

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

BERNARDO GONÇALVES ALFREDO FERRNANDES

ILTON GARCIA DA COSTA

VITOR BARTOLETTI SARTORI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Bernardo Gonçalves Alfredo Ferrnandes, Ilton Garcia Da Costa, Vitor Bartoletti Sartori – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-135-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

O presente livro aborda temas que, muito embora raramente tratados em conjunto, são de grande relevância na medida em que há possibilidade de uma análise que mostre certa confluência entre os mesmos. As temáticas que permeiam as distintas teorias da justiça, da decisão e da argumentação são muitas e, certamente, é possível tratá-las, até certo ponto, separadamente. No entanto, igualmente válido é observá-las em sua unidade. Temos em conta nesses termos, que um tratamento do Direito que deixe de problematizar a própria prática jurídica (bem como sua fundamentação) é, para dizer o mínimo, insuficiente. Neste sentido, pode-se considerar bastante proveitosa a posição segundo a qual, há uma unidade inseparável entre os textos que compõem o presente livro.

Justamente ao passar por uma grande variedade de temas e de autores, tem-se algo central à teoria do Direito contemporânea: a explicitação do fato segundo o qual qualquer abordagem jurídica envolve, ao mesmo tempo, a apreensão da especificidade do Direito e o modo pelo qual esta última relaciona-se com distintas esferas da sociabilidade, como a moral, a ética, a política, dentre muitas outras, as quais, de modos diversos, são tematizadas aqui.

Para que se ressalte algo, é bom trazer à tona um aspecto que não pode ser deixado de lado: é de conhecimento de todos aqueles que leram com o mínimo de atenção a obra de Hans Kelsen que sua Teoria pura do Direito não é uma teoria do Direito puro (embora seja necessário destacar que, por vezes, falte muita atenção na pesquisa jurídica realizada no Brasil). Por conseguinte, há de se perceber que mesmo um autor normativista, como Kelsen, que não tematiza a todo o momento acerca do processo decisório e da fundamentação das decisões judiciais, não fecha a porta de modo resolutivo à teorização acerca da maneira pela qual pode haver na prática jurídica, e não em uma teoria pura - uma relação necessária, por exemplo, entre o Direito e alguma posição moral, política, filosófica, etc, etc.

Ainda sobre o ponto, pode-se destacar que justamente o capítulo final da obra magna do autor abre um grande espaço para estas questões que, ao fim, aparecem quando se tem em conta a questão da interpretação, bem como de sua relação, a ser vista de um modo ou doutro, com a aplicação.

Certo é que interpretação e aplicação, a rigor, não podem ser retiradas de campo quando se aborda o Direito: tanto as codificações, quanto quaisquer espécies normativas, não dizem nada por si mesmas, não podendo haver uma fetichização do texto, como apontaram os mais diversos autores (muitos deles tratados por aqueles que contribuem para o presente volume).

Neste sentido, não pode deixar de ser interessante tratar dos temas aqui albergados em conjunto (mesmo que eles possam, como mencionamos, ser vistos separadamente também), sendo de bastante relevo para aqueles interessados na teoria do Direito e nas áreas a ela relacionadas a apreensão da especificidade, bem como da indissociabilidade, entre os diversos autores tratados neste volume.

É interessante que mesmo que se parta de Kelsen que pode ser visto como o maior autor do positivismo de cunho normativista, percebe-se que a questão da fundamentação, bem como da argumentação as quais remetem à problemática da justiça não podem ser tiradas de cena ao se tratar do Direito.

A questão, claro, ganha bastante destaque posteriormente ao debate entre Herbert Hart e Ronald Dworkin, tendo-se, com este debate, uma problematização explícita tanto das bases filosóficas da teoria do Direito quanto do modo pelo qual, ao final, haveria uma relação entre Direito e moral, seja ao modo de um conceito semântico de Direito em que se tematiza a relação entre a perspectiva interna e externa, como em Hart, seja com uma concepção decididamente hermenêutica como a de Dworkin.

Outra questão a se destacar é que, embora o debate metodológico tenha se passado permeando principalmente a teoria do Direito de talhe anglo-americano, ele influenciou todos aqueles que, posteriormente, trataram do Direito com seriedade. A teoria do Direito alemã, com Alexy principalmente, dentre outras coisas, procurou debater com a concepção de Dworkin acerca dos princípios, trazendo à tona, novamente, questões que remeteram à filosofia e à teoria do discurso.

Neste sentido, é bom que se tenha claro: aquilo a ser conhecido ao se ter em conta as teorias sobre o Direito ganha mais amplitude ainda, sendo necessário ao jurista, por exemplo, averiguar a qual teoria acerca da linguagem adere: Austin? Wittgenstein? Habermas? Apel? Algum outro? Também neste sentido, o modo pelo qual aparecem os diversos textos deste volume (em conjunto) não deixa de expressar a situação particular na qual os estudos sobre o Direito se encontram explicitando-se justamente que uma concepção tecnicista acerca do Direito não é mais possível. Mais ainda: uma concepção tecnicista sobre o Direito, justamente ao não abordar aquilo no que sua argumentação se embasa aceita,

inadvertidamente, posições não explicitamente tematizadas. E justamente a tematização disto parece ser essencial.

Ainda para que se remeta ao modo pelo qual amplia-se o estudo do Direito ao se ter em conta o panorama atual um autor como Roberto Gargarella não deixou de mostrar como uma análise entre a posição de Rawls e de Dworkin poderia ser central e, neste sentido também deve-se destacar que, ao se tratar da teoria do Direito, também se tem uma conexão estreita com a teoria da justiça (embora não só com ela, claro). Ou seja, justamente a conformação do debate em torno do Direito atual propicia uma aproximação entre teorias da justiça, da decisão e da argumentação e, nesses termos, o presente livro talvez possa contribuir, mesmo que de modo modesto.

Poderíamos enumerar vários outros modos pelos quais a questão se delineia no presente livro, apontando, por exemplo, a importância da teoria de Honneth na contemporaneidade, ou as questões ligadas às minorias, ao racismo, ao sexismo e transfobia; poderíamos ainda destacar a importância destas questões passando pelo modo, por vezes apressado, pelo qual elas aparecem nos tribunais superiores no Brasil. No entanto, havendo destacado o cenário geral, passamos a citar os textos aqui trazidos a lume.

O primeiro texto diz respeito a temática entre a Hermenêutica filosófica e a teoria da Argumentação jurídica. Esse tema vem sendo objeto de debate na doutrina brasileira nos últimos anos, entre aqueles que são adeptos da hermenêutica filosófica e entendem que as teorias da argumentação desprezam a hermenêutica, e aqueles adeptos da teoria da argumentação, que entendem que os hermeneutas dão muito peso a hermenêutica e desprezam as técnicas de argumentação que produziriam racionalidade e segurança no processo de decisão do Direito. O texto se intitula: OS JURISTAS SABEM DO QUE ESTÃO FALANDO OU FALAM SOBRE O QUE SABEM? UM DIÁLOGO ENTRE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E HERMENÊUTICA FILOSÓFICA; O segundo texto aborda a situação dos refugiados numa interface com a obra de Hans Kelsen e é intitulado A ILUSÃO DA JUSTIÇA POR KELSEN; O terceiro busca trabalhar a questão da fundamentação das decisões e é intitulado ANÁLISE DA NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOB A PERSPECTIVA DO DISCURSO JURÍDICO; Já o quarto texto apresenta uma crítica ao art.489 do novo CPC e é intitulado de TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: INSUFICIÊNCIAS DO MÉTODO LÓGICO-DEDUTIVO E A PROPOSTA DE UMA RACIONALIDADE PRÁXIS; O quinto texto traz um estudo de Aristóteles, Kant e Sandel e é intitulado JUSTIÇA EM ARISTÓTELES, KANT E SANDEL: UM ESTUDO COMPARADO; O sexto texto trabalha

com Rawls e Dworkin tendo como base as teorias da justiça desses autores do liberalismo norte-americano e é intitulado A EQUIDADE EM UMA DEMOCRACIA: ANALISE COMPARATIVA ENTRE RAWLS E DWORKIN; O sétimo versa também sobre Dworkin, mas pela ótica da jurisdição constitucional e é intitulado CONTRIBUICOES DE RONALD DWORKIN A JURISDICAÇÃO CONSTITUCIONAL; O oitavo texto discute novamente a teoria da justiça pela ótica do embate entre o liberalismo e o comunitarismo e é intitulado IGUALDADE E DIFERENÇA: O CONCEITO DE JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO A PARTIR E ALÉM DO COMUNITARISMO E DO LIBERALISMO; O Nono texto volta a temática de Ronald Dworkin e a sua teoria da justiça a partir da ótica do planejamento e tem como título JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE RONALD DWORKIN E A OBRIGACÃO CONSTITUCIONAL DE PLANEJAR; O decimo texto trabalha com as teorias da justiça e é intitulado de LIBERALISMO, LIBERAL-IGUALITARISMO OU COMUNITARISMO?; O decimo primeiro ensaio trabalha a temática da relação entre a liberdade e a justiça, tendo como pano de fundo a perspectiva marxista, e é intitulado de LIBERDADE VERSUS JUSTIÇA SUBSTANTIVA: TEORIAS ACERCA DAS (DES)IGUALDADES E (NÃO)LIBERDADES NA VISÃO DE ROUSSEAU E MARX. TERA SIDO MARX INFLUENCIADO PELAS IDEIAS DE ROUSSEAU E ATÉ QUE PONTO?; O decimo segundo texto aborda a questão das normas de direito internacional na interface com a Corte Internacional de Justiça e é intitulado de NORMAS PROCESSUAIS E NORMAS SUBSTANTIVAS: A PRIMAZIA DAS NORMAS DE JUS COGENS E O ENTENDIMENTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA; O decimo terceiro texto trabalha a questão da fundamentação das decisões e é intitulado de O PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS FRENTE A IDEOLOGIA DA TEORIA POLÍTICA; O decimo quarto ensaio versa sobre a perspectiva pragmatista na teoria da decisão e é intitulado de MODELO PRAGMATISTA DE DECISÃO NO DIREITO: DO MENTALISMO INSTRUMENTAL À INTERSUBJETIVIDADE COMUNICATIVA; O decimo quinto ensaio trabalhou a obra do professor Humberto Ávila pela ótica da interpretação do direito e é intitulado de OS POSTULADOS NORMATIVOS NA DOUTRINA DE HUMBERTO ÁVILA E SUA APLICAÇÃO NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL EM CASOS DIFÍCEIS; O decimo sexto texto trabalha a obra do professor de Kiel Robert Alexy e é intitulado de RACIONALIDADE DADA DECISÃO JUDICIAL EM ROBERT ALEXY; O decimo sétimo ensaio trabalha a questão do pluralismo jurídico na teoria da decisão e é intitulado de AS FONTES PLURAIS DO DIREITO, A ATUAÇÃO DAS PARTES NO PROCESSO E A NECESSIDADE DE LEGITIMAÇÃO DA DECISÃO JURISDICCIONAL; O Decimo oitavo texto trabalha a obra do professor Axel Honneth e a crítica do mesmo as tradicionais teorias da justiça e é intitulado de AXEL HONNETH E A RECONSTRUÇÃO DA JUSTIÇA: UMA TENTATIVA DE SUPERAÇÃO DO PARADIGMA DA DISTRIBUIÇÃO; O decimo nono

texto trabalha a obra de Paul Ricoeur e é intitulado de A TEORIA DA JUSTICA NA CONCEPCAO DE PAUL RICOEUR EM FACE DA INTERGERACIONALIDADE DO IDOSO BRASILEIRO; O vigésimo texto desse livro aborda a obra de David Trubek e é intitulado de A TEORIA SOCIAL DO DIREITO NA CONCEPCAO DE DAVID M. TRUBEK; Logo em seguida temos o importante tema da justiça de transição abordado no texto DAS DIVERSAS FORMAS DE JUSTICA E DA JUSTICA DE TRANSICAO; O vigésimo segundo texto trabalha os precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos e é intitulado de OS PRECEDENTES DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO DE REFINAMENTO DAS NORMAS DE DIREITOS HUMANOS: DECISAO JUDICIAL E NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL ADSCRITA/DERIVADA; O próximo ensaio trabalhou a obra de Amartya Sen na interface com o processo civil e é intitulado A IDEIA DE JUSTICA EM AMARTYA SEN E A RAZOAVEL DURACAO DO PROCESSO; Novamente temos o professor Amartya Sen como marco teórico, agora no tocante a questão do gênero no texto A IDEIA DE JUSTICA DE AMARTYA SEN: UM ENFOQUE SOBRE A IGUALDADE DE GENERO; O vigésimo quinto texto trabalha os conflitos intergeracionais e é intitulado de MORTOS, VIVOS E NAO NASCIDOS: CONFLITOS INTERGERACIONAIS LIGADOS AO PROGRESSO E AO RETROCESSO NAS DEMANDAS CONSTITUCIONAIS; O vigésimo sexto texto apresentado envolve o intenso e atual debate europeu sobre o multiculturalismo e a xenofobia e é intitulado de MULTICULTURALISMO, TOLERANCIA E XENOFOBIA: UMA CRITICA DO RECENTE CONTEXTO EUROPEU; O vigésimo sétimo texto aborda a questão da transexualidade e é intitulado de JUSTICA?! O NOME, O SEXO E A LIBERDADE TRANS; O vigésimo oitavo ensaio volta a questão da transexualidade a partir da ótica das teorias do reconhecimento e é intitulado TRANSEXUALIDADE E TEORIA DO RECONHECIMENTO: DE UM MODELO PATOLOGIZANTE A UMA NOVA MANEIRA DE PENSAR ATRAVES DA CONTRIBUICAO TEORICA DE NANCY FRASER.

Os organizadores convidam a todos a lerem os textos, que como já externalizado, guardam uma interface entre as teorias: da justiça, da argumentação e da decisão.

AS FONTES PLURAIS DO DIREITO, A ATUAÇÃO DAS PARTES NO PROCESSO E A NECESSIDADE DE LEGITIMAÇÃO DA DECISÃO JURISDICIONAL

SOURCES OF LAW PLURAL, THE PERFORMANCE OF THE PARTIES IN THE PROCESS AND A LEGITIMATION NEED OF JUDICIAL DECISION

Isadora Minotto Gomes Schwertner

Resumo

O presente estudo tem por fundamento analisar a atuação das partes no processo, com vistas à concretização dos valores democráticos e direitos fundamentais no plano das relações jurídicas processuais, as quais tradicionalmente são vistas como local de debate e antagonismo. O processo civil da atualidade tem por objetivo a análise da relação processualística como meio de diálogo entre as partes, visando uma atuação pautada na boa-fé, ética, colaboração e lealdade, com finalidade precípua de atribuir eficácia aos ditames constitucionais. O trabalho objetiva analisar brevemente o papel das fontes do direito na interpretação e sistematização das bases metodológicas processuais em conformidade com os princípios preconizados pelo Estado Constitucional contemporâneo e forma através da qual o processo deverá ser conduzido, tendo como norte a organização política adotada pela sociedade, voltada sempre para a concretização dos direitos fundamentais. Como mecanismo de concretização dos direitos fundamentais e preceitos constitucionais, a atuação das partes no processo civil será analisada como forma de melhor adequar a interpretação legislativa, tradicionalmente pragmática e operativa, em consonância com a filosofia comunicativa e participativa democrática, no intuito de se alcançar a legitimidade e representatividade pretendidas, contribuindo ainda com a interpretação construtivista do direito. Ainda, serão analisadas as normas não positivadas e reconhecidas socialmente, como fontes do direito capazes de incutir nas partes um comportamento probo, leal e preocupado com a decisão mais acertada e adequada ao caso concreto, na tentativa de se evitar, tanto quanto possível, os discursos de legitimação realizados nos Estados de Direito que funcionam como meros instrumentos de dominação os quais produzem decisões arbitrárias, sob a aparência de direito, que expressam decisões opinativas, pautadas em convicções pessoais e argumentos de autoridade, que em nada contribui para a construção do direito enquanto fenômeno social.

Palavras-chave: Relação jurídica, Democracia, Fontes do direito

Abstract/Resumen/Résumé

This study is founded analyze the performance of the parties with a view to the realization of democratic values and fundamental rights in terms of procedural legal relations, which traditionally are seen as a place of debate and antagonism. The current civil process aims to analyze the relationship processualistic as a means of dialogue between the parties, aimed at guided activities in good faith, ethics, collaboration and loyalty, with main purpose of

assigning effectiveness to the constitutional dictates. The paper aims to briefly analyze the role of sources of law in the interpretation and systematization of procedural methodological basis in accordance with the principles adopted by contemporary constitutional state and way in which the process should be conducted, with the northern political organization adopted by the company, always geared to the achievement of fundamental rights. As implementation mechanism of fundamental rights and constitutional principles, the role of the parties in the civil process will be analyzed in order to better match the legislative interpretation traditionally pragmatic and operational, in line with democratic communicative and participatory philosophy, in order to achieve legitimacy and representativeness required, thus contributing to the constructivist interpretation of the law. Still, the standards do not positivadas and recognized socially will be analyzed as sources of law able to instill in parts one upright behavior, loyal and concerned about the right decision and appropriate to the case, in an attempt to avoid as much as possible, legitimation of speeches made in the law states that act as mere instruments of domination which produce arbitrary decisions under the guise of law, expressing opinionated decisions, ruled in personal convictions and arguments from authority, which does nothing to build the right as a social phenomenon.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal relationship, Democracy, Sources of law

INTRODUÇÃO

A relação jurídica processual é fortemente marcada pelo debate das partes, onde as partes ocupam posições antagônicas no processo, cada qual na defesa dos seus interesses, em razão da necessidade de obtenção do objeto disputado em juízo.

Esta ideia de debate ideológico propõe uma visão do processo civil compatível com os preceitos do Estado Constitucional, na medida em que possibilita um ambiente de debate e construção, em que a parte contrária deverá ser vista como adversária e não como inimiga. Neste contexto, as partes atuam contribuindo não apenas com a administração da justiça, mas com a concretização dos ideais de justiça.

O processo civil da atualidade se explica como um meio de comunicação democrático que propõe a análise do processo partindo-se de alguns pressupostos, quais sejam, a participação das partes no processo, a crítica ao positivismo excessivo e a preocupação com a segurança jurídica, o devido processo legal e o contraditório.

Um dos principais problemas que circundam o tema reside justamente em analisar o papel da parte no processo civil, delimitando até que ponto é viável, sob o ponto de vista jurídico, exigir um atuar cooperativo e colaborativo da parte no sentido de se obter uma solução justa no processo, ainda que desfavorável aos seus próprios interesses.

Ainda, analisando a atuação da parte no processo, na consecução dos interesses próprios, não poderá obstaculizar a concretização nem a administração da justiça. A questão que surge é a necessidade de abandonar parcialmente a visão liberal, individualista da parte no sentido de defender apenas e tão somente seus próprios interesses, em detrimento da boa administração da justiça, exigindo atos de cooperação com o resultado do processo, construído a partir do diálogo das partes e das diversas fontes do direito, como aquelas provenientes do próprio corpo social.

Neste contexto democrático e de debate construtivista, é de extrema relevância o papel das fontes do direito, como elemento de legitimação das decisões judiciais, já que as partes tiveram, por meio da relação processual, iguais oportunidades de participar, influenciar e construir a decisão judicial aplicada no caso concreto, pois com o alargamento e aprofundamento da discussão evita-se tanto quanto possível a parcialidade das soluções, culminando com decisões mais adequadas e socialmente mais aceitáveis, fazendo com que a jurisdição alcance o seu escopo pacificador.

Ainda a atuação do juiz deverá ser sempre preocupada com a consecução dos direitos fundamentais e a plena realização dos preceitos constitucionais, especialmente na construção da fundamentação da sentença, que deverá manejar corretamente as diversas fontes do direito, utilizando-se de critérios racionais, colaborando com a construção e evolução do direito enquanto fenômeno social.

NOVAS FONTES DO DIREITO E O PLURALISMO JURÍDICO

Analisando o direito no seu nascedouro, verifica-se que a coercibilidade das leis nascia do seu reconhecimento pelo Estado, onde o Estado era tido como a única entidade capaz de reconhecer e, portanto, legitimar o direito.

Com a complexidade da sociedade atual, o direito ganha novas e irrestritas fontes, assim reconhecidas socialmente, alterando-se a origem filosófica e pragmática de outrora, para um contexto muito mais sociológico, tal como observa Antonio Manuel Hespanha: “Ao Estado contrapõe-se uma sociedade que parece produzir normas diretamente, sem necessitar da mediação oficial; à unidade do Estado contrapõe-se a dispersão de centros de poder normativo; (...)”¹

O movimento da centralidade do direito impulsionam os jurisdicionados a procurem o direito em outras fontes, que não a estatal, tais como nas organizações civis, nas atividades comerciais, na consensualidade do direito internacional e comunitário, normas desportivas, grupos com forte identidade cultural, dentre outros. Isso porque acontecimentos atuais mostram o desajustamento do direito estadual (proveniente do Estado enquanto fonte normativa e legal) à realidade social.

Em uma sociedade política desigual, como a brasileira e dos demais países latino-americanos, a tendência é que a regulação estatal seja realizada em prol dos interesses das elites, o que gera a inevitável crise de legitimidade, até porque a norma jurídica não pode ser estabelecida de forma tão mecânica e limitada.

O respeito puro e simples a uma determinada norma legislativa somente porque vigora, deve passar por uma cuidadosa análise, principalmente acerca da aceitação

¹HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo Jurídico e Direito Democrático**. São Paulo: Ed. Annablume, 2013, p. 18.

Esse novo paradigma jurídico conduzirá a um direito tido como inafastável, produtor de respostas jurídicas revestidas de validade, pois o mais sensato, realista e não arbitrário, é considerar como fonte válida de direito as normatizações que efetivamente vigoram no tecido social, a partir de uma observação empírica.

Por certo que o primado das constituições e das leis democráticas no conjunto das fontes do direito constitui uma importante ferramenta normativa, pois fruto de consensos comunitários assegurados pela democracia. E ainda que a democracia representativa que é defendida pela maioria dos países latino-americanos não seja tão efetiva quando se pretenda, expressam os anseios dos jurisdicionados.

Ainda como fontes do direito, as orientações genéricas e indeterminadas donde se extraem sentidos de justiça, tais como os princípios, igualmente poderão ser incluídos como fontes do direito, pois gozam de um assentimento comunitário inclusivo e refletido, na medida em que aceitam que são governadas por princípios comuns e não apenas por regras criadas por um acordo político.²

Dworkin trata o direito como integridade, baseado em uma “virtude política” não tradicional, que apregoa a necessidade de se opere o direito fundamentado em princípios, para possibilitar aos cidadãos os padrões fundamentais de justiça e equidade, pois os direitos e deveres legais foram criados por um único autor: a comunidade personificada.³

A legislação obviamente é vista como fonte do direito. Mas sob o ponto de vista pluralista, passam a ser consideradas justas desde que submetidas a um processo legislativo conduzido de forma a realizar as expectativas dos destinatários e o valor fundamental da segurança. Disto depende a “justeza da lei”, ou seja, da forma como o reconhecimento da lei como fonte do direito depende da sua própria qualidade, da capacidade que a lei possui de produzir consensos.⁴

A jurisprudência igualmente desempenha papel relevante enquanto fonte do direito que se concretiza na prestação jurisdicional. O direito legislado se apresenta de forma abstrata, letrada, fria, enquanto que o direito judicial representa todo o concretismo da vida em sociedade, tão complexa, diferenciada e vasta, quanto plural.

²DWORKIN, Ronaldo. **O Império do Direito**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1999, p.254.

³DWORKIN, Ronaldo. **O Império do Direito**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1999, p. 271.

⁴HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo Jurídico e Direito Democrático**. São Paulo: Ed. Annablume, 2013, p.113.

Para Dworkin, a jurisdição deve representar uma associação de princípios, composta por uma visão simples e coerente de justiça, equidade e devido processo legal adjetivo, tudo na sua mais adequada proporção. O devido processo legal adjetivo se perfaz por procedimentos corretos que visam a aplicação de regras e normativas que o sistema produziu.⁵

O costume também é visto como fonte plural do direito, na medida em que pode ser visto como um modelo normativo de comportamento. Sob o aspecto político, as rotinas consensuais e estabilizadoras ganham o *status* de direito, pois constituído por práticas e hábitos incorporados na vida cotidiana, assim reconhecidos pelas instâncias jurisdicionais.

Para se compreender o pluralismo, é necessário adotar uma visão realista do direito. Essa perspectiva realista do direito propõe a existência de normas de reconhecimento, responsáveis por estabelecer, por meio da observação da prática, critérios de criação, transformação e aplicação das normas tidas como jurídicas pelos operadores do direito e pelo público em geral, incluindo ainda os preceitos reconhecidos pelo senso jurídico da comunidade. Tais critérios poderiam incorporar princípios de justiça, valores morais ou religiosos por meio do denominado “positivismo inclusivo”.⁶

Assim, a norma de reconhecimento é o fruto de um ordenamento jurídico aberto ao dinamismo e diversidade da realidade histórico-sociológica, aceitando alterações de conteúdo que permitem ultrapassar um legalismo fechado, flexibilizando o direito para que corresponda às circunstâncias da vida jurídica efetiva, incorporando todas as normas jurídicas assim reconhecidas.

Importante é a função da doutrina, como fonte do direito, ao estabelecer os contornos das normas de reconhecimento, pois existem normas cujas condições de aplicação encontram-se pouco definidas, contando apenas com certos parâmetros meramente orientadores, como ocorre com os princípios. Tal contexto afasta a concepção errônea de que Dworkin acusa Hart de excluir das normas de reconhecimento os princípios.⁷

O pluralismo jurídico reconhece decisões comunitárias, culturas de fronteiras, fazendo com que o direito deixa de ser monopólio da criação estatal. Não se pode olvidar que as leis e a Constituição, fruto de atuação estatal, também poderão refletir as opções normativas da sociedade

⁵DWORKIN, Ronaldo. **O Império do Direito**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1999, p. 483.

⁶HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, pg. 117.

⁷HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo Jurídico e Direito Democrático**. São Paulo: Ed. Annablume, 2013, p.170.

ao menos enquanto fruto da vontade geral e expectativa de solução para os problemas sociais, assegurando direitos inclusive frente ao Estado.

Deve-se identificar como fonte do direito aquilo que uma comunidade manifesta reconhecer como tal, de uma forma solene como ocorre com as leis e a constituição, quando submetidas ao procedimento legislativo justo e inclusivo, como também, as formas menos solenes de direito, tal como ocorre com as normas jurídicas manifestadas de forma geral e refletida, reconhecidas como idôneas para fazer direito, por refletirem a vontade do corpo social.

O conceito clássico das fontes do direito traz uma interpretação metafísica ou filosófica do direito, enquanto que a perspectiva realista das fontes do direito demanda uma observação e compreensão sociológica, voltada para uma sociedade plural, dinâmica e complexa.

A ideia de pluralismo jurídico suscita um direito mais democrático, que demanda uma aceitação inclusive estabilizadora na comunidade, reafirmando o papel estruturante das normas de reconhecimento nos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

O PLURALISMO, O CONSENSUALISMO E AS ESFERAS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

Em uma sociedade comunicativa como a atual, o nível de pluralidade de formas de comunicação entre os indivíduos e grupos aumentou consideravelmente, fato que poderá ser utilizado para efeitos políticos, especialmente para diagnosticar consensos comunitários.⁸

O paradigma pluralista propõe a concepção do direito como ordem normativa democrática e consensual em uma dada comunidade, pois se trata de questão de ordem prática: se a norma jurídica não estiver assente em um consenso comunitário alargado, não terão durabilidade e nem serão estabilizadoras.⁹

Quando se considera o consenso como elemento de legitimação do direito, não se está a resgatar a concepção individualista e voluntarista da sociedade que norteou o pensamento político do século XVIII, que se apresenta atualmente como a base da democracia representativa, pois para muitos autores, o contrato social não passa de um mito. Ainda, este pensamento remete à

⁸HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo Jurídico e Direito Democrático**. São Paulo: Ed. Annablume, 2013, p. 79.

⁹HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo Jurídico e Direito Democrático**. São Paulo: Ed. Annablume, 2013, p. 75

ideia de que a validade da norma jurídica consiste no direito aceito e preconizado pelo Estado, concepção que se pretende alargar.

Essa ideia de consenso comunitário deve ser fruto de um diálogo prévio, ou ação comunicativa desenvolvida em um determinado espaço, aqui, o referido espaço é a relação jurídica processual, que produziria consensos a partir da acomodação dos interesses divergentes.

Embora a doutrina inicialmente faça previsão desses espaços públicos de debates como sendo espaços nascidos unicamente nas esferas sociais, sem a participação do Estado, não se pode ignorar que a relação jurídica processual igualmente possibilita o debate racional realizado em condições de igualdade, como condição de sua própria validade.

Essa coesão social para Habermas é construída pela racionalização das ações livres e dos indivíduos em sociedade, ou ainda:

Por uma racionalização do tipo instrumental, que assegura de forma impositiva, imperial (a partir dos mecanismos do Estado e do Direito), a melhor acomodação (a maior eficiência) das ações humanas umas em relação às outras ou relativamente aos objetivos (técnicos, políticos) da sociedade no seu conjunto¹⁰

Esse consenso deveria ter sido obtido por meio de um diálogo ideal, desenvolvido numa comunidade comunicativa em que houvesse igualdade entre os interlocutores, e que estes fossem informados, honestos, dispostos a dialogar e ainda, que ocorresse segundo regras racionais de oportunidade de debate e apresentação dos discursos, tal como deverá ser conduzida a relação processual.

Nas esferas públicas de debates, é necessário que os diálogos sejam realizados com vistas à obtenção das finalidades públicas, onde os indivíduos encontrem-se realmente preocupados com a concretização dos direitos humanos, interesses sociais e gerais. Para tanto, necessário realizar um experimento mental democrático¹¹, em que os interlocutores encontrem-se abertos a promoção do bem comum, imbuídos de uma virtude cívica, pois cientes dos resultados sociais provenientes dos seus debates.

¹⁰HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo Jurídico e Direito Democrático**. São Paulo: Ed. Annablume, 2013, p.187.

¹¹HELD, David. **La democracia y el orden global: del Estado moderno al gobierno cosmopolita**. Barcelona:Paidós, 1997, p. 383.

Um dos grandes desafios das sociedades contemporâneas tem sido a redução da complexidade do mundo e conseqüentemente a redução da agressividade individual, com a criação de sistemas que facilitem a previsibilidade das situações futuras e com isso, reduzir o risco e aumentar a confiança. Assim, quanto mais complexa e plural for a sociedade, maior é a necessidade de reduzir a imprevisibilidade.

Assim, a legitimidade democrática do direito relaciona-se com a segurança, que garante à vida social a previsibilidade necessária para enfrentar os acontecimentos sociais futuros: “Uma norma consensual irá, muito provavelmente, ser geralmente seguida e tornar mais estáveis as relações sociais. E, reflexamente, uma norma que estabiliza e cria confiança é, de certo, largamente consensual.”¹²

A redução da complexidade da vida social pode ser obtidas com a redução da ambigüidade das ações humanas, por meio de uma tentativa de selecionar e fixar sentidos esperados, estáveis, consensuais, não surpreendentes e estabilizadores. Os sistemas comunicativos possibilitam aos interlocutores um sentido compartilhado por eles, tornando-se autônomos e auto referenciais.

Hodiernamente, a globalização, a complexidade social crescente, demanda consensos múltiplos no intuito de se obter a estabilização da vida social. Prevalecerá a regulação do sistema que produzir resultados mais estabilizadores.

Nos Estados contemporâneos de democracia inclusiva, a convicção de que a constituição e as leis deverão ser cumpridas incorpora-se ao direito do cotidiano, criando uma expectativa neste sentido que estimule os diversos subsistemas de direito a observar o primado da constituição como condição de estabilidade da opinião pública.

Para Dworkin, as declarações do direito deve ser permanentemente construtivistas, em virtude de sua própria natureza. Isso porque, a integridade que se busca não é uniformizante, mas deve-se traduzir na escolha e aplicação dos melhores e mais adequados princípios que a política seja capaz de encontrar.¹³

O poder jurisdicional produz resultados práticos com base em um padrão de reconhecimento que afeta diretamente o ambiente, a reação de todos esses sistemas (políticos, jurídico e social), causará a sua auto modificação ou manutenção das próprias normas de

¹²HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo Jurídico e Direito Democrático**. São Paulo: Ed. Annablume, 2013, p.210.

¹³DWORKIN, Ronaldo. **O Império do Direito**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1999, p. 314.

reconhecimento, já que previsibilidade e segurança são elementos centrais da eficiência do direito.

A ATUAÇÃO COLABORATIVA DAS PARTES NA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

As constituições modernas, ao instituírem direitos fundamentais propagam a supercomplexidade¹⁴ da sociedade e assimilam o pluralismo jurídico. Exercem um papel relevante na modificação da realidade, na medida em que propõem normas de caráter superior, as quais são vinculativas dos poderes públicos, com intuito de realizar os direitos fundamentais e preservar a estrutura estatal.

Surge a partir daí a tutela constitucional do processo, que se propõe a superar o paradigma da validade meramente formal do direito, no qual bastava ao Estado cumprir o processo legislativo para que a lei viesse a ser expressão jurídica¹⁵, levando em conta o pluralismo das fontes do direito.

O neoprocessualismo procura constituir técnicas processuais voltadas à promoção do direito fundamental à adequada, efetiva e célere tutela jurisdicional, rompendo com o formalismo dos métodos processuais. O processo deve ser pensado sob o enfoque da cidadania ativa e solidária.¹⁶

O processo democrático compreende a participação dos sujeitos do processo de forma cooperativa, guardando ao juiz o dever de fundamentação das decisões e às partes o dever de debates e direito de convencimento¹⁷, tal qual: “Ao conduzir o diálogo processual, tendo como escopo final à promoção dos direitos fundamentais e à justiça da decisão, impõe-se ao juiz os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio dos litigantes.”¹⁸

O objetivo a ser buscado com a visão cooperativa do processo é a proteção contra erros ou arbitrariedades, à medida que se tem uma atividade intelectual que ultrapassa a ação mecânica da subsunção do fato à norma, extrapola os limites do mero positivismo e dos argumentos de

¹⁴CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. Editora RT, 2009, p. 25.

¹⁵CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. Editora RT, 2009, p. 115.

¹⁶MITIDIERO. Daniel. **Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: RT, 2009, p. 72.

¹⁷ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Poderes do Juiz e visão cooperativa do Processo**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 20 de outubro de 2011.

¹⁸CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. Editora RT, 2009, p. 116.

autoridade e amplia o alcance e aplicabilidade dos princípios da instrumentalidade das formas e da fungibilidade dos atos processuais, desenvolvendo-se um posicionamento mais consentâneo com os anseios sociais e de verdadeiro mecanismo de concretização dos direitos, no plano material.

Os juízes devem buscar desenvolver a racionalidade jurisdicional ao invés de optarem por argumentos de autoridade, onde apenas se limitam a expressar as próprias convicções pessoais em detrimento do direito proveniente do corpo social.

José Rodrigo Rodriguez afirma que a jurisdição brasileira, nos casos difíceis, atua com base nos argumentos de autoridade, pela adoção de opiniões individuais, situação que leva o autor a denominar a jurisdição brasileira de “justiça opinativa”, onde a legitimidade está mais ligada ao funcionamento institucional do Poder Judiciário do que à racionalidade de sua argumentação.¹⁹

A compreensão legitimadora orientada por um processo civil participativo compatível com o fundamento racional habermasiano²⁰, demonstra inúmeras contribuições no campo operativo, tal qual:

Para que a função racionalizadora do diálogo processual se efetive, é preciso que na ação comunicativa, não exista qualquer tipo de domínio entre os locutores, provenientes de falsidade ou deslealdade; desigualdade de condições de expressão; ou manipulação no âmbito da comunicação.²¹

Segundo Jürgen Habermas:

(...) o modo de operar de um sistema político, constituído pelo Estado de direito, não pode ser descrito adequadamente, nem mesmo em nível empírico, quando não se leva em conta a dimensão de validade do direito e a força legitimadora da gênese democrática do direito.²²

A teoria do discurso assimila elementos de ambos os lados, integrando-os no conceito de um procedimento ideal para a deliberação e a tomada de decisão.

¹⁹Rodriguez, José Rodrigo. **Sobre a Qualidade da Jurisdição: fundamentação das decisões, justiça opinativa e luta pela justificação no Direito Brasileiro Contemporâneo.**

²⁰HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** 2. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Capítulos IV e V.

²¹HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo Jurídico e Direito Democrático.** São Paulo: Ed. Annablume, 2013, p.187.

²²HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** Vol II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pg. 9.

[...] é importante salientar que esse modo de descrever o processo democrático prepara as bases para uma conceitualização normativa do Estado e da sociedade. Pressupõe apenas uma administração pública do tipo “aparelho racional do Estado”.²³

A atuação do magistrado no Estado Democrático Constitucional de adequar, em razão da necessária cooperação, a lei em conformidade com a Constituição e expectativa das partes, demanda uma atividade interpretativa de densificação da norma geral e abstrata ao plano empírico, que implica na criação e renovação de direito, conforme a teoria circular dos planos,²⁴ não se compatibiliza com as idéias positivistas de aplicação imediata da lei, subsunção e declaração do direito pelo juiz.”²⁵

A filosofia do direito de Habermas²⁶ analisada sob o aspecto cooperativo e o formalismo-valorativo propõe a construção de um direito em conformidade com as demandas da sociedade atual, qual seja, democrático, participativo e garantivista, sem no entanto, representar a perda da segurança jurídica e situações de imprevisão no plano processual, pois ambas são conquistas históricas do direito moderno.

A busca de soluções jurídicas para os casos concretos deriva de um processo dialético argumentativo, que deve revelar uma decisão reconhecidamente legítima e não uma mera aplicação do texto legal, sem a necessária adequação. A fundamentação desta decisão deverá ser pautada pela coerência de princípios e valores, tais como a ética, a justiça, a boa-fé, a igualdade, a cidadania e a democracia, sobre os quais se assenta o direito.

A condução do processo cooperativo ocorre baseado na isonomia quando da sua condução, apenas assume caráter assimétrico quando importar na decisão de questões processuais ou materiais. Apenas no momento de decidir é que haverá a prevalência do direito de uma das partes em detrimento da outra, pois a imposição da decisão representa a típica atividade jurisdicional. Apresenta-se paritário no diálogo, porém assimétrico na decisão.²⁷

²³HARBERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 19.

²⁴ZANETI JÚNIOR. **Processo Constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

²⁵CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. Editora RT, 2009, p. 119.

²⁶HARBERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Capítulo V.

²⁷ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Poderes do Juiz e visão cooperativa do Processo**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 20 de outubro de 2011.

O processo cooperativo é fruto do Estado Constitucional, na medida em que a marcha processual será conduzida segundo os valores democráticos, tais como a isonomia da participação das partes, o contraditório e ampla defesa e devido processo legal. O processo deve se desenvolver em um ambiente democrático, igualitário, porém, a proteção jurisdicional deverá ser outorgada assimetricamente, em razão da imperatividade que lhe é inerente.

A investigação da verdade não ocorre somente em decorrência de atos unilaterais, pois provem do esforço combinado das partes, das provas produzidas pelos sujeitos processuais, da argumentação apresentada, evidenciando o caráter da socialidade do saber e da cooperação na busca da verdade, aproximando o julgador da realidade vivida pelas partes.

A JUSTIÇA OPINATIVA E A JURISDIÇÃO DE AUTORIDADE

A racionalidade interna do direito ainda é pouco explorada pela pesquisa empírica, os doutrinadores não costumam oferecer evidências empíricas do que apregoam. Isso porque durante muito tempo, acreditou-se que seria possível obter respostas para os casos jurídicos com a utilização de um método único capaz de produzir resultados satisfatórios e unívocos. Mas Kelsen demonstrou que sempre haverá várias respostas possíveis para um mesmo problema jurídico, e o juiz precisa escolher entre as possibilidades.²⁸

O que se verifica com frequência nos julgados é que ocorre um distanciamento entre a defesa normativa de um modelo de racionalidade jurisdicional e o seu poder de descrever o funcionamento real das instituições.

Analisando empiricamente a aplicação do direito, serão raros os casos em que simplesmente faltarão fundamentação, até porque as fontes do direito são plurais, como dito nos capítulos anteriores. Mas os juristas se utilizam das falsas fundamentações cujo objetivo é de conferir aparência racional a decisões puramente arbitrárias.

Diante desta ausência de fundamentação nas decisões, ou melhor, na falta de uma justificação pautada em normas jurídicas, surgem os discursos de legitimação realizados nos Estados de Direito que funcionam como meros instrumentos de dominação os quais produzem decisões arbitrárias, sob a aparência de direito, também chamadas de zonas de autarquias.²⁹

²⁸Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 2006, p. 81.

²⁹Rodriguez, José Rodrigo. **Sobre a Qualidade da Jurisdição: fundamentação das decisões, justiça opinativa e luta pela justificação no Direito Brasileiro Contemporâneo**.

Segundo José Rodrigo Rodriguez, quando se argumenta fundamentando em jurisprudência, não se pretende convencer o juiz pela força do argumento, mas se tenta impressionar pela suposta extensão de seu domínio sobre a doutrina. Trata-se de persuadir o juiz com a citação de autoridades de que a solução para o caso somente pode ser aquela veiculada nas demandas específicas, onde o argumento de autoridade é puramente instrumental, para ser obter respostas dadas antes mesmo de iniciada a investigação.³⁰

Ocorre que uma argumentação jurídica que se paute em argumentos racionais, não pode seguir um padrão exclusivamente estratégico, ela tem o dever de apresentar a melhor solução para o caso à luz do direito posto, com no mínimo, a pretensão de ser a melhor solução para o caso, pautada em critérios de justiça e equidade.

Diferentemente, quando se utiliza de argumentos de autoridade, não há a preocupação de demonstrar a coerência entre leis, casos e doutrinas, seu objetivo único é convencer o destinatário, podendo-se valer de qualquer argumento ou estratégia, sem se limitar a nenhum ônus argumentativo ou padrão argumentativo que a fundamente. Neste tipo de argumento, a pessoa que toma a decisão é mais importante que o raciocínio desenvolvido para se construí-la.

Se o caso for simples, a argumentação tende a ser extremamente sucinta, mais preocupada com o resultado do que com sua justificação. De outro lado, se os casos geram controvérsias, haverá invocação de argumentos de autoridades para corroborar sua posição, sem se preocupar com a melhor solução para o caso, mas para expressar sua *opinião pessoal*.³¹

As instituições que funcionam utilizando-se de argumentos de autoridade não são necessariamente autoritárias, embora tenham uma tendência a serem. Mas mesmo que sejam utilizados instrumentos de participação popular, as decisões não perdem seu caráter pessoal, pois mantém o controle subjetivo da decisão e precisa ser convencido do melhor argumento, ao invés de investigar o direito posto para encontrar os melhores argumentos para solucionar o caso e justificar racionalmente sua decisão.

A decisão é tomada por agregação da opinião dos juízes e, ainda, não dá destaque para as razões de decidir. Isso gera um padrão de argumentação que tende a ser baseado em argumentos de autoridade, caracterizado pelo uso excessivo de doutrinadores e julgados anteriores. Há pouca incidência de argumentação sistemática que procure reconstruir

³⁰ *Op. Cit.* p.03.

³¹ *Op. Cit* p.12.

racionalmente o sistema para decidir o caso concreto à luz desta reconstrução e muitas vezes pode trazer uma decisão pautadas em argumentos políticos.³²

Uma argumentação que não se fundamente em argumento de autoridade deve apresentar o melhor direito, a solução mais justa, seja fundamentada no texto da lei ou obtida por outro modelo hermenêutico, mas ela deve ser convincente por si só, independentemente da pessoa que a proferiu e independentemente de que outra autoridade eventualmente com ela concorde. O que se constata é que prevalece no Brasil a citação de jurisprudências ou doutrinas desacompanhadas do seu contexto, para fundamentar argumentos de autoridade.

Claro que são pessoas dotadas de individualidade que decidirão os processos, mas deverão pautar suas decisões em argumentações racionais, de forma descentrada e impessoal. O elemento que descentra a autoridade é justamente o conjunto de ônus argumentativos com os quais ela deve arcar para proferir uma boa decisão, o modelo hermenêutico seguido por ela.³³

Se as decisões são proferidas mais em função da pessoa que decide, em razão da previsibilidade da ação da autoridade, o direito vai passar a depender mais das pessoas que ocupam a posição de autoridade do que de padrões decisórios que orientam a instituição, fato que compromete a estabilidade do pensamento jurídico ao longo dos tempos, já que variariam conforme a mudança dos juízes individuais.

Os processos jurisdicionais são julgados por meras propostas de solução para o caso como se fossem absolutamente óbvias, através de uma manipulação pejorativa das fontes do direito, já que são invocadas autoridades para corroborá-la, pouco importando a coerência entre elas.³⁴ Tal fato torna praticamente impossível reconstruir a argumentação do tribunal de maneira racional e unificada, como um todo. A Corte acaba decidindo por agregação de opinião, sem elaborar uma fundamentação unificada de sua argumentação. Não há uma reconstrução sistemática do direito brasileiro.

A NECESSIDADE DE LEGITIMAÇÃO DA DECISÃO JURISDICIONAL

³²DWORKIN, Ronaldo. **O Império do Direito**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1999, p. 311.

³³RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Pesquisa Empírica e Estado de Direito: a dogmática jurídica como Controle do Poder Soberano**. Anais do XIV CONPEDI, Manaus, 2006.

³⁴*Op. Cit.*

O momento pós-constituente trouxe um aumento das demandas judiciais para fazer valer os direitos sociais contidos na constituição federal. Além disso, houve um aumento do debate sobre os possíveis modelos para a racionalidade jurisdicional em âmbito mundial. Nesta disputa pelo padrão de justificação das decisões judiciais, nasce um movimento chamado de luta pela justificação.

Os jurisdicionados estão deixando de aceitar decisões que utilizam como fundamento meros argumentos de autoridade. O poder personalista e irracional da jurisdição torna cada vez mais necessária a justificação racional das decisões. Trata-se de uma preocupação com a qualidade intrínseca das decisões jurisdicionais.

A demanda por transparência está diretamente lidada à ideia de Estado de Direito, pois não deve haver decisão de autoridade alguma que não seja racionalmente motivada, afim de possibilitar aos jurisdicionados e à esfera pública, o controle da sua racionalidade e acerto à luz do ordenamento jurídico.

Trata-se de saber se o judiciário levou em consideração todos os argumentos relevantes da pauta de debates da esfera pública, onde a decisão deverá ser fundamentada de forma complexa, levando em consideração e examinando todos os argumentos e interesses possíveis. Este mecanismo poderá ser enriquecido pelas formas de participação popular no processo decisório, como as audiências públicas e o *amicuscuriae*.

A questão da segurança jurídica das decisões também resta comprometida na justiça opinativa, na medida em que a estabilidade dos padrões de decidir depende mais da pessoa do juiz envolvido no julgamento do que da racionalidade da argumentação.

Efetivar a função jurisdicional do Estado tem por finalidade restabelecer o equilíbrio das forças político-sociais, essencial à manutenção da estrutura democrática. José Júlio da Ponte Neto enfatiza:

A segurança jurídica que a sociedade espera e exige é a fixação da face concreta, real do Estado, esculpida pela cidadania e pela pluralidade das relações sociais dos seus idealizadores. Portanto, o arbítrio das decisões meramente subjetivas não se aplica ao ideal da soberania da sociedade brasileira contemporânea, concebida sob a ótica do alongamento da materialização dos espaços públicos e da intersubjetividade.³⁵

³⁵PONTE NETO, José Júlio. **O Poder Judiciário e a concretização da Democracia Participativa**. Revista Seqüência, n. 56, jun 2008, p. 224.

As diretrizes democráticas legitimam-se pelo assentimento ao uso do poder. Deverá haver um procedimento ideal para a deliberação e para a tomada de decisões, igualmente democrático, o qual se encarrega de estabelecer um liame entre considerações pragmáticas, compromissos, discursos de auto-entendimento e de justiça, culminando no processo democrático tal qual descreve Jürgen Habermas.³⁶

A democracia, da mesma forma que o direito, se caracteriza pela construção, progresso e desenvolvimento das suas ideologias básicas, em um cenário de conflito, tendo-o como uma das suas virtudes naturais. Como afirma Ovídio Baptista da Silva:

(...) uma vez transposto o paradigma dogmático, encontraremos terreno propício para que o processo desenvolva-se em harmonia com uma sociedade complexa e pluralista, cuja marca fundamental é o individualismo das grandes multidões urbanas.³⁷

A atividade interpretativa do juiz não deve se prender a um sistema hermenêutico fechado e único, ao revés, deve levar em consideração o contexto histórico, social e interdisciplinar, como instrumento da democracia, tal qual propõe Elio Fazzalari:

Sociologia, storia, giurisprudenza, allequale si accompagnalacomparazioneisoivarilivelli, sono infatti, scienze diverse, lequaliperòcospirano in uno sforzo interdisciplinare; si collocano cioè in un rapporto che costituisce il più maturo prodotto dell'avocazione verso l'unità delle scienze, e per il quale il possesso dei risultati di ciascuna è indispensabile per la elaborazione delle altre.³⁸

A democracia promove a institucionalização do processo e dos pressupostos de comunicação, bem como das deliberações. Isso torna a democracia meio de auto-organização política da sociedade, na medida em que propõe o caminho da organização por meio da legislação, através da coordenação funcional e da racionalidade social, as quais representam sinteticamente a hierarquização reflexiva e a formação especializada de um modo operacionalizado dos sistemas sociais.

³⁶HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 19.

³⁷SILVA, Ovídio Baptista. **Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista**. Rio de Janeiro: 2006, p. 48.

³⁸FAZZALARI, Elio. **L'esperienza del processo nella cultura contemporanea**. Rivista di diritto processuale, 1965, p.20.

Não é necessário reconstruir a jurisdição brasileira, apagando completamente o que hoje se apresenta, mas criar mecanismos que possibilitem uma maior participação da esfera pública no processo decisório, por meios diretos e indiretos; organizar melhor a forma de apresentação dos votos dos juízes e sintetizá-los em julgamentos de forma mais racional, explicitando melhor e valorizando a fundamentação utilizada para decidir, e ainda, estimular a criação de padrões de argumentação que sejam mais racionais, lógicos, sistematizados, e atrelados ao caso concreto, onde não se levem em consideração apenas argumentos de autoridade nem opiniões pessoais.

A cooperação das partes e do juízo no processo pode ser tida como expressão da democracia, no seu aspecto participativo, na medida em que promove o diálogo e discussão, tendo como cenário o âmbito jurisdicional. Cidadãos livres e em igualdade de participação demonstram melhores condições de debater as teses apresentadas legitimando as decisões judiciais, em razão do contexto criado, pautado pelos princípios da inclusão, do pluralismo, da igualdade participativa, da autonomia, da justiça social e da equidade, democratizando tanto quanto possível a relação jurídica processual. A tutela jurisdicional, na sua concretização, deverá levar em consideração todos esses argumentos, corroborando-os com as fontes plurais do direito, de forma sistematizada, racionalizada e, portanto, adequada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realização do modelo de Estado Democrático de Direito pressupõe a atuação legítima do Poder Judiciário de forma autônoma e independente com o fim de exercer a adequada tutela dos direitos e garantias fundamentais. O exercício equânime da jurisdição deve priorizar os direitos e garantias fundamentais, como forma de legitimação do exercício da função judicante à luz da denominada jurisprudência de valores constitucionais.

Infelizmente, os julgados no Brasil não criam um texto coerente, redigido de forma ordenada, que tenha por objetivo articular argumentos dogmáticos de forma clara, de forma a atingir o papel criador da jurisprudência e de legitimação racional do direito.

A decisão jurisdicional somente é eficaz e se legitima, após um amplo debate entre as partes, ocorrido em condições de paridade, de igualdade e de acesso ao processo. Trata-se da participação democrática da parte no plano processual, no sentido de litigar em igualdade de

condições a fim de obter um resultado favorável por meio do acesso paritário ao processo, vencendo aquele que apresentar o melhor argumento.

A visão cooperativa do processo privilegia o contraditório entre os sujeitos do processo mediante o imperativo do direito de influência e dever de debates, bem como a decisão deverá ser apresentada como um resultado dos debates realizados no âmbito processual, caracterizada pela simetria entre os sujeitos do processo, a qual é rompida apenas no momento decisional em que o juiz, em atividade cognitiva concede o direito a um das partes.

O magistrado diante dos princípios preconizados pelo Estado Democrático Constitucional, deve adequar a lei ao caso concreto, atuando como verdadeiro intérprete sem abandonar a visão da necessária cooperação no plano processual, situação que demanda uma atividade interpretativa ampla, não apenas da norma geral e abstrata ao plano empírico, mas também de todas as manifestações normativas emanadas do próprio corpo social, ocasionando a sedimentação dos valores já reconhecidos socialmente.

Ao julgar a lide, o magistrado deve ainda estar atento a um positivismo inclusivo, adequado a uma ordem jurídica complexa, pluralista e dinâmica, com validade e aceitação reconhecida pela sociedade, que estabiliza as expectativas de regulação jurídica.

A atuação do intérprete e aplicador deve ter por finalidade tornar a prestação jurisdicional mais célere e geradora de segurança jurídica, sem abandonar por certo, a qualidade intrínseca da prestação jurisdicional. Deverá deixar de lado os argumentos de autoridade fartamente utilizados em casos difíceis, bem como a pobreza argumentativa tradicionalmente constatada nos casos fáceis.

A tutela jurisdicional deve se pautar por uma argumentação jurídica construída sob argumentos racionais, sem se mostrar meramente e exclusivamente estratégica. A decisão judicial deverá ser a melhor solução para o caso, fundamentada racionalmente nas fontes plurais do direito, as quais deverão ser manejadas por meio de critérios principiológicos de justiça e equidade, como forma de desenvolver uma interpretação construtivista do direito, que contribua com o desenvolvimento do direito, na medida em que promove a sua verdadeira adequação ao caso concreto, sem abandonar os precedentes, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a participação das partes.

O sentimento de segurança gerado pelo direito e a previsibilidade das soluções doutrinárias e jurisdicionais, constitui um valor da democracia, relacionado com o consenso e

estabilidade que as soluções jurídicas podem suscitar. Pode ser que este ideal nunca seja alcançado, mas deverá ser o ponto de partida e referência, a fim de estimular um atuar mais cooperativo, colaborativo que fomentem a observância dos consensos e a ideia construtivista da decisão jurisdicional, a qual deverá sempre ser pautada em argumentos racionalizados que levem em consideração a racionalidade interna do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Poderes do Juiz e visão cooperativa do Processo**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 20 de outubro de 2011.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. Editora RT, 2009.

DWORKIN, Ronaldo. **O Império do Direito**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1999.

FAZZALARI, Elio. **L'esperienzadel processo nella cultura contemporanea**. Rivistadidirittoprocessoale, 1965.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I, 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HARBERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HELD, David. **La democracia y elorden global: del Estado moderno al gobierno cosmopolita**. Barcelona: Paidós, 1997.

HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo Jurídico e Direito Democrático**. São Paulo: Ed. Annablume, 2013.

Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos.** São Paulo: RT, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Garantia do contraditório. Garantias constitucionais do processo civil.** São Paulo: Ed. RT, 1999.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Sobre a Qualidade da Jurisdição: fundamentação das decisões, justiçaopinativae luta pela justificação no Direito Brasileiro Contemporâneo.**

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Pesquisa Empírica e Estado de Direito: a dogmática jurídica como Controle do Poder Soberano.** Anais do XIV CONPEDI, Manaus, 2006.

SILVA, Ovídio Baptista. **Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista.** Rio de Janeiro: 2006.

ZANETI JÚNIOR. **Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.