APONTAMENTOS AOS REFLEXOS DO REGIME DEMOCRÁTICO NA FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO

**Samara de Oliveira Pinho[[1]](#footnote-1)**

**Sumário:** Introdução. 1. Constituição e Estado Democrático de Direito. 2. Direitos fundamentais e Estado Democrático de Direito. 3. Pelo afastamento de uma falsa democratização. 4. A aproximação dos jurisdicionados do Poder Judiciário. 5. Democracia e efetividade da função jurisdicional do Estado. Considerações finais. Referências.

**Resumo:** O presente artigo tem por fito esboçar um estudo sobre os impactos da concepção de Democracia na função jurisdicional do Estado, percorrendo por uma breve análise acerca dos aspectos da Teoria da Constituição, dos direitos fundamentais e suas implicações sobre o meio social, relevando-se o vínculo entre tais construções e a instituição de um Estado Democrático de Direito, o qual, por meio de seus preceitos, tem o condão de oferecer efetividade à entrega da tutela jurisdicional estatal. Ressalte-se que, evidentemente, esta pesquisa não pretende esgotar o assunto, podendo ser considerada como um incipiente do que ainda ambiciona-se realizar. Intenta-se, pois, entender e compreender um pouco da problemática e bases envoltas ao tema por ora delimitado, para então aprofundar e aprimorar as conclusões daqui extraídas em um trabalho mais denso e extenso.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Democracia. Função Jurisdicional. Efetividade.

Introdução

O alvo de uma prestação jurisdicional democrática não é “apenas” estabelecer um ambiente de igualdade e liberdade entre os sujeitos para qual esse fim é direcionado, mas, sobretudo, promover a efetiva participação e intervenção desses mesmos sujeitos na construção do melhor estado ou método de solução para seu respectivo impasse.

Para tanto, necessária a edificação de uma interação plural, em que o conhecimento e a informação sobre as condutas perpetradas sejam difundidos de maneira, suficientemente, uniforme e expansiva, de modo a lograr-se uma comunicação abrangente e holística no que tange ao problema posto, sem restrições de caráter pessoal.

Na verdade, para que se obtenha uma prestação da tutela jurisdicional concreta e mais próxima da sensação de justeza, deve-se realizá-la permeada pelo “espírito” democrático, por meio do reconhecimento da individualidade do ser humano e, ao mesmo tempo, por sua dimensão coletiva, ou seja, em meio à formulação de relações intersubjetivas, permitindo que os sujeitos, em maior proporção, conduzam a resolução de seu próprio conflito, e “tomem às rédeas” para encontrar o desfecho mais adequado ao mesmo.

O alcance dos dogmas democráticos no meio social pode ser delimitado pela garantia e proteção de direitos fundamentais – inseparáveis da esfera de valores dos indivíduos – conferidas pelo Estado, que, conseguintemente, controla e limitar seu próprio poder.

Assim, o Estado tem papel fundamental no oferecimento de meios que possibilitem aos indivíduos aproximarem-se de sua função jurisdicional, de modo a fortalecer e concretizar sua qualificação como “Democrático”, dispondo de institutos e balizes que operem no desenvolvimento progressista e interativo da atuação, especificamente, do Estado-juiz.

Neste trabalho, objetiva-se demonstrar a relevância da incorporação da forma de ser do regime democrático para a esfera da prestação da tutela jurisdicional do Estado, com o potencial significativo de obter-se, para os jurisdicionados, uma resposta mais qualitativa e satisfativa, na medida de sua intervenção, a suas respectivas controvérsias judiciais.

Nada obstante a limitação desta pesquisa em razão da extensão proposital e provisória da mesma, intentar-se-á desenvolver, de forma direta, sobre a ressonância da Democracia nos direitos fundamentais, na Teoria da Constituição e no meio social, desaguando-se, ao final, na análise de sua junção à função jurisdicional do Estado.

A problemática do tema em questão exibe-se pela multilateralidade dos conceitos envoltos pela instituição de um Estado Democrático de Direito, bem como pela permeabilidade das estruturas fundantes e evolutivas da concepção de regime democrático no que tange à Ciência Jurídica, mormente, quanto à entrega da prestação jurisdicional.

Diante disso, contempla-se a importância desse estudo, eis que a função jurisdicional do Estado é, ainda, vista como um direito fundamental dos sujeitos, os quais devem, portanto, serem oportunizados de colaborarem direta e indiretamente com a resolução de seu próprio conflito. Lado a lado do Estado-juiz.

Consoante as tensões existentes entre a mera acepção de Estado Democrático de Direito e sua concretude em si, questiona-se: Poderá o espírito do Estado Democrático de Direito proporcionar maior e melhor efetividade à função jurisdicional do Estado?

Para, então, apresentar uma resposta minimamente adequada ao problema proposto acima, realizar-se-á esta pesquisa pelo método descritivo, com levantamento bibliográfico da doutrina clássica e contemporânea no que tange ao assunto ora esboçado, no intuito de estabelecer seus pressupostos básicos, até chegar-se a uma conclusão.

1 Constituição e Estado Democrático de Direito

É prudente não se olvidar que, a partir de um contexto de reconhecimento da força normativa da Constituição Federal, passou-se a elevar os direitos fundamentais a uma categoria eminente, que desaguou em sua maior e melhor apreciação pelos estudiosos e operantes do Direito; em virtude de sua aplicabilidade nas relações jurídicas que não envolvam, obrigatoriamente, o Estado – irradiando seus efeitos seja na esfera pública ou privada de convivência.

Numa perspectiva mais concretista, portanto, apresentou-se a possibilidade de a Constituição de um Estado ser empregada diretamente à dada realidade de uma circunstância (HESSE, 1991, p. 14-17). Isto, em contraposição ao que se pensou sobre a essência da Constituição ser “somente” os fatores reais do poder, desprezando-se o próprio texto normativo – denominado como mera “folha de papel” – ao realçar as emergências sociais (LASSALE, 2002, p. 48).

Em âmbito interno, com a promulgação da Constituição de 1988, houve a admissão da noção de “Supremacia da Constituição”, em razão do *status* superior conferido à mesma em comparação às demais normas, classificadas como infraconstitucionais. Este marco normativo, acrescido da simultânea e ininterrupta evolução da Ciência do Direito, atribuiu normatividade material (e não tão somente formal) aos preceitos constitucionais de índole axiológica, tornando-os aptos à efetivação de forma imediata e latente.

Importante, pois, revisitar, mesmo que com extrema brevidade, a dicotomia entre Teoria Formal e Material da Constituição para entender um dos aspectos do progresso do constitucionalista no mundo.

A Teoria Formal da Constituição pressupõe, em síntese, a análise rígida e inflexível da norma constitucional, numa ótica estritamente legalista, com inclinação primordialmente para a regulação da organização do Poder e da estrutura estatal; uns de seus principais defensores são George Jellinek e Hans Kelsen. Por sua vez, a Teoria Material da Constituição admite um positivismo integrado aos valores éticos e morais, no qual os direitos fundamentais detêm força cogente e devem ser observados tanto pelos particulares, como também pelo Estado; Rudolf Smend e os autores da Escola de Zurique despontam como uns de seus representantes teóricos (BONAVIDES, 2013, p. 178-190).

Nota-se que, modernamente, as disposições da Constituição do Estado brasileiro encontram-se acima das outras normas do ordenamento jurídico tanto em decorrência da forma pela qual são promulgadas, como, principalmente, por seu conteúdo; este que tem conexão intrínseca com a instituição de direitos fundamentais – caracterizadores de um Estado Democrático de Direito.

2 Direitos fundamentais e Estado Democrático de Direito

Lembra-se que os direitos fundamentais, sobretudo após o nazismo e o massacre humano ocasionado por este “movimento” durante a Segunda Guerra Mundial, foram paulatinamente fomentados e intensificados mundialmente, transcendendo fronteiras, na tentativa de propagar e enraizar nos homens a consciência da grandeza dessas prerrogativas. Em vista disso, buscou-se enriquecer a tutela jurisdicional prestada pelo Estado Democrático de Direito brasileiro por meio de mecanismo de defesas específicos, isto é, as garantias constitucionais, cujo sustentáculo, de modo geral, queda-se no próprio comportamento dos indivíduos e em seus esforços convergentes para o aperfeiçoamento da abstração estatal.

Antes de prosseguir, cumpre frisar que o conceito de “direito” não se confunde com o de “garantia”; este diz respeito a meio de defesa e aquele à própria proteção do bem jurídico (BONAVIDES, 2013, pag. 542)[[2]](#footnote-2).

Hans Kelsen, em sua obra “Teoria Pura do Direito”, apresenta o ordenamento jurídico de um Estado através da simbologia de uma pirâmide, na qual a Constituição Federal encontra-se no topo de tal figura, atribuindo validade às demais leis que se acham abaixo daquela (2000a, p. 247-249). Esta concepção é denominada de escalonamento normativo, o qual, não obstante o cunho formalista e de ter sido fundamento para as atrocidades do nazismo, contribuiu bastante para a cientificidade do Direito e à ideia de Hegemonia Constitucional.

Reforça-se, em contrapartida, que a acepção de Estado Democrático de Direito não deve se dissociar, em nenhum momento, do conteúdo valorativo da norma, de modo que nesta se assegurem direitos e garantias fundamentais; tanto em sua previsão, mormente quanto em sua aplicação e execução[[3]](#footnote-3), relevando os aspectos formal e material de suas disposições. Nas palavras de Arnaldo Vasconcelos, tem-se um epítome do que se intenta evidenciar (claramente, em contrariedade ao positivismo de Kelsen), a saber, “Direito sem conteúdo é Direito para qualquer conteúdo” (2002, p. 25). Em consequência, o conteúdo valorativo da norma deve estar em sua interpretação e aplicação, malgrado não esteja em sua disposição textual.

Em sua Teoria dos direitos fundamentais, Robert Alexy dispõe que as “normas de direitos fundamentais são aquelas expressas por disposições de direitos fundamentais”, e tais disposições encontram-se alinhadas e expressas na *Lex Fundamentalis* de um Estado (2012, p. 65). O autor, portanto, numa conjectura preliminar, definiu os direitos fundamentais como aqueles positivados em normas constitucionais; empós, instituiu dois critérios para enquadrar dadas prerrogativas como fundamentais, quais sejam: estrutural/formal e material (2012, p. 66), em que aquele corresponde ao primeiro momento do pensamento de Alexy, já exposto, e este adjudica a condição de direito fundamental às normas com substrato fundamental, ou seja, de magnitude tal que mereçam essa posição.

Na Constituição brasileira, há direitos fundamentais estruturais, positivados e também materiais que, malgrado não previstos expressamente, são desprendidos do espírito da Constituição, estando, pois, implicitamente em seu texto. Logo, seguem-se os critérios de Alexy.

Costumeiramente, os direitos fundamentais são estudados conforme suas três gerações[[4]](#footnote-4). A primeira corresponde, na segunda metade do século XIX, ao contraponto do Estado negativo ao Estado absoluto, aquele igualmente intitulado de Estado liberalista, cuja individualidade era estimada e o Poder Público colocava-se como mero expectador da sociedade, não intervindo nesta; “época” na qual direitos civis e políticos eram marcantes. A segunda geração é a do Estado garantidor, quando se adquire um perfil mais positivo e atuante no meio social e asseguram-se direitos coletivos, econômicos e culturais. A terceira geração é caracterizada pela solidariedade e fraternidade global, ecoadas por direitos universais, *e.g.*, ao meio ambiente, à paz e ao progresso, com fundamento no Estado Democrático de Direito, que confere aos litigantes participação igualitária na prestação da tutela jurisdicional.

3 Pelo afastamento de uma falsa democratização

É importante frisar que o argumento da instituição de um regime democrático ou de uma obediência a seus preceitos, por si só, não o garantem efetividade. Para auferir-se um ambiente social no qual haja, verdadeiramente, observância aos limites estatais e ao controle das atividades privadas, devem-se dispor de institutos e instrumentos adequados, que também sejam concretos, de modo oferecer existência e mantença de direitos fundamentais que forneçam o ambiente necessário a uma convivência libertária e igualitária, em um processo latente de democratização.

Flávia Piovesan, em plano internacional, observa a ressignificação do conceito de cidadania a partir do reconhecimento e introdução de instrumentos de proteção aos Direitos Humanos na Ordem jurídica interna e, em sentido semelhante, a relativização da concepção de soberania. Aponta ainda o processo de democratização como agente cardeal no que tange à aplicabilidade e efetividade de direitos fundamentais, e disserta, especificamente:

No caso brasileiro, o processo de incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos e de seus importantes instrumentos é consequência do processo de democratização, iniciado em 1985. O processo de democratização possibilitou a reinserção do Brasil na arena internacional de proteção dos direitos humanos – **embora relevantes medidas ainda necessitem ser adotadas pelo Estado brasileiro para o completo alinhamento do país à causa da plena vigência dos direitos humanos** (2009, p. 36-37).

(Destacou-se).

Nítida é a crítica da autora quanto ao processo ainda falho e inacabado de democratização do Brasil, seja para incorporação de direitos humanos, seja em outros campos de atuação estatal. Da passagem do Estado Liberal ao Social e para o, então, Estado Democrático de Direito, o Brasil, sob uma análise histórica, sequer conseguiu implementar - materialmente – direitos de alcance coletivo que preenchessem as ausências do corpo social no que tange à saúde, à educação, ao trabalho, etc. A intercessão estatal ainda é bastante precária nesse tocante, tal como se contempla hodiernamente nas mídias de notícia de todo país, bem como nos relatos pessoais de inúmeros cidadãos.

O que bem se vê é que a “evolução” de um Estado Liberal para um Estado Democrático de Direito, na realidade brasileira, muita das vezes, não passa de uma sistematização histórico-político adotada para uma melhor compreensão das suas supostas fases desenvolvidas. Em diversos setores da atuação estatal, a democratização não passa de elemento de retórica e discurso ideológico, sem haver qualquer meio efetivo de instituição. Por isso, considera-se:

A democratização progressiva do Estado constitucional do século XVIII, imposta pelas grandes mutações ocorridas na esfera econômica, como decorrência imediata do conflito entre o trabalho e o capital, foi a resposta que se deu o pensamento democrático, empenhado em renovar-se para sobreviver. Essa sobrevivência, passando nas décadas mais próximas por suas piores provas, não se acha de todo consolidada (BONAVIDES, 2004, p. 194).

A instituição de um Estado Democrático de Direito, portanto, não deve ser suposta, mas pressuposta à finalidade de um Estado moderno. É imprescindível que haja efetividade e não uma democracia dissimulada por inúmeros atos normativos sem eficácia social, isto é, que estão aptos a produção de efeitos, contudo, estes resultados não são alcançados por decorrência da falta de reconhecimento e funcionalidade aos indivíduos[[5]](#footnote-5).

Hans Kelsen (2000b, p. 143), ao fazer um estudo sobre as bases do regime democrático, expondo sobre sua evolução histórica e conceitual, bem como relacionando com outros campos da área do conhecimento, assevera:

[...] a participação no governo, ou seja, na criação e aplicação das normas gerais e individuais da ordem social que constitui a comunidade, deve ser vista como característica essencial da democracia. Se esta participação se dá por via direta ou indireta, isto é, se existe uma democracia direta ou representativa, trata-se, em ambos os casos, de um processo,um método específico de criar a ordem social que constitui a comunidade, que é o critério do sistema político apropriadamente chamado democracia.

Nessa perspectiva, no intento de transportar as feições da Democracia para qualquer âmbito de convivência humana – seja regulamentada e gerida pelo Estado ou não – deve-se buscar a instituição de uma participação comunicativa segundo os preceitos do procedimento dialético – ainda que seja numa acepção mais basilar – para oferecer a oportunidade de intercâmbios de ideias e interesses dos sujeitos remetentes e destinatários do discurso[[6]](#footnote-6) proferido. Desta feita, harmoniza-se e aproxima-se as opiniões, produzindo uma nova, que reflete as duas (inicialmente) confrontadas[[7]](#footnote-7). De destacar o entendimento de que, em razão dos avanços da tecnologia, a democracia deva ser necessariamente instituída na modalidade direita (BONAVIDES, 2013, p. 590).

4 A aproximação dos jurisdicionados do Poder Judiciário

 É cediço que o Brasil, como Estado Democrático de Direito, é alicerçado sobre regras e princípios que têm o objetivo de limitar seu próprio poder, evitando a tomada de decisões arbitrárias, no intento de assegurar e concretizar direitos e garantias fundamentais ao elemento humano que o compõe (o povo).

Nessa linha, a Constituição Federal assegura, em seu art. 93, inciso IX, o direito fundamental à motivação das decisões que, junto de outros preceitos, busca a adequada prestação da tutela jurisdicional.

De outro ângulo, a motivação das decisões apresenta-se como um dever dirigido ao julgador, que, em seu cumprimento, expõe suas razões fáticas e jurídicas que o levaram a prolatar dada resolução àquela causa. José Carlos Barbosa Moreira ensina que “[...] para julgar necessita o juiz, de um lado, reconstituir o fato (ou o conjunto dos fatos) e, de outro, identificar a norma aplicável” e completa:

O que se exige, e basta, é uma justificação racional do resultado atingido: o juiz deve explicar, de um lado, porque configurou os fatos relevantes daquele modo; de outro, porque considerou que era aplicável aquela norma, e porque lhe deu aquele entendimento (1980, p. 73).

Para tanto, o magistrado deve oportunizar aos sujeitos de procederem na verificação da fundamentação exposta por sua decisão judicial. Destarte, o jurisdicionados podem participar e integrar o próprio processo de construção do resultado para sua controvérsia. Contempla-se, pois, o momento em que o Estado-juiz tem sua função jurisdicional controlada pelo corpo social.

Diante, entretanto, da inexistência uma verdadeira teoria da normatividade das decisões judiciais, reputa-se de extremíssima dificuldade conceder aos indivíduos um método próprio e simplificado de influência e intervenção direta nas soluções de seus casos. Nada obstante, a forma primária e imediata com a qual o sujeito destinatário da norma concreta pode interferir na prestação da tutela jurisdicional do Estado é por meio da linguagem; que deve ser fácil e singela para melhor aproximar o Poder Judiciário dos jurisdicionados.

A linguagem funciona como elemento primordial na constituição da verdade executada pelos sujeitos do litígio, consoante a Teoria Consensual da Verdade, defendida por Habermas. Ademais, é de notório prestígio a incumbência representada pela linguagem não apenas no campo epistemológico, mas também no convívio social, porque nomeia, classifica, situa os objetos de conhecimento, enfim, propicia a interação como um todo, recordando-se que foi por meio de uma expressão da linguagem, a escrita, que o homem deixou de ser pré-histórico. Diante disso, Habermas (2012, p.10) afirma:

No agir comunicativo, a linguagem assume, além da função de entendimento, o papel de coordenação das atividades orientadas por fins de diferentes sujeitos da ação, e o papel de um meio da própria socialização dos sujeitos da ação.

Por outro lado, Magalhães Filho (2006, p. 71) contrapõe-se à doutrina de Habermas ao sustentar que não é factível saber se se está perante uma comunidade de argumentação, bem como não é possível saber o limite de tal comunidade. Além disso, destaca que certos acontecimentos considerados verdades pelo consenso não o são mais, defendendo ainda que a verdade é sim correspondência do pensar com a realidade, mas a comunidade idealizada por Habermas “é necessária para sua consolidação (e não para sua constituição)”.

A crítica Magalhães Filho tem bastante repercussão na concepção de sociedade delimitada por Habermas, pois qualquer consenso prévio pode ser conturbado por uma mínima insurgência. Contudo, num ambiente procedimental, em que regras se encontram igualmente preestabelecidas, há segurança quanto à instituição da comunicação entre as partes envolvidas, haja vista existir um dirigente dessa relação, o magistrado, que controla a permuta de subjetividade e interação.

Com efeito, num ambiente no qual se seguem os preceitos de um regime democrático, as relações intersubjetivas difundidas entre Estado e indivíduo deve seguir uma linguagem que harmonize e faça convergir os respectivos entendimentos, para que se obtenha um resultado legitimamente construído e mais próximo da sensação de justiça.

5 Democracia e efetividade da função jurisdicional do Estado

A racionalidade inerente ao ser humano é imperativa ao bom desenvolvimento de um diálogo resolutivo (e desconstrutivo) de conflitos, contudo, deve-se inserir uma perspectiva segundo à axiologia dos atos e das formas, de sorte a instalar um cenário concreto de valores éticos e morais na regularização das relações sociais.

Considerando a alegoria do legislador, a este é imbuída a função de eleger os direitos representativos dos valores de dado momento histórico, normatizando-os; em correspondência ao que, em tese, é almejado e necessitado pelos indivíduos que compõem àquela sociedade. De outro lado, o Estado-juiz interpreta e decide pela norma e seu modo de ser empregado às situações em concreto[[8]](#footnote-8).

Nesta esteira, a função jurisdicional do Estado é, indubitavelmente, adequada a realizar a irradiação da democracia em todos os âmbitos de convivência social, seja entre particulares, ou estes e o Estado, seja até mesmo entre este e Estados alienígenas, enfim, a democratização figurativa e efetiva da prestação jurisdicional, tem o condão de proporcionar maior ingerência social nas resoluções de conflitos; esta de competência modernamente do Estado.

Esta famigerada atribuição de dizer o direito aos casos concretos é consequência da outorga pelo indivíduo ao Estado de poderes interventivos, como é o caso da jurisdição, por intermédio da heterotutela, uma das formas de dissolução de litígios. Como regra, a autotutela ou autodefesa não é permitida no Brasil, autorizada, todavia, de modo estritamente excepcional. Com isso, o Estado detém o monopólio da jurisdição, funcionando como ditador da norma aplicável à situação real, com aptidão para tornar-se definitiva.

É função, portanto, do Estado-juiz construir a norma a ser empregada a dado caso concreto, respeitando e conduzindo-se pelos ditames do regime democrático, de modo a oferecer aos indivíduos qualidade de ambiente, sendo-lhes garantidos prerrogativas fundamentais para que os mesmos possam efetivamente participar da própria prestação da tutela jurisdicional estatal. Nessa conjectura, ratifica-se:

Via de regra, todo direito fundamental concreto demanda, para sua interpretação, segundo Häberle, o exame dos seguintes aspectos: o aspecto objetivo-institucional, por exemplo, no caso da Família; o da prestação estatal, haja vista o direito de acesso à cultura; o da prestação processual, no sentido do *status activus processuaalis*, ou seja, o direito fundamental à proteção jurisdicional,e, finalmente, o aspecto vertente subjetiva [...]. (BONAVIDES, 2013, p. 634-635).

A função jurisdicional do Estado é, pois, um instrumento de efetivação de direitos fundamentais e, no mesmo raciocínio, de fixação democrática dos institutos e atos judiciais; já que o Estado-juiz ao decidir (pelo menos, em tese) nos moldes limitativos de seu próprio poder e proporcionar controle do mesmo pelos destinatários da norma do caso concreto, age conforme um dos muitos aspectos do regime democrático.

Considerações finais

Da análise empreendida, constata-se que a evolução da concepção de Constituição no mundo contribuiu intensamente para a edificação de um Estado mais protecionista e garantidor de direitos fundamentais, em vista da hegemonia das normas constitucionais.

O ordenamento jurídico passou a ser tomado por um denotação axiológico-formalista, assumindo um caráter onipresente na vida dos indivíduos, no intuito de tornar a convivência mais tranquila, face a sua regulamentação.

A instituição de um Estado Democrático de Direito tem repercussão direta na atuação dos sujeitos, tanto no meio político como civil, com propósito de tornar as relações intersubjetivas mais plurais. O regime democrático, desse modo, influencia e recebe influxos de todos os âmbitos de sociabilidade e de conhecimento humano.

Para que se possa, entretanto, incorporar, na maior medida possível, os preceitos democráticos à função jurisdicional do Estado, necessária a busca efetiva e veraz de um processo constante e estável de democratização, sem falsas leis ou discursos ideológicos.

Assim, quanto mais próximo os indivíduos estejam do Poder Judiciário, mais participativa e intervencionista será a ação daqueles na função tipicamente deste. A comunicação (linguagem) nivelada entre ambos os polos é indispensável a esta contribuição mútua.

A democracia – ainda – não deve ser admitida como um conceito ou estrutura eminentemente do aspecto político do Estado, pelo contrário. Abona-se a adoção de uma condução e gestão democrática de todos os campos da esfera pública e até mesmo privada. Com efeito, a democracia deve estar em todas as estruturas do Estado; nos grandes e microssistemas, e até mesmo nos microblocos de convivência, a exemplo da família, da escola, da igreja, nas empresas e, mormente, nas decisões judiciais, não se justificando sua ausência ou desconsideração na função jurisdicional do Estado, pois.

A implementação de direitos fundamentais, como expôs-se, tem íntima relação com a manutenção de um regime efetivamente democrático, afastando-se a provável contaminação da concepção de democracia por compreensões outras utilizadas em detrimento da participação dos sujeitos na prestação da tutela jurisdicional estatal.

As impressões acima claramente devem ser desenvolvidas em um próximo trabalho, para que se possa percorrer com maior cautela as críticas ao modo de aplicação das normas, seja pela distorção da Ciência Hermenêutica ou por “simples” arbítrio, no intento de defender-se a introdução permanente do elemento democrático na construção das decisões judiciais.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Shild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense.

\_\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2012. 669 p. teoria & direito público.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 28. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_\_. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL, Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: DF, Senado, 1988.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: sobre a crítica da razão funcionalista. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. v. 2.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **A democracia.** Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000

\_\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Clássicos do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Líder, 2002.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Teoria dos valores jurídicos**: uma luta argumentativa pela restauração dos valores clássicos. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

MARIOTTI, Alexandre. **Princípio do devido processo legal**. 2008. 131 f. Orientador. Prof. Humberto Bergmann Ávila. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Julgamento e ônus da prova**. Temas de direito processual civil. Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 73-82.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica.** São Paulo: Acadêmica, 1994.

\_\_\_\_\_\_. **Entre Hidra e Hércules:** princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos.** 3. ed. São Paulo: Saraiva.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão**: em 38 estratagemas (Dialética erística). Introdução, notas e comentários Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica.** 5. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2002.

1. Advogada, Graduada pela Faculdade 7 de Setembro.

samara.o.pinho@gmail.com [↑](#footnote-ref-1)
2. “[...] as garantias constitucionais são também direitos e que a CRFB não se preocupa em definir ou separar aquelas destas – no que, por sinal, também segue a tradição constitucional brasileira -, é possível retirar da lição de Rui Barbosa a ideia de que as garantias se caracterizam por não outorgarem um bem jurídico em si, mas por se predisporem à proteção de um ou mais bens jurídicos outorgados pelo texto constitucional. De forma mais sintética, as garantias são instrumentais em relação aos direitos” (MARIOTTI, 2008, p. 43). [↑](#footnote-ref-2)
3. Por oportuno, invoca-se uma distinção concisa entre “texto” e “norma”. O primeiro conceito pode ser considerado como enunciado linguístico que descreve uma hipótese a ser concretizada no mundo fático. O segundo diz respeito ao próprio sentido atribuído aquele, ou melhor, a interpretação inferida dos textos de lei – em sentido amplo – independentemente de coincidência ou prejudicialidade entre um e outro (ÁVILA, 2012, p. 33). Em alinhamento com a Teoria estruturante do Direito, Neves explica que a realização das normas jurídicas no mundo real relaciona-se com a epistemologia de conceitos desenvolvido por Friedrich Müller, o qual estabeleceu como “programa norma” os dados essencialmente redacionais e como “âmbito da norma” os dados necessariamente reais, de modo a conferir estrutura à norma (2013, p. 7). [↑](#footnote-ref-3)
4. George Marmelstein (2008, p. 53-54) alerta sobre a consideração de novas gerações de direitos fundamentais. Registra-se que Paulo Bonavides reputa a Democracia como direito de quarta geração (2013, p. 635). [↑](#footnote-ref-4)
5. Marcelo Neves adverte que “[...] a utilização indiscriminada do termo ‘eficácia’ e ‘efetividade’ em relação à legislação simbólica pode embaraçar a compreensão de quais os seus efeitos específicos. Além do mais, há efeitos latentes que não importam função simbólica da lei” (1994, p. 42). [↑](#footnote-ref-5)
6. Os elementos imprescindíveis de toda discussão são: o adversário e a tese; havendo dois modos e dois métodos de retrucá-la. Referidos modos dizem respeito ao desacordo com a verdade da natureza das coisas (*ad rem*) e à discordância com a verdade subjetiva (*ad hominem*). Os métodos desenvolvem-se diretamente, atacando a tese em seu âmago e indiretamente, atingindo as consequências do discurso (Schopenhauer (1997, p. 119). À luz da Teoria da Argumentação de Robert Alexy (2011, p. 210), distingue-se a argumentação jurídica da argumentação prática geral, considerando que aquela é imbicada pelo direito em vigor, de modo a ressaltar a restrição dos pontos de interesse da discussão jurídica. Por tal via, a racionalidade do discurso é aferida por seu teor normativo e considera-se a problematização de fundamentar-se as regras do próprio discurso racional para, logo, concluir-se que essas regras se revelam como “normas para a fundamentação de normas” (2011, p. 180). [↑](#footnote-ref-6)
7. Grosso modo, define-se o método dialético pela contraposição de juízos, em que o primeiro se refere à “tese”, isto é, argumentação inicial; e o segundo à antítese, a qual rebate àquela. Contudo, desse processo, obtém-se um resultado de alinhamento entre ambos os *doxas*, sem a exclusão de nenhum deles em sua substância. É válido mencionar que, sob a ótica de Arthur Schopenhauer (1997, p. 102), a dialética proposta por Aristóteles tem por fim primordial a própria discussão e, do mesmo modo, o descobrimento da verdade. [↑](#footnote-ref-7)
8. Paulo Bonavides, ao analisar o pensamento de Friedrich Müller, pondera que “[...] o dever do jurista é, portanto, interpretá-los (os valores) como normas, e quem assim não o faz, insistindo em tomá-los hermeneuticamente por “valores” em verdade os “des-valoriza” (2013, p. 665). [↑](#footnote-ref-8)