

DECISÕES JURISDICIONAIS: ESTRUTURA NORMATIVA, PARTICIPAÇÃO E CONSTRUÇÃO À LUZ DA TEORIA DE JÜRGEN HABERMAS

Fabício Adriano Alves¹
Douglas Caetano Vieira²
Gilzan Lessa de Sousa³
Renata de Abreu e Silva Oliveira⁴

fabricioadriano@uol.com.br

ÁREA DE CONHECIMENTO: Ciências Sociais e Aplicadas.

RESUMO

A estrutura normativa das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito é assunto de extrema relevância, não só para os pesquisadores da comunidade científica que se dedicam ao tema, mas também para todos aqueles que se dedicam a compreender a atuação do Advogado, assim como a do Juiz no desenrolar das ações judiciais até o provimento jurisdicional final. Este trabalho se propõe a convidar o leitor para uma releitura das construções jurisdicionais (decisões judiciais proferidas, antecipatórias ou finais) a partir da análise de uma estrutura normativa que esteja concatenada com os pilares do Estado Democrático de Direito. O paradigma constitucional fundamentado no Estado Democrático de Direito (que se opõe ao Estado Liberal de Direito e ao Estado Social) propõe uma análise do modo como são construídas as decisões jurisdicionais, passando por uma reflexão sobre os direitos e garantias do devido processo legal.

PALAVRAS-CHAVE: decisões jurisdicionais; Jürgen Habermas; Teoria Estruturalista.

1. INTRODUÇÃO

A observância das técnicas estruturais normativas constitui um dos objetos da Ciência do Direito Processual com repercussão direta e imediata na atuação dos

¹ Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM); Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Pós-Graduação em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas professor da Faculdade Vértice – UNIVÉRTIX – Matipó.

² Advogado; Especialista em Direito; Especialista em Docência do Ensino Superior. professor da Faculdade Vértice – UNIVÉRTIX – Matipó.

³ Especialista em Direito Penal e Processo Penal; Pós-graduando em Direito Penal Econômico Professor da Faculdade Vértice – UNIVÉRTIX – Matipó.

⁴ Licenciada e Mestre em Letras (UFV/UFMG), professora da Faculdade Vértice – UNIVÉRTIX – Matipó. Professora dos Cursos de Administração e Ciências Contábeis da Faculdade Vértice – UNIVÉRTIX – Matipó/MG.

responsáveis pela produção do ato imperativo decisório estatal final. Busca-se, neste artigo, uma reflexão sobre a técnica processual, reportando-se à Técnica e a Ciência aplicada ao direito processual. Pretende-se fazer uma análise da função dos órgãos jurisdicionais atrelados a uma estrutura normativa que permita, ao longo do desenvolvimento, a oportunidade de participação das partes, em contraditório, para a construção de decisões fundamentadas.

Para a elucidação do tema proposto, recorre-se às lições de Jürgen Habermas que propõe a compreensão do Direito como um sistema aberto de princípios, afastando concepções positivistas que acarretam a simples subsunção da aplicação do Direito ao caso concreto.

Busca-se, ao final, que o leitor possa analisar a Função Estatal Jurisdicional nos pilares do Estado Democrático de Direito e para tanto, a construção técnica, normativa e estrutural das decisões, de cunho democrático, deverá estar associada a esta nova análise. Destarte, a participação dos interessados em contraditório, a observância ao devido processo legal e a garantia ao devido processo constitucional deverão estar latentes ao longo do desenvolvimento do processo. Sem a pretensão de excluir outros estudos sobre o tema, ao longo do desenvolvimento do presente, defender-se-á uma técnica normativa processual que se coaduna com uma constitucionalidade democrática, tendo como referencial um modelo de processo constitucionalizado, onde se avulta os direitos e garantias procedimentais e processuais.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 PODER E FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO

Brêtas (2004) traz à baila, em sua obra, com respaldo na doutrina de Karl Loewenstein, que os estímulos fundamentais que regem as relações humanas são o amor, a fé e o poder, estando tais estímulos unidos e entrelaçados por elos misteriosos, sendo, por tal motivo, denominados por Karl Loewenstein de “enigmática tríade”. O doutrinador faz considerações no sentido de compreender a

sociedade como um sistema de relações de poder, que possui caráter variado e fundado no poder político, social, econômico, religioso, moral ou cultural. A noção de poder para o doutrinador é aquele compreendido como relação sociopsicológica, fundada no efeito recíproco das ações daqueles que o detêm e o exercem e das ações de seus destinatários, ou seja, daqueles perante os quais o poder é exercido. Os conteúdos do poder (político, social, econômico religioso, moral) são estudados pelo Direito político, que, segundo este mesmo doutrinador, buscam estudar o equilíbrio harmonioso entre o exercício do poder político pelo Estado e a garantia das liberdades dos destinatários desse mesmo poder.

Nessa esteira de pensamento, ancorado também nas lições de Gonçalves (1992), o Estado enquanto representante de uma sociedade politicamente organizada pelo Direito assume o poder em nome da nação, pois legisla estatuidando deveres, garantindo direitos e exercendo a função jurisdicional, pelo qual reage contra o ilícito e promove a tutela de Direitos implementando o ordenamento jurídico.

Não se pode chegar a uma outra conclusão senão a de que no Estado de Direito o poder legitimante constituído se exerce nos limites da lei e a função jurisdicional, que traz implicitamente o poder uno e indivisível do Estado, se exerce em conformidade com as normas que disciplinam a jurisdição (BRÊTAS, 2004).

A função jurisdicional está estritamente ligada aos preceitos constitucionais que se apresentam no ordenamento jurídico como princípios. Estes preceitos constitucionais balizam o sistema normativo, impedem a sua projeção além das normas que com ela possam ser incompatíveis, em direção contrária aos fundamentos, e, por último, limitam a atuação do poder.

No desenvolvimento do processo realizado em contraditório, Teoria Estruturalista desenvolvida por Elio Fazzalari, o poder é exercido pelo Estado-Juiz e não pelas partes. As partes no processo exercem faculdades e uma vez não exercidas estas faculdades podem se converter em ônus. O juiz não assume a função de “super parte”, mas sim de um “diretor” dialogador e garantidor da participação das partes em simétrica paridade.

Em relação à atuação da limitação do poder, José Alfredo de Oliveira Baracho, na esteira da doutrina de Bertrand de Jouvenel, que, buscando as lições em Montesquieu, afirma ser “experiência permanente, que todo homem que tem o poder é impulsionado a abusar do mesmo, chegando até onde encontra a barreira” (BARACHO, 1984). Ciente dessa acepção, Montesquieu deu início aos estudos sobre a manutenção do equilíbrio entre os poderes exercidos pelo Estado, tornando conhecida a célebre frase: “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder” (BRÊTAS, 2004).

Faz-se importante salientar que a trilogia da divisão das funções do Estado referidas por Montesquieu não se confunde com a “separação dos poderes”, mesmo porque o poder é uno, soberano e inseparável e emana de uma única fonte: o povo. Em uma ordem jurídica contemporânea todo poder emana do povo e em nome do povo o poder é exercido. Quando se fala em “tripartição dos poderes”, na verdade, o que se pretende extrair desta expressão é a divisão das atividades estatais através da função legislativa, administrativa e jurisdicional e não simplesmente a separação dos poderes, pois como já foi dito o poder não se divide. A outorga das competências para o exercício das atividades estatais é estabelecida na Constituição Federal.

Colocando a atividade jurisdicional no centro da discussão, caberá ao Estado (representado pelo Juiz), quando provocado pelos interessados, observar durante os procedimentos uma técnica normativa que permita a participação das partes em contraditório. A observância ao devido processo legal (exigência de um modelo de processo constitucionalizado) passa pelo respeito aos princípios atrelados ao processo, assim como a forma de os exercitá-los (garantias processuais).⁵

⁵ Este entendimento se opõe a corrente positivista e ao formalismo, uma vez que a concepção positivista tem como pressuposto a imperatividade do texto da lei. A ciência jurídica, segundo a corrente positivista, busca o seu fundamento de validade em uma ordem previamente estabelecida, afastando do Juiz a função de interpretar o direito, mas de apenas aplicá-lo.

2.2 ESTADO DEMOCRÁTICO, DIREITOS E GARANTIAS PROCESSUAIS: A CONTRIBUIÇÃO DE JÜRGEN HABERMAS

Sustentados por um paradigma⁶ constitucional do Estado Democrático de Direito⁷, os princípios constitucionais apresentam-se em um novo contexto (quando em cotejo ao Estado Liberal e ao Estado Social), sendo assim compreendidos como disposições fundamentais, consistindo em âncora e unidade para o sistema.

A observância dos princípios constitucionais para a construção de uma decisão é imprescindível para sua validade, uma vez que o processo é compreendido como sendo uma instituição do Estado Democrático de Direito. O processo contém um espaço procedimental que deve ser revestido por um conjunto de princípios, tais como: contraditório, ampla defesa, garantias processuais entre outros.

Em virtude disso, conclui-se que o processo constitucional encontra sua definição na observância de princípios constitucionais que lhe são integrantes, caso contrário, estar-se-á diante de um mero procedimento.

É por meio do processo, como defendeu-se acima, que é possível assegurar, pelos princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, do direito ao Advogado, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional através dos procedimentos estabelecidos. Neste desiderato não se pode defender a premissa de que as decisões jurisdicionais devam ser tomadas

⁶ O que vem a ser um paradigma? Para Marcelo Cattoni: o termo “paradigma” foi introduzido na discussão epistemológica contemporânea com o sentido, por exemplo, utilizado por Gomes Canotilho, ou seja, como consenso científico enraizado quanto às teorias, modelos e métodos de compreensão do mundo, a partir do conceito concebido por Thomas Kuhn. Para Thomas Kuhn os paradigmas são realizações científicas universalmente conhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência. CATTONI, Marcelo. Direito Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

⁷ Optou-se, neste trabalho, a seguir os ensinamentos de Canotilho sobre o Estado de Direito e o Estado Democrático, conforme preconizado, “tal como a vertente do Estado de direito não pode ser vista senão à luz do princípio democrático, também a vertente do Estado democrático não pode ser entendida senão na perspectiva do Estado de direito”, ou seja, “tal como só existe um Estado de direito democrático, também só existe um Estado democrático de direito, isto é, sujeito a regras jurídicas”,⁷ dentre as quais, enfatizamos, pela sua importância, avultam as regras constitucionais. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3^a. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

como sendo atos isolados de quem as profere. É necessário trabalhar com a ideia da construção das decisões jurisdicionais, onde se estabelece um espaço discursivo dentro da procedimentabilidade instaurada. Os destinatários participam discursivamente na elaboração, na construção das decisões, porque os envolvidos são ao mesmo tempo autores e destinatários do provimento final. Na esteira do pensamento de Marcelo Cattoni de Oliveira (2002):

O direito deve fundar-se tão somente no princípio democrático, não mais compreendido como mecanismo liberal de decisão majoritária ou a partir de uma pretensa “vontade geral” republicana, mas como institucionalização de processos estruturados por normas que garantam a possibilidade de participação discursiva dos cidadãos no processo de tomada de decisões.

A observância ao princípio do devido processo constitucional é uma das bases de sustentação para a aplicação e ao exercício de direitos e garantias fundamentais. No Estado Democrático de Direito a democracia assume o papel de relevância neste espaço discursivo em que os destinatários da norma são reconhecidos como autores desta mesma norma. Tomando-se como paradigma constitucional o Estado Democrático de Direito, defende-se a ideia de que a legitimidade de um provimento final está na construção, deste mesmo provimento, por todos os partícipes envolvidos no procedimento, devendo este espaço procedimental ser orientado pelos princípios do sistema democrático. A concepção acima defendida encontra sua fundamentação em Habermas (1997) ao dispor:

(...) o princípio da democracia pressupõe preliminarmente a possibilidade da decisão racional de questões práticas, mais precisamente, a possibilidade de todas as fundamentações, a serem realizadas em discursos (e negociações reguladas pelo procedimento), das quais depende a legitimidade das leis. (...) Partindo do pressuposto de que uma formação política racional da opinião e da vontade é possível, o princípio da democracia simplesmente afirma como esta pode ser institucionalizada através de um sistema de direitos que garante a cada um igual participação num processo de normatização jurídica, já garantindo em seus pressupostos comunicativos. (...) o princípio da democracia refere-se ao nível da institucionalização externa e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo Direito”

Pela transcrição acima de uma das obras de Jürgen Habermas é nítida a tese por ele sustentada de que as fundamentações possam ser realizadas dentro de um espaço discursivo. Seguindo a linha de pensamento de Habermas, a democracia pode ser institucionalizada através da participação dos sujeitos, que culminará em normatizações jurídicas, reafirmando o que vem sendo desenvolvido neste estudo, de que os envolvidos são os destinatários e os criadores das normas a eles dirigidas.

Não se pode apartar os sujeitos do espaço discursivo, mas sim inseri-los dentro deste sistema, que seguindo a coerência do que se defende, o cidadão passa a ser, responsável pela criação, aplicação e interpretação. Na esteira do pensamento de Peter Haberle:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, o processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição (HABERLE 1997, p. 15).

Propõe o afastamento do ato jurisdicional solipsista do julgador em prol de uma decisão final que tenha observado uma estrutura participativa, sendo, portanto, objeto de uma construção. Esta estrutura normativa não é hermética, pois se mantém sempre aberta, onde se permite visitar e revisitar os institutos, as garantias e os preceitos que os alicerça. Neste contexto qualquer instituto ou qualquer tema pode sair da “zona de conforto” e passar a ser objeto de discussão, o que faz ressurgir a possibilidade do dissenso, que deve ser compensado por espaços públicos, (o que seriam verdadeiras arenas) de integração social.

A teoria discursiva proposta por Habermas (1997) aproxima o ordenamento jurídico da vontade popular, ou seja, os sujeitos não serão apenas receptores de uma norma ou de um provimento jurisdicional, mas sim serão receptores e coautores, uma vez que participam do seu processo de elaboração.

Importante colacionar o entendimento de Simioni e Bahia (2009, p. 15), ao abordarem o assunto:

O Direito não apenas possibilita que tenha curso a ação comunicativa, mas também possui o poder de conter ações estratégicas, isto é, orientadas apenas ao próprio êxito. Ele aparece, então, como coerção (facticidade), mas também como conjunto de normas legítimas (validade), de forma que os destinatários das normas podem obedecê-las por lhes reconhecer sua validade, ou então simplesmente por temer a coação. A validade do Direito advém do reconhecimento, por parte dos destinatários das normas, como também, sendo normas feitas por eles.

Nesta esteira de entendimento, afasta-se a concepção positivista, que tem como pressuposto a imperatividade do texto da lei, o que fundamenta, nesta vertente, a ideia de que a ciência jurídica encontra a sua base de sustentação em uma ordem legal validada e previamente estabelecida. Na tentativa de sintetizar o que foi exposto, defende-se o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais atrelado ao dever dos agentes públicos prolocutores de decisões (juízes), como sendo o meio de justificar os motivos das decisões, onde deverá guardar coerência com os argumentos produzidos pelos destinatários normativos da decisão, em contraditório, no curso dos procedimentos.

Há um inegável entrelaçamento do princípio da motivação com o princípio do contraditório que podem ser sintetizados nas palavras de Leal (2002, p. 60):

mais do que garantia de participação das partes em simétrica paridade, portanto, o contraditório deve ser efetivamente entrelaçado com o princípio[...] da fundamentação das decisões, de forma a gerar bases argumentativas acerca dos fatos e do direito debatido, para a motivação das decisões”, concluindo, “decisão que desconsidere, ao seu embasamento, os argumentos produzidos pelas partes no seu iter procedimental será inconstitucional e, a rigor, não será sequer pronunciamento jurisdicional, tendo em vista que lhe faltaria a necessária legitimidade.

Por meio de um procedimento democrático, alicerçado em uma relação discursiva, permite-se obter os meios suficientes para introduzir in abstracto as categorias de direitos que geram o próprio código jurídico, uma vez que determinam o status de sujeitos de direitos”.

Pelegri (2003) citando Marcelo Catoni, ao indagar quais são os direitos fundamentais que, segundo Habermas, exprimem as condições de possibilidade de

um consenso racional acerca da institucionalização das normas do agir, utiliza-se de cinco princípios específicos. Destes cinco princípios, três, neste artigo, avultam-se mais relevantes, são eles: 1- direitos a iguais liberdades subjetivas- as normas de ação, ao revestirem da forma jurídica, atribuem titularidade aos sujeitos para o exercício das liberdades subjetivas;2-direito a iguais direitos de pertinência (direitos de nacionalidade);3-direito à tutela jurisdicional- a garantia de meios jurídicos processuais mediante os quais cada pessoa que acredite que seus direitos foram violados possa afirmar suas pretensões, direitos de agir em juízo, a um devido processo legal, a igual proteção jurídica, ao contraditório e à ampla defesa, a um igual direito a tutela jurisdicional.

Na busca pela síntese do pensamento, depreende-se que os direitos de liberdades subjetivas se conjugam com os direitos de pertinência e com os direitos à tutela jurisdicional, e estes direitos estão agrupados na esfera da autonomia privada, como sustenta o filósofo alemão: “esses direitos fundamentais garantem a autonomia privada de sujeitos jurídicos somente na medida em que esses sujeitos se reconhecem mutuamente em seu papel de destinatários de leis” (HABERMAS , 1997).

2.3 TÉCNICA NORMATIVA ESTRUTURAL DAS DECISÕES JURISDICIONAIS PELA ÓTICA DA TEORIA ESTRUTURALISTA DO PROCESSO

A teoria estruturalista do processo foi desenvolvida por Fazalari em 1978 e esta negou a estruturação da sentença como ato de sensibilidade do juiz iniciando uma nova concepção de processo visto pela democratização do discurso processual. Esta teoria é chamada de estruturalista porque o procedimento é uma estrutura normativa em contraditório, sendo este realizado pelas partes, em simétrica paridade, na preparação dos atos jurisdicionais decisórios.

Nas lições de Fazzalari (2006, p. 110):

O processo é uma estrutura técnico-jurídica de atos lógico-temporais realizada em contraditório; e o procedimento é uma estrutura técnica de atos jurídicos sequenciais numa relação espaciotemporal, segundo o

modelo legal, em que o ato inicial é sempre pressuposto(condição) do ato conseguinte este como extensão do ato antecedente e assim, sucessivamente, até o provimento final.

Para uma melhor compreensão sobre a técnica inserida no processo que vai se desenvolver em contraditório, necessário não olvidar que o processo que se põe como estudo do Direito Processual é o processo jurisdicional, porque o Direito Processual civil tem como objeto de investigação a norma que regula o exercício da jurisdição. A principal finalidade do processo jurisdicional é o seu correto desenvolvimento, e este correto desenvolvimento pressupõe o processo que se desenvolve em contraditório entre as partes, onde as questões controvertidas de direito material serão apreciadas e decididas (GONÇALVES, 1992).

A presença do contraditório no procedimento que irá preparar a decisão jurisdicional possibilita que as partes construam, com o Estado-Juiz, o autor do ato estatal de caráter imperativo, o próprio processo, e que assim, participem da formação da sentença. Hodiernamente, a visão do contraditório não é simplesmente o dizer e o contradizer; ou dizer que o contraditório é uma ciência bilateral dos atos do processo também não mais se coaduna com os diversos procedimentos previstos no Código de Processo Civil. Estará o contraditório presente mesmo quando não há divergência de interesses como p. exemplo na ação que pretende alienar bens de filhos menores, onde o Ministério Público será ouvido e não há conflito de interesses, ou, nas ações declaratórias de constitucionalidade em que será ouvido o Advogado Geral da União para a defesa do texto impugnado.

Diferente é a função do Juiz para os seguidores da teoria estruturalista para os da teoria do processo como relação jurídica. Para os estudiosos da teoria estruturalista o Juiz tem o dever de se ater ao pedido e às espécies de medidas jurisdicionais autorizadas pela norma (*idem*). O Juiz, nesta teoria, atua como órgão do Estado, que uma vez provocado (princípio do *nemo iudex sine actore*), estará atrelado ao pedido e às medidas jurisdicionais previstas no ordenamento jurídico. A imposição de medidas, pelo Estado-Juiz, que não se encontram previsão no ordenamento jurídico é a manifestação antidemocrática das decisões jurisdicionais.

O Estado deve interferir na esfera dos direitos dos jurisdicionados através do exercício de sua função jurisdicional condicionada à provocação dos próprios interessados sejam nos processos contenciosos ou nos processos de jurisdição voluntária.

O ponto principal desta teoria do processo como procedimento realizado em contraditório é o seu conteúdo democrático, inserido em seus institutos de sustentação, de legitimação pela participação dos afetados que se reconhecem como autores e destinatários do provimento jurisdicional, diversa da teoria da relação jurídica que em decorrência de seu conteúdo majoritário, derivado com conceito de direito subjetivo, pode fundamentar regimes não democráticos.

2.4 TÉCNICA NORMATIVA ESTRUTURAL DAS DECISÕES JURISDICIONAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Para discorrer sobre a normatividade técnica no Estado Democrático de Direito é fundamental a análise da legitimidade decisória. Esta legitimidade decisória se desdobra em: legitimidade construtiva-estruturante da decisão e legitimidade prolatória da decisão. No plano meramente formal esta legitimidade é exercida unicamente pelo agente público responsável pela decisão, que a exerce em nome do povo; no plano substancial a legitimidade decisória assume feição de legitimidade construtiva-estruturante, essa exercida pelos destinatários normativos do provimento em conjunto com o agente público decisor, em uma perspectiva democrática. A técnica normativa estrutural torna-se democrática a partir do momento em que se assegura a legitimidade construtiva-estruturante da decisão aos destinatários normativos do provimento.

No Estado Democrático de Direito a decisão jurisdicional é construída no bojo do procedimento de modo que se atenda a própria finalidade do processo. A legitimidade construtiva-estruturante da decisão pertence aos destinatários normativos da decisão juntamente com o Juiz (CATTONI, 2001). Por meio dessa estrutura legitimada permite-se uma fiscalização participativa entre os interessados que se dá através do contraditório.

Seja no processo de elaboração das leis, ou na produção de atos administrativos com repercussão na esfera dos administrados ou nas decisões jurisdicionais, o processo se revela como um modelo ideal de participação dos destinatários não só na elaboração, mas também na sua execução e na aplicação do direito.

É de se ressaltar que em toda instauração de um processo pretende-se a obtenção de um ato decisório final que se revestirá de caráter imperativo. Para tanto, a preocupação com o desenvolvimento da técnica deve se dar de modo democrático (para que ela não deixe de ser observada por omissão dos interessados, ou, seja violada quando da elaboração das decisões) em toda a estrutura normativa. Nesta ótica, cabe uma reflexão relevante. Não se pode violar direitos e garantias processuais, que não de ser observados no desenvolvimento do processo, em nome da “celeridade das decisões”. Em busca de decisões rápidas e céleres não serão possíveis a admissão da violação dos direitos e garantias fundamentais e tampouco o desrespeito às técnicas ou ao modo de aplicá-las no desenrolar dos procedimentos.

Por derradeiro, remete-se, novamente a Habermas para quem a legitimidade do direito positivo nasce de um arranjo comunicativo em que os destinatários da norma são também seus autores e a legitimidade das decisões judiciais surge de procedimentos que garantam a ampla participação dos interessados. A partir de Habermas, compreende que o Direito é um sistema aberto de princípios, onde não é mais possível propostas positivistas ou literalistas de aplicação do Direito.

3. METODOLOGIA

No intuito de conhecer e analisar o tema em questão, este estudo se propôs a realizar uma pesquisa bibliográfica e análise da teoria já publicada sobre decisões jurisdicionais à luz da teoria de Jürgen Habermas. Lakatos e Marconi (2010, p. 183) defendem que pesquisa bibliográfica “não é mera repetição do

que já foi dito ou escrito sobre certo assunto, mas propicia o exame de um tema sob novo enfoque ou abordagem, chegando a conclusões inovadoras”

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Das reflexões propostas neste trabalho, conclui-se que a técnica estrutural normativa das decisões jurisdicionais proposta pela corrente instrumentalista do processo não pode prosperar. Para essa concepção a decisão jurisdicional é fruto dos poderes atribuídos ao Estado-juiz para a construção de decisões solitárias e sentimentais.

Hodiernamente, só será possível admitir uma técnica estrutural normativa das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito, se os órgãos jurisdicionais se submeterem aos princípios da supremacia da constituição, prevalência da lei, fundamentação das decisões e determinabilidade das normas jurídicas. Quando os órgãos jurisdicionais se submeterem aos aludidos princípios estará se respeitando o devido processo constitucional. As decisões jurisdicionais devem ser o resultado de uma técnica que observou uma construção estruturada em uma ordenação lógica em contraditório entre as partes com feição na Teoria Estruturalista de Élio Fazzalari.

Foi proposta a indagação sobre a legitimidade do Direito, que para Habermas esta legitimidade não pode estar fundamentada em conteúdos morais previamente conhecidos. As normas devem ser instituídas por meio de um processo democrático que vá ao encontro dos anseios da sociedade. A teoria do discurso defendida por Habermas propõe a construção do ordenamento normativo não apenas a partir de um fundamento único, ou em prescrições arbitrárias, mas sim por meio de uma abertura cognitiva, propiciando participação dos destinatários dessas normas em sua elaboração. Esta construção nos leva a fazer uma nova análise e do pensamento positivista, onde o Juiz é um mero aplicador dos textos legais. O juiz ao proferir sua decisão deve priorizar a participação das partes usando do agir comunicativo proposto por Jürgen Habermas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro; Forense, 1984.

BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. v. 8, n. 16, p. 147-161. Belo Horizonte, 2º sem/2005.

_____. **As reformas do Código de Processo civil e o processo Constitucional**. In: Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e Luciana Diniz Nepomuceno (Org.). **Processo Civil Reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 217-252.

_____. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo no Estado Democrático de Direito. In: Marcelo Campos Gallupo (Organ). **O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006, p.653-663.

_____. Fundamentos do Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. v.7, ns. 13 e 14, p. 150-163. Belo Horizonte, 1º e 2º sem/2004.

_____. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. Capítulos II e III.

CATTONI, Marcelo. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

_____. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 Ed. Coimbra: Almedina, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12 Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. 8 Ed. Elaine Nassif, Campinas: Bookseller, 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 15 Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional-** A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris , Editor,1997,p.15.s

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade.** Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, volume I, p.145/146

MARCONI, M. de A.; LAKATOS, E. M. **Metodologia científica.** São Paulo: Atlas, 2010.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**, 6 Ed. São Paulo: Editora Thomson-IOB, 2005

_____. **Teoria processual da decisão jurídica.** São Paulo: Landy Editora, 2002.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Élio Fazzalari. VirtuaJus: **Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito da PUC – Minas**, Belo Horizonte, a. 2, n. 1, ago. 2003.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Como os juízes decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. **Revista Sequência**, n. 59, p. 61-88,dez. 2009.