

Deliberacionismo judicial: acerca da legitimidade da decisão judicial

André Luiz Souza Coelho*

INTRODUÇÃO

O artigo que ora apresentamos tem a intenção de contribuir para a reflexão acerca da legitimidade da decisão judicial. Para isso, começaremos explicando a noção de legitimidade com que trabalhamos (1) e como essa noção torna especialmente problemática a legitimidade da decisão judicial (2). Em seguida, mostraremos como esse problema tem sido encarado pela Ciência do Direito, seja pela via da defesa de uma legitimidade *derivada* da legislativa (3), seja pela da defesa de uma legitimidade *análoga* à legislativa (4). Por fim, desenvolveremos nossa tese de uma legitimidade *idêntica* à legislativa (5), explicitando algumas conseqüências mais relevantes de implementá-la (6), bem como problemas que precisariam ainda ser respondidos pela abordagem que levantamos (7).

1. PROCEDIMENTO, CORREÇÃO E LEGITIMIDADE

Toda norma levanta duas pretensões: uma de *correção*, outra de *legitimidade*. Uma norma é correta se o seu *conteúdo* é válido e é legítima se a sua *formação* foi válida. Do ponto de vista de uma teoria substancialista, uma norma poderia ser correta sem ser legítima, ou ser legítima sem ser correta. Por exemplo, para uma teoria que considere a vida como um valor fundamental e inviolável, um plebiscito em que a maioria da sociedade decidisse pela adoção da pena de morte seria legítimo, mas não correto, enquanto a decisão que desconsiderasse o resultado do mesmo plebiscito seria correta, mas não legítima. Esse ponto de vista cria uma concorrência entre correção e legitimidade, suscitando a embaraçosa questão sobre qual das duas validades, a substancial ou a procedimental, deve prevalecer sobre a outra.

É exatamente essa concorrência entre correção e legitimidade que é superada quando se adota o ponto de vista de uma teoria procedimentalista. Quando se concebe a correção da norma como sua *aceitabilidade racional* e se concebe essa aceitabilidade racional como sendo aquela que só pode ser auferida num *procedimento discursivo válido*, então a correção passa a ser entendida como uma aceitabilidade racional no interior de um procedimento discursivo válido, motivo por que ela deixa de concorrer e passa a complementar-se com a legitimidade. Assim, *legítima* é a norma que passou por um procedimento válido de formação e *correta* é a norma que se mostra racionalmente aceitável no interior desse procedimento.

* Mestrado em Direitos Humanos. Universidade Federal do Pará.

Uma vez que o procedimento válido seja entendido como aquele que submete a norma a um rigoroso exame intersubjetivo de sua aceitabilidade racional, qualquer oposição entre correção e legitimidade se torna um contra-senso. Muitas das oposições ao procedimentalismo surgem de confundir-se o *procedimento ideal* que ele propõe com algum *procedimento existente*, como as votações, as eleições, os plebiscitos ou os referendos. Mas o que aqueles que assim atacam o procedimentalismo não percebem é que mesmo na sua crítica existe uma confirmação da tese que pretendem atacar: quando se esforçam em mostrar que certos *procedimentos existentes* levaram ou poderiam levar a decisões incorretas, mostram que a decisão era incorreta por comparação a um modelo de aceitabilidade racional, modelo esse que não se pode estabelecer sem a concepção de um *procedimento ideal* que o empregasse. Ou seja, sem saber, fazem a contraposição do procedimento existente com um procedimento ideal, o que só ratifica a tese procedimentalista.

Outra confusão semelhante acontece quando se imagina que a tese procedimentalista leva ao seguinte dilema: como nunca podemos ter certeza de que determinado procedimento existente corresponde ou não ao procedimento ideal, nunca saberíamos se um procedimento foi ou não válido e nunca saberíamos, por conseqüência, se a norma que passou pelo procedimento é ou não legítima. Mas essa confusão se desfaz com uma elucidação: o procedimento é válido quando temos *boas razões* para crer que ele é válido. Assim, sempre estamos em condições de avaliar, ainda que de modo *falível*, se o procedimento que aprovou uma norma foi ou não válido e, assim, se a norma aprovada é ou não legítima.

É essa noção procedimental de legitimidade que adotamos ao longo de todo o artigo. Portanto, podemos defini-la assim: uma norma é *legítima* se sua aceitabilidade racional foi auferida por um exame rigoroso, embora falível, no interior de um procedimento discursivo. Dessa forma, pensamos que a noção de correção, enquanto aceitabilidade racional, e de legitimidade, enquanto submissão a um procedimento válido, nunca estão divorciadas.

2.A PROBLEMÁTICA LEGITIMIDADE DA DECISÃO JUDICIAL

Nas modernas democracias, as normas geralmente são formadas em assembléias legislativas, mas geralmente são interpretadas e aplicadas por juízes solitários. Além disso, enquanto os membros das assembléias legislativas ingressam por força de um mandato político, os juízes o fazem por meio de concursos públicos. Enquanto o exercício da legislatura está submetido a um controle democrático a cada período eleitoral, o exercício da magistratura só está submetido a um controle interno, via instâncias superiores ou câmaras de correção. Tudo isso contribui para tornar problemática a legitimidade da decisão judicial.

a) A legitimidade da decisão judicial é problemática porque tal decisão é tomada por um juiz solitário. Mesmo que se leve em conta o que todos *poderiam* aceitar, essa cogitação privada não leva em conta os pontos de vista e as razões que os outros realmente têm, e sim os pontos de vista e as razões que aquele que cogita *supõe* que eles tenham. Além disso, mesmo que um juiz *soubesse* quais são os pontos de vista e as razões de todos os envolvidos, isso não quer dizer que eles teriam podido *participar* da formação da decisão, o que viola seu direito de serem ao mesmo tempo os *autores* e os *destinatários* das normas que se lhes aplicam. Não ajuda que as partes processuais tenham podido apresentar suas razões ao longo do processo: o que importa é que não puderam participar da *apreciação* de tais razões e da *decisão* final. Seria preciso, então, que a figura do juiz solitário fosse substituída pela de uma “assembleia judicial”, em que pudesse haver um *efetivo* discurso judicial.

b) A legitimidade da decisão judicial é problemática porque o juiz não está investido de um mandato democrático. Suponhamos que se tentasse superar o problema anterior pela instituição de órgãos judiciais colegiados em todos os graus de jurisdição, de modo que em cada colegiado haveria juízes para representar cada um dos pontos de vista envolvidos. Ora, essa “representação” só seria ela mesma legítima se tivesse sido consentida pelos próprios indivíduos ou grupos cujos pontos de vista seriam “representados”. Daí porque seria preciso que tais juízes ingressassem naqueles colegiados por força de um mandato democrático, quer dizer, fossem juízes referendados pela sociedade.

c) A legitimidade da decisão judicial é problemática porque o exercício da magistratura não está submetido a um controle democrático. Aquele “referendo” da sociedade não poderia valer para sempre, mas apenas por certo período de tempo. Do contrário, aquele que exercesse a magistratura em desconformidade com as expectativas dos que o referendaram faria um uso *ilegítimo* do referendo que lhe concederam. Por essa razão, esse “mandato jurisdicional” teria que ser concedido ou renovado por “eleições jurisdicionais”, em que a sociedade, de tempos em tempos, pudesse *escolher* os juízes que ela quer que aprecie determinados tipos de causas. Dessa forma, o exercício da magistratura estaria submetido a um controle democrático.

Todas essas razões parecem indicar que a decisão judicial, para ser legítima, deveria ser tomada por uma assembleia judicial de juízes eleitos pela sociedade para um “mandato jurisdicional” por tempo determinado. Antes, contudo, de examinar essa idéia, examinaremos duas alternativas que fazem parecer que nossa proposta não é necessária.

3.A TESE DA LEGITIMIDADE DERIVADA

Uma vez que se conceba que as decisões legislativas *são* legítimas, pode-se conceber que a legitimidade da decisão judicial consiste apenas no fato de que se limita a *aplicar* as decisões legislativas. Se, a exemplo do Positivismo Jurídico, se acredita que a decisão judicial surge da subsunção de um fato particular a uma norma geral pressuposta, então se estabelece que a legitimidade da decisão judicial é *derivada* da legitimidade da norma que ela aplica.

É claro que essa tese encontra diversas possíveis objeções. Muitas delas prescindem de maiores explicações de nossa parte, porque integram os argumentos de crítica ao modelo da subsunção judicial, conhecidos hoje em dia de quase toda a comunidade científica do Direito. Limitar-nos-emos a indicar algumas dessas objeções:

a) Toda norma está vertida numa linguagem dotada de certo grau de indeterminação, motivo por que se presta a mais de uma interpretação. A tomada de posição entre as interpretações possíveis – que afetará o conteúdo da *premissa maior* do argumento – torna o raciocínio judicial mais complexo e inviabiliza considerá-lo uma *simples* subsunção. A metodologia jurídica tradicional acreditava poder solucionar esse problema pela manipulação de cânones de interpretação, como o semântico, o genético, o histórico, o teleológico, o sistemático etc. Mas essa era uma esperança vã. Não que os cânones não sejam capazes de fornecer nenhuma orientação para a decisão, mas apenas que essa orientação jamais será conclusiva o bastante para excluir outras possíveis. O número mesmo dos cânones não é muito bem definido, nem o modo preciso com que se deve aplicar cada um, nem mesmo qual deles deve prevalecer no caso de que conduzam a diferentes respostas, ou ainda como lidar com a situação de que mesmo a aplicação de um único cânone possa conduzir a mais de uma interpretação. Não se pode negar que a interpretação implique várias tomadas de posição.

b) Um ordenamento jurídico frequentemente abriga normas que se contrapõem, de modo que é necessário tomar uma posição entre elas. São as conhecidas *antinomias*, cuja solução nem sempre se encontra por meio da aplicação dos critérios da *lex posterior*, *lex superior* e *lex specialis*. A própria dogmática positivista já reconhecia que tais critérios só são úteis ou quando só um deles se aplica ao caso ou quando, se dois deles se aplicam, exista um conflito entre um dos dois critérios *fortes* (hierarquia ou especialidade) e o critério *fraco* (posterioridade). Se houver conflito entre os dois critérios fortes (uma norma superior e geral contra uma norma inferior e especial), não haverá como decidir. Da mesma forma, se as duas normas antinômicas tiverem a mesma temporalidade, a mesma superioridade e a mesma especialidade, como ocorre quando a antinomia se instaura entre dispositivos do mesmo diploma legal, tampouco haverá decisão disponível. A situação torna-se mais grave quando o

conceito de “norma” passa a abarcar também os princípios, que frequentemente induzem, tanto uns em relação aos outros quanto deles em relação às regras, antinomias que nenhum critério meramente formal é capaz de solucionar. Assim, também a solução de antinomias implica frequentemente algumas tomadas de posição.

c) Muitos casos que chegam à apreciação do juiz não estão cobertos por nenhuma norma atualmente vigente. São as chamadas *lacunas*, cuja integração nem sempre se consegue de modo conclusivo por qualquer dos métodos disponíveis (analogia, costume, princípios gerais do direito etc.). A lacuna não é o único caso em que vem à tona a discricionariedade da decisão judicial, mas é aquele que a deixa mais explícita, motivo por que já foi tema de tantas controvérsias. Não é pacífico que se deva aplicar uma regra de inclusão ou uma regra de exclusão, se os princípios podem ou não suprir lacunas das regras, se a decisão por recurso à equidade está ou não vinculada a algum controle etc. Portanto, também na integração de lacunas existem tomadas de posição. Aliás, nas lacunas não se trata de tomar uma posição entre normas, mas de tomar uma posição até mesmo ali onde as normas faltam.

Acresça-se a isso que nem todo fato particular é passível de ser posto em nexo de subsunção com uma única norma pressuposta. Em certos casos essa pluralidade de possíveis premissas maiores conduzirá a certos tipos especiais de antinomias, mas em outros apenas terá como conseqüência uma pluralidade de possíveis decisões corretas.

Assim, a condição precípua para definir a decisão judicial como mero ato de subsunção, a saber, que sempre houvesse uma norma pressuposta, única e unívoca, a partir da qual decidir cada caso que se apresentasse, nunca pode ser satisfeita. Essa conclusão lança suspeita sobre a tese da legitimidade derivada, que não pode mais ser sustentada com razão. A tomada de posição por uma forma de interpretação de uma norma, por uma forma de solução de uma antinomia, por uma forma de integração de uma lacuna e, finalmente, a aplicação mesma de certa norma a certo caso, são atos que requerem *legitimidade* e que não podem extraí-la por derivação a partir das normas vigentes.

4.A TESE DA LEGITIMIDADE ANÁLOGA

Outra possibilidade é conceber que a legitimidade da decisão judicial pode fundar-se em que ela tenha a pretensão de aceitabilidade racional para todos. Essa tese, que vemos desenvolvida, embora diferentemente, tanto em Ronald Dworkin e como em Robert Alexy, tornaria a legitimidade da decisão judicial *análoga* à da decisão legislativa, porque, enquanto esta é produto de um procedimento discursivo *efetivo*, aquela seria produto de um procedimento discursivo *suposto* ou *imaginado*.

Dworkin trabalha com a noção de integridade do Direito. Acredita que a interpretação das normas e dos precedentes é uma tarefa complexa e que o juiz deve realizá-la de maneira “construtiva”, isto é, dando ao objeto interpretado um significado que ao mesmo tempo seja consistente com a tradição judicial como um todo e veja essa tradição “sob sua melhor luz”. Para isso, um juiz Hércules deve reconstruir uma tradição jurídica de modo a conseguir prover uma solução ao mesmo tempo conforme a essa tradição e aceitável do ponto de vista racional, ou seja, correta. A questão que se coloca é exatamente a de quais critérios serão empregados para auferir a “consistência” e a “correção”. Aparentemente, Dworkin aponta que tais critérios serão os do juiz (não os “seus” pessoais e subjetivos, mas os “seus” que ele for capaz de supor para o caso), ainda que levando em conta razões que foram levantadas por decisões anteriores e que poderiam ser levantadas por várias das partes envolvidas. Como se vê, trata-se de um tratamento “monológico” para uma situação “dialógica”. Ao invés de conduzir um discurso com a comunidade jurídica, o juiz reconstruirá a tradição que interpreta *como se* conduzisse esse discurso, *como se* as outras partes envolvidas participassem da decisão.

Não é diferente em Alexy. Embora este tematize a questão da argumentação jurídica de maneira que Dworkin não faz e enfatize a importância da discussão racional conduzida pela comunidade dos juristas, o modo como ele imagina a tomada de posição (que ele insiste em chamar de “juízo de valor”) pelo juiz ainda perpetua o tratamento “monológico” para uma situação “dialógica”. Trata-se sempre de uma decisão em que o juiz formula seus “juízos de valor” tendo pretensão de aceitabilidade racional “para todos”, mas de modo que a definição de que essa aceitabilidade “para todos” foi alcançada sempre caberá a um só: ao próprio juiz.

Mais acima já fizemos referência às objeções a que esta posição se expõe. Mas agora teremos oportunidade de explicitar detalhadamente as razões de cada uma dessas objeções.

a) Não é possível supor todos os pontos de vista e todas as razões dos envolvidos na decisão. Um juiz solitário jamais será capaz de conceber os argumentos que seriam levantados pelos participantes do discurso, mas poderá apenas conceber os argumentos que ele *supõe* que eles levantariam. Essa suposição se mostra extremamente falível nas condições de *pluralidade* de formas de vida e de visões de mundo que caracterizam as sociedades modernas. Além disso, um juiz que estivesse mais *inclinado* para uma direção que para a outra tenderia a supor mais ciosamente os argumentos da parte com que concorda. Assim, tanto a sua ignorância como a sua parcialidade poderiam comprometer a validade do discurso *suposto*.

b) A participação é um pressuposto de validade do procedimento discursivo. Mesmo que o juiz não fosse nem ignorante nem parcial, mesmo que concebesse de modo equânime os argumentos de uma parte e de outra, ainda assim essas partes teriam deixado de ser ouvidas e de participar efetivamente do procedimento. Alguém teria suposto a sua participação, talvez de modo tão perfeito que coincidissem precisamente com a participação que elas efetivamente teriam, mas ainda assim elas não teriam efetivamente participado. Isso impediria que elas se vissem ao mesmo tempo como *autoras* e *destinatárias* das decisões que se lhes aplicariam. Afetaria a sua autonomia como cidadãos, maculando de invalidade o procedimento.

c) O processo judicial não reproduz as condições de um discurso entre partes e juiz. É preciso distinguir a participação na condição de parte a ser ouvida da participação na condição de juiz. Suponhamos que, após transcorridos todos os debates legislativos, ao invés de ser votada, uma lei sob exame fosse simplesmente decidida pelo presidente da assembléia, que avaliaria de modo imparcial os argumentos pró e contra e tomaria uma certa posição. Ainda poderíamos dizer que os membros da assembléia legislativa *decidiram* pela lei? Parece evidente que não. Daí porque participar da decisão não pode querer dizer apenas *ser ouvido* por quem há de decidir, mas deve significar *decidir* efetivamente.

Assim, a *simulação monológica* de um procedimento discursivo não tem condições de substituir validamente o discurso *efetivo*. Expõe-se à ignorância e à imparcialidade do juiz, viola a autonomia das partes e redu-las a meras expectadoras do processo de decisão. Se a decisão judicial requer uma legitimidade *própria*, essa não pode ser conseguida pela tese da legitimidade análoga, fundada num procedimento suposto.

5.A TESE DA LEGITIMIDADE IDÊNTICA

A tese que defendemos é de que a legitimidade da decisão judicial deve ser idêntica à legitimidade da decisão legislativa. Essa tese de certo modo depende da falência das outras duas, ou seja, da impossibilidade de fundar essa legitimidade no procedimento legislativo ou num procedimento judicial suposto. De cada uma delas podemos retirar uma lição diferente:

a) Da falência da tese da legitimidade derivada podemos aprender que toda decisão judicial envolve tomadas de posição: tomada de posição de uma entre várias normas com que relacionar o caso, tomada de posição de uma entre várias interpretações da norma, tomada de posição de um entre várias formas de solução de antinomias, tomada de posição de um entre várias formas de integração de lacunas etc. Todas estas tomadas de posição têm caráter normativo, e não técnico. Não se trata de buscar a tomada de posição “correta” do ponto de vista de uma técnica empregada pela dogmática jurídica, mas sim da tomada de posição

“correta” do ponto de vista da aceitabilidade racional para gerar normas. Há uma distinção que virou lugar-comum entre “texto normativo” e “norma”: o texto normativo se encontra no texto “não-interpretado” da lei ou do precedente, enquanto a norma propriamente dita seria a versão “interpretada” desse texto, ou seja, o produto de um ato de interpretação. Ora, dessa constatação é preciso retirar todas as suas conseqüências, entre elas a de que o momento da interpretação e da aplicação das normas vigentes “cria” normas e precisa, portanto, de legitimidade para isso.

b) Da falência da tese da legitimidade análoga podemos aprender que essas várias tomadas de posição requerem uma legitimidade que não pode ser obtida pela “suposição” de um procedimento. É necessário que exista um procedimento efetivo, em que todos os envolvidos de fato participem das decisões que se lhes aplicarão, de modo que cada um deles possa entender-se ao mesmo tempo como *autor* e *destinatário* das decisões. A solução para isso, a exemplo do que se fez com as decisões legislativas quando da instauração das grandes democracias nacionais, é a formação de uma *assembléia dos representantes dos cidadãos*.

Dessa forma, nossa tese da legitimidade idêntica ganha uma conformação muito simples. A decisão judicial sofre de um problema de legitimidade, porque as tomadas de posição que ela inevitavelmente implica são feitas por um juiz solitário, que não está democraticamente legitimado para tomar posições em nome da sociedade e segundo um procedimento que não permite a efetiva participação dos cidadãos ao mesmo tempo como autores e destinatários da decisão. A solução do problema, quando se afastam as teses da legitimidade *derivada* e da legitimidade *análoga*, está em fundar para a decisão judicial uma legitimidade *idêntica* à da decisão legislativa. Não se pode alcançar esse propósito senão pela instituição de assembléias de juizes democraticamente eleitos pelo povo para um “mandato jurisdicional”, que travariam entre si procedimentos deliberativos para chegar a uma interpretação e aplicação ao mesmo tempo correta e legítima das normas jurídicas.

Aqui gostaríamos de estabelecer um paralelo que é especialmente interessante e esclarecedor para a situação sob exame. Quando as ordens normativas deixaram de poder sustentar-se numa concepção religiosa abrangente capaz de unificar todas as esferas da vida sob as mesmas orientações de bem e mal, surgiu o problema de como as normas poderiam seguir cumprindo com sua função integradora num quadro de pluralidade de cosmovisões e de concepções da vida boa. A solução que historicamente foi encontrada passou pela mediação do conceito de autonomia. Assim, mesmo que os cidadãos não compartilhem das mesmas visões e interpretações do mundo, poderão seguir considerando as normas como orientações legítimas na medida que possam reconhecer-se ao mesmo tempo como autores e

destinatários dessas normas. A “democratização da legislação” levou à instituição de corpos legislativos formados pelos representantes dos cidadãos, de modo que a idéia do cidadão-legislador pode servir de fundamento da integração social mediante normas jurídicas. Essa constatação será útil para compreender o que agora propomos para a jurisdição.

Durante algum tempo, o Positivismo Jurídico forneceu uma compreensão unitária do direito que fez o mesmo papel para a jurisdição que a concepção religiosa abrangente havia feito para a legislação. Criou-se o “mito da estrita vinculação”, segundo o qual aquilo que o juiz fazia nas suas decisões não passava de simples aplicação das normas gerais a casos particulares, não suscitando nenhum problema de legitimidade, como dissemos no item sobre a *legitimidade derivada*. Tentava-se ocultar um papel inevitavelmente “criativo” que o juiz tinha diante dos casos concretos, reforçando-se a idéia de que, diante de certo caso, só haveria uma norma a ser aplicada a ele, só haveria uma maneira de interpretar essa norma e só haveria, portanto, uma maneira de decidir o caso, de modo que essa maneira reproduzia exatamente o caso-padrão que o legislador tivera em vista ao estabelecer aquela norma.

Com a dissolução dessa visão ingênua sobre o direito, o Positivismo não é mais capaz de fornecer uma explicação convincente sobre a legitimidade da decisão judicial. Se nem todo caso suscita a aplicação de apenas uma norma do ordenamento jurídico, se nem toda norma conta com apenas uma possibilidade de interpretação, então nem todo caso exige apenas uma decisão correta. Aqui emerge o problema do “pluralismo das concepções jurídicas” do mesmo modo que, com a dissolução da visão católica de mundo, emergiu o problema do “pluralismo das concepções de mundo”. Novamente se coloca um problema. Se a legislação não esgota as decisões normativas que vincularão a conduta dos cidadãos, como é possível que tais cidadãos se vejam ao mesmo tempo como autores e destinatários das normas, visto que tais normas não derivam dedutivamente da legislação, senão que supõem diversos atos de tomadas de posição da parte do seu intérprete e aplicador?

Mais uma vez, pensamos que a solução desse problema pode ser encontrada na idéia de autonomia. Apenas para facilitar o entendimento do que vamos dizer, vamos utilizar as expressões “decisão legislativa” e “decisão judicial”. A decisão legislativa se coloca no momento de estabelecimento da “norma abstrata”, e o da decisão judicial se coloca no momento do estabelecimento da “norma concreta”, ou seja, no momento da interpretar e aplicar a norma abstrata a certo caso. Com efeito, pensamos que, assim como é preciso que o cidadão possa ver-se ao mesmo como autor e destinatário da “decisão legislativa”, de igual forma é preciso que ele possa ver-se como autor e destinatário da “decisão judicial”.

Daí porque vemos que seria necessário democratizar a jurisdição do mesmo modo como se democratizou a legislação. Se ali o processo desembocou na instituição de corpos legislativos de representantes dos cidadãos, aqui deveria desembocar na instituição de corpos jurisdicionais de representantes dos cidadãos. A legitimidade que assegura a integração seguiria encontrando seu fundamento na autonomia dos cidadãos: na autonomia de cidadãos-legisladores, que se vêem como autores e destinatários das normas abstratas, e na autonomia de cidadãos-julgadores, que se vêem como autores e destinatários das normas concretas que vinculam suas condutas.

6. APÓS A IMPLEMENTAÇÃO DO DELIBERACIONISMO JUDICIAL

É evidente que a adoção da solução que propomos levaria a profundos impactos sobre a atual conformação da jurisdição e sobre a própria compreensão do direito. Gostaríamos de destacar alguns deles:

a) Passaria a haver eleições de candidatos para os três poderes: eleições executivas, eleições legislativas e eleições “judiciárias” ou “jurisdicionais”. Nestas últimas, bacharéis em direito – que cumprissem algumas outras exigências talvez – poderiam ser candidatos a juizes de direito, lançando suas propostas ou linhas de atuação e sendo escolhidos pela sociedade. Uma possibilidade é que as eleições judiciais ocorressem junto com as demais, sendo uma vez para os magistrados estaduais e outra vez para os magistrados federais. Não sendo possível escolher cada juiz de cada vara, uma solução seria que os juizes (estaduais ou federais) fossem primeiro todos eleitos e depois distribuídos pelas varas, de acordo com critérios legais previamente discutidos e fixados no âmbito legislativo. Haveria em princípio a possibilidade de reeleição, mas o cargo seria certamente por prazo limitado (4 ou 8 anos). Deixaria de haver a “carreira de juiz”, pelo menos do modo como hoje a entendemos. Diante da dificuldade de que o candidato a juiz expusesse a sua linha de atuação antes mesmo de saber em que vara seria lotado, uma solução talvez fosse a formação de “partidos judiciais”, que tivessem perfis e propostas próprias, de maneira que o eleitorado fosse capaz de entender que tipo de juiz ele terá caso vote num ou noutro. Essas e muitas outras questões teriam que ser amplamente debatidas no âmbito do legislativo, até que uma proposta fosse objeto de consenso válido.

b) As relações entre direito e política se tornariam mais claras e fortes. Não se deve pensar que nossa proposta esvazia o papel do legislativo. De modo algum. Os “conselhos deliberativos judiciais” em nenhum momento poriam em discussão quais as normas abstratas que a sociedade deve ter. Eles na verdade discutiriam sobre qual a interpretação e a aplicação correta das normas abstratas vigentes – regras e princípios – para certo caso ou tipo de caso.

Os juízes eleitos não estariam autorizados a criar normas abstratas a partir de reivindicações de diversas naturezas, mas apenas a criar normas concretas a partir das normas abstratas vigentes. Nos casos de antinomia, lacuna ou equidade, a solução, integração ou discricção seria legítima porque aqueles que serão *destinatários* da decisão final estiveram representados (pelos juízes eleitos) como *autores* no momento da formação dessa norma. Mas isso não apenas acentuaria a linha de demarcação entre legislação e jurisdição, mas também tornaria suas relações mais intensas e complexas. Assim como o espaço legislativo é uma arena de debates entre distintas concepções de sociedade, assim também o espaço judicial seria uma arena de debates entre distintas concepções de direito.

7. PROBLEMAS ABERTOS

Uma vez que este se trata de um artigo científico, a apresentação de uma proposta relativamente nova não pode deixar de fazer-se acompanhar da indicação dos problemas que ainda restam para ser desenvolvidos antes que aquela proposta possa ser considerada bastante consistente. Tais problemas são de natureza tanto política quanto jurídica e precisariam ser investigados num trabalho de maior fôlego.

O primeiro problema é a conformação que o processo judicial assumiria depois que estivessem instaurados os conselhos judiciais. Uma opção menos complexa seria defender que o processo continuaria a ser todo o mesmo, mudando apenas o número de pessoas que seriam responsáveis por decidir as lides. Essa hipótese, que iguala a idéia de conselhos à de órgãos colegiados, seria sem dúvida mais cômoda, mas não deixaria de apresentar muitas falhas. Se os juízes eleitos viriam de “partidos judiciais”, que defendem cada um diferentes posições sobre o direito, então, pelo menos em certas lides, uma das partes não estaria representada apenas pelo seu advogado, mas também por um ou mais dos juízes. Não que algum juiz fosse colocar-se a defender todos os interesses da parte, assumindo uma parcialidade que não se admite para a posição do magistrado. Mas – repito, pelo menos em alguns casos – um ou mais dos juízes estariam em posição de levantar razões em favor de uma das partes, devido a uma concepção acerca de sua situação, que poderia ter uma influência maior que a sustentação do advogado. Suponhamos que um dos juízes pertencesse a um “partido” que defendesse uma posição mais forte contra a especulação fundiária, em nome da função social da propriedade e da reforma agrária. Ora, numa lide possessória entre “invasores” de terras e o proprietário de certo terreno comprovadamente improdutivo, além da defesa que o advogado dos possuidores faria de seus interesses, o mencionado juiz poderia, no momento das deliberações, levantar razões para interpretar o ordenamento jurídico de tal maneira que permitisse a confirmação da

posse dos “invasores”, o que poderia aumentar as chances de que a lide tivesse precisamente essa decisão. É evidente que, para estabelecer limites a essa “parcialidade legítima” do juiz, seria necessário que novos princípios e regras viessem participar do processo. Essa é apenas uma das muitas prováveis variações que o processo em si mesmo sofreria.

O segundo problema é que a concepção mesma do direito se veria modificada com o passar do tempo. Uma vez que todas as decisões judiciais dependeriam de deliberações entre os juízes eleitos, toda teoria coerente do direito teria que contemplar a argumentação jurídica – não uma argumentação *suposta*, como em Alexy, mas uma argumentação *efetiva* – de modo muito mais sério do que hoje. Ficaria mais claro que a decisão depende de uma contraposição entre concepções diversas sobre os temas tratados – não uma contraposição *monológica*, como em Dworkin, mas uma contraposição verdadeiramente *dialógica* –. Essa “argumentação na pluralidade” seria parte integrante da formação jurídica de estudantes e profissionais e do exercício mesmo do direito em qualquer profissão jurídica. Seria necessário investigar o quanto estas mudanças alterariam o perfil da ciência do direito, da dogmática jurídica e da doutrina e da jurisprudência, num trabalho que, sem arrogar-se à predição profética, fizesse uma análise rigorosa das prováveis conseqüências do deliberacionismo judicial.

RESUMO BIBLIOGRÁFICO

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro:** estudos de teoria política. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe, Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

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

HABERMAS, Jürgen. **Teoría y praxis:** estudios de filosofía social. Tradução de Salvador Mas Torres e Carlos Moya Espí. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2000.