverberando isso para o contexto social, de modo a que se superem os entraves que as desigualdades propiciam na realidade, com esteio nas próprias normas que prevêm tal estratégia de reequilíbrio, e no modo como são atuadas pelas partes e pelo órgão judicante.

As condições criadas pela conjugação de ambos os diplomas estudados, acabam por talhar um nivelamento de faculdades de agir no mundo da vida, permitindo a todos um igual acesso, e ainda provendo uma equalização de forças, daqueles que são, socialmente, desiguais.

A celeridade vem como elemento também propiciador de equilíbrio entre as partes, já que a “autonomia de vôo” de cada participante não se pode comparar, na capacidade de sustentação de uma demanda judicial, com relação a desgaste de tempo, custeio e urgência. Tais fatores não podem ser desconsiderados, uma vez que colocam, uma das partes, com diferente condição econômica e social, em situação de impotência diante do outro.

O nivelamento das faculdades de agir não depende mais do atendimento a certos requisitos, tais como: verba para pagamento de custas e despesas no curso do processo de conhecimento, capacidade de contratação de profissional da área jurídica, autonomia econômica para sustentação de uma demanda judicial longa e cara, que representa, às vezes, a perspectiva de uma particular existência.... Do mesmo modo, também as condições materiais para sustentação dos direitos foram

supridas com meios compensatórios na produção de provas, revelando-se com igual força a defesa das teses contrapostas, pela aplicação da inversão do ônus da prova, pela natureza da responsabilidade do fornecedor ou fabricante de produtos ou serviços, pelo reconhecimento de direitos básicos assegurados ao cidadão comum diante de qualquer grande estrutura comercial ou empresarial que se encontre na cadeia de relações de consumo. Tudo isso acaba por redesenhar a estruturação das forças em atuação, de modo a resgatar um equilíbrio rompido, desde o início, na cadeia das relações sociais.

O poder de argumentação se despe de tecnicismos para estar mais rente à realidade, numa articulação que consiga extrair, do âmago do conflito, as reais razões dessa tensão; torna, assim, visíveis os valores em confronto e, conseqüentemente, a relevância de um ou outro argumento, em dada situação, para que a deliberação final não desconsidere a realidade que ali se espelha e possa visualizar a “razão situada”, que irá depurar a melhor solução.

Ameniza-se o rigor da defesa técnica pela realidade que se extrai do confronto das teses, das provas, da presença física das partes e dos argumentos que são articulados ali mesmo no embate direto, que mostram com mais transparência a veiculação da verdade em versões que não precisam estar revestidas de linguagem jurídica para serem consideradas. É quando a dinâmica do juiz na mobilização dos instrumentos do processo, nas intervenções necessárias para a extração das razões que irão se conectar com as normas jurídicas, para a deliberação final, assume uma participação mais necessária e eloqüente.

Abordagens práticas, impensáveis há pouco mais de uma década, agora são práticas cotidianas no Judiciário, acabando por neutralizar as desigualdades ínsitas às partes contendoras.

Os diplomas em análise, porque propiciam um maior benefício de defesa para os menos privilegiados, pela inversão do ônus da prova, pela natureza da responsabilidade dos prestadores de serviços e produtos, pela presunção de hipossuficiência, pelos direitos básicos garantidos aos consumidores, pelos princípios norteadores tanto dos procedimentos como das relações de consumo, permitem que se atinja um equilíbrio necessário ao exame de suas sustentações, acabando por operar, na realidade do processo, a passagem de uma paridade formal para uma paridade material.

Considerando que a Constituição representa um consenso, mesmo que apenas formalmente estejam ali inseridos os princípios e direitos que se entendem fundamentais, e que os Juizados Especiais têm se mostrado um canal propício para sua efetivação, através da criação de um espaço público de participação ativa da comunidade de intérpretes alargada, transmuda-se o tradicional papel do Judiciário de titular do monopólio de jurisdição para servir de instância de âmbito público de cidadania.

Através desse canal, a sociedade participa ativamente das escolhas das quais também depende a qualidade de suas vidas. Ainda que individualizadas as pretensões, elas revelam blocos de necessidade, blocos de desejos, blocos de imperativos, de direitos, de concepções e valores buscados como condição ideal de vida, por todos, e não apenas por aqueles que acionam o diálogo nesse espaço.

Aqui o povo não fala através dos discursos dos representantes, de suas plataformas políticas, de seus programas de partido. Aqui ele fala diretamente, e sua voz é aquela mesma imprecisa, desarticulada, muitas vezes expressando sua realidade tal como ela, caótica, e, ainda assim, buscando afirmar suas convicções, necessidades e pretensões por meio desta linguagem. Agregam-se outros elementos que influenciam diretamente naquele resultado final, pois a linguagem, prenhe de comunicações múltiplas, interferências e falhas, traduz o dizer e o não dizer, que também se extrai de seus silêncios, interseções, lacunas e omissões.

Muito assim mais fluida e volátil que o voto concretizado na urna, pela participação política igualitária e conquistada ao longo da história, a participação política judicial nas decisões da vida, da sociedade, do próprio Estado, mostra-se também mais complexa, e conquistada a cada ação que é ajuizada.

Sendo a maioria esmagadora da população, num país como o Brasil, formada por um grande contingente de pessoas hipossuficientes financeiramente, ocorria, na grande parte das vezes, que grande parcela da sociedade ficava à mercê de imposições, nas mais diferentes situações da vida cotidiana, subjugada a forças contra as quais não tinha condições, nem meios de se contrapor.

Esse painel que começou a se modificar a partir da prática judicial em comento, permite que se possa afirmar, conclusivamente, que esses dois microssistemas se revelam verdadeiros instrumentos de democracia, na medida em que asseguram a participação do maior número possível de indivíduos no processo da afirmação de seus direitos, e como conseqüência, do desejo da coletividade,

que também é espelhado nessa massa de manifestações que compõe as estatísticas do Poder Judiciário neste segmento.

E, poder-se-ia resumir, em alguns itens, a constatação de tudo o que foi acima exposto:

1. As demandas realizam-se de forma argumentativa, com troca de informações e fundamentos, que são expostos ao crivo crítico e reflexivo de cada uma das partes e do próprio mediador;
2. Ninguém é excluído, tendo todos a possibilidade de igual acesso e participação;
3. Não existe situações de coerção externa, que possa impedir ou influenciar a atuação de qualquer das partes, ameaçando a igualdade de participação dos interlocutores, pois manifestam-se todos em igualdade de oportunidades, quer no que toca à possibilidade de verbalizar suas falas, quer no que concerne à disponibilidade de ser ouvido;
4. A todos é assegurada a apresentação das teses para afirmação de sua proposição, bem como a exposição de seus argumentos;
5. O resultado prático, pela reiteração dos mesmos debates judiciais, acaba por operar modificações comportamentais naqueles que detém o poder econômico, e faz com que se estabeleça uma conduta de maior respeito e preocupação com a sociedade, para a qual prestam serviços ou vendem produtos, ou tem contato através de algum tipo de relação;
6. Os direitos iguais de participação no processo, independentemente da condição social que ostentem as partes, permite que aja o juiz, a nível procedimental, como um regulador de diferenças e sintonias, face aos instrumentos que tais ordenamentos possuem visando um equilíbrio entre as partes originalmente desiguais;
7. A prática diuturna e com expressiva massa crítica de atores sociais concretiza uma proteção efetiva da esfera privada, estimula o respeito ao outro e à sociedade como um todo, estabelecendo uma ética nas relações intersubjetivas que assegure a boa-fé como cláusula geral e essencial das relações negociais, em contratos individuais ou em massa;
8. Fortalece o estabelecimento de parâmetros de dignidade de tratamento para com o outro e, como consequência, com a coletividade;

9. Aprimora métodos de discussão e persuasão, com a utilização de elementos que escapam ao mero silogismo, afastando formalismos que levariam a que a demora do resultado operasse efeito reverso ao pretendido;
10. Implanta a informalidade, oralidade e celeridade na práxis dos processos, aproximando-o de um verdadeiro debate público direto, embora realizado mediante um magistrado, que também dele participa ativamente;
11. Busca o consenso mediante processo argumentativo e não através de pressões verticalizadas;
12. Resulta em uma decisão/deliberação informal e despida das formas apertadas dos legalismos e princípios imperantes na doutrina positivista liberal, vestindo nova roupagem mais direta e real, permitindo que ingredientes como a equidade, a experiência comum, a verossimilhança, etc, possam servir também de lastro para o resultado final, não episodicamente, mas como regra;
13. Propicia a que o juiz, como um terceiro elemento desse espaço judicial, filtre as desigualdades ínsitas às relações sociais, e busque dissolvê-las dentro do processo, de modo que ele não seja uma mera repetição daquela desigual competição do mundo da vida, dosando potencialidades, para que todos possam estar aptos a participar do embate discursivo, dentro de um nível de igualdade de tratamento no processo que não deixe de levar em conta as diferenças existentes fora dele, compensando-as.

O processo, como se analisou no capítulo 2.2, nada mais faz do que refletir as desigualdades ínsitas ao mundo da vida; ele é o espelho do que está lá fora. Ao entrar pela porta do Judiciário, o indivíduo não muda sua condição originária, e, portanto, mesmo em termos processuais, originariamente, ele não é igual à outra parte, não suprimindo, este desnível, a garantia da igualdade formal.

Os mecanismos de equalização que são fornecidos pela Lei 9099/95 atuada em conjunto com a Lei 8078/90, e na exata combinação destes dois instrumentos, permitem expressamente que se atue essa “desigualdade igualitária” de tratamento

dentro do processo.<sup>299</sup> Ao operador do direito foi dada a oportunidade de exercer sua função dentro de uma postura mais participativa, buscando fazer o mais democrático possível os níveis de atuação de cada um, atendendo à demanda do processo no sentido de um tratamento diferenciado, caso a caso, porque o “devido processo legal contemporâneo” não pode repetir o “indevido” processo legal formalista e desconectado da realidade social. O devido processo legal contemporâneo é aquele que se orienta pelas pautas de princípios reconhecidos no próprio capítulo dos direitos fundamentais e no preâmbulo de nossa Constituição, como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade substancial, da liberdade, que só podem existir dentro de um espaço que permita, em igualdade de condições reais-processuais, que os atores superem aquelas desigualdades das condições reais-sociais. Somente assim, consegue-se produzir o *tertium genus* que se traduz no “princípio da igualdade procedimentalmente qualificada” (processual/substancial).

Reverter condicionamentos seculares de práticas processuais complexas e burocráticas para formas singelas e facilmente assimiláveis pelo homem comum, verificar que reverbera para dentro do processo aquelas desigualdades da realidade circundante para os envolvidos em determinada relação de relevância jurídica, é consciência que deve ser aprimorada e que a nova experiência desses juízos tem permitido, como dissemos, principalmente pela interação dos dois diplomas referidos.

A Lei 9099/95 e a Lei 8078/90 se contaminam mutuamente, interagindo, e dissolvendo qualquer concepção de que pudessem ser considerados microssistemas estanques, para fazer a passagem da paridade formal para a material, propiciando que novas sintonias, impensáveis, possam ser equalizadas, munindo de instrumental necessário àqueles que dele necessitam para enfrentar os detentores de poder, influência e dinheiro, com mecanismos que lhe compensem as carências, e chamando ao espaço argumentativo os integrantes de subsistemas,

---

<sup>299</sup> Ao referir o tema da hipossuficiência do consumidor, observa TEPPEDINO, op. cit., p. 17, que: “[...] essa circunstância, a hipossuficiência, não tem conotação restrita à deficiência econômica, abrangendo aspectos culturais e técnicos, além de ser conceito relativo, compreendendo as características pessoais que tornam o consumidor inferiorizado em relação a determinado fornecedor [...] O respeito à dignidade, à saúde, à segurança; a proteção de interesses existenciais; a qualidade de vida e também os interesses econômicos, a atividade econômica livre e concorrencial, são alguns dos aspectos que devem guiar o magistrado para dirimir os conflitos no âmbito das relações de consumo.”

de modo a neutralizar seus efeitos, fazendo com que eles passem a ter que se inserir no modelo discursivo, e, portanto, no âmbito do diálogo crítico e reflexivo, o que leva a uma pedagogia de resultados, devolvendo para a sociedade práticas mais humanizadas e de melhor qualidade.

O art. 4º do Código de Defesa do Consumidor retrata aquele lastro axiológico do art. 5º, XXXII e art. 170 da Constituição Federal<sup>300</sup>, afirmando, em síntese, os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, da dignidade da pessoa humana, assim como o objetivo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, diminuindo as desigualdades sociais e garantindo os direitos fundamentais de respeito à sua saúde, segurança, a proteção de interesses de relevância jurídica, e de qualidade de vida, assim como a transparência e ética nas relações de consumo, estabelecendo um rol de princípios a serem atendidos.

Estando a lei dos Juizados Especiais a estimular a participação ativa dos destinatários desses direitos, e a tutela dos consumidores garantida como direito fundamental, instrumentalizada pela Lei 8078/90, fecha-se o tripé da democracia na atuação conjunta de ambos os diplomas: participação política igualitária e atuante, deliberação conjunta, efetivação dos direitos constitucionais, materialmente considerados.

A pretensão de mostrar no presente trabalho o papel dos Juizados Especiais, em particular, nessa conquista, decorre de que foi por sua atuação que se revelou a demanda contida da sociedade por falta de um veículo de acesso facilitado no Judiciário; foi através do contingente de ações, que desaguou em suas portas, que se mostrou possível a concreção de um instrumental trazido com o CDC, para reequilibrar os desníveis ínsitos aos conflitos sociais, levados para a discussão pública das audiências e das sessões de conciliação; foi através dele que primeiramente se “informalizou” a atuação do Judiciário, que este ganhou celeridade, e que permitiu aos interlocutores sociais escreverem com sua letra e com suas próprias palavras a pretensão que querem afirmar; foi através desse canal que qualquer um da sociedade, sem intermediários e, falando sua própria linguagem, pôde afirmar seu direito perante o outro, igual, ou desigual, e dizer suas razões para aquele que lhe impôs, verticalmente, regras que afetam suas

---

<sup>300</sup> Cf. *ibid.*, p. 16.

existências e lhe retiram a possibilidade de escolha, sendo ouvido e escutando a resposta na linguagem que ele conhece; foi, por fim, também na atuação desse espaço público judicial que começaram a se confrontar, diuturnamente, aqueles que detêm o controle dos subsistemas, a que Habermas refere, e a sociedade, mas de forma direta e resistente.

#### **4.1. Reflexos da neutralização das forças sistêmicas**

Habermas acompanha Weber na crítica à modernidade, referindo-se a um politeísmo, que dissocia as esferas de racionalidade, das instituições privadas e públicas, que constituem o mundo da vida, aonde se desenvolve o agir comunicativo, e o de um conjunto sistêmico, no qual existem dois subsistemas: econômico (mercado) e administrativo (poder)<sup>301</sup>, que são infensos ao diálogo nesse espaço comunicativo.

Refere, ele, os “traços patológicos das sociedades modernas”, caracterizadas pela prevalência de uma racionalidade dissociada daquela qualificada pelo entendimento, centrada que é em razões econômicas, burocráticas e cognitivo-instrumentais.<sup>302</sup>

Seu perfil seria marcado por um processo circular, no qual um “macrossujeito” domina a “automediação”.

A teoria da ação comunicativa mostra-se um caminho para entender a coexistência, na sociedade moderna, de uma economia global, organizada sob a forma do mercado, que se enraíza na funcionalidade e se “autonomiza em relação ao mundo da vida”, passando infensa às normas, e impondo uma auto-referência que conduz à preservação de seu próprio sistema, sem se preocupar com outros imperativos racionais da humanidade.

Essa esfera de poder, consubstanciada no mundo econômico com pautas próprias de interesse e exigências, e de autopreservação, não se deixa contaminar por aqueles regramentos tecidos a partir do mundo da vida, no qual se desenvolve a práxis discursiva, e da qual brotam as regras concernentes aos próprios sujeitos.

---

<sup>301</sup> HABERMAS, *O discurso filosófico da modernidade*, op. cit, p.4.

<sup>302</sup> *Ibid.*, p. 482 e 483.

Para essa esfera, o dinheiro, e não a linguagem, seria o *medium*; por seu turno, a linguagem por eles utilizada não se confunde com aquela da práxis comunicativa, pois está afeta a codificações próprias que seu modelo formou:

[...] um código especial, talhado para situações *standard* (de troca), que, em razão de uma estrutura integrada de preferências (de oferta e procura), condiciona decisões sobre ações de uma maneira eficaz para a coordenação, sem ter de recorrer aos recursos do mundo da vida.<sup>303</sup>

Aí, as formas de interação seguem outras regras e as relações se mostram “desmundalizadas”.

Não é assim sem sentido que o termo globalização, forjado marcadamente por um economia de mercado, carrega um sentido conotativo de algo supranacional, sem identidade própria, fora do mundo palpável; e isso porque, à semelhança dos satélites que se encontram na órbita terrestre, e não tangenciam a atmosfera sob pena de serem atraídos pela força da gravidade, e, portanto, passarem a se submeter às leis que essa gravidade impõe, essas esferas de poder formam sistemas parciais, atuando dentro de um espectro nitidamente funcional, apenas promovendo relações com o mundo da vida através de canais monetários, com sua linguagem codificada, a qual Habermas denomina “dinheiro”, a fim de que não sejam levados a trocas e diálogos que escapem seus interesses..

Encontram-se, por isso, fora da esfera terrestre mundanizada, humanizada e, portanto, são insuscetíveis de solidarizarem-se, de mostrarem-se vulneráveis aos seus “entornos não econômicos”.<sup>304</sup>

Esse terceiro plano de relações que emerge nas sociedades atuais, de natureza funcional, não promove interações e também não se entrecruza com o plano das formas de organização ligadas ao mundo da vida, coagulam-se em um *tertium genus*, não se sociabilizando e não se contaminando com suas normas, funcionalmente voltado, que é, para manutenção de suas próprias pautas de interesses auto-referentes. E esse desprendimento de sintonias paralelas (entre os

---

<sup>303</sup> Ibid., p.486.

<sup>304</sup> Ibid., p 486.

subsistemas e o mundo da vida) provoca na sociedade contemporânea a denominada “coisificação de formas de vida.”<sup>305</sup>

Atribui não somente ao trabalho assalariado institucionalizado, como ao Estado, baseado num sistema de receitas tributárias e, por fim, no modo de produção capitalista da indústria e do sistema econômico, a conformação de uma esfera assim constituída, colonizadora, subordinante de tudo aquilo que não seja sua própria referência.

A sociedade, influenciada pela força econômica da burguesia ascendente e sistema liberal de mercado, tornou-se cativo dessa linguagem de poder, incapaz que se mostrava de não se deixar impregnar pelas necessidades criadas a partir dessa fonte de produção e consumo, na competição econômica micro-esférica (relações intersubjetivas nas sociedades) e macro-esféricas (relações entre potências mundiais de produção e de riqueza).

Ao condicionar suas próprias existências e sobrevivências àquela dependência econômica iniciada primitivamente na relação patrão/empregado<sup>306</sup>, a sociedade como um todo, em nome de uma lei de suposta sobrevivência (não ligadas a bens indispensáveis, mas “voluptuários”), incorporou, ao que seria frugal à existência, outras tantas necessidades, introjetadas por lógicas e mecanismos forjados especificamente para incremento do consumo, inicialmente pela própria necessidade de ostentação de uma posição de poder (não basta ser e ter, tem que parecer ser e ter) e depois pela veiculação maciça da mídia e da propaganda, que falam ao inconsciente desejo de ascensão coletivo da sociedade.<sup>307</sup>

Essa relação verticalizada de subordinação alçou vôo, se potencializou, desencarnou-se daquela personificação da pessoa patronal para uma estrutura cada

---

<sup>305</sup> Ibid., p. 487. Uma ampla análise a respeito da soberania capitalista e a sociedade global foi feita por Michel Hardt e Antonio Negri, aonde referem a imanência do capital nas redes de dominação na sociedade, paralelamente ao poder estatal, que, na sociedade pré-capitalista, corresponderia a um “centro transcendente de poder”, não mais identificável na contemporaneidade. E nesse funcionamento do capital ocorre o que ele denomina “desterritorialização”, sendo observáveis três aspectos: destruição das culturas e das organizações sociais tradicionais, descaracterização dos valores, que se unificam nessa esfera através de um plano único (o dinheiro), sendo seu código normativo variável, de acordo com o próprio funcionamento deste sistema. Cf. HARDT e NEGRI, *Império*, p. 348.

<sup>306</sup> Para uma discussão a respeito das etapas dos processos de modernização e industrialização e sua atuação no plano do social, HARDT e NEGRI, op. cit., p.303-324.

<sup>307</sup> Numa análise contundente sobre a sociedade de consumo, Hannah Arendt, observa: “E, visto não haver suficientes bens de consumo para satisfazer aos apetites crescentes de um processo cuja energia vital, não mais despendida na labuta e azáfama de um corpo no trabalho, precisa ser gasta

vez maior, mais complexa, sem face, a princípio internacionalizada, depois multinacionalizada, até ganhar o status da supranacionalidade, e, atingindo, por fim, sua condição de globalidade.

Paralelamente, o aparelho estatal, como assevera Habermas, também se tornou “dependente de um sistema econômico controlado pelos media...”<sup>308</sup>, ao hipertrofiar suas atividades, se imiscuindo no mundo dos negócios e dos mercados, através do desenvolvimento de atividades comuns à esfera privada, passando, a partir daí, a falar sua mesma linguagem, desconectada daquela reflexiva e dialética. O que se pretendia somente para o atendimento dos próprios fins públicos, proliferou-se em inúmeras empresas estatais, paraestatais, subsidiárias, controladoras, concessionárias, monopólios, instituições financeiras, siderúrgicas, usinas, etc... a princípio com o escopo de tentar controlar diversos setores da economia, mas acabando controlado também por essas mesmas engrenagens econômicas, não sensíveis às esferas democráticas. Tudo isso em nome de um Estado paternal que tentava devolver o equilíbrio, que as supostas “regras frouxas” de mercado haviam rompido, e em nome de uma idealizada “igualdade material.”

Contudo, nessa interação de intimidade, como em qualquer relação, houve uma contaminação reversa, de forma que o aparato estatal passou também a integrar essa esfera intangível, a qual tem como linguagem o “dinheiro” e “poder”, e se mostra na fórmula que a teoria do agir comunicativo explica e busca romper.

O Estado passa a constituir também um sistema parcial e funcional, tornando cada vez mais seu funcionamento uma questão de receitas, de massa tributária, de recebimentos e despesas, que precisa lançar-se na arena global, captando novos mercados para subsistir, falando a mesma linguagem daqueles outros “sistemas parciais” (que compõem uma hegemonia econômica global) por uma questão de sobrevivência.

A centralização da gestão da economia e da administração pública na mão do Estado propiciou aquilo que Pollock denominou “Capitalismo de Estado”, pois, buscando tirar das mãos do mercado o controle da circulação de riquezas

---

pelo consumo, é como se a própria vida se esgotasse, valendo-se de coisas que jamais foram a ela destinadas.” Cf. ARENDT, *Entre o passado e o futuro*, op., cit., p. 264.

<sup>308</sup> HABERMAS, *O discurso filosófico da modernidade*, op. cit., p. 487.

(mercado, produção e distribuição de bens), acabou por culminar no “totalitarismo”.<sup>309</sup>

Na medida em que o Estado provedor deixa o indivíduo à espera de uma ação institucionalizada para a solução das mazelas sociais, ou os subordina, por mecanismos que ingeriu pela contaminação da lógica capitalista, permite que se desenvolva uma disfunção nos movimentos sociais. Estes, na medida em que a sociedade passa a aguardar as iniciativas públicas para suprir-lhe a subsistência, se esmagam pela indiferença dos interesses econômicos diante dos apelos sociais, oscilando numa atitude que pendula entre a cobrança e a inércia<sup>310</sup>, deixando, em qualquer das hipóteses, de se organizar para atuarem suas transformações.

Paralelamente, preservam-se intactos os dogmas do Estado Liberal, como a autonomia privada, o *pacta sunt servanda*, a liberdade de contratar e outras máximas desse sistema, na esfera daqueles interesses que estariam no estrito âmbito das cadeias interpessoais. Se algum respaldo existe, este apenas se dá para a coletividade; o indivíduo, enquanto tal, ficara sozinho.

O Estado do bem estar, o Estado intervencionista não o atinge diretamente, na medida em que apenas aqueles interesses gerais e coletivos estariam sob a ação de políticas destinadas ao controle através de seu aparato.<sup>311</sup>

Indivíduos enquanto interesses coletivos básicos se mostravam, ao menos num mínimo, custodiados pelo Estado; contudo, nas relações cotidianas interpessoais tais forças geravam outras formas de controle, distanciando-se o Estado dessa nau à deriva dos sujeitos, que se depararam com gigantes poderosos, tão grandes quanto o Estado, de quem o liberalismo buscou protegê-lo, estruturados ao longo de um mundo monopolizado pela economia de mercado, e a quem as mesmas doutrinas negara limites.

O limite do próprio Estado que constitui a gênese da criação do Estado Constitucional deixara crescer o outro “Estado Paralelo” (enquanto força

---

<sup>309</sup> Esclarece o teórico: “[...] sob capitalismo privado todas as relações sociais são mediadas pelo mercado [...] Sob o capitalismo de Estado os homens encontram uns aos outros como comandantes ou como comandados [...]”. Isso explicaria em sua visão como a economia capitalista transmutou-se em totalitarismo, no início do séc. XX (significando “a passagem do capitalismo liberal para o capitalismo monopolista”). Cf. POLLOCK, State Capitalism: its limits and possibilities. In: A. Arato (ed.) *The essential Frankfurt school reader*, p.78.

<sup>310</sup> Numa aguçada crítica a esse respeito, ver GUNTHER, Responsabilização na sociedade civil. In: *Novos Estudos*.

econômica-política) capaz de forjar comportamentos, ignorar os fundamentos do próprio Estado Constitucional, escravizar individualidades, ilhadas pela mudança de prumo, necessária em certa medida para afirmar a superioridade dos interesses coletivos, como forma de apagar as últimas luzes que o egocentrismo iluminista fizera refletir, mas absolutamente infensa a qualquer interesse que não fosse aquele de suas próprias pautas econômico-financeiras.

A priorização do coletivo pelo individual, pela massa, pelo social, ignorou outras formas perversas e sofisticadas de subjuço e catividade dos indivíduos, que se instalavam subrepticamente, acobertadas pelo manto das liberdades individuais, da liberação dos mercados, da livre iniciativa.

A crise deste Estado protecionista, como pontua Habermas<sup>312</sup>, reconheceu sua insuficiência para controlar as disfunções criadas por tais mecanismos sistêmicos, e isso porque, diferentemente do papel passivo dos indivíduos no *welfare state*, o homem na era pós-moderna ou, como prefere o autor, em uma modernidade tardia, necessita de um papel ativo (individual), sendo essa massa de individualidades atuantes na busca da afirmação de seus direitos que ensaia descobrir barreiras e cobrar limites para o poder não estatalizado, embora também frente a ele deva se impor, naquele papel inicial que teve a limitação da própria Constituição em relação à administração pública.

Os atores não são mais a massa sem face, o povo, uma abstração coletiva; são eles agora atores identificáveis da atuação de seu direito, na medida em que o afirmam por iniciativas próprias, ainda que reduzidos a uma senha, dígito, impressão digital, leitura ótica, cartão magnético, *chip*, sujeitos, que são, numeralizados.

Na era do Estado judicializado, é, acima de tudo, o indivíduo, enquanto tal, que passa a atuar diretamente para obter essa proteção, porque os mecanismos legais de tutela coletiva não são suficientes para atuar de forma eficaz sobre a melhora de suas condições cotidianas e materiais de vida.<sup>313</sup>

---

<sup>311</sup> VIANNA [et al.], op. cit., p. 24, refere que: “O predomínio, por décadas, do tema da igualdade, sob o *Welfare State*, teria erodido as instituições e os comportamentos orientados para a valorização da vida associativa, daí derivando um cidadão-cliente, dependente do Estado.”

<sup>312</sup> HABERMAS, *O discurso filosófico da modernidade*, op. cit., p.504 e 505.

<sup>313</sup> Ao analisar a função social da responsabilidade nas sociedades modernas, Klaus Gunther, discorre sobre as conseqüências de uma “redistribuição” dessas responsabilidades, libertando suas atribuições de uma coletividade ou governo central, que teria permitido o controle do Estado sobre o indivíduo, ocasionando uma patologia, e passando a introduzir o conceito de uma “sociedade

A proliferação de ordenamentos especiais, acabou também por propiciar a potencialização das iniciativas individuais, mormente numa recente conscientização de que a insuficiência do *welfare state* acabou por formatar o que se denomina *welfare society*.

Os subsistemas são como autonomias, e não se submetem ao embate das práticas integrativas, que aqui pretendemos seja revista através de um perfil argumentativo, pois estas não permitem a imposição vertical de normas, mas exigem justificação.

A perda da eticidade é que permite o que Habermas denomina “colonização”; tais forças se mostram infensas ao processo discursivo, na medida em que não se submetem ao embate argumentativo para obtenção de um acordo racionalmente motivado, pois seus mecanismos de convencimento se encontram em instrumentos de mercado que tangenciam à própria sobrevivência dos grupos ou indivíduos, mas se apóiam em “valores” outros, atuando dentro de um macro-sistema impossível de interferência pelo cidadão comum.

Contudo, na esfera do debate público pode se encontrar núcleos de resistência, que propiciem a possibilidade de se atuar com menos contaminação desses esquemas de controle automatizados sistemicamente.

As lógicas do mercado e burocrática possuem mecanismos característicos e dissociados da lógica do discurso argumentativo, atuando autonomamente e prescindindo de serem justificados, já que obedecem a pautas de interesses próprios e desvinculados de qualquer preocupação ética. Não se contaminam por uma racionalidade discursiva, reflexiva e crítica, e, portanto, plena de valores.

Possuem, contudo, a capacidade de operar uma neutralização dos âmbitos de ação que são estruturados comunicativamente, e, assim, romper com as cadeias intersubjetivas das práticas comunicativas na sociedade.

Referindo-se a Lukás e àqueles que se atêm ao conceito de reificação, afirma Habermas: “cada vez mais sentem-se impressionados com a impotência dos sujeitos em face dos processos circulares, não influenciáveis, dos sistemas auto-referenciais.”<sup>314</sup>

---

civil”, em substituição a uma “representação simbólica da sociedade como unidade supra-ordenada [...] Uma sociedade que se cria a si mesma, a partir de seus indivíduos, pressupõe, no entanto, pessoas ‘autônomas e capazes de agir’”. Cf. GUNTHER, op. cit., p. 110.

<sup>314</sup> HABERMAS, *O discurso filosófico da modernidade*, op. cit, p. 488.

O discurso político no espaço público reconhece, portanto, necessariamente, o outro, como fator de dissenso.

Assim, no caminho oposto dos subsistemas que se reificam dentro do espaço público criando mecanismos de dominação que não se submetem às práticas discursivas, existem núcleos de resistência que decorrem e são desenvolvidos neste âmbito, trabalhando como contra-força a esta dominação.

Esses focos de resistência que brotam espontaneamente, normalmente a partir de grupos com sensibilidades comuns a determinadas causas ou interesses, às vezes conseguem se impor e avocar, com base em uma legitimidade advinda dos conteúdos moralizantes e humanitários que defendem, um papel mais determinante, transmudando até mesmo aquele perfil inicialmente informal, organizando-se ou institucionalizando-se.

A experiência de tais segmentos tem permitido a participação em fóruns de debates, trazendo ao ambiente discursivo mais amplo pautas de assuntos que tangenciam o reconhecimento e a afirmação de direitos sempre conectados àqueles que se entendem como fundamentais.

As ONGs, os PROCONS, as associações de vários matizes, a experiência do orçamento participativo, os fóruns mundiais, nacionais, setoriais de debates, as formas solidarizantes de iniciativas individuais ou de grupos, constituem o que se denomina *welfare society* e buscam inserir novos mecanismos de participação política mais oxigenados da sociedade, o que permite observar a inserção de como determinadas práxis com este perfil apontam, de modo direto ou reflexo, para uma embrionária neutralização das forças sistêmicas (poder e dinheiro) referidas, trazendo para o cerne do debate exatamente a disfunção que esta lógica auto-referencial propiciou.

Por outro lado, o Estado passa a intervir potencializando agora os atores da sociedade civil, tendo que abandonar as técnicas de um liberalismo insipiente para resolver as questões de uma realidade plural, consciente de que uma hegemonia econômica acabava por redesenhar o perfil da própria sociedade, que passou a rotular-se de consumo.

Da análise da práxis propiciada pelos diplomas analisados no presente trabalho (Lei 8078/90 e 9099/95), também se evidencia a faceta de normas racionalmente criadas como objetivo de neutralizar forças econômicas e de poder, que acaba por gerar, dentro da sociedade e do próprio ambiente institucionalizado

do Poder Judiciário, focos de resistência, possibilitando se entrever, ainda que embrionariamente, um resultado positivo do que aqui chamamos de contaminação reversa.

O indivíduo, substituído pelo consumidor, ao transmudar-se em categoria que fala aos interesses desse mercado e também se mostra assimilado pelo Direito, vai buscar afirmações e, dessas inserções comunicativas, começa a haver os primeiros enfrentamentos positivos.

O que pretendemos ver após essa longa digressão é como os dois ordenamentos, objeto de análise, quais sejam, a Lei 9099/95 e a Lei 8078/90, em conjunto, formam uma micro-estrutura que viabiliza a potencialização desses instrumentos de resistência.

Como se afirmou no capítulo anterior, o re-equilíbrio de forças, dotando os desprovidos de poder, influência e dinheiro, com mecanismos que lhe compensem tais carências, de modo a fazer frente a grandes grupos, permite uma discussão em nível mais igualitário, fazendo com que eles passem a ter que se inserir no modelo discursivo, e sejam expostos à artilharia do embate argumentativo, para que possam afirmar validamente sua tese, o que acaba por permitir, ainda que em proporções ainda incipientes, uma neutralização daquelas forças sistêmicas referidas.

Falando sobre os subsistemas e reconhecendo a insuficiência da capacidade de planejamento das administrações públicas para enfrentamento da dinâmica capitalista, Habermas entende necessária a construção : “de barreiras inibidoras no intercâmbio entre sistema e mundo da vida e de instalar sensores no intercâmbio entre mundo da vida e sistema.”<sup>315</sup> Como afirma, a “coesão auto-referencial imuniza os sistemas funcionais político e econômico contra a tentativa de intervenção no sentido de uma interferência direta”.<sup>316</sup> Contudo, essas mesmas qualidades (econômica e política) tornam os sistemas sensíveis aos estímulos relacionados a tais atributos, e acabam por exigir-lhe um incremento da auto-reflexão, com isso se querendo dizer que sua sensibilidade para a reação do mundo circundante não se mostra mais como indiferença, pois corresponde à necessidade da preservação e incremento de suas próprias atividades e interesses.

---

<sup>315</sup> Ibid., p. 504.

<sup>316</sup> Ibid., p. 506.

Por isso o fundamental papel do indivíduo transformado em consumidor, que traduz aquela linguagem direta com as atividades inerentes ao capitalismo, não deixando, simultaneamente, de passar outros ingredientes que são indissociáveis da sua condição de humano, e, portanto, de indivíduo imbuído de valores.

As esferas públicas auto-organizadas teriam de desenvolver a combinação prudente de poder e auto-limitação inteligente, necessária para sensibilizar os mecanismos de autocontrole do Estado e da economia a respeito dos resultados, orientados para fins, da formação democrático-radical da vontade.<sup>317</sup>

E isso é o que começa a se perceber nas incursões permanentes de determinados segmentos, a respeito de assuntos reiterados na prática diuturna dos Juizados Especiais, que acabam por configurar, no caso, uma inconsciente auto-organização coletiva das forças sociais, induzindo `a constatação de uma reação auto-reflexiva atuada a nível daqueles procedimentos, não em razão da coesão a respeito de determinada ação conjunta, mas que assim resulta na medida em que a persistência da demanda e os resultados, ainda que minimamente significativos, se olhados individualmente, potencializam-se ao formarem uma massa crítica não mais desprezível, mas, ao contrário, considerável, a ponto de contaminar as forças sistêmicas.

E assim o “modelo da atuação da sociedade sobre si mesma é substituído pelo modelo de um conflito de fronteiras, controlado pelo mundo da vida, entre ele e os dois subsistemas, que lhe são superiores em complexidade”.<sup>318</sup>

A experiência da conjugação dos dois microssistemas referidos permitiu a clara constatação de um efeito reverberado dessa influência, que não se poderia considerar apenas indireto ou reflexo, já que a reação constatada foi direta e quase imediata, chegando a sensibilizar os representantes dos subsistemas funcionais econômicos, provocando-lhe reações de tal cariz, que propiciaram a iniciativa de um primeiro “diálogo”, ainda que de forma embrionária, mas relevante e

---

<sup>317</sup> HABERMAS, loc. cit.

<sup>318</sup> HABERMAS, loc. cit.

revelador de conseqüências, dessa resistência levada a efeito através de uma prática democrática do espaço judicial.

Nunca os efeitos se mostraram tão manifestamente externados, exatamente por aqueles que sempre passaram infensos a este tipo de adequação; padronizam-se, analisam-se, diagnosticam-se fórmulas e meios de se adequar à força da eclosão de uma exigência advinda dessa coletividade de consumidores numa esfera pública inconscientemente organizada, através das reiteradas ações judiciais, que atualmente formam blocos de afirmações diante desses subsistemas referidos.

Um espaço normativamente organizado para cumprir adequadamente sua função democrática, acabou por abrir um atalho para tirar da auto-referência àqueles que somente se impunham através de um discurso unilateral. Em verdade, foi o amadurecimento da prática diante desses juízos, após anos de intenso labor voltado para uma adequação que chamamos de “pedagógica”, que permitiu começassem a despertar para a consciência desse seu peculiar perfil.

O órgão judicial participante e ao mesmo tempo fiel de uma balança, as partes como provocadores permanentes de um diálogo, o espaço público judicial como arena aonde esses embates se desenvolvem, os instrumentos dos diplomas especiais aqui tratados, a afinada dosimetria de mecanismos necessários ao equilíbrio da participação, atendendo aos previamente estabelecidos critérios legais e procedimentais, como resposta às demandas reiteradas, acabaram por romper a couraça daqueles subsistemas, permitindo essa inicial contaminação discursiva.<sup>319</sup>

Daí a conseqüente reflexão de que, tais instrumentos, têm vocação de propiciar a participação política dos cidadãos, permitindo a inserção, na esfera judiciária, de práticas que reequilibram as forças desigualmente dotadas na sociedade, e constituem poderosos fatores de resistência ao que Habermas

---

<sup>319</sup> A referência denominada “contaminação” dessas forças sistêmicas se demonstra, como se verá mais adiante, pela busca de diálogo por iniciativa de grandes segmentos empresariais nacionais e multinacionais com o Poder Judiciário, sendo dentro do Estado do Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça um dos canais que propiciou encontros levados a efeito diretamente com os representantes desses grupos e Juízes de Juizados Especiais e Turmas Recursais, no qual demonstraram de forma inequívoca, a preocupação gerada com as reiteradas decisões emanadas desses Juízos, e pela massa de demandas que depunham contra seus próprios interesses, de tal modo que implementaram mudanças administrativas, não apenas de rótulos, mas de efetiva melhoria nas relações com os consumidores e da população como um todo, assim como na qualidade de serviços e produtos oferecidos. Neste sentido, os encontros a serem referidos.

denomina de “colonização”, já que exigem que os que representam as forças sistêmicas de mercado e poder venham a entrar na prática discursiva em igualdade de condições com seu interlocutor, e não ditando regras criadas para sua própria conveniência.

Praticam assim, através de um procedimento específico, aquilo que se negam a fazer no mundo da vida, submetendo-se a regras que escapam ao poder de influência e coerção, porque adremente estabelecidas de modo a neutralizar tais forças, já que não apenas refletem o espírito democrático, mas concretizam aquilo que dentro mesmo da sociedade não conseguem realizar diretamente, como práticas que propiciem materialmente uma relação de igualdade e liberdade dos indivíduos.

Os que estão mais rentes ao cotidiano dos Juizados Especiais percebem o quanto pequenas demandas ganham em força pelo aumento exponencial de afirmações diante de representantes desses subsistemas. A tal ponto, que se reiteram ano a ano as tentativas diretas de diálogo com o Judiciário de organismos integrantes de tais subsistemas, que, antes, não se preocupavam com qualquer forma de contato ou adequação.

Contudo, longe de ser encarada tal situação como qualquer posição de vantagem, ou de reversa dominação, revela-se esta iniciativa de extrema positividade, positividade essa que somente favorece a todos, porquanto permite o diálogo entre forças sociais, políticas e econômicas, forças essas que na grande maioria das vezes se contrapõem em interesses, o que não se mostra um obstáculo, mas, ao contrário, permite exatamente o caminho que leva à reflexão, que criticamente possa engendrar uma solução racional, pacificando as relações no âmbito da sociedade e aprimorando a qualidade de vida de todos.

Grandes empresas, grupos nacionais e multinacionais, estão pela primeira vez abertos a um diálogo de modo a entender o que está acontecendo no Judiciário, diante da nova realidade dos Juizados Especiais.

Encontros promovidos por empresas de saúde, prestadores de serviços públicos (concessionárias), instituições de crédito, e tantos outros, diretamente com o Judiciário, e através dos próprios Juízes que atuam rente aos Juizados

Especiais, mostram o início de um diálogo até antes não conhecido nesta dimensão.<sup>320</sup>

As decisões que não representavam qualquer ameaça às suas práticas mercado e da lógica econômica, porque episódicas e particularizadas em uma ação aqui e ali, perdida no emaranhado da burocracia judiciária, e na eternização de procedimentos que atuavam em favor dessas forças, agora formam um contingente que pressiona e exige, não podendo mais ser ignorada.

A indiferença às conseqüências que pudessem daí advir para a pessoa, para um segmento de pessoas ou para a sociedade, porque eventuais e insignificantes em termos estatísticos, não “tocavam” no elemento sensibilizador dos mercados.

Os permanentes resultados das pequenas demandas judiciais cresceram na mesma proporcionalidade do aumento exponencial das reclamações. Assim, decisões quase que simétricas revelavam que determinados mecanismos estavam sendo aplicados à risca, numa direção que começou a preocupar os representantes dos subsistemas em comento.

Crescimento da demanda e reiteração de resultados acabou por propiciar uma mobilização de reação por parte de tais forças econômicas.

Congressos e debates a respeito dos temas que diretamente se conectavam com os resultados das demandas judiciais, num primeiro movimento em busca de “fóruns” de exposição e entendimentos por parte desses segmentos, permitiram a eles expor suas razões e mostrar que também estavam abertos a uma adequação e diálogo, tecendo argumentos que referiam o mesmo cerne daqueles movimentos espontâneos ou institucionalizados.

Essas iniciativas que acabaram por gerar vários encontros, do qual participavam diretamente os próprios Juízes que se encontram na trincheira da primeira instância, especialmente na linha de frente dos Juizados Especiais Cíveis, assim como de outros tantos juízes que atuam junto à instância revisora, começaram a delinear um novo momento do Judiciário, que nessas experiências

---

<sup>320</sup> Entre os encontros referidos, podemos citar: Encontro de Juizados Especiais Cíveis e Turmas Recursais, ocorrido de 29/31 de outubro de 1999, com planos de saúde; Encontro de Juizados Especiais Cíveis e Turmas Recursais, ocorrido de 20 a 22 de julho de 2001, com segmento de energia elétrica; IV Encontro de Juizados Especiais Cíveis e Turmas Recursais, ocorrido de 08 a 10 de novembro de 2002, com a Telemar; Encontro de Juizados Especiais Cíveis e Turmas Recursais, ocorrido de 16 a 18 de maio de 2003, com a CEG; Encontro dos Juizados Especiais Cíveis, ocorrido de 15 a 17 de outubro de 2004, para discutir questões relativas ao fornecimento de

reflexivas sobre sua própria atuação, aplicação desses diplomas e dificuldades, principalmente sentidas pela avassaladora demanda que eclodia em dimensões magnânimas, acabava por forjar a nova performance do Judiciário na vida democrática do país.

De tal modo e com tal intensidade, que não consideramos ter havido experiência anterior, em qualquer nível do Judiciário no Brasil, e em qualquer época, que possa ter mobilizado de modo tão direto àqueles que estão exatamente numa permanente condição de “acionados”, e, portanto, chamados ao embate discursivo no Judiciário.

Demonstra-se, assim, que o espaço público judicial, atuado através dos Juizados Especiais, permitiu que as pretensões de participação por parte da sociedade possam se dar, ainda que com carga de enfrentamento e resistência, e conseqüentemente, de afirmação, pela via comunicativa do processo judicial, chamando os subsistemas a falar a linguagem da sociedade, e adequar a sua, para que influências mútuas, até então impensáveis, possam se dar, permeabilizando suas barreiras, adequando e restringindo, lado a lado, aquilo que possa representar abuso, arbitrariedade, violação de parâmetros éticos de conduta, negação, enfim, do que se reconhece enquanto reserva axiológica e pretensão legítima da coletividade.

Obviamente essa é apenas uma das leituras possíveis e detectáveis a partir da experiência iniciada e reiterada em um ambiente, ao qual se viu nascer, crescer e desenvolver-se.

Portanto, somando-se uma mudança de perfil dos juízes, da práxis judiciária, da consciência e participação do povo nesse espaço público, da dinâmica dos processos, de uma prática discursiva que se abre a todos, do papel pedagógico das decisões/deliberações daí emanadas, das iniciativas de diálogo de forças econômicas dentro da sociedade, e da busca inicial de uma mudança de padrão de conduta, de modo a torná-la mais condizente com aqueles valores consagrados como indissociáveis de um Estado Democrático de Direito pela Constituição Federal, decorre a conclusão de que tal agregação de sintonias se mostra reverberação inequívoca da possibilidade de penetração, nos “subsistemas parciais”, do “mundo da vida”, assim como da vocação até então atrofiada do

---

energia elétrica, com a Ampla (Informações constantes do *site* do TJ-RJ, assim como da secretaria

espaço público judicial para a participação política do povo, e da multiplicidade de instrumentos, que através de espaços institucionalizados ou não, podem concretizar os valores da democracia.

A pedagogia da ação, embora respaldada no regramento sancionador da lei, não resulta naquele momento de um resultado verticalizado de “incidência sobre o fato”, mas como conseqüência de um debate reflexivo sobre condutas e conseqüências, concretizada naquela infinidade de demandas semelhantes.

Esse resultado do embate argumentativo acaba por gerar adequações espontâneas futuras, que propiciam essa interação, pela convivência mais pacífica que proporciona.

A tolerância e a solidariedade valorizadas no reconhecimento da diferença, e na visualização das desigualdades existentes no meio social, acabam por cunhar mudanças, ainda que tênues, mas não menos significativas a longo prazo.

O viés pedagógico que envolve cada deliberação, em milhares de ações dos Juizados Especiais, começa a nos dar mostras de que tais decisões/deliberações democráticas, porque levadas à arena reflexiva discursiva de cada demanda judicial, começam a trazer reflexos positivos e a adequar condutas, de representantes de esferas até então intangíveis, mais consentâneas com uma sociedade democrática e que se pauta por valores de igualdade e dignidade da pessoa humana.

Ao traçar o esboço de uma nova visão sobre o político, extraída do insucesso do projeto de um Estado Social<sup>321</sup>, devendo impor amarras não somente ao modelo capitalista, mas ao próprio aparato estatal, Habermas redesenha a missão do político, de influenciar a adoção de um autocontrole pelos outros subsistemas e de si próprio, de modo a amortecer a influência do sistema sobre o mundo da vida e de lhe fornecer detectores para sua neutralização.<sup>322</sup>

---

de eventos junto à Presidência do TJ-RJ, EMERJ e DGEA/DGCOM ).

<sup>321</sup> HABERMAS, O discurso filosófico da modernidade, op. cit., p. 503.

<sup>322</sup> Assim observa Habermas: “Porém, se trata de ‘domesticar socialmente’ não apenas o capitalismo, mas também o próprio Estado intervencionista, é preciso redefinir essa tarefa. O projeto do Estado social havia confiado à capacidade de planejamento das administrações públicas exercer uma influência estimulante sobre o mecanismo de autocontrole de um outro subsistema. [...] um novo potencial de controle só poderia ser disponibilizado por um subsistema mais amplo. Supondo-se que um sistema assim disposto pudesse ser encontrado, após um reiterado surto de frustração e distanciamento, resultaria outra vez no problema de que as percepções de crise relativas ao mundo da vida não podem traduzir-se integralmente em problemas de controle relativos a sistemas.” Cf. *ibid.*, p. 504. Portanto, a solução por ele encontrada mostra-se, como

A oportunidade advinda da experiência, no Judiciário, desses instrumentos de democratização (os Juizados Especiais e o Código de Defesa do Consumidor), permitiu a visualização, ainda que esboçada, da potencialidade que a abertura de canais pode propiciar para a pacificação e aprimoramento das relações sociais, e de como se mostra possível concretizar uma redefinição do papel do Judiciário, que acaba por se impor como esclarecimento daquilo que constitui sua real missão num cenário de esferas públicas democráticas.

---

dissemos antes, na construção de “barreiras”, barreiras estas que neutralizem essa influência unilateralizada.

## 5 Conclusão

A democracia globalizada, como observa Gisele Citadino em seu livro *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*,<sup>323</sup> parece um “universo distante”, já que o que se evidencia no mundo, à observação do mais desatento indivíduo, é o acirramento dos conflitos nacionais e internacionais, por uma crescente exigência das afirmações de determinados segmentos da sociedade, paralelamente aos grupos econômicos e as forças que se contrapõem num universo de redes de poder e mercado, buscando influenciar as decisões políticas e ditar as regras para os Estados, cuja supremacia e territórios se encontram cada vez mais esmaecidos.

As permanentes tensões criadas por ações que, na sua grande maioria, têm no fator da desigualdade, ou na ganância por poder, os núcleos temáticos mais freqüentes, acabaram por gerar a eclosão, nos últimos anos, de um aumento de opressão pelas forças hegemônicas, cuja referência está sempre voltada para o lado econômico das questões subjacentes, acirrando enfrentamentos mais radicais, como o evento do 11 de setembro e a guerra no Iraque, e levantando pontos relevantes acerca dos limites do respeito, de um lado, aos direitos individuais universalmente consagrados e, paralelamente, ao direito de preservação de elementos culturais, assim como do respeito às decisões das cortes internacionais acerca de questões que envolvem valores e ética no mundo globalizado.

A crescente descrença na possibilidade de uma “utopia igualitária” que é contemporânea da vitória da democracia liberal, associada a um vazio que um mundo em crise, com novas concepções de “Estado mínimo” e de mercado concorrencial, presencia, incrementam um sentimento de desproteção e fragilidade.

Nesse mundo multifacetado, plural e complexo, que oscila entre a defesa de regionalismos e pretensões universalistas, em termos econômicos ou democráticos, ressurgem uma filosofia política centrada nas relações entre Ética,

---

<sup>323</sup> CITTADINO, *Pluralismo, direito e justiça distributiva. Elementos da filosofia constitucional contemporânea*, 2000.

Direito e Política, cujo acento principal lança suas tintas sobre um compromisso com ideais democráticos.

O elemento justiça e eticidade parecem ingredientes necessários e fundamentais à própria sobrevivência dentro desta conjuntura histórica. A exacerbação do individualismo, na sociedade capitalista, já demonstrou ser inviável a idéia de comunidade democrática nas bases de sua lógica.

O sujeito racional solitário precisa buscar sua sobrevivência no mundo com valores plurais e com diferentes concepções de vida, através do caminho da intersubjetividade, sendo o construto de Habermas uma das vias pelas quais se vislumbra essa retomada ao mundo da ética, do Direito e da Política, pela vertente da reconstrução da democracia.

O espaço do presente trabalho não comporta distender mais o tema, ou descer a minúcias que seriam necessárias para que algumas indagações, que advêm como consectário lógico da análise aqui iniciada, porquanto demandaria maior tempo e espaço, enveredando-se por caminhos mais amplos que se pretende trilhar futuramente.

Restringiu-se assim a enfocar as questões que envolvessem diretamente a relação entre democracia, participação política, legitimidade e Poder Judiciário, especialmente dentro da práxis dos Juizados Especiais e à luz de elementos da teoria de Habermas, porque inequívoca a qualidade de seu edifício teórico, e de sua importância nesse universo contemporâneo de incertezas.

Para Habermas, porém:

[...] ambos os lados concordam em que os domínios de interação do mundo da vida carentes de proteção exercem um papel meramente passivo diante dos motores da modernização social, quer dizer, diante do Estado e da economia [...] Surgem as novas estruturas de classe de uma sociedade segmentada cujas margens se tornam cada vez mais extensas. O crescimento econômico é mantido em movimento por impulsos inovadores que, pela primeira vez, estão ligados intencionalmente a uma espiral armamentista fora de controle. Simultaneamente, a especificidade normativa dos mundos da vida, racionalizados já não encontram sua expressão, mesmo que seja seletivamente, apenas nas exigências clássicas por maior justiça distributiva, mas também no amplo espectro dos chamados valores pós-materiais, no

interesse pela conservação dos fundamentos naturais e das estruturas comunicativas internas próprias às formas de vida altamente diferenciadas.<sup>324</sup>

A ação comunicativa cotidiana se mostra um catalisador de auto-entendimento, e conseqüentemente de integração, abrindo os espaços para que o mundo da vida possa ampliar seus horizontes de superação, sem que, em meio à sociedade complexa, se mostre impossível a efetivação de processos espontâneos de entendimento e manutenção de identidades.

No que toca aos Estados, ou aos grandes mercados mundiais, testemunhamos fóruns de discussão, organismos, tratados, cartas de intenções, que, ainda que atendendo a distintas reflexões sobre a ética racional, buscam consensos sobre questões necessárias à própria subsistência, cedendo ao reconhecimento da dimensão universal de certos temas reincidentes e de importância vital para a humanidade, o que se dá exatamente através da via comunicativa.

O que se buscou nessa análise, ainda embrionária, dos instrumentos judiciais de democracia, especialmente enfocando os microssistemas e seu papel nessa “possível categoria”, foi iniciar uma vertente nova na abordagem de como estruturas institucionais podem se renovar, mesmo que dentro de uma pequena dimensão, e ainda assim propiciarem modificações, as quais se estendem muito além de sua esfera.

Através dos pressupostos teóricos de Habermas, extraem-se elementos para a concreção de uma situação especial (ideal de fala) que permita aos interlocutores sociais obterem níveis de entendimento por meio de um discurso reflexivo e cujos resultados representem, além da oportunidade de atuar veículos democráticos de participação política, a possibilidade de realizar as expectativas legítimas de qualidade de vida.

Nesse sentido, necessário foi revisitar o conteúdo do que se entende por legitimidade, participação, fundamentação e deliberação dentro do aqui denominado Espaço Público Judicial, porquanto parte integrante e necessária ao Estado Democrático de Direito.

---

<sup>324</sup> HABERMAS, *O discurso filosófico da modernidade*, p. 495.

Os instrumentos analisados (Lei 9099/95 e 8078/90), atuados conjuntamente, se mostram apenas uma entre as muitas alternativas de participação responsável do cidadão no mundo micro e macro de seu tempo, para obtenção, através de espaços que constituam um permanente fórum de debates, daquilo que considera relevante para atendimento de suas necessidades básicas, vitais, como saúde, alimentação, conforto, qualidade de infra-estrutura, educação, lazer, segurança, etc, sendo a soma desses elementos que irão compor o mosaico mais ou menos satisfatório de suas existências.

As questões pessoais de espírito obviamente não estão aqui colocadas, mas também não escapam a essa esfera judicial, pois não deixam de tocar, diretamente, aos aspectos da dignidade da pessoa, aqueles que tangenciam expectativas de preservação de bens imateriais, como a reputação, a honra, a moral.

O Judiciário absorve todas essas questões de importância vital às pessoas, sem muitas vezes se dar conta de que a oportunidade de uma ação, de uma audiência, é a oportunidade de manifestação democrática de pretensões universalizáveis, ainda que ligadas embrionariamente a uma particular comunidade, ou a um particular sujeito.

É ele o depositário do imaginário social, de suas vicissitudes, virtudes e mazelas, e é dinamicamente interagindo com a comunidade que irá filtrar reflexivamente, pelo resultado satisfatório do processo, aquilo que se pretende como Justiça.

Identifica-se, assim, como canal de participação política e de geração de normas elaboradas pelos próprios atores sociais, através das deliberações, o que implica, necessariamente, numa renovação da ótica de seu papel, para que se revele sua “potencial força democratizante”, vendo-se nas demandas judiciais, ao mesmo tempo, a participação do cidadão, responsável pelo seu próprio destino, e também a participação política naquelas decisões que importam diretamente na melhoria de qualidade de suas vidas e na preservação dos valores que lhe são caros.

O que se entende por “fazer justiça”, portanto, está muito além de se fazer justiça célere, situa-se na própria consciência crítica a respeito da função democrática judicante, de que o produto desse poder, consubstanciado nas decisões/deliberações que emanam das ações intentadas é fruto da participação de toda sociedade, cada um como ator na participação pública das escolhas que

dizem respeito ao mundo da vida e ao próprio Estado, afirmando direitos fundamentais e constitucionalmente assegurados que resultem em vida mais digna para cada um, individualmente, e da sociedade, com um todo, sendo o resultado mais justo aquele que é consequência da demanda que se mostre legítima, porque reflexo de uma deliberação justificada pela maioria composta pelo juiz e partes, que se situa dentro dos parâmetros balizados pelos valores da sociedade projetados na carta dos direitos fundamentais.

Vê-lo como palco profícuo de atuação reflexiva e crítica é reconhecer sua real condição de Poder da República, que permite:

1. a descoberta de que cada um, e a sociedade como um todo, pode individual ou coletivamente levar para a arena de debate público suas pretensões, expectativas, interesses, direitos, afirmações, conflitos, sendo isso, não uma forma de submeter a um Poder essa postulação para que ele obre com a pacificação desses embates, mas uma forma pública de veicular uma depuração crítica de todas as grandes ou pequenas questões individuais ou gerais, a fim de que, dessa discussão, seja gerada uma solução, aonde todos possam ser levados a dissentir ou concordar, expondo seus argumentos;
2. a constatação de que o resultado assim obtido não é consequência de uma decisão, imposta verticalmente por um Poder Estatal, mas decorrente de uma deliberação democrática a respeito de questões tópicas e universais, individuais ou gerais, privadas ou públicas;
3. enxergar que através de cada um das “questões-problemas” se reflete, de forma imediata, aqueles ideais, anseios, aspirações, necessidades, urgências, de justiça e bem da vida, típicos e tópicos de uma determinada sociedade e, de forma mediata, os valores e direitos fundamentais inscritos na Constituição que, a nível global, correspondem àqueles reconhecidos à unanimidade como direitos caros a toda humanidade;
4. depreender o potencial carga de interação e agregação que é capaz de reverberar para fora das fronteiras desse espaço discursivo, tanto a nível social quanto sistêmico;
5. conscientizar de que a deliberação é fruto da atuação participação do juiz e partes, com igual protagonismo, ainda que funcionalmente prevaleça a condução do processo por aquele;

6. refletir a responsabilidade de cada um e de todos, pelos grandes impasses que demandam atuação, de modo a tirar da inércia ou deixar de atribuir a um “*alter ego*” essa responsabilidade.
7. estimular a intimidade com o debate e o pensamento crítico, auto-reflexivo e reflexivo, vendo-o como um *modus* permanente de aprimoramento de escolha, evolução pessoal e coletiva;
8. vislumbrar como essa visão pode atuar a longo prazo, de modo a semear expectativas e possibilidades múltiplas, introjetando uma maior carga de esperança num mundo carente de inocência;
9. constatar como as concretas mudanças podem ser observáveis a nível micro-esférico e macro-esférico;
10. verificar como essa prática tornada permanente e reiterada pode penetrar nos subsistemas de dominação e provocar-lhe aberturas até então impenetráveis, adequando condutas condizentes com a gama dos direitos fundamentais em todos os seus matizes;
11. mobilizar, mesmo que de forma ainda insipiente, reação de condutas nos representantes dos denominados subsistemas, para atendimento a resultados deliberativos do qual participam, num primeiro movimento de interação com a arena de debate, através de uma linguagem comunicativa e não auto-referencial;
12. propiciar buscas conjuntas de soluções nas quais possam se compatibilizar, de modo flexível, as éticas parciais, numa que transcenda aos espaços segmentados dos subsistemas sociais, e abranjam valores reconhecidamente gerais.

Essa realidade se espelha ainda timidamente em muito recentes fóruns de debates, buscados por estas instituições com o Judiciário, num reflexo de que alguma coisa começa a interferir nas condutas até então completamente infensas e indiferentes a qualquer solicitação de diálogo. E surpreendentemente isto se dá exatamente naquela esfera inicialmente denominada de “pequenas causas”, revertida em Juízos de causas de “menor complexidade”, pela persistente ação dos atores-cidadãos, conjugada a uma mudança de perfil do juiz.

O mero reconhecimento de que é possível soltar o Judiciário de suas amarras burocráticas para que dele se faça um canal fluente de esperanças e de consensos, de participação política e de integração social, reduzindo

desigualdades e agindo pedagogicamente no resgate do respeito aos direitos fundamentais, já satisfaz à condição de um espaço democrático ao alcance de todos.

É bom que se diga que não se pretendeu aqui qualquer apologia do Poder Judiciário, mas tão somente enxergá-lo através de uma visão mais alargada, num mosaico em que se agregam elementos políticos, sociais, jurídicos e econômicos, que estão entretecidos na massa qualificada das demandas judiciais e no potencial integrador, pacificador e de entendimentos que pode propiciar, assim como revelar a capacidade que qualquer um tem de interagir comunicativamente dentro de um nível desejável de racionalidade.

As ações judiciais operam uma fotografia das diferenças e similitudes dos grupos que conformam uma brasilidade multicultural, ainda a ser revelada através de pesquisas futuras que possam ser desenvolvidas por equipes multidisciplinares.

O Judiciário, enquanto participante do espaço público, precisa de permanente renovação, para descobrir caminhos que conduzam a uma efetiva democracia.

E nesse processo de busca, deve assumir uma postura ousada e ativa e, ao mesmo tempo, reflexiva, de modo a que novos instrumentos, como os aqui tratados, sejam utilizados por músicos capazes de afinar-lhes as cordas e tocá-los com virtuosismo, executando improvisações, sem ignorar a partitura, dando a interpretação mais criativa e ousada àquelas melodias já conhecidas, utilizando-se de novos/velhos elementos colocados à disposição, não mais nos intervalos das notas, mas como regra de conduta, aberta aos novos tempos.

## 6 Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. Sistema jurídico y razón práctica. In: *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- .\_\_\_\_\_ *A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar*. Tradução Antonio Abranches...[et. al.]. Rio de Janeiro: Relumê-Dumará, 1991.
- .\_\_\_\_\_ *Eichmann in Jerusalem. A report of the banality of evil*. New York: Peguin Books, 1977.
- .\_\_\_\_\_ *Entre o passado e o futuro*. Tradução Mauro W. Barbosa de Almeida. São Paulo: Perspectiva, 1988.
- AVRITZER, Leonardo. Teoria crítica e teoria democrática. Do diagnóstico da impossibilidade da democracia ao conceito de esfera pública. In: *Novos Estudos*. São Paulo: CEBRAP, 1999, n° 53. p.167-188.
- BERGMAN, Bárbara R. *In the defense of affirmative action*. New York: BasicBooks, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CANOSA, Romano. *Diritto e rivoluzione*. Milano: Mazzota, 1977.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.
- COHEN, Joshua. Procedure and substance in deliberative democracy. In: BOHMAN, James & REHG, Willian. *Deliberative democracy. Essays on reason and politics*. London: MIT Press, 1997. p. 95-119.
- CONSTITUIÇÃO, da República Federativa do Brasil. Cláudio Brandão de Oliveira (org.). Rio de Janeiro: Roma Victor, 2004.
- DALARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DECLARAÇÃO, dos direitos do homem e do cidadão. In: MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *A pena capital e o direito à vida*. São Paulo: J. de Oliveira, 2000. Apêndice. p. 81-83.

DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. Legitimação procedimental e modernidade: a problemática da legitimidade jurídico-política em sociedades complexas. In: *Revista de informação legislativa*. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações Senado Federal, 2001, nº 150. p. 99-119

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

.\_\_\_\_\_ *O império do direito*. Tradução Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EISENBERG, José. *A Democracia depois do liberalismo. Ensaio sobre ética, direito e política*. Rio de Janeiro: Relumê-Dumará, 2003.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust*. Boston: Harvard University Press, 1980.

FARNSWORTH, Allan. *Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

FONAGE, VI. *Informativo*. Rio de Janeiro, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GUIMARÃES, Mario. *O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. In : *Novos Estudos*. São Paulo: CEBRAP, nº 63, 2002. p. 105-118.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989.

.\_\_\_\_\_ *Direito e democracia – Entre a faticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1 e 2.

.\_\_\_\_\_ *Teoria de la action comunicativa*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987. v. 1 e 2.

.\_\_\_\_\_ *O Discurso filosófico da modernidade*. Tradução Luiz Sergio Repe e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

- .\_\_\_\_\_ *Acerca de la legitimacion basada en los derechos humanos*. Trad. Gisele Cittadino e Maria Cellina Bodin de Moraes. In: *La constelacion posnacional*. Barcelona: Paidós, 2000. cap. 5. mimeo
- .\_\_\_\_\_ *Communication and the evolution of society*. Tradução Thomas McCarthy. Boston: Beacon Press, 1976.
- .\_\_\_\_\_ *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- .\_\_\_\_\_ *Escritos sobre moralidad e eticidad*. Tradução Manuel Jiménez Redondo. Barcelona: Paidós, 1991.
- .\_\_\_\_\_ *Problemas de legitimación en el capitalismo tardio*. Tradução Jose Luis Etcheverry. Buenos Aires: Ammortu, 1973.
- .\_\_\_\_\_ Três modelos normativos de democracia. Sobre o conceito de uma política deliberativa. Tradução de Gabriel Cohn e Álvaro de Vitta. In: *Lua Nova Revista de Cultura e Política*. São Paulo: CEDEC Publicações, nº36, 1995. p. 39-53.
- HARDT, Michael & NEGRI, Antonio. *Império*. Tradução Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Record, 2003.
- HAYEK, F. A. Direito, legislação e liberdade. Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça social e economia política. In: *A miragem da justiça social*. Tradução Henry Maksoud. São Paulo: Visão, 1985. v. 2. p. 80-128.
- HOLLANDA, Aurélio Buarque de. *Dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Record, 1999.
- IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Roma: Giuffrè, 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KOERNER, Andrei. O debate sobre a reforma judiciária. In: *Novos Estudos*. São Paulo: CEBRAP, nº54, 1999. p. 11-26.
- LUHMANN, Niklas. *Politique et complexité. Lês contributions de la théorie générale des systèmes*. Tradução de Jacob Schmutz. Paris: CERF, 1999.
- MAIA, Antônio Carlos Cavalcanti & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os princípios de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: M. Messias Peixinho, I. Ranço Guerra e F. Nascimento Filho. *Os princípios da Constituição de 1998*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001. p. 57-99.

- MARX, Karl. O capital, crítica econômica e política. In: Livro Terceiro. *O processo global de produção capitalista*. Tradução Reginaldo S'Antana. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 1991.
- MELUCCI, Alberto. *Challenging Code*, London: Cambridge University Press, 1996.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Barão de de La Bréde. *Do espírito das leis*. Tradução Gabriela de Andrada Dias Barbosa. São Paulo: Brasil Editora, 1960. v. 1 e 2.
- ONU. Declaração dos direitos humanos... In: *Carta da Organização das Nações Unidas*. Rio de Janeiro: Rio, 1978. p. 59-71.
- PADILLA, Leonel Eduardo. Reconocimiento y participación el estado de derecho segun Habermas. In: *Estudios Internacionales*. Guatemala: IRIPAZ, nº 09. p. 26-32.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- POLLOCK, Frederick. State capitalism: its limits and possibilities. In: ARATO, Andrew. *The essential Frankfurt school reader*. New York: Urizen Books, 1982.
- PORTUGAL (Leis, Decretos, etc). *Ordenações Filipinas*. São Paulo: Saraiva, 1957-1966. v. 1.
- RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.
- .\_\_\_\_\_ O liberalismo político. In: *Justiça e democracia*. Rio de Janeiro. Martins Fontes, 2000.
- .\_\_\_\_\_ *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pissetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1997.
- ROBLES, Gregório. *El derecho como texto. Cuatro estudios de teoría comunicacional del derecho*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1997.
- .\_\_\_\_\_ *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1997.
- SADER, Emir. Para outras democracias. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *Democratizar a democracia. Os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 1-28.
- SANTOS, Boaventura Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal Ltda., 2000.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz dos princípios democráticos. In:

BARROSO, Luiz Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional 1. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 285-325.

TEPPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TJ-RJ, *A Justiça do séc. XXI. Relatório de atividades do Poder Judiciário 2003/2005*. Rio de Janeiro: Gráfica Criação. 2005.

TURMAS Recursais. *Revista de jurisprudência dos Juizados Especiais do Rio de Janeiro*. Adcoas, nº 09, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A constituição como reserva de justiça. In: *Lua Nova Revista de Cultura e Política*. São Paulo: CEDEC Publicações, 1997. p. 53-97.

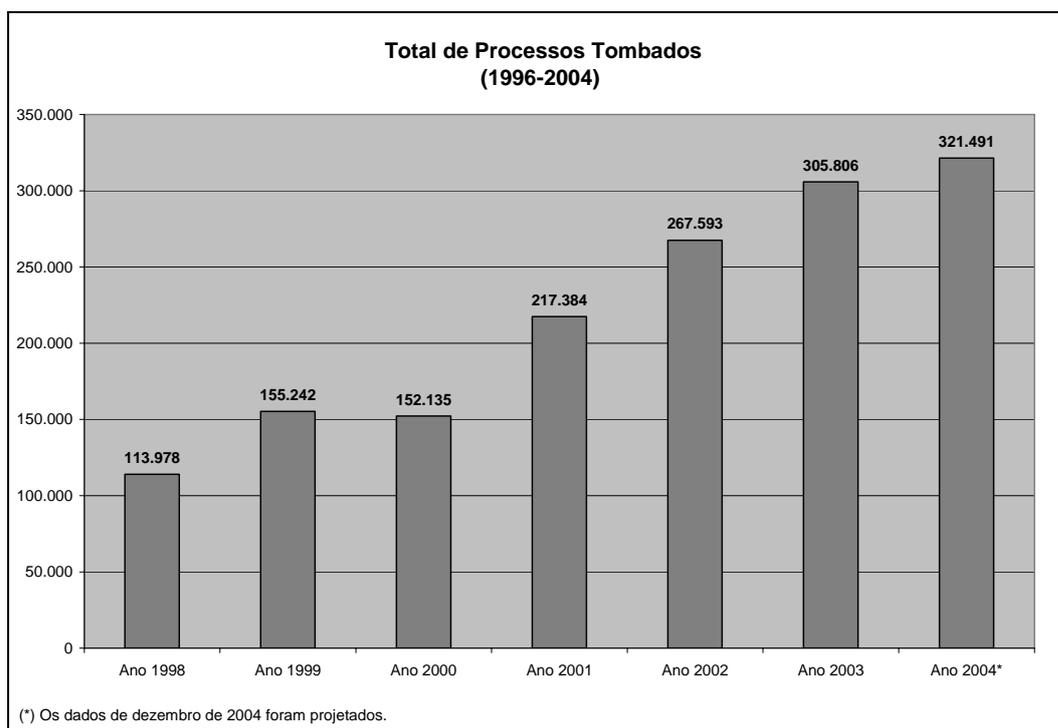
WALZER, Michael. *Thick and thin. Moral argument at home and abroad*. London: Univesity of Notre Dame Press, 1994.

WELLMER, Albrecht. Consenso e telos da comunicação lingüística. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. In: *Novos Estudos*. São Paulo: CEBRAP, nº 48, 1997. p.86-96.

VIANNA, Luiz Werneck...[et al.]. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

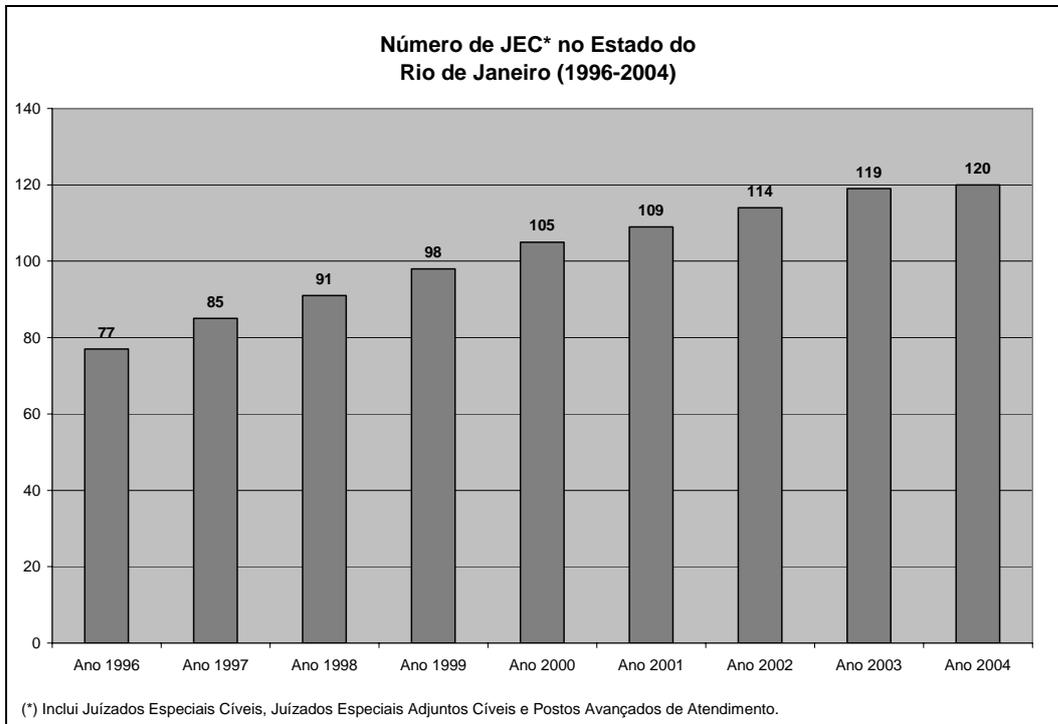
## 7 Anexos

### 7.1. Anexo I



Fonte: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

## 7.2. Anexo II



Fonte: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)