

Decisão jurídica e legitimidade: criando laços entre democracia e justiça

Rafael Lazzarotto SIMIONI*

Guilherme Raimundo DA SILVA**

RESUMO: A questão da legitimidade do Direito e da decisão jurídica foi se destacando dentro do período chamado de pós-positivismo jurídico. Este trabalho se preocupou em analisar a legitimidade do Direito sob os aspectos das teorias procedimentalistas, que destacam a legitimidade mediante o procedimento democrático, e substancialistas, que apostam na possibilidade de fundamentação de decisões corretas com base em convicções substanciais. A exploração das possibilidades de conciliação entre procedimentalismo e substancialismo abre a discussão sobre a legitimidade do Direito e da decisão jurídica sob uma perspectiva mais próxima à realidade do Estado Democrático de Direito. Nesse esforço de se estabelecer os laços entre procedimentalismo e substancialismo, consequentemente criam-se os laços entre democracia e justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Procedimentalismo; substancialismo; conciliação; legitimidade.

SUMÁRIO: Introdução; 1. O assim chamado “pós-positivismo jurídico” e a recuperação do mundo prático na decisão jurídica; 2. Procedimentalismo versus substancialismo; 3. Procedimentalismo versus Substancialismo: possibilidade de conciliação. 4. Conclusão; 5. Referências.

ENGLISH TITLE: Legal Decision and Legitimacy: Creating Links between Democracy and Justice

ABSTRACT: The question of the legitimacy of the law and legal decision has been standing out in the period called the legal postpositivism. This work bothered to analyze the legitimacy of the law under the aspects of proceduralists theories that highlight the legitimacy through democratic procedure, and substantialists, betting on the possibility of foundation of correct decisions based on substantial convictions. The exploration of possibilities for conciliation proceduralism and substantialism raises issues concerning the legitimacy of the law and legal decision from a closer perspective to the reality of the democratic state. In this effort to establish ties between proceduralism substantialism and consequently it creates links between democracy and justice.

KEYWORDS: *Proceduralism; substantialism; conciliation; legitimacy.*

SUMMARY: *Introduction; 1. The so-called “legal post-positivism” and the recuperation of the practical world in the legal decision; 2. Proceduralism versus substantialism; 3. Proceduralism versus substantialism: possibility of conciliation; 4. Conclusion; 5. References.*

* Pós-Doutor em Teoria do Direito pela Universidade de Coimbra, Doutor em Direito Público pela Unisinos, Mestre em Direito pela UCS, Professor do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

** Mestrando do Programa de Pós Graduação em Direito, Mestrado em Direito, Área de Concentração: Constitucionalismo e Democracia da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, 2014.

Introdução

Em tempos de pós-positivismo jurídico, a tensão entre democracia e constitucionalismo também pode ser reconstruída e compreendida como uma questão de legitimidade e justiça. Mais do que os antigos problemas típicos das tradições jusnaturalistas de conciliação entre segurança jurídica e justiça, essa questão se intensifica na medida em que permite abrir o diálogo teórico sobre a legitimidade do Direito por meio das teorias procedimentalistas e substancialistas.

O procedimentalismo, de um modo geral, acredita inexistir a possibilidade contemporânea da justificação de decisões jurídicas com base em princípios, valores ou convicções materiais, especialmente diante da fragmentação dos princípios morais e valores éticos na sociedade globalizada. De modo que, inexistindo princípios e valores universalizáveis, só restam os procedimentos racionais, deontologicamente neutros, de construção e de justificação das decisões. Já o substancialismo, em geral, acredita que mesmo nas sociedades contemporâneas, fragmentadas pelo multiculturalismo e enriquecidas com a experiência da diversidade, ainda é possível encontrar fundamentos e convicções substanciais capazes de justificar adequadamente a correção da decisão jurídica.

Dadas essas premissas, este estudo, marcado pelo debate entre as teorias procedimentalistas e substancialistas, firmou-se a partir das principais ideias de alguns autores que marcaram este ponto do assim chamado “pós-positivismo jurídico”, no âmbito das teorias da decisão, da argumentação e da interpretação jurídica.

No que segue, esta pesquisa objetiva analisar as condições de possibilidade para uma possível conciliação entre as concepções procedimentalistas e substancialistas da prática jurídica, para assim verificar a possibilidade de se estabelecer um equilíbrio entre democracia e justiça no debate acerca da legitimidade do Direito.

Em um primeiro momento, esta investigação procurará contextualizar o espaço marcado pela transição do positivismo para o conjunto de teorias que, atualmente, na falta de uma nomenclatura melhor, convencionou-se denominar de pós-positivismo jurídico. Transição essa marcada pelo surgimento de diversas e plurais correntes hermenêuticas.

Dentro dessas várias propostas de reformulação do entendimento da práxis jurídica, surgem as correntes procedimentalistas e substancialistas, especialmente nos pensamentos de alguns autores contemporâneos como Jurguen Habermas e Ronald Dworkin, as quais serão explicitadas de modo sumário, no sentido de discutir as diferentes exigências de legitimação das decisões jurídicas.

O procedimentalismo, em um primeiro momento, ocupa-se com a utilização dos procedimentos discursivos para o alcance de um resultado racional legítimo. Portanto, a existência de métodos corretos e dialógicos se torna imprescindível para que a decisão se legitime através do procedimento.

Habermas aposta na existência de um novo paradigma do Direito, qual seja: o paradigma procedimentalista, ao passo que os modelos de Estado Liberal e Social, na visão do autor, já não atenderiam suficientemente as demandas e complexidades do Estado Democrático de Direito. O novo paradigma, por meio de um procedimento discursivo-democrático-racional-dialógico, é capaz de oferecer aos cidadãos igualdades de condições com vistas à autonomia pública e privada. No âmbito da decisão jurídica este paradigma se infiltra para a obtenção de um resultado legítimo.

Esse embate proporciona também uma discussão entre os direitos da maioria e os da minoria.

Do outro lado, Ronald Dworkin combate aquilo que ele denomina de visão cética do direito, que não acredita mais na possibilidade de fundamentação convincente do direito em princípios de moralidade política e que, em seu lugar, substitui as convicções morais por procedimentos intersubjetivos. A proposta substancialista, para a justificação das decisões por meio dos princípios e da moralidade política, aponta para uma hermenêutica política comprometida com o ideal de justiça do direito. Para isso sobressai a figura do juiz, chamado por Dworkin de ‘Hércules’, bem com a metáfora do romance em cadeia e as virtudes do direito. Portanto, para o substancialismo a legitimação do Direito se encontra na aplicação do melhor conceito de justiça.

Por fim, será esplanada a dificuldade de se diferenciar um juízo material de um juízo formal, bem como analisadas as propostas de conciliação entre regras de procedimento e fundamentos de moralidade política no âmbito da jurisdição constitucional, de modo

a se avaliar as condições de possibilidade para um equilíbrio entre legitimidade e justiça.

1. O assim chamado “pós-positivismo jurídico” e a recuperação do mundo prático na decisão jurídica

“O positivismo desde Locke, Rosseau e Kant, não apenas na filosofia, mas também na realidade constitucional ocidental firmou-se como o verdadeiro conceito de direito”¹. Sempre se esperou e lutou para a construção de tanto um direito positivo e coercitivo quanto um direito autônomo, assegurador da liberdade.

O pensamento positivista de Augusto Comte nos insere numa espécie de positivismo filosófico². O Autor conhecido como pai da corrente positivista apresenta que no pensamento clássico os direitos só poderão ser entendidos como um engodo das discussões metafísicas. Para Comte não existem direitos. O que existem são deveres que são justamente os possuidores de uma faticidade positiva capaz de explicar as causas dos comportamentos sociais³.

O positivismo clássico trouxe o modo de se legitimar as matérias das ciências naturais aplicadas ao direito. Diante disso temos a presença dos valores morais, éticos, religiosos e sociais no campo jurídico.

Com o objetivo de superar o pensamento positivista clássico, o neopositivismo kelseniano⁴ teve por princípio metodológico na interpretação jurídica, a asseguaração da pureza do direito. Para ele o direito justo não deve se contaminar, e por contaminação, temos toda matéria que adentrando a hierarquia jurídica traga ao topo um elemento que não seja puramente relacionado ao direito. Não há como negar que o neopositivismo trouxe contribuições como a configuração de um direito autônomo capaz de por si só regular as questões que envolvem os sujeitos, bem como a configuração de um direito hierárquico com a ideia de superioridade constitucional que a partir da utilização das ferramentas e métodos legítimos é possível se declarar de

¹ HABERMAS, Jurgen. *A inclusão do outro: Estudos de Teoria Política*. São Paulo: Loyola, 2007, p.294.

² FONSECA, Marcelo Ricardo. *Introdução teórica à história do Direito*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 41.

³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 147.

⁴ A expressão neopositivismo de Kelsen é utilizada no sentido de que o autor segue a linha do positivismo lógico do Círculo de Viena, com a combinação de aportes teóricos da matriz neokantiana do conhecimento. Kelsen contestava o positivismo clássico e para isso fundava seu argumento no ideal de banir toda e qualquer pressuposição metafísica do conhecimento jurídico. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica jurídica contemporânea*, cit., p, 146.

(in)validade das normas abaixo da norma hipotética fundamental que dá fundamento de validade à Constituição.

A sociedade correta, portanto, era aquela organizada de acordo com um programa jurídico racional e puro. Todavia, a doutrina da sociedade natural, dos filósofos morais, já manifestara dúvidas em relação à concepção do direito racional, como a resistência à reconstrução do direito formal, dentro das estruturas e contextos naturais, costumes e instituições práticas⁵.

Os argumentos positivistas ultrapassam as particularidades históricas e os dados sócio-culturais, opondo-se ao racionalismo. Este racionalismo pode ser compreendido como a introdução não absolutizada das informalidades das relações sociais, dos costumes, tradições naturais e interesses consensuais no Direito, para que se possa haver um sistema de regras objetivo e positivado.

Os motivos pós-positivistas foram claros: a preocupação com o resgate dos valores no âmbito da norma. Toda regra é recheada por um valor, haja vista que por traz do sentido deontológico da norma, da coerção ou da sua cominação, há um sentido originário de caráter ontológico.

Habermas, por exemplo, afirma que o direito positivo temporalizado – no sentido de uma hierarquia de leis – deveria permanecer interligado ao direito moral eternamente válido e receber dele as suas orientações permanentes⁶. Contudo a relação entre ambos se dá mais no âmbito da complementariedade do que da subordinação⁷.

Robert Alexy pergunta se é possível realmente um discurso racional ser justificado por convicções morais⁸. Essa pergunta reflete a preocupação de Alexy em seu procedimentalismo argumentativo justificado pelos princípios e valores, a fim de se estabelecer a legitimidade da decisão, posteriormente exposto.

Por outro lado Habermas apresenta uma maneira bem sofisticada de se apreciar e aplicar o direito, consubstanciada em um discurso extrínseco e dialógico. Na busca pela

⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. I. 2 ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 66.

⁶HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*, cit., p.296.

⁷HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*, cit., p.297.

⁸ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 46.

legitimidade do direito, Habermas revisita os modernos paradigmas do direito e os modelos democráticos para apresentar um novo paradigma.

Criticando o Positivismo Dworkin analisa que essa corrente conduz o intérprete a uma armadilha semântica⁹, uma vez que todo direito fica restrito a uma questão de análise linguística, podendo se afastar facilmente dos seus sentidos.

A preocupação com a superação do positivismo puro e com a restrição do Direito à uma análise puramente textual, ocasionou o surgimento de correntes pós-positivistas capazes de recuperar os valores no âmbito da norma jurídica. Essas teorias que aqui serão estudadas são chamadas procedimentalistas e substancialistas. Em um primeiro momento, elas se contraporão, para posteriormente propor uma conciliação.

2. Procedimentalismo *versus* substancialismo

De fato a busca pela legitimidade jurídica marca a literatura jurídica pós-moderna, levando o jurista e o intérprete do Direito a investigar as propostas de aplicação do Direito a fim de se decidir pela melhor. A decisão não é uma tarefa fácil que exige a análise do caso concreto para uma legítima fundamentação.

Reanalizando os princípios básicos do Estado Democrático de Direito à luz de uma compreensão procedimentalista do direito, Habermas aposta na legitimidade discursivo-procedimental. O procedimentalismo discursivo é apontado por Habermas como um autêntico paradigma do Direito. Pelo procedimento formal podemos encontrar a garantia da liberdade do convencimento recíproco entre os participantes, entre as normas e seus destinatários.

O Direito positivo tem que legitimar-se, e esse fim seria constituído no sistema jurídico, através do processo legislativo, pois, o lugar da integração social é na legislação. Nesse local supõe-se que os participantes saiam da condição de sujeitos privados do direito e assumam a condição de cidadãos¹⁰. Esses cidadãos associados encontrarão o acordo sobre os princípios normativos da regulamentação, que poderão ser encontrados nas tradições, nos costumes e no mundo prático. Eis que neste ponto Direito e Democracia se validam conjuntamente através do procedimento discursivo.

⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica jurídica contemporânea*, cit., p. 326.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*, cit., p. 52-53.

A participação política dos cidadãos nos remete a institucionalização jurídica por meio da formação pública de opinião e vontade que seja levada a consenso. Essa formação deve realizar-se em formas de comunicação, nas quais é importante o princípio do discurso, em dois aspectos: O princípio do discurso tem um sentido cognitivo de se filtrar os argumentos para se obter um resultado racional, e um sentido prático de se produzir relações de entendimento, as quais são isentas de violência desencadeando a força produtiva da liberdade comunicativa¹¹.

Pelo procedimento democrático é possível fundamentar a legitimidade do direito. Compreende-se que a visão procedimentalista de Habermas exclui a possibilidade de existência de um Estado de Direito, enquanto império das regras positivas, desligado do modelo democrático que confere autonomia interna ao cidadão. O ideal seria o Estado Democrático de Direito no qual se verifica a coesão interna entre Direito e Democracia.

O Direito moderno positivo é histórico, contingente, modificável e coercitivo por um lado e garantidor de liberdade de outro. Se as normas positivas podem ser modificadas, então é necessário legitimação para tal circunstância. O Direito necessariamente deve garantir autonomia de todos os seus sujeitos. Segundo Habermas o processo legislativo democrático deve ser suficiente para atender essa exigência. E nesse sentido cria-se uma relação conceitual ou interna entre Direito e Democracia e não apenas uma relação historicamente casual¹².

Não há aqui especificação e indicação dos conteúdos ou temas, mas de como os participantes podem chegar a um consenso livre e universalmente válido a respeito dos conteúdos normativos. A razão prática – o que devo fazer – é substituída pela razão comunicativa – como devo proceder para saber o que devo fazer – que permite daí, à comunidade linguística levantar pretensões de validade suscitadas argumentativamente. No Discurso Jurídico a legitimidade não pode ser imposta por uma instituição, mas deve ser estabelecida perante a validade procedimental do discurso. Não cumpre, pois ao Direito o papel de colonizador do “mundo vivido”, ou burocratizador das relações sociais, devendo apenas instituir procedimentos de regulação dos conflitos em conformidade com as estruturas da ação ordenadas ao entendimento¹³.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*, cit., p. 191.

¹² HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*, cit., p.287.

¹³ SIMINONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Curitiba: Juruá, 2007.

A busca pela legitimidade a partir de Habermas leva a considerar o discurso jurídico, como um caso especial do discurso moral, atado a sistemas de normas e procedimentos, cuja pretensão de correção reside na sinceridade dos falantes e na fundamentação de seu valor prático no contexto de uma teoria do Estado e do Direito.

Ainda na esteira do procedimentalismo, contudo em um caminho diferente temos a Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy. A justificação das decisões em Alexy se verifica através dos procedimentos de discussão racional, cujos critérios são aplicados aos princípios e valores, uma vez que o alcance das convicções morais, por si só, dificilmente pode chegar a um consenso em razão da extensão e complexidade das sociedades modernas.

Os discursos jurídicos se relacionam com a justificação¹⁴ e para tanto é necessária a adesão a procedimentos racionais, capazes de resultar em uma decisão legítima, visitando os princípios morais, contudo impossibilitando a generalização objetiva destes princípios. O correto se apresenta na medida em que a argumentação no caso concreto realiza um procedimento de discussão racional a respeito do conteúdo substancial dos princípios que pode resultar na chamada ponderação.

A racionalidade comunicativa então traz grande contribuição para o procedimentalismo na medida em que este propõe a renúncia às pretensões de justificação baseada em princípios substanciais e a substituição destas por uma justificação baseada no cumprimento de procedimentos de discussão racional¹⁵. Somente a validade do procedimento justificará a legitimidade do resultado. Mesmo que não seja possível a observação rígida das regras do procedimento, é necessário que haja uma aproximação eficaz no estabelecimento de tais regras para que haja validade.

Alexy neste ponto estabelece uma aproximação com o pensamento procedimentalista de Habermas, elencando critérios para que a argumentação se forme racionalmente. O argumentador deve buscar o acordo entre os participantes do discurso, para a realização de um discurso sincero e sério. Somente se chegará ao consenso quando se convencer a todos a respeito da norma e isto só é possível quando todos os

¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*, cit., p. 218.

¹⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica jurídica contemporânea*, cit., p. 146.

participantes forem ouvidos, expuserem suas convicções, forem abertos a críticas e assim chegarem a uma aceitação recíproca por aquela a norma¹⁶.

Contudo Alexy se afastará de Habermas quando entende que o consenso não é fundamental para a interpretação e aplicação de uma norma ou decisão jurídica, verificando que a validade não estará na aceitação racional ou no consenso entre os destinatários, mas tão somente no cumprimento das regras procedimentais do discurso¹⁷.

A proposta procedimentalista diante da concepção habermasiana apresenta o procedimento como ideal de validade e legitimação de uma decisão, uma vez que o procedimentalismo é universal, não varia, pois o que é válido agora o será em qualquer tempo, enquanto o que é substancial não será universal, uma vez que seu conteúdo é relativo, ou seja, o que é válido hoje para a comunidade não o poderá ser em outra oportunidade.

E justamente por se preocupar com a pluralidade e alta complexidade da sociedade pós-moderna, caracterizada pela transição constante dos conceitos jurídicos, o substancialismo contrapondo o procedimentalismo apresenta outra maneira de se compreender a legitimação do direito.

Dentro do substancialismo se torna mais evidente a linha interpretativa das regras e direitos a partir da observância dos princípios e valores morais de uma comunidade, para a garantia e efetivação dos direitos fundamentais neste espaço. Os princípios e valores morais da comunidade estão além dos meros textos legais e o fundamento do Direito vai além da convenção procedimental legislativa. Nesse âmbito ganham relevância as decisões judiciais aplicadas ao caso em concreto, no sentido de legitimação das pretensões das minorias.

Contudo a concepção dworkiniana não orienta a compreensão de que o magistrado tem autorização para decidir conforme suas decisões e convicções pessoais e suas ideologias. Ao contrário ele utiliza a metáfora do Juiz Hércules que deveria ser empregado na solução dos casos novos ou difíceis, ou seja, casos desprovidos de uma pré-compreensão legal capaz de basear efetivamente a decisão.

¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*, cit., p. 139.

¹⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica jurídica contemporânea*, cit., p. 249-250.

Dworkin estabelece uma alternativa, através do princípio da integridade, que se preocupa como os indivíduos podem ter outros direitos, além dos criados de uma decisão ou na prática expressa. Como se pode ter direito ao reconhecimento judicial de uma prerrogativa quando não existem decisões judiciais ou práticas sociais inequívocas que conferem decisão em favor desta perspectiva. A integridade pressupõe equidade e justiça¹⁸. Desse modo não há criação do Direito pelos magistrados, mas construção dos direitos pelas partes a partir dos princípios, portanto abandona-se a perspectiva unilateral das regras apontada pelo positivismo¹⁹.

Se neste caso a legitimidade do Direito está nas pretensões e convicções pessoais de moralidade política de um grupo comunitário, a teoria procedimentalista não teria como se adequar, uma vez que se mostraria insuficiente ao passo que ela se preocupa com a universalização dos procedimentos²⁰. Por isso a proposta substancialista indaga ainda: Como o procedimentalismo discursivo-democrático pode se estabelecer em países que ainda não obtiveram o cumprimento efetivo das promessas da modernidade, no qual os espaços de opinião pública ainda não fornecem a autonomia ideal aos cidadãos?

Nesse ponto, argumenta-se que o ideal democrático não se efetivaria apenas nos poderes políticos eleitos estabelecidos na Constituição e no procedimento legislativo. Observando-se a tripartição dos poderes bem como o sistema *checks and balances*, é cediço que todos exercem função essencial e de igual contribuição na teoria do Estado Democrático de Direito, inexistindo hierarquia. Diante disso porque então o judiciário, diante de um legislativo e um executivo omissos nos novos casos, não poderia se estabelecer também como um órgão democrático?

Cappelletti afirma que mesmo no melhor dos mundos possíveis, a liderança política executiva e legislativa, embora tradicionalmente considerada “diretamente responsável pelo povo”, nunca constitui perfeito paradigma de democracia representativa. O fato que o caráter democrático dos processos legislativo e executivo seja submetido a limitações e condicionamentos reais, frequentemente inevitáveis, salvaguarda a ideia de democracia representativa, e que o judiciário como guardião do procedimento não

¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica jurídica contemporânea*, cit., p. 315.

estaria, ao contrario do que tradicionalmente se entendeu inteiramente privado de representatividade²¹.

Nesse sentido a atuação judicial se justifica como um importante mecanismo de representação, até porque a democracia não se esgota na ideia majoritária ou no jogo político eleitoral, parlamentar ou governamental, sendo relevante que suas decisões possam também ir contra a deliberação da maioria. Assim a magistratura politicamente independente tende a desempenhar um papel indispensável para a democracia²².

O procedimentalismo puro ainda não estaria apto a resolver a questão fundamental do Estado Democrático de Direito, ou o equilíbrio da tensão entre Constitucionalismo e Democracia, entre a regra contramajoritária e as mudanças políticas pela vontade das maiorias democráticas²³.

Em Dworkin a moral política não é uma moral majoritária, mas uma moral justa e justificável a fim de se respeitar a coerência e a integridade. Para isso tem-se um ponto de partida qual seja a análise do caso prático.

As proposições do juiz Hércules partem da experiência prática de um juiz que precisa decidir os casos concretos e que tem à sua disposição diversas teorias positivistas e pós-positivistas, princípios comuns e plurais. Trata-se de uma interpretação que experiencia a prática da decisão jurídica e decide politicamente esta interpretação buscando uma justificação coerente e íntegra²⁴. A decisão trará apenas uma resposta correta, pois o que a validará não seria o juiz que a proferiu ou a regularidade do procedimento, mas a qualidade e a justificação principiológica do que estaria sendo discutido.

Na análise da tensão entre substancialismo e procedimentalismo reside uma indagação a respeito de sua aplicação prática no cenário jurídico brasileiro. O magistrado hercúleo de Dworkin seria tão idealizado quanto o procedimento racional discursivo de Habermas neste país cujas propostas modernas não se estabeleceram efetivamente? Qual teoria seria mais relevante nesta perspectiva jurídica?

²¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 95-96.

²² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* cit., p. 95-96.

²³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica jurídica contemporânea*, cit., p. 321.

²⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica jurídica contemporânea*, cit., p. 331-332.

3. Procedimentalismo versus Substancialismo: possibilidade de conciliação

A proposta de se estabelecer um encontro conciliatório entre as teorias procedimentalista e substancialista se situa na ideia insuficiente de que o Judiciário apenas atuaria como defensor da Democracia, não podendo em sua função ultrapassar as regras do procedimento pelo procedimento, bem como seria insuficiente pensar que o mesmo órgão ficaria imune da sedução da decisão arbitrária em sua convicção pessoal. Desse modo tem-se a impossibilidade de uma decisão se firmar apenas na forma ou no conteúdo e ainda, apenas no procedimento ou na fundamentação²⁵.

A situação ideal de comunicação discursiva apresenta-se tão contrafática quanto o Juiz Hércules, tanto que os próprios autores (Habermas e Dworkin) reconhecem seus caracteres idealizados. De fato, a idealização não conhece fronteiras na transcendência da facticidade, porém na realidade poderemos empregar os argumentos apenas em escala aproximativa. Portanto é uma tarefa difícil empregar puramente ou isoladamente alguma das teorias isoladamente no contexto multicultural contemporâneo. Sempre haverá uma aproximação de aplicação entre ambas no caso prático e essa aproximação ensejará a possibilidade de conciliação. Esta escala aproximativa entre as teorias é exemplificada por Oliveira quando o autor disserta sobre a difícil tarefa de se conceituar a Democracia. Para se saber se aquele procedimento é democrático ou não, exige-se a declaração de um juízo substancial, ou seja, sempre na constatação de uma racionalidade formal ou procedimental haverá basicamente um argumento de valor material. As várias concepções de Democracia bem como dos direitos e obrigações dela decorrentes exigem uma pré-compreensão do que seriam os princípios democráticos, para assim se obter uma resposta se o procedimento utilizado em determinado caso foi ou não democrático. Essa resposta é primordialmente obtida por uma decisão de base material e não formal²⁶.

Diante desta proposição tem-se a hipótese de que toda teoria procedimentalista possui gênese em uma teoria material ou substancial. Desse modo é possível se compreender o porquê do judiciário ou dos Tribunais Constitucionais exercerem não somente função de guardião da Democracia e da Constituição e de julgadores da constitucionalidade

²⁵OLIVEIRA, Fábio Correa Souza de. *Morte e vida da Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 137-138.

²⁶OLIVEIRA, Fábio Correa Souza de. *Morte e vida*, cit., p. 139.

das leis e processos para decretação da legitimidade de seu procedimento, mas também julgadores da legitimidade dos conteúdos materiais.

Teixeira critica um procedimento acima do resultado, esquecendo-se que o rito formal comunicativo é tão somente um instrumento para se chegar a uma pretensão de solução racional. Ora o episódio principal da decisão não é a troca discursiva em si, mas a justiça e aceitabilidade pronunciada: o processo é um movimento em busca de um veredicto; processo é meio, não fim²⁷.

A decisão em si mostra-se muito mais importante do que o procedimento ultrapassado para obtê-la. É necessário, porém, uma análise aprofundada do que seria procedimento democrático e decisão conteudística para então se encontrar o caminho mais próximo da legitimidade.

Alguns exemplos: o entendimento que afirma a obrigatoriedade de realizar a transfusão de sangue frente à negativa das testemunhas de Jeová, em conflito, portanto, com o desejo do próprio paciente, infringe o procedimento democrático de deliberação?²⁸ Uma decisão unicamente baseada no procedimento não seria capaz de resolver a alta complexidade da questão. É preciso antes de tudo que sejam delineados os princípios que tenham ligação ao caso para que o procedimento apresente o conteúdo principiológico que deverá ser utilizado. Entre o discurso da vida e o da liberdade religiosa, o procedimento argumentativo para defesa das respectivas teses necessariamente abordará conteúdos substanciais que proporcionarão correção e justificação na argumentação. Caso não haja consenso, caberá ao juiz proferir uma decisão que poderá se fundamentar em um procedimento ponderativo ou na convicção moral daquele grupo específico. No fim, a aplicação do direito sempre ensejará abordagem mista dos procedimentos e dos conteúdos materiais.

Oliveira lança outros questionamentos relativos aos casos difíceis: O entendimento de que é possível a realização de aborto de feto anencefálico colocaria em pauta uma questão processual ou material? O que dizer das normas que negam direito ao voto de estrangeiros residentes no país e a restrição de elegibilidade aos analfabetos? E quanto aos naturalizados que não podem ocupar funções estatais? É claro que todos esses juízos importam em exame de valor e necessitam de uma abordagem substancial para

²⁷ TEIXEIRA, Antonio Braz. *Consenso, Verdade e direito*. In: Colóquio Internacional: Autoridade e Consenso no Estado de Direito. Coimbra: Almedina, 2002, p. 157.

²⁸ OLIVEIRA, Fábio Correa Souza de. *Morte e vida*, cit., p. 143.

basear o procedimento decisório²⁹. Para se chegar a uma decisão legítima e que respeite o procedimento democrático há sempre que se passar por um juízo de valor fundamentado nos princípios democráticos.

Podemos ainda refletir sobre a conciliação entre Democracia e Justiça nas decisões pelos órgãos do Poder Judiciário que buscam a concretização dos direitos fundamentais, como nos casos de judicialização da saúde. É certo que o procedimento de políticas públicas para prestação deste direito social é de responsabilidade do Poder Executivo como é certo também que havendo leis, democraticamente elaboradas, obrigando o Sistema único de Saúde a adquirir e fornecer gratuitamente certos remédios e disponibilizar certos tratamentos caberá ao Executivo cumpri-las. Contudo o Judiciário acaba assumindo o papel de protagonista na efetivação de tais normas, proferindo não somente “discursos de aplicação” - do procedimento jurídico - mas também “discursos de fundamentação” - política -, como bem conceituado por Dworkin ao diferenciar “questões de direito” de “questões de política”³⁰.

A conciliação entre Democracia e Justiça na sociedade brasileira contemporânea exige do aplicador do direito o reconhecimento de um pluralismo jurídico muito presente. Pode-se visualizar isto nos recentes entendimentos jurisprudenciais, como a decisão do STF que em 2011 interpretou que as regras inerentes ao reconhecimento e regulamentação da união estável devem também ser estendidas aos casais homoafetivos. Trata-se de uma decisão justificada em uma convicção moral de uma minoria, na qual o Judiciário atua como representante de tais classes.

Vence-se o entendimento de que somente as decisões legislativas, em primeiro lugar e executivas em segundo é que são legítimas, por serem esses os órgãos representantes do povo que possui poder do agir comunicativo. Neste contexto emprega-se a pergunta: até que ponto a minoria deve estar submissa às decisões da maioria? Somente o legislativo e o executivo representariam legitimamente a vontade do povo?

Com efeito, é muito pouco, exigir-se aos atos do Poder Público tão só a observância dos procedimentos constitucionais ou legais que condicionam a sua regular edição³¹. Trata-

²⁹OLIVEIRA, Fábio Correa Souza de. *Morte e vida*, cit., p. 145-147.

³⁰ BAHIA, Alexandra Gustavo Melo Franco. *Fundamentos da Teoria da Constituição: a dinâmica constitucional no Estado Democrático de Direito brasileiro*. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 110.

³¹CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 161.

se de um pensamento um tanto quanto reducionista afirmar que a legitimidade de uma decisão só pode ser verificada em um procedimento, bem como não convém cair na tentação de aceitar que a decisão jurídica deva sobressair a qualquer procedimento e norma legal. Como afirma Rawls³², “a justiça procedimental é imperfeita porque não há nenhum processo político factível que garanta que as leis estabelecidas por seus parâmetros serão justas”. Nas atividades políticas não é possível atingir uma justiça procedimental perfeita, o máximo a que se pode chegar são a aproximações discursivas.

Há, portanto uma dificuldade de se separar o processo da substância. No campo procedimental exige que o legislador se paute em juízos substantivos para se valer da razoabilidade e adequabilidade das questões. Muitas vezes as regras do discurso exigem do falante uma fundamentação material para o entendimento e convencimento recíproco. O mesmo se diz para o administrador e para o juiz que precisam se valer ao mesmo tempo do procedimento e da substância. Quanto mais democrático um processo, no sentido de realmente se apoiar na vontade de todos, maiores chances se terá de uma boa decisão³³.

Há uma confusão entre a Democracia e Justiça. A presunção de que a razão está com a maior parte das pessoas, uma vez obtida através de um procedimento democrático é relativa, e pode ser refutada ou aperfeiçoada posteriormente. Habermas também reconhece que não é seguro que a decisão oriunda de um processo de debates seja absolutizada e acertadamente justa, mas é preciso se objetivar ao menos a sua aproximação. De fato, a unanimidade não possui a certeza da verdade ou da justiça. Ao contrário também de Dworkin, levar os direitos a sério é compreender que as pessoas possuem direitos contra o Estado, contra a legislação, mas igualmente contra a própria comunidade. No fim a complexidade das questões levará a todos a procurar novos parâmetros ou paradigmas para a resolução legítima dos conflitos jurídicos³⁴.

Também não se acalenta qualquer visão encantada do Poder Judiciário. O juiz não é necessariamente mais capacitado ou preparado que o legislador ou o administrador, ou que o julgador estaria em uma posição melhor do que os agentes eleitos³⁵. O que se pretende é compreender que isoladamente as teorias não causariam o mesmo impacto que juntas podem efetuar dentro do sistema jurídico-democrático de Direito. A Teoria

³² RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*, p. 213, 214, 392. Apud OLIVEIRA, Fábio Correa Souza de. *Morte e vida*, cit., p. 149.

³³ OLIVEIRA, Fábio Correa Souza de. *Morte e vida*, cit., p. 159.

³⁴ OLIVEIRA, Fábio Correa Souza de. *Morte e vida*, cit., p. 151.

³⁵ OLIVEIRA, Fábio Correa Souza de. *Morte e vida*, cit., p. 157.

mista ou conciliação entre procedimentalismo e substancialismo pode mais se identificar com a realidade de um Estado Democrático de Direito como o brasileiro. No geral, percebemos que diante dos casos acima expostos, as recentes decisões têm buscado se fundamentar em ambas as teorias, o que grandemente contribui pra legitimação de um Direito capaz de conciliar justiça e democracia.

4. Conclusão

Com os desenvolvimentos teóricos dos esforços de justificação das decisões jurídicas, atualmente reunidos sob o nome de “pós-positivismo jurídico”, a interpretação e aplicação estritamente textual do Direito foi sendo aos poucos refutada. Na contemporaneidade desenvolvem-se, assim, novas formas de se olhar o Direito, a partir não só da sua referência normativa a textos ou precedentes, mas também a fundamentos e a finalidades do mundo prático: daí a discussão da sua legitimidade.

A legitimidade do Direito, na visão procedimentalista é verificada no procedimento democrático, racional e consensual, destacando a importância da Democracia no desenvolvimento do Estado de Direito. Por outro lado, na visão substancialista, a legitimidade é alcançada quando o conteúdo da decisão se torna justo perante os cidadãos a ele direcionados, consolidando um destaque maior ao sentimento de moralidade política ou justiça de determinada comunidade ou grupo.

A jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito brasileiro se depara cada vez mais com o crescimento dos conflitos jurídicos, como a judicialização dos direitos fundamentais sociais, o reconhecimento dos direitos de minorias e a colisão de princípios legais e constitucionais. Enfrentá-los exclusivamente sob o enfoque procedimentalista ou substancialista é uma alternativa muito melhor do que a manter-se na visão modernista do positivismo jurídico clássico. Contudo, o entendimento da prática jurídica que mais se adéqua ao cenário jurídico contemporâneo só pode partir de uma ótica mista, capaz de desencadear argumentos jurídicos transpositivos que necessitam, ao mesmo tempo, fundamentar e validar o procedimento e a decisão.

Ao passo que as decisões oriundas dos órgãos de debate político por meio do processo legislativo democrático se legitimam pelo próprio procedimento, o que não deixa de emitir a princípio um juízo substancial, as decisões oriundas do órgão judiciário também emitem a vontade comunitária ao passo que se legitima pela busca da verdade

e da justiça que muitas vezes não é atingida unicamente pelo processo discursivo democrático.

As propostas procedimentalistas e substancialistas, diante deste dificultoso desafio de se afastar o processo da substância ou vice versa, fazem com que a decisão jurídica no Estado Democrático de Direito não se legitime apenas pela observação da regra majoritária, mas também pela justa apreciação dos anseios da minoria, e que é possível estabelecer uma mediação da tensão entre os preceitos legais que emitem segurança e correção e as realidades sociais, altamente complexas, transitórias e plurais.

Na análise dos casos práticos verificou-se que ora a jurisdição constitucional atua ora procedimentalmente, ora substancialmente o que confere legitimidade às decisões dentro do contexto plural e multicultural no qual estamos inseridos. A legitimação do Direito e da jurisdição no Estado Democrático brasileiro se intensifica ganhando novos contornos na medida em que se garantem os direitos fundamentais em todos os âmbitos, sem que as armadilhas jurídicas e políticas neste jogo ocasionem a ineficiência, supressão ou relativização das garantias.

Diante disso, se aposta na melhor forma de se equilibrar Democracia e Justiça a fim de que as decisões não excluam a forma dialógica e os mecanismos que deram origem a sua construção, mas também não abandone os conteúdos substanciais e a moralidade comum de um grupo, objetivando sempre a conciliação entre forma e matéria, procedimento e substância, democracia e justiça.

5. Referências

ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Trad.Zilda Hutchinson Schild Silva.São Paulo: Landy, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. O Império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FONSECA, Marcelo Ricardo. Introdução teórica à história do Direito. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2012.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre facticidade e validade. Vol. I. 2 ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. Direito e Democracia entre facticidade e validade. Vol. II. 2 ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. A inclusão do outro: Estudos de Teoria Política. São Paulo: Loyola. 2007.

OLIVEIRA, Fábio Correa Souza de. Morte e vida da Constituição dirigente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TEIXEIRA, Antonio Braz. Consenso, Verdade e direito. In: Colóquio Internacional: Autoridade e Consenso no Estado de Direito. Coimbra: Almedina, 2002.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Curso de Hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014.

SIMINONI, Rafael Lazzarotto. Direito e racionalidade comunicativa. Curitiba: Juruá, 2007.

civilistica.com

Recebido em: 10.06.2015
Aprovado em:
15.04.2015 (1º parecer)
20.07.2015 (2º parecer)

Como citar: SIMIONI, Rafael Lazzarotto. SILVA, Guilherme Raimundo da. Decisão jurídica e legitimidade: criando laços entre democracia e justiça. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan.-jun./2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/decisao-juridica-e-legitimidade/>>. Data de acesso.