

Teoria do processo e discurso normativo

Digressões democráticas

Dhennis Cruz Madeira

Sumário

1. Considerações iniciais. 2. O espaço do soberano e sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito. 3. A Constituição como expressão normativo-política. 4. As normas constitucionais como demarcadoras do discurso jurídico. 5. O Estado Democrático de Direito: uma escolha brasileira. 6. A Teoria do Processo como *medium* lingüístico do discurso normativo. 7. Considerações finais.

1. Considerações iniciais

Hodiernamente, os operadores jurídicos brasileiros se deparam com um sério dilema, qual seja, o de interpretar e aplicar leis infra-constitucionais ultrapassadas e que foram, em sua maior parte, confeccionadas antes do atual modelo democrático-constitucional.

Nesse tom, o intérprete convive com duas ordens, uma soerguida pelo paradigma democrático de 1988, outra ventilada pela triste realidade oligárquica e militar anterior. Vive-se e convive-se com dois modelos normativos totalmente díspares, um democrático, outro ditatorial. Entretanto, a partir da promulgação da atual Constituição, não se pode admitir tal coabitação: o primeiro paradigma deve tomar o lugar do segundo.

A Constituição Brasileira prescreve¹ que *todo poder emana do povo*, e a partir dessa afir-

¹ Parágrafo único do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Dhennis Cruz Madeira é professor do curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Processual do Instituto de Educação Continuada da PUC Minas (IEC-PUC Minas). Professor de Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil do curso de graduação em Direito da PUC Minas. Mestre e especialista em Direito Processual pela PUC Minas.

mação, levando-se em consideração a *Teoria da Democracia*, não é mais possível ficar indiferente às seguintes questões: como aplicar uma norma jurídica de forma democrática? A norma jurídica (esculpida em lei)² pode ser aplicada sem que se ofertem seus *fundamentos* e sem que se propicie a *fiscalidade* popular? E ainda: basta, para *legitimidade* da norma, que sejam observados os procedimentos parlamentares da democracia indireta (ou representativa)? A *vontade normativa* pode ser entregue a uma *autoridade*? Qual o *medium* lingüístico do Discurso da Norma?

Mesmo diante da grande complexidade e importância operacional (*práxis*) das questões, os escritos jurídicos são escassos. Salvo raríssimas e louváveis ressalvas, as normas jurídicas são encaradas de forma tópica, casuística e assistemática, não se notando comprometimento epistemológico com o paradigma democrático, o qual impõe uma ressemantização do termo “intérprete”, bem como, uma revisitação completa, irrestrita, crítica e incessante das normas vigorantes.

Além disso, ao estudar e escrever sobre Direito Processual, é imprescindível que o pesquisador trace claramente seu *marco teórico*, como também, o *paradigma de Estado* que orienta suas reflexões. Saliente-se, desde já, que não se mostra necessário, como tentou Norberto Bobbio (2000, p. 139-141), conciliar Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito, vez que tais modelos possuem vestimentas e moradas próprias.

2. O espaço do soberano e sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito

No item anterior, afirmou-se que todo poder – ali incluindo-se o estatal – emana do povo.

² Impende lembrar que o texto legal é o “meio gráfico indicativo ou narrativo da norma”, e esta, por sua vez, é a “descritiva da conduta permitida, devida ou vedada, como padrão de licitude explícita ou implícita contido no texto da lei.” (LEAL, 1999, p. 187).

Dessa maneira, o exercício de tal poder é atributo *inalienável* e *insuprimível* de seu dimanante (povo), o qual, ainda quando expressa sua vontade soberana por meio de representantes, possui o direito de fiscalizar as formas de manifestação e aplicação de tal poder, expondo-se às conseqüências de perda de legitimidade democrática.

Aproveitando-se as lições de Friedrich Müller (2003, p. 60), é importante que se esclareça o “ciclo de atos de legitimação” dos textos normativos que, sob nenhum pretexto, pode ser interrompido de modo não-democrático. Essa é a dinâmica *estrutura de legitimação* (MÜLLER, 2003, p. 60) da Democracia.

Dessarte, admitir que o povo eleja seus representantes e, após tal eleição, proibir a fiscalização popular das atividades governativas seria, quando nada, desrespeitar o paradigma do Estado Democrático de Direito.³

Vale salientar que o povo, no Direito Democrático, não elege um *intérprete* da *consciência popular* (à semelhança do *Führer* nazista), e, muito menos, admite que o Estado exerça tal função (como apregoava o fascismo). Sobre o tema, o grande Eduardo J. Couture (1999, p. 72-73), discorrendo sobre o Direito Processual no Terceiro *Reich* alemão, em texto que demonstra o perigo de se mitificar a expressão “povo”, assim lecionou, *in verbis*:

“El derecho nacionalsocialista es, según sus propios definidores, un estado de conciencia popular. Como el

³ Em reflexão constitucional, pode-se dizer que o Estado, em si, não representa a democracia. Decerto, o Direito esculpido constitucionalmente é que pode ou não ser democrático, não sendo possível, como queria Kelsen, agregar Estado e Direito no mesmo corpo (Cf. KELSEN, 1998, p. 352-353). Assim, a denominação “Estado de Direito Democrático” parece ser mais apropriada. Contudo, desde já, impende ressaltar que utilizaremos, ao longo do presente trabalho, a expressão “Estado Democrático de Direito”, eis que essa se encontra no *caput* do artigo 1º da Constituição Brasileira. Porém, fica a ressalva semântica. Em sentido aproximado, pode-se apontar: Dias (2004, p. 97-98); Negri (2003, p. 23).

derecho reside en el pueblo y hay que interpretarlo, porque el pueblo no tiene físicamente un órgano único de expresión, se admite que el intérprete de la voluntad popular es el Führer.” [E mais à frente conclui que] “...el juez es el Führer dentro del proceso”.

Ainda há de se destacar que o “povo” a quem se faz referência no presente trabalho não é um povo ideologizado e que anseia por tradutores, intermediadores, intérpretes ou mestres, eis que, no Direito Democrático, “todos os homens se tornaram locutores autorizados e não há mais Mestre.” (WOLFF, 1996, p. 81).

No modelo jurídico-democrático, não se pode conceber um *espaço do soberano* em que esse, sem oportunizar ao destinatário os fundamentos de suas decisões, veda a fiscalidade popular, olvidando-se, por conseguinte, que “a teoria da soberania popular absoluta se afirmou na titularidade indelegável do povo de construir, modificar ou até destruir o Estado e a ordem jurídica, porque é o povo que decide suas estruturas.” (LEAL, 2004, p. 46-47).

Por esse prisma é que, com relação às normas jurídicas, o povo deve ser capaz de “recriar, afirmar, negar, debater, discutir, transformar, substituir, destruir ou reafirmar o direito, como seu feitor e intérprete originário e intercorrente.” (LEAL, 2001, p. 21). Não basta, pois, elegerem-se (ainda que com o sufrágio universal) parlamentares, permitindo que esses, sozinhos, ditem a vontade popular. É preciso, no paradigma democrático, conferir ao destinatário a oportunidade de discutir os fundamentos da norma jurídica para, até mesmo, se for o caso, rejeitá-la. O entendimento do que venha a ser justo, injusto, certo ou errado deve ser compartilhado, e não imposto.

Somente assim, a expressão “povo” deixa de ser um *fetichê*.

Por conseguinte, obstruir a fiscalidade popular sobre a norma jurídica é dar margem à *vida nua*⁴, criando-se um *espaço*

⁴ Lembrando a *vida nua* de Giorgio Agambem (2002, p. 90 et seq).

discursivo indemarcado e não-fiscalizável. Com isso, fomenta-se o aparecimento do *espaço do soberano* (e não da soberania popular), do *locutor autorizado* (WOLFF, 1996, p. 71) da lei, que, à semelhança do *soberano* de Kafka⁵ (2000, p. 71-72), diz o que pode e o que não pode, sem, contudo, ofertar os fundamentos de suas decisões, ou mesmo, permitir que o destinatário da norma aponte as ausências do discurso normativo. Esse *espaço do soberano*, a nosso ver, permite a criação de uma “dimensão política acima da jurídica” (LEAL, 2003a, p. 44).

O Estado Democrático de Direito apresenta-se como “espacialidade jurídica aberta por uma auto-oferta normativa de fiscalidade procedimental a todos” (LEAL, 2003a, p. 48), não se propondo a uma *inclusão social pela vontade de uma autoridade* inexplicavelmente sensível às desigualdades e às diferenças. Diante disso, o Estado Democrático de Direito não possui as mesmas vestes do Estado Liberal (assegurador das individualidades) ou Social (comunitarista e tradutor do bem-comum).

Não é a esmo que Jürgen Habermas (apud BORRADORI, 2004, p. 53) obtempera, *verbis*:

“No interior de uma comunidade democrática, cujos cidadãos concebem reciprocamente direitos iguais uns aos outros, não sobra espaço para que uma autoridade determine *unilateralmente* as fronteiras do que deve ser tolerado. Na base dos direitos iguais dos cidadãos e do respeito recíproco de um pelo outro, ninguém possui privilégio de estabelecer as fronteiras da tolerância do ponto de vista de suas próprias preferências e orientações segundo valores. Certamente tolerar as crenças de outras pessoas sem aceitar a sua verdade, e tolerar outros modos de vida sem

⁵ Nesse sentido é que se diz que “o poder da Lei está precisamente na impossibilidade de entrar no já aberto, de atingir o lugar em que já se está.” (AGAMBEM, 2002, p. 57).

apreciar o seu valor intrínseco, como fazemos com relação a nós mesmos, isso requer um padrão comum. No caso de uma comunidade democrática, essa base de valor comum é encontrada no princípio da constituição.”

Assim, a lei não pode ser um objeto tangível somente pelo “pequeno grupo de nobres” (KAFKA, 1993, p. 233).

Na esfera jurídica, a *verdade*⁶ não pode pertencer a alguém, razão pela qual o discurso normativo deve admitir a falibilidade e falseabilidade de seus próprios apontamentos.

3. A Constituição como expressão normativo-política

Há de se ressaltar, desde já, que, quando utilizamos a expressão “política”, não se faz nenhuma alusão à *pólis* grega⁷, tampouco,

⁶ Em Direito, não se mostra científico utilizar a expressão “verdade” como algo imutável e impassível de testabilidade e falseabilidade, a não ser que se encare a verdade como *dogma* oriundo de uma *crença* individual, o que não é o objetivo deste trabalho. Por isso, na ciência jurídica, é mais acertado entender que não há verdade absoluta, mas, tão-somente, proposições teóricas (pretensões de verdade). Nesse sentido, são riquíssimas as lições de Karl Raimund Popper (2003, p. 39) que, inclusive, utiliza o termo “semelhança à verdade” ou “aproximação da verdade” (POPPER, 1994, p. 69) ajudando a desmistificar a expressão.

⁷ Pelo que se apresenta, ao menos em sua origem histórica, o conceito de *política* utilizado pelos filósofos greco-atenienses, em especial, Platão e Aristóteles, não se adapta ao atual modelo político-democrático. Para os grandes pensadores gregos, a política estaria vinculada à *pólis* e essa, por sua vez, seria um espaço no qual os cidadãos gregos, em especial, os governantes, exerciam suas virtudes. Vale lembrar que esse espaço não seria, necessariamente, físico, como anota Mário Lúcio Quintão Soares (2001, p. 233) e Marcelo Campos Galuppo (2002, p. 45). A justiça, na visão grega, também seria uma virtude exercida para o bem geral da *pólis* (MACINTYRE, 2001b, p. 55), sendo certo que pertencia, via de regra, a uma autoridade, a um governante. Ao tratar da concepção aristotélica de justiça (distributiva), Alasdair MacIntyre a descreve da seguinte forma: “À medida que passa de papel a papel, como governante e como governado, terá, se deve merecer honra, de aprender como exercer toda uma série de virtudes. Mas em todas elas deverá principalmente aprender a compreender o princípio da

às anotações weberianas⁸. Não. Aqui, a *política* apresenta-se como expressão volitiva de um povo que, instituindo um texto constitucional, demarca seus parâmetros, fiscalizando irrestritamente toda atividade governativa, em toda estruturação do Direito. É uma atividade “que envolve negociações e formas de argumentação” (HABERMAS, 1997, p. 9) inseridas num espaço *formalizado e isonômico*.

Nesse enfoque, a *política* liga-se à *cidadania*, sendo que essa, desprovida de fetichismo, apresenta-se como “vínculo jurídico-político-constitucional que qualifica o indivíduo como condutor de decisões, construtor e reconstrutor do ordenamento jurídico da sociedade política a que se filiou” (LEAL, 2002b, p. 151).

No Estado Democrático de Direito, o *poder de política* (ANDOLINA, 1997b, p. 63) liga-se ao *poder das garantias*, sendo inquebrantável o trinômio poder-responsabilidade-controle.

justa distribuição e a ser movido por uma disposição a conformar-se a ele. Para tal terá de vir a reconhecer que bens são devidos a certas pessoas numa variedade de situações, algo que, na visão de Aristóteles, requer experiência e hábito, assim como uma razão reta.” (MACINTYRE, 2001b, p. 120-121). Desse modo, rejeitamos a sofocracia e o modelo político grego (ao menos em sua concepção original), eis que, hoje, não se pode admitir racionalmente a existência de governantes salvadores e intrinsecamente virtuosos, com a exclusão discursiva dos governados. Entendemos que, no Direito Democrático, elementos como justiça, moralidade, ética e virtude devem ser alçados a uma discursividade processualizada, não se admitindo a injunção arbitrária e salvadora de alguns em detrimento de outros. Nesta face, os regimes totalitários do século XX (em especial, o nazismo e o fascismo) nos dão uma amostra dos malefícios de tal escolha política. Lembramos a advertência de que “é preciso desconfiar criticamente dessa hipervalorização do debate moral em nossa cultura, do fato de que a ética afinal tornou-se uma moda, pois o que ela pode esconder, na verdade, é uma crise profunda.” (CARVALHO, 2000, p. 32).

⁸ Especialmente quando Weber (2004, p. 120) utiliza expressões como “dedicar-se à política” ou “política em termos de vocação”, eis que rejeitamos a idéia de que é preciso encontrar seres vocacionados, predestinados, sábios ou líderes (Cf. WEBER, 2004, p. 44-45).

Nesse sentido é que a Constituição mostra sua importância.

Na atualidade, o texto constitucional tem a função de abrigar e proteger, normativamente, as instituições jurídicas soerguidas pela vontade popular. Com isso, pode-se dizer que a Constituição estampa co⁹-instituições¹⁰ jurídicas, abrangendo também institutos¹¹ e princípios¹², articulando-os entre si, fazendo com que estas figuras, em decorrência de sua elevada posição normativa e hierárquica, sirvam de parâmetro para outras instituições, institutos, princípios e regras previstas nas leis infraconstitucionais. No atual modelo, deve o intérprete saber que o ordenamento jurídico é um todo e que a leitura de um texto de lei passa, impreterivelmente, pela lupa constitucional.

Com razão, os estudos mais recentes e abalizados afirmam que o texto consti-

⁹“Co”, prefixo latino (*cum*) que designa correlação, companhia, contigüidade, concomitância, a par de, ao lado um do outro; junto; de par.

¹⁰Lembrando que instituição jurídica é um “agrupamento de institutos(s) e princípio(s) que guardam unidade ou afinidade de conteúdos lógico-jurídicos no discurso legal” (LEAL, 2004, p. 220), não apresentando, no sentido do texto, contornos sociológicos ou econômicos. Sobre as diversas acepções do vocábulo “instituição”, sugere-se a leitura de trecho da obra do processualista uruguaio Eduardo J. Couture (1974, p. 141-145).

¹¹Instituto jurídico é um “agrupamento de princípios que guardam unidade ou afinidade de conteúdos lógico-jurídicos no discurso legal” (LEAL, 2004, p. 220).

¹²Maurício Godinho Delgado (2001, p. 151) afirma que os princípios jurídicos exibem-se como “diretrizes gerais induzidas e, ao mesmo tempo, indutoras do direito”, eis que são inferidas de um sistema jurídico para, após, dinâmica e ciclicamente, informá-lo. No mesmo sentido é a lição de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2004, p. 119). Sobre tal definição, mostra-se interessante o confronto com o conceito de Rosemiro Pereira Leal (2004, p. 102-103, 220), para quem o princípio jurídico é “referente lógico-jurídico de invariabilidade perene, estabelecido na Lei Positiva (texto legal), como limite originário da interpretação e aplicação do direito legalmente formulado. Marco teórico que, introduzido pela linguagem do discurso legal como referente lógico-dedutivo, genérico e fecundo (desdobrável), é balizador dos conceitos que lhe são inferentes”.

tucional articula e legitima as instituições jurídicas (LEAL, 1999, p. 48), não sendo um instrumento nas mãos de um Estado hegelianamente totalizador. Justamente por isso, não se mostra adequado falar, simplesmente, que a Constituição “é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado” (SILVA, 2001, p. 38, 2000, p. 27), eis que esse (o Estado) já não é o todo do ordenamento jurídico. No Direito Democrático, o povo, ente participativo e fiscalizador, aparece como centro gravitacional do pensar jurídico, sendo uma “instância global da atribuição de legitimidade democrática”, tal como bem afirmou Friedrich Müller (2003, p. 60). Assim, o texto constitucional se apresenta como depositário de instituições, institutos e princípios jurídico-populares, valendo relembrar, insistentemente, que todo poder emana do povo¹³, e que esse, por sua vez, não precisa de guias.

Impende ressaltar que todas as afirmações denotadas até aqui valem para uma Constituição promulgada (e não, outorgada) e que tem por finalidade instituir o Estado Democrático de Direito. Sem embargo, de nada adianta solevantar instituições, institutos e princípios no texto constitucional (intitulando-os falsamente de “populares”) se, quando da aplicação, não se propiciar uma interpretação compartilhada aos destinatários da norma jurídico-constitucional.

A existência de um texto constitucional torna o Direito *acessível à crítica*¹⁴, ajudando a formar a base do discurso jurídico. Neste ponto, em magistério que merece

¹³Como sobredito, a própria Constituição Brasileira de 1988 afirma, no parágrafo único do artigo 1º, que todo poder emana do povo, sendo que tal norma vale, inclusive, para aqueles que ainda encaram o Estado como instância de poder, não obstante, na atual principiologia democrática, não existirem poderes estatais, mas meras funções, ainda assim, subordinadas aos conteúdos da jurisdição constitucional (Cf. DIAS, 2004, p. 70-74; LEAL, 2001, p. 25).

¹⁴Usando aqui a relação entre texto e crítica encontrada em: POPPER, 1994, p. 68.

transcrição, Karl Popper (1994, p. 68) apresenta reflexão valiosíssima para a Ciência Jurídica:

“Existe uma diferença importante quando exprimimos o nosso pensamento por palavras ou, melhor ainda, por escrito. Desta forma o pensamento se torna acessível à crítica. Anteriormente os nossos pensamentos constituíram uma parte de nós mesmos. Poderíamos ter dúvidas, mas não teríamos podido criticá-las da mesma forma que podemos criticar uma afirmação expressa verbalmente ou, melhor ainda, um relatório escrito. Portando, há, pelo menos, um significado importante de ‘conhecimento’ objetivo: ‘conhecimento’ no sentido de ‘teoria formulada verbalmente, que se expõe à crítica’. A isso chamo eu ‘conhecimento em sentido objetivo’. Nele se integram os conhecimentos científicos. Este conhecimento está armazenado nas nossas bibliotecas e não nas nossas cabeças.” [E esclarece adiante:] “Naturalmente, nunca teríamos feito uma descoberta sem ter compreendido algo das teorias existentes e da situação objetiva do problema – ou, por outro lado, sem ter estudado livro ou revistas científicas: e tudo isso significa conhecimento em sentido objetivo.”

Nessa linha, a escrituração de uma Constituição é o ponto de partida do discurso normativo, delineando alguns conceitos básicos (falseáveis e abertos à crítica) que podem, inclusive, ser rejeitados por meio do discurso processualizado. No Direito Democrático, o *texto* normativo não necessita de um *guardião*, daí porque o *tirano* o vê como um malefício, uma inutilidade, uma ameaça à *sua* soberania (Cf. DERRIDA, 2005, p. 21-22; LEAL, 2002, p. 96-101).

Embora importantíssimo ao Discurso Jurídico, a existência de um escrito normativo (texto legal), como precitado, é

insuficiente à legitimidade do Direito e ao estabelecimento de uma *linguagem* compatível com a Teoria da Democracia.

A tese aqui expendida será melhor elucidada nos itens que se seguem.

4. As normas constitucionais como demarcadoras do discurso jurídico

Não obstante as diversas definições de *norma jurídica*, no atual sistema, mostra-se mais acertado compreendê-la como *gênero* do qual são *espécies* as *regras* e os *princípios* (Cf. ATIENZA, 2003, p. 181; GALUPPO, 1999, p. 193; LEAL, 2002a, p. 38). Daí o porquê de, na atualidade (Cf. DIAS, 2004, p. 119-120), falar-se em normas-disposições (regras jurídicas) e normas-princípios (princípios jurídicos).

A norma jurídica é aquela que abriga a *logicidade* do sistema jurídico, fixando os padrões *hermenêuticos* de *licitude* (LEAL, 2004, p. 117, 246) que, por sua vez, em nosso sistema, só pode ser extraído interpretativamente do texto normativo (*lei*).

Por esse prisma, tanto as regras, quanto os princípios delineados constitucionalmente possuem características normativas e de imperatividade no sistema.

Seguindo tal raciocínio, após a lição de Rosemiro Pereira Leal (2003b, p. 338-343), pode-se falar que os *direitos fundamentais*, que também possuem caráter normativo e vinculante no sistema, são auto-executivos (líquidos) e infungíveis (certos). Independentemente da forma como se apresentam (como regras, princípios, instituições ou institutos jurídicos), é inequívoco que, após a observância do *devido processo constituinte* popular, tais *direitos fundamentais* são abraçados pelo pré-acertamento cognitivo-constitucional, daí o porquê de serem apontados como *coisa julgada constituinte* (LEAL, 2003b, p. 342-343).

Uma vez ultrapassadas as definições dos jusnaturalistas e dos positivistas (CARVALHO NETTO, 1999, p. 482; LEAL 2002a, p. 32-37), os princípios jurídicos, principal-

mente quando alçados à esfera constitucional, atuam “como normas estruturantes do sistema e como referencial hermenêutico dos textos infraconstitucionais.” (LEAL, 2002a, p. 37-38).

Os princípios constitucionais, vale insistir, não possuem somente uma função *supletiva* (DELGADO, 2001 p. 153)¹⁵ do direito, mas também, e principalmente, uma função *interpretativo-normativa* (DELGADO, 2001, p. 156-157).

Nesse jaez, em decorrência do Princípio da Supremacia da Constituição, as normas constitucionais (em sentido amplo) servem de parâmetro condutor e demarcador do próprio discurso normativo, não se apresentando como *topoi*¹⁶ ou “fórmulas” (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 23), mas, sim, como conteúdos-base do discurso normativo que se ofertam à crítica e à testificação processual irrestrita.

¹⁵ A função supletiva dos princípios também é apontada pelo artigo 4º da Lei de Introdução (Decreto-Lei 4.657/42) e pelo artigo 126 do Código de Processo Civil.

¹⁶ Sobre o tema, o professor Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2003, p. 23) leciona que “*topoi* ou lugares comuns são fórmulas de procura que orientam a argumentação. Não são dados ou fenômenos, mas construções ou operações estruturantes, perceptíveis no decurso da discussão.” Afirma ainda que “a presença de *topoi*, no discurso, dão à estrutura uma flexibilidade e abertura característica, pois sua função é antes a de ajudar a construir um quadro problemático, mais do que resolver problemas”. Para o renomado professor, expressões como “fins sociais”, “bem comum”, “imparcialidade do juiz”, “boa-fé”, “presunção de inocência” são exemplos de *topoi* da argumentação jurídica. Essa é a lição do renomado jurista Ferraz Júnior. Pois bem, ao que se apresenta, esse *topoi* discursivo, em sua gênese, não se oferece à crítica, razão pela qual é desacolhido pela Teoria da Democracia. Tal discurso se distingue do Discurso Processual-Democrático na medida em que esse último não admite a criação de fórmulas que imploram pela compreensão do soberano. Não resta claro quem e como se fixaria os “fins sociais” ou o “bem-comum”, se é que tais figuras podem ser realmente delimitadas. Nas sociedades pluralistas, mostra-se infrutífera a tentativa de se criar acordos morais universalizados (Cf. MACINTYRE, 2001a, p. 21-49), sendo insustentável admitir que o Discurso Democrático se pautar no encontro de falas (tal como ocorria na ágora grega).

Destarte, ao vigor uma lei (que deverá passar pela regência principiológica do devido processo legislativo)¹⁷, a mesma não é capaz de se autolegitimar (Cf. ALMEIDA, 2003, p. 100-106, 2005, p. 122-130), razão pela qual anseia por um controle popular (discursivo e processualizado). Nessa esfera, os argumentos e alegações dialógicos são circunscritos pelas normas constitucionais, as quais traçam as bases e os limites do discurso jurídico que, no Direito Democrático, clama por um *medium* lingüístico.

Em Direito, não se pode falar em, *verbi gratia*, lícito, ilícito, moral, ética, bem-estar social, costumes, certo, errado, sem que tais termos se adaptem ao modelo discursivo esculpido pela Constituição e sem que tais concepções, antes da aplicação coativa, passem pelo crivo da principiologia processual.

Aliás, se ausente o norte constitucional, o pensar jurídico tornar-se-ia extremamente penoso numa sociedade “sem centro” (OLIVEIRA, 2000, p. 13), ou seja, numa sociedade pluralista em que há diversas noções de moral, ética, felicidade e bem-estar. O texto constitucional é, justamente, o articulador (não-mítico) dos *objetivos comuns*¹⁸ (falseá-

¹⁷ Sobre o Processo Legislativo, conferir: DEL NEGRI, 2003, p. 74.

¹⁸ Pode-se dizer que, no Direito Democrático, os *objetivos comuns* estão assentados numa tomada de decisão, e não, numa tábua axiológica (e metajurídica) só compreendida por autoridades sensíveis aos anseios populares. Rejeita-se a idéia de que o texto constitucional, por si só, carregue uma razão (ou um *ethos*) universal. Certamente, a Constituição não é capaz de abrigar pontos de convergência moral de uma sociedade, eis que, pelo discurso moral, não se chega a uma única conclusão (Cf. MACINTYRE, 2001a, p. 21-49). Com isso, pode-se afirmar que, se a Constituição protege, por exemplo, a propriedade (art. 5º, XXII), o trabalho (art. 5º, XIII), a família (art. 226), as religiões (art. 5º, VI), o casamento (art. 226), o meio ambiente (art. 225), a forma federativa (art. 1º), o presidencialismo (art. 76) e outras tantas instituições, ela o faz, não com um acordo social unânime sobre os temas, mas com uma decisão tomada num dado momento histórico. Certo é que um ou outro indivíduo pode discordar de tais regulamentações, mas, no entanto, deve respeitá-las

veis e abertos à crítica), institucionalizando os procedimentos comunicativos de construção das decisões (Cf. ALMEIDA, 2003, p. 40-46, 2005), o que torna o discurso jurídico lingüisticamente *viável*.

Após Habermas (apud BORRADORI, 2004, p. 80, grifo nosso), já se sabe que “o discurso acarreta uma certa suspensão de crença em uma determinada norma e indica o procedimento pelo qual podemos *testar* sua validade.”

O diálogo, em si, não produz o consenso, devendo existir uma formalização (procedimentalização) dos argumentos para que se possam ofertar à testificação, numa condição ideal de fala (espaço processualizado), com vistas a obter uma decisão compartilhada e legítima.

A Teoria do Discurso deve ser contextualizada e limitada, não propriamente por uma Teoria do Estado e do Direito¹⁹, mas pela Teoria da Constituição e, como se observará, pela Teoria do Processo.

Esse enquadramento do discurso jurídico faz com que o mesmo ganhe contornos

até que outras normas as modifiquem ou as revoguem. As lições de Karl Popper (2003, p. 38-39, grifo do autor) ajudam a compreender, aproximadamente, o sentido empregado no texto: “Meu critério de demarcação deve, portanto, ser encarado como *proposta para que se consiga um acordo ou se estabeleça uma convenção*. As opiniões podem variar quanto à oportunidade de uma convenção desse gênero. Todavia, uma discussão razoável dos temas em pauta só é viável se os interlocutores têm um objetivo comum. A determinação desse objetivo é, em última análise, uma questão de tomada de decisão, ultrapassando, por conseguinte, a discussão racional.” Daí porque esclarece, em nota de rodapé, que “uma discussão razoável é sempre possível quando os interlocutores se interessam pela verdade e estão dispostos a dar atenção ao que dizem as várias pessoas que se manifestam.” Como se vê, a expressão “objetivos comuns” empregada no corpo do texto não carrega uma proposta universalizante ou totalizadora. As diretrizes comuns da Constituição são decisões tomadas em determinado momento histórico, passíveis, inclusive, de falseamentos e alterações – são bases mínimas para instalação do discurso normativo. Reconhecemos que o ponto merece estudo mais aprofundado.

¹⁹ Como se extrai de: ALEXY, 2001, p. 321; ATIENZA, 2003, p. 181.

críticos, auxiliando na formação de uma Sociedade Aberta e Democrática. Nesse prisma, a contextualização constitucional do discurso amplia a possibilidade de correções e controle das eventuais imperfeições legais, dificultando o solevamento de grupos despóticos.

É importante lembrar, aqui, que o discurso jurídico, em especial, o discurso da norma, não é infalível e pode, numa prática ideológica, mascarar uma forma de *dominação*²⁰, principalmente, quando *entrega* a vontade do povo a um *soberano*, ainda que esse se apresente com vestimentas *dissimuladamente* democráticas. O fato de existir uma Constituição não garante, por si só, que a ordem democrática seja instalada e que a vontade popular, de fato, seja atendida. Não basta, para implantação do Estado Democrático de Direito, dizer-se que o texto constitucional expressa a vontade de um povo se, quando da aplicação normativa, não se propiciar a interpretação compartilhada (e procedimentalizada) do próprio escrito normativo.

A Constituição apresenta-se como uma linha de largada do discurso democrático, pois o discurso jurídico sem limites, sem contexto, sem um pano de fundo paradigmático constitucional e processualizado, fomenta o aparecimento do *locutor autorizado* (WOLFF, 1996, p. 71; NEGRI, 2003, p. 51) o que, pelos fatos históricos, é um grande risco.

Justamente por isso, é mister que se esclareça o *contexto lingüístico* em que a norma constitucional é interpretada e aplicada, não sendo suficiente, repita-se, a existência de um texto normativo.

5. O Estado Democrático de Direito: uma escolha brasileira

Seria ingênuo negar a existência de atos despóticos na prática jurídica brasileira. Há, quando nada, tal possibilidade.

²⁰ Conferir as anotações de Max Weber (2001, p. 128-141) sobre formas de dominação (legal, tradicional ou carismática).

Todavia, não resta dúvida, até mesmo para aqueles que no dia-a-dia adotam práticas autocráticas, que a Constituição Brasileira apontou o Estado Democrático de Direito como paradigma jurídico-institucional²¹. Dito paradigma, como tudo o que está expresso na Constituição, possui característica vinculante para toda atividade jurídico-discursiva, tal como leciona Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2004, p. 101):

“[...] sustentamos que paradigmas do Estado de Direito e do Estado Democrático de Direito devem ser compreendidos como sistemas jurídico-normativos consistentes, concebidos e estudados pela teoria do Estado e pela teoria constitucional, no sentido técnico de verdadeiros complexos de idéias, princípios e regras juridicamente coordenados, relacionados entre si por conexão lógico-formal, informadores da moderna concepção de Estado e reveladores das atuais tendências científicas observadas na sua caracterização e estruturação jurídico-constitucional.”

Deflui-se do trecho acima que o Estado Democrático de Direito, de forma principiológica e vinculante, rege a prática jurídica como um todo, inclusive a atividade administrativo-estatal, correlacionando-se com as outras normas constitucionais e infraconstitucionais. Tal paradigma serve de norte para a estruturação de todo o sistema jurídico, o qual não poderá inobservá-lo em nenhuma de suas fases, haja vista o Princípio da Supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade irrestrito das leis.

A Constituição Brasileira, reconhecendo que todo poder emana do povo²², institui

²¹ Recorde-se que, no preâmbulo da Constituição Brasileira, encontra-se instituído o Estado de Direito Democrático e, logo em seu artigo 1º, tal paradigma é apontado novamente um princípio fundamental. Não bastasse dita importância, vê-se, ao longo de todo o texto constitucional, o cuidado em preservar e instituir o Direito Democrático.

²² Conforme prescreve o parágrafo único do art. 1º da Carta Política de 1988.

o Estado Democrático de Direito visando a assegurar, justamente, o exercício pleno e efetivo dos direitos descritos constitucionalmente, sendo isso, aliás, o que se deflui ao longo de todo texto, inclusive de seu preâmbulo.

Desse modo, atentar contra a Democracia é atentar contra a ordem constitucional, expressão normativa da vontade popular.

Por escolha constitucional brasileira, a Democracia apresenta-se como marco insubstituível da prática jurídica e social, sendo inegociável, senão com o rompimento da atual ordem constitucional.

Atos despóticos são, assim, atos ilícitos.

Assim, não é possível ignorar o fato de que, como atividade humana, a interpretação jurídica pressupõe paradigmas (OLIVEIRA, 2001, p. 143) e que o ordenamento jurídico brasileiro já elegeu o seu, qual seja, o do Estado Democrático de Direito.

6. A Teoria do Processo como medium lingüístico do discurso normativo

Interpretar a lei não é o mesmo que interpretar o Direito (COUTURE, 2001, p. 1-2). Antes de interpretar um texto legal, é importante que o intérprete tenha a noção do *todo jurídico* (ordenamento como um todo), do sistema e das normas constitucionais.

O grande processualista Eduardo Couture (2001, p. 1) já afirmou que “o intérprete é um intermediário entre o texto e a realidade”. Entretanto, no Estado Democrático de Direito, é mister que se pergunte: realidade de quem? Do próprio intérprete? Do povo? Quem e como se determina o *conteúdo* (COUTURE, 2001, p. 1) da Lei? Quem é o intérprete?

Na democracia constitucional, *o povo é a única fonte de poder*, apresentando-se como o construtor, intérprete e destinatário da norma jurídica, *legitimando o Direito*. No Brasil, a atividade interpretativa deve-se dar dentro de um determinado contexto

político-jurídico-principiológico, qual seja, o contexto do Estado Democrático de Direito. Nesse pano de fundo paradigmático, não se pode admitir a interpretação solitária (LEAL, 2000, p. 120) de uma autoridade supostamente sábia e justa, haja vista que o resultado dessa atividade interpretativa (o provimento) deve ser fruto de uma *processualidade dialógica constitucionalizada*.

Diante de uma sociedade pluralista, não se nega que o texto constitucional pode abrigar várias interpretações. Em vista disso, a própria Constituição cuidou de delinear um *medium* lingüístico para que se realize a interpretação constitucional, instituindo, assim, procedimentos²³ que demarcam o discurso jurídico, possibilitando o intercâmbio²⁴ entre o mundo jurídico e as instâncias políticas e econômicas.

Nesse sentido é que, entre todas as expressões constitucionais, uma toma singular importância e destaque – o *Processo* – que, não raro, é citado e protegido ao longo de todo texto constitucional. Como prova de tal importância político-constitucional, tem-se que o Processo é abraçado, até mesmo, pelo rol dos direitos e garantias *fundamentais*²⁵.

O *modelo constitucional*²⁶, por seu comprometimento com a Democracia, já não abriga o

²³ De modo uníssono, é rica a lição de Habermas (apud BORRADORI, 2004, p. 54), quando afirma, *ipsis litteris*: “A própria constituição tomou as necessárias providências para os conflitos de interpretação constitucional. Existem instituições e procedimentos para resolver a questão dos limites do que se poderia ainda ou não mais considerar como ‘ser leal à constituição’”.

²⁴ Sobre tal intercâmbio, recomenda-se a leitura do trabalho de Andréa Alves de Almeida (2003, p. 34, 2005) e da obra de Rosemiro Pereira Leal (2002b).

²⁵ O título II da Constituição Brasileira de 1988 ganhou a denominação de “direitos e garantias fundamentais” sendo que, ao longo de todo o artigo 5º, vê-se um redobrado zelo no trato do Processo (v.g., incisos LIII, LIV, LV, LVI, LVII, LX, LXI). Vale frisar, contudo, que dito cuidado é sentido ao longo de todo o texto constitucional, direta ou indiretamente (v.g., art. 93, IX; 127; 133, 134).

²⁶ Saliente-se que vários processualistas, em tempos e modos distintos, apresentaram o que consideravam o *modelo de processo*. Obviamente, o modelo apresentado por processualista comprometido com o

belicismo goldschmidtiano²⁷, e, após a proposta de Fix-Zamúdio (1977, p. 348), o estudo do Processo exige uma aproximação entre os Direitos Constitucional e Processual.

Ainda sob influência das riquíssimas contribuições de Couture (1974), Fix-Zamúdio (1977), Baracho (1984) e Andolina (1997b), o modelo constitucional de processo mereceu ajustes, pois, nos moldes originalmente propostos, não se vislumbrava a formação de uma “cultura política libertária” (HABERMAS, 2002, p. 301-303), com a abertura de discursividade *irrestrita* e *isonômica* para a criação, aplicação e rejeição do conteúdo da norma jurídica. No Direito Democrático, o Processo deixa de ser *instrumento* da jurisdição, passando, ao revés, a constituir condição *sine qua non* para a legitimidade da própria atividade jurisdicional (LEAL, 2004, p. 77). Afasta-se, de pronto, a figura da autoridade solipsista e inesclarecidamente sábia, sendo insustentável apontar o Judiciário como o único (ou último) guardião da Constituição.

Estado Liberal era diferente do que seguia o Estado Social. Em assim sendo, urge, na atualidade, formular um *modelo de processo* adequado ao Estado Democrático de Direito. Decerto, a formulação desse modelo passa por um repensar acerca da cidadania, dos direitos fundamentais, da sociedade política, do Estado, da jurisdição, da norma jurídica e da Constituição. Para esclarecimento, sugere-se: ANDOLINA, 1997a, p. 142-143; NEGRI, 2003, p. 61; LEAL, 2004, p. 48-52.

²⁷ Lembrando do conceito de processo de James Goldschmidt (1936, p. 58) que chega a fazer a comparação entre sua teoria processual (Teoria da Situação Jurídica) e a guerra. É mister transcrever, *ipsis litteris*: “Permitaseme, para ilustrar la diferencia del enfoque, aducir un ejemplo de política. Durante la paz, la relación de un Estado con sus territorios y súbditos es estática, constituye un imperio intangible. En cuanto la guerra estalla, todo se encuentra en la punta de la espada; los derechos más intangibles se convierten en expectativas, posibilidades y cargas, y todo derecho puede aniquilarse como consecuencia de haber desaprovechado una ocasión o descuidado una carga; como al contrario, la guerra puede proporcionar al vencedor el disfrute de un derecho que en realidad no le corresponde. Todo esto puede afirmarse correlativamente respecto del Derecho material de las partes y de la situación en que las mismas se encuentran con respecto a él, en cuanto se ha entablado pleito sobre el mismo.”

Diante disso, o conteúdo da norma jurídica material (direitos substanciais) deve ser extraído de uma atividade isonômica e procedimentalmente compartilhada, sob a regência principiológica do Processo.

Nesse sentido é que Rosemiro Pereira Leal (1999, p. 48-52, 175), abandonando a concepção social e liberal²⁸ de Estado, afirma que o Processo apresenta-se como *instituição* constitucionalizada, formada pela conjunção dos *princípios* jurídicos da ampla defesa, isonomia, contraditório, visando a assegurar “o exercício, reconhecimento ou negação de direitos alegados e sua definição pelos provimentos nas esferas Judiciária, Legislativa e Administrativa.” Nota-se que, após tal definição científica, o Processo deixa de ser uma *ferramenta* posta à disposição do juiz para realização de inescclarecidos escopos²⁹ metajurídicos.

O Processo, como instituição jurídico-constitucionalizada que se define pelo encontro de princípios e institutos, constitui referente lógico-vinculante de exercício, aplicação e interpretação dos direitos assegurados no texto legal, eis que possibilita a “estabilização do princípio do discurso pela demarcação teórica dos critérios da formação da vontade jurídica.” (LEAL, 2002b, p. 170).

O discurso jurídico e a vontade da norma deixam de ser algo indemarcado e autocrático para abraçar a Teoria da Democracia, que encontra, na Teoria do Processo, seu *medium lingüístico*. Fato é que, sem tal balizamento jurídico e sem a criação de um espaço discursivo formalizado (com a processualização do princípio do discurso), a vontade da norma tende a ser a vontade de uma autoridade oracular, à semelhança do *locutor autorizado* de Francis Wolff (1996, p. 71) ou do juiz-hércules de Ronald Myles Dworkin (2003, p. 287). Daí por que, vale lembrar, não basta

²⁸ Ou, como anota Jürgen Habermas (1995, p. 107-121), concepção Republicana e Liberal de Estado.

²⁹ Em sentido contrário ao do texto, aponta-se: DINAMARCO, 2003, p. 181-188.

“[...] positivar um *modelo* de processo assegurado na constitucionalidade por uma jurisdição exercitada por juízes como guardiães de direitos fundamentais ou depositários públicos desses direitos, porque o que vai designar a existência do *status* democrático de direito é a auto-abertura irrestrita a que o ordenamento jurídico se permite ao oferecer legalmente a todos o exercício da discursividade crítica à fiscalização (correição) processual continuada para a construção, reconstrução, confirmação, concreção, atuação e aplicação do direito vigorante.” (LEAL, 2002b, p. 170-171).

Influenciado pelo pensamento popperiano (Cf. ALMEIDA, 2003, p. 51; 2005), Rosemiro Leal revisita as diversas teorias e escolas que tentaram demonstrar a natureza jurídica do Processo, e, após rejeitar alguns conceitos patentemente frágeis, cientificamente, colhe os aproveitáveis, dando-lhes novo formato e significação. Cria, após tal caminho, a *Teoria Neo-Institucionalista do Processo*. Nessa toada, de forma sóbria, aceita o insigne jurista mineiro a *falibilidade* do direito positivado, sem que tal aceitação autorize, em sua teoria, o desdém aos direitos fundamentais constitucionalizados e, muito menos, a outorga de *poderes divinatórios* a uma autoridade.

No Direito Democrático, o *provimento*³⁰ não advém de uma atividade solitária de uma autoridade, eis que todo poder emana do povo e, justamente por isso, a garantia de fiscalização popular não pode ser suplantada sem prejuízo da legitimidade democrática.

Nessa base, por assegurar a participação plena das partes, em discursividade delimitada pela principiologia processual, a Teoria Neo-Institucionalista do Processo

³⁰ Vale lembrar que o provimento é ato decisório do aparelho Executivo, Legislativo ou Judiciário (Cf. GONÇALVES, 1992, p. 102). Neste enfoque, a formulação e aplicação das decisões judiciais, administrativas e legislativas devem observar a principiologia do Processo, possibilitando-se a fiscalidade popular.

apresenta-se como a que melhor orienta o exercício popular de poder assegurado pela Constituição Brasileira³¹, já que possibilita a *auto-inclusão* (LEAL, 2002b, p. 172) dos destinatários da normatividade sistêmica, garantindo o exercício e a confirmação dos direitos fundamentais.

Vale recordar que a interpretação é atividade que traça o sentido e o alcance da norma jurídica, sendo indispensável à aplicação do texto legal (SOUZA, 2001, p. 258). Dita interpretação, como certo, dá-se num contexto paradigmático, vez que, ao tentar determinar o sentido e o alcance da norma jurídica, o intérprete o faz (ou, pelo menos, deveria fazer) no intuito de buscar a concretização do texto constitucional. É atividade voltada para um caso concreto (SOUZA, 2001, p. 258), porém, como afirmado acima, tal atividade não é realizada por uma autoridade eremita e *tradutora exclusiva* da vontade popular.

No Estado Democrático de Direito, tanto a *interpretação* quanto a *hermenêutica*³² jurídica rejeitam fórmulas, brocardos ou regras predeterminadas de julgamento, visto que somente a normatividade constitucional é capaz de conduzir e demarcar o conteúdo do provimento, ainda assim, sob a *condição* de participação dialógica dos destinatários da norma num *medium* lingüístico processualizado.

³¹ Vide parágrafo único do artigo 1º da Constituição Brasileira.

³² A interpretação é atividade que traça o sentido e o limite da norma jurídica, sendo indispensável à aplicação do texto normativo. É atividade voltada para um caso concreto. A hermenêutica jurídica, por sua vez, seria a teoria da interpretação, “capaz de tornar compreensível o objeto de estudo mais do que sua simples aparência ou superficialidade” (SOUZA, 2001, p. 258). Por ser uma teoria jurídica, organiza os conhecimentos (específicos de uma especialidade) adquiridos dentro da esfera do Direito, regendo-se pela principiologia constitucional, haja vista que, no Direito Democrático, não se pode falar em interpretação ou hermenêutica sem que ambas estejam sob a regência das normas constitucionais. Nesse sentido, a hermenêutica jurídica não pode ser uma “arte” (Cf. MAXIMILIANO, 1994, p. 1), pois essa expressão não é compreensível pela Ciência do Direito.

A interpretação dos textos de lei deve ser feita de forma compartilhada (LEAL, 2000, p. 121), haja vista que a legitimação dos provimentos passa pela *participação simétrica*³³ dos destinatários e, como óbvio, pela análise dos argumentos ventilados.

O texto legal não é um ente autopoiético que se compreende por si mesmo.

Dizer que uma norma jurídica (constitucional ou infraconstitucional), extraída de um texto legal, aplica-se dessa ou daquela forma, na Democracia, implica sua inserção (crítica e discursiva) na processualidade jurídica, possibilitando-se ao destinatário um (re)pensar do próprio texto normativo, sendo certo que nenhuma lei há que se aplicar antes de tal labor epistemológico.

Ademais, como já visto, tal inserção não é feita por uma autoridade anacoreta e salvadora, e sim, em conjunto pelos destinatários da norma, que, na Democracia, têm o direito de aferir seu conteúdo, sendo, outrossim, seu intérprete.

O Processo como *instituição constitucionalizada* composta pelos *princípios* da ampla defesa, isonomia, contraditório e pelo *instituto* do *Devido Processo*, apresenta-se como *regente* de toda atividade jurídico-interpretativa. Assim, não é legítimo falar em criação, revogação, alteração ou aplicação da norma sem que essa, antes, insira-se no espaço de tal instituição (Processo) regente.

Como duas faces da mesma moeda, o Princípio da Reserva Legal³⁴ vincula o intérprete à normatividade jurídica (quer essa se expresse na plataforma constitucional, quer na infraconstitucional), articulando-se, sempre, com o Princípio da Supremacia da Constituição.

Nesse sentido, segundo reflexão de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2004, p. 131), com a qual comungamos, o Princípio

³³ Lembrando o conceito de *simétrica paridade* trazido por Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 120).

³⁴ Ou Princípio da Prevalência da Lei, como se extrai da lição de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2004, p. 132-133). Conferir o inciso II do artigo 5º da Constituição Brasileira

da Vinculação ao Estado Democrático de Direito se apresenta como um dos *princípios diretivos* da função jurisdicional.

Assim, como o intérprete deve observar as diretrizes normativas do texto constitucional, em sendo o Estado Democrático de Direito o paradigma escolhido, fica o agente público inarredavelmente vinculado, no exercício de sua função, ao modelo político eleito. Aliás, a atividade jurisdicional “exige adequada e permanente interpretação das normas jurídicas em conformidade com o texto da Constituição,” (DIAS, 2004, p. 134) não sendo mais admissível a patológica postura de Magnaud³⁵ ou atos que lembram o *obtorto collo* (Cf. VIEIRA, 2002, p. 7) romano. Como sobredito, até mesmo o conteúdo da norma constitucional deve ser processualmente compartilhado, devendo-se desestimular a criação do *espaço do soberano*³⁶, ou seja, do espaço infiscalizável da autoridade.

Nesse enfoque, é ditosa a lição de Rosemiro Pereira Leal (2004, p. 96), que, por sua precisão, merece transcrição literal:

“O fato da maioria do povo, por exclusão social ou cognitiva, não ter acesso à compreensão dos direitos processuais, instituíveis pela Comunidade Política, suplica erigir a constituição como *medium* institucional que, na contrafactualidade, há de tornar apto o povo, por direitos fundamentais implementados, a conjecturar, concretizar ou recriar o discurso da Lei Constitucional Democrática.”

³⁵ Postura essa bem descrita por Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 45-46), Chaim Perelman (2000, p. 97-98) e Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2004, p. 134-135). Ensinam os autores que o francês Jean-Marie Bernard Magnaud, presidiu o Tribunal de Primeira Instância de Château-Thierry no período de 1889 a 1904, tornando-se famoso por prolatar decisões que não se vinculavam à lei, à jurisprudência ou aos livros jurídicos. O juiz Magnaud, apontado por alguns como “o bom juiz Magnaud”, reputava-se a própria encarnação do Direito, decidindo por equidade e para atendimento do (seu) senso de justiça.

³⁶ Sobre o *espaço do soberano*, vide item 2 deste trabalho.

No discurso jurídico-democrático (dialógico, e não dialético), não basta que os interlocutores se valham de uma *língua* comum; é necessária, também, uma *linguagem*³⁷ comum, um *medium* lingüístico capaz de aceitar a falibilidade do direito positivado. Esse *medium* lingüístico, a nosso ver, é a Teoria do Processo Democrático.

7. Considerações finais

A fundamentação do Direito se dá pela conformidade de opinião e vontade discursiva dos cidadãos (MOREIRA, 2002, p. 174), e não pelo entendimento de seres inexplicavelmente judiciosos. Expressões como *justiça, bem-estar social, interesse comum, moral, ética*, não podem ser *exclusivamente* traduzidas e compreendidas por mentes soberanas.

No Direito Democrático, é mister que o discurso da norma seja processualizado em toda esfera de formulação, alteração, revogação e aplicação jurídica.

Não basta, para legitimar o Direito, a simples obediência aos trâmites formais de criação das leis, vez que suas fases posteriores de aplicação, alteração ou revogação devem assegurar aos destinatários a ampla defesa, o contraditório e a isonomia, em *Devido Processo*.

O texto constitucional, por se ofertar à crítica, torna-se a base do discurso normativo e, uma vez existente, clama por uma interpretação processualizada, sendo desnecessário cogitar-se a *mens legislatoris* ou *legis*³⁸, pois o sentido da norma só pode

³⁷ Com razão, Karl Popper (1994, p. 71), obtempera que “é pela linguagem que nos tornamos humanos e que a consciência humana - a consciência do eu - é uma consequência da linguagem.”

³⁸ Com razão, na atualidade, muito se critica a clássica concepção de interpretação jurídica defendida pelos *subjetivistas* e *objetivistas*. Para tais correntes, seria função do intérprete (sempre solitário) descobrir o verdadeiro sentido da lei, quer seja desvendando a vontade do legislador (*mens legislatoris*) quer seja da própria norma (*mens legis*). A concepção subjetivista (*mens legislatores*) defende que a interpretação da lei é *ex tunc* (desde então, no caso, desde a criação da lei),

ser traçado por seus destinatários, e não, exclusivamente, por juízes, promotores, advogados, prefeitos, governadores, presidentes, ministros ou outros.

Nesse sentido, o conceito de Processo, após lutas e vidas, sofreu mutações, apresentando-se, na atualidade, como instituição constitucionalizada que abriga os princípios³⁹ do contraditório, da isonomia e da ampla defesa e o instituto de *Devido Processo*. No Estado Democrático de Direito, vale insistir, o Processo não se apresenta como um “laboratório de poder” (FOUCAULT, 2003, p. 169) posto à disposição de uma autoridade que vigiaria, de forma pan-óptica, a atuação dos cidadãos.

Por esse prisma, em decorrência dos Princípios da Supremacia da Constituição e da Reserva Legal, a principiologia constitucional do Processo conduz toda a interpretação do Direito, vinculando o intérprete. Com isso, a Teoria do Processo, ao abrigar uma instituição constitucional, demarca e vincula o próprio discurso jurídico, apresentando-se como *medium* lingüístico da atividade jurídica.

Todo poder emana do povo e a esse, como única fonte do poder, deve ser assegurada a possibilidade de fiscalizar a atividade dos agentes público-governativos, propiciando, outrossim, a oportunidade de criar, modificar e revogar a norma jurídica, via procedimental, sob a regência da Teoria do Processo, garantindo-se, com esse ciclo, a legitimidade normativa.

O destinatário passa a ser, também, intérprete e operador da norma jurídica.

Justamente por isso, o Discurso Normativo, em todo *iter* da *estruturação* do Direito, deve ser regido pela Teoria do Processo De-

mitificando o legislador. Por sua vez, a concepção objetivista (*mens legis*) defende que a interpretação é *ex nunc* (desde agora), mitificando a lei, já que essa teria uma racionalidade própria que falava por si mesma. Sobre tal crítica, sugere-se: Streck, (2004, p. 88, 100-104); Pereira, (2001, p. 108-119).

³⁹ Chamados de Princípios Institutivos do Processo. Sobre o tema (Cf. LEAL, 2004, p. 100-410).

mocrático, sob as conseqüências de perda de legitimidade.

Nesse sentido, a inobservância dos princípios institutivos do Processo (isonomia, ampla defesa e contraditório) torna a norma jurídica obscura e incompreensível, estimulando o aparecimento de um espaço (não-fiscalizável) *do* soberano.

A *pós-modernidade* desaprova a *não-contradição*, rejeitando, também, a tentativa (fracassada) de se criar um *ethos* (e uma *razão*) *universal*. O *desamparo*, a *complexidade* e o *pluralismo* são marcas indelévels da *pós-modernidade*, porquanto os indivíduos já não são (deveriam ser) dirigidos por uma *sofocracia* (governo dos sábios) ou por um direito extra-sistêmico, tal como o é o direito natural. A *contradição* passa a ser aceita. Tal momento pode ser apreendido principalmente na pintura *pós-moderna*, a qual não guarda nenhum compromisso com a estética e com os modelos tradicionais de pintura, como a *renascentista*. Do mesmo modo, a *pós-modernidade* rejeita a *tradição* e a *idéia de bem-comum*.

Ao revés do que muitos pensam, os protestos, as passeatas, as greves de fome e os brados proferidos em locais públicos pouco ou nada contribuem para a formação de uma Democracia efetiva, haja que o Discurso Democrático, na *pós-modernidade*, anseia por um espaço procedimental isonômico para encaminhamento dos argumentos e reivindicações. Para nada serve o debate público se os interlocutores (em especial, o cidadão e o Estado, o patrão e o empregado) não se apresentam no mesmo plano dialógico. Normalmente, o resultado de tais agitações nada mais é do que um analgésico dado pelo soberano como forma de evitar a radicalização da violência, mantendo, como certo, a *dominação*.

A linguagem jurídico-processual⁴⁰ é a única capaz de articular de forma democrática a autonomia pública e privada, pois ela

⁴⁰ Presente no espaço procedimental regido pela isonomia, contraditório e ampla defesa.

aceita as diferenças e as contradições, características típicas das sociedades atuais.

Desditosamente, ainda hoje, há os que se aquietam diante do pobre camponês kafkaniano (KAFKA, 2000, p. 71-72).

Referências

- AGAMBEM, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. 2003. 119 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.
- _____. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- ANDOLINA, Ítalo Augusto. *Il modelo costituzionale del processo civile. Gênese*: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v. 4, jan./abr. 1997a.
- _____. *O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional*. Tradução de Oreste Nestor de Souza Laspro. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 22, n. 87, jul./set. 1997b.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BORRADORI, Giovanna. *Filosofia em tempo de terror: diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida*. Tradução de Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2004.
- CARVALHO, Helber Buenos Aires de. *Alasdair Macintyre e o retorno às tradições morais de pesquisa racional*. In: OLIVEIRA, Manferdo A. de (Org.). *Correntes fundamentais da contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2000.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. *Requisito pragmático da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito*. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 3, maio 1999.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1974.
- _____. *Interpretação das leis processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. *Trayectoria y destino del derecho procesal civil hispanoamericano*. Buenos Aires: Depalma, 1999.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito-clássicos e novos papéis*. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 4, n. 7-8, 2001.
- DERRIDA, Jacques. *A farmácia de Platão*. Tradução de Rogério da Costa. São Paulo: Iluminuras, 2005.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: M. Fontes, 2003.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. *El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal*. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, v. 10, n. 30, sept./dic. 1977.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2003.
- GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- _____. *Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 143, jul./set. 1999.
- GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*. Barcelona: Labor, 1936.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.
- _____. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. Tradução de Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.

- _____. Três modelos normativos de democracia. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, n. 3, jan./jun. 1995.
- KAFKA, Franz. *Diante da lei*. In: _____. *A colônia penal*. Tradução de Torrieri Guimarães. Belo Horizonte: Itatiaia, 2000. 7 v.
- _____. Sobre a questão das leis. *Novos Estudos*: CEBRAP, São Paulo, n. 37, nov. 1993.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: M. Fontes, 1998.
- LEAL, André Cordeiro. *Direito processual*: texto jurídico e norma processual: implicações hermenêuticas. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2000. 1 v.
- _____. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002a.
- LEAL, Rosemiro Pereira. Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 6, n. 1, ago. 2003a.
- _____. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. (Org.) *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003b.
- _____. Processo e hermenêutica constitucional a partir do estado de direito democrático. In: _____. *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001. 2 v.
- _____. *Teoria geral do processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson-IOB, 2004.
- _____. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- _____. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002b.
- MACINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude*: um estudo em teoria moral. Tradução de Jussara Simões. Bauru: EDUSC, 2001a.
- *justiça de quem? Qual nacionalidade?* Tradução de Marcelo Pimenta Marques. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001b.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia*. 3. ed. São Paulo: M. Limonad, 2003.
- NEGRI, André del. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Canttonni de. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- _____. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: M. Fontes, 2000.
- Popper, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 10. Ed. São Paulo: Cultrix, 2003.
- _____. *O racionalismo crítico na política*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. 2. ed. Brasília: UnB, 1994.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SOUZA, Carlos Antônio. Autos como limite hermenêutico de verdade formal e real no processo. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001. 2 v.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Da ação cível*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. 12. ed. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2004.
- _____. *Três tipos puros de dominação legítima*. 7. ed. São Paulo: Ática, 2001. (Coleção grandes cientistas sociais).
- WOLFF, Francis. Nascimento da razão, origem da crise. In: NOVAES, Adauto (Org.). *A crise da razão*. São Paulo: Companhia das Letras; Brasília: Ministério da Cultura; Rio de Janeiro: Fundação Nacional de Arte, 1996.