

PROCEDIMENTALIDADE DEMOCRÁTICA E PRINCÍPIO DO DISCURSO COMO GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

*Fábio Leonel Borges**

Sumário: 1 Introdução; 2 A Teoria Discursiva do Estado Democrático de Direito; 3 A Racionalidade da Jurisdição; 4 Os Conteúdos Morais do Direito; 5 A Teoria Habermasiana do Discurso Jurídico; 6 A Concepção de Ciência do Direito e Suas Implicações Para a Decidibilidade no Contexto da Democracia; 7 A Teoria Discursiva das Decisões no Contexto Democrático; 8 Teoria do Processo e Direito Democrático; 9 Procedimentalidade Democrática e Princípio do Discurso como Garantias Constitucionais; 10 Conclusão.

Resumo: Este trabalho resulta de pesquisas realizadas a respeito da teoria de Habermas e de sua aplicação para o campo do direito. Ao tomar o direito como responsável pela amenização da tensão entre facticidade e validade, passa-se à perspectiva da necessidade de justificação racional do ordenamento jurídico por aqueles que lhe são subordinados. Nesse ponto, a tensão entre facticidade e validade surge como necessidade incessante de conferir validade ao ordenamento jurídico, faticamente posto. Dessa necessidade de validação do plexo normativo, sobressai a função do princípio do discurso no contexto de um Estado Democrático de Direito, no qual o processo deve assumir a função de canalizador das possibilidades argumentativas, no sentido de possibilitar o incessante reexame das figuras jurídicas e a conseqüente reconstrução confirmativa de toda a estrutura estatal, seja ela entendida como normas organizativas ou como normas de conduta endereçadas aos indivíduos em sociedade. Desse modo, o presente trabalho tem como foco uma discussão acerca da necessidade de assimilação do princípio do discurso ao devido processo constitucional, como garantia constitucional de validação das instituições estatais vigentes e do próprio ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Jürgen Habermas. Direito. Princípio do Discurso. Democracia.

* Graduado em Direito e Letras pela Universidade Federal de Uberlândia. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Uniararas. Advogado.

1 Introdução

As noções filosóficas e sociológicas quanto ao Direito, bem como as garantias fundamentais abordadas constitucionalmente, são temas que, apesar da importância incontestável para o campo de atuação do jurista, apresentam-se, em nosso meio acadêmico, relegadas a uma posição secundária frente às demais disciplinas. A preocupação da maioria dos acadêmicos, talvez pela atual crise ética, política e judiciária vivida em nosso país, já não é a compreensão do fenômeno jurídico, mas sim a simples memorização de normas de direito material e processual. A própria noção, e mesmo o sentimento quanto à justiça, em seu sentido filosófico, nos parece excluída da apreciação didática dos Cursos Superiores de Direito, quando se observa a sua grade curricular.

Divergindo sobremaneira dessa atual conjuntura, bem como da expectativa e do entendimento da posição e função social daqueles que interpretam o direito, nos vemos então impelidos ao resgate de um olhar mais atento quanto aos direitos e garantias constitucionais.

Desse modo, analisamos neste texto o papel da procedimentalidade democrática, bem como o enquadramento do princípio do discurso como garantia constitucional, tratando questões referentes à fundamentação das decisões judiciais, bem como do caráter discursivo inerente ao processo e sua condução lógica de argumentos e construção de sentidos normatizados.

Tem-se como subsidio teórico principal para este trabalho a *Teoria Discursiva do Estado Democrático de Direito*, do filósofo Jürgen Habermas. Esse autor frankfurtiano, ao lançar sua teoria, de cunho notoriamente sociológico, sobre o direito, entende o fenômeno jurídico como uma constante tentativa de harmonização da tensão entre facticidade e validade, em sua realização dentro da sociedade, ou seja, no sentido da legitimação do direito no Mundo da Vida (*lebenswelt*).

Para o referido filósofo, a razão comunicativa está inserida no contexto do Mundo da Vida, podendo ser entendida como o reconhecimento mútuo das pretensões individuais de validade do processo de comunicação entre os sujeitos em comunidade. Com isso, o entendimento de uma racionalidade comunicativa pode ser considerado enquanto sinônimo de agir comunicativo.

Os mandamentos normativos só conseguem circular em toda a amplitude social pelo caráter específico da linguagem do direito, a qual

busca certa abertura para a impregnação pelo mundo da vida. Sem a tradução para o código do direito, que, apesar de complexo, se mantém aberto tanto ao mundo da vida quanto aos vários sistemas que o circunscvem, estes não encontrariam possibilidade de diálogo e interação, impossibilitando a solução dos conflitos intersistêmicos observados no contexto social.

Através da positivação de normas de conduta, torna-se possível a amenização da tensão entre facticidade e validade no interior da sociedade. Considerando-se as ideias como incorporadas na linguagem, e seu uso orientado para o entendimento, em que os diversos atores sociais se entendem comunicativamente, orientando suas ações, motivadas racionalmente, ter-se-á a possibilidade de dissenso, mesmo dentro do contexto de um *medium* lingüístico demarcado. Nesse sentido, a fim de amenizar os efeitos de dissensos argumentativamente fundamentados no interior da sociedade, ilidindo os conflitos sociais ocorrentes, mesmo no contexto do mundo da vida, cria-se a possibilidade de institucionalização de condutas tidas como lícitas.

Segundo Habermas:

Quando uma comunidade política se constitui enquanto tal, o ato constituinte da fundação significa que os cidadãos reconhecem mutuamente um sistema de direitos, o qual lhes garante autonomia privada e pública. (HABERMAS, 2003, p. 267).

No contexto de aplicação das normas de caráter material, contudo, vem à tona o problema central de nossa proposta, a interação argumentativa que permite a apreciação fática frente ao plexo normativo. A mera validade da norma, por si só, não garante a manutenção e o perfeito atendimento das garantias fundamentais as quais ela visa resguardar. Nos dizeres do autor frankfurtiano:

Que uma norma valha *prima facie* significa apenas que ela foi fundamentada de modo imparcial; para que se chegue à decisão válida de um caso, é necessária a aplicação imparcial. A validade da norma não garante por si só a justiça no caso singular. (HABERMAS, 2003, p. 270).

Desse modo, para Habermas, o processo hermenêutico de aplicação de normas ganha o matiz de um cruzamento entre a descrição da situação vivenciada socialmente e a necessidade de concretização da norma geral, a qual é trazida para a seara da proteção institucional do Estado, enquanto órgão jurisdicional garantista.

Do ponto de vista das garantias constitucionais, há que se ressaltar a intensa carga constitucional incorporada à noção de processo no contexto de um discurso democraticamente institucionalizado. É nesse sentido que Habermas entende as normas processuais fundamentais:

Os direitos processuais garantem a cada sujeito de direito a pretensão a um processo equitativo, ou seja, uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato; deste modo, os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários. (HABERMAS, 2003, p. 274).

O aspecto discursivo-argumentativo do processo ganha relevo na teoria de Habermas, a qual passa a enxergar o processo como palco institucionalizado para a construção de um sentido coerente, ou busca de um acordo quanto a dada pretensão de direito de caráter controvertido.

Desse modo, para o referido pensador inexistente um fim natural no encadeamento dos possíveis argumentos substanciais dentro de uma discussão acerca de uma pretensão de cunho jurídico. Dentro do espaço argumentativo institucionalizado como processo, não se pode excluir a possibilidade de novas informações e melhores argumentos virem a ser trazidos à tona para a criação de um sentido discursivo coerente.

Para Habermas, uma argumentação só poderá ser dada como concluída, quando haja uma condensação de argumentos tal que permita o surgimento de um acordo sobre a aceitabilidade da pretensão controvertida em discussão.

Em comentário à obra de Habermas, Rosemiro Pereira Leal, traz as implicações da teoria habermasiana para a discussão do devido processo legal como fonte de proteção das garantias fundamentais, entendendo-o como espaço para a avaliação de argumentos e obtenção de fundamentação para as decisões de cunho judicial. Para este autor:

É o devido processo legal, como co-extensão procedimental do devido processo constitucional, que vai estabelecer o espaço discursivo legitimador da decisão a ser neste preparada por todos integrantes de sua estrutura procedimental. (LEAL, 2002, p. 104).

As garantias constitucionais inerentes ao processo o tornam, seja na seara judicial ou administrativa, apto a receber e manusear o plexo de argumentos válidos e racionalmente justificáveis, que, em relação antitética completa, se aglutinarão na construção da decisão final da instância julgadora.

Desse modo, em um contexto social democraticamente demarcado, o caráter normativo do direito não encontra possibilidade de instrumentalização coercitiva pelo Estado enquanto não seja encaminhado pelo espaço, constitucionalmente demarcado, do processo. A este respeito, retomando a teoria habermasiana, conclui o supracitado autor:

(...) para Habermas, a procedimentalidade assegura um âmbito de compreensão jurídica na produção de argumentos numa relação comunicativa de liberdade indemarcada. Não há, para ele, uma *teoria procedimental da liberdade* a ser antes considerada pelos próprios autores e destinatários da normatividade para fixar os critérios de formação da vontade jurídica, mas um campo discursivo imediato de liberdade decisória em que se acharia o melhor argumento de consenso, ainda que provisório e falível, de posições divergentes a partir de uma base popular soberana e de direitos humanos já historicamente conquistados. (LEAL, 2002, p. 178).

Com base nesses conceitos, partimos para o campo do direito processual civil, no intuito de discussão das implicações da teoria habermasiana no processo, trazendo para a discussão uma visão de processo como palco para a realização de argumentos válidos e racionalmente justificáveis.

Nesse contexto, ganha forma o questionamento quanto a uma análise teórica do processo como possibilitador e institucionalizador de um discurso decisório, o qual surgiria como consenso processualmente atingido.

Sendo assim, o processo, quando pensado a um nível de possibilitador de uma decisão quanto a pretensões opostas de interesses, é amarrado por uma estrutura institucional, a qual se acha individualizada pelos atributos e garantias jurisdicionais, os quais se encontram em íntima relação com a contraposição de juízos argumentativos de ordem discursiva, surgindo, portanto, a decisão judicial da confluência e interação desses fatores.

Nesse aspecto, o princípio do discurso, aqui entendido como garantia constitucional, deverá ser explorado no contexto da realização do processo e da procedimentalidade discursiva que orienta o julgador na produção da decisão.

2 A Teoria Discursiva do Estado Democrático de Direito

Por meio da teoria discursiva do Estado Democrático de Direito, criada por Habermas, abre-se o paradigma da substituição da antiga razão prática, cujo conceito fora desenvolvido por Kant, para a adoção de uma nova perspectiva, denominada por Habermas como razão comunicativa.

Esse novo entendimento quanto à racionalidade motivadora das ações interindividuais no palco social, portanto, deriva diretamente da teoria do agir comunicativo. Tal pressuposto traz a necessidade de estudo da linguagem como figura central para o entendimento das ações humanas em sociedade, bem como altera profundamente a visão reinante acerca do discurso jurídico.

Assim, a razão comunicativa está inserida no contexto do mundo da vida, devendo ser entendida como o reconhecimento mútuo das pretensões individuais de validade no interior do processo de comunicação entre os sujeitos. Sendo, portanto, a racionalidade comunicativa considerada enquanto sinônimo de agir comunicativo. Com isso, temos que o mundo da vida passa a ser entendido como a fonte criadora da racionalidade comunicativa.

Somente através do discurso, portador de argumentos válidos, que o consenso racionalmente justificado pode ser estabelecido entre os atores sociais. Tal realização garante a manutenção dos processos de comunicação dentro de cada comunidade de falantes, promovendo, com isso, a existência de consenso entre os atores sociais.

Nessa linha de pensamento, o verdadeiro consenso só pode ser obtido por meio de um discurso aberto à crítica dos integrantes da relação comunicativa estabelecida, frente aos argumentos possíveis em determinado contexto lingüístico. O resultado do discurso, desse modo, dependerá da obtenção de um consenso o qual seja possível considerar sólido do ponto de vista argumentativo.

O direito, neste viés, surge como uma espécie de mediador entre o mundo da vida e os sistemas sociais funcionais, que se isolam em pequenos mundos divisos e circundantes, permitindo que se estabeleça uma ponte entre os vários códigos circunscritos na realidade social, uma vez que é portador dos critérios estatalmente institucionalizados para a solução de conflitos existentes.

Desta forma, as normas legais só conseguem circular em toda a amplitude social pelo caráter específico da linguagem do direito, a qual é aberta à absorção do mundo da vida. A linguagem do direito, apesar de guardar grande complexidade não se fecha ao mundo da vida, e aos vários outros sistemas lingüísticos que o permeiam. E é justamente essa capacidade de absorção e análise, inerente ao código lingüístico do direito, que possibilita, através do mesmo, a solução dos conflitos inter-sistêmicos observados no contexto social.

Contudo, ao se analisar a realização do direito, nota-se que na integração social provocada pelo mesmo, os momentos de facticidade e de validade do ordenamento são distintos. A aceitação fática da ordem jurídica ocorre em momento diferente daquele da argumentação sobre a qual ela apóia sua pretensão de legitimidade.

Esse duplo momento de distinção entre um procedimento legislativo, que positiva a norma, e a sua justificação frente à sociedade, nos remetem à circunstância de que a positividade e a legitimidade das normas de direito devem se ater ao exame crítico dos indivíduos que a elas se submetem.

Partindo da concepção de uma racionalidade comunicativa, Habermas considera o direito como uma espécie de campo de realização de várias linguagens diferentes, o qual é tomado como arena para a solução dos conflitos de interesses entre os indivíduos dentro de cada sociedade. Nesse sentido, assumiria o direito a função de amenizar a tensão entre facticidade e validade no interior da realização social de convivência de atores que orientam suas ações racionalmente.

Contudo, na perspectiva da orientação racional de sua conduta, não se pode desprezar a possibilidade de duas perspectivas distintas possíveis: a do indivíduo que se orienta de modo egoísta, interessado apenas no sucesso próprio, e daquele que se orienta pela conformidade da lei.

Não se pode negar que para o indivíduo do primeiro exemplo a norma jurídica nada mais é do que uma forma de empecilho de ordem fática, com a imposição de conseqüências no caso de transgressão. Já, pelo contrário, como no segundo exemplo, o indivíduo orienta suas ações em conformidade com a lei por entender que a regra vem apenas amarrar institucionalmente a sua vontade livre, o que se dá pela própria pretensão de validade e aceitabilidade racional da norma jurídica.

Sendo assim, somente a segunda situação deve ser desejada pelo direito, pois se ancora na aceitabilidade racional da norma jurídica, pressuposto que, acima de tudo, é capaz de conduzir à validação social do substrato fático normativo existente. Ou seja, da amenização da tensão entre a facticidade e a validade da norma jurídica.

3 A Racionalidade da Jurisdição

Abordando o direito sob um enfoque racional, excluindo-se assim as perspectivas contratualistas e jusnaturalistas, com fins a uma teoria do discurso, tem-se a possibilidade de criação de um outro paradigma, o qual absorveria os paradigmas do direito formal burguês e do direito

materializado do Estado Social. Tal perspectiva se apresentaria em uma visão procedimentalista do direito, partindo da noção de constitucionalismo e das garantias processuais advindas desse sistema.

Nessa perspectiva, então, se nos apresenta uma visão abrangente do direito enquanto sistema de ação subordinador das interações entre os indivíduos através de normas, bem como de seus domínios organizados formalmente, os quais adentram nas esferas administrativa, executiva, judiciária, e demais aparelhos do Estado como um todo. Notamos, contudo, que nesses domínios formais ocorre sempre uma referência direta ao complexo normativo, diferentemente dos domínios da família ou da escola, em que os indivíduos apenas adquirem consciência desse complexo de normas quando da necessidade de solução de conflitos.

Tratando, então, da íntima e indissociável relação entre direito e poder político, a qual legitima a força estatal e sua invasão na esfera de direitos individuais, ganha relevância, dentro da teoria da jurisdição, a noção de discurso jurídico, o qual tem por finalidade estabelecer uma ponte entre a indeterminação do direito e a necessidade de racionalidade da jurisdição. A qual é colocada nos seguintes termos por Habermas:

A tensão entre facticidade e validade, imanente ao direito, manifesta-se na jurisdição como tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas. (HABERMAS, 2003, p. 245)

O direito, em sua manifestação concreta de aplicação de normas jurídicas, passa, necessariamente, pelo contraponto entre duas perspectivas, a abstração máxima do legislador, que cria a lei com fins a aplicar-se a toda a coletividade, e a abstração mínima do juiz, que aplica a lei ao caso concreto. Essa questão nos é colocada por Habermas como “o problema da relação entre idéia e realidade”. Seguindo o princípio da segurança jurídica, é necessário então que as decisões judiciais satisfaçam ao mesmo tempo as condições da aceitabilidade racional e da consistência da observância da ordem jurídica estabelecida. E no sentido da busca de conciliação entre esses dois fatores que foram criados os modelos seguintes, como o da hermenêutica, do realismo e do positivismo.

Consubstanciada em um modelo processual de interpretação, a hermenêutica se propõe resolver o problema da racionalidade da jurisdição através da contraposição da norma ao seu contexto histórico e social de aplicação. É o “relacionamento entre normas e estados de coisas à luz de princípios comprovados historicamente” (HABERMAS, 2003, p. 248).

Negando o caráter histórico e axiológico da aplicação do direito, o realismo legal estabelece para o aplicador das normas a mesma posição do político, devendo as decisões serem voltadas para o futuro, inspirando-se em orientações valorativas racionais. O direito é então entendido como instrumento de controle de comportamentos futuros, com vistas a um ajuste das condutas, almejando fins utilitaristicamente motivados.

Afirmando a autonomia do direito com relação a quaisquer outros dados exteriores ao complexo normativo e principiológico estruturado ao longo da evolução da dogmática jurídica, o positivismo considera a garantia de segurança jurídica como sinônima de garantia de correção, tendo como referência a hierarquia de normas e princípios estruturados pelo direito. Assim, o direito se autodetermina por regras próprias em uma perspectiva formal, numa concepção de cunho kelseniano de defesa de uma teoria pura do direito, na qual fatores fáticos e axiológicos tendem a ser excluídos de todo, ou a terem sua importância reduzida.

Na tentativa de solução para as falhas perceptíveis nas propostas elencadas, aflora a teoria dos direitos, elaborada por Ronald Dworkin. Segundo essa concepção, o direito estaria impregnado de conteúdos morais, apoiado no entendimento da razão prática como emergente de um ponto de vista moral, a qual atuaria na gênese da norma fundamental em sua estipulação de tratamento equitativo, estendido a todos os atores subordinados ao direito.

4 Os Conteúdos Morais do Direito

Segundo o entendimento de Dworkin (1999), notamos que existe, de forma assimilada e modificada pelo discurso do direito, a absorção de conteúdos morais e sua incorporação ao ordenamento jurídico. Nesse sentido, é de se ressaltar o intercruzamento entre moral e direito no que concerne à perspectiva dos direitos fundamentais e de princípios organizacionais do Estado de Direito. Nota-se nesse ponto nodal do complexo normativo uma apropriação desses conteúdos morais por parte do discurso do direito que, contudo, mantém a mesma estrutura, não se confundindo, em virtude dessa absorção, o discurso moral e o discurso jurídico.

Nesse ínterim, temos que o discurso jurídico é independente da moral e da política na medida em que os princípios dessas duas são incorporados e traduzidos para o campo de neutralidade da linguagem jurídica, onde são normatizados. Esses princípios são, em regra, absorvidos pelo

processo legislativo e integrados ao complexo normativo e ao caráter de indeterminação da jurisdição.

A partir dessa confluência de idéias, e perspectiva acerca da noção própria de norma jurídica que advêm delas, que Dworkin refuta as concepções hermenêutica, realista e positivista, acrescentando, como conclusão de seu raciocínio, um procedimento de interpretação construtiva como teoria apta a auxiliar o magistrado em seu labor. Desse modo, opondo decisões idealmente válidas à indeterminação do direito, pautadas em uma reconstrução racional da ordem jurídica, em que o direito vigente passa a ser justificado a partir de uma série ordenada de princípios, retomando, ao mesmo tempo, o seu caráter de generalidade e a sua aplicabilidade ao caso particular.

Na busca de um paliativo para a satisfação simultânea do princípio da segurança jurídica em harmonia com a pretensão de legitimidade do direito, Dworkin traz à tona a necessidade de coerência das decisões judiciais, que se revela através da interação de argumentos válidos na produção de um acordo motivado racionalmente. Nessa perspectiva pragmática, então, o caráter de indeterminação da norma, fruto da abstração máxima de sua gênese legislativa, é contraposta construtivamente a partir de princípios e determinações objetivas válidas no sentido da concretude do ordenamento jurídico como um todo. Note-se que se trata de uma teoria do direito, não de uma teoria da justiça. Sendo necessário a tal “construção” a observância da própria intenção legislativa, em contraposição à realidade de aplicação argumentativamente referida, sendo possível encaixar a norma geral a casos singulares, mantendo-se a coerência global das decisões.

Nesse sentido a tarefa do “juiz Hércules” o incumbiria da necessidade de conhecimento de todos os princípios objetivos válidos e necessários para a justificação, ao mesmo tempo em que detenha uma visão completa do complexo normativo. Tal combinação permitiria a esse Hércules um meio termo aceitável no contexto da tensão entre a inovação das decisões e a história institucional, mesmo quanto a julgamentos anteriores, materializados na forma de uma jurisprudência concreta. Sendo-lhe possível também, no caso de conflito de normas, a escolha daquela que mais se adequa à situação concreta.

Tendo como paralelo a institucionalização de direitos processuais, avalizados constitucionalmente, há a garantia do contraponto argumentativo quanto às questões de fato e de direito, possibilitando ao indivíduo a proteção contra decisões arbitrárias.

5 A Teoria Habermasiana do Discurso Jurídico

Com uma crítica à figura do “juiz Hércules”, referida à teoria de Dworkin, em que a posição privilegiada do juiz pode justificar uma tomada de posição que contrarie as demais interpretações jurídicas, mas reconhecendo, contudo, o direito como meio de integração social através do *medium* de sua linguagem, que absorve e potencializa as demais, Habermas nega o princípio monológico do papel relegado ao juiz no contexto da teoria dworkiana.

O magistrado deve pautar sua interpretação construtiva a partir da noção comunicativa de consenso dos cidadãos, obtida através da comunicação pública. Através da noção reflexiva de um agir comunicativo, em que a prática da argumentação, por si só, “exige de cada participante a assunção das perspectivas de todos os outros” (HABERMAS, 2003, p. 277), torna-se possível ao juiz a absorção desse consenso e seu contraste com a norma, até mesmo em um nível de reafirmação da validade e aplicabilidade do direito vigente.

Contudo, é necessário pensar a figura do juiz como integrante de uma categoria de profissionais que se encontram adstritos a uma série de regras e princípios, tanto garantistas quanto restritivos.

Através dessa institucionalização de uma racionalidade procedimental, deve-se rebater o conceito solipsista de juízo de Dworkin, alargando as possibilidades de construção argumentativa, buscando-se assim a aceitabilidade racional da decisão apoiada em argumentos possíveis no decorrer do processo. Nesse sentido, a pretensão à “única decisão correta” é buscada idealmente, relacionando fatos e normas através do procedimento argumentativo da busca cooperativa da verdade.

Contudo, entenda-se essa busca da verdade como uma forma reflexiva do agir comunicativo, em que a prática da argumentação é caracterizada por uma reversibilidade de todas as perspectivas dos participantes, permitindo um alto grau de participação intersubjetiva na formação da decisão, em que as situações de fato e de direito são analisadas sob óticas opostas, buscando cada parte a defesa de uma tese em seu benefício, nas palavras de Habermas:

Nos discursos de aplicação, as normas, supostas como válidas, referem-se sempre aos interesses de todos os possíveis atingidos; no entanto, quando se trata de saber qual norma é adequada a um caso determinado, essas relações se retraem atrás dos interesses das partes imediatamente envolvidas. No seu lugar entram interpretações da situação, que dependem da autocompreensão

e da compreensão diferencial do mundo do autor do delito e dos atingidos. Dessas diferentes interpretações da situação precisa emergir uma descrição do estado de coisas, já impregnado normativamente, que não passa simplesmente por alto as diferenças de percepção existentes. (HABERMAS, 2003, p. 284).

Retomando o caráter argumentativo fundamental atribuído ao campo das justificações de decisões judiciais, nota-se a necessidade de retomada dos motivos criadores de normas. Argumentos pragmáticos, éticos e morais, que nortearam o legislador, necessariamente, devem ser reinseridos no contexto de um discurso de aplicação, negando o caráter de fechamento apregoadado pela noção positivista de interpretação e aplicação de normas.

Não estando as partes obrigadas à busca cooperativa da verdade, inserem seus argumentos, de interesse egoístico, no cenário do discurso apreciado pelo juiz, o qual pode adotá-lo, ou não, sempre de forma racional, sem afetar a noção de imparcialidade. Nesse ínterim, portanto, as condições procedimentais, por mais que ressaltem garantias processuais, tais como o contraditório, a ampla defesa e mesmo o princípio do devido processo legal, não são seletivas o suficiente para a garantia de obtenção de uma única decisão correta.

Temos, portanto, a institucionalização da prática de decisões judiciais em um rito processual com garantias de ordem constitucional de apreciação de argumentos e equidade participativa entre as partes. Tais regras não regulam os argumentos permitidos, nem o desenrolar da argumentação, garantindo apenas os espaços equânimes para a efetiva ocorrência de tais discursos, bem como a sua apreciação pelo órgão julgador, que fundamentará racionalmente seu entendimento.

6 A Concepção de Ciência do Direito e Suas Implicações Para a Decidibilidade no Contexto da Democracia

A concepção vigente a respeito da ciência do direito, a qual tende a confundir-la com seu próprio objeto, acaba tornando-se mais um óbice à difusão do direito democrático em suas bases discursivas de aplicação.

Ao tomar o direito como um estado permanente de coisas, a possibilidade de sua autocrítica perde espaço para a criação e reiteração de fórmulas prontas, interpretadas por julgadores mediante a utilização de suas convicções axiológicas protegidas de qualquer possibilidade de análise social. Termos em que se retira do campo de atuação do intérprete o caráter reconstrutivo inerente ao próprio princípio do discurso, que deveria ser o matiz orientador do direito democrático. Vejamos a assertiva

do professor Rosemiro Pereira Leal:

Evidente que essa estranha concepção de “ciência do direito” só não serviria ao entendimento de um *direito democrático*, porque essa singularíssima ciência não se destinaria a esclarecer a legitimidade do direito adotado, mas tão-somente a conduzir um objeto normativo que seria um direito de bases não discursivas, isto é: um *direito pronto*, cujas causas poderiam ser desprezadas para a sua exata aplicação, validade e eficácia. (LEAL, 2002, p. 66).

Não se pode esquecer que a grande conquista da democracia, aplicada ao campo do direito, é a possibilidade/necessidade de que se instaure, por meio do processo, uma busca permanente de legitimidade e validade do direito vigente, através da qual as instituições sejam a todo o tempo analisadas e reconstruídas por seus atores, possibilitando a livre aceitação racional das decisões jurídicas.

Partindo da perspectiva da teoria constitucional adotada pela Constituição Brasileira de 1988, não se pode mais aceitar a visão dworkiana de um juiz “justiceiro”, que, munido da interpretação da lei de acordo com suas convicções pessoais, é o único apto à realização do direito. A decisão, na esteira do processo democrático, constitucionalmente criado, deve ser construída como resultado que se vincula necessariamente à estrutura procedimental regida pelo processo institucionalizado, em atendimento ao pressuposto democrático necessário à própria legitimação das ordens estatais.

O processo orientado constitucionalmente, desse modo, pode ser considerado como uma forma de garantia da realizabilidade democrática, por meio da irrestrita possibilidade de autocrítica do sistema legal e reconstrução permanente do direito pela prática dos atores sociais, que, como portadores de argumentos válidos, insiram-se, juntamente com os órgãos estatais decisórios, na construção argumentativa das decisões, avaliando, a todo tempo, a lei em consonância com o princípio de sua livre aceitação racional, na qual os subordinados à lei assim se comportam por serem também autores da lei.

A processualidade, nesta feita, pode ser afirmada como pressuposto de manutenção da própria existência das bases de sustentação do Estado. Ao se intitular democrática de direito, a figura estatal se coloca sob a premissa da constante necessidade de justificação racional por parte de seus integrantes, estando, em decorrência do princípio do discurso, que permeia a própria noção de democracia, constantemente aberta a críticas

e reavaliação das suas bases, em decorrência da justificativa para a sua instituição. Dado que todo poder emana do povo, o Estado necessita de processualizar os instrumentos de sua própria reconstrução, a fim de que seja possibilitada a sua perpetuação ao longo do tempo.

Destaque-se que, em um modelo de cunho democrático, o vigor do Estado deve estar amparado na ininterrupta possibilidade de reconstrução de sua bases de existência e validade, o que somente pode ocorrer por meio da institucionalização, pelo processo, da confluência argumentativa necessária à construção de suas decisões, tanto quanto à criação e aplicação das leis, quanto às bases da burocracia estatal.

7 A Teoria Discursiva das Decisões no Contexto Democrático

No contexto do Estado Democrático de Direito, a eficiência jurídica das normas de direito encontra-se condicionada à observância da teoria discursiva do direito, pois, do contrário, as decisões jurídicas poderiam pautar-se em uma lógica não condizente com a missão de buscar a concretização da democracia no âmbito do espaço destinado ao poder estatal.

O sistema jurídico só pode considerar-se democrático se for, a todo tempo, possibilitador da fiscalização e recriação constante, acessível a todos os integrantes da comunidade jurídica, por meio do devido processo constitucional e legal, sempre de maneira ampla, com a garantia da possibilidade da opinião racionalmente fundamentada de seus participantes.

No direito democrático, a validade e a eficácia das decisões prolatadas não se amparam na visão kelseniana da derivação direta e coerente com uma norma superior do sistema, ou mesmo pela pretensa coerência lógico-formal de determinada conclusão juridicamente fundamentada. Dado o pressuposto da garantia de fiscalização e reconstrução do plexo jurídico por aqueles que o vivenciam, a validade das decisões, em um contexto de democracia real, deve pautar-se no teor discursivo de suas manifestações, jamais olvidando a necessidade de compatibilização teórica com o modelo constitucional de Estado da qual emanam. A respeito do assunto, destacamos as palavras de Rosemiro Pereira Leal:

Não há *Estado democrático de direito* pela imediatividade de valores, metas, categorias ou silogismos, encerrados nos sistemas jurídicos que lhe possam dar suporte, mas pela observância de uma condição jurídico-espacial procedimentalmente processualizada (âmbito estatal democrático) como mediadora teórica de construção, garantia, recriação e aplicação do direito. (LEAL, 2002, p. 122).

No entanto, não é essa a prática mais corriqueira em nosso Poder Judiciário, como assevera o referido autor:

As decisões, embora proferidas em nome de um Estado democrático de direito ou de um direito constitucionalmente democrático, não se vêm fundamentando na teoria do sistema jurídico-discursivo da democracia, não se prestando, portanto, a realizar os conteúdos legais instituintes desse tipo de Estado, de vez que se limitam seus prolores a entender, aos moldes de Luhmann, como *decisão* fundamentada, aquela que ideologicamente se define em apreciar pressupostos e condições de procedimentos, bem como a causa de pedir e pedido por via de motivações jurídicas, éticas ou morais do decisor, ao atendimento de “*aspirações da sociedade*” extraídas de seu especial talento e sensibilidade intemoralata. (LEAL, 2002, p. 122).

O processo, desse modo, atua na democracia como o provedor, institucionalizado constitucionalmente, da possibilidade de atualização corretiva e preventiva do ordenamento jurídico, propiciando a compreensão, a avaliação e o refazimento normativo ao longo do tempo, amparando, assim, o caráter reconstrutivo que se deseja que permeie o direito, como resultado da aplicação do princípio do discurso, tão caro ao modelo de Estado Democrático de Direito, como constitucionalmente adotado por nosso ordenamento.

Quando se trata do tema da decisão, para que a mesma se encaixe no conceito de decisão democrática, faz-se necessário que ela provenha da estrutura procedimental decorrente de forma direta do devido processo constitucional, sendo, portanto, pressuposto para a sua manifestação que a mesma decorra como emanção integrativa de todos os sujeitos do processo, e não de uma opinião monocrática ou colegiada decorrente de apenas um dos sujeitos do processo, que se impõe na qualidade de órgão protetor da harmonia estatal.

Nesse ponto, há que se ter clareza de que o devido processo constitucional não pode mais ser tomado como uma instituição jurídica que necessite de proteção, ou mesmo que deva ser resguardada pela comunidade julgadora, como espécie de relíquia. Ao contrário, deve o mesmo ser tomado como pressuposto, para que seja amplamente aplicado, dado que sua existência é imprescindível para a consecução da democracia.

A realização do devido processo constitucional, na esteira do pensamento habermasiano, seria capaz de ampliar a possibilidade de concordância racional dos destinatários aos conteúdos normativos, como assevera Rosemiro Pereira Leal:

O postulado de Habermas de que a força do direito nas democracias se expressa na circunstancialidade de os destinatários das normas se reconhecerem como seus próprios autores só é acolhível num espaço-jurídico processualizado (em conotações fazzalarianas e neo-institucionalistas) em que as decisões não seriam atos jurisdicionais de algum protetor ou mero provedor dos procedimentos democraticamente constitucionalizados (devido processo legal), mas atos processualmente preparados na estrutura procedimental aberta a todos os sujeitos (...) (LEAL, 2002, p. 131).

Nas democracias, o devido processo tem ainda a função de criar condições de existência e profusão do *medium linguistico* imprescindível à constante análise e reconstrução do ordenamento jurídico, como forma de garantia constitucional inerente ao próprio conceito de democracia.

8 Teoria do Processo e Direito Democrático

O pensamento científico tem como grande marco de autorreflexão a elaboração por Popper (1999) de uma nova teoria com a proposição de uma nova visão acerca do conceito de cientificidade. Partindo da noção de falibilidade das afirmações entabuladas pelo discurso do conhecimento, faz-se necessário pensar o direito, para que se possa considerá-lo científico, a partir da premissa de que o discurso jurídico, do mesmo modo que as demais ciências, também estaria inserto no pressuposto de uma visão falibilista de suas construções, na qual o direito haveria de se oferecer expressamente a possibilidades de análise e reconstrução intermitentes.

Contudo, ao se partir dessa premissa acerca do caráter analítico e reflexivo que deve nortear o direito, abre-se o questionamento quanto às bases argumentativas para tanto. Resta então a indagação quanto à titularidade desse discurso, bem como os meios de condução e participação popular em sua assimilação, avaliação e remodelação.

Sendo assim, conforme já anteriormente afirmado, no contexto de um Estado de direito democrático, o poder político, construtor das leis, deve legitimar-se a partir de uma legalidade normativa que, ao assegurar a todos os atores da sociedade os direitos fundamentais inerentes ao devido processo constitucional, permita a realização de uma fiscalidade concreta da construção, reconstrução e aplicação do direito como pressuposto para a realização de um direito democrático.

Por outro lado, não se pode olvidar que nessa concepção até mesmo os direitos fundamentais já constitucionalizados devem ser também suscetíveis de esclarecimento, revisão, reconstrução ou reafirmação, o que

deverá ocorrer por meio da incessante fiscalização realizada pelo processo, dando ensejo à necessidade de que se traga à tona uma teoria do processo de cunho institucionalizante, capaz de demarcar de maneira clara os critérios a serem adotados na formação da vontade decisória, para que, desse modo, no contexto de uma teoria democrática, fosse possível, ao mesmo tempo e de maneira indissociável, realizar-se não só a aplicação, mas também a reconstrução do direito, a cada ato jurisdicional estatalmente realizado.

Ao contrário dos sistemas propostos por Kelsen e Luhmann, a existência do direito democrático pressupõe a utilização do princípio do discurso pela necessidade de demarcação teórica dos critérios de formação da vontade jurídica, pois somente eles são hábeis à legitimação e validade do direito democrático.

Não se pode isolar a figura dos magistrados da percepção da vontade decisória, a qual se ampara na aplicação prática do princípio do discurso, em que os juízes acabam por se verem como uma espécie de guardiões dos direitos e garantias públicas, deixando de lado uma vontade jurídica democraticamente auferível por meio da institucionalização do processo, em seu viés constitucional de revisor e reconstrutor do complexo normativo, amparador da própria figura estatal.

Nessa linha de pensamento, não se pode negar que é pressuposto para que o ordenamento jurídico possa ser designado de democrático de direito que o mesmo possibilite uma autoabertura irrestrita, permitindo-se legalmente o oferecimento a todos do exercício da discursividade crítica à fiscalização processual intermitente, a fim de que seja possível a construção, o entendimento, a avaliação, a reconstrução e a aplicação do direito, como bem ensina Rosemiro Pereira Leal:

Quando, nas democracias, constitucionalmente é dito que o direito (poder) emana do povo, é este, por todos os componentes da sociedade jurídica, construtor do fundamento de confirmação legitimante do direito no espaço procedimental garantido pelo *devido processo constitucional*. Por consequência, a instituição do processo reúne princípios de autogarantia da procedimentalidade possibilitadora da configuração paradigmática do Estado democrático de direito, no qual se exerce testabilidade e fiscalidade confirmatória ou correicional, ampla e irrestrita, da validade do ordenamento jurídico. (LEAL, 2002, p. 171).

O devido processo constitucional, desse modo, atuaria como incessante possibilitador da revisitação, pela comunidade de submetidos às leis, para que os mesmos possam se entender, acima de tudo, como autores do ordenamento jurídico, amarrando as perspectivas de criadores e destinatários das normas jurídicas.

9 Procedimentalidade Democrática e Princípio do Discurso como Garantias Constitucionais

A discussão quanto à teoria do discurso, longamente entabulada por Habermas em sua obra, requer, contudo, considerações acerca da aplicação do ideário desenvolvido ao contexto da prática do labor jurídico cotidiano.

Nesse sentido, é necessário que seja criada uma nova proposta prática que permita a associação entre a teoria inerente ao princípio do discurso à teoria da procedimentalidade democrática, que deve pautar-se em um caráter institucionalizador do processo, pois somente desse modo seria possível suprir a racionalidade inconclusa das proposições de direitos, mesmo os direitos fundamentais, os quais já passaram pelo crivo da constitucionalização.

Entretanto, para maior clareza argumentativa, faz-se necessário aclarar o que se entende por princípio do discurso no contexto da teoria habermasiana. O princípio do discurso, desse modo, destina-se à justificação da validade das normas, tanto jurídicas quanto morais. Contudo, é idealizado por Habermas de maneira abstrata, objetivando apenas a reflexão quanto à necessidade de justificação das normas de ação, a fim de que seja mantida a sua legitimidade e validade em seu contexto de aplicação.

Segundo Flávio Beno Siebeneichler, em obra conjunta dedicada ao estudo do autor alemão¹ (BORGES; GOMES; JESUS, 2010), em aprofundamento ao tema do princípio do discurso:

(...) Habermas subdivide o princípio do discurso em dois princípios distintos e complementares: a) O princípio moral ou princípio “U”, ou ainda, princípio de universalização de normas morais, segundo o qual normas de ação, morais, têm de satisfazer à seguinte condição: conseqüências e efeitos colaterais, que provavelmente ocorrerão no caso de uma obediência generalizada a uma determinada norma, tem de ser aceitáveis por todos os possíveis envolvidos enquanto participantes de um discurso. b) O princípio da democracia, segundo o qual somente podem pretender validade e legitimidade as leis que – em um processo de criação do direito configurado discursivamente – podem contar com o assentimento não obstaculizado e juridicamente operacionalizado, isto é, a liberdade comunicativa, de todos os cidadãos de um Estado. (BORGES; GOMES; JESUS, 2010, p. 27).

¹ A obra referida trata-se de produção bibliográfica conjunta, decorrente de estudos realizados pelo grupo de pesquisa “Teoria Crítica e Ensino Superior”. Para aprofundamento na Teoria Discursiva do Estado Democrático de Direito, indica-se a referida obra, especialmente o seu capítulo final, de minha autoria.

Sendo assim, quando se trata do princípio do discurso, não se pode esquecer da complementariedade de seus dois aspectos integrativos, o que Siebeneichler chamou de princípio moral e de princípio da democracia, que, em relação indissociável e necessária, compõem a base principal para que possamos pensar a procedimentalidade democrática no âmbito do presente trabalho.

No contexto de uma procedimentalidade democrática, o processo deve fazer as vezes de garantidor da realizabilidade da integração social por meio da aplicação do conceito de direito de ação, que deve despir-se de quaisquer restrições ou condições para o acesso dos atores sociais.

Em tal raciocínio, o conceito de processo seria aberto, deixando para trás a perspectiva do exercício da jurisdição como tarefa específica dos juízes, mas criando a visão de que os mesmos não são solitários da construção, avaliação e reconstrução do direito, posto que, com a abertura argumentativa provocada com a aplicação do princípio do discurso, passaria a ser possível àqueles que se subordinam às leis, a possibilidade de assimilação crítica e reconstrução, através de argumentos válidos, advindos do desenrolar processual.

O pressuposto de aplicação do princípio do discurso à procedimentalidade democrática, neste viés, pode ser considerado como uma espécie de garantia constitucional, pois atinge diretamente os atores da sociedade, assim considerados como os cidadãos políticos que necessitam de premissas para a obediência às normas jurídicas. Tais premissas, dessa forma, surgem na possibilidade de crítica racional e reconstrução das normas de direito, a fim de que, pela institucionalização do processo, em consonância com a necessidade de realização plena da democracia, aqueles que se submetem às leis possam também se verem na qualidade de autores das leis.

Para tanto, somente uma teoria jurídica como a proposta por Habermas, que conceba o processo como um *medium lingüístico* capaz de institucionalmente conhecer a vontade daqueles que se submetem às normas estatais, dos quais foi constitucionalmente posto que emana todo o poder, seria capaz de possibilitar a incessante justificação racional da ordem jurídica positivada, bem como da continuidade de suas alterações, na esteira da proposta habermasiana de reconstrução do direito.

Desse modo, a aplicação do princípio do discurso ao contexto democrático seria uma garantia constitucional capaz de ampliar a efetividade das premissas do contraditório, da ampla defesa e da

isonomia entre as partes processuais. Seria o referido princípio, portanto, um pressuposto necessário para a problematização e organização das pretensões das partes na condução argumentativa de cunho decisório.

Como asseverado pelo próprio Habermas, quando o princípio do discurso, em sua realização, é incorporado pelo princípio da democracia, o agir comunicativo da comunidade política, através de uma lógica de concatenação de argumentos válidos, expostos à crítica de todos, assume o *status* de uma espécie de liberdade institucionalizadora indemarcada, a qual, seguindo a teoria do referido autor, seria intrínseca ao próprio conceito de procedimentalidade jurídica.

Somente essa procedimentalidade, portanto, ao institucionalizar a aplicação do princípio do discurso, seria capaz de legitimar as estruturas legalmente postas frente à realização plena de um Estado democrático.

No entanto, não se pode esquecer que a realização argumentativa plena escaparia a qualquer limite teórico das estruturas procedimentais legalmente asseguradas. Habermas, nesse ponto ressalta a completa liberdade argumentativa na busca da decisão a respeito de pretensões opostas, com vistas ao acolhimento do melhor argumento possível, apto a pôr fim à lide e fundamentar o pronunciamento do poder estatal. Contudo, dada a abertura argumentativa intrínseca ao princípio do discurso, bem como a postura reconstrutiva do direito, nada impediria a superveniência de outro argumento, melhor do que o anteriormente determinante.

Nesse contexto, a procedimentalidade democrática asseguraria a profusão de um novo âmbito de compreensão jurídica no que se refere à produção e organização de argumentos, que passa a realizar-se em uma relação comunicativa de liberdade indemarcada à profusão argumentativa.

Dado o seu caráter discursivo, a teoria criada por Habermas parte da premissa da necessidade constante de justificação racional do ordenamento jurídico, por meio das decisões emanadas pelos seus aplicadores, as quais estarão, para que possam ser taxadas de democráticas, adstritas à realização do princípio do discurso, como amplo possibilitador do confronto argumentativo, na busca do consenso, aqui entendido como o melhor argumento obtido mediante premissas válidas, justificadas racionalmente.

Tendo sido conclamada a democracia como orientadora de nosso sistema político, como veementemente informado pela Constituição Federal de 1988, há que se esperar que esse ideário democrático deva ser considerado como garantia constitucional, o que nos leva a concluir que deva ser estendido, em todas as suas potencialidades, para todos os campos de emanção estatal existentes. Sendo assim, não se pode esquecer do direito.

Em um contexto constitucionalmente democrático, o princípio do discurso, como possibilitador da institucionalização do processo pela via da procedimentalidade democrática, deve ser tomado como garantia de ordem constitucional, até mesmo em seu caráter individual, por assegurar ao indivíduo regido pelo ordenamento jurídico a possibilidade de que o mesmo se entenda não apenas como subordinado à lei, mas também como criador da mesma, pela constante possibilidade de avaliação e reconstrução das normas jurídicas.

Além disso, ao se pensar no conteúdo das estruturas estatais, a aplicação do princípio do discurso, bem como da procedimentalidade democrática, ao imprimir ao direito um matiz reconstrutivo, permitiria a constante validação das estruturas estatais pela comunidade de sujeitos de direito, os quais constituem o “povo”, referido na carta magna, do qual emana toda a forma de poder.

Para tanto, como forma de garantia à condição de Estado Democrático de Direito, com *status* de exigência constitucional, faz-se necessária a construção de uma teoria processual de ordem institucional, em que o processo possa abarcar a função de controle e regência da soberania popular, única capaz de legitimar as estruturas legais vigentes. Tal legitimação, por óbvio, deve pautar-se na capacidade procedimental de canalizar a base comunicativa popular pelo ambiente institucionalizado da procedimentalidade democrática, possibilitando uma incessante relação de assimilação, fiscalização, aplicação e mesmo de reconstrução dos direitos, sempre pautando-se na base comum dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia.

A aplicação do princípio do discurso ao contexto democrático representa uma forma de garantia que, apesar de não expressa explicitamente no texto da Constituição Federal de 1988, resulta, de forma tácita, da interpretação de seus dispositivos, principalmente da adoção do pressuposto democrático e da emanação do poder por parte do povo.

Ao considerarmos o direito em seu matiz temporal, inserido no contexto da constante mutação social e valorativa, impõe-se retornar ao conceito popperiano de falibilidade das proposições científicas ao se pensar na ciência do direito. A constante atualização das proposições embasadoras das normas de direito, bem como da estrutura estatal, em sua íntima relação de implicação, torna necessária a reflexão acerca da validade do ordenamento jurídico, bem como das vozes que ecoam em sua construção.

A defesa postulada neste trabalho da necessidade de abertura argumentativa do processo, entendendo-o como o único meio possível

para a institucionalização do princípio do discurso, toma como premissa a imperiosa necessidade legal de atendimento ao ideal democrático em todos os aspectos de emanação estatal.

Sendo o direito o palco para a solução dos conflitos interindividuais, mantido pelo braço estatal do Poder Judiciário, tem o processo, em seu matiz constitucionalmente posto de garantidor da democracia, a necessidade de abrir-se à construção discursiva da decisão, afastando-se, assim, a figura solitária do juiz decisor e inserindo na ótica da procedimentalidade democrática, a possibilidade de abertura argumentativa, na esteira da constante necessidade de validação do próprio ordenamento, no sentido do ideal de reconstrução do direito, proposto por Habermas.

Partindo dos princípios constitucionais da isonomia, do contraditório e da ampla defesa, a procedimentalidade democrática, pela aplicação do princípio do discurso, surge como uma garantia de base constitucional, como as anteriores, que, no entanto, ocuparia uma posição de sustentáculo à plena realização das demais, dado que, como aquelas, exerce a função de instrumento para a obtenção do consenso quanto às pretensões discutidas. Entretanto, tomando-se por base a procedimentalidade democrática no contexto aqui defendido, obter-se-ia um resultado prático muito mais amplo que as demais garantias, pois, pela aplicação do princípio do discurso, estar-se-ia, a cada ato decisório realizado, de maneira contínua e indissociável, obtendo a validação dos conteúdos normativos discutidos.

10 Conclusão

A conceituação do princípio do discurso, bem como o papel que o mesmo desempenha no contexto da procedimentalidade democrática, exigem, cada vez mais, o desenvolvimento de uma teoria processual que permita a validação das instituições estatais com vistas ao sistema democrático adotado pela Constituição.

Quando se toma o direito como um estado permanente de coisas, retira-se de seu campo de atuação o caráter reconstutivo inerente ao próprio princípio do discurso, que deveria ser o matiz orientador do direito democrático. Nesse aspecto, a necessidade de autocrítica é preterida pela criação e reiteração de fórmulas prontas, a serem interpretadas pelos julgadores, mediante a utilização de suas convicções axiológicas, despidas de qualquer possibilidade de análise social.

A grande conquista da aplicação da democracia à seara do direito é a possibilidade de institucionalização, por meio do processo, de uma constante procura da legitimidade e validade do direito vigente.

A fim de que seja evitada a petrificação do direito, o processo, orientado constitucionalmente, deve ser considerado como uma forma de garantia da realizabilidade democrática, por meio de sua abertura irrestrita à autocrítica do sistema legal, bem como à reconstrução permanente do direito, pela prática dos atores sociais.

Neste contexto de manifestação constitucional, a processualidade deve afirmar-se como pressuposto de manutenção da própria existência das bases de sustentação do ordenamento jurídico. Um Estado de bases democráticas encontra-se adstrito à premissa da constante necessidade de sua própria justificação racional, que deve ocorrer por parte de seus integrantes.

Em um contexto de direito democrático, a validade e a eficácia das decisões não podem estar amparadas tão somente na posição kelseniana da derivação direta e coerente com uma norma superior do sistema. Há que se tomar como pressuposto do sistema democrático a necessidade de fiscalização e reconstrução do ordenamento jurídico pelos atores sociais. A validade das decisões, em um contexto de democracia real, deve encontrar amparo no teor discursivo de suas manifestações, sempre com vista à compatibilização teórica ao modelo constitucional adotado.

O processo no contexto democrático tem a função de provedor da atualização corretiva e preventiva do ordenamento jurídico, buscando a contínua compreensão, avaliação e reconstrução das normas de direito ao longo do tempo.

Por conclusão lógica, há que se afirmar que o poder político incumbido da feitura das normas de direito deve buscar incessantemente a sua legitimidade a partir de uma legalidade normativa que assegure a todos os atores da sociedade os direitos fundamentais inerentes ao devido processo constitucional, permitindo, então, a abertura a uma fiscalidade concreta da construção, reconstrução e aplicação do direito, postura a qual deverá ser adotada como um pressuposto concreto para a realização plena do ideal democrático.

Desse modo, se torna clara a necessidade de desenvolvimento de uma nova proposta que comporte a associação do princípio do discurso à teoria da procedimentalidade democrática. Tal proposta, nesse ínterim, deve estar pautada no caráter institucionalizador a ser assumido pelo processo, pois somente assim seria possível suprir a racionalidade inconclusa das proposições de direito.

Não se pode esquecer que segundo o entendimento a respeito da procedimentalidade democrática, o processo deve assumir o papel de

garantidor da realizabilidade da integração social do direito, por meio da aplicação do conceito de direito de ação, que não comporta qualquer forma de restrição ao livre acesso daqueles que se subordinam ao direito.

A aplicação do princípio do discurso à procedimentalidade democrática, no contexto de um Estado democrático, deve ser considerada como garantia constitucional, pois tem a finalidade de abertura democrática do processo aos atores sociais, que necessitam de premissas para a obediência às normas jurídicas, as quais somente podem ser concretamente obtidas por meio de sua participação no processo de análise e reconstrução do direito, como amplamente defendido neste trabalho.

A aplicação do princípio do discurso ao contexto democrático, ao ser tomada como garantia constitucional, tem a capacidade de ampliação da efetividade das já consolidadas garantias do contraditório, ampla defesa e isonomia entre as partes, relegando ao princípio do discurso o papel de pressuposto à problematização e organização das pretensões na condução argumentativa processual.

Como resultado da aplicação do ideário habermasiano, com a incorporação do princípio do discurso pelo princípio da democracia, o agir comunicativo da comunidade política tende a assumir a posição de uma espécie de liberdade institucionalizadora indemarcada, a qual é intrínseca ao próprio conceito de procedimentalidade jurídica.

Sendo assim, sustenta-se que a aplicação do princípio do discurso ao contexto democrático representa uma forma de garantia que, apesar de não expressa explicitamente no texto constitucional, resulta, de forma tácita da adoção da democracia como sistema político. Ao se afirmar que todo o poder emana do povo, há que se criar uma teoria processual capaz de possibilitar a constante legitimação, por esse povo, das estruturas jurídicas existentes. Aqui, mais uma vez vem à tona a discussão habermasiana da postura do direito como amenizador da tensão entre facticidade e validade. As normas jurídicas e estruturas estatais a elas relacionadas, como substrato fático necessitam, para a sua perpetuação, da constante validação por parte dos sujeitos de direito, aos quais constitucionalmente foi assegurado o poder.

Não pode um Estado pretender-se verdadeiramente democrático sem que sejam institucionalizadas, pelo mesmo, as bases para uma crítica intermitente de suas estruturas por aqueles que se encontram a elas adstritos. Nesse ponto surge o caráter reconstrutivo que deve permear o direito, pois somente com a possibilidade incessante de avaliação e mudança é que a validade normativa pode ser confirmada pela comunidade de subordinados

ao direito, os quais, uma vez assumindo o papel constitucional que lhes é assegurado, por meio da procedimentalidade democrática, que absorve o princípio do discurso, poderão passar a entenderem-se também como autores das normas jurídicas em toda a sua abrangência.

Procedimentalidad democratica y el principio del discurso como garantias constitucionales

Resumen: Este trabajo resulta de una investigación realizada en la teoría de Habermas y su aplicación al ámbito del derecho. Al tener el derecho como responsable de aliviar la tensión entre facticidad y validez, se pasa a la perspectiva de la necesidad de una justificación racional del ordenamiento jurídico por los que están subordinados. En este punto, la tensión entre facticidad de la validez surge como necesidad imperiosa de dar validez al ordenamiento jurídico, efectivamente establecido. De esta necesidad de la validación del plexo normativo, sorprende la función del principio del discurso en el contexto de un estado democrático de derecho, que el proceso debe asumir la función de orientar las posibilidades argumentales, que permita una revisión continua de las instituciones jurídicas y la consiguiente reconstrucción de la estructura de todo el estado, se entiende como las normas de organización o como las normas de conducta aplicables a los individuos en la sociedad. Por lo tanto, este trabajo se centra en un debate sobre la necesidad de la asimilación del principio del discurso al debido proceso constitucional, como la garantía constitucional de la validación de las instituciones estatales existentes, ya que el sistema legal.

Palabras clave: Jürgen Habermas. Derecho. Principio del Discurso. Democracia.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1995.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora da UnB, 1997.

BORGES, B. I.; GOMES, L. R.; JESUS, O. F. **Direito e democracia em Habermas – Pressupostos e temas em debate**. São Paulo: Xamã Editora, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. 2. impr. São Paulo: Lejus, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1998. vol. I.

DINIZ, M. H. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DINIZ, M. H. **Dicionário jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GOMES, L. R. **Educação e consenso em Habermas**. Campinas: Alínea, 2007.

HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 2003.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. 2. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 2003.

KANT, Emmanuel. **Crítica da razão pura**. 2. ed. São Paulo: Brasil Editora, 1958.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora da UnB, 1980.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

MARX, Karl. **Para a crítica da economia política**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MIRANDA, Pontes de. **Introdução à política científica e os fundamentos da ciência positiva do direito**. Rio de Janeiro

MONTORO, A. F. **Introdução à ciência do direito**. 24. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NOBRE, M. **A teoria crítica**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

PERELMAN, C. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 1999.

RAWS, John. **Liberalismo político**. 2 ed. São Paulo: Ática, 2000.

REALE, M. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. **História do novo código civil**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Bushatsky: Edusp, 1973.

_____. **Teoria tridimensional do direito: situação atual**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

☰ Recebido: abril/2011. Aprovado: setembro/2012.