

## PROCEDIMENTALISMO:<sup>1,2</sup> SUPERAÇÃO DA TEORIA E SEUS FATORES

PROCEDURALISM: OVERCOMING ITS THEORY  
AND FACTORS

Vinicius Almada Mozetic\*  
Paulo Junior Trindade dos Santos\*\*

\* Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - (UNISINOS). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Pós-graduação em Direito Constitucional pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Pós-graduação em Direito Ambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pós-graduação em Gestão Ambiental pela Universidade do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Pós-graduação pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina - ESMESC. Graduação em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina - Chapecó. Professor-visitante do curso de Pós-graduação em Direito pela UNIVALI -Itajaí/SC. Membro ativo da Equipe Federal de Trabalho - Argentina. Professor-visitante da Charles University, Praga República Tcheca. Professor-visitante da Peoples Friendship University, Moscou - Rússia. Professor-visitante e membro do grupo de pesquisa - per lactualització del dret de la persona i familiar - UAB-Barcelona. Professor-visitante da Cardinal Stefan Wyszyński University,

**Como citar:** MOZETIC, Vinicius Almada. SANTOS, Paulo Junior Trindade dos. Procedimentalismo: superação da teoria e

1 Em 1980 John Hart Ely publicou o livro *Democracy and Distrust* através do qual criticava o ativismo judiciário da chamada Corte de Warren. Muito embora um liberal convicto, Ely sustentava que os juízes tinham ido longe demais na decisão acerca do direito ao aborto e que somente nos casos de proteção das minorias é que o ativismo judicial poderia ser justificado, especificamente no direito de participação no processo político-eleitoral. Esta versão (procedimental) de democracia ganhou vários adeptos, seja entre os liberais ou entre os conservadores, todos ansiosos por limitar a atividade política de juízes não eleitos pela comunidade, ou seja, imunes às consequências de seus próprios erros. No plano político, Habermas sustenta a ideia de que é a própria comunidade que deve decidir acerca das questões sensíveis em termos da moral e da política, ou seja, que devemos primeiro focar no incremento dos instrumentos de participação para depois nos preocuparmos com o resultado efetivo do processo democrático, visão esta em tudo oposta à de Ronald Dworkin, que parte de uma concepção substancial de democracia. (APPIO, Eduardo. **Ativismo judicial só é admissível para as minorias**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-21/ativismo-judiciario-admissivel>>. Acessado em: 21-03-2013.)

2 É a procedimentalidade (legislativa, judicial e administrativo-executiva) que promove a integração jurídico-social da comunidade política e extirpa os aspectos da sacralidade prescritiva dos arcaicos “Poderes de Estado” que, no capitalismo, se desdobram em subsistemas não juridificados de pertença de um mundo da vida (cultura mitificada) a ser preservado pela tradição e autoridade como forma reprodutiva e de ocultamento da estratégia de dominação das classes determinantes por uma ordem de valores e de conceitos a serem descobertos e ratificados por decidores talentosamente jurisprudentes ante quaisquer leis que possam abalar as bases estruturais da realidade social e econômica prevalecente. (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora Landy, 2002. P. 145.)

seus fatores. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 12, n. 2, p. 104-129, ago. 2017. DOI: 10.5433/1980-511X.2017v12n2p104

*[...]... el papel del juez deberá seguir siendo el de un servidor de la Constitución y de la Ley, en nombre de las cuales habla y de las cuales, y no de ninguna otra fuente mágica, extrae únicamente la fuerza de sus Sentencias<sup>3</sup>.*

**Resumo:** Neste eixo o Direito tem grande influência diante da política, neste tocante o Direito já não está subordinado à política como se dela fosse instrumento, senão é a política que se converte em instrumento de atuação do Direito, subordinada aos vínculos e a ela impostos pelos princípios constitucionais: vínculos negativos, como os gerados pelo direito às liberdades que não pode ser violado; vínculos positivos, como os gerados pelos direitos sociais, que devem ser satisfeitos<sup>4</sup>. E ainda, o poder político tem a obrigação de sua autoridade normativa fundir-se com o Direito. Entretanto, essa reconstrução revela também que o Direito só mantém força legitimadora enquanto puder funcionar como uma fonte da justiça. E precisa continuar presente enquanto tal; ao passo que o poder político tem à mão,

3 *La democracia es, pues, nuestro destino. Solo en ella se reconoce hoy la legitimidad del poder político.* (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Democracia y el Lugar de la Ley**. P. 92 e 79. Disponível em: < [http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/1/garcia\\_de\\_enterria\\_eduardo.pdf](http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/1/garcia_de_enterria_eduardo.pdf)>. Acessado em: 03-06-2013.)

4 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica** - Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 158.

Varsóvia - Polónia. Membro do grupo de pesquisa do Mestrado em Direito da UNOESC, Chapecó – Brasil. Advogado. [vinicius.mozetic@unoesc.edu.br](mailto:vinicius.mozetic@unoesc.edu.br)

\*\* Doutorando e Mestre em Direito Público com ênfase em Direito Processual Civil pela UNISINOS, com Bolsa CAPES – CNPq. Pós-Graduando na Especialização em Direito Processual Civil e Trabalhista pela Associação dos Magistrados Trabalhistas da 12 Região (AMATRA12). Graduação em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). [Direito;pjtrindades@hotmail.com](mailto:Direito;pjtrindades@hotmail.com)

como fonte de força, meios coercitivos da caserna<sup>5</sup>.

**Palavras-chave:** Procedimentalismo. Substancialismo. Politização Judicial.

**Abstract:** In this axis the law has major influence on policy in this respect the Law is no longer subordinate to politics as if it were the instrument, but it is politics that becomes the law acting instrument subordinated to bonds and her taxes the constitutional principles: Negative bonds, such as those generated by the right to freedom cannot be infringed; positive links, such as those generated by the social rights that must be met. And yet, the political power has an obligation to its regulatory authority to merge with the law. However, this reconstruction also reveals that the law only keeps legitimating force as can function as a source of justice. And this must continue as such; while political power is at hand, as a source of strength, coercive means the barracks.

**Keywords:** Proceduralism. Substantialism. Judicial politicization.

---

5 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre factividade e validade. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 184.

## INTRODUÇÃO

O eixo procedimentalista defende a invasão do direito no campo político, pois o Direito válido somente pode ser produzido/criado pelo Poder Legislativo. O Direito só é legítimo se passar por um processo político pelo crivo deste poder que segue os fundamentos rígidos de um Estado Liberal de Direito racionalizador<sup>6</sup> sobreposto ao Estado Social de Direito<sup>7</sup> que se volta à produção jurídica que apresenta como centro gravitacional o “governo das leis” construída na ideia de democracia representativa.

A democracia representativa na atualidade não cumpre com as suas promessas para com a sociedade, que se engrena ao sistema do Estado por meio da política, que assim produz Direito<sup>8</sup>. A ideia de Estado

6 *Es trivial decir que el derecho procedimentalmente orientado ha existido durante siglos o que el procedimiento es el corazón del derecho como tal. Sin embargo, no es trivial el intento por especificar qué clases de procedimiento desarrollará el derecho si desea ser capaz de tratar con un alto nivel de autonomía social o, en nuestros términos, con la clausura autorreferencial. Es igualmente trivial decir que el derecho siempre ha sido dependiente de las estructuras sociales con las que tiene que tratar. Pero no es trivial identificar los modelos internos de la realidad social y las formas de ‘regulación’ que el derecho desarrollará para tratar con los sistemas sociales que son, en principio, inaccesibles a la regulación. Es por todo ello que debo insistir en la tesis de que lo que tenemos no son diferentes ‘racionalidades del derecho’ en juego, sino el interrogante sobre qué tipo de racionalidad desarrollará el derecho bajo condiciones de alta diferenciación funcional.* (BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. **La fuerza del derecho**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar. 2000. P. 50.)

7 A teoria parte, implicitamente, do pressuposto de que a etapa do Welfare State foi realizada e, com isso, pressupõe sociedades com alto grau de emancipação social e autonomia dos indivíduos. (STRECK, Lenio Luis. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 156.)

8 *Derrocar una dictadura e instaurar luego una democracia no es suficiente. La democracia es un sistema frágil que una crisis grave puede derribar y que necesita un largo arraigo histórico para consolidarse. En las crisis de las democracias se cuecen las dictaduras, pero, afortunadamente, en las crisis de las dictaduras se cuecen las democracias, como se ha visto en numerosos países de América Latina. No evocaré aquí las dificultades para que la democracia se arraigue definitivamente en el mundo. Me limitaré a observar que la vía democratizadora es necesariamente larga y aleatoria. La democracia necesita un parlamento representativo salido de unas elecciones, la separación de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, pero necesita también una pluralidad de concepciones y opiniones antagonistas en la arena política, libertad de prensa, de medios y de opinión, respeto a los derechos individuales, protección de las minorías ideológicas o de origen. La democracia parlamentaria, por muy necesaria que sea, es insuficiente. Incluso está en vías de desvitalizarse allí donde el pensamiento político pierde vigor; hay un gran desinterés ciudadano y una considerable incapacidad para afrontar los grandes desafíos de la era planetaria. Habría que concebir y proponer las diferentes modalidades de democracia participativa,*

de Direito, encontra-se incompleta sem a real participação dos cidadãos, o qual somente o paradigma procedimental do Direito lhe pode assegurar as condições necessárias para que as comunidades jurídicas, mediante práticas de autodeterminação que concretizem a Constituição, de forma associar direito legítimo e democracia não apenas no nível político deliberativo de produção de normas, mas também na interpretação dialógica do Direito.

Com os sistemas nascidos no final do século XX, diante das democracias de massas dos Estados de Direito Sociais, que demonstram influência valorativa sobre o procedimentalismo do direito, o qual os direitos sociais deste modelo de Estado (*Welfare-state*), que visa compensar as desigualdades materiais, também materializa o direito vigente, criando novos direitos de frente às condições sociais, nas quais são implementadas as ações governamentais, e voltadas para com a efetivação dos direitos sociais.<sup>9</sup>

---

*sobre todo a escala local. Sería útil despertar a los ciudadanos y fomentar su interés, necesario para la regeneración del pensamiento político, que, a su vez, regeneraría las vocaciones militantes para hacerse cargo de los grandes problemas. También sería útil multiplicar el número de universidades populares, que ofrecerían a los ciudadanos una iniciación al pensamiento complejo con el que podrían abarcar los problemas fundamentales y globales impartiendo, por una parte, un conocimiento no mutilado y, por otra, una iniciación a las ciencias históricas, políticas, sociológicas, económicas y ecológicas. (...) La democracia participativa permitiría discutir, a nivel local, problemas de interés nacional e incluso planetario. (...) La instauración y la revitalización de la democracia participativa corresponden al imperativo de la política de la humanidad ya indicado: globalizar y desglobalizar, es decir, localizar y relocalizar, entendiendo que los problemas planetarios deben formar parte de la reflexión y de! debate a nivel local. (MORIN, Edgar. **La Vía**. Para el futuro de la humanidad. 1ª Ed. Barcelona: Paidós, 2011. P. 63-64.)*

9 Fazer com que a efetividade dos direitos sociais seja subsumida ao campo do direito, por fora, portanto, do terreno livre da sociedade civil, conduziria a uma cidadania passiva de clientes, em nada propícia a uma cultura cívica e às instituições da democracia, na chave negativa com que Toqueville registrou a possibilidade de que a igualdade pudesse trazer perda à dimensão da liberdade. A igualdade somente daria bons frutos quando acompanhada por uma cidadania ativa, cujas práticas levassem ao contínuo aperfeiçoamento dos procedimentos democráticos, pelos quais o direito deveria zelar, abrindo a todos a possibilidade de intervenção no processo de formação majoritária. (...) Desse eixo viria a compreensão de que a invasão da política pelo direito, mesmo que reclamada em nome da igualdade, levariam à perda da liberdade, “ao gozo passivo de direitos”, “à privatização da cidadania”, ao paternalismo estatal, na caracterização de Habermas, e, na de Garapon, a “à clericalização da burocracia”, “a uma justiça de salvação”, com a redução dos cidadãos ao estatuto de indivíduos-clientes de um Estado Providencial. (VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan 1997. P. 23.)

## 1 O DIREITO E A INVASÃO NO CAMPO POLÍTICO

Em tal modelo de Estado, afirmam-se os direitos políticos de participação dão aos cidadãos a possibilidade de através das eleições e da composição do parlamento e do governo, de fazer valer seus interesses privados que devem ser agregados e cotejados com interesses dos outros cidadãos que devem defender seus interesses através do sufrágio universal, diante dos nos processos eleitorais, sendo estas liberdades positivas que passam a permitir que os cidadãos, através desta prática política democrática, se convertam em atores políticos responsáveis de uma comunidade de pessoas livres e iguais, tudo isso para que possa entender-se acerca de fins e normas que correspondam aos interesses de todos os integrantes de uma comunidade. Complemente-se que os direitos políticos devem ser fundados em um *status* em que deixem os cidadãos em um patamar pelo qual todos devem ser considerados iguais e livres, pois este *status* é auto referencial na medida em que possibilita aos civis modificar sua posição material com relação ao direito, com o objetivo da interpretação e da configuração da autonomia pública e privada<sup>10</sup>.

Assim, o Direito é mantido, no fundo pela política, já a política é responsável pelos problemas que atingem a sociedade em um todo, incluindo problemas de integração, porque deve decidir todas as questões, tanto individuais, quanto coletivas, por intermediação do Direito<sup>11</sup>.

10 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre factividade e validade. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 160.

11 De outro lado, e devido ao nexó interno que mantém com o direito, a política é responsável por problemas que atingem a sociedade como um todo. [...] além disso, as decisões que envolvem a coletividade têm que ser vistas como a concretização de direitos, pois, através do médium do direito, as estruturas de reconhecimento, embutidas no agir regulado pelo entendimento, passam do nível de interações simples para o das relações abstratas e anônimas entre estranhos. Ao perseguir fins coletivos especiais, e ao regular determinados conflitos, a política ganha simultaneamente problemas gerais de integração. E por estar constituída conforme o direito, a política, especificada funcionalmente em seu conjunto, ou seja,

No que se refere a racionalização pela procedimentalização do Direito orientando o olhar do legislador para as condições de mobilização do direito<sup>12</sup>, que pelo procedimento,

Cambia, pero las reglas del fondo del derecho, creadas por el mismo procedimiento o calculadas por él duran todavía algún tiempo en virtud de la fuerza de la tradición; así vemos las cumbre de las altas montañas doradas por la luz, tiempo después que el astro del día se oculta bajo el horizonte. Quien ignora ese estado particular de las cosas fácilmente incurrirá en error por tales fenómenos, y en vano tratará de buscar el origen de luz<sup>13</sup>.

Assim o Poder Legislativo passa a representar a democracia, vinculada estritamente à soberania do povo, devendo desta forma institucionalizar o direito legítimo de acordo com os anseios populares.

Em síntese, o Direito passa a invadir o campo político através de preceitos de igualdade, liberdade e justiça, porquanto a relação política e de Direito, há de se ressaltar que a política se transforma em instrumento de atuação do Direito, se subordinando a esse, e formando, dessa forma, uma sociedade de parceiros do Direito: livres e iguais<sup>14</sup>

---

ela continua num nível reflexivo uma integração social que outros sistemas de ação não conseguem mais desempenhar suficientemente. (HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre factividade e validade. Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 119-120.)

12 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre factividade e validade. Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 181.

13 IHERING, R. Von. *El Espiritu del Derecho Romano*. En *Diversas Fases de su Desarrollo*. Tomo Cuarto. Madrid: Librería Editorial, 1904. P. 19.

14 *A menudo se trata, en realidad, de un fenómeno de resistencia colaboracionista: nuestra sociedad civil resiste colaborando con el sistema que perpetúa sus males, y con ello logra atenuar algunos de ellos. También es, en ocasiones, un fenómeno de resistencia regeneradora: lleva consigo la promesa de una reforma o, incluso, de una metamorfosis de civilización. Pero esa resistencia todavía está demasiado dispersa y no ha madurado lo suficiente. Aún es difícil discernir el umbral, sin duda fluctuante, entre lo que haría predominar la resistencia sobre la colaboración o la colaboración sobre la resistencia. Una política de civilización tendría como misión fomentar y conectar todas esas resistencias para dar una imagen de lo que podría ser una reforma de nuestras vidas.* (MORIN, Edgar. **La Vía**. Para el futuro de la humanidad. 1ª Ed. Barcelona: Paidós, 2011. 59-60.)

capazes de traçar um procedimento de fundo consensual, baseado em condições ideais de discurso, em que a ação comunicativa dos cidadãos, assim estabelecida, garanta a respeitabilidade dos direitos fundamentais já pela ação legislativa, sem necessariamente a intervenção do Judiciário<sup>15</sup>.

Através de um processo político, emerge a ora legitimação do Direito, tornando assim uma ordem jurídica legítima, assegurando desta forma, a autonomia privada dos cidadãos, formadores da sociedade democrática, pois, como salienta Habermas, essa é a chave central do procedimentalismo como:

[...] a produção de direito legítimo e através das quais se reproduz, voltam-se para as estruturas abstratas de reconhecimento mútuo, as quais formam uma espécie de pele que cobre, através do direito legítimo, a sociedade geral. Uma ordem jurídica é legítima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, pois ambas são co-originárias; ao mesmo tempo, porém, ela deve sua legitimidade e formas de comunicação nas quais essa autonomia pode manifestar-se e comprovar-se. A chave da visão procedimental do direito consiste nisso.<sup>16</sup>

Essas práticas<sup>17</sup> perenizam-se por intermédio de um poder

15 GÓES, Ricardo Tinoco de. **Jurisdição Democrática**: uma visão Procedimentalista para a Tutela Substancial dos Direitos. Revista Direito e Liberdade - ESMARN - v. 13, n. 2, p. 291 – 312 – jul/dez 2011. P. 307.

16 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre factividade e validade. Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 146-147.

17 No paradigma procedimentalista, portanto, a relação estratégica se manifesta na formação da opinião e da vontade, supondo, então, uma rede de articulação entre a democracia deliberativa e a representativa. Por democracia deliberativa não se deve entender, segundo Habermas, um campo alternativo de constituição de poder, ou um círculo alternativo, como Garapon, de criação de um direito pluralista, mas um lugar de influência, de onde, a partir das associações voluntárias e das redes de organização espontânea delas originárias, se produzem e se disseminam convicções práticas. Tais convicções práticas, expressão da soberania do povo “diluída comunicativamente”, a fim de “assumir uma forma autorizada”, teriam de passar pelo filtro dos processos institucionalizados da formação democrática da opinião e da vontade, e, somente a partir de então, gerariam poder político. O poder comunicativo exerceria um assédio permanente sobre o sistema político, sem ter, entretanto, a pretensão de vir conquistá-lo. (VIANNA, Luiz Werneck;



constituente duradouro e contínuo que se estabiliza pelo processo democrático de legislação legítima, tem reflexos profundos na perspectiva que justifica o Direito ser uma forma de dominação legítima relacionado especialmente com a sociedade por meio de um contrato social formador-conformador do ordenamento jurídico, o qual a política apoia-se por meios coercitivos e pela pretensão de uma validade deontológica. Observa-se a inversão de lados, no qual o Direito independentemente de sua positividade revela-se naturalmente pela deontologia do poder, independentemente de sua autorização, a qual se encontra a disposição da vontade política como um meio de obtenção de objetivos coletivos<sup>18</sup>. Diante deste paradigma, que se encontra a corrente procedimentalista, este se manifesta pela vontade do povo, calcado em um Estado Liberal de Direito, o qual nenhuma das Esferas Públicas pode intervir diante da outra, ou seja, cada poder do Estado deve agir em conformidade com suas atribuições. Importante se falar aqui, que o Poder Judiciário, para com essa teoria, é considerado como mero fiscalizador da lei, tendo de aplicá-la<sup>19</sup>, e não poderá criá-la de forma alguma, pois se isto o fizer, estará em desconformidade com o procedimentalismo<sup>20</sup>.

---

CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan 1997. P. 27)

18 Na validade jurídica e na obrigatoriedade coletiva das decisões políticas, há dois momentos que se ligam, ou seja, a coerção e a pretensão à validade deontológica, havendo, porém, uma inversão dos lados. Enquanto o direito, independentemente de sua positividade, revela naturalmente uma pretensão natural à validade deontológica, o poder, independentemente de sua autorização, está à disposição de uma vontade política como meio para a obtenção de objetivos coletivos. É por isso que, se o considerarmos apenas empiricamente, o poder funciona quase sempre como uma simples forma de qual o poder político se serve. (HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre factividade e validade. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 174.)

19 Esta consequência se expressa juridicamente através da exigência da igualdade de tratamento, a qual inclui a igualdade de aplicação do direito, isto é, a igualdade também ao princípio amplo da igualdade do conteúdo do direito, segundo a qual aquilo que é igual sob aspectos relevantes deve ser tratado de modo igual e aquilo que não é igual deve ser tratado de modo não-igual. No entanto, é necessário fundamentar aquilo que pode ser tido como aspecto relevante. (HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre factividade e validade. Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 153.)

20 *Son estos procedimientos racionalmente estructurados los que permiten a los individuos distinguir qué normas de las surgidas en el mundo de la vida son correctas. La función de estos procedimientos es la*

O que acima se mencionou apresenta-se como outro fator relevante é que o quadro procedimentalista, não esgota o Direito pura e simplesmente em normas de conduta, que não garantem apenas a autonomia pública e privada dos cidadãos, pois servem também como normas de organização e orientação do poder Estatal<sup>21</sup>, isso faz com que se instrumentalize o sistema jurídico<sup>22</sup>.

## 2 O JUIZ TRIBUNAL E SUAS PREMISAS

Compreende-se que o juiz-tribunal que aderir o procedimentalismo deve seguir algumas premissas, sendo elas:

i) una de sus principales obligaciones es la de respetar debidamente la voluntad democrática del pueblo; ii) la “sede” o “locus” de la voluntad del pueblo reside fuera de la Constitución, en el “aquí y ahora”; y iii) dado que el pueblo, “aquí y ahora” no toma medidas activas para la aplicación de los derechos sociales, los jueces deben respetar esa decisión soberana, en vez

---

*de actualizar el concepto de voluntad racional, esto es, el de actualizar lo que todos bajo determinadas condiciones podrían querer, y que por su propia condición de voluntad racional asume el carácter de universal y no particular o sustancial como asume el sustancialismo. Para el procedimentalismo los contenidos concretos exceden el campo de la ética, los contenidos concretos corresponden a los mundos de la vida. (ZAMORA, Jaqueline Jongitud. **Teorías éticas contemporáneas**. Disponível em: <<http://www.seminariodefilosofiadelderecho.com/procedimentalismo>>. Acesso em: 05-08-2013.)*

21 *Dos hechos caracterizan la preponderancia del procedimiento en el periodo de la infancia del derecho, primeramente la precocidad relativa y la energía de su perfeccionamiento, que se manifiestan bajo la relación formal en riqueza y variedad de formas del procedimiento; y luego, desde el punto de vista material, en el rigor de la aplicación de sus principios. Desde ambos aspectos se puede decir que el procedimiento antiguo tiene más ruda, los nervios eran menos sensibles para cierta asperezas del procedimiento (hablará de los inconvenientes inevitables que arriba he indicado). De todos modos, las imposiciones son cada vez menos rudas, y como toda máquina, la del procedimiento también perfecciona. El fondo del derecho, en segundo término, viene a patentizar la preponderancia del procedimiento, da un giro propio á todas las disposiciones que al mismo se refieren. Nula hoy, era entonces esa influencia muy poderosa; los rayos que iluminaban entonces el procedimiento reflejaban su luz en las sombra á las demás instituciones. (IHERING, R. Von. **El Espíritu del Derecho Romano**. En *Diversas Fases de su Desarrollo*. Tomo Cuarto. Madrid: Librería Editorial, 1904. P. 18-19.)*

22 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre factividade e validade. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P.183.

de imponer sus propias opiniones contra lo decidido por el pueblo<sup>23</sup>.

O paradigma impõe que o juiz deve ser racional, não superando a velha premissa de que somente deve ser o aplicador mecânico das leis (devendo ser o detentor máximo racionalidade subsuntiva) em que aprisiona a realidade fática na Lei<sup>24</sup>. Notadamente o paradigma procedimentalista funda-se na tripartição clássica dos poderes (separação rígida dos poderes) estabelecida conjuntamente com o Estado Moderno, a criação das Constituições, e o rigorismo pela observância do princípio da legalidade que põe como centro de criação de normas o Poder Legislativo que se articula ideologicamente na democracia deliberativa/representativa. A separação dos poderes visa se submeter à administração das instâncias de representação popular, legitimado este pelo Poder Legislativo, atribuindo-se ao Poder Judiciário por meio da jurisdição

23 GARGARELLA, Roberto. **Democracia deliberativa y el papel de los jueces frente a los derechos sociales**. Disponível em: < <http://new.pensamientopenal.com.ar/01102010/derechoshumanos02.pdf>>. Acessado em: 06-09-2012.)

24 *Esta corriente emparentada con el neutralismo -ya superado- del procedimentalismo francés, es denominada así por asemejarse a lo que se interpreta, en general, por minimalismo; línea de pensamiento – especialmente fuerte en Pintura, Arquitectura y Decoración- que pregona la necesidad de construir realidades reducidas a lo esencial y desprovistas de elementos sobrantes. Su divisa de fe –cuyo autor fuera Mies Van Der Rohees “Menos es más”. Ella también podría caracterizar adecuadamente al minimalismo procesal que proclama la conveniencia de reducir al mínimo el quehacer judicial; limitándolo prácticamente a la función de declarar el Derecho en oportunidad de emitir la sentencia de mérito y a procurar que durante la tramitación del proceso las partes y sus letrados observen formalmente las conductas programadas por el legislador, sin modificar ni incorporar nada de su cosecha. Cappelletti, denostó, sin tapujos, dicha toma de posición, expresando que “Son demasiado conocidos, por otra parte, también los arbitrios, los abusos y las flagrantes injusticias que por siglos se han ido cometiendo en nombre de una absoluta neutralidad y apartamiento del juez, y de una igualdad puramente formal. La teoría de la prueba legal fue un antiguo ejemplo de ello. La teoría deportiva del derecho procesal, es un ejemplo moderno de lo mismo... Es conocida la incisiva denuncia de Roscoe Pound respecto del procedimiento civil americano al que le imputa haber degenerado en una teoría deportiva de la justicia, en la que el juez desempeña el papel de un mero árbitro, que asegura que se observen las reglas del juego”. La vuelta al pasado que involucra el minimalismo procesal en lo tocante a la función judicial, implica un retorno del juez –fantoche que ya era objeto de escarnio a comienzos del siglo XX. Dicha manifestación de un liberalismo procesal exacerbado, determina que los jueces deban ser “fugitivos de la realidad” por obligarlos a cerrar los ojos ante la comprobación de que, fatalmente, su pasividad redundará en un pronunciamiento que no distribuirá el pan de la Justicia. (PEYRANO, Jorge W. **Acerca de los “Ismos” en Materia Procesal Civil**. Disponível em: <<http://elateneo.org/documents/trabajosBajar/ISMO.pdf>>. Acessado em: 04-06-2013.)*

constitucional o dever de defender e dar condições para que possibilite um processo legislativo democrático em que a formação da vontade produzida de forma livre e inclusiva, assegurando a formação à criação de uma ordem jurídica legítima<sup>25</sup>.

Ao estabelecer suas políticas, o legislador interpreta e estrutura direitos, ao passo que a justiça só pode mobilizar as razões que lhe são dadas, segundo o “direito e a lei”, a fim de chegar a decisões coerentes num caso concreto. Isso vale também, como vimos, para as interpretações construtivas de um tribunal constitucional, cujo papel é alvo de restrições por parte de uma compreensão procedimentalista do direito. O paradigma procedimentalista do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático. Elas adquirem um estatuto que permite analisar, numa outra luz, os diferentes tipos de conflito.<sup>26</sup>

A política na perspectiva levantada pelos procedimentalistas constitui-se como um processo de argumentação racional, e não somente de poder, direcionado para um acordo, acerca de uma forma boa e justa, ou ao menos aceitável de ordenar os aspectos da vida que se referem às relações sociais e à natureza social das pessoas, a qual o Poder Judiciário só pode ser mobilizado por razões que lhes são trazidas segundo a relação do “Direito com a Lei” restringido assim sua atividade pela legalidade imposta ao funcionamento do ordenamento jurídico.

---

25 [...] as “virtudes passivas” do processo jurisdicional - exibem, certamente, natureza formal ou procedimental-estrutural. Determinam, assim, não os conteúdos ou substância, em relação aos quais não se pode certamente falar de “passividade” do juiz, mas o modo como de se desenvolver a função jurisdicional – ou se se preferir, os contornos essenciais, a estrutura do modo. Mas essa natureza formal-procedimental do modo nenhum diminui-lhe a importância. (CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. P. 79.)

26 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre factividade e validade. Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 183.

Para que esse processo democrático se concretize é necessário que se engendre algumas variantes, para que se de legitimidade ao legislador para com a criação do direito, o qual deve oferecer: a) a inclusão de todas as pessoas envolvidas; b) chances reais de participação no processo político, repartidas equitativamente; c) igual direito a voto nas decisões; d) o mesmo direito para a escolha dos temas e para o controle da agenda; e) uma situação na qual todos os participantes, tendo a mão informações suficientes e bons argumentos, possam formar uma compreensão articulada acerca das matérias a serem reguladas e dos interesses controversos<sup>27</sup>.

Portanto, isso se transforma em um filtro do processo institucionalizado da formação democrática da opinião da vontade, adentrando-se em uma legislação legítima que possa criar o Direito. Nesta senda, o detentor das decisões políticas é o Poder Legislativo, que representa a soberania popular, desta forma, está se regredindo ao modelo de Estado Liberal de Direito, que era um “governo das leis” positivadas<sup>28</sup>. Saliente-se que tais decisões devem envolver a coletividade, tendo em vista a concretização de direitos que expressam. Por meio da política, busca-se atingir aos fins sociais e coletivos e, assim, a política então tem agregado problemas gerais que se referem à interferência da crescente incursão do Direito em seu meio. Ocorre que, há um sistema de direitos, que só pode ser estabelecido e imposto (concretizado) por meio de organismos que tomam decisões, as quais passam a ser obrigatórias

---

27 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre factividade e validade. Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pág. 42 e segs.

28 Nas demais situações – isto é, quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos –, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor-lhes sua própria valoração política. (BARROSO, Luís Roberto. **Jurisdição Constitucional**: A Tênu Fronteira Entre o Direito e a Política. Disponível em: <[www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf)>. Acessado em: 03-09-2013. P. 14.)

diante da coletividade, formando, assim, um nexó interno com o Poder Político<sup>29</sup>.

En el marco de un derecho procedimentalista tiene su auge el gobierno burocrático embargado en la figura del Estado moderno, cuya legitimidad despersonalizada se reduce inexorablemente a una pura legalidad: las democracias modernas prescindien del carisma de la legitimidad, su legitimidad está en el apoyo de la fuerza expresada por un consentimiento de los individuos que forman la comunidad política. La sociedad democrática no consiste en familia, y su gobierno, en consecuencia no se funda en la legitimidad. Efectivamente si bien pretende hallar una legitimidad, se trata de la convencional procedente de las que carecen de fuerza legitimante. Lealtad y legitimidad sólo se pueden referir a persona. Asimismo, la política estatal cuenta con la religión secularizada de los valores democráticos, proclamada multidinariamente por los diversos actores sociales. Así, el modo de justificar convicciones morales pasa por su capacidad para conformarse a los valores democráticos y servir a sus normas. Se ve con claridad que esta reducción de lo bueno a lo democrático va unida a la reducción de autoridad a potestad y de potestad a poder democrático: vox populi, vox Dei.<sup>30</sup>

Por esta razão é que a política deliberativa não pode ficar na dependência de uma comunidade de cidadãos que compartilhem valores

29 Na ótica de sua função estabilizadora de expectativas, o direito apresenta-se como um sistema de direitos. Os direitos subjetivos só podem ser estatuidos e impostos através de organismos que tomam decisões que passam a ser obrigatórias para a coletividade. E, vice-versa, tais decisões devem a sua obrigatoriedade coletiva à forma jurídica da qual se revestem. Esse nexó interno do direito com o poder político reflete-se nas implicações objetivas e jurídicas do direito subjetivo. (HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre factividade e validade. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 170.)

30 VANNEY, María Alejandra. **Libertad y Estado**. La Filosofía Jurídico-Política de Álvaro d'Ors. Primera Edición. Pamplona: Editorial Arzandi S.A., 2009. P. 121.

éticos comuns e que não sejam capazes de ação política, pois devem os cidadãos se mobilizar para com a criação de direito, através do legislador democrático, fazendo surgir desta feita, uma legislação que faça com que a população lembre-se de que não é apenas cliente da administração e da jurisprudência, uma vez que representa um papel de autora e de público de cidadãos<sup>31</sup>. Desta forma, o Direito constitui-se pelo Poder Político, o qual a ideia idealizada de Direito frente ao Estado exige como contrapartida uma organização do Poder Público, que obriga o Poder Político, conforme o Direito estabelecido pelo Poder Legislativo instituído<sup>32</sup>.

Isso vem a impregnar uma visão amplamente positivistas (independendo do adjetivo que venha a receber) que é introjetada pelo procedimentalismo): diz-se que devido a suas características formais, surge diante da contemporaneidade como sendo o resultado de um processo de aprendizagem social, pode ser tomado como meio adequado para a estabilização de expectativas de comportamento, e parece não haver, nas sociedades complexas, um equivalente para ele<sup>33</sup>.

A democracia representativa incide através de uma cidadania participativa<sup>34</sup>, ou seja, do povo, que é soberano do Estado, que este detém o exercício da autonomia do processo político, por via da

31 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre factividade e validade. Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 131.

32 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre factividade e validade. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 211.

33 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre factividade e validade. Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 322.

34 *Deberse fundarse una política de la humanidad y la de civilización también tienen la misión de luchar contra los prejuicios racistas, religiosos, xenófobos, que son un obstáculo para las tendencias naturales, creadoras de simbiosis y de mestizajes, sin dejar por ello de fomentar y proteger las fuentes culturales amenazadas por un imperialismo económico (como sucede en Francia y en otros países que ayudan a su cine de calidad). También en este campo hay que globalizar y a la vez desglobalizar y, así, proteger y difundir internacionalmente lo nacional, lo regional y lo local. Desde un punto de vista más fundamental, deben tenerse en cuenta las nuevas diversidades que se están gestando o formando en el devenir mestizo de la humanidad. Más que nunca, la vía mestiza debe forjar y fomentar el vínculo fundamental entre la unidad y la diversidad humanas. Dicha vía debería elaborar un humanismo planetario e incorporar lo mejor de las culturas arcaicas, lo mejor de las culturas tradicionales y lo mejor de la modernidad occidental.* (MORIN, Edgar. **La Vía**. Para el futuro de la humanidad. 1ª Ed. Barcelona: Paidós, 2011. P. 52.)

representatividade democrática, por uma casa deliberativa de normas, que vem a criar legitimamente o Direito<sup>35</sup>. Integra a sociedade global, colocando a formação institucionalizada da opinião da vontade popular por meio da esfera Pública. Resumindo: é construído especificamente através da conformação de três aspectos básicos, quais sejam: a cidadania o direito e o processo político.

Portanto, o espaço público é visto democraticamente, como uma criação de procedimentos através dos quais todos os afetados por normas sociais gerais e por decisões políticas coletivas possam ter voz ativa diante da formulação, estipulação e aplicação; construindo, assim, a estrutura comunicacional do agir orientado para com o entendimento<sup>36</sup>; desempenha a ação de delinear o Estado no interesse da sociedade, sendo que a política reflete-se na formação política de vontade dos cidadãos contra o aparelho Estatal<sup>37</sup>.

Ao Poder Judiciário cabe articular que este por meio de suas competências estatuídas legitimamente criam um ambiente concretizador do processo de normatização jurídica, realizando em sua aplicação legal da política deliberativa não se limitando pela formação de vontade

---

35 A sociedade de Direito, se constitui pela Lei, que se funda em Direito, por meio de votação de um Parlamento eleito devidamente pelo voto direto e este deve ter a guarda e a conformidade com a Constituição, diante destes fatores o Estado se instala pela sua capacidade de organização tanto de dentro como para fora de si, apresenta assim uma coexistência juridicamente organizada: a fim de constituir-se como comunidade de Direito, tal coletividade precisa dispor de uma instância central autorizada a agir em nome do todo. Isso atinge o aspecto da autoafirmação sob o qual o Estado instaura sua capacidade para a organização destinada a manter, tanto para fora, como para dentro, a identidade da convivência juridicamente organizada. (HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre factividade e validade. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 170.)

36 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre factividade e validade. Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 92.

37 [...] o processo democrático desempenha a tarefa de programar o Estado no interesse da sociedade, sendo que o Estado é apresentado como aparelho da administração pública, e a sociedade como sistema de seu trabalho social e do intercâmbio das pessoas privadas, estruturado conforme a economia de mercado. E, nisso tudo, a política (no sentido de formação política da vontade dos cidadãos) tem a função de enfeixar e impor interesses sociais privados contra um aparelho do Estado que se especializa no uso administrativo do poder político para fins coletivos. (HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre factividade e validade. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 332.)



institucionalizada das comissões parlamentares, a atividade jurisdicional estendendo-se esta, para com a esfera política que passará a desenvolver programas de decisões políticas firmadas no direito procedimental. Ao Poder Judiciário cabe tão somente a função de zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para a formação da opinião e da vontade política, a partir da própria cidadania imposta pelo paradigma procedimental<sup>38</sup>. Cabe articular que o Poder Judiciário por meio de sua competência estatuída legitimamente criar um ambiente concretizador do processo de normatização jurídica, realizando em sua aplicação legal da política deliberativa não se limitando pela formação de vontade institucionalizada das comissões parlamentares, a atividade jurisdicional estendendo-se esta, para com a esfera política que passará a desenvolver programas de decisões políticas firmadas pelo direito procedimental.

Diz-se que o Poder Judiciário por meio de suas supremas cortes limita-se como sendo apenas mero instrumento de defesa do procedimento democrático, segundo a lógica permeada pela tripartição de poderes, e menciona que: tal consideração não esclarece se o recurso inevitável a tais normas de fundo não abre ao tribunal constitucional a porta para uma criação do direito inspirada politicamente, a qual, segundo a lógica da divisão de poderes, deveria ser reservada ao legislador democrático<sup>39</sup>.

Os julgadores, conforme exposto acima, devem preservar o processo democrático para que este se concretize pelas próprias aspirações e valores da sociedade democrática. Nesta perspectiva, o tribunal constitucional precisa utilizar os meios disponíveis no âmbito de sua competência para que o processo da normatização jurídica se realize

---

38 STRECK, Lenio Luis. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 83.

39 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre factividade e validade. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 314.

sob condições da política deliberativa, que fundam legitimidade, ou seja,

Uma prática de autodeterminação deliberativa só pode desenvolver-se no jogo entre formação política da vontade de corporações parlamentares, programada para decisões e institucionalizada conforme o direito procedimental, e a formação política da opinião nos círculos formais da comunicação política. Impulsos relevantes, temas e contribuições, problemas e propostas, originam-se mais nas margens do que da medida estabelecida do que de opiniões.<sup>40</sup>

## CONCLUSÃO

Cresce a responsabilidade do Poder Judiciário diante dos anseios das sociedades democráticas, pois a ele cabe resolver os problemas destas, quando ocorrem conflitos é ele que é chamado a resolvê-los e não o Poder Legislativo, superando assim as antigas fronteiras da arena pública, diante do fato da formação de vontade majoritária, seguindo com a solução para este problema que abordará o substancialismo:

Em torno do Poder Judiciário vem-se criando, então, uma nova arena pública, externa ao circuito clássico “sociedade civil – partido – representação – formação de vontade majoritária”, consistindo em angulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular. Nessa nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos casos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, grupos sociais e até de partidos -, em um tipo de comunicação em que prevalece a lógica dos princípios, do direito material, deixando-se para trás as antigas fronteiras que separam o tempo

---

40 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre factividade e validade. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 340.

passado, de onde a lei geral e abstrata hauria seu fundamento, do tempo futuro, aberto à infiltração do imaginário, do ético e do justo.<sup>41</sup>

O Poder Judiciário pelo contexto democrático passa a deter um amplo poder interpretativo, possuindo este alto grau de poder discricionário, estas decisões que ultrapassam a Legalidade não podem atingir políticas públicas, devem elas preservar a autonomia pública e dos cidadãos. Portanto as decisões tidas como discricionárias (ultrapassam os limites das leis criadas pelos parlamentos) não são admitidas pela corrente procedimentalista do Direito, pois as decisões devem ser conformadoras da lei legitimamente instituída, que estabelece padrões de conduta obrigatórios e legítimos que se validam pela criação legal de direito legislado que respeita a democracia participativa. Tais decisões devem atentar-se aos critérios de segurança do direito e aceitabilidade racional, sendo assim por meio de leis calcadas no Direito<sup>42</sup>.

Veja, o Poder Judiciário não pode arrogar-se do papel de crítico

41 VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan 1997. P. 22-23.

42 O tema é de gritante atualidade e a sua problemática cada vez mais crítica, na exata medida em que, por força da crescente transumância e da globalização das relações humanas, avolumam-se os conflitos inter-culturais – de que são exemplos significativos as controvérsias do Crucifixo e do Véu Islâmico, com que se defrontou o Tribunal Constitucional da Alemanha, e o particularmente dramático caso da Excisão, submetido ao Tribunal Criminal de Paris –, a desafiarem a capacidade do Estado Democrático de Direito, em especial dos órgãos da sua jurisdição constitucional, para administrar essas diferenças sem que, por excesso de zelo com as minorias, acabe por fragmentar a própria sociedade, como adverte Habermas, para quem a coexistência, com igualdade de direitos, de diferentes formas de vida não pode levar a uma segmentação social, antes exige a integração dos cidadãos do Estado e o reconhecimento recíproco de suas pertencas a grupos sub-culturais, no quadro de uma cultura política que há de ser compartilhada, até porque nesses contextos de expansão do pluralismo ético e cultural, é muito provável que o exercício da autoridade seja percebido como a imposição de normas e/ou valores não compartilhados. Diante desse panorama desafiador, no qual o Estado de Direito se autocompreende e se afirmar democrático, pluralista e comprometido com a causa dos direitos humanos, mostram-se particularmente embaraçosas, se não mesmo insolúveis, questões como as formuladas a seguir – todas suscitadas a propósito de casos concretos submetidos à jurisdição constitucional –, pela simples razão de que não dispomos de nenhum critério de verdade para respondê-las adequadamente, formulando regras de decisão aptas a realizar a justiça em sentido material, que outra coisa não é senão dar a cada um o que é seu. (COELHO, Inocêncio Mártires. **Ativismo judicial: o caso brasileiro**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-o-caso-brasileiro>>. Acessado em: 09-30-2013.)

da ideologia, ele está exposto à mesma suspeita de ideologia e não pode pretender nenhum lugar neutro fora do jogo político<sup>43</sup>. Relevante mencionar que o processo político fere a teoria procedimentalista quando atinge o processo democrático da estruturação política autônoma do sistema de direitos, criando a partir desse momento políticas que não obedecem mais às condições da gênese democrática do Direito, ocorrendo à perda, desta forma, dos critérios que permitiriam avaliá-las normativamente<sup>44</sup>. E, a partir da ocasião em que se vê a tensão entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário discute qual é o seu lugar da jurisdição constitucional<sup>45</sup> na estrutura de competências da ordem constitucional e sobre a legitimidade de suas decisões políticas<sup>46,47</sup>

43 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre factividade e validade. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 330.

44 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre factividade e validade. Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 171.

45 Em sua controvérsia com C. Schmitt, H. Kelsen se pronunciara pela institucionalização de um tribunal constitucional, lançando mão de argumentos políticos, compreensíveis para a época de então, e de argumentos da teoria do direito. Pouco importa o modo nos posicionamentos em relação da institucionalização adequada dessa interpretação da constituição, diz respeito diretamente à atividade do legislativo: a concretização do direito constitucional através de um controle judicial da constitucionalidade serve, em última instância, para a clareza do direito e para a manutenção de uma ordem jurídica coerente. (HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre factividade e validade. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 301-302.)

46 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre factividade e validade. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 249.

47 Para tanto, Habermas emprega sua teoria do discurso, decorrente de um agir comunicativo, legitimador da vontade coletiva, como marco referencial teórico para advogar um novo paradigma - procedimental-deliberativo - que situa no Legislativo a função central do Estado Democrático de Direito. O Judiciário, por sua vez, estaria restrito às funções garantidoras do devido processo legislativo de formação de vontade, de acordo com os procedimentos previamente positivados. Esse agir comunicativo, por seu turno, leva em conta o entendimento linguístico com instrumento de coordenação da ação, propiciando que as suposições contrafactuais dos atores, que orientam seu agir por pretensões de validade, ganhem relevância imediata para a construção e a preservação de ordens sociais, pois elas se mantêm no modo de reconhecimento de pretensões de validade normativa. Assim, o conceito nuclear de agir comunicativo explica como é possível surgir integração social através de energias aglutinantes de uma linguagem compartilhada intersubjetivamente. Neste cenário, Habermas entende que na vigência do Estado Democrático de Direito, os Tribunais Constitucionais necessitam abarcar uma postura de compreensão procedimental da Constituição. Assim, o Judiciário num todo, dever-se-ia abolir da visão autoritária que entende a Constituição como ordem concreta de valores, para concebê-la como mecanismo de condições processuais de matriz democrática das leis que garantem a legitimidade do Direito. Nessa percepção, o Poder Judiciário deveria apenas zelar pela garantia de que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução. (BODNAR, Zenildo; STAFFEN, Márcio Ricardo. **Juizados especiais e ativismo judicial à luz de Luis Alberto Warat**. Sequência (Florianópolis) no.64 Florianópolis jul. 2012.)

Conseqüentemente, no procedimentalismo, não há modo de corrigir escolhas políticas flagrantemente equivocadas, feitas pelo Poder Legislativo<sup>48</sup> e pelos cidadãos representados por tal órgão, gera assim uma política mal controlada que tende a cometer todos os abusos que seu poder lhe permite:

comprobación de identidad por el aspecto, arrestos arbitrarios, violencia dentro de las comisarías, falsos testimonios; los miembros de la policía implicados en la lucha contra la droga y el proxenetismo pueden dejarse corromper<sup>49</sup>.

Por fim, a teoria abordada encontra-se superada por muitos fatores, sendo que no geral, a amplo consenso quanto à configuração de um novo panorama mundial caracterizado pela incapacidade de o Executivo e do Legislativo fornecerem respostas efetivas à explosão das demandas sociais por justiça<sup>50, 51</sup>

A discussão sobre o Tribunal Constitucional – sobre seu ativismo ou automodéstia – não pode ser conduzida *in abstracto*. Quando se entende a Constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexo interno entre autonomia privada e pública, é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva (*offensiv*) em

48 STRECK, Lenio Luis. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 186.

49 MORIN, Edgar. **La Vía**. Para el futuro de la humanidad. 1ª Ed. Barcelona: Paidós, 2011. P. 129.

50 VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan 1997. P. 149.

51 Do judiciário hoje, não é de se esperar uma posição subalterna frente a esses outros poderes, a quem caberia a produção normativa. O juiz há de se limitar a ser apenas, como disse Montesquieu, *La bouche de La loi*, mas sim *La bouche Du droit*, isto é, a boca não só da lei, mas do próprio Direito. Sobre esse ponto, aliás, explicitou a jurisprudência constitucional alemã, que a Lei Fundamental, quando estabelece, em seu art. 97, que o juiz está vinculado apenas à lei, essa vinculação deve ser entendida como ao Direito. (STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica** - Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 35.)

casos nos quais se trata da imposição de procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente.<sup>52</sup>

Em resumo, o eixo estabelecido não prosperará diante de um ativismo judicial, pois exerce o poder judiciário função jurisdicional de um modelo de Estado Reativo<sup>53</sup> ou um Estado formador de Direito Repressivo e Autônomo<sup>54</sup>. Neste sentido,

lo Poder Judiciario y lo Proceso Político, convertirse en instituciones destinadas a impedir y reprimir una barbarie humana que tiende a corroer y a descomponer sin cesar el orden de la sociedad mediante el ilícito civil y penal. Cada una a su manera, esas instituciones **aseguran el mantenimiento de dicho orden**. Pero todo orden social comporta también su parte de barbarie. Por eso, lo Poder Judiciario y lo Proceso Político, por su propia naturaleza represiva, son contrabarbaries bárbaras. Es la reducción de esa barbarie lo que hay que considerar. Hay que señalar desde el comienzo que sólo se puede reducir al mínimo la barbarie del orden (coerción y disuasión) en una sociedad muy compleja<sup>55</sup>.

Os cidadãos na atualidade muito mais participativos pagam muito “caro” pela necessidade do procedimento<sup>56</sup> que se instituí pelo

52 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre factividade e validade. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 346-347.

53 Vide: DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado**. Análisis Comparado del Proceso Legal. Barcelona: Editorial Jurídica de Chile, 1986. P. 397.

54 A ideia de que o procedimento é o coração do direito capta perfeitamente um fator crucial do *ethos* do direito autônomo. (NONET, Philippe. SELZNICK, Philip. **Direito e Sociedade**: a transição ao sistema jurídico responsivo. Rio de Janeiro: Revan, 2010. Págs. 113 e segs.)

55 *Cuanto más compleja es una sociedad, más libertades comporta para sus individuos y sus grupos, y más desorden generan esas libertades*. (MORIN, Edgar. **La Vía**. Para el futuro de la humanidad. 1ª Ed. Barcelona: Paidós, 2011. P. 129 e 178.)

56 *Todo pueblo, al principio de su historia, paga muy caro la necesidad del procedimiento; y esto constituye una de las primeras pruebas porque tiene que atravesar, y de aquí que el procedimiento es patrimonio de las*

rígido formalismo jurídico. Talvez, por esta razão a criação do Direito pela via judicial é vista de forma ofensiva frente à arquitetura voltada a democracia representativa, que deve apenas garantir a autenticidade democrática aos procedimentos de uma ampla deliberação, servindo o juiz como mero terapeuta social<sup>57</sup>.

## REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. **Ativismo judicial só é admissível para as minorias**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-21/ativismo-judiciario-admissivel>>. Acessado em: 21-03-2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Jurisdição Constitucional: A Tênu Fronteira Entre o Direito e a Política**. Disponível em: <[www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf)>. Acessado em: 03-09-2013.

BODNAR, Zenildo; STAFFEN, Márcio Ricardo. **Juizados especiais e ativismo judicial à luz de Luis Alberto Warat**. Sequência (Florianópolis) no.64 Florianópolis jul. 2012.

---

*instituciones jurídicas que primero se desarrollan. Apenas las historias nos muestra los vagos contornos de las nociones del fondo del derecho, cuando ya hallamos el procedimiento con forma perfeccionada y precisa, como uno de los más antiguos objetos de la legislación. Pero después y más adelante, ¡cuántos cambios! Surgen las leyes materiales y eclipsan las del procedimiento; el fondo del derecho avanza de progreso en progreso, y el procedimiento se retrasa. ¿Yo por qué? No nos asombremos al ver brillar de tal modo el procedimiento en la aurora de la historia. La reflexión y el cálculo han engendrado el procedimiento, y esto es indudable; porque aun cuando se sostenga que los pueblos nacientes traen al mundo sus nociones de derecho, todavía habríamos de admitir para el procedimiento que antes de llegar a la verdad ha tenido que pasar por muchos ensayos y tentativas. Así las reformas del procedimiento son las más antiguas que menciona la historia y marcan precisamente los periodos de investigación. Después de esas reformas son cada vez menos frecuentes, al paso que los cambios en el fondo del derecho se multiplican. En materia de procedimiento, la verdad hallada da fin a las investigaciones. Los cambios de ideas de un pueblo, y las transformaciones que se operan en su vida, influyen menos sobre el procedimiento que sobre las instituciones del fondo del derecho; las ideas morales no influyen en aquél, y todo se reduce a cuestión de oportunidad. Sin la relación de los cambios políticos en la organización judicial, el procedimiento formulario hubiera podido durar en Roma muchos siglos.* (IHERING, R. Von. *El Espíritu del Derecho Romano*. En *Diversas Fases de su Desarrollo*. Tomo Cuarto. Madrid: Librería Editorial, 1904. P. 17-18.)

57 VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan 1997.

BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. **La fuerza del derecho**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar. 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

COELHO, Inocência Mártires. **Ativismo judicial: o caso brasileiro**. Disponível em: < <http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-o-caso-brasileiro>>. Acessado em: 09-30-2013.

DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado**. Análisis Comparado del Proceso Legal. Barcelona: Editorial Jurídica de Chile, 1986.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Democracia y el Lugar de la Ley**. P. 92 e 79. Disponível em: < [http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/1/garcia\\_de\\_enterria\\_eduardo.pdf](http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/1/garcia_de_enterria_eduardo.pdf)>. Acessado em: 03-06-2013.

GARGARELLA, Roberto. **Democracia deliberativa y el papel de los jueces frente a los derechos sociales**. Disponível em: < <http://new.pensamientopenal.com.ar/01102010/derechoshumanos02.pdf>>. Acessado em: 06-09-2012.

GÓES, Ricardo Tinoco de. **Jurisdição Democrática: uma visão Procedimentalista para a Tutela Substancial dos Direitos**. Revista Direito e Liberdade - ESMARN - v. 13, n. 2, p. 291 – 312 – jul/dez 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre factividade e validade**. Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.



HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre factividade e validade. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

IHERING, R. Von. **El Espiritu del Derecho Romano**. En *Diversas Fases de su Desarrollo*. Tomo Cuarto. Madrid: Librería Editorial, 1904.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora Landy, 2002.

MORIN, Edgar. **La Vía**. Para el futuro de la humanidad. 1ª Ed. Barcelona: Paidós, 2011.

NONET, Philippe. SELZNICK, Philip. **Direito e Sociedade**: a transição ao sistema jurídico responsivo. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

PEYRANO, Jorge W. **Acerca de los “Ismos” en Materia Procesal Civil**. Disponível em: < <http://elateneo.org/documents/trabajosBajar/ISMO.pdf> >. Acessado em: 04-06-2013.

STRECK, Lenio Luis. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica** - Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VANNEY, María Alejandra. **Libertd y Estado**. La Filosofía Jurídico-Política de Álvaro d’Ors. Primera Edición. Pamplona: Editorial Arazandi S.A., 2009.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de;

MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan 1997.

ZAMORA, Jaqueline Jongitud. **Teorias éticas contemporâneas**. Disponível em: <<http://www.seminariodefilosofiadelderecho.com/procedimentalismo>>. Acesso em: 05-08-2013.

**Como citar:** MOZETIC, Vinicius Almada. SANTOS, Paulo Junior Trindade dos. Procedimentalismo: superação da teoria e seus fatores. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 12, n. 2, p. 104-129, ago. 2017. DOI: 10.5433/1980-511X.2017v12n2p104

Recebido: 03/07/2016

Aprovado: 03/05/2017