

A LEGITIMIDADE DO PODER JURISDICIONAL SOB A PERSPECTIVA DE JÜRGEN HABERMAS

*Vagner Felipe Kühn**
*Celso Hiroshi Iocohama***

SUMÁRIO: Introdução; 2 A ordem jurídica neutra e o afastamento do ideal de justiça; 3 Sistema jurídico fundado em regras; 4 Poder apoiado na legalidade da lei e o poder apoiado na legalidade sancionada por juízes; 5 Ordem jurídica dinâmica apoiada na moral de seu tempo; 6 Teoria da ação cominativa como fator estruturante da construção da ordem jurídica; 7 A legitimidade do poder legislativo, do poder executivo e do poder judiciário; 8 A legitimidade do poder judiciário decorrente da compreensão dos princípios e dos valores éticos; 9 Considerações finais; Referencias.

RESUMO: O presente trabalho buscou abordar os principais elementos da vasta obra de Jürgen Habermas, de modo a, através da teoria da ação comunicativa, serem estabelecidos os critérios de legitimação dela decorrentes. Pretende-se confrontar o pensamento do autor com alguns aspectos da realidade brasileira, de modo a avaliar se essas práticas, principalmente a judicial, adéquam-se ao preceito de legitimidade habermasiana. Ao fim, pretende-se fazer um juízo crítico dos rumos para os quais a relativização ética inerente à teoria do discurso pode levar a sociedade, bem como qual é a maneira de ser interpretada de modo a que se evitem tais distorções.

PALAVRAS-CHAVE: Jürgen Habermas; Legitimidade do Poder Jurisdicional; Filosofia do Direito.

* Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS; Especialista em Direito Processual Civil pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil; Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR; Docente da Faculdade de Itapiranga – FAI; Advogado. E-mail: vagnerfelipekuhn@gmail.com

** Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL; Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC SP; Doutorando em Educação pela Universidade de São Paulo – USP; Docente da Graduação em Direito e do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR. E-mail: celso@unipar.br

LEGITIMACY OF JURISDICTIONAL POWER ACCORDING TO JÜRGEN HABERMAS

ABSTRACT: The main items in Jürgen Habermas's works are discussed so that the subsequent legitimating criteria are established through the theory of communicative action. The author's ideas are compared to certain aspects involving Brazilian reality to evaluate whether these practices, especially the juridical ones, are proper to the notion of Habermas's legitimation. A critical judgment will be assayed on the trend to where ethical relativization, inherent to discourse theory, may lead society. The interpretation for the avoidance of such distortions will also be discussed.

KEYWORDS: Jürgen Habermas; Legitimation of Jurisdictional Power; Philosophy of Law.

LA LEGITIMIDAD DEL PODER JUDICIAL DESDE LA PERSPECTIVA DE JÜRGEN HABERMAS

RESUMEN: Este trabajo ha abordado los principales elementos de la vasta obra de Jürgen Habermas, de modo que, a través de la teoría de la acción comunicativa, se han establecido los criterios de legitimidad decurrentes de ella. El objetivo es contraponer el pensamiento del autor frente a algunos aspectos de la realidad brasileña, a fin de evaluar si estas prácticas, especialmente la judicial, están adecuadas al precepto de legitimidad habermasiana. Al fin, se pretende hacer una evaluación crítica de los rumbos que la relatividad ética inherente a la teoría del discurso ético puede llevar a la sociedad, bien como la forma con que debe de ser interpretada a fin de evitar tales distorsiones.

PALABRAS CLAVE: Jürgen Habermas; Legitimidad del Poder Jurisdiccional; Filosofía del Derecho.

INTRODUÇÃO

A teoria de Jürgen Habermas é extremamente vasta, sendo ainda maior o problema da legitimação do Poder Judiciário, ou poder jurisdiccional. A ambição do

presente trabalho busca apenas estabelecer uma discussão sobre esse tema segundo os preceitos norteadores daquela obra. Dessa forma, este artigo tem como foco a discussão da legitimação do poder jurisdicional sob a perspectiva do referido autor, conforme suas teses mais representativas.

Pretende-se observar os contornos da teoria da ação comunicativa como instrumento para constituição de preceitos éticos e legais, bem como a importância do conceito no referencial do conjunto da obra de Habermas. Será dado destaque à forma pela qual tal método deve ser interpretado e viabilizado, bem como às consequências de sua aplicação, inclusive no que se refere ao fim claro ao qual pretendem convergir seus estudos: o regime democrático.

É trazida à baila, ainda, a avaliação da legitimidade habermasiana de recentes alterações legislativas, as quais preveem procedimentos específicos a serem incorporados à tutela dos direitos pelo Poder Judiciário, bem como ao proceder do Poder Executivo, pois para o mencionado autor, como se verá, as normas não se reduzem à produção legislativa, mas são implementadas quando cada poder procede conforme sua composição.

2 A ORDEM JURÍDICA NEUTRA E O AFASTAMENTO DO IDEAL DE JUSTIÇA

Com o advento da Revolução Liberal, Revolução Inglesa e Revolução Francesa, a criação de regras gerais e abstratas passou a constituir um adjetivo para o Estado; a legalidade fez emergir a noção de Estado de Direito.¹

Sobre o caráter de uma norma geral e abstrata não se perpetuariam diferenças arbitrárias, cabendo ao Executivo e ao Judiciário seguir não as regras que entendessem plausíveis, mas a ordem geral prevista pelo parlamento. Tratava-se a legalidade de meio natural para a consecução do fim de igualdade.²

Se ficava demonstrado ser verdade que a democracia direta grega não era possível de ser materializada na escala do Estado Moderno, então o iluminismo deduziu que apenas pela democracia representativa, pelo legislativo, poderiam ser erigidas as regras que comandariam os destinos da sociedade. Não sem a constituição de um contrato social legítimo.³

No clássico da literatura mundial, *Os miseráveis* (situado historicamente entre 1810 e 1833), do escritor francês Vitor Hugo⁴, ficam demonstradas as distorções

1 DE PAULA, Jônatas Luiz Moreira. História do direito processual brasileiro: das origens lusas à escola crítica do processo. Barueri, SP: Manole, 2002.

2 Ibidem.

3 ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo, SP: Nova Cultural, 2000. v. 1.

4 HUGO, Victor. Os miseráveis. Tradução de Frederico Oznam Pessoa de Barros. São Paulo, SP:

para as quais o senso de legalidade pode conduzir. Para não descumprir a letra fria da lei, o agente estatal, diante da notória regeneração do protagonista, Jean Valjean, dividido entre o senso de justiça particular e a justiça derivada do cumprimento estrito da lei, atira em sua própria cabeça para não ter de realizar a prisão (legal, mas injusta).

Hans Kelsen compreende a noção de justiça derivada da sociedade, mas a crítica e impõe suas limitações ao referir que “o homem deve acreditar na existência de Deus, na existência de uma justiça absoluta, mas é incapaz de compreendê-la, quer dizer, de defini-la abstratamente”⁵. Sobre a máxima grega “dar a cada um o que é seu”, o autor alemão assevera que “é fácil demonstrar que é totalmente vazia, pois a questão decisiva – o que é realmente que cada um pode considerar ‘seu’ – permanece sem resposta.”⁶ O referido autor pretende explicar que a justiça absoluta não é algo apreensível pela razão, existindo somente conflitos de interesses humanos; os valores são, portanto, relativos.⁷

Para consolidar a ideia de uma ciência do direito, Hans Kelsen aparta da noção de jurídico a ideia de política, confundindo a legitimidade das leis com sua correspondência na ordem hierárquica fixada pela lei, a qual tem como pedra de torque a norma hipotética fundamental.⁸

Opositor ferrenho de Hans Kelsen, Carl Schmitt apresenta crítica em relação à hierarquia das normas como fator legitimante do direito:

Se o direito, a *Lex Regia* como ocorre em Roma, nasce do ato de vontade do povo, e se o Estado nasce desse direito (da *Lex Regia*), não há como pensar numa norma abstrata, numa norma fundamental, por exemplo, e, em consequência, numa hierarquia de normas a partir dela. A rigor, não há hierarquia de normas. [...] nenhuma validade normativa há que faça valer a si própria.⁹

Embora seja criticado pela suposta proximidade com o pensamento nazista, a obra de Carl Schmitt permanece atual, pois é constituída pela crítica ao sistema racionalista de Kelsen, com arraigada influência na ordem legal moderna. A avaliação negativa que o autor fazia sobre o fato de que o tribunal constitucional corresponderia a uma nova instância parlamentar, apta a fomentar posições parciais, quando haveria de ocorrer uma decisão de Estado, ainda hoje inspira a cria-

Costa & Naity, 2002. v. 1.

5 KELSEN, Hans. O que é Justiça?. Tadução de Luis Carlos Borges 3. ed. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2001. p. 11.

6 Ibidem, p. 14.

7 Ibidem, p. 23.

8 Ibidem.

9 SCHMITT, Carl. O guardião da Constituição. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2007, p. XIX-XX.

ção de mecanismos supra-hierárquicos, tendentes a um controle uno, soberano e *moderador* das demais instâncias, inserindo-se, na polêmica, a própria figura do Conselho Nacional de Justiça.¹⁰

Há que se ter em mente, entretanto, que embora muito se diga sobre a ordem jurídica não constituir um todo neutro, não se pode negar que é sobre uma ideia de lei abstrata e de aplicação geral que os sistemas jurídicos modernos se erigiram.¹¹

Justamente sobre os questionamentos acerca da utilização de diversos modelos teóricos legados à pós-modernidade (embora, ao que consta, o autor seja contra essa definição), principalmente aos modelos de ordem racionalista, que se centra a construção teórica de Jürgen Habermas.¹²

3 SISTEMA JURÍDICO FUNDADO EM REGRAS

Jürgen Habermas utiliza como ponto de partida de suas considerações sobre a legitimidade da ordem legal a teoria de Max Weber, o qual considera que a força legitimadora da ordem jurídica não é decorrência da moral; o poder exercido se legitima apenas em qualidades formais próprias.¹³

Sob o prisma de Max Weber, por exemplo, é possível concluir que a legitimidade de uma determinada decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro é decorrente do fato de o ministro ter sido escolhido por um critério estabelecido em lei, “dispondo o direito de uma racionalidade própria, que não depende de moral.”¹⁴ Para o autor, a confusão entre a moral e o direito pode colocar em risco a própria qualidade do direito.¹⁵

Adverte Habermas que, embora não se possa simplesmente amparar a legitimidade na legalidade, sem a lei abstrata e geral, “falta a correia de transmissão capaz de *transmitir* a racionalidade do processo de legislação para os processos da justiça e da administração.”¹⁶

Destarte, mesmo Max Weber apresentando um quadro bastante significativo sobre a realidade da classe burguesa de um dado momento histórico, tecendo considerações plausíveis sobre a importância da arquitetura dos institutos jurídicos para a manutenção da paz social, é certo que a redução do direito a um modelo amoral de contenção e coesão civilizatória afasta o autor do pensamento democrá-

10 Ibidem

11 SCHILLING, Voltaire. As grandes correntes do pensamento. 2. ed. Porto Alegre, RS: AGE, 1999.

12 HABERMAS, Jürgen. A crise de legitimação no capitalismo tardio. Tradução de Vamireh Chacon. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Tempo Brasileiro, 2002.

13 HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2, p. 193.

14 HABERMAS, Jürgen, op. cit., 2003, v. 2, p. 193.

15 Ibidem, p. 197.

16 Ibidem, p. 210.

tico de Jürgen Habermas e do senso de Estado Democrático de Direito. Em vista desse raciocínio, reduzir o direito apenas às regras postas, à expressão literal do direito legislado, não constitui fator de legitimação do mesmo.

4 PODER APOIADO NA LEGALIDADE DA LEI E O PODER APOIADO NA LEGALIDADE SANCIONADA POR JUÍZES

Com a superação do modelo do Estado Liberal, foram rompidas as barreiras entre o bem comum e a autonomia privada. Dessa forma a Constituição passa a indicar que os conflitos serão resolvidos segundo uma abordagem não-reducionista, conforme princípios superiores, seguindo a perspectiva de que “não existe nenhum direito que não possa ser limitado a partir de considerações de princípios.”¹⁷

Entretanto, essa relativização das regras trazidas pelo legislativo, bem adverte Erhard Denninger, traz um problema sob a perspectiva da segurança jurídica, pois emerge um confronto do poder apoiado na legalidade da lei em face do poder apoiado na legalidade sancionadora por intermédio de juízes.¹⁸

Esse fenômeno – fator inegável de insegurança jurídica – traz indagações extremamente pertinentes: existe alguma forma de compreender e controlar essa atuação integrativa das decisões judiciais? Essa atuação é legítima?

Partindo do pensamento de Habermas, a resposta deve ser construída segundo uma perspectiva conciliadora.

5 ORDEM JURÍDICA DINÂMICA APOIADA NA MORAL DE SEU TEMPO

Há que se constatar que a sociedade não é regrada por normas morais universais, mas nem por isso se pode temer a influência da moral no direito. Por outro lado, “se, na modernidade, as normas do direito se reduzissem apenas a ordens do legislador político, o direito dissolver-se-ia em política [...] um direito posto inteiramente à disposição da política perderia força legitimadora.”¹⁹

Por intermédio do direito racional que se pretendeu superar a carência deixada pelo “direito sagrado profanizado e [...] um direito consuetudinário esvaziado”. Ademais, bem refere que, “a partir do momento em que o Estado monopolizador do poder assume o papel de legislador soberano, que lhe permite um acesso exclusivo ao direito, este é reduzido a um simples meio de organização.”²⁰

Inegavelmente, ao confundir o direito com o direito legislado, “se estaria (...)

17 Ibidem, p. 211.

18 DENNINGER, 1985 apud HABERMAS, Jürgen, op. cit., 2003, v. 2, p. 211.

19 HABERMAS, Jürgen, op. cit., 2003, v. 2, p. 237.

20 Ibidem, p. 237.

dificultando qualquer ligação com a justiça e pondo em risco o caráter genuíno do direito” (HABERMAS, 2003, p.237).

O direito racional clássico, entretanto, foi deixado de lado, pois se compreendeu que não era possível uma definição *a priori* de um sistema jurídico que pudesse ser testado diante da complexidade das dinâmicas de mercado, além dos costumes não serem aptos a suprir as necessidades de uma sociedade cada vez mais dinâmica, com valores ainda mais movediços.²¹ Será sobre essa crise que serão estabelecidas as premissas do pensamento de Jürgen Habermas. Como conciliar o fato de a moral não ser universal com o fato de a sociedade necessitar de regras minimamente estáveis?

6 TEORIA DA AÇÃO COMINATIVA COMO FATOR ESTRUTURANTE DA CONSTRUÇÃO DA ORDEM JURÍDICA

Ao estabelecer que a moral não se caracteriza como algo universal e que o direito não pode ser completamente afastado dela, Jürgen Habermas²² busca conciliar essa aparente dicotomia com o que denomina teoria da ação comunicativa. Essa teoria lhe serve para fundamentar desde as bases das respostas ao problema gnosiológico, passando pelo problema ético, até chegar à questão da legitimidade das normas sociais.

Essa perspectiva, inegavelmente pautada na ideia de regime democrático (ponto de partida do trabalho do autor), baseia seu conceito de legitimidade na necessária interpenetração entre noções morais de uma determinada época e o direito posto. Tal legitimidade seria possível se, diante de um amplo e concreto discurso, os diversos interlocutores pudessem influenciar a consecução de uma determinada regra.²³

Segundo esse preceito, não se abdicaria da estrutura social que o direito representa, nem se almejaria uma destruição dos modelos postos, partindo-se do nada. Ao contrário, o autor reconhece a inegável importância do direito objetivo, mas sustenta que, para a existência de legitimidade, deve haver democracia; e para haver democracia, deve existir confronto de ideias, de modo que a moralidade e a apreciação principiológica possam referendar uma determinada atuação do ente público.

Conforme os dizeres de Jaqueline Mielke Silva:²⁴

21 Ibidem.

22 HABERMAS, Jürgen. Consciência moral e agir comunicativo. Rio de Janeiro, RJ: Tempo Brasileiro, 1989.

23 HABERMAS, Jürgen, op. cit., 2003, v. 2.

24 SILVA, Jaqueline Mielke. O direito processual civil como instrumento de realização de direitos. Porto Alegre, RS: Verbo Jurídico, 2005, p. 255-256.

A base da teoria de Jürgen HABERMAS é uma pragmática universal que tenta reconstruir os pressupostos racionais, implícitos no uso da linguagem. Segundo ele, em todo ato de fala, dirigido à compreensão mútua, o falante erige uma pretensão de validade, quer dizer, pretende que o dito por ele seja válido ou verdadeiro num sentido amplo. O falante tem de escolher uma expressão inteligível para que ele e o ouvinte possam entender-se mutuamente. O falante tem de ter a intenção de comunicar um conteúdo proposicional verdadeiro para que o ouvinte possa participar do seu saber. O falante tem de querer manifestar as suas intenções verazmente para que o ouvinte possa crer no que ele manifesta. Ou seja, é preciso que o ouvinte confie no falante. Finalmente, o falante deve escolher a manifestação correta, com relação às normas e valores vigentes, para que ele e ouvinte possam coincidir entre si no que se refere ao cerne normativo conhecido.

Ademais, Habermas²⁵ considera que a teoria da ação comunicativa não se aplica apenas ao contraditório que se deve estabelecer entre os litigantes, mas deve estar presente na discussão legislativa e na aplicação da regra pelo executivo.

7 A LEGITIMIDADE DO PODER LEGISLATIVO, DO PODER EXECUTIVO E DO PODER JUDICIÁRIO

Apreciar a aplicação do conceito de legitimidade em face do Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário é tarefa que transborda os esparsos limites de um artigo; mas, *a contrário senso*, sempre é possível estabelecer uma apreciação preliminar a um estudo mais detido, mais pautado em uma ideia de verossimilhança do que amparado em um juízo de certeza.

Observa-se, no Brasil, ampla discussão sobre os critérios para elaboração de leis, a representatividade do parlamento, a postura do executivo diante da aplicação da lei, bem sobre os critérios de composição do Supremo Tribunal Federal e a legitimidade do Poder Judiciário, em geral.

No que se refere ao legislativo, para Habermas²⁶, não se está diante de um órgão superado pelos conceitos abertos e dos grandes institutos principiológicos do ordenamento. Do contrário, toda vez que se produz uma regra legítima, amparada em uma grande discussão, onde o direito tem a chance de ser influenciado por preceitos éticos, tal norma pode e deve ser objetivada.

25 HABERMAS, Jürgen, op. cit., 2003, v. 2.

26 HABERMAS, Jürgen, op. cit., 2003, v. 2.

A diferença em relação à teoria desse autor é que ele compreende que a resultante desse processo também poderá e deverá ser influenciada por novas discussões, podendo deixar de ser aplicada. Nesse aspecto, evidencia-se a reconstrução da ideia primordial de Charles Darwin, a qual, para Habermas²⁷, é materializada na ideia de que é da falibilidade humana que surgem as novas capacidades.

Da mesma forma, o Poder Executivo também deve abarcar a teoria da ação comunicativa para a consecução dos seus fins. Fenômenos como o Orçamento Participativo, modelo de escolha popular para eleição de obras de interesse social, praticado pela Prefeitura do Município de Porto Alegre – Rio Grande do Sul materializa (pelo menos no âmbito teórico) a possibilidade de integrar a discussão aos mais variados âmbitos da atuação estatal.²⁸

De outra parte, se compreende que a atividade do magistrado não se legitima apenas pela investidura no cargo, critério puramente de legalidade estrita. A investidura é, sem sombra de dúvida, elemento integrante da legitimação, mas não é o único. Como referido, a teoria da ação comunicativa de Habermas²⁹ não nega que a ordem social em muito se apoia na expressão legislativa da legalidade.

Se forem observadas as decisões judiciais que implicam alocação de recursos públicos, como as que determinam a construção de creches, não se estaria diante da carência de legitimidade, por infração ao princípio da separação de poderes, desde que fosse estabelecido um processo pautado em uma ampla possibilidade de discussão.

Somente dessa forma, todos os princípios, dentre eles o princípio da separação dos poderes (que não é absoluto) seriam equalizados, acarretando uma decisão legítima:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MATRÍCULA E FREQUÊNCIA DE MENORES DE ZERO A SEIS ANOS EM CRECHE DA REDE PÚBLICA MUNICIPAL. DEVER DO ESTADO. 1. Hipótese em que o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou Ação Civil Pública com o fito de assegurar a matrícula de duas crianças em creche municipal. O pedido foi julgado procedente pelo Juízo de 1º grau, porém a sentença foi reformada pelo Tribunal de origem. 2. Os arts. 54, IV, 208, III, e 213 da Lei 8.069/1990 impõem que o Estado propicie às crianças de até 6 (seis) anos de idade o acesso ao atendimento público educacional em creche e pré-escola. 3. **É legítima a**

27 HABERMAS, Jürgen, op. cit., 1989.

28 CENTRO DE ASSESSORIA E ESTUDOS URBANOS. Histórico do Orçamento Participativo de Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.ongcidade.org/site/arquivos/biblioteca/historico.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

29 HABERMAS, Jürgen, op. cit., 2003, v. 2.

determinação da obrigação de fazer pelo Judiciário para tutelar o direito subjetivo do menor a tal assistência educacional, não havendo falar em discricionariedade da Administração Pública, que tem o dever legal de assegurá-lo. Precedentes do STJ e do STF. 4. Recurso Especial provido. (REsp 511.645/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 27/08/2009).³⁰

Segundo as premissas da teoria da ação comunicativa, por oportuno, mais importante do que qual órgão está a alocar um determinado recurso, é saber de que forma a discussão e a decisão sobre tal destinação se operou.

8 A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO DECORRENTE DA COMPREENSÃO DOS PRINCÍPIOS E DOS VALORES ÉTICOS

Por parte do magistrado, a legitimação de sua decisão encontra medida na exata recuperação dos raciocínios apresentados pelas partes, bem como a demonstração da relação existente entre tais premissas e a decisão final.³¹ Nem que seja para refutar todas as teses apresentadas, por autor (ou autores) e por réu (ou réus), deve o magistrado ventilar no julgado o porquê da escolha realizada.

Postura que em muito se coaduna com o pensamento de Habermas³², por exemplo, é a importância que tem assumido o princípio do duplo grau de jurisdição. Indiscutível que as perspectivas das partes são enriquecidas toda vez que um terceiro, imparcial, discorre sobre o acerto, ou erro, da decisão de outro terceiro imparcial, avaliando a qualidade da motivação apresentada pela sentença antecedente.

Outra questão pertinente ao tema da legitimidade do Poder Judiciário, proposta de alteração legislativa em debate no parlamento federal, acarreta dúvidas sobre os resultados pouco democráticos que podem suscitar.

As alterações trazidas pelo projeto de lei que pretende consolidar um código de processo civil coletivo (Projeto de Lei n. 5.139/2009) poderão impedir que um cidadão influencie, por meio de ação para a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, a ação proposta por entidades consideradas, tradicionalmente, como legitimados extraordinários:

30 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 511.645/SP. 2ª Turma. Rel. Ministro Herman Benjamin. Julgado em 18/08/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 26 nov. 2009. (Grifo nosso).

31 NOJIRI, Sérgio. O dever de fundamentar as decisões judiciais. 2. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2000.

32 HABERMAS, Jürgen, op. cit., 2003, v. 2.

Art. 5º A distribuição de uma ação coletiva induzirá litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados e prevenirá a competência do juízo para todas as demais ações coletivas posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto, ainda que diferentes os legitimados coletivos, quando houver.³³

Não está bem claro se essa sorte de previsão processual civil coletiva atenta contra a legitimidade, segundo a teoria exposta pelo autor referencial teórico deste trabalho. Apenas a prática judiciária poderá revelar se a representatividade estabelecida pela atuação dos ditos legitimados extraordinários levará ao estabelecimento de uma discussão verdadeiramente ampla, que inclua as teses dos legitimados ordinários.

Inegável, portanto, a importância do pensamento de Habermas³⁴ no debate acerca da legitimidade da atuação do Poder Judiciário no Brasil, vez que a Emenda Constitucional n. 45 comprova que o questionamento sobre a atuação deste órgão encontra-se em aberto. Ao vincular o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, a sociedade demonstra sua inconformidade com as dificuldades consubstanciadas na demora do processo e falta de qualidade das decisões.

Sobre o pensamento do jurista, entretanto, cabe um questionamento. Se a Ética é alterável com o passar dos anos (não existem valores universais) e a composição desses valores se legitima através da teoria da ação comunicativa, bem como as estruturas sociais e o Direito, poder-se-ia, ainda que em um futuro distante, chegar a um modelo social que rejeitasse os Direitos Humanos Como superar esse esvaziamento, pela utilização da referida teoria, na medida em que a história nos ensina que muitos dos regimes autoritários e totalitários se erigem, pelo menos inicialmente, sob o apoio popular?

Parece, nesse aspecto, que John Rawls³⁵ representa linha de autores os quais indicam a necessidade de afirmar alguns preceitos éticos mínimos a amparar e limiar as possíveis agressões ao regime democrático. Chega a considerar que os direitos fundamentais não se justificam pela utilidade que possam ter mediatamente, mas apresentam validade em si mesmos.

Seria legítimo para Jürgen Habermas³⁶, assim, um sistema que se constitui pela

33 BRASIL. Projeto de Lei n. 5.139/2009. Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências. Diário oficial [da] republica federativa do Brasil, Brasília, DF, 08 abr. 2009. (Grifo nosso).

34 HABERMAS, Jürgen, op. cit., 2003, v. 2.

35 RAWLS, John. Justiça como equidade – uma reformulação. São Paulo, RS: Martins Fontes, 2003.

36 HABERMAS, Jürgen, op. cit., 2003, v. 2.

teoria da ação comunicativa, mas que nega a possibilidade de sua perpetuação, uma vez instaurado um regime mais restritivo a manifestação livre de pensamento?

O presente trabalho, embora explicita os pontos fundamentais da vasta obra do autor, os quais muito acrescentam à discussão acerca da legitimidade do Poder Judiciário, não pode vislumbrar, testar, os possíveis desdobramentos da sua plena aceitação e implementação. Indica, entretanto, que pode acarretar desdobramentos nefastos à democracia, se não for considerado que este regime de governo é o ponto de partida de seu trabalho. Qualquer pessoa que entenda a importância da democracia na vida e na obra de Jürgen Habermas³⁷, entretanto, aceitaria que esse regime assume uma feição de dogma, a estar blindada em relação à própria teoria da ação comunicativa.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o estudo realizado é possível chegar às seguintes conclusões:

O pensamento de Jürgen Habermas constitui uma expressão pós-moderna das várias correntes jurídicas e filosóficas alemãs que culminaram em uma vertente racionalista neutra e, depois, partiram para a negação de panoramas teóricos que pretendem explicar e justificar toda a complexidade social partindo de fórmulas sociais. O autor, ironicamente, apresenta um quadro amplo de explicação da ética, do direito e da sociedade, mas foca sua fórmula para a aceitação da relatividade dos valores e do conhecimento como um todo, sendo essa falibilidade, inclusive, o que move uma potencial evolução do mundo. Em sua obra, admite e propõe um modelo para que essa relativização moral, de um determinado tempo e uma determinada sociedade, penetre nas instituições antecedentes, de modo a que se preserve como modelo imutável apenas o espírito democrático.

A obra apresenta ferramentas eficientes para avaliação da atuação dos Poderes do Estado, especialmente o Poder Judiciário. Segundo a perspectiva de Habermas, se compreende que os princípios e os conceitos gerais não afastam a necessidade da existência de leis objetivas, mas, evidentemente, não podem ser reduzidas a elas.

A existência de uma discussão ampla que permita o entrelaçamento entre a moral e o direito constitui fator de legitimação do Poder Judiciário, mas também constitui fator de legitimação do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

No que concerne ao Poder Judiciário, a motivação das decisões dos magistrados constitui campo hábil para observação da legitimidade de sua atuação, pois apenas a sentença que realmente resgata a discussão (eficazmente fomentada e estabelecida) entre os interessados é a que se coaduna com a legitimidade haber-

masiana.

Embora apresente pontos questionáveis por seus aspectos relativistas, sem dúvida o conceito de legitimidade de Habermas apresenta inquestionável influência em relação à visão ocidental de democracia. É indispensável tanto para a compreensão do conceito, quanto para a avaliação da adequação de uma determinada prática jurídica com esse regime de governo que, na obra do autor, assume a importância de dogma imune até a sua teoria da ação comunicativa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Projeto de Lei n. 5.139/2009. Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências. **Diário oficial [da] república federativa do Brasil**, Brasília, DF, 08 abr. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 511.645/SP. 2ª Turma. Rel. Ministro Herman Benjamin**. Julgado em 18/08/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

CENTRO DE ASSESSORIA E ESTUDOS URBANOS. **Histórico do Orçamento Participativo de Porto Alegre**. Disponível em: <<http://www.ongcidade.org/site/arquivos/biblioteca/historico.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

DE PAULA, Jônatas Luiz Moreira. **História do direito processual brasileiro: das origens lusas à escola crítica do processo**. Barueri, SP: Manole, 2002.

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

_____. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. Tradução de Vamireh Chacon. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Tempo Brasileiro, 2002.

_____. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro, RJ: Tempo Brasileiro, 1989.

HUGO, Víctor. **Os miseráveis**. Tradução de Frederico Oznam Pessoa de Barros. São Paulo, SP: Costa & Naity, 2002. v. 1.

KELSEN, Hans. **O que é Justiça?**. Tadução de Luis Carlos Borges 3. ed. São

Paulo, SP: Martins Fontes, 2001.

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2000.

RAWLS, John. **Justiça como equidade** – uma reformulação. São Paulo, RS: Martins Fontes, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo, SP: Nova Cultural, 2000. v. 1.

SCHILLING, Voltaire. **As grandes correntes do pensamento**. 2. ed.. Porto Alegre, RS: AGE, 1999.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2007.

SILVA, Jaqueline Mielke. **O direito processual civil como instrumento de realização de direitos**. Porto Alegre, RS: Verbo Jurídico, 2005.

Recebido em: 29 Setembro 2010

Aceito em: 17 Maio 2011