

Pacificação Social e Princípio do Contraditório: uma análise a partir da atuação qualitativa da jurisdição

Social Pacification And the Contradictory Principle: an analysis from the qualitative action of the jurisdiction

Renata Nascimento Gomes ¹

RESUMO: Este artigo traz uma abordagem de direito e música, utilizando o princípio do contraditório, o papel do elemento característico da jurisdição de pacificação social no contexto da atuação qualitativa jurisdicional. Pretende-se demonstrar a importância de se analisar de modo consistente a aplicação do princípio do contraditório para a garantia da qualidade da atuação jurisdicional. Parte-se de uma breve investigação e posterior análise do conceito de jurisdição democrática. E, ao encontro desta perspectiva, analisar-se-á o papel do princípio do contraditório, verificando a sua contribuição para a qualidade jurisdicional quando da sua aplicação nas diferentes dimensões, especialmente em relação ao caráter contramajoritário da jurisdição. Como resultado, tem-se que o princípio do contraditório é essencial no Estado Democrático de Direito no que tange à garantia e implementação de direitos fundamentais por meio da atuação jurisdicional, que deve se pautar também em critérios de qualidade, não somente quantitativos. Para tanto, o modelo jurisdicional constitucional democrático, foi utilizado como fundamentação teórica. Como metodologia, a analítica, por meio da técnica de pesquisa bibliográfica jurídica, com aportes nos argumentos em defesa da qualidade na atuação jurisdicional.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio do Contraditório; Jurisdição; Pacificação social;

¹ Mestra em Direito com área de concentração em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional – ABDPC. Professora da Faculdade de Direito do Sul de Minas e do curso de Direito da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Extrema.

Modelo Constitucional Jurisdicional Democrático.

ABSTRACT: This article presents an approach of the contradictory principle, the role of the characteristic element of the jurisdiction of social pacification in the context of the qualitative jurisdictional action. The aim is to demonstrate the importance of consistently analyzing the application of the contradictory principle to guarantee the quality of the judicial proceedings. It begins with a brief investigation and later analysis of the concept of democratic jurisdiction. And, against this perspective, the role of the contradictory principle will be analyzed, verifying its contribution to the jurisdictional quality when applied in the different dimensions, especially in relation to the countermajoritarian character of the jurisdiction. As a result, the contradictory principle is essential in the Democratic State of Law with regard to the guarantee and implementation of fundamental rights through judicial action, which must also be based on criteria of quality, not only quantitative. For this, the democratic constitutional constitutional model was used as theoretical foundation. As methodology, the analytical, through the technique of legal bibliographic research, with contributions in the arguments in defense of the quality in the jurisdictional action.

KEYWORDS: Contradictory Principle; Jurisdiction; Social pacification; Constitutional Constitutional Democratic.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Reconstruindo o conceito de jurisdição. 2. Contraditório: um histórico a partir de suas dimensões. 3. A função contramajoritária da jurisdição. Considerações finais. Referências.

A lei não esgota o Direito, como a partitura não exaure a música. Interpretar é recriar, pois as notas musicais, como os textos de lei, são processos técnicos de expressão, e não meios inextensíveis de exprimir. Há virtuosos do piano que são verdadeiros datilógrafos do teclado. Infiéis à música, por excessiva

fidelidade às notas, são instrumentalistas para serem escutados, e não intérpretes para serem entendidos. O mesmo acontece com a exegese da lei jurídica. Aplicá-la é exprimi-la, não como uma disciplina limitada em si mesma, mas como uma direção que se flexiona às sugestões da vida.²

INTRODUÇÃO

A maioria dos estudos e pesquisas de temas que orbita o direito processual parte de um conceito de jurisdição. Até recentemente, antes do advento do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, a doutrina jurídica brasileira costumava apresentar este conceito a partir de elementos ou características da jurisdição. Esses elementos ou características estavam elencados em uma construção histórica do instituto desde a teoria clássica do direito processual.

Este breve estudo não pretende resgatar toda essa abordagem. O que se objetiva é uma análise crítica sobre essa concepção de jurisdição no contexto atual do Estado Democrático de Direito, utilizando-se do recurso da abordagem do direito e música, trazendo trechos da música “Minha alma (A paz que eu não quero)”³, do grupo O Rappa.

Neste sentido, parte-se de uma breve abordagem dos elementos constitutivos ou característicos da jurisdição ofertados pela doutrina processual clássica. Logo após, passa-se a analisar a importância da aplicação do princípio do contraditório em sua vertente dinâmica, partindo de uma brevíssima reconstrução histórica. Por fim, buscar-se-á uma análise crítica dos institutos e sua adequação em relação ao Estado Democrático de Direito e à atuação contramajoritária da jurisdição.

Para tanto, o modelo jurisdicional constitucional democrático, foi utilizado como fundamentação teórica. Este modelo defende a necessidade de se entender a sistemática jurisdicional a partir da aplicação de modo adequado e consistente a Constituição Democrática, todos os seus princípios e garantias à Jurisdição. Somente com isso se pode garantir a qualidade da atuação jurisdicional.

Este texto traz uma análise jurídica crítica de alguns institutos do direito com

² PORTO, Mario Moacyr. Estética do direito. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte*, Natal, v. 1, n. 1, 1996.

³ Composição: Falcão, Lauro Farias, Marcelo Lobato, Marcelo Yuka e Xandão.

elementos da abordagem de direito e música. Exatamente pela abordagem escolhida, o método analítico se fez necessário. Esta metodologia foi utilizada por meio da técnica de pesquisa bibliográfica, buscando aportes nos argumentos da literatura jurídica, principalmente em defesa da qualidade jurisdicional.

1. RECONSTRUINDO O CONCEITO DE JURISDIÇÃO

*As grades do condomínio não só trazem proteção,
mas também fazem você ficar nesta prisão...*

Giuseppe Chiovenda entendia a atividade jurisdicional é uma atividade substitutiva do Estado pela aplicação do Direito Objetivo ao caso concreto, uma atividade substitutiva da atividade das partes e tendente a atuação da vontade da lei. Segundo Chiovenda: "Pode-se definir a jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torna-la, praticamente efetiva". Para este autor, atividade jurisdicional é diferente da legislativa e executiva. A função do legislativo é criar leis e do juiz é tão somente aplicar as leis e do executivo é executá-las. Não há nenhuma ingerência entre essas atividades, ou seja, há uma separação absoluta de poderes/funções. A concepção de Chiovenda de jurisdição é uma noção privatística, ou seja, é uma teoria voltada para uma compreensão do processo enquanto fenômeno voltado para o direito privado.

Após este momento, a Jurisdição passa a ser concebida como meio de resolução de conflitos e criação de normas no caso concreto. Francesco Carnelutti defendia que a atividade jurisdicional não é tão somente uma atividade de aplicação do Direito ao caso concreto. Assim como Chiovenda, Carnelutti produz uma teoria privatística do processo. A atividade do juiz é uma atividade criadora do Direito porque ao aplicar as leis na sentença o juiz cria normas no caso concreto. Para este autor o Direito não existiria antes do juiz defini-lo em um sentido ou em outro. Além desta capacidade criadora que o juiz deve exercer, a grande finalidade do processo seria a solução da lide. A justa composição da lide. A solução da lide com justiça. Lide para

Carnelutti é o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Conforme este autor, se não houver lide não há razão para o processo. Onde não houver um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida não há verdadeiro exercício de jurisdição, mas sim atividade administrativa de aplicação da lei ao caso concreto. A jurisdição em Carnelutti então cria normas no caso concreto e tem a finalidade de resolver o conflito com justiça.

Posteriormente, o fortalecimento do advento da Constitucionalização do Direito, fez com que a concepção de Jurisdição foi totalmente modificada. A partir de então a Jurisdição passa a ter um viés de garantia de implementação de direitos fundamentais.

Atualmente o papel do juiz é mais complexo. Ele não pode negar todas as decisões que aconteceram no passado. Do mesmo modo, não pode negar a lei. Não pode também negar o entendimento da doutrina sobre aquele determinado instituto jurídico. Além disso ele tem que fazer uma decisão que importe em uma melhoria no sistema sem romper com tudo aquilo que já foi construído. Ele tem que ao mesmo tempo reconstruir o sistema, melhorar o sistema, sem que ele crie, de modo solipsista, nada novo. Isso porque o juiz só vai interpretar, reinterpretar e aplicar a normatividade. Mas isso sabendo existem limites, que existem bases que ele deve respeitar. A sua decisão deve permitir que o Direito se mantenha em constante construção e evolução. Deve se portar como garantidor de direitos fundamentais.

O Processo deve ser eficiente, funcional. Deve gerar impacto, deve gerar resultados práticos, mas também deve ser legítimo, ou seja, as decisões devem respeitar os limites de legitimidade. O sistema deve ser lido a partir da Constituição. Os processos devem operar no plano da instrumentalidade técnica.

A consequência mais visível da instrumentalidade técnica reside na busca incansável de adequação do processo, enquanto forma, ao direito material que ele visa servir, cumprindo, pela inserção de valores constitucionais no conteúdo de suas normas, o papel de instrumento do Estado para que seja alcançada a máxima eficiência da prestação jurisdicional. Por isso, os institutos processuais devem ser interpretados à luz destes objetivos, ou seja, com uma visão exterior que concebe o meio com vistas ao fim.

O conteúdo da ciência processual se publiciza, priorizando-se o prisma que vislumbra no exercício da jurisdição um interesse preponderante do Estado. A jurisdição não apresenta, sob este ponto de vista, o caráter secundário, porque nela não se está buscando prioritariamente a guarida dos interesses das partes, mas sim o

interesse maior da sociedade.

Os princípios devem ser lidos de modo que se alcance o máximo de eficiência no plano concreto. A expansividade significa que o legislador deve criar procedimentos que se adaptem a cada litígio, a cada conflito específico no ordenamento jurídico brasileiro. A variabilidade é a adaptabilidade, a adequabilidade do processo com o direito material. A perfectibilidade quer dizer que o legislador ordinário pode e deve ampliar, deve tornar mais efetivo o Direito Processual Constitucional. Ou seja, o legislador ordinário deve ampliar a própria eficiência do Direito.

A doutrina atual apresenta como primeiro elemento constitutivo ou característico da Jurisdição, fundada na doutrina clássica processual, a Jurisdição como uma atuação estatal. Jurisdição então é a atuação estatal que se desenvolve pelo processo. Ou seja, o processo é o que instrumentaliza a jurisdição. A jurisdição é privativa do Estado. A jurisdição não se resume a uma mera participação do Estado. Se o agente que decide o conflito for um juiz, membro do Poder Judiciário, então, trata-se de jurisdição. A jurisdição é a única maneira que o Estado tem de resolver os conflitos.

Jurisdição como aplicação do direito objetivo ao caso concreto

O que se entende por aplicação do direito objetivo ao caso concreto vai variar conforme o paradigma processual/estatal. Se estivermos falando dessa aplicação num paradigma liberal, significaria o mero “transcrição” do texto da lei para a sentença, como uma simples operação de silogismo. Por outro lado, se o paradigma for o social, a aplicação do direito ao caso concreto já assume outro significado: passa-se a pensar em questões de justiça. Ou seja, o juiz ao decidir vai procurar usar o direito para assegurar a justiça social, e não somente a segurança jurídica.

Para Giuseppe Chiovenda, a aplicação do direito objetivo ao caso concreto é a atuação da vontade concreta da lei: “Pode se definir jurisdição como função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos.” A teoria de Chiovenda sobre a jurisdição parte da premissa de que a lei, norma abstrata e genérica, regula todas as situações que eventualmente ocorram em concreto, devendo o Estado, no exercício da jurisdição, limitar-se à atuação da vontade concreta do direito objetivo. Em outras palavras, limita-se o Estado, ao exercer a função jurisdicional, a declarar direitos preexistentes e atuar na prática os comandos da lei.

Outro elemento constitutivo ou característico da Jurisdição traz a Jurisdição como único meio de resolução do conflito com definitividade. A jurisdição é o único

meio estatal de tornar uma decisão imutável. Somente na jurisdição se pode falar em coisa julgada material. Através do processo, do trânsito em julgado de uma sentença também se obtém a segurança jurídica. Coisa julgada material só se opera sob uma decisão definitiva estatal proferida em sede jurisdicional.

O último elemento característico ou constitutivo ofertado pela doutrina apresenta a Jurisdição como mecanismo de pacificação social. O Estado, através da jurisdição e do processo, estabiliza a ordem jurídica e pacifica a sociedade. Consiste em promover o bem comum, com a pacificação, com justiça, pela resolução dos conflitos, além de incentivar a consciência dos direitos próprios e garantir o respeito aos bens e direitos alheios. É assim que o Estado garante a vida em sociedade.

Por meio da pacificação dos conflitos, o Estado garante a pacificação social. No entanto, se questiona se o simples término de um processo ou procedimento, aqui entendido como um mero instrumento, é capaz de pacificar efetivamente o conflito. E ainda, se o que se entende por pacificação considera as diferenças intrínsecas entre os contextos e necessidades sociais e individuais dos jurisdicionados, bem como a complexidade dos conflitos.

2. CONTRADITÓRIO: UM HISTÓRICO A PARTIR DE SUAS DIMENSÕES

*A minha alma está armada e apontada para a cara
do sossego. Pois paz sem voz não é paz, é medo...
É pela paz que eu não quero seguir admitindo...*

Conforme o inciso LV do artigo 5º da Constituição da República de 1988, tem-se que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Pode-se construir um histórico do Contraditório a partir da descrição de suas dimensões: bilateralidade da audiência, paridade de armas e garantia de influência e não surpresa. A primeira delas, a bilateralidade da audiência é uma dimensão formal que significava tão somente uma mecânica contraposição de direitos e obrigações, ou seja, a possibilidade de oferecer reação. Esta é a versão mais fraca do princípio.

Já a segunda dimensão, denominada paridade de armas, é uma dimensão

material que se preocupa em oferecer condições iguais de reação para garantir a simetria do processo. É nesta dimensão que aparece a ideia de jurisdição relacionada à justiça social, ao acesso à justiça.

A terceira e última dimensão do contraditório, a dimensão da garantia de influência e não surpresa, é a versão dinâmica do princípio. Está inserida no contexto da Constituição de 1988 e, expressamente, no novo Código de Processo Civil. Esta dimensão está inserida na leitura macroestrutural de processo, quer dizer, o contraditório deve ser entendido e aplicado em conjunto com os demais princípios, sem nenhuma espécie de hierarquização ou prevalência.

É a partir do contraditório que se garante que a decisão será formada de modo democrático e não solipsista. Neste contexto democrático de processo o juiz deve levar em consideração os argumentos levados ao processo pelas partes e a sentença deve ser fundamentada a partir do que foi debatido no processo.

3. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DA JURISDIÇÃO

*... procurando novas drogas de aluguel
neste vídeo coagido.*

Com a ampliação do acesso à justiça e a entrada de novos direitos dotados eficácia plena e mecanismos de garantia em nossa ordem jurídica após a Constituição Federal de 1988, na atividade jurisdicional não é incomum situações de enfrentamento que representam a relação de permanente tensão entre a Democracia e a Constituição.⁴

O caráter majoritário das leis bem como de políticas públicas são o resultado de escolhas políticas fundadas na Democracia, como vontade da maioria, da soberania popular. Por outro lado, a Constituição representa a defesa das minorias contra a maioria atual. Nesse sentido, a Jurisdição atua como instrumento de proteção e garantia dos direitos das minorias, exercendo um papel contramajoritário, como resposta aos

⁴ Essa relação constante de tensão entre a Democracia e a Constituição ou o próprio Constitucionalismo, não é sinônimo de crise. É sim uma condição essencial para a manutenção da Democracia. O caráter protetivo, contramajoritário, da Constituição está lastreado no histórico de conquistas dos Direitos Humanos, do Constitucionalismo. E esse “pacote” de direitos e garantias não pode ser suprimido, somente aumentado. E essa defesa contra o retrocesso não pode ser ignorada nem mesmo por um novo Poder Constituinte.

ditames constitucionais dos princípios, dos direitos fundamentais individuais e do caráter plural da sociedade.

Aqui se faz uma importante ressalva: não existe garantia de permanência no espaço majoritário. São situações eventuais, mutáveis, como pressuposto do respeito à igualdade e liberdade constitucionais. Por esse motivo, as minorias são dotadas de mecanismos de defesa, através do Judiciário, para evitar o descumprimento da Constituição. Caso contrário, a própria democracia pode ser transformada em ditadura da maioria.

Como exemplo do caráter contramajoritário da Constituição e do Judiciário, podemos citar a impossibilidade de se implementar a pena de morte no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda que a maioria assim o deseje, a Constituição proíbe e o Judiciário, através do controle de constitucionalidade, impede⁵.

Um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição Federal de 1988, traz a ideia da separação de poderes, do sistema de freios e contrapesos, concebido com a finalidade de assegurar a liberdade dos indivíduos, garantir a eficiência e, ao mesmo tempo, controlar o poder do Estado.

Mas esse sistema não pode ser lido de maneira rígida e estanque, como uma separação absoluta de funções, como na perspectiva liberal de Estado, em que o Estado deve se abster de interferir na esfera privada do cidadão. Mas também não pode ser desrespeitado. Pode se dizer então que o sistema de separação de funções deve funcionar de maneira dinâmica, em conjunto, equilibradamente. Até porque, no Estado Democrático de Direito os ideais das matrizes liberal e social devem necessariamente conviver de forma harmônica.

Sabe-se, entretanto, que a omissão de um dos poderes tem potencial de causar inúmeros prejuízos à sociedade, restringindo direitos garantidos constitucionalmente.

A opção da Constituição de 1988 pela inserção explícita de um conjunto dos Direitos Fundamentais, inclusive sociais e da normatividade dos princípios constitucionais, conferiu ao Poder Judiciário concomitantemente uma competência legítima e inafastável para atuar como verdadeiro garantidor dos Direitos Fundamentais.

No entanto, em respeito à ordem Democrática, ao judiciário, não cabe o papel de sobreposição, de maneira absoluta, em caráter permanente, quanto aos demais

⁵ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Processo Constitucional: Uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, p.223-249 v. IV, ano 3, jul./dez. 2009, p.229.

poderes/funções:

Tal fato, entretanto, se mostra problemático e, ainda que possa ser uma necessidade para casos emergenciais, não pode ser tido como uma opção de longo prazo. Pretensões a direito devem passar pela arena pública de discussão e formação da vontade pública institucionalizada (Parlamentos), lugar onde os mais variados temas podem ser debatidos por partidos políticos de diferentes ideologias. **Casos urgentes podem (e devem) receber “proteção” do Judiciário, mas haverá uma confusão entre “questões de princípio” e “questões de política” se a arena representativa for relegada a segundo plano e o Judiciário transformado em promotor de políticas públicas.**⁶ [grifo nosso]

Assim, é necessário considerar o caráter instrumental e estratégico das políticas públicas, que são os meios para a consecução dos objetivos constitucionais, pressupondo atividade vinculada de planejamento. Envolve dispêndio de dinheiro público, que são limitados, e ainda implicam a realização de escolhas. Nesse sentido, devem atuar de forma abrangente, sistemática e eficiente. Por esse motivo, o processo de criação e execução de políticas públicas depende de uma tramitação democraticamente legítima.

Percebe-se a instauração de um verdadeiro e complicado impasse: dada a necessidade de “ingerência” do Poder Judiciário no espaço eminentemente político, como resolver o problema da legitimidade das decisões judiciais?

Ainda que o Poder Judiciário tenha legitimidade para atuar no sentido de garantir o cumprimento da Constituição, o Poder Legislativo e o Executivo não estão excluídos do seu papel nem isentos de responsabilização. Nesse sentido, Sarlet, acerca do direito à saúde, enfatiza a necessidade de uma política de direitos fundamentais, que ele denomina uma “convergência de vontades”:

[...] a efetividade dos direitos fundamentais em geral (e não apenas dos direitos sociais a prestações) não se alcança com a mera vigência da norma e, portanto, não se resolve no plano exclusivamente jurídico, transformando-se em um problema de uma verdadeira política dos direitos fundamentais.⁷

Ocorre que, atualmente, estamos vivendo uma verdadeira “crise das instituições”. O fenômeno da “judicialização da política” pode ser entendido como uma

⁶ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Crise da Democracia Representativa – Infidelidade partidária e seu reconhecimento judicial. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n.100, p. 57-84, jan./jun. 2010.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n.10, jan. 2002. p.16. Disponível em: <>. Acesso em:

resposta à ineficiência do Executivo e inércia do Legislativo.

Argumenta-se que parcela da sociedade fica à margem do processo deliberativo e decisório exatamente por não conseguir ser ouvida, ou se fazer representar politicamente:

No que toca ao Legislativo, lugar de excelência de discussão (e decisão) das questões políticas, sua posição refratária o impede de funcionar como “caixa de ressonância comunicativa”, não exercendo o que ademais Habermas chama de “sistemas de eclusas”.⁸

Ou seja, o Parlamento se abstém de legislar, de discutir sobre questões controvertidas, com o receio de diminuir sensivelmente a sua possibilidade de reeleição. Dessa forma, não cumpre a sua função, não representa seus eleitores. No Brasil, o eleitor vota no candidato, não no partido. Os partidos políticos perderam a sua identidade.

Além disso, não contamos com uma agenda para sabermos de antemão quais projetos de lei, que temas serão discutidos no parlamento, como ocorre, por exemplo, em Portugal. Assim, como podemos esperar que o eleitor vote com responsabilidade e consciência? E mais, como reconhecer nas leis os interesses das minorias social, econômica, cultural, politicamente marginalizadas?

Em relação à atuação do Executivo, a ausência de “mecanismos de responsabilização jurídica e política”, que, em alguma medida, poderiam ser utilizados inclusive para o Legislativo, engessa o administrador público. Isso porque, aprovada a lei que impõe determinada política pública, por força do princípio constitucional da legalidade estrita da administração pública, ao administrador público não resta alternativa além do seu fiel cumprimento.⁹

Ressalta-se que a democracia não pode ser vista como “tirania da maioria”, mas, nos dizeres de Habermas, como “o resultado provisional de uma permanente formação discursiva da opinião”¹⁰ (tradução livre). Neste mesmo sentido, argumenta-se que garantindo direitos às minorias, garante-se o direito de todos, porque os direitos

⁸ FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros. (coord.) *Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 101-125, 2012. p. 113.

⁹ FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros. (coord.) *Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 101-125, 2012. p.114.

¹⁰ Em original: “el resultado provisional de una permanente formación discursiva de la opinión”. (HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998)

fundamentais são constitutivos da democracia ¹¹, não podendo ser concebida uma Democracia que não seja constitucional.¹²

A aposta cega no Judiciário para se alcançar o aumento do acesso e efetividade dos direitos fundamentais, como se apreende da história da atividade jurisdicional até mesmo dos tribunais superiores, é, no mínimo, uma aposta equivocada. Não é incomum o Judiciário funcionar como verdadeiro obstáculo aos avanços democráticos.

E aqui também é válido dizer que o Judiciário não raras vezes atua interferindo de forma “solipsista” ¹³ na esfera da Administração Pública, obrigando o gestor a implementar, em caráter de urgência, determinada política pública, desrespeitando o processo licitatório, muitas vezes comprometendo todo orçamento, a eficiência de sua atividade e, por consequência, o interesse público.

E, ainda que, em consonância com os ditames constitucionais do Estado Democrático de Direito, a leitura adequada do “interesse público” não seja mais a partir da perspectiva dogmática tradicionalmente defendida pela doutrina, aquela que defendia a aplicação do interesse público com um princípio implícito dotado de supremacia em caráter absoluto¹⁴, também o interesse motivador da sentença, ainda que um direito fundamental, não tem prevalência de “per si”.¹⁵

Necessário, portanto, a apreciação do caso concreto. E, em respeito ao Contraditório¹⁶, a discussão técnica e participada levada a cabo via processo é condição de validade, legitimidade e eficácia para a formação da decisão, mesmo que posteriormente ao deferimento da medida, nos casos em que faça jus a sua concessão.

¹¹ “12. [...] o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualdade jurídica. [...] Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de ‘promover o bem de todos’ [...]. 13. ‘Bem de todos’, portanto, constitucionalmente versado como uma situação jurídica ativa a que se chega pela eliminação do preconceito de sexo. Se se prefere, ‘bem de todos’ enquanto valor objetivamente posto pela Constituição para dar sentido e propósito ainda mais adensados à vida de cada ser humano em particular, como reflexos positivos no equilíbrio da sociedade” [trecho do voto do Min. Relator, no julgamento da ADPF 132 e ADIN 4277].

¹² FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros. (coord.) *Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 101-125, 2012. p.114.

¹³ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

¹⁴ SARMENTO, Daniel. (Org.) *Interesses Públicos versus interesses privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

¹⁵ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ: Conflito entre Interesses Público e Privado*. Curitiba: Juruá, 2009.

¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do Contraditório: tendências de mudança de sua aplicação. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. Pouso Alegre. v.28. p.177- 206, jan./jun. 2009.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após este breve estudo, compreende-se que a jurisdição atualmente não pode mais ser entendida como um mero meio de resolução de conflitos com definitividade, nem como a atividade estatal que aplica o direito objetivo ao caso concreto para a pacificação social. A jurisdição, nos moldes do Estado Democrático de Direito, deve ser entendida como locus de garantia e implementação de direitos fundamentais.

Depositar no Judiciário todas as esperanças para se alcançar o aumento do acesso e efetividade dos direitos fundamentais, como se apreende da história da atividade jurisdicional até mesmo dos tribunais superiores, é, no mínimo, uma atitude equivocada. Isso porque o Judiciário pode inclusive funcionar como verdadeiro obstáculo aos avanços democráticos.

Não é incomum que o Judiciário atue no exercício de suas funções jurisdicionais de forma inadequada no que tange à Administração Pública, interferindo de forma “solipsista”, obrigando o gestor a implementar, em caráter de urgência, políticas públicas, ainda que desrespeitando o processo licitatório e comprometendo todo orçamento, bem como a eficiência da gestão pública e, por consequência, do interesse público.

O Estado Democrático de Direito faz com que a leitura adequada do “interesse público” não seja mais a partir da perspectiva dogmática tradicionalmente defendida pela doutrina, aquela que defendia a aplicação do interesse público com um princípio implícito dotado de supremacia em caráter absoluto, também o interesse motivador da sentença, ainda que um direito fundamental, não tem prevalência absoluta. Necessário, portanto, a apreciação do caso concreto.

O princípio do contraditório, conforme exposto, em sua dimensão dinâmica, ou seja, como garantia de influência e não surpresa, além de ser um direito fundamental disposto no art. 5º da Constituição Federal, é um elemento essencial para a atuação jurisdicional no Estado Democrático de Direito. Sua importância assume grau ainda mais elevado no que tange à garantia e implementação de direitos fundamentais por meio da jurisdição. E esta atuação deve se pautar também em critérios de qualidade, ou seja, adequados à legitimidade democrática, e não somente quantitativos no contexto do modelo jurisdicional constitucional democrático. Assim, em respeito ao Contraditório, a

discussão técnica e participada, interdependente e policêntrica, levada a cabo via processo é condição de validade, legitimidade e eficácia para a formação da decisão.

REFERÊNCIAS

FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros. (coord.) *Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 101-125, 2012.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ: Conflito entre Interesses Público e Privado*. Curitiba: Juruá, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. v. I. Trad. Hitomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1988.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Crise da Democracia Representativa – Infidelidade partidária e seu reconhecimento judicial. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n.100, p. 57-84, jan./jun. 2010.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Processo Constitucional: Uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, p.223-249 v. IV, ano 3, jul./dez. 2009.

PORTO, Mario Moacyr. Estética do direito. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte*, Natal, v. 1, n. 1, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n.10, jan. 2002.

SARMENTO, Daniel. (Org.) *Interesses Públicos versus interesses privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do Contraditório: tendências de mudança de sua aplicação. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. Pouso Alegre. v.28. p.177- 206, jan./jun. 2009.