

PROCESSO E JURISDIÇÃO NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: SUBSTANCIALIZAÇÃO E LEGITIMAÇÃO (POLÍTICA E JURÍDICA) PELA VIA DEMOCRÁTICA

**PROCESO Y JURISDICCIÓN EN CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO:
substancialización y legitimación (política y jurídica) por la vía democrática**

Rafael Fonseca Ferreira¹
Celine Barreto Anadon²

RESUMO

A proposta do presente trabalho é partindo de uma descrição crítica da ciência processual contemporânea, ainda presa as premissas liberais-individualistas, confrontá-la com os objetivos do Direito e do compromisso representado pelo constitucionalismo democrático, visando contribuir para a construção de um novo paradigma. Num segundo momento se apresentará um conjunto de idéias (Baptista, Oliveira, Dinamarco, Marinoni, entre outros) que apontam para a necessidade de uma releitura da gênese do processo e de como isso pode representar um avanço na qualidade da prestação jurisdicional - adequada constitucionalmente – e no reposicionamento do Poder Judiciário no cenário político como co-fiador da democracia e de uma cidadania inclusiva. Por fim, contrapondo idéias desenvolvidas principalmente por Cappelletti e Streck se discutirá os riscos à democracia (e a Constituição) de um Judiciário que ainda opera sob premissas subjetivistas e que ainda não compreendeu sua responsabilidade política, exercida via processo, dentro da organização constitucional do Estado de Direito.

Palavras-chave: Processo; Jurisdição; Política; Democracia; Decisão Judicial.

RESUMEN

El propósito de este trabajo es a partir de una descripción crítica de la ciencia procesal contemporánea, aún detenida a premisas liberales-individualistas, comprarla con los objetivos de lo derecho y el compromiso materializado en el constitucionalismo democrático, para contribuir a la construcción de un nuevo paradigma. En una segunda etapa llevará a cabo un conjunto de ideas (Baptista, Oliveira, Dinamarco, Marinoni, entre otros) que apuntan a la necesidad de una reinterpretación de la génesis del proceso y cómo se puede representar un avance en la calidad de la entrega jurisdiccional - constitucionalmente adecuada - y el reposicionamiento del poder judicial en el ámbito político como co-garante de la democracia y una ciudadanía inclusiva. Por último, oponiéndose a las ideas desarrolladas principalmente por Cappelletti y Streck le explicará los riesgos a la democracia (y la Constitución) un poder judicial que aún opera bajo supuestos subjetivistas que no se han dado cuenta de su responsabilidad política, ejercida vía proceso, dentro de la organización constitucional del Estado del Derecho.

Palabras clave: Proceso; Jurisdicción; Política; Democracia; Decisión judicial.

¹ Mestre e Doutorando em Direito Público pela Universidade do Rio dos Sinos (Unisinos); Especialista em Comércio em Relações Internacionais pela Universidade de Caxias do Sul (UCS); Professor Efetivo de Direito Processual Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Rio Grande (FURG)

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG); Especialista em Direito Público pela Anhanguera/Uniderp. Procuradora do Município de São José do Norte/RS.

Introdução

Primeiramente, imprescindível referir que este artigo orienta-se pela premissa de que a democracia implica em rupturas com tradições estabelecidas, buscando-se estabelecer novas concepções, não-hegemônicas, particularmente, àquelas inclusivas/participativas e que funcionam a despeito de quem esteja no poder.

O presente trabalho, partindo de uma metodologia de caráter fenomenológico, pretende através de um procedimento monográfico evidenciar e criticar a orientação tecnicista da ciência processual e o seu desalinho em relação ao constitucionalismo democrático, com especial enfoque na substancialização do processo enquanto instrumento dotado de fins mais que jurídicos, senão, também políticos e sociais, voltados à realização da prestação jurisdicional constitucionalmente adequada, enquanto direito fundamental do cidadão no Estado Democrático de Direito.

E, nesta concepção, a primeira parte do trabalho é destinada a descrever de forma crítica a ciência do processo hoje a partir das doutrinas de Dinamarco, Oliveira, Baptista, Marinoni entre outros, ainda presa das amarras históricas de tradição liberal-individualista confrontando-a com os objetivos do Direito, propriamente dito - no mais das vezes resumido à lei -, assim, como contrastando-a com o compromisso de uma Constituição democrática como a brasileira.

Por outro lado, debater-se-á a proposta de como a releitura da gênese do processo pode representar um *plus* na prestação jurisdicional justa e adequada e de que modo, em última análise, a reestruturação do processo, sob novo paradigma, pode modificar o cenário democrático reposicionado o Poder Judiciário na cena política e introduzindo uma nova forma de participação na democracia e a construção de uma cidadania inclusiva, evoluindo-se, das amarras da democracia procedimental-representativa vigente.

Adiante se buscará destacar a importância do significado material da Constituição como um novo paradigma informativo para o Direito, em particular, para a ciência processual, como um *locus* privilegiado de convergência axiológica e normativa, que passa a determinar, inclusive, o processo, ora subutilizado, sob um novo significado – substancial – em contraposição a uma realidade deficitária e meramente procedimental (mecanicista) operada, ainda que involuntariamente, pela doutrina e, também, pelo próprio Judiciário.

Por fim, contrapondo as idéias desenvolvidas especialmente por Cappelletti e Streck se discutirá, a partir da proposta de uma Jurisdição revigorada e comprometida com a

realização dos objetivos da Constituição, os riscos à democracia (e a Constituição) de um Judiciário que ainda não compreendeu o seu papel político dentro da organização constitucional do Estado de Direito. Ou seja, os riscos da manutenção do paradigma subjetivista e voluntarista nas decisões judiciais – arbitrárias e antidemocráticas - e o conseqüente prejuízo do Judiciário consistente na possibilidade de regressar ao *status quo ante* – resumir-se à boca da lei -, frustrando por assim dizer a construção de uma idéia de processo como *locus* de realização de uma cidadania ativa democraticamente e de afirmação da Constituição.

1 O PROCESSO: PARA CIÊNCIA OU PARA A SOCIEDADE?

1.1 Os ‘papéis’ do processo na sociedade contemporânea

A autonomia da ciência processual evidenciada principalmente a partir da metade do século XIX, especialmente combinada com o movimento constitucionalista da pós-segunda guerra, representou – ou pelo menos deveria – uma revolução para a ciência processual, em última análise, para o processo (SILVA, 2006; OLIVEIRA, 2008). A pretensão fundamental de um movimento crítico da ciência processual tem em seu cerne a superação da visão tecnicista e isolada da realidade social, no sentido de se desenvolver que ao *processo* se somam outros valores: visto enquanto instrumento social, na medida em que tem o papel (teleológico) de assegurar a realização da justiça; enquanto instrumento político, na medida em que representa um modo de participação democrática; e jurídico, como metodologia por meio da qual se exerce a jurisdição amplamente considerada (DINAMARCO, 1998).

Por isso é que a construção de uma teoria processual moderna - e crítica - não escapa a necessidade de convergência com um constitucionalismo compromissório e dirigente - de notável caráter substantivista. Hoje, com a constitucionalização da tutela jurisdicional dos direitos, o direito processual foi guindado ao plano do direito público, situando a Jurisdição como uma função estratégica do Estado em face dos direitos e garantias fundamentais. E, nesse contexto, é que ganha relevo a ressignificação do *processo* enquanto direito fundamental complexo e multifacetado (OLIVEIRA, 2008, p. 83).

Para Marinoni (2006, p. 452), O *processo*, portanto, no constitucionalismo democrático se reveste também de uma dimensão externa e, por isso, se propõe a superar a idéia instrumental-pragmática de que o processo esteja meramente a serviço do direito material (‘atuação da vontade concreta da lei’), isto é, do processo que se resume a um procedimento para a solução de lides, sem maiores pretensões político-sociais (visão

instrumentalista), abstraindo-se a ideia de que o *processo* se apresenta carregado de significação política, econômica além da jurídica (concepção substancialista) (CALMON DE PASSOS, 1988, p. 83). Por via de consequência, o *processo* não pode ser concebido meramente como um conjunto de atos coordenados visando um fim, mas senão o próprio direito de participação democrática e que em seu exercício se conflui com outros direitos fundamentais (MARINONI, 2006, p. 405).

Outrossim, *processo*, como qualquer direito se volatiliza diante da dialética político-econômica, contudo, não se desumaniza, na medida em que tem como compromisso a realização da justiça, caso em que as forças contingenciais ditadas pelos outros fenômenos sociais, sempre enfrentarão um núcleo sólido que legitimará numa atividade (jurisdicional) produzida/desenvolvida democraticamente pelo juiz e pelas partes em prol dos valores sociais compartilhados (CALMON DE PASSOS, 1988, p. 87).

Assim, mais que um meio de defesa de interesses juridicamente tutelados³ é o *processo* um modo de realização do Direito – amplamente considerado - e, por assim dizer, sujeito a todas as formas de pressões sociais, de modo que lidar com essa contingência de forma efetiva e adequada, necessariamente, obriga a ciência processual distanciar-se da pretensa neutralidade científico-formal a que esteve relegada, sob pena de esvaziamento de sua autonomia. Ou seja, não há como permanecer refratário aos problemas da sociedade quando o instrumento – o *processo* – está no cerne da própria atividade Estatal, em particular, a jurisdicional.

Logo, é preciso reconhecer que não é uma questão meramente jurídica, mas também sócio-política. Não se faz democracia simplesmente ampliando os canais de acesso ao judiciário sem dar educação e infraestrutura à sociedade. Fato é que, para isso, não há sinergia entre os Poderes, a divisão dos poderes à moda iluminista é estanque e competitiva.

Enfim, não há, em regra, uma reflexão acerca do Direito (e em particular, do processo) – nem pelos juristas (regra geral) tampouco pelos políticos – o que se tem é um ostracismo que é refratário a evolução democrática e ao constitucionalismo afirmativo. Por isso é se revela imperioso discutir e empreender no sentido de se substancializar o *processo* endógena e exogenamente, enquanto direito (garantia) e como instrumento de participação democrática caso contrário, logo, teremos o processo medido na forma de um índice estatístico - modo pelo qual tem operado o Estado! “Justiça em números”! A eficiência da

³ Sobre interesses juridicamente tutelados cf. RIBEIRO, Darci Guimarães. Esboço de uma teoria processual do direito. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, Porto Alegre, n.4, p. 53-64, 2007.

justiça hoje é econômica, medida em números⁴! No entanto, a questão é qualitativa e não quantitativa.

Em suma, se quer dizer que de nada adianta leis ou códigos ou mesmo uma Constituição rica em direitos - por mais sofisticadas que sejam - sem operar-se uma transformação dos 'agentes' que colaboram com a produção do e no Direito e infraestrutura social, caso contrário, continuaremos a nos deparar com um Direito sempre deficitário em relação à sociedade. O Direito não é lógico-analítico - ao menos não deveria ser - ele é fático, é realidade social, com efeito, por sua vez, o jurista não pode se encontrar escravizado pelo 'cientificismo-neutral-procedimental-formal' ditado mais pela ausência de pensamento crítico do que pelo pragmatismo do *processo* - restrito a visão de coadjuvante.

Por isso é que, em última análise, se defende o desenvolvimento de uma ciência processual conectada numa perspectiva histórica e cultural capaz de servir de forma adequada ao compromisso do constitucionalismo democrático.

1.2 A substancialização do processo: superando a abstração e a neutralidade axiológica

Então, sob a premissa inicial de que o *processo* precisa também ser observado a partir das estruturas externas a fim de conferir caráter pragmático aos seus institutos, se faz imperioso compô-los diante da realidade ético-valorativa que permeia todos os preceitos constitucionais desde sua criação. Desta forma, segundo Streck (2009, p. 179), a co-originariedade ético-valorativa que informa os direitos e garantias constitucionais por certo não escapam ao *processo*, motivo pelo qual lhe é apresentada uma nova formulação - adequada ao constitucionalismo democrático -, tornando-o capaz de desencobrir (e superar) todo o ideário liberal-individualista que ainda permeia e obstaculiza a evolução da ciência processual.

Num contexto afirmativo da jurisdição, julgar é, também, uma questão de política e, nesse particular, o dogma da neutralidade jurisdicional, nada mais é do que realmente um obstáculo - por vezes acrítico e ahistórico - que não combina com a ontologia do *processo* e da *jurisdição* (DWORKIN, 2005). O processo e a jurisdição são - devem ser - o espelho da sociedade, pois o jurista que conforma essa ciência não pode ser um *outsider*, ou como com propriedade criticava Ovídio Baptista:

⁴ Basta ver os indicativos do Poder Judiciário em números, divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros>> acesso em 02 mar. 2013.

Falta-nos capacidade de perquirir, ou mesmo interessarmo-nos pelas origens de nossas instituições processuais. Supomos que os fenômenos jurídicos não tenham origem cultural, nem historia. Como bons descendentes do platonismo renascentista, cremos que os conceitos jurídicos sejam da mesma natureza que as categorias geométricas. Eles estariam inscritos na natureza, ou seriam um produto da lógica pura. Neste particular, a submissão do Direito aos pressupostos da “ciência” do medir, pesar e contar é absoluta.

Também a “ciência” moderna não se preocupa com a genealogia dos fenômenos que investiga, muito menos com suas respectivas ontologias. O cientista não se detém no “por que” das coisas, satisfaz-se em descobrir o “como”; como resolver as dificuldades enfrentadas e como extrair proveito das descobertas científicas. Este foi um dos pressupostos, a condição epistemológica, de todas as matizes do *funcionalismo* jurídico, responsável pela “desontologização” do Direito, consequentemente pela perda de sua autonomia [...].(2006, p. 299-300)

Talvez por isso, a onda reformista processual das últimas décadas não tenha resolvido o problema da celeridade, da efetividade ou de qualquer categoria de cunho “pragmático”, pois ditas reformas não enfrentam e nem resolvem os problemas da sociedade e do/no Direito. É perceptível que as propostas de alterações legislativas, em particular no processo são, no mais das vezes, de caráter funcionalista, vistas e empreendidas sempre internamente, refratárias as mudanças da própria sociedade, rendendo razão ao que já foi dito - há uma dissintonia entre os fenômenos sociais e jurídicos.

A ciência processual no Brasil, no mais das vezes, anda par e passo com o projeto kelseniano – neutralidade científica e discricionariedade para os juízes – e, por ser assim, bem distante da perspectiva constitucional-democrática. Não há espaço para os valores conquistados socialmente quando a ciência se restringe circularmente em suas categorias e conceitos – o processo tem se revelado autofágico, desprestigiando suas possibilidades – transformadoras – da sociedade contemporânea.

A visão procedimental do processo o alija de sua essência transformadora/emancipadora. Não é por menos que o descrédito da Justiça – enquanto resultado coloquial da atividade do Judiciário – invariavelmente é atribuído à morosidade e a incerteza das decisões. Porém, para se avançar, no mínimo, as reformas processuais precisam lidar com a perspectiva de uma nova essência processual e, ao mesmo tempo, enfrentar os problemas estruturais dessa sociedade complexa e desorganizada.

Sendo assim, revela-se como própria a crítica de Oliveira (2008, p. 76) no sentido de que o processo, enquanto direito de natureza político-jurídica que vincula Estado e cidadão, tem um valor substancial muito mais rico que uma mera técnica – neutra axiologicamente - e escravo da dogmática eventual. Em suma, a eficácia e a legitimidade da atividade jurisdicional, passam por uma nova compreensão do processo – enquanto direito substancialmente fundamental – e que, por isso, se proponha a traduzir os compromissos constitucionais, os quais revelam o modo de ser de uma sociedade democrática.

O *processo* é multifacetário, carrega em si mesmo, na essência, a realização da justiça material e a paz social no dizer de Oliveira (2008, p. 77-83) – valores vinculados aos fins do processo –, ao passo que para o mesmo autor, a efetividade, a segurança e a organização interna justa do processo lhe dizem respeito a sua face instrumental.

Talvez essa seja a grande questão no que diz respeito ao processo, isto é, se o papel até então e no modo que desempenhado (formalista/tecnicista), é suficiente para atender as particularidades da sociedade contemporânea, ou mesmo, por outro lado, se é necessário repensar o processo e a ciência processual para uma nova estrutura social complexa – orientada constitucional e democraticamente, para que a sociedade contemporânea, plural e compartilhada, não fique à mercê de uma cultura privatística de cariz liberal-individualista, em detrimento de uma ressignificação sob os princípios e fundamentos do Estado Democrático de Direito.

O processo não se presta tão-somente para a elaboração de uma decisão, nem esta se legitima só por ter sido imposta segundo os cânones do rito, mas também por ter feito justiça [...] Todavia, a formação do próprio procedimento está impregnada de valores e até o rito pode ser estruturado injustamente, se não obedecidas as garantias fundamentais do processo, os princípios que lhe são ínsitos e o nível de desenvolvimento cultural de cada povo. (OLIVEIRA 2009, p. 220-221)

A metodologia, portanto, pode ser uma garantia de neutralidade, mas não de justiça, razão porque a retidão da argumentação no sentido de que proposições e alterações legislativas não mudam a sociedade, assim como não mudam a essência do Direito – muda a lei, mas não muda o Direito. Com isso, se quer denunciar a necessária mudança de paradigma, antes baseada numa segurança jurídica artificial, a qual pretende enquadrar o Direito numa equação algébrica diante da realidade fática produzida pela sociedade e que acaba por repercutir em todos os setores do Direito (SILVA, 2006, p. 36).

A ciência processual condicionada pela ‘metodologia neutral’ - autoritária e antidemocrática -, contaminou, à toda evidência, a própria concepção de processo, restringindo-o a visão liberal-individualista-abstrata, típicas das premissas jurídico-filosóficas lançadas desde o século XVII. Tinha razão, pois, Ovídio (2006, p. 79), quando destacava a criação do “mundo jurídico” como consequência do racionalismo, pois é essa ilusão que determina o pensamento jurídico até os dias de hoje, isto é, de que realmente existe, numa forma independente da realidade – do mundo real –, o mundo jurídico, o qual por prescindir da experiência/historicidade, vive(ria) na abstração, daí a surreal separação do ‘mundo dos fatos’ e ‘mundo do direito’.

Fato é que a autonomia científica do processo, no Brasil, de certo modo tomou rumos indesejados, especialmente, no excessivo formalismo, confundindo autonomia científica com

autossuficiência destoada da realidade comum, como assevera o próprio Dinamarco (1998) quando diz que o processo sofre da natural propensão ao formalismo e ao isolamento, pois não vai diretamente à realidade da vida, nem fala a linguagem do homem comum.

Ou seja, a neutralidade científica, acabou por afastar a ciência processual da realidade, mais preocupada com a formalização conceitual do que com sua efetividade prática, ou melhor, do que com a democracia contemporânea e os valores consagrados constitucionalmente.

A maneira como diante da escala axiológica da sociedade contemporânea são interpretadas as garantias constitucionais de igualdade substancial entre as pessoas (e entre as partes), da inafastabilidade do controle jurisdicional, da ampla defesa e do contraditório, do devido processo legal – todos eles endereçados à efetividade do processo em sua função de instrumento a serviço da ordem constitucional e legal –, conduz à existência de um processo acessível a todos e a todas as suas causas (por mais humildes que sejam aqueles e menor expressão econômicas tenham estas), ágil e simplificado, aberto à participação efetiva dos sujeitos interessados e contanto com atenta vigilância do juiz sobre a instrução e sua interferência até ao ponto em que não atinja a própria liberdade dos litigantes. (DINAMARCO, 1998, p. 32-33)

Não se pode objetar sobre o papel dirigente da Constituição sobre o processo, seja no que diz respeito ao seu delineamento principiológico como e, fundamentalmente, sob a necessária tradução dos valores constitucionais amplamente considerados.

Portanto, libertar as amarras ideológico-privatísticas em prol de uma visão publicística e substancial da ciência processual, é um compromisso social e democrático, pois é dessa ressignificação – já em movimento – que se alça a atividade jurisdicional desenvolvida pelo Poder Judiciário à condição de protagonista (político) ao lado dos demais poderes, numa necessária (r)evolução contra a história - do judiciário subordinado no *ancien régime*, operacional pós-revolução francesa e que, agora, numa terceira fase do 2º. pós-guerra, assume o papel último, de via *processo*, proteger e interpretar a Constituição.

2 O PROCESSO E A JURISDIÇÃO NO QUADRO POLÍTICO DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL:

2.1 A Constituição como ‘novo’ locus de materialização do processo: democracia (participativa) e cidadania

Mais do que simplesmente mudar o parâmetro de referência do Direito em relação à lei, típico dos movimentos liberais-individualistas⁵, também é preciso revelar o significado da

⁵ A transformação do princípio da legalidade não significa apenas que da antiga subordinação à lei se passou ao domínio da Constituição, até porque essa leitura não permitiria a compreensão do alcance das tensões que

Constituição para as democracias contemporâneas. Não é por menos que se apregoa a necessidade de transformação das premissas do Direito Processual à realidade de nosso tempo, mormente marcado pelo publicismo, coadunando-se com isso o fato do direito processual constituir ramo estratégico para o Estado (jurisdição).

A centralidade da Constituição é concebida por suas várias interfaces: jurídica, ante a sua supremacia em relação à lei e, também, seu caráter normativo; social, pela garantia e proteção dos direitos humanos voltados para consolidação da justiça social; e democrático, tanto pela divisão das funções estatais, controle do poder, legitimidade da atuação do Estado e participação do povo nas deliberações que dirigem a vida do Estado e da sociedade.

E isso é tão importante que, por exemplo, o próprio Direito Processual deve – ou deveria – alimentar-se de todas as vertentes do significado constitucional, desde os princípios formativos e orientativos, juridicamente falando, face mais evidente e propalada. Mas, também, deveria o processo se alimentar de premissas sociais e democráticas que contribuiriam para superar suas marcas privatistas e abstratas. Com isso se quer dizer que o processo é diretamente responsável pela garantia e proteção dos direitos humanos, controle das forças de poder e instrumento de participação na democracia.

Como é evidente, a idéia de proteção dos direitos não tem a ver com a antiga e remota concepção da tutela dos direitos privados, própria à época anterior à afirmação da autonomia do direito processual. O Estado constitucional tem o dever de proteger os direitos fundamentais, seja através de normas, atividades fáticas administrativas ou da jurisdição. Além disso, a jurisdição, no Estado contemporâneo, tem o dever de proteger todas as espécies de direitos, com isso se querendo evidenciar que o juiz, muito mais do que simples aplicar a lei, tem o dever de compreendê-la a partir dos direitos fundamentais no caso concreto. (MARINONI, 2006, p. 402)

A Constituição nesse momento histórico é emancipadora, especialmente, em relação ao privatismo herdado dos séculos anteriores – que as leis e códigos não conseguiam aglutinar - e a verdadeiro significado da democracia enquanto regime de governo diretamente dependente da vontade do povo. A manutenção do processo no *status quo* e, à toda evidencia, negar a existência do constitucionalismo democrático. Não se pode negar que o processo (jurisdicional) faz as mesmas vezes do processo (político-eleitoral), entretanto, perante poderes diferentes, mas ambos sob as mesmas premissas, uma vez que a Constituição e toda sua irradiação alcançam a tudo e todos, inclusive, o processo judicial.

De certa maneira se pode dizer que o *processo*, um dos vetores de afirmação da Constituição, em sua função democrática, ainda não conseguiu assim, no mais das vezes,

conduziram à transformação da própria noção de Direito. Na verdade, a subordinação da lei à Constituição não pode ser vista como uma mera “continuação” dos princípios do Estado Legislativo, pois significa uma “transformação” que afeta as próprias concepções de Direito e de Jurisdição. (MARINONI, 2006, p. 403)

deixar permear a sua pretensa neutralidade científica – bloqueada pelo conceitualismo e abstração -, como se o campo dos valores constitucionais se estancassem no plano do direito material e sem qualquer consequência ao direito processual.

A pretensa neutralidade do conceito de relação jurídica processual certamente escamoteou a realidade concreta, permitindo a construção de uma ciência processual que se queira bastante ou supunha que poderia viver imersa em si mesma, sem olhar para a realidade do direito material e para a vida dos homens. [...] Acontece que nenhum Estado é neutro. Ao contrário, todo Estado tem fins e projetos, que devem ser realizados a partir de seus valores [...] atualmente presentes nos princípios constitucionais de justiça e nos direitos fundamentais. (MARINONI, 2006, p. 397)

Ora, se afirmar o valor normativo dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais é o compromisso da Constituição, certo é que ao processo, também, não foge a responsabilidade de consagrar tanto na sua gênese como em seus mecanismos os elementos que traduzem os anseios da sociedade – jurídicos, sociais e políticos – sob pena de carecer de idoneidade e obscurecer toda a verdade acerca das conquistas sociais auferidas no mundo da vida.

Por isso é que, em tempos de constitucionalismo democrático, o processo judicial traz em sua gênese um *plus* à participação, isto é, uma qualidade de caráter político aos princípios constitucionais do processo. E como diz Cappelletti (1999, 2008) se é verdade que o elemento fundamental da idéia democrática é a participação dos cidadãos no governo dos países e, pois, na produção jurisprudencial do Direito, tal elemento encontra no processo uma máxima e idônea potencialidade por se o processo jurisdicional o mais participatório de todos os processos da atividade pública.

O ‘gigantismo’⁶ que tomou conta dos poderes políticos legou uma burocrática e viciosa dependência de uma profusão legislativa que, no mais das vezes, revelam a promoção pessoal de parlamentares e governantes mais do que um compromisso com o bem estar social, decoro ou uma ideologia política. E, esses desvios políticos – orgânicos e funcionais - nos Estados Constitucionais em afirmação democrática, só poderia redundar em demandas judiciais pelas mais variadas razões, seja para cumprir a lei/ato normativo, seja para interpretar a lei/ato normativo, seja, enfim, para não aplicar ou nulificar lei/ato normativo da ordem jurídica como resultado da jurisdicional constitucional.

Como destaca Cappelletti (1999, p. 138) se pode enumerar algumas justificativas para o aumento da atividade judicial, o aumento da legislação promocional ou positiva, isto é, não meramente àquelas de caráter proibitivo, a ausência de limite dos poderes políticos, especialmente, o legislativo, daí a sentida necessidade de um sistema de *checks and balances*,

⁶ Expressa usada por CAPPELLETTI (1999, p. 7).

a necessidade de afirmar e concretizar os Direitos Humanos, o principal compromisso atribuídos as Constituições pós-holocausto.

Soma-se a isso, uma questão que vem sido frequentemente debatida pelos organismos internacionais de Direitos Humanos, políticas-econômicas e financiamentos: a corrupção. Aliás, Cappelletti é bastante enfático na questão de que o Judiciário é, entre os Poderes, o menos corrupto, isso porque segundo o autor:

[...] como amplos poderes normativos são, expressa ou tacitamente, delegados à Administração Pública; e parece legítimo realçar mais que uma dúvida, por exemplo, sobre a ‘democraticidade’ de certas normas criadas, muitas vezes por anônimos colégios de burocratas, cuja responsabilidade política confronta com a cidadania não parece maior que aquela de um colégio judiciário. Sem, pois, dizer que os próprios parlamentos, com sua hierarquia, alianças, subserviências e reagrupamentos políticos, e com seus compromissos impregnados de táticas e estratégias dos partidos (políticos), estão bem longe de refletir, sempre, os sentimentos da maioria popular. (1999, p. 138)

O Brasil, em particular, é um nítido caso em que se aplicam essas palavras. Por exemplo, um parlamento que congrega Tiririca, Renan Calheiros, José Sarney, Fernando Collor de Mello e até recentemente Demóstenes Torres entre outros⁷: uns despreparados, outros corruptos e outros sem ideologia, não podem bem representar a compreensão de uma sociedade cidadã. Mais, a falta de ideologia, de representação corporativa e o desprestígio, tem tornado, inclusive, o Poder Legislativo um braço subserviente dos programas políticos do Executivo, ou mesmo, do programa normativo do Executivo, ante o desmedido uso das Medidas Provisórias.

A sociedade, por exclusão, acaba por se socorrer do Judiciário e, por consequência, o tem erigido a condição de ‘Terceiro Gigante’⁸. Teoricamente, o Judiciário sempre um dos poderes estatais, todavia, sempre teve a sua função numa condição coadjuvante, quase que à parte do Estado – por não ter função política - desde a clássica divisão de Montesquieu (1799). Por isso é que, hoje, a invocação do Judiciário ao protagonismo no cenário democrático, causa estranhamento e refutação pelos demais poderes políticos, mormente, porque a história ‘democrática’ sempre foi vista sob ângulo procedimental-representativo (BOBBIO, 1987). Logo, nessa perspectiva, o Poder Judiciário sempre esteve alijado politicamente, mas sob a perspectiva de uma democracia direta e participativa desponta como indispensável, especialmente, em se tratando de políticas inclusivas e de afirmação, como por exemplo, os julgamentos acerca de constitucionalidade de programas de cotas raciais, pesquisa com células-tronco, uniões homoafetivas, entre outros.

⁷ Cf. <<http://professorclaudino.blogspot.com.br/2009/05/conheca-os-politicos-corruptos-do.html>> Acessado em 23 fev. 2013.

⁸ Expressão usada por CAPPELLETTI (2008).

Aliás, como destaca Cappelletti constitui-se uma virtude do Judiciário saber frustrar, propriamente, o ramo político quando este muito ligado ao sentimento majoritário, atropela certos direitos fundamentais dos indivíduos ou das minorias, muitas vez, ao próprio arrepio das Constituições:

[...] as Constituições com maior brilho não podem cerrar-se como torres de marfim, à parte o fato de que seus redatores não tinham conhecimento dos problemas que estão surgindo nas sociedades modernas (e, inclusive daqueles problemas que somente agora estão sendo totalmente reconhecidos pela sociedade). Creio que seja esta a função final da jurisdição constitucional: manter viva a Constituição. (2008, p. 139)

Ora, a ascensão do Judiciário tem tudo a ver com a democracia, seja para incluir as minorias excluídas, cumprir o programa normativo da Constituição e, sobretudo, controlar os demais poderes por ocasião dos excessos e desvios que enfraquecem o constitucionalismo democrático. Isso quer dizer que a legitimidade democrática do Judiciário não deriva da representação majoritária, inobstante seja crível, que o papel de proteger e interpretar a Constituição, conferido pelo poder constituinte originário, já fosse o bastante.

Mas, também, a democraticidade que distingue os Poderes Estatais, especialmente, o legislativo do judiciário, é que a função legislativa é responsável, pela criação de leis, em regra, de caráter geral, abstrato, impessoal e de prospecção futura, enquanto a função jurisdicional lida com a faticidade concreta, individual, pessoal e imediata de aplicação e interpretação do direito proporcionada pela realidade da vida. Não se trata de semântica, mas de evolução histórica, pois o juiz não é mais a boca da lei, quicá da Constituição – na compreensão do seu caráter emancipatório – mas, em última análise, do Direito, com todo seu compromisso finalístico, sua história e instrumentos, os quais não se esgotam, por óbvio na lei. Trata-se, portanto de uma *‘revolta contra o formalismo’*⁹, de modo que o intérprete (juiz) não se limita a declarar o Direito, mas contribui à sua construção e à sua evolução.

Ora, já vimos que o controle judiciário dos ramos políticos é um elemento essencial deste sistema. Evidentemente, a noção de democracia não pode reduzir-se à simples idéia de democracia. Dissemos, anteriormente, que democracia também significa participação; e democracia significa tolerância e liberdade. Uma justiça razoavelmente independente de caprichos e intolerância majoritária pode, enormemente, contribuir à democracia; e sustenta-se o mesmo, para uma Justiça suficientemente ativa, dinâmica e criadora, a fim de assegurar a preservação de um sistema de equilíbrio entre os poderes em vista os ramos políticos. (CAPPELLETTI, 2008, p. 252)

No entanto, a ‘dupla democraticidade judicial’ no acesso e na prestação jurisdicional precisa ser imbuída de reformas mais objetivas como a ‘adoção de procedimentos acessíveis mais simples e racionais, mais econômicos, eficientes e especializados para certos tipos de controvérsias’; e, reformas de natureza ontológica, como a idéia de uma justiça ‘coexistencial’

⁹ Expressão usada por Renato Treves, jurista italiano, citado por Cappelletti (2008, p. 16).

que aproxime os indivíduos e grupos ao invés de estimular o ambiente conflituoso e a ressignificação do processo (sentença) enquanto produto de um processo participativo. Participativo não meramente no sentido do contraditório e da ampla defesa, mas como ferramenta de natureza política e capaz de auxiliar no desenvolvimento e consolidação da democracia (CAPPELLETTI, 2008, p. 390).

O processo, neste contexto, é instrumento de democracia participativa – miniatura do Estado democrático (ou ‘microcosmo do Estado-de-direito’), por ser construído em clima de liberdade e participação efetiva -, na medida em que abarca em sua concepção a ‘repolitização da legitimidade compromissada com o resgate histórico’ das lutas e conquistas da sociedade, sob as quais se sedimenta o ideário de uma sociedade justa, solidária e cidadã, aliás, como preceitua de forma principiológica a própria Constituição Federal (DINAMARCO, 1998; BONAVIDES, 2001).

A proposta de uma nova perspectiva de democrática (a participativa), por evidente, não importa em sufragar a democracia representativa, mas potencializar o processo democrático pela via mais original e efetiva: a participação direta, mormente, porque os poderes políticos, corolários da democracia representativa, tem se revelado ineficiente, senão corruptor da própria democracia. Entretanto, isso não se deve tão somente ao político, mas o tipo de sociedade que se desenvolveu nos últimos séculos, em especial, após a Revolução Francesa, motivo pelo qual:

[...] parece inquestionável o fracasso da democracia representativa – como supomos será demonstrado na seqüência -, transformando o povo ícone em povo-objeto, destruindo o povo-real, o povo legítimo, titular da soberania. Esta, por fim, foi usurpada pelas elites, pelo poder econômico, por instituições e organismos e empresas multinacionais desapartadas da soberania, pelos meios de comunicação de massa, politizados e partidarizados, pela usurpação do poder constituinte e legiferante, pela bulha da vontade popular. (AMARAL; GUERRA FILHO; GRAU, 2000, p. 20)

Ou seja, a possibilidade de escolher (votar) o mediador da vontade do povo – o representante do povo (político) – associada ao poder e liberdade do ‘mandatário’, tem revelado que essa relação invariavelmente tem representado usurpação da vontade do ‘outorgante’ na medida em que os políticos manipulam interesses da coletividade em prol de um círculo vicioso da promoção pessoal e dos velados interesses particulares escusos. Por isso é que a representação é uma farsa e a ‘democracia’ fundada nessa farsa é uma fraude. (AMARAL; GUERRA FILHO; GRAU, 2000, p. 20)

Há, notadamente, uma acentuada queda de legitimidade dos poderes políticos, caso em que surge espaço para a recuperação da cidadania – ativa e soberana – ‘sem falseamento

da vontade e abusos de representação', capaz lutar sem mediação na defesa os interesses individuais e coletivos (BONAVIDES, 2003, p. 18).

Portanto, mais que um sistema de governo, uma modalidade de Estado, um regime político, a democracia representativa é uma forma de vida, um direito da Humanidade. Democracia e participação exigem numa tautologia virtuosa que encontra no processo enquanto direito fundamental e ferramenta do poder jurisdicional um instrumento complexo e multifacetado que pode atender as expectativas individuais e sociais frustradas por quaisquer esferas, públicas ou privadas (AMARAL; GUERRA FILHO; GRAU, 2000, p. 48). E, nesse cenário, o cidadão é alçado a condição de protagonista enquanto diretamente inserido no procedimento e como corresponsável pela guarda da Constituição e promoção da democracia.

Desta forma se apresenta aos cidadãos a possibilidade de exigir do Estado – Poder Judiciário – a restauração da legalidade e/ou a proteção constitucional olvidada pelos demais poderes, de modo que sob este viés o processo passa a representar, par e passo com o voto, um instrumento público e democrático.

Com efeito, se a prática democrática no Estado de Direito se legitima na efetiva concretização dos direitos e garantias fundamentais, mais do que em meras abstrações legais contidas em um texto normativo, os direitos fundamentais, expressão de justiça social, por sua vez, somente ganham vida através do mais afinado instrumento democrático: o processo (RIBEIRO, 2010, p. 106).

A garantia de emancipação democrática se traduz na realização prática da Constituição, inclusive, reconhecendo que é da aproximação entre o jurídico e político (valores, regras e princípios) que se afirma a legitimidade da Jurisdição e, por assim dizer, do processo enquanto instrumento de sua realização. O acesso à justiça por meio do processo se afigura, portanto, com um concreto e eficaz instrumento contra os 'bloqueios das classes dominantes usurpadores da vontade popular' (BONAVIDES, 2003, p. 51-65).

2.2 O lado político da Jurisdição: ativismo e judicialização como decorrências do compromisso constitucional

Ineludivelmente, o papel do *processo* por meio da Jurisdição precisa enfrentar desafios de ordem política, social e jurídica na medida em que como já destacado existe uma resistência grande dos demais poderes (políticos), inclusive, sob a acusação de ativismo¹⁰ ou de judicializar da política¹¹. Contudo, o ativismo na perspectiva de um Judiciário, dentro da moldura constitucional, atento aos problemas da sociedade ou a decisão acerca de questões de natureza política ante a omissão das correntes políticas eventuais, são salutares e inerentes ao sistema de freios e contrapesos.

Embora na conformação do Estado constitucional o Judiciário não seja dependente do político – ao menos no que diz respeito ao exercício de sua atividade típica – sabidamente, ainda, reina o ranço acerca da legitimidade de sua atuação, mormente, quando atua no exercício direto do controle da constitucionalidade ou na revisão judicial dos atos emanados pelos outros poderes, contudo, a legitimidade está na gênese da intervenção – proteção da Constituição amplamente considerada e, em especial, dos direitos e garantias fundamentais.

Outrossim, a atuação da Jurisdição sob o enfoque mais participativo da democracia, também exigirá postura ativa (ativista¹²) noutras palavras a:

Superação do mito da neutralidade do juiz e do seu apoliticismo, institucionalizando-se uma magistratura socialmente comprometida e socialmente controlada, mediadora confiável tanto para a solução dos conflitos individuais como conflitos sociais que reclamem e comportem solução mediante um procedimento contraditório [...]; superação do entendimento do processo como garantia de direitos individuais, alçado ele a instrumento político de participação na formulação do direito pelos corpos intermediários e de provocação da atuação dos agentes públicos e privados no tocante aos interesses coletivos ou transindividuais [...]; superação do mito da separação dos poderes e da efetivação do controle do poder pelo sistema de freios e contrapesos, institucionalizando-se controles sociais sobre o exercício do poder político e do poder econômico [...]. (CALMON DE PASSOS, 1988, p. 96)

Diante disso, se observa que a jurisdição tem um papel fundamental na construção da democracia e na proteção da ordem constitucional e, por assim dizer, da vida social e, não

¹⁰ O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o ‘déficit democrático’ de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos (GARAPON, 1999, p. 48).

¹¹ A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do legislativo e do executivo se mostra falhos, insuficientes ou insatisfatório. Sob tais condições ocorre uma aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se difícil distinguir entre um “direito” e um “interesse político” (CASTRO, vol. 12, n.34, 1997).

¹² Expressão empregada no sentido de postura atuante do judiciário – como vem se defendendo no trabalho - dentro dos limites constitucionais, mormente no sentido de se assegurar a igualdade, contudo, longe de qualquer e suposta defesa de posturas voluntaristas e discricionárias que atentam, fundamentalmente, contra os direitos fundamentais, mormente no sentido de assegurar a igualdade.

reconhecer a importância do Judiciário enquanto Poder do Estado é resgatar, senão, perenizar a herança histórica de que o Poder Judiciário é acessório e os juízes ‘meras bocas da lei’, de modo que o ‘Estado Jurisdição, é tão Estado quanto o Estado Legislador ou Estado Administrador’¹³. Não se está a defender que um poder é maior que outros, mas, tão somente, dando caráter prático à premissa de unidade do poder e, com isso, trabalhar no sentido da readequação dos arranjos institucionais em prol da sociedade.

O próprio Judiciário, como o Legislativo e o Executivo, é controlado interna e externamente, tanto pelos operadores, pelas instâncias, como também pelos demais poderes, porém a legitimidade de sua função típica se apresenta – ou menos deveria – nos argumentos que fundamentam suas decisões, impugnáveis, recorríveis e revisáveis sob o ponto de vista administrativo como propriamente judicial¹⁴. Enfim, a democratização do processo, reconhecido como instrumento político, social e jurídico suplanta, inclusive, a acusação de elitização do debate, confundido, o refinamento das conclusões, mormente assentadas na diferença entre ‘Lex e Ius’, com a visão oligárquica e deficiente que esta assentada nos demais poderes, aliás, diga-se realizada assim com menor discricionariedade do que àqueles.

A complexidade da sociedade contemporânea exige um cenário de democratização dos espaços de acesso ao Estado, pois é preciso educar o povo para a cidadania, de maneira que se possa exercer de forma adequada e eficaz os mecanismos capazes de assegurar seus direitos e, sobretudo, de participar das decisões políticas que dizem respeito ao bem estar da sociedade.

Em particular, um Judiciário participativo que retrate uma ‘justiça inclusiva’, que se possa dizer que está erigida sob uma nova concepção política precisa romper com a idéia de um Direito que não esteja mais centrado nas normas e sim na cidadania - “distanciando-se de uma concepção normativa de solução de conflitos, que burocratizou o estabelecimento de litígios e desumanizou seus operadores”, sendo o poder normativo mínimo (WARAT, 2001, p. 217), no entanto, sem perder de vista que o processo é ‘um instrumento através do qual o poder é exercido’ (MARINONI, 1999, p. 159), embora possa ser legitimado democraticamente pela participação dos interessados. O processo, enfim, permitirá ao cidadão participar da tutela jurídica estatal, na proteção, na interpretação e aplicação do Direito.

¹³ Cf. MORAIS, José Luis Bolzan de. O estado constitucional: diálogos (ou a falta deles) entre justiça e política. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, Porto Alegre, n.7, p. 145-162, 2011.

¹⁴ Cf. Cappelletti aponta para uma problemática acerca do controle corporativo dos juízes e apontando para uma proposta de controle do tipo *responsive*, baseado na independência, mas aberto e sensível às exigências da comunidade (CAPPELLETTI, 2008, p. 25-26).

A prova de que o processo é um problema, também, de ordem política, reside no fato de que os problemas sociais não encontram resposta nos livros e na dogmática jurídica, de modo que àqueles (juízes) que se adjudicam o dever de colaborar com a democracia, precisam se ‘inserir’ na vida real, somente assim, o processo poderá proporcionar toda sua potencialidade de funcionar como instrumento compensatório da ingerência estatal e facilitador da cidadania (cri)ativa.

Com a democracia participativa o político e o jurídico se coagulam na constitucionalidade enquanto simbiose de princípios, regras e valores, que fazem normativo o sistema, tendo por guia e chave de sua aplicação a autoridade do interprete; mas do interprete legitimado democraticamente enquanto juiz eletivo que há de compor os quadros dos tribunais constitucionais. (BONAVIDES, 2003, p. 37)

Não restam dúvidas de que o Judiciário é expressão de Poder constitucionalmente assegurado, razão porque é representativo da vontade popular e sua legitimidade advém da adequada justificação e fundamentação de suas decisões. A fundamentação das decisões é o objeto do controle que tem por intuito demonstrar o comprometimento com os valores constitucionais e a participação direta/ativa dos interessados, com efeito, limitando as possibilidades discricionárias ou que revelem as predileções pessoais do julgador.

No entanto, por derradeiro, insiste-se no fato de que, a Jurisdição é uma expressão de poder, tais quais as existentes nos demais poderes político, inobstante a diferença sob a forma a qual ela se manifesta – expressão de sua função típica – em regra, dedicada aos casos concretos, sem, contudo, perder de vista os objetivos do Estado Democrático de Direito, inobstante a forma de como isso se alcançará, num processo individual ou coletivo, que verse sobre direitos públicos ou privados, quaisquer deles, em última análise, comprometidos com a realização do bem comum (justiça constitucional)¹⁵.

¹⁵ Como expressão do poder, a jurisdição tem *objetivos que se relacionam com fins próprio Estado*. É impossível definir os escopos da jurisdição (e, portanto, do sistema processual) *sub specie aeternatis*, sendo inexorável a relatividade social e política também nessa matéria. Assim como o fim último do Estado social contemporâneo é o bem-comum, é a *justiça* do escopo síntese da jurisdição. A jurisdição não tem um escopo, mas escopos [...]. Ela tem, na realidade, escopos sociais (pacificação com justiça, educação), políticos (liberdade, participação, afirmação da autoridade do Estado e do seu ordenamento) e jurídico (atuação da vontade concreto do direito). (DINAMARCO, 1998, p. 316-317).

4. DECISÃO JUDICIAL E (IR)RESPONSABILIDADE POLÍTICA: o risco de retrocesso pela ‘ilegitimidade’ democrática via processo

Não se pode deixar de considerar que um dos temas mais complexos desse cenário de substancialização do *processo* e da Jurisdição é o que trata dos limites da atividade judicial, no particular, a criação ou criatividade judicial predadora dos preceitos democráticos. O Direito – produzido judicialmente – é/dever ser produto de uma atividade jurisdicional democrática (em meio e fins), ciente de seu papel dentro do quadro político do Estado e de seu compromisso constitucional, daí porque, o tema da decisão judicial deve ser compreendido sempre num contexto de compartilhamento.

Como destaca o próprio Cappelletti (1999, p. 21) o verdadeiro problema da diferença na criatividade legislativa e na judicial diz respeito ao grau de criatividade e aos modos, limites e aceitabilidade. A criatividade, portanto, vem sempre imbuída da subjetividade ilimitada de seu ator visando constituir – de forma não vinculada (livre/discrecional) algo que pode ser inovador em relação ao que já existe, de modo que seu ponto de parte é, no mais das vezes, um grau zero, descompromissado com a historicidade. E, por isso, tem razão Dworkin (2005, p. 235) quando afirma que há uma diferença entre interpretar quando se cria e criar quando se interpreta eis, segundo o autor, a diferença entre um artista e um crítico, um juiz.

Mas, o que se quer enfatizar com isso é que a criatividade judicial ou deve revelar o compromisso de uma decisão judicial com a história institucional do Direito (vinculada) ou por se atrelar a subjetividade do *criador* (discrecional, para dizer o mínimo), cabendo aqui o destaque em Dworkin:

[...] a prática jurídica é um exercício de interpretação não apenas quando os juristas interpretam documentos ou leis específicas, mas de modo geral. O Direito, assim, concebido é profunda e inteiramente político. Juristas e juízes não podem evitar a política no sentido amplo da teoria política. Mas o Direito não é uma questão de política pessoal ou partidária, e uma crítica do Direito que não compreenda essa diferença fornecerá uma compreensão pobre e uma orientação mais pobre ainda. (2005, p. 217)

Isso é assim, por uma questão de partilha de sentido comum (identidade) responsável pelo *start* inicial da interpretação e, portanto, controlável democraticamente! De outro lado, as intenções e significados lançados a partir do intérprete (‘criador’) são obscuras e incontroláveis, o que o diálogo erigido por Dworkin (2005, p. 223) sobre “De que maneira o Direito se assemelha à literatura”, poderia determinar a diferença entre como ‘explicar uma obra de arte’ ou ‘transformá-la em outra’.

O Direito, portanto, não é um empreendimento artístico (como a literatura), mas político, por isso precisa coordenar o esforço social e individual, de modo a assegurar a justiça entre os cidadãos e o governo, caso em que, por derradeiro, o dever de um juiz é interpretar a história jurídica que encontra, não inventar uma história melhor, o que incluirá ou implicará alguma concepção da integridade e coerência do Direito como instituição, e essa concepção é que irá tutelar e limitar suas convicções pessoais (DWOKIN, 2005, p. 239-241)

Por isso é que, falar em criatividade judicial ou papel criativo do juiz quando desonerado de contexto histórico político-jurídico, somente poderá redundar em arbitrariedade e decisionismo, ou mesmo num ativismo judicial de cunho voluntarista, dependente da subjetividade do julgador, revelando-se estes os grandes riscos da Jurisdição no constitucionalismo democrático.

Não se pode confundir, portanto, a necessidade de superação do paradigma mecanicista de interpretação (subsuntividade ou lógica), com a liberalização da interpretação, mesmo porque, ainda que se aposte no sistema de *checks and balances* há uma notada dificuldade de se controlar as decisões do judiciário, senão pelo próprio judiciário. Por essa razão tem-se que a responsabilidade dos juízes e do Judiciário é ainda maior e, isso, nada tem a ver com o *senso comum*: “os Juízes são homens”¹⁶ e a criatividade ínsita a essa condição; crer nisso significa a própria confissão de que o Direito ainda é um objeto assujeitável.

O próprio Cappelletti (2008, p. 19-20) ao defender a ‘criatividade’ judicial, quando aborda a distinção entre o processo jurisdicional daquele legislativo, destaca que a criatividade deve estar conectada com *cases and controversies* - um direito jurisprudencializado. De comum, Cappelletti fala que decisão precisa denunciar um mínimo de compartilhamento de sentido e um apreço histórico aos valores construídos pelo Direito, isto é, a fim de averiguá-la enquanto ‘obra de uma categoria ou elite ou está em conflito com as noções de legitimidade democrática, que nos são caras, e reputamos inderrogáveis’.

Por isso é que ‘criatividade’, em última análise, no contexto da decisão judicial, não pode ser fruto de escolhas pessoais dos juízes, uma vez que rompe com a idéia de um direito produzido democraticamente, conspirando, inclusive, contra a desconfiança – e se for assim, própria -, no Poder Judiciário (STRECK, 2011, p. 47).

Observe que sempre se apresenta como coerente a preocupação no fato de que, conferir ao juiz o poder de definir o Direito a partir de valores pessoais ou éticos – enfim, de forma antidemocrática. Isso é assim, justamente, porque retira/dificulta a possibilidade de

¹⁶ Expressão usada por Piero Calamandrei citado por CAPPELLETTI (2008, p. 15).

controle acerca do mínimo que deve ser compartilhado no momento de decidir, ou seja, existe um mundo antes das decisões, que precisa ser privilegiado e o qual deverá orientar sua ‘coerência e integridade’ (DWORKIN, 2010). Por isso é que se pode dizer que uma decisão judicial somente pode ser tida como ‘criada’ enquanto resultado daquilo que é produzido pelo e partir da história institucional do Direito.

Por isso é que se revela perigosa a compreensão de Barroso, o qual rendendo-se ao modelo subjetivista, diz que ‘em variadas situações, o intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do direito, completando o trabalho do constituinte ou do legislador, ao fazer *valorações* de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar *escolhas* entre soluções possíveis’ (DWORKIN, 2010, p. 310).

Não existe, ao menos democraticamente, a liberdade de decidir conforme suas convicções ou ideologias. Julgar é suspender seus pré-juízos, é reconstruir a história identitária do Direito – é um compromisso com a realidade do concreto – e não um produto do livre convencimento, no mais das vezes abstratos e pragmáticos, para dizer o mínimo. Por isso se deve observar como preocupante algumas propostas contida Projeto de Lei nº 8066/2010 - Novo Código de Processo Civil, especialmente quando apostam na discricionariedade judicial (por exemplo, vide art. 259¹⁷ e a institucionalização da ponderação no art. 472¹⁸).

Ou seja, como se tem denunciado desde o início deste trabalho é preciso superar o modelo individual-liberalista, o qual baseado na relação sujeito-objeto é dependente de premissas subjetivistas de ‘reprodução’ do Direito. Em contraponto a essa postura, se pode dizer que a decisão se dá, não a partir da escolha, mas, sim, a partir do comprometimento com algo que se antecipa. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como Direito - tradição, coerência e integridade (razão) (DWORKIN, 2010).

Com efeito, o Judiciário precisa realmente tomar partido de sua condição enquanto concretizador – responsável - da Constituição e a importância da jurisdição constitucional contra eventuais movimentos do poder político, contudo, o limite, SEMPRE é a própria Constituição enquanto produto de nossa história. Em tempos de neoconstitucionalismo, no qual a Constituição é o locus/fonte da convergência interpretativa, a jurisdicional

¹⁷ Art. 259. O juiz apreciará livremente a prova, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na sentença as que lhe formaram o convencimento.

¹⁸ Art. 472. O juiz proferirá a sentença de mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de sentença sem resolução de mérito, o juiz decidirá de forma concisa. Parágrafo único. Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas, demonstrando as razões pelas quais, ponderando os valores em questão e à luz das peculiaridades do caso concreto, não aplicou princípios colidentes.

constitucional (ordinária ou extraordinária) recebe a relevante tarefa de efetivar (democraticamente) a Constituição, de modo que não seria aceitável que isso se dê a partir de decisionismos (sempre, arbitrários).

A Constituição não é simplesmente o ápice do sistema normativo, mas “detentora de uma força normativa, dirigente, programática e compromissória” e, por isso, condicionadora da interpretação do Direito e da Democracia (STRECK, 2004, p. 209).

Saber o limite é a questão fundamental acerca da responsabilidade da jurisdição. Daí porque se reveste de oportunidade a tese de Streck (2010) e, que de certa maneira, verticaliza em parte com o pensamento de Cappelletti (1999), quando refere que o “drama” da discricionariedade que critica reside no fato de que *esta transformação de juízes em legisladores*, de modo que o “poder discricionário propicia a criação” do próprio objeto do conhecimento, no caso, do Direito.

É bem verdade que, embora Cappelletti (1999, p. 249) não tenha se dedicado, nas obras até aqui referenciadas a uma análise filosófica da hermenêutica, sua leitura acerca da criatividade judicial, não aparenta ser deliberadamente discricionária ou relativista, basta refletir com o autor quando diz que tal reflexão tem por fim tornar os atos judiciais *menos individuais e mais orientados à sociedade*; quer dizer, tornar mais objetivos os *valores* inevitavelmente pessoais concebidos pelo juiz. Segundo o autor, não se trata da impessoalidade, mas da relativa objetividade, de conexão com a História, a evolução, os desejos, as tendências e os ideais da sociedade. De qualquer sorte, embora exista o compromisso com a limitação ‘criativa’, neste particular o autor não parece ter superado as premissas positivistas da relação sujeito-objeto, em especial, quando afirma que a reprodução e execução da interpretação varia profundamente, segundo a capacidade do intelecto e estado da alma do intérprete (CAPPELLETTI, 1999, p. 21).

É fato, portanto, que a discricionariedade em grau mínimo ou máximo para Cappelletti é inerente a atividade interpretativa e, por ser assim, de difícil controle democrático. Talvez pelo fato de que o autor italiano reconheça a impossibilidade de impedir aos juízes ‘o fazer a lei’, observa como necessária a possibilidade de que a decisão se sujeite à revogação legislativa (comum, nos casos de emenda constitucional sobre questões decididas em jurisdição constitucional), casos em que o *fazer a lei* e de *criar valores* retorna à *vontade da maioria*; esta vontade exprime-se, pela forma ordinária ou qualificada, na produção legislativa comum e por emendas constitucionais (CAPPELLETTI, 1999, p. 249-250).

Por isso é que existem duas questões cruciais neste contexto de ascensão do Judiciário, as quais precisam ser continua e evolutivamente debatidas, a primeira no sentido

de qual o papel do poder Judiciário no cenário democrático e a segunda a delimitação/controle das decisões judiciais, afim de que os juízes se desonerem da responsabilidade – autofágica – de fazerem fracassar o próprio Judiciário e o Direito.

Como diz Cappelletti (2008, p. 24) ao Judiciário não escapa o ônus da ‘responsabilidade’ como poder – dever ou função – no mundo contemporâneo e, como decorrência, o dever de prestação de contas (*accountability*) e de sanção para o caso de abuso ou negligência (*liability*). Por óbvio, para que se engendra a ‘responsabilidade’ sob esse signo, os juízes também precisam situar-se (histórica e fenomenologicamente), isto é, compreender que decidir casos jurídicos não significa meramente dizer quem tem razão em conflitos interindividuais, mas compreender a transindividualidade de suas decisões e o compromisso com a história político-jurídica do Direito no constitucionalismo democrático.

A manutenção do *status quo* poderá representar a médio e longo prazo a derrocada do Judiciário rendido as premissas neoliberais de decidir e conduzir *o processo* – tempo e quantidade – e ao permanente assombro do paradigma filosófico da filosofia da consciência conspira para uma tradição de re-produção de um ‘Direito’ inimigo da democracia. Apostar nisso é conjurar contra a democracia e, por conseqüência, deslegitimar o próprio Judiciário no cenário político-democrático. Mais, apostar em práticas solipsistas (decisionismos, discricionariedades e múltiplas respostas) e em efetividades quantitativas, é defender a ideia de que *o processo* é uma mera racionalidade instrumental.

Uma proposta verdadeiramente democrática e substancial para *o processo* e para a Jurisdição depende, portanto, da adequada compreensão do significado da revolução do direito constitucional iniciada no século passado, especialmente em razão do surgimento das Constituições compromissórias e dirigentes, de modo que ambos sob o signo material da democracia (participativa) e dos direitos fundamentais possam traduzir uma nova legitimidade fiadora do convívio social (CANOTILHO, 2001).

Considerações Finais

A proposta do trabalho converge com o momento de reformismo, em particular no conjunto normativo do processo, seja em relação as ‘micro-reformas’ como também no projeto de um novo Código de Processo Civil. Esse cenário de mudanças umas singelas outras nem tanto, evidenciam a possibilidade de se cogitar os rumos da ciência processual na sociedade complexa. A questão é saber se o processo se sustenta no paradigma privatístico-dogmático ou se precisa se adequar ao novo modo de operar e se a Jurisdição assumirá outro caráter (ativo) ou permanecerá na procedimentalidade.

Por isso é que o ponto fundamental foi propor novas bases – democráticas – para o processo e para a jurisdição e, com isso, distanciar-se do normativismo-legalista-procedimental nitidamente deficitário em relação a sociedade e a Constituição. Não se perdeu de vista o fato de que a transformação de uma sociedade se dá a partir da educação, consciência política, enfim, cidadania. Mas, por sua vez, a cidadania precisa sintonizar-se democraticamente com o Estado em todas as suas funções e, somente assim, é que poderemos, quicá, falar no pleno acontecer da Constituição.

A cidadania ativa combina com democracia participativa e, no âmbito da ciência do processo, se pretendeu demonstrar que o Processo e Jurisdição estão/são subutilizados, ambos aparentemente refratários a movimento constitucional-democrático. De um lado, o processo na visão dos ‘operadores’ sob, então, uma égide mecanicista (meramente jurídica), isto é, sem maiores pretensões quanto suas possíveis dimensões externas (políticas e sociais) e a jurisdição que sob o manto da neutralidade e da antiga ‘divisão’ do poder, se esconde do seu papel na cena política.

Com efeito, há um nítido desequilíbrio da na cena política (poder estatal), mais, há um totalitarismo político-partidário, onde Legislativo e Executivo ocupam o poder de definir os rumos do Estado de acordo com a vontade das maiorias eventuais, mais preocupadas com a manutenção do ciclo pernicioso dos meandros da imoralidade, que propriamente com os seus representados. A democracia representativa – corrompida - subjuga a cidadania, legitima-se num povo que não existe, senão em tempos eleitorais.

Por isso é que Processo e Jurisdição tem o poder de olvidar essa sazonalidade, enquanto instrumento e atividade, permanente e inderrogável – isento de preferências discricionárias – comprometidos realmente com a realização dos objetivos da Constituição. Mas, não se trata de uma apologização do Judiciário, pois ainda se acredita no sistema democrático dos *checks na balances* de maneira que o Judiciário precisa encontrar seu espaço no cenário político e de fato equilibrar as forças de poder, mas jamais, abusar e desviar do ‘mandato’ que lhe fora constitucionalmente conferido, pois, talvez, a ditadura judicial possa ser mais perigosa do que a imoralidade política.

Por derradeiro, o que se pretende é um processo substancializado – redimensionado aos anseios da coletividade - e uma jurisdição, consciente de sua força política e de seu papel constitucional objetivando solidificar a abertura de mais uma forma de legitimação democrática – o processo enquanto instrumento de participação e construção da democracia e a jurisdição como espaço de exercício da cidadania inclusiva.

Referencial bibliográfico

AMARAL, Roberto. **A democracia representativa está morta; Viva a democracia participativa!** GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo.** 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa.** São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CALMON DE PASSOS, Joaquim José. **Democracia, Participação e Processo.** In Participação e Processo. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade.** Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed. 2008.

_____. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador.** Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

CASTRO, Marcos Faro. **O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política.** *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 12, n.34, junho/1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 6ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Trad. Luís Carlos Borges. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Levando os direitos à sério.** Trad. Nelson Boeira. 3ª. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil, volume 1: Teoria Geral do Processo.** São Paulo: RT, 2006.

_____. **Novas linhas do processo civil.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis.** 2. ed. Coleção os pensadores. São Paulo: Abril, 1979.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **O estado constitucional: diálogos (ou a falta deles) entre justiça e política**. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, Porto Alegre, n.7, p. 145-162, 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 3ª. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Coleção Alvaro de Oliveira. Estudos de Processo e Constituição; 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. **Esboço de uma teoria processual do direito**. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, Porto Alegre, n.4 , p. 53-64, 2007.

SILVA, Ovídio Baptista Da. **Democracia Moderna e Processo Civil**. In Participação e Processo. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006;

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. 3ª. ed. rev. ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001. v. I.