

CLÁUDIO LADEIRA DE OLIVEIRA

**MORALIDADE E JURISDIÇÃO: A COMPREENSAO
PROCEDIMENTALISTA DO DIREITO EM JÜRGEN
HABERMAS.**

Florianópolis
Janeiro de 2006

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**MORALIDADE E JURISDIÇÃO: A COMPREENSÃO
PROCEDIMENTALISTA DO DIREITO EM JÜRGEN
HABERMAS.**

Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Programa de Doutorado vinculado ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção do Título de Doutor em Direito.

Cláudio Ladeira de Oliveira.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio U. Cademartori

Florianópolis
Janeiro de 2006.

MORALIDADE E JURISDIÇÃO: A COMPREENSÃO PROCEDIMENTALISTA DO DIREITO EM JÜRGEN HABERMAS.

Cláudio Ladeira de Oliveira

Esta tese foi julgada aprovada para a obtenção do Título de Doutor em Direito pelo Curso de Pós- Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 13 de Fevereiro de 2006

Banca examinadora.

Prof. Dr. Sérgio U. Cademartori
presidente

Prof. Dr. José Lamego
Membro

Prof. Dr. Delmar Volpato Dutra
Membro

Prof. Dr. Aílton Barbieri Durão
Membro

Prof. Dr. Argemiro Cardozo M. Martins
Membro

Prof. Dr. Orides Mezzaroba
Coordenador do Curso de
Pós-Graduação em Direito

Lista de abreviaturas

(Adq)	Princípio de adequação
(D)	Princípio do discurso
(De)	Princípio da democracia
(U)	Princípio de universalização
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ATI	Acordos Teóricos Incompletos – Incompletely Theorized Agreements.
BVerfGE	Bundesverfassungsgericht - Tribunal Constitucional Federal (Alemanha)
CCB	Código Civil brasileiro, lei nº 10.406/2002
CLS	Critical Legal Studies
CPB	Código Penal brasileiro, Decreto-lei nº 2.848/1940
CR/88	Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988
EC	Emenda constitucional à CR/88
FG	HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und das demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.
HC	Habeas Corpus
IPTU	Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana.
LF	Lei Fundamental da Republica Federal da Alemanha
PJL	Paradigma jurídico liberal.
PJP	Paradigma jurídico procedimental.
PJS	Paradigma jurídico social.
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal (Brasil)
TCE	Tese do “caso especial”.
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.
TKH I e II	HABERMAS, Jürgen. Theorie des Kommunikativen Handels. 2 vols. Frankfurt:
TPC	Tese das pretensões conflitantes de segurança jurídica e correção normativa
TPR	Tese da distinção estrutural entre princípios e regras
TPV	Tese da ponderação de valores
TrFG I e II	HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. trad. Flávio Beno Siebeneichler, 2 vols. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, tradução de FG.
TrTKH I e II	HABERMAS, J. Teoria de la Acción Comunicativa, 2 vols. Madrid: Taurus, 1987, tradução de TKH.
TSE	Tribunal Superior Eleitoral (Brasil)

“Até que ponto esses argumentos realmente geram as decisões ou simplesmente servem para decorá-las, é algo desconhecido.”
Frank Michelman.¹

¹ “How much these legal arguments cause the decisions of judges and how much they merely decorate them is unknown”. MICHELMAN, Frank. **Brenan and Democracy**, p. 3

Aos meus pais, Plácido e Livia e à minha tia, Stela.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Plácido Manoel de Oliveira e Livia Cortes Ladeira de Oliveira, minha irmã Caroline Ladeira de Oliveira e minha tia Stela Cortes Ladeira (*in memoriam*), pelo amor infinito e pelos exemplos que pude receber em todos estes anos, presenças constantes mesmo diante de minha ausência forçada. Como tudo o mais em minha vida, este trabalho não haveria sido possível sem seu companheirismo e compreensão.

À minha namorada Larissa Tenfen Silva, por seu amor e dedicação, sempre presentes e tanto maiores quanto maiores eram as dificuldades. Tê-la a meu lado nestes anos permitiu-me um aprendizado constante com uma crítica sempre atenta e sincera. A felicidade de dispor de sua companhia foi uma constante durante os anos de realização deste trabalho.

A Alzira Tenfen Silva e Alonso Marques Silva, por todo o carinho que me dedicaram e a inestimável ajuda recebida durante a realização deste trabalho.

Ao meu orientador professor Dr. Sérgio Cademártori, pela amizade e empenho dedicados durante todos os anos de realização deste doutorado.

Ao meu co-orientador prof. Dr. José Lamego, cujo auxílio tornou minha estadia em Lisboa, durante a realização do estágio de doutorado em 1994, um momento único em minha vida acadêmica. Dificilmente seria possível fazer justiça à atenção por ele dedicada, seja disponibilizando uma farta bibliografia, seja fornecendo todos os meios que pudessem de algum modo auxiliar esta pesquisa. Tento expressar minha gratidão na forma de uma sincera amizade e respeito acadêmico.

Ao professor Dr. Delamar Volpato Dutra, pelas críticas rigorosas e auxílio por ele prestados já desde os anos anteriores ao início deste doutorado, quando ainda me encontrava nos meses iniciais de realização do mestrado. Sua amizade, que desde então tenho tido o privilégio de compartilhar, e sua exemplar seriedade profissional, foram incentivos imprescindíveis à realização desta pesquisa.

Ao prof. Dr. Ailton Barbieri Durão, pelas críticas recebidas durante a conclusão desta pesquisa.

Aos amigos Luís César Pereira Lima, David Pardo, Guilherme Soares e Márcio Augusto pelo inestimável apoio prestado durante todos estes anos.

À sr^a Alda, sr. Joaquim, sr^a Joquina, Roberto Denis Machado e Ney Bello e família, pelo apoio recebido durante minha estadia em Lisboa.

Ao CNPq, pela concessão da bolsa de pesquisa para realização do doutorado, inclusive do estágio na Universidade de Lisboa.

À Universidade Federal de Santa Catarina e ao Curso de Pós-Graduação em Direito, pela oportunidade de um ensino público e de qualidade.

Aos funcionários do CPGD-UFSC, pela atenção recebida, especialmente a Marcos, Douglas, Telma, Carla.

RESUMO

A presente tese de doutorado sustenta que a teoria discursiva do Direito, apresentada por Jürgen Habermas, carece de desenvolvimento teórico e prático em seu tratamento da prática de interpretação e aplicação de normas jurídicas. É necessário afastar o potencial conflito entre distintas interpretações sobre a legitimidade dos tribunais, especialmente com competências constitucionais, frente às decisões políticas dos poderes legislativo e executivo. Habermas apresenta (i) rigorosos critérios deliberativos cuja efetiva presença, nos procedimentos democráticos, é uma condição para a legitimidade da legislação; (ii) afirma que as decisões judiciais devem satisfazer critérios de “aceitabilidade racional”, apoiando-se neste ponto – ao menos parcialmente – no modelo de interpretação construtiva de Ronald Dworkin; e (iii) rejeita modelos preferencialmente ativistas de atuação dos tribunais (como apresentado por exemplo por Ronald Dworkin), apontando os riscos inerentes à “judicialização” da política. O problema é que, se for possível demonstrar que os exigentes critérios discursivos de legitimidade do direito não foram satisfatoriamente desempenhados, isso não justificaria um modelo de atuação judicial mais “ativista” do que o aceito explicitamente por Habermas? Não haveria então um conflito entre os exigentes critérios discursivos da “democracia deliberativa” e o modelo de “auto-restrição” por ele defendido? Ou, especialmente, entre a referência ao modelo de interpretação construtivista de Dworkin e a rejeição de um modelo de atuação judicial ativista? Se é aceita a validade do modelo de interpretação construtiva com referência a princípios e também é aceita a tese quanto à necessidade de aliviar a sobrecarga moral deste modelo mediante o recurso aos procedimentos democráticos de deliberação, então a teoria do discurso pode recorrer à idéia de um “minimalismo” interpretativo que visa promover a democracia deliberativa (Cass Sunstein). Ao fazê-lo a teoria do discurso não apenas se beneficia de uma abordagem jurisprudencial, tornando-se capaz de apresentar resultados empíricos, como também fornece argumentos acadêmicos capazes de suportar uma prática jurisprudencial minimalista.

Abstract

The present PhD thesis argues that Jürgen Habermas' theory of Discursive Law lacks both theoretical and practical development in its approach to the use of interpretation and application of judicial norms. It's necessary to avoid the potential conflicts between the two different interpretations of the legitimacy of courts (especially with constitutional competencies), in relation to the political decisions of the executive and legislative branches. Habermas presents (i) rigorous deliberations criteria, which effective presence in the democratic process is a condition to the legitimacy of the legislation; (ii) affirms that the legal decisions must meet the criteria of Reasonable Acceptability – based, at least partially, on Ronald Dworkin's model of Constructive Interpretation; and (iii) rejecting activist models of court action (like the one presented by Ronald Dworkin for example), pointing out the inherent risks to the “judicialization” of politics. The question is: if it is possible to demonstrate that the demanding discursive criteria of the legitimacy of law were not effective, wouldn't that justify a judicial model of action more activist than the one accepted by Habermas? Wouldn't there be then a conflict between the discursive criteria of the “deliberative democracy” and his model of “self-restriction”? Or between the reference to the model of Constructive Interpretation of Dworkin and the rejection of a more activist judicial model? If both, the validation of the model of Constructive Interpretation in which refers to principles, and also the thesis about the need to reduce the moral load of this model through democratic processes of deliberation, are accept. Then the theory of the speech can appeal to the idea of an interpretative “minimalism” that intend to promote the deliberative democracy (Cass Sunstein). And by doing so, that theory not only profits from a jurisprudential approach, by being capable of presenting empirical results, but also provides academical arguments able to support a minimalist jurisprudential practice.

SUMÁRIO75

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO 1. AÇÃO SOCIAL, RACIONALIDADE E DISCURSO.....	17
1.1. AS “MODESTAS” TAREFAS DA FILOSOFIA.....	17
1.2 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE O CONCEITO DE RACIONALIDADE.....	21
1.3 WEBER E HABERMAS.....	26
1.4 OS TIPOS DE RACIONALIDADE.....	30
1.4.1 Racionalidade discursiva.....	33
1.4.2 Racionalidade epistêmica.....	40
1.4.3. Racionalidade teleológica.....	42
1.4.4. Racionalidade comunicativa.....	43
1.5. OS USOS DA LINGUAGEM.....	47
1.5.1 Uso não-comunicativo da linguagem.....	48
1.5.2 Uso comunicativo da linguagem.....	49
a) Ação comunicativa fraca.....	50
b) Ação comunicativa forte.....	51
1.5.3 Uso orientado às conseqüências.....	52
a) Ação estratégica latente.....	52
b) Ação estratégica manifesta.....	52
1.5.4 Tipologia das ações e usos da linguagem.....	54
1.6 O DISCURSO RACIONAL.....	54
CAPÍTULO 2 – A JUSTIFICAÇÃO DISCURSIVA DA MORAL E DO DIREITO.....	64
2.1 ÉTICA DO DISCURSO.....	64
2.2 UMA DEFESA DA ÉTICA DISCURSIVA PELA COMPARAÇÃO COM A TEORIA DA VERDADE.....	65
2.3 UMA DEFESA DA ÉTICA DISCURSIVA MEDIANTE UMA TEORIA DA FUNDAMENTAÇÃO MORAL.....	75
2.4 PRINCÍPIO DA DEMOCRACIA (DE).....	92
2.5. UM “REPUBLICANISMO KANTIANO”: A POLÍTICA DELIBERATIVA.....	95
CAPÍTULO 3. A TESE DA RELAÇÃO COMPLEMENTAR ENTRE “MUNDO DA VIDA” E SISTEMA E SUAS CONSEQÜÊNCIAS PARA A TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO.....	129
3.1 INTRODUÇÃO.....	129
3.2 A RELAÇÃO COMPLEMENTAR ENTRE SISTEMA E MUNDO DA VIDA (LEBENSWELT).....	130
3.3 “MUNDO DA VIDA” E HERMENÊUTICA JURÍDICA.....	148
3.3.1 Risco de idealização.....	148
3.3.2 Risco de conservadorismo.....	162
3.4 A TEORIA DOS SISTEMAS E O RISCO DE “FALSO REALISMO”.....	168
CAPÍTULO 4. RACIONALIDADE E DISCURSOS DE ADEQUAÇÃO DE NORMAS	178
4.1 INTRODUÇÃO.....	178
4.2 SEGURANÇA JURÍDICA E CORREÇÃO NORMATIVA (TPC).....	179
4.3 TESE DA DISTINÇÃO ESTRUTURAL ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS. (T _{PR}).....	185
4.4. A TESE DA “PONDERAÇÃO DE VALORES” COMO SOLUÇÃO DE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS (T _{PV}).....	197
4.5 A TESE DO CASO ESPECIAL (T _{CE}).....	205
4.6 A TESE DO PRINCÍPIO DE ADEQUAÇÃO (TADQ).....	211
4.7 CONCLUSÃO.....	214
CAPÍTULO 5. MINIMALISMO JUDICIAL E RACIONALIDADE DISCURSIVA DO DIREITO	225
5.1 INTRODUÇÃO.....	225
5.2 DIREITO COMO “INTEGRIDADE” E A LEITURA MORAL DA CONSTITUIÇÃO.....	231
5.3 HABERMAS E DWORKIN.....	245

5.3.1 <i>As razões de uma similitude</i>	245
5.3.2 <i>Dworkin versus Habermas: as razões de uma distinção</i>	248
5.4 O MINIMALISMO JUDICIAL.	248
5.4.1 <i>O problema das divergências teóricas na jurisprudência</i>	268
5.4.1 <i>O procedimento do Minimalismo</i>	271
5.4.2 <i>O Conteúdo do Minimalismo</i>	284
5.4.3 <i>“Minimalismo” e “maximalismo.”</i>	287
5.5. A DISCURSIVIDADE DO “MINIMALISMO”.....	290
5.6 ESTUDO DE CASOS.....	293
5.6.1 <i>STF – 2ª turma. HC nº 73662-9</i>	293
5.6.2 <i>União civil entre homossexuais</i>	299
5.6.3 <i>O IPTU progressivo</i>	302
5.7. A COMPREENSÃO PROCEDIMENTALISTA DO DIREITO	304
CONCLUSÃO	313
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	320

INTRODUÇÃO

A obra do filósofo alemão Jürgen Habermas, desenvolvida a partir do início da segunda metade do século XX, possui uma rara amplitude em espécies de argumentos, áreas de abrangência acadêmica e objeções contra ela levantadas. E com a publicação de “Faktizität und Geltung”² em 1992 seu trabalho passa a tratar explicitamente da teoria do direito, a qual – como o próprio autor confessa no prefácio da obra – o surpreendeu pela qualidade dos argumentos teóricos disponíveis, levando-o a aprofundar-se numa área de pesquisa para ele até então inédita. Não que anteriormente a FG não fosse possível ao pesquisador, com interesse, no fenômeno jurídico extrair diretamente ou desenvolver a partir de sua obra abordagens frutíferas acerca das estruturas jurídicas nas sociedades modernas, especialmente as sociedades do ocidente desenvolvido. O que é verdadeiramente inédito a partir de FG é que Habermas tenha pretendido assumir, ao menos em grande parte da obra, o papel de participante em debates específicos da teoria do direito, concernentes especialmente às questões de fundamentação dos sistemas jurídicos, à aplicação de normas pela jurisprudência e – novidade maior – à legitimidade de tribunais para exercer o controle de constitucionalidade dos poderes legislativo e executivo. Ora, marcante em sua obra é a pretensão de desenvolver uma teoria social que seja não apenas “descritiva” mas também “normativa”, que possa ser útil à compreensão de fenômenos sociais ao mesmo tempo em que fornece padrões com os quais possamos criticar os obstáculos sociais existentes ao desenvolvimento progressivo de instituições e formas de vida emancipadas. Assim, a partir de FG, temas como a justificação e aplicação de normas jurídicas passam a fazer parte explicitamente deste projeto normativo: a realização de formas de vida emancipadas é um tema que também é diretamente acessível a partir dos debates característicos da filosofia do direito.

É comum – e correto – afirmar que a teoria do direito desenvolvida por Jürgen Habermas, entre outras características, justifica um modelo de controle de

² HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung: beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, doravante FG. Edição brasileira: HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. trad. Flávio Beno Siebeneicheler, 2 vols. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, doravante TrFG I e II.

constitucionalidade segundo o qual o tribunal possui legitimidade para intervir nas decisões dos poderes legislativo e executivo apenas nas hipóteses em que as condições deliberativas do próprio processo político democrático estejam em jogo. Mas o que exatamente isso significa, caso a pretensão seja adotar o modelo da teoria discursiva do direito como critério para a tomada de decisões em “casos difíceis” (*hard cases*) de aplicação de normas? Se é certo que Habermas pretende desenvolver uma compreensão procedimentalista do direito e da política a definição deste aspecto normativo de sua teoria não permite ainda extrair diretamente conseqüências práticas. Assim, a questão cuja solução é o objetivo do presente trabalho pode ser enunciada do seguinte modo: como é possível que juristas possam extrair, a partir da compreensão procedimentalista do direito delineada em FG, conseqüências práticas, expressas na forma de modelos relativamente concretos para tomada de decisão em casos controversos de aplicação normativa. Ora, tal problema não resulta apenas do nível teórico de abstração com o qual tal compreensão procedimentalista é originalmente formulada, mas também do significado mesmo de algumas das teses formuladas por Habermas em FG. Especificamente, não é isenta de contradição a tentativa de conjugar o modelo construtivista apoiado em princípios no sentido de Dworkin (capítulo 5 de FG) e o modelo procedimentalista de controle judicial de constitucionalidade das leis (capítulo 6 de FG). A tentativa de solução para tais problemas, desenvolvida no presente trabalho, busca retomar aspectos de modo coerente algumas teses centrais da teoria do discurso, formuladas anteriormente e posteriormente a FG, de modo que uma série de princípios coerentes possam ser apresentados como padrões relativamente mais concretos de interpretação, justificáveis pela teoria do discurso.

Especificamente no que toca ao caso brasileiro, tal questão pode ser considerada frutífera teórica e praticamente, uma vez que a Constituição da Republica Federativa do Brasil promulgada em 1988³ resguarda um extenso catálogo de direitos fundamentais e os institutos das “cláusulas pétreas” (que impedem a supressão de tais direitos fundamentais mediante emenda constitucional) e do controle jurisdicional de constitucionalidade (o qual permite ao poder judiciário intervir diretamente nos resultados do processo político legislativo): juntos tais fatores configuram uma situação na qual a adoção de padrões de interpretação de normas torna repleta de conseqüências práticas.

³ Doravante CR/88

A presente tese é dividida em cinco capítulos. O primeiro capítulo, denominado “ação Social, Racionalidade e Discurso”, pretende inicialmente desenvolver alguns dos conceitos fundamentais da teoria do discurso. Em primeiro lugar as tarefas gerais que Habermas reivindica para a filosofia: segundo tal abordagem ela torna-se responsável por exercer os papéis de “guardiã” de elementos filosóficos surgidos no interior de outras abordagens científicas e “intérprete” entre o mundo das relações sociais e os principais resultados da modernização obtidos no âmbito das ciências modernas, da ética e do direito e da crítica especializada. Essencial ao desenvolvimento restante do presente trabalho, são apresentados as espécies de racionalidade, as formas de uso da linguagem e uma definição do Discurso racional, mediante uma explicação de suas “regras” e a fundamentação de (D).

O segundo capítulo, “a justificação discursiva da moral e do direito”, trata do desenvolvimento dos conceitos desenvolvidos no capítulo anterior para a fundamentação dos princípios da moral e do direito, respectivamente (U) e (De), e o conceito de “política deliberativa” e o sistema de direitos. De tais conceitos resultam considerações fundamentais para a correta compreensão da relação entre o modelo construtivo de interpretação de normas e o exercício de uma jurisdição constitucional que guarda especial atenção para as condições deliberativas da gênese do direito positivo.

O terceiro capítulo, “a tese da relação complementar entre «mundo da vida» e «sistema» e suas conseqüências para a teoria discursiva do direito”, pretende desenvolver argumentos jurídicos a partir de uma tese fundamental da filosofia social de Habermas, exposta especialmente em TKH de modo a evitar uma possível contradição que poderia resultar das teses expostas em FG. As vertentes intelectuais da teoria dos sistemas e a hermenêutica filosófica são investigadas de modo a ressaltar suas contribuições à compreensão de fenômenos sociais contemporâneos bem como a evitar os riscos de unilateralidades teóricas que albergam, especialmente no que toca às conseqüências de ambas para a formulação de uma teoria do direito.

No quarto capítulo, “racionalidade discursiva e adequação de normas”, são investigadas as teses acerca da necessária compatibilidade, pela jurisprudência, das pretensões potencialmente conflitantes de segurança jurídica e correção normativa, da distinção estrutural entre princípios e regras, da “ponderação” de valores como meio de solucionar controvérsias interpretativas quanto à aplicação de princípios, a tese do “caso

especial” (Rober Alexy), e a formulação do “princípio de adequação”⁴. Uma tentativa de solução de uma controvérsia teórica é apresentada, a qual pretende-se que possa produzir conseqüências para os argumentos desenvolvidos no capítulo seguinte.

Finalmente, o quinto capítulo, “minimalismo judicial e racionalidade discursiva do direito”, pretende aplicar argumentos desenvolvidos nos capítulos anteriores de modo a deles extrair uma formulação da solução ao possível problema identificado na teoria discursiva do direito. Neste capítulo o modelo construtivista de interpretação do direito, com base em princípios, e uma compreensão procedimentalista do sistema de direitos, são compatibilizados com considerações de caráter mais empírico recentemente desenvolvidas na teoria do direito. Para demonstrar o modo como tais princípios podem ser operacionalizados, eles são confrontados com alguns casos jurídicos controversos extraídos da jurisprudência brasileira.

⁴ doravante (Adq)

Capítulo 1. Ação Social, Racionalidade e Discurso.

1.1. As “modestas” tarefas da filosofia.

Antes de iniciar o estudo das principais categorias da ética discursiva, é recomendável destacar provisoriamente quais são os interesses políticos e morais e as auto-limitações cognitivas de uma filosofia que tenta compatibilizar pretensões ambiciosas – fornecer critérios normativos para a crítica relações sociais e formas de vida não emancipadas, e modestas – defender um papel de “guardadora de lugar” mundano não-transcendental para as demais disciplinas acadêmicas.⁵

Habermas pretende evitar uma dupla herança intelectual que, para ele, remonta pelo menos a Kant⁶, e que atribui à filosofia duas competências. Em primeiro lugar, a de “indicar o lugar” que as demais ciências devem ocupar. Neste sentido, a filosofia deve dominá-las definindo os limites daquilo que pode ser experimentado, estudado, testado; deve esclarecer os fundamentos teóricos das ciências; em suma, fornecer um conhecimento (transcendental) anterior ao conhecimento (empírico). Em segundo lugar, as tarefas de juiz supremo perante a totalidade da cultura. Aqui a razão é dividida nas esferas – apenas formalmente relacionadas – da racionalidade teórica, prática e do juízo. Pode então definir para cada uma delas competências e critérios exclusivamente

⁵ Um exemplo explícito de crítica social reformadora fundamentada filosoficamente, que vincula a legitimidade de um socialismo compreendido como reformismo radical à implementação de uma opinião pública generalizadora de interesses, pode ser encontrado em HABERMAS, Jürgen. **A Revolução e a Necessidade de Revisão na Esquerda: o que significa socialismo hoje?** In BLACKBRUN, Robin (org). Depois da Queda: o fracasso do comunismo e o futuro do socialismo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, ps. 45-72. Para uma definição das pretensões fundamentadoras da crítica e justificação de normas sociais da filosofia moral de procedência kantiana, especialmente Habermas, ver BAYNES, Kenneth. **The Normative Grounds of Social Criticism: Kant, Rawls and Habermas.** Nova York: SUNY, 1992. esp. Ps.172 e ss. Para uma definição das tarefas modestas da filosofia, cf. HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. Para a recepção de Habermas, entre nós, conferindo especial atenção à sua filosofia jurídica, cf. DUTRA, Delamar Volpato. **Razão e Consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia.** 2ª ed. Florianópolis: Ed. UFSC, 2005; MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas.** 3ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

⁶ Para o que se segue, cf. HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**, ps. 17-60.

formais, uma legalidade própria a cada esfera, e critica os usos da razão para além dos limites rigorosamente estabelecidos.⁷

Habermas identifica na filosofia contemporânea uma moderação destes objetivos, porém uma moderação e não um abandono definitivo da pretensão de razão que eles carregam. Em primeiro lugar, o papel de “indicador” é substituído pelo de “guardador” de lugar. Tomando consciência de seu caráter falibilista a filosofia abandona a pretensão de que sem os recursos fornecidos por outras disciplinas sociais possa dar conta das tarefas às quais se propõe. Passa então a “guardar” os elementos filosóficos que surgem no interior de ciências empíricas, seja para submeter à prova e correção teses aceitas filosoficamente, seja para radicalizar teses intuitivamente presentes em abordagens empíricas produtivas. Em segundo lugar, a filosofia abandona o papel de tribunal supremo da razão em benefício do papel mais modesto de “intérprete”. Isso não significa que a razão deixe de poder ser compreendida como um tribunal, mas apenas que neste tribunal sejam *apenas* filósofos aqueles que podem ocupar com exclusividade o posto de juízes supremos. Como intérprete cumpre à filosofia a importante tarefa de tentar traduzir, para o mundo das relações intersubjetivas quotidianas, os problemas que a modernização social – antes mesmo que isto fosse percebido filosoficamente – tem isolado em esferas cada vez mais autônomas de especialistas como a ciência moderna (razão espistêmica), direito e ética profanas (razão prática), arte e crítica especializada (juízo). A questão que surge diante do filósofo passa a ser como “oferecer para fora seus serviços de tradutor” destas esferas especializadas, e “sem lesar sua racionalidade autônoma, ligá-las às depauperadas tradições do mundo da vida, de tal modo que os fatores dispersos da razão se reencontrem na prática comunicativa quotidiana para formar um novo equilíbrio.”⁸

A tentativa de fornecer exemplos plausíveis de tal empreendimento já haviam mobilizado as pesquisas que Habermas levava a cabo desde os anos 70 até a publicação

⁷ A atribuição deste papel para a filosofia pode ser encontrada, por exemplo, em Kant: “Pode considerar-se a Crítica da Razão Pura o verdadeiro tribunal para todas as controvérsias desta faculdade, porque não está envolvida nas disputas que se reportam imediatamente aos objectos, mas está estabelecida para determinar e para julgar os direitos da razão em geral, segundo os princípios de sua instituição primeira. Sem esta crítica a razão mantém-se, de certo modo, no estado de natureza e não pode fazer valer ou garantir as suas afirmações e pretensões a não ser pela guerra. A crítica, pelo contrário, que extrai todas as decisões das regras fundamentais da sua própria instituição, cuja autoridade ninguém pode pôr em dúvida, proporciona-nos a tranquilidade de um estado legal em que não nos é permitido tratar o nosso diferendo a não ser mediante um processo. (...) [Neste caso, a] sentença, porque toca agora a fonte das discussões, deve conduzir a uma paz eterna.” KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**, 3ª ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994, B 779.

⁸ HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**, p. 33.

dos dois volumes de “Teoria da Ação Comunicativa” (doravante TKH), na qual busca apoiar algumas teses filosóficas de cunho universalista numa pesquisa verdadeiramente impressionante pela amplitude de sua bibliografia. Exemplos mais específicos consistem na continuada referência às teorias psicológicas de Mead e Kohlberg para desenvolver argumentos de sua filosofia moral.⁹ Mas sobretudo importante para este trabalho é a pretensão de Habermas, em FG, de fazer o mesmo em relação à teoria do direito e discussões atinentes ao direito constitucional, especialmente o tema do controle de constitucionalidade.¹⁰ Nestes dois casos a utilidade das traduções efetuadas pela filosofia consistem precisamente na utilidade maior da ética discursiva, que consiste no combate fundamentado às éticas positivistas ou céticas:

As intuições morais quotidianas não precisam do esclarecimento do filósofo. (...) E ética filosófica tem, em todo caso, uma função esclarecedora em face das confusões que ela própria provocou na consciência das pessoas cultas – logo, apenas na medida em que o cepticismo axiológico e o positivismo jurídico se instalaram como ideologias profissionais e penetraram na consciência quotidiana através do sistema educacional. Ambas neutralizaram com interpretações erradas as intuições adquiridas de maneira espontaneamente natural no processo de socialização; em circunstâncias extremas, eles podem contribuir para desarmar moralmente os estratos acadêmicos alcançados pelo cepticismo cultural.¹¹

No entanto, apesar de todos os esforços de tradução interdisciplinar que Habermas tem dispensado a este projeto ao longo dos anos, ainda são raros os trabalhos que se propõem a aplicar suas teses à elucidação de pesquisas empíricas¹². Mas porque

⁹ Cf. HABERMAS, J. **La Reconstrucción del Materialismo Histórico**, Madrid: Taurus, 1981; **Individuación por Via de Socialización**: sobre la teoría de la subjetividade de George Herbert Meade. In *Pensamiento Postmetafísico*, Madrid: Taurus, 1990, ps. 188-239. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**, ps. 143-234.

¹⁰ HABERMAS, J. **Direito e Democracia**, 2 vols., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Tradução de **Faktizität und Geltung**: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt: Suhrkamp, 1992.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**, p. 121.

¹² “A apropriação da obra de Habermas faz-se predominantemente no plano da elucidação de conceitos sociológicos e filosóficos, sem que a pesquisa empírica tenha sido por ela influenciada. Raras vezes desenvolvem-se teses sobre a colonização do mundo vivido ou fazem-se pesquisas sobre a burocratização ou a normatização da sociedade. É possível que a obra de Habermas tenha o mesmo destino que também marcou outros clássicos da sociologia, ou seja, que serão necessárias pelo menos uma ou duas gerações de cientistas sociais para que os resultados dos esforços teórico-sociológicos possam traduzir-se em pesquisas efetivas.” HONNETH, Axel. **Jürgen Habermas**: percurso acadêmico e obra. In *Revista Tempo Brasileiro*, 138, (9-32), 1999, p. 28. Interessante notar que este desenvolvimento posterior de certo modo parece contrastar com pesquisas iniciais levadas a cabo por Habermas, que se não podem ser consideradas pesquisas empíricas seguramente pretendem-se a elas muito mais vinculadas, tais como HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. Por outro lado, enumerando diversos exemplos de aplicações da teoria habermasiana: DRYZEK, John. **Critical Theory as Research Program**. In WHITE, Stephen (org.). *The Cambridge Companion to Habermas*, New York: CUP, 1995, ps. 97-119. DEFLEM, Mathieu. **Introduction**: law in Habermas’s theory of communicative action, in DEFLEM, Mathieu (Org.). *Habermas, Modernity and Law*. London: SAGE, 1996, ps. 01-22. Para aplicações a questões jurídicas: FROOMKIN, A. **Habermas@Discourse.Net**: toward a critical theory of

isso tende a ocorrer? É possível que tais tarefas não sejam ainda tão modestas, ainda que corretas: para o guardador de lugar exigirá uma capacidade de dominar relativamente bem um amplo espectro de disciplinas, já que para ele o mais difícil talvez não seja identificar elementos genuinamente filosóficos em disciplinas empíricas mas sim identificar – a fim de evitar, os casos em que apenas os elementos filosóficos são bons, e não as teses empíricas que deveriam comprová-los. O filósofo poderia aqui sentir-se estimulado por pesquisas de má qualidade a considerar filosoficamente inovadores ou relevantes teses que contam com duvidosa respeitabilidade em suas disciplinas de origem.¹³ Também para o intérprete as dificuldades não seriam menores – pior talvez sejam muito maiores. Não se trata, no caso da teoria social ou da filosofia moral, de algo relacionado à tarefa de “adquirir o significado de uma orientação para ação” de modo “não prescriptivo” para “a iniciação de uma praxis emancipatória”?¹⁴ Não que tais tarefas sejam em si mesmas equivocadas ou impossíveis: afirmar que não são tão “modestas” não é necessariamente uma rejeição. Trata-se apenas de ressaltar o fato, naturalmente não negado por Habermas, de que inter-disciplinariedade não é o mesmo que disciplinariedade nenhuma. Se por um lado a modéstia não pode ser tanta que leve a filosofia a rejeitar a razão – um contrasenso que Habermas virtuosamente rechaça, por outro não levar em conta os enormes obstáculos ao “guardador de lugar” e ao “intérprete” é correr o risco de pensar estar superando o papel inalcançável da filosofia como tribunal supremo quando apenas se retrocede àquilo que Kant denominara a “anarquia” epistêmica¹⁵.

cyberspace. In *Harvard Law Review*, vol. 116, nº 3, ps. 749-843; BAL, Peter. **Discourse Ethics and Human Rights in Criminal Procedure**, in DEFLEM, Mathieu (Org.). Habermas, Modernity and Law, ps. 71-100.

¹³ Um exemplo pode ser encontrado na obra do próprio Habermas. Para sustentar uma de suas teses filosóficas, Habermas apóia-se na afirmação de que “a teoria econômica Keynesiana fracassou no plano político da tomada de decisões eficazes” HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**, p. 38. No entanto, poucos anos mais tarde, o próprio Habermas viria a lamentar sua falta de domínio das questões que envolvem a teoria econômica. HABERMAS, J. Entrevista concedida a Sérgio Paulo Rouanet e Bárbara Freitag. Folha de São Paulo. Até que ponto é possível que tal interpretação algo exagerada não tenha sido simplesmente influenciada pelo ambiente político de meados dos anos 80? Mais importante, não seria adequado considerar com mais cuidado, ao invés de aceitar como fato consumado e sem oferecer maiores argumentos, uma afirmação que, em meio a respeitados centros de pesquisa especializados no tema, é muitas vezes rejeitada por analistas das mais diversas procedências político-partidárias e acadêmicas? Cf. NETTO, Antônio Delfin. **O Câmbio dá o Tom**. Entrevista a Amália Safatle e Luiz Gonzaga Belluzzo. Carta Capital, 29/12/2004, ps. 24-27; BELLUZZO, Luiz Gonzaga. **Finança Global e Ciclos de Expansão**, in FIORI, José Luís (org.). Estados e Moedas no desenvolvimento das nações. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, ps. 87-118; FURTADO, Celso. **O Capitalismo Global**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**, p. 139, nota 79.

¹⁵ A imagem de sociólogos, juristas, psicólogos e filósofos recorrendo a citações esparsas de teorias físicas extremamente complexas – sem que para isso tenham lido seguramente não mais que 30 livros

1.2 *Considerações preliminares sobre o conceito de racionalidade.*

O principal objetivo de Habermas, a intuição que mobilizou seu empreendimento teórico por décadas, foi apresentar uma teoria crítica da modernidade que pudesse por um lado denunciar as patologias sociais, que resultam de uma integração social mediada por uma razão instrumental tornada dominante, e por outro extrair da própria situação moderna os meios capazes de afirmar formas de vida emancipadas. Sua tese central é que a modernização capitalista não explora suficientemente bem o potencial de integração social posto à disposição pela dissolução das imagens de mundo metafísicas. Mesmo seu tratamento das questões referentes à racionalidade cognitiva e sua formulação da teoria discursiva da verdade foram desde o início motivadas pela pretensão de fornecer “fundamentos normativos de uma teoria crítica de la sociedad y con los problemas de fundamentación de la ética.”¹⁶.

É marcante neste empreendimento teórico a pretensão de fornecer uma definição de “razão” forte o suficiente para ser capaz de revelar em conceito as intuições que uma aceção exclusivamente instrumental forçosamente deixa de lado. E para isso, Habermas pretende sustentar-se num saber prático intuitivo, um saber compartilhado por formas de vida socializadas de modo competente. Disto resulta que as definições de “razão” e “ação” articulam-se em referência mútua.

Stephen White¹⁷ apresenta um modo interessante de compreender o projeto habermasiano ao compará-lo com duas abordagens opostas da racionalidade prática¹⁸ ambas capazes de encontrar razoável reputação acadêmica, mas que terminam por deter-se em aspectos parciais da situação moderna: são elas a racionalidade estratégica e a contextual.

técnicos sobre o assunto (uma bibliografia que estudantes de graduação em física certamente devem superar antes da conclusão de seus cursos), tem produzido exemplos verdadeiramente notáveis, em relação aos quais retornaremos no presente trabalho. Certamente estes são casos mais extremos do problema, mas são casos de todo o modo. Exemplos podem ser encontrados na menção indiscriminada às teorias da relatividade para sustentar crenças inabaláveis em novos dogmas obscurantistas do tipo “a verdade não existe”, “toda verdade é uma construção social”, “a física quântica é sexista”, etc. De todo modo, uma situação assim pode ser perfeitamente descrita como a imagem da “antiga barbárie” a partir da qual, pela via de “guerras intestinas” é estabelecida a “completa anarquia” dos cétricos, que “como espécie de nômades, que tem repugnância em se estabelecer definitivamente numa terra” rompem “de tempos em tempos, a ordem social”. KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**, A IX.

¹⁶ HABERMAS, J. **Teorias de la Verdad**, in Teoría de la Acción Comunicativa: complementos y estudios previos, ps. 113-158. p. 119. Empíricamente, tais preocupações podem ser percebidas na pesquisa empreendida em HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**.

¹⁷ WHITE, Stephen. **The Recent Work of Jürgen Habermas**, ps. 9 e ss.

¹⁸ Cujas função pode ser provisoriamente definida como a de fornecer argumentos capazes de sustentar aquelas crenças que estão da base de nossa tomada de decisão por uma via de ação específica. Cf. HABERMAS, J. **Teoría de la Acción Comunicativa**, vol. I, p.

Mesmo se partimos do pressuposto de que é possível fundamentar racionalmente, em sentido lato, a decisão por determinados cursos de ação, isto é, mesmo se formos capazes de rejeitar posturas “não-cognitivas” num sentido forte, que pretendem retirar toda pretensão de racionalidade das tomadas de decisão moral afirmando serem elas meras manifestações de sentimentos e desejos subjetivos¹⁹, ainda assim nem por isso alcançamos um conceito de racionalidade prática isento de problemas.²⁰

Os modelos de pesquisa de racionalidade estratégica e contextual possuem, ambos, seu momento de verdade, úteis em âmbitos particulares de pesquisa empírica, porém, por unilaterais, devem ser considerados insatisfatórios. Cada um articula teoricamente interesses que podem ser considerados fundamentais, respectivamente o auto-interesse e a orientação pelo contexto social. No primeiro caso, trata-se de supor que a busca do auto-interesse esclarecido é uma motivação exemplar, que a manipulação de estados de coisas num mundo objetivo levada a efeito por um cálculo de “meio-fim” é o assunto que a razão prática pode tratar satisfatoriamente. Racional é a escolha do meio correto para a busca do fim desejado, sem no entanto ser possível avaliar racionalmente os valores e fins nos quais se baseiam a ação mesma. No entanto, este modelo depara-se com graves problemas ao tratar de determinados objetivos ou bens sociais que simplesmente não recebem uma explicação satisfatória quando tratados por esta ótica, dado que sua busca bem sucedida exige a cooperação dos membros da comunidade, num nível que o modelo não consegue explicar satisfatoriamente. É o caso da ativação das liberdades políticas de participação em regimes democráticos, do exercício dos direitos de cidadania política, nos quais os custos pessoais da participação em geral superam em muito os benefícios que podem ser calculados racionalmente pelos atores.²¹ Na verdade, em assuntos assim, pode ser mesmo bastante conveniente impedir o cálculo de interesses para a tomada de decisões, posto que poderia sustentar a “racionalidade” da tão costumeira e deplorável compra e venda de votos durante períodos eleitorais. Ora, não é difícil imaginar casos nos quais a decisão pela “venda” do voto pode ser perfeitamente justificável segundo um modelo de ação racional de maximização do auto-interesse: um desempregado, em grave situação de penúria, que deve optar num segundo turno de eleição municipal por um dentre dois candidatos,

¹⁹ Cf. HABERMAS, J. **La Inclusión del Otro**, p. 32.

²⁰ Certamente mesmo este pressuposto não é imune a objeções, as quais no entanto serão tratadas mais adiante.

²¹ WHITE, S. **The Recent Work of Jürgen Habermas**, p. 12.

ambos imensamente rejeitáveis por, digamos, atitudes grosseiramente desaconselháveis no exercício de suas funções administrativas, e que, sendo sensatamente cético quanto à opção concreta de que dispõe, prefere vender seu voto ao preço de uma cesta básica. Suponhamos que neste caso houvesse uma disposição, ainda que ínfima, de votar em um dois, apoiado na crença de que tratava-se este do candidato “menos horrível”. Esta disposição todavia era menor que a disposição de receber alimentos para si e sua família. Neste caso, por que haveríamos de seguir o alerta de nossa intuição e não considerar a generalização de atitudes assim como satisfatória do ponto de vista de sua racionalidade? Uma resposta possível é que a busca do interesse egoístico, se maximizada também em assuntos deste feitio, ainda que possivelmente “racional” quanto aos interesses do ator particular, pode gerar problemas imprevistos a partir da perspectiva egocêntrica, como por exemplo as dificuldades impostas à existência duradoura de ordens políticas democráticas, que por sua vez são condição de possibilidade do exercício individual e egoístico da razão estratégica na medida em que fornece o vasto aparato dos direitos subjetivos, do direito contratual, execução judicial de contratos etc. Assim, o uso da razão estratégica para além de determinados âmbitos de aplicação, como alguns objetivos coletivos que dependem irremediavelmente da cooperação pública duradoura, pode promover comportamentos que devem ser considerados “irracionais” segundo uma perspectiva mais ampla. Entre outras coisas, não dá conta do problema da legitimidade das ordens jurídicas modernas, que depende em considerável medida de cidadãos capazes de ativar o potencial de participação consciente inscrito nos direitos fundamentais das constituições dos estados democráticos de direito.

Por sua vez, alternativas a este modelo não estão isentas de problemas. É o caso de uma aceção “contextual” da racionalidade que justifica a correção das ações com base em algum tipo de conformidade à estrutura normativa de determinado contexto social.²² Nesta aceção não é deixado de lado um interesse fundamental da ação humana não percebido pelo conceito anterior: é que também podemos qualificar de “racional” determinados comportamentos ainda quando não sejam passíveis de subsunção sob o conceito estratégico de racionalidade. Isso ocorre nos casos em que a orientação e a motivação encontram-se tão fortemente vinculadas a determinado contexto intersubjetivo que os sujeitos optam, de maneira consciente, por um curso de ação

²² WHITE, S. **The Recent Work of Jürgen Habermas**, p. 10.

abertamente “irracional” do ponto de vista da persecução de seus interesses individuais. As ciências sociais são pródigas em registrar fenômenos deste tipo, em que membros de determinada sociedade ou grupo decidem por termo à própria vida diante de situações nas quais as condições de preservação da estrutura normativa e valorativa do contexto social ao qual pertencem encontram-se em jogo. São os casos em que um médico decide conscientemente arriscar-se a contrair uma doença grave e incurável para, numa emergência, tentar salvar a vida de uma vítima de calamidade, como ocorre com muitos membros de forças de auxílio humanitário a cidades africanas assoladas pelo vírus “ébola”; quando soldados em meio a uma batalha arriscam-se para resgatar o corpo de um companheiro gravemente ferido; quando um empresário, cuja empresa revela-se à beira da falência devido a atos escandalosos de corrupção, opta por cometer “arakiri”; ou mesmo quando famílias inteiras decidem suicidar-se em decorrência da completa desagregação do ambiente social ao qual pertenciam, como tem ocorrido em tribos de índios especialmente no estado de Mato Grosso do Sul²³. Durkheim buscou explicar ações como estas em seu estudo sobre o suicídio²⁴: nele contrapõe o suicídio “altruista” – que ocorre num contexto de forte vinculação à estrutura intersubjetiva de determinado contexto social – ao suicídio por “anomia”, que resulta exatamente da destruição desta estrutura social e drástico enfraquecimento dos vínculos que ligam o indivíduo à comunidade. Em ambos os casos há uma racionalidade específica a ser revelada e ela consiste no compromisso mais ou menos consciente com valores e regras compartilhados pela comunidade ignorando considerações de índole estratégica-egocêntrica). A rigor, mesmo em atos como o terrorismo praticado por “homens-bomba”, a estratégia dos “kamikazes” na segunda grande guerra, ou o linchamento motivado por ofensas “à honra”, um conceito de racionalidade referente ao contexto faz-se necessário para uma explicação mais completa e adequada dos fatos.

No entanto, também esta acepção da racionalidade possui seus problemas. Em especial ela geralmente paga o preço alto das definições substanciais de conceitos da teoria social, já que não permite uma perspectiva a partir da qual seja possível questionar quais os interesses são favorecidos por uma dada estrutura normativa já que, em geral, interpretações deste teor incorporam uma rejeição a pretensões de validade universalistas, que transcendem seus contextos de surgimento e aceitação. Não havendo outros critérios racionais que não aqueles diretamente vinculados ao contexto normativo

²³ Folha de São Paulo,

²⁴ Cf. DURKHEIM, Emile. O Suicídio. São Paulo: Martin Claret, 2003..

provinciano não é possível dispor de critérios racionais para avaliar as normas mais fundamentais da comunidade. Tampouco disponibiliza uma explicação satisfatória para processos de mudança e ruptura social.²⁵ Certamente que a necessidade de explicações deste teor deve ainda ser provada, o que será feito nos itens seguintes. Desde já é possível fixar o entendimento de que a pretensão de Habermas é fornecer um conceito de racionalidade amplo o suficiente para abarcar os dois momentos acima, indevidamente separados. Afinal, conceitos de racionalidade equivocados, ainda que por parcialidade, geram diagnósticos igualmente equivocados: no primeiro exemplo acima, não permite perceber o caráter patológico que possuem formas de vida exclusivamente orientadas egoisticamente enquanto que no segundo o potencial crítico da teoria social cede ante a força meramente fática de maiorias culturais. Neste último caso o subjetivismo quanto à razão ainda que possa se apresentar como crítico quanto a determinados efeitos sociais perversos de uma modernização excessivamente instrumental termina por inviabilizar seu próprio potencial de crítica social, na medida em que rejeita a validade de argumentos que transcendam qualquer contexto social. Se todos os argumentos são “contextuais” então também a crítica à corrupção na administração pública, aos altos índices de desemprego no mercado de trabalho brasileiro e à xenofobia em alguns países europeus, torna-se apenas uma expressão a mais de subjetividade, tão legítima e correta quanto à dos responsáveis por tais mazelas. Quanto aos efeitos reais deste tipo de subjetivismo cognocitivo, é compreensível o tipo de receio expresso por Thomas Nagel, segundo o qual:

Seu verdadeiro resultado tem sido um aumento da já extrema preguiça intelectual da cultura contemporânea e o colapso da argumentação séria em todos os domínios das humanidades e das ciências sociais, juntamente com uma recusa em levar a sério os argumentos objetivos dos outros, a não ser enquanto exteriorizações na primeira pessoa.²⁶

No entanto, ao recusar o subjetivismo contextualista ainda nos vemos na contingência de explicar como afinal “criaturas como nós, equipadas com as capacidades contingentes de uma espécie biológica cuja própria existência parece radicalmente acidental, possam ter acesso a métodos universalmente válidos de pensamento objetivo.”²⁷

²⁵ Cf. WHITE, S. **The Recent Work of Jürgen Habermas**, p. 20

²⁶ NAGEL, Thomas. **A Última Palavra**. Lisboa: Gradiva, 1999, ps. 14-15.

²⁷ NAGEL, Thomas. **A Última Palavra**, ps. 12.

1.3 *Weber e Habermas.*

Nada mais natural que iniciar uma abordagem da teoria crítica de Habermas a partir do conceito de “razão”, por ele considerado “o tema fundamental da filosofia”²⁸. De fato sua obra tem sido uma vigorosa tentativa de reafirmação do potencial crítico e normativo da racionalidade frente aos desafios lançados pelos críticos radicais da tradição iluminista, que rejeitam para a razão qualquer autoridade capaz de transcender os contextos históricos e sociais nos quais seus conceitos foram inicialmente formulados. Recusando as tentativas de “desmascarar” a razão como mera “vontade de poder”, suposta imposição da cultura burguesa-europeia-masculina por sobre formas de vida alternativas, Habermas fornece um conceito de racionalidade que por sua vez não incorre nas debilidades típicas da filosofia do sujeito.²⁹ E a defesa de um conceito de racionalidade capaz de transcender contextos sociais específicos e reclamar universalidade para suas proposições é o passo inicial e inevitável para que Habermas possa afirmar algum tipo de pretensão vinculante e universalista também para a moral e o direito.

Habermas encontra em Max Weber formulações que servem de ponto de partida para sua tipologia das formas de ação social e uma interpretação da racionalidade social. Isto ocorre em relação a três importantes aspectos³⁰: (a) a tese de que a emergência de estruturas sociais organizadas racionalmente como a economia de mercado capitalista e a administração pública burocrática trás consigo a “jaula de ferro” da perda de liberdade do homem moderno burocratizado e submetido a imperativos impessoais de mercado; (b) pelos mesmos motivos, acarreta também a “perda de sentido” de esferas culturais de valor, resultado da destruição das referencias culturais e sociais tradicionais; e (c) é possível separar os processos de desenvolvimento cultural em relação aos de mudança das estruturas institucionais e econômicas, mais que é isso é possível identificar situações nas quais os primeiros são uma condição para os segundos, como em seu estudo sobre o papel da ética protestante no desenvolvimento das modernas economias

²⁸ HABERMAS, J. **Teoria de la Acción Comunicativa**, vol. I, p. 15. Ainda: “A racionalidade das opiniões e das ações é um tema que tradicionalmente vem sendo tratado na filosofia. É possível inclusive afirmar que o pensamento filosófico nasce da reflexivização da razão encarnada no conhecimento, na fala e nas ações (...). Se as doutrinas filosóficas têm algo em comum, é sua intenção de pensar o ser ou a unidade do mundo pela via de uma explicitação das experiências que faz a razão no trato consigo mesma.” HABERMAS, J. **Teoria de la Acción Comunicativa**, vol. I, p. 15.

²⁹ Cf. MACCARTHY, Thomas. **La Teoria Critica de Jürgen Habermas**, p. 446.

³⁰ Cf. SITTON, John. **Habermas and Contemporary Society**, p. 19.

de mercado capitalista.³¹ Habermas concorda com Weber quanto ao fato de que o mundo moderno realmente sofre efeitos que podem ser descritos pelas teses da “jaula de ferro” e da “perda de significado” e, mais ainda, não apenas concorda com terceira idéia como faz dela a base de sua descrição dos processos de racionalização social. No entanto Habermas distancia-se de Weber em dois pontos fundamentais: (1) o que em Weber é descrito como conseqüências inevitáveis dos processos de racionalização, surgidos com a modernidade à medida que “desencantam” as estruturas sociais apoiadas na tradição e no costume, em Habermas é denunciado como uma patologia social que resulta não da modernidade ou da racionalização em si mesma mas de uma racionalização unilateral, por que meramente instrumental; e (2) mesmo os problemas acarretados (perda da liberdade e do sentido) podem ser compensados seja pelo incremento, face à autoridade dos costumes e tradição, da autonomia moral individual, dos procedimentos políticos democráticos e da subjetividade da arte moderna.³² Em suma, o que Weber descreve como problemas inevitáveis da racionalização moderna, Habermas afirma ser um defeito de racionalizações parciais.

Este diagnóstico está diretamente relacionado à tipologia das ações sociais e à definição do processo de racionalização cunhadas por Weber. Sua fertilidade teórica é reconhecidamente marcante no trabalho de Habermas, tanto que a construção de sua própria tipologia das ações e critérios de racionalização segue paralela à identificação daquilo que falta na tipologia weberiana. Especialmente o conceito de ação social, Weber o define como aquela na qual o sentido visado pelo ator está “referido à conduta de outros, orientando-se por esta em seu desenvolvimento”³³. Este conceito é virtuoso por que realça o elemento especificamente social da ação: não se trata da coincidência de comportamentos físicos de sujeitos que agem de modo similar mas sem referência recíproca, mas sim da articulação de sentido, mesmo quando a ação não é exitosa. No feliz exemplo de Weber, a colisão frontal entre dois ciclistas que guiavam distraídos – cada qual sem perceber a presença do outro, é um contato físico mas não uma ação social, ao passo que a tentativa de um deles de comunicar-se com o outro para evitar a colisão sim o é³⁴.

³¹ Cf. WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**.

³² Cf. INGRAN, David. **Habermas e a Dialética da Razão**, p. 77.

³³ WEBER, Max. **Economia y Sociedad**, p. 5, 18.

³⁴ Cf. WEBER, Max. **Economia y Sociedad**, p. 19.

Habermas apoia na definição de ação social de Weber este elemento “intersubjetivo” consistente no estar dirigido à ação de outro³⁵. Porém, as diferenças são relevantes: como o “sentido subjetivo” da ação não é definido apoiando-se numa experiência comunicativa da linguagem e sim nas intenções do ator (qualquer que sejam elas, contanto que dirigidas à ação de outro ator), já de saída prevalece um modelo monológico de ação moldado para a intervenção consciente de sujeitos no mundo visando um êxito determinado.³⁶ No entanto seria possível apontar uma ambivalência em Weber quando, logo após definir ação social deste modo, afirma que relação social é “una conducta plural – de vários – que, por el sentido que encierra, se presenta como reciprocamente referida, orientandose por esa reciprocidad” e que “un mínimo de recíproca bilateralidad en la accion es, por lo tanto, una característica conceptual.”³⁷ O que Habermas pretende afirmar é que o próprio Weber vislumbra a possibilidade de um conceito de ação social que não incorre nas unilateralidades apontadas. Se por um lado a tipologia weberiana das ações sociais confere um privilégio teórico à ação instrumental e um rebaixamento do caráter racional da ação não-teleológica, por outro seria possível uma interpretação alternativa a partir de considerações marginais do próprio Weber. Vejamos a definição explicitamente adoptada por Weber:

A ação social, como toda ação, pode ser determinada: 1) *de modo racional referente a fins*: por expectativas quanto ao comportamento de objetos no mundo exterior e de outras pessoas, utilizando essas expectativas como “condições” ou “meios” para alcançar fins próprios, ponderados e perseguidos racionalmente, como sucesso; 2) *de modo racional referente a valores*: pela crença consciente no valor – ético, estético, religiosos ou qualquer que seja sua interpretação – absoluto e inerente a determinado comportamento como tal, independentemente do resultado; 3) *de modo afetivo*, especialmente emocional: por afetos ou estados emocionais atuais; 4) *de modo tradicional*: por contume arraigado.³⁸

Nela podemos perceber que o conceito de “relação social” não desempenha papel relevante e que a ação racional referente a fins ocupa um papel primordial, algo como um estágio mais elevado de racionalização. Se interpretada de baixo para cima a tipologia de Weber revela uma progressiva auto-consciência do ator em relação a seus próprios fins utilitários, valores e afetos³⁹. A ação tradicional ocupa o nível mais baixo

³⁵ Cf. HABERMAS, J. **Verdad y Justificación**, p. 117. Mas esta definição é criticada por Habermas por apoiar-se numa teoria intencionalista da consciência e não numa abordagem intersubjetiva do significado, o que só poderia ser alcançado graças à teoria dos atos de fala ilocucionários, como veremos adiante. Cf. HABERMAS, J. **Teoria de la Acción Comunicativa**, vol. I, p. 359.

³⁶ Cf. HABERMAS, J. **Teoria de la Acción Comunicativa**, vol. I, p. 360.

³⁷ WEBER, Max. **Economia y Sociedad**, p. 21.

³⁸ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**, vol. I, p. 15.

³⁹ Cf. HABERMAS, J. **Teoria de la Acción Comunicativa**, vol. I, p. 361.

de racionalização já que, em sua forma mais pura, “está por completo en la frontera, y más allá, muchas veces, de lo que puede llamarse en pleno una acción com sentido” sendo às vezes “una oscura reacción a estímulos habituales, que se desliza en la dirección de una actitud arraigada”.⁴⁰ O ponto mais alto é ocupado pela ação racional referente a fins, na qual os agentes consideram os meios técnicos adequados, as finalidades específicas da ação, os valores pelos quais são motivados e as possíveis conseqüências que disso tudo decorre. Frente a ela, a ação racional referente a valores encontra-se em nível inferior dada a incapacidade dos atores para racionalizar também as conseqüências resultantes da busca do valor aceito, e portanto de proceder a correções e juízos quanto às crenças valorativas.⁴¹

No entanto uma via alternativa poderia ter sido seguida pelo próprio Weber investindo no conceito de “relação social”, diferenciando entre ações apoiadas na reciprocidade contingente de interesses, típica das interações econômicas simples, e ações baseadas num “consenso normativo”, característica da vigência de ordens jurídicas.⁴² De fato, Weber identifica nos sistemas mercantis modernos, nos quais as interações mais fundamentais são mediadas pelo direito civil, comercial etc., um grau de racionalização mais visível da ação. Nela é visível que as partes apoiam-se não apenas numa trama de interesses egocêntricos temporariamente coincidentes mas sim em normas de um sistema jurídico que deve contar ao menos com a aceitação relevante de um número relevante de pessoas.⁴³ Além desta espécie de ação, apoiada em interesses, Habermas identifica em Weber um outro tipo de ação que pode apoiar-se sobre uma espécie de acordo normativo: num grau mais elevado de racionalidade este acordo não se refere à tradição e sim à legitimidade formal das ordens jurídicas modernas.⁴⁴

Algo semelhante ocorre com a definição de racionalização, com cujo critério Habermas concorda, já que refere-se ao curso vital das pessoas e as formas de vida coletivas⁴⁵. No entanto as diferenças consistem em detalhes importantes que refletem-se em posturas conflitantes quanto às patologias da modernidade. Habermas apóia-se na importante descrição que faz Weber da diferenciação entre os sistemas jurídicos e os

⁴⁰ WEBER, Max. **Economía y Sociedad**, p. 20.

⁴¹ Cf. HABERMAS, J. **Teoría de la Acción Comunicativa**, vol. I, p. 363.

⁴² HABERMAS, J. **Teoría de la Acción Comunicativa**, vol. I, p. 363.

⁴³ Precisamente o que define a existência de um “mercado” é a presença de “un ordenamiento que imponga al que cambia frente a su parte contraria la garantía de evicción (de la adquisición legal)” WEBER, Max. **Economía y Sociedad**, p. 493.

⁴⁴ Cf. HABERMAS, J. **Teoría de la Acción Comunicativa**, vol. I, p. 363. WEBER, Max. **Economía y Sociedad**, ps. 251 e ss.

⁴⁵ Cf. HABERMAS, J. **Verdad y Justificación**, p. 125.

ideais éticos – e a separação de ambos face aos costumes religiosos e tradicionais, discordando porém das conclusões de Weber quanto à legitimidade das ordens jurídicas modernas como sendo tão mais racionais quanto mais desligadas de fundamentos outros (inclusive os de uma moral formal universalista) que não sejam o procedimento legalmente definido⁴⁶.

1.4 Os tipos de racionalidade.

Na “Teoria da Ação Comunicativa”, o problema da racionalidade da ação é formulado em três níveis da análise⁴⁷:

- metateórico: trata de abordar a teoria da ação de modo a ressaltar quais os aspectos da ação social que são suscetíveis de racionalização.
- Metodológico: uma teoria da compreensão deve fornecer uma correta explicação das relações internas entre “significado” e “validade”, demonstrando que “a compreensão da ação social significativa pressupõe a crítica racional”⁴⁸.
- Empírico: o uso, na pesquisa social, dos critérios e tipologias apresentados de modo a identificar aspectos progressivos ou regressivos nas transformações sociais e culturais.

Certamente que tais pretensões são comuns em variados autores da teoria social moderna e Habermas não pretende originalidade alguma no fato de possuir tais objetivos, os quais ele próprio trata de identificar já na obra de Max Weber⁴⁹ e mesmo autores contemporâneos como Anthony Giddens⁵⁰. É o modo como explicitamente formula tais objetivos que constitui o caráter inovador do estudo desenvolvido.

Uma definição discursiva do conceito de racionalidade parte do pressuposto de que não deve apoiar-se nos meios utilizados para alcançar o conhecimento de algo, mas sim na forma como os sujeitos que afirmam conhecer algo utilizam este conhecimento ou sustentam a afirmação de que conhecem algo.⁵¹ Afinal, um estudante secundarista pode, de modo puramente acidental, alcançar uma resposta correta sobre determinado problema apresentado numa prova de matemática, sem que tal resposta possa ser apresentada como resultado do modo como o mesmo aluno resolveu o exercício

⁴⁶ Cf. WEBER, Max. **Economia y Sociedad**, p. A **Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**, p. HABERMAS, J. **Teoria de la Acción Comunicativa**, vol. I, ps. 197 e ss.

⁴⁷ HABERMAS, J. **Teoria de la Acción Comunicativa**, vol. I, p. 22.

⁴⁸ INGRAM, David. **Habermas e a Dialética da Razão**, 2ª ed., p. 39.

⁴⁹ Cf. HABERMAS, J. **Teoria de la Acción Comunicativa**, vol. I, p. 22.

⁵⁰ Cf. GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade**.

⁵¹ Cf. HABERMAS, J. **Teoria de la Acción Comunicativa**, vol. I, p. 24

proposto. Após uma sucessão de erros, mesclando falta de atenção, ignorância da aritmética e um bocado de sorte, foi que o jovem em questão conseguiu alcançar a resposta do problema. Em situações assim, tão rotineiras que é mesmo difícil imaginar quem não as tenha vivenciado de algum modo, é comum que a resposta seja simplesmente invalidada ou em, menor número de casos, considerada apenas parcialmente correta. E isto ocorre porque a resposta à questão não foi apresentada “racionalmente”: ela não decorreu do raciocínio exposto pelo aluno, este não foi capaz de fundamentar corretamente sua conclusão. Em suma, a resposta é correta mas decorreu apenas da sorte do jovem e não das razões por ele apresentadas para sustentar sua afirmação. Certamente considerações como estas aplicam-se a um âmbito muito mais vasto de fenômenos, inclusive aqueles que dizem respeito às normas de ação e conflitos sociais. Em todo caso, em todas as situações onde deve-se aplicar o predicado “racional” há uma referência conceitual às razões que podem ser apresentadas para sustentar determinada posição adotada, norma seguida, comportamento adequado etc., uma referência à capacidade demonstrada pelo sujeito que agiu ou proferiu uma afirmação para apresentar argumentos que sustentem sua posição, as razões que o autorizam a agir ou falar daquele modo. A chave para se compreender corretamente o fenômeno da racionalidade é o conceito de “desempenho” (“Einlösung”) de uma certa pretensão de que a afirmação proferida é verdadeira, no caso do nosso exemplo, de que a resposta apresentada é a resposta correta. Assim, o fato de que a resposta seja mesmo correta não é o suficiente para que seja “racional” a ação do aluno ao apresentá-la: ele precisa “desempenhar” a pretensão de verdade por ele levantada mostrando porque todos devemos considerá-la uma resposta correta ao problema matemático em questão. Isto não significa que o conceito de “verdade” deva ser confundido com os métodos utilizados para a obtenção de enunciados verdadeiros, mas tão somente que à própria natureza do ato de usar uma proposição, levantando assim uma pretensão de validade veritativa, já está vinculado uma idéia intuitiva de que esta pretensão pode ser desempenhada, sustentada com argumentos.⁵² É exatamente isto o que ocorre quando o

⁵² HABERMAS, J. **Teorias de la Verdad**, p. 139. Embora não seja possível desenvolver este ponto no presente trabalho, é possível afirmar que esta é uma idéia de algum modo recorrente no pensamento filosófico contemporâneo. Para uma abordagem distinta, porém relacionada, segundo a qual a validade de proferimentos (inclusive normativos) depende da “argumentação” de um orador perante um “auditório” caracterizado entre outras coisas pela abertura de seus membros à argumentação, Cf. PERELMAN, Chaïm. **OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da Argumentação: a Nova Retórica**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Para uma profícua comparação entre as abordagens da teoria do discurso e da teoria da argumentação de Perelman, cf. MONTEIRO, Cláudia Servilha.

aluno solicita a revisão de uma prova sob o argumento de que o professor não lhe atribuiu os pontos devidos: ele mostra como, partindo do problema levantado, devido a tais razões, devemos alcançar uma dada resposta que merece ser considerada como correta. Assim, ao menos a racionalidade de uma afirmação que pretende ser verdadeira permanece ligada conceitualmente à possibilidade de crítica e justificação.⁵³

Desde seus trabalhos iniciais sobre o tema, Habermas vem desenvolvendo um conceito de racionalidade e uma tipologia das formas de ação as quais foram submetidas a constantes revisões e correções. Certamente há, desde o início até os trabalhos mais recentes, uma clara linha de continuidade. As modificações devem ser compreendidas como inevitáveis correções inerentes a este tipo de pesquisa acadêmica e não como “ruptura” entre as formulações mais fundamentais. Ainda assim, permanece a afirmação de que o predicado de racionalidade pode ser aplicado a um âmbito de eventos mais vasto do que o usual.

Uma redução simplificadora do conceito pode ser evitada se rejeitarmos a idéia de limitar a “racionalidade” às afirmações constatativas, mediante as quais os participantes de uma argumentação referem-se a algo no mundo objetivo levantando a pretensão de que seus proferimentos são verdadeiros. Afirmações desse tipo seguramente podem ser consideradas racionais, mas a questão é evitar aquilo que seria uma redução cientificista do conceito (como adiante será demonstrado), de modo que ele deve ser estendido também às ações guiadas por normas ou às expressões de desejos. Como já foi possível perceber já nas considerações preliminares, sujeitos que em determinadas situações afrontam o próprio auto interesse egoístico ao conscientemente optar por seguir normas de ação válidas, e que seriam capazes de justificar suas ações perante um crítico apoiando-se nas normas em questão, também são chamados de racionais. Mesmo algumas formas de expressão estéticas podem ser consideradas como sendo dotadas de sentido, compreensíveis em determinado contexto, e portanto vinculadas a pretensões de validade de algum tipo.⁵⁴ A questão portanto não é negar ao conceito de verdade o vínculo com a racionalidade, mas apenas considerá-lo muito estreito para abranger todos os casos em que podemos usar o predicado de validade num sentido lógico. Permanece assim, para os distintos conceitos de validade, uma similitude para com o de verdade: são diversos, porém análogos. Em todos a

Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, especialmente pp. 121-167.

⁵³ Cf. HABERMAS, J. **Teoria de la Acción Comunicativa**, vol. I, p. 26

⁵⁴ Cf. HABERMAS, J. **Teoria de la Acción Comunicativa**, vol. I, p. 33, 34.

“validade” é um conceito que não deve ser subsumido à pura vigência social ou aceitação pelos membros de uma comunidade concreta.⁵⁵ A questão portanto é como sustentar este conceito ampliado de “validade”.

Uma tipologia das formas assumidas pelo conceito de racionalidade, em “Verdade e Justificação”⁵⁶, é apresentada de modo mais sofisticado que nas obras anteriores. Ele divide-se em três tipos elementares (“raízes” da racionalidade), sendo que um quarto tipo ocupa um papel peculiar: a racionalidade discursiva organiza e faz convergir as racionalidades proposicional, teleológica e comunicativa. A racionalidade discursiva, que encontra-se num nível reflexivamente superior às demais, “surge” da racionalidade comunicativa e entrelaça esta às demais.⁵⁷ Com isso Habermas impede que se levante objeções contra um suposto status privilegiado da razão comunicativa, já que o uso de argumentos racionais dirigidos a um acordo fundamentado é apresentado como sendo uma das manifestações da racionalidade que concorre, em igualdade de status, com os demais tipos, a proposicional e a teleológica, estes essencialmente monológicos. No entanto, Habermas apresenta agora uma “racionalidade discursiva” surgida da racionalidade comunicativa, que se não ocupa um papel de fundamentadora e guia para os três outros tipos de racionalidade, é dotada de capacidades “integradoras”, possuindo uma vinculação “interna” com os demais tipos.

1.4.1 Racionalidade discursiva.

Para sustentar a extensão da racionalidade a outras espécies de pretensões de validade que não exclusivamente a “verdade” Habermas apóia-se, desde o princípio, no modo como as pessoas discutem em contextos nos quais um determinado tipo de validade é contestado e defendido. E sua abordagem apóia-se nas teses de Austin⁵⁸, posteriormente reformuladas por Searle⁵⁹, sobre a teoria dos atos de fala. Eles mostram que o uso que pode ser feito de expressões lingüísticas corretamente formadas comporta referências a outros tipos de validade que não apenas a verdade. Quando afirmamos “o Vasco da Gama foi rebaixado para a segunda divisão” proferimos uma locução, gramaticalmente correta, acerca de um fato e que pode ser verdadeira ou falsa.

⁵⁵ Cf. HABERMAS, J. **Teoria de la Acción Comunicativa**, vol. I, p. 54.

⁵⁶ HABERMAS, J. **Verdad y Justificación**: ensayos filosóficos

⁵⁷ Cf. HABERMAS, J. **Verdad y Justificación**: ensayos filosóficos, p. 101.

⁵⁸ Cf. AUSTIN, J.L. **Quando Dizer é Fazer**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

⁵⁹ Cf. SEARLE, J. **Speech Acts**. Ver também **Expressão e Significado**: estudos da teoria dos atos de fala. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

Poderíamos enunciá-la para um amigo, para irritá-lo, ou simplesmente pensá-la com certa admiração e encanto no momento em que tomamos conhecimento do fato. Neste segundo caso, trata-se de um tipo puro de ato locucionário. Nossa ação consiste em pronunciar uma afirmação, que pretende ser verdadeira, sobre eventos ocorridos no mundo. Esta afirmação possui um sentido e referência bem definidos, sendo formada de modo competente⁶⁰. No entanto, outra coisa ocorre quando dizemos a outra pessoa a seguinte locução: “prometo, caso o Vasco seja rebaixado, abrir uma garrafa de champanhe.” Neste caso, não estou apenas registrando uma ação ocorrida, mas sim realizando uma ação no momento em que digo tal coisa: estou prometendo algo.⁶¹ Este tipo de enunciado, que faz algo ao falar, Austin denomina “performativo” (do verbor inglês “*to perform*”), que pode se traduzido para a língua portuguesa como executar, representar ou desempenhar. Estes atos não são “verdadeiros” ou “falsos”, mas “bem sucedidos” ou não⁶², e configuram os atos de fala ilocucionários.⁶³ Uma terceira categoria de atos são os perlocucionários, que são aqueles cujo objetivo é obter um efeito sobre alguém por meio do proferimento e não propriamente estabelecer uma comunicação com o ouvinte.⁶⁴

Searle, que reformula alguns pontos que considera imprecisos na taxinomia de Austin, mantém o núcleo do argumento, destacando que os atos de fala ilocucionários possuem uma força peculiar, que permite usos variados de proferimentos com idênticos conteúdos proposicionais. Vejamos os seguintes exemplos de proferimentos:

- (x) “Ordeno que você termine a redação de sua tese até a próxima semana.”
- (y) “Acho que você vai terminar a redação de sua tese até a próxima semana.
- (z) “Faço votos de que você termine a redação de sua tese até a próxima semana.”

Em todos os casos o conteúdo proposicional do proferimento, seu componente locucionário, é o mesmo: uma referência ao término da redação de uma tese num determinado prazo. Todavia há também uma clara diferença no sentido em que este mesmo conteúdo locucionário é utilizado em cada um dos atos de fala. Em (x) trata-se de uma ordem, em (y) apenas um prognóstico e em (z) a expressão de um sentimento do falante. Essa diferença no modo como a mesma locução é usada consiste na “força” que

⁶⁰ Cf. AUSTIN, J.L. **Quando Dizer é Fazer**, p. 85.

⁶¹ Cf. AUSTIN, J.L. **Quando Dizer é Fazer**, p. 24. SEARLE, J. **Expressão e Significado**, p. 22.

⁶² Cf. AUSTIN, J.L. **Quando Dizer é Fazer**, p. 31.

⁶³ Cf. AUSTIN, J.L. **Quando Dizer é Fazer**, p. 89.

⁶⁴ Cf. AUSTIN, J.L. **Quando Dizer é Fazer**, p. 103.

o ato ilocucionário possui. Assim, podemos distinguir entre a “força ilocucionária” do ato e seu “conteúdo proposicional” mediante a expressão “F (p)”.⁶⁵

Para cada “F” específica há um diferente tipo de “propósito ilocucionário” que é levantado inevitavelmente tão logo o falante executa sua ação de dizer algo. Em (x) com a ordem proferida o falante “pretende” inevitavelmente levar o ouvinte a realizar uma ação determinada⁶⁶. Mesmo na hipótese de o falante pretendesse apenas provocar o desespero no ouvinte, já que o prazo correto para a entrega do trabalho era muito mais longo que escassa uma semana, e logo em seguida avisasse ao aluno tratar-se de uma brincadeira, ainda assim com o ato mesmo de proferir a ordem o falante já levante a pretensão de que ela deva ser cumprida. O mesmo ocorre com (y) onde a pretensão inevitável é de “comprometer o falante (em diferentes graus) com o fato de algo ser o caso, com a verdade da proposição expressa”⁶⁷. Também aqui a pretensão é inevitável no sentido de que, ainda que o falante estivesse mentindo nem por isso o proferimento deixaria de “pretender” estar dizendo a verdade: “tanto aquele que mente quanto aquele que fala a verdade têm um compromisso com dizer a verdade. A diferença é que o mentiroso não respeita seu compromisso”⁶⁸.

Um modelo possível para acompanhar a discussão pode ser pensado a partir do seguinte exemplo: suponhamos que um funcionário de uma empresa tenha realizado, durante toda uma semana, uma jornada de trabalho de 10 horas diárias quando a jornada normal é de 8 horas, sem que tenha recebido ao final do mês o pagamento pelas correspondentes horas extraordinárias, e solicite ao responsável pelo departamento de pessoal da empresa o devido pagamento. O empregado lesado pode, para sustentar seu pedido, simplesmente apoiar-se naquilo que para ele é algo rotineiro, a saber, o fato de que as empresas estão obrigadas a efetuar esse pagamento. Ele e seus colegas sabem disso mesmo sem nenhum tipo de conhecimento jurídico técnico, pois rotineiramente recebem um acréscimo em seus salários pelos dias em que trabalham além do normal. Em situações assim, diante do proferimento (i) “você me deve dinheiro pelo trabalho realizado” é possível que o responsável pelo pagamento responda (ii) “você tem razão, houve um lapso e não incluímos os valores devidos em seu salário, mas vamos sanar o problema imediatamente”;

⁶⁵ SEARLE, John. **Expressão e Significado**, p. 2.

⁶⁶ Cf. SEARLE, John. **Expressão e Significado**, p. 21.

⁶⁷ SEARLE, John. **Expressão e Significado**, p. 19.

⁶⁸ SEARLE, John. **Mente, Linguagem e Sociedade: filosofia no mundo real**. Rio de Janeiro: Rocco, 2000, p. 133.

(iii) “não existe no direito brasileiro nenhuma obrigação ao pagamento de horas extraordinárias”;

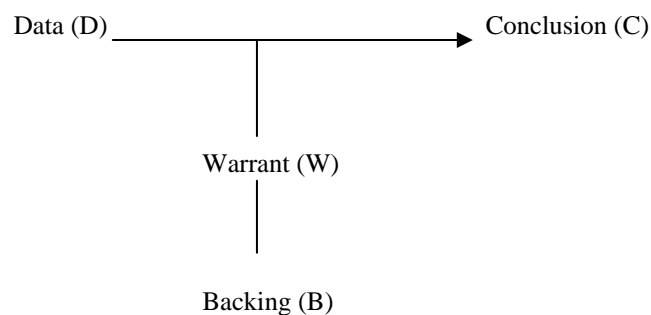
(iv) você mente, pois não trabalhou nenhum segundo além do horário regular, e sendo assim nada lhe é devido”;

(v) “Infelizmente este mês estamos sofrendo uma imensa dificuldade financeira, de modo que simplesmente não foi possível arcar com este compromisso. Peço-lhe que espere até a semana que vem e então poderemos saldar esta dívida.

(vi) “A empresa deve, não nega, mas também não paga. É verdade, você trabalhou, nós lhe devemos, mas não vamos pagar, simplesmente por que achamos que, segundo um cálculo de custo benefício, a proporção de funcionários em sua situação disposta a arcar com os riscos provenientes de uma ação trabalhista é baixa o suficiente para que seja vantajoso para nós ignorar reiteradamente as normas trabalhistas.”

Ao proferir a resposta (ii) o responsável aceita, inevitavelmente, as pretensões que haviam sido levantadas no ato de fala do empregado, reconhecendo seu direito ao pagamento e o conflito estará encerrado ao menos temporariamente. Em (iii) há uma rejeição à existência de um direito abstrato deste tipo, sendo indiferente a verdade quanto ao trabalho realizado. O empregado, não dispondo de conhecimento técnico que lhe permita apontar quais os dispositivos jurídicos impõem a obrigação, pode manter sua crença na existência de tais obrigações e para certificar-se procura a assessoria jurídica de seu sindicato. Com (iv) é outra a pretensão rejeitada. Reconhece o direito abstrato mas afirma que os fatos descritos não são verdadeiros. Neste caso o empregado pode ainda tentar convencer o funcionário do departamento de pessoal através do testemunho de outros funcionários ou solicitar que ele verifique os cartões de ponto da empresa etc., o que pode ao final convencê-lo e então sanar o problema. Do contrário, a alternativa é recorrer ao poder judiciário e tentar forçar a prestação que lhe é devida. Em (v) aceita-se as pretensões de validade levantadas pelo empregado mas o acordo é alcançado de outro modo, mediante um compromisso. Por fim, em (vi) há uma rejeição muito peculiar, que será devidamente tratada apenas mais adiante. Reconhece tanto a existência de algo no direito brasileiro que determina o mencionado pagamento, reconhecendo também os fatos afirmados, mas duvida da existência de um contexto no qual a obrigação jurídica em questão possa ser feita valer. Nos casos (iii), (iv) e (vi), diversas são as opções de ação que se abrem ao agente, das quais as mais relevantes são a busca de mecanismos institucionais (mover uma ação judicial trabalhista) ou, especialmente no último caso, o recurso a algum tipo de violência.

Mais adiante, quando da análise dos distintos usos da linguagem e dos tipos de ação, retornaremos a estes proferimentos. Por agora o que importa é ressaltar duas coisas: em primeiro lugar, há uma estrutura do argumento lançado pelo empregado que, se revelada, permite compreender aspectos interessantes da discussão. Esta estrutura está presente nos mais diversos tipos de afirmação, sobre fatos, direitos, previsões do tempo, manifestações de gosto literário etc. Em segundo lugar, caso rejeitemos a opção pela violência, é possível seguir argumentando de um modo mais rigoroso. Podemos sair de uma discussão travada em contextos provincianos assumindo uma perspectiva mais ampliada e refletida: precisamente esta é a idéia de um “discurso” no sentido de Habermas e um modo de compreendê-lo é por analogia às argumentações realizadas em tribunais.⁶⁹ Para esclarecer a estrutura da argumentação Habermas adota o seguinte modelo, proposto por Stephen Toulmin⁷⁰:



Se tentarmos compreender a afirmação do empregado, utilizando o esquema de Toulmin, obteremos:

- Conclusion: é devido ao empregado o pagamento de horas extraordinárias.
- Data: o empregado trabalhou duas horas além das oito horas diárias.
- Warrant: ao empregado que trabalha além da jornada diária normal é devido o pagamento pelas horas excedentes.
- Backing: CR, art. 7º, “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais (...): XVI – remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal”.

⁶⁹ Cf. HABERMAS, J. **Teorias de la Verdad**, p. 115. Também **Teoria de la Acción Comunicativa**, vol. I, p. 37. Se as argumentações que ocorrem em tribunais podem ser compreendidas como manifestações de discurso racional, no sentido de Habermas, é uma questão extremamente problemática, e um dos tópicos que serão tratados neste trabalho, quando da discussão sobre a “tese do caso especial” de Robert Alexy. Cf. **Teoria de la Argumentacion Jurídica**. Neste ponto, a referencia às disputas judiciais assume apenas um caráter altamente estilizado e apenas comparativo.

⁷⁰ TOULMIN, Stephen. **Os Usos do Argumento**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 143.

É verdade que poderíamos obter uma estrutura semelhante adotando o clássico modelo do silogismo categórico. No entanto, o apoio do esquema de Toulmin permite ressaltar, mais que a estrutura lógica de uma série de proposições, também a ação de argumentar com referência a um conjunto de hipóteses de um modo mais completo, revelando uma “complexidade oculta” pelo modelo anterior.⁷¹ Esta estrutura formal é adotada por Habermas como o ponto de partida para sua definição de discurso racional porque explica a argumentação não como uma cadeia de orações, mas como uma cadeia de atos de fala⁷². Ele vê em Toulmin uma alternativa seja contra os “absolutistas da lógica dedutiva”, que tendem a limitar a possibilidade de proferimentos racionais às afirmações com pretensão de verdade, seja aos céticos que não reconhecem a peculiar coação do melhor argumento⁷³. O esquema é aceito como modelo de um “desempenho discursivo de uma pretensão de validade”.⁷⁴ No entanto, se Toulmin fornece um modelo que no seu núcleo é correto ele ainda assim padece de uma posição dúbia entre a defesa de um universalismo da estrutura central dos argumentos e uma descrição das formas institucionalizadas de argumentação vinculadas a contextos específicos, não distinguindo corretamente entre pretensões de validade convencional e pretensões universais de validade.⁷⁵

De todo modo, o modelo é adaptado às pretensões de Habermas. Nos nossos exemplos acima já foi possível perceber que a referência a pretensões de validade normativa e veritativa pode exigir o “desempenho” em discursos específicos. Neste caso seriam duas especificações distintas de uma mesma estrutura. Em ambas o critério capaz de auferir o nível de racionalidade do discurso é possibilidade que os participantes devem possuir para modificar a todo instante o nível do discurso realizado, verificando a correção dos dados, testando a correta interpretação deles a partir de (w), testando a fundamentação deste segundo (B), levando a cabo portanto um incansável processo de autocorreção. O modelo a seguir permite compreender o papel desempenhado pelas fases do argumento em discussões sobre fatos no mundo objetivo ou sobre a correção de normas⁷⁶:

⁷¹ TOULMIN, Stephen. **Os Usos do Argumento**, p. 155.

⁷² HABERMAS, J. **Teorias de la Verdad**, p. 140.

⁷³ Cf. HABERMAS, J. **Teoría de la Acción Comunicativa**, vol. I, p. 55: “la ventaja del planteamiento de Toulmin estriba precisamente en que permite una pluralidad de pretensiones de validez, sin necesidad de negar a la vez el sentido crítico del concepto de validez, que trasciende las restricciones espacio-temporales y sociales.”

⁷⁴ HABERMAS, J. **Teoría de la Acción Comunicativa**, vol. I, p. 49.

⁷⁵ Cf. HABERMAS, J. **Teoría de la Acción Comunicativa**, vol. I, ps. 58-60.

⁷⁶ HABERMAS, J. **Teorias de la Verdad**, p. 142.

	Discurso teórico-empírico	Discurso prático
C	Afirmações	Mandatos/valorações
Pretensões de validade	Verdade	Retitude
Exigências do oponente	Explicações	Justificações
D	Causas, motivos	Razões
W	Regularidades empíricas	Normas ou princípios de ação/valoração
B	Observações, resultados de pesquisas, constatações	Necessidades interpretadas (valores), conseqüências, conseqüências secundárias, etc.

Para que possa ocorrer o trânsito entre os vários níveis do discurso os participantes devem possuir preliminarmente a capacidade de expressar-se de modo inteligível, sem o que não seria possível o uso de expressões lingüísticas para sustentar ou negar a passagem de W a B, por exemplo.

Além desta capacidade de inteligibilidade a racionalidade discursiva envolve outros dois atributos gerais: “responsabilidade” e “liberdade”. Diz-se que o sujeito é responsável se ele é capaz de guiar-se conscientemente por algum tipo de pretensão de validade, buscando desempenhá-la, e explicar por que atua deste modo. Por sua vez esta capacidade pressupõe uma atitude reflexiva para com (i) as próprias crenças e convicções uma capacidade que os sujeitos devem possuir para assumir um certo distanciamento das crenças e saberes que compartilha, mantendo em suspensão sua validade, assumindo uma perspectiva hipotética; (ii) as ações de intervenção no mundo ou de tratamento de outros sujeitos buscando alcançar com eficácia algum objetivo, assumindo também aqui uma validade hipotética para a possibilidade de êxito dos planos de intervenção traçados; (iii) suas próprias ações reguladas por normas, testando a validade das normas mesmas; (iv) o projeto de vida próprio em meio de formas de vida comunitárias previamente organizadas, com o que a arrefece, ao menos temporariamente, a força imediatamente vinculante de valores comunitários. Assim, “esta capacidad está entrelazada (...) com las estructuras centrales del saber, de la actividad teleológica y de la comunicación.”⁷⁷

Por outro lado, o aspecto de “liberdade” da racionalidade discursiva refere-se à capacidade de distanciamento que o sujeito possui em relação às suas crenças, ações e emissões lingüísticas. Tal distanciamento assume formas específicas conforme a esfera de autoreferências em questão (i) quanto ao saber proposicional; (ii) à liberdade de reflexão; (iii) ao atributo daqueles capazes de libertar-se da perspectiva de participante em contextos de ação específicos; (iv) às ações teleológicas, a liberdade de arbítrio,

⁷⁷ Cf. HABERMAS, J. **Verdad y Justificación**: ensayos filosóficos, p. 102.

capacidade de escolher racionalmente uma opção dentre ao menos dois cursos de ação possíveis; (v) liberdade de vontade, capacidade de vincular a própria vontade a determinado comportamento por convicção moral; liberdade ética, para seguir um projeto de vida autônomo.⁷⁸ Num sentido semelhante, Thomas Nagel definiu o problema da racionalidade nos seguintes termos:

A razão (...) pode servir de tribunal de última instância não apenas para resistir às opiniões de hábitos que nos foram transmitidos pela nossa comunidade, mas também para resistir às peculiaridades da nossa perspectiva pessoal. É algo que cada pessoa pode encontrar em si mesma mas que tem, ao mesmo tempo, autoridade universal. A razão fornece, misteriosamente, um modo de nos distanciarmos da opinião comum e das práticas que nos foram transmitidas, modo esse que não é uma mera promoção da individualidade – não se trata de uma sentença que nos autoriza a exprimir o nosso eu idiossincrático, em vez de concordar com toda a gente. Quem apela para a razão propõe-se descobrir uma fonte de autoridade em si mesmo que não é meramente pessoal ou social, mas antes universal – e que deverá também persuadir outras pessoas que estejam na disposição de a ouvir.⁷⁹

Mas se estas qualidades de responsabilidade e liberdade podem ser atributos de qualquer sujeito individualmente, como seriam elas a distinguir uma racionalidade que, sendo “discursiva”, é conceitualmente vinculada a processos dialógicos e não a aspectos individuais dos sujeitos? O que ocorre é que a interiorização da perspectiva dos participantes da argumentação, por cada sujeito, garante a discursividade da tematização responsável e livre em cada caso de auto-tematização. Assim,

na reflexão de pessoas racionais – que toman distancia respecto a sí mismas – aflora en general aquella racionalidad que es inherente a la estructura y al proceso de la argumentación. Pero al mismo tiempo se muestra que en el plano integrador de la reflexión y el discurso las tres racionalidades parciales del conocer, el actuar y el hablar corren parejas y constituyen todo un síndrome.⁸⁰

Esta definição da racionalidade busca apresentar as condições formais que permitem o trânsito irrestrito entre os vários níveis do discurso. Os participantes do discurso devem pressupor reciprocamente que algumas condições estão dadas, de tal modo que a discussão na qual participam é um empreendimento capaz de permitir as afirmações e críticas aos fundamentos, garantias e dados analisados no discurso.

1.4.2 Racionalidade epistêmica.

⁷⁸ Cf. HABERMAS, J. **Verdad y Justificación**: ensayos filosóficos, p. 103.

⁷⁹ NAGEL, Thomas. **A Última Palavra**, ps. 11-12.

⁸⁰ HABERMAS, J. **Verdad y Justificación**: ensayos filosóficos, p. 103.

Refere-se a uma forma de saber proposicional acerca do mundo objetivo que, além de poder ser submetido a juízos de verdadeiro ou falso, deve também ser dotado de reflexividade, ou seja, racional é aquele saber que não é apenas implicitamente possuído por sujeitos que, apesar de dominarem determinadas competências, não saberiam explicar satisfatoriamente em que constituem estas mesmas competências. Para que seja um saber racional epistemicamente é necessário que o sujeito saiba “como” e “por que”, de modo que já há um vínculo direto com a possibilidade de justificar este saber: “pertenece a la gramática de la expresión ‘saber’ el que todo lo que sabemos pueda ser criticado y fundamentado”.⁸¹ A racionalidade epistêmica já se encontra vinculada à racionalidade discursiva por que implica a possibilidade de desempenho discursivo da pretensão de verdade. Mas sendo assim, desde a racionalidade epistêmica também já é possível perceber um vínculo com as racionalidades comunicativa e teleológica, já que a reflexividade do saber não seria possível se não fôssemos capazes, por um lado, de expressá-lo de forma inteligível em orações cuja pretensão é comunicar a outros sujeitos determinado saber, e por outro de experimentar processos de aprendizagem a partir do uso teleológico deste saber confrontando-o com o mundo objetivo e igual para todos.⁸²

No caso de nosso exemplo o empregado que afirma ter trabalhado uma jornada extraordinária pode permanecer afirmando para si próprio esse fato, mesmo diante de uma acusação de mentira como na resposta (iii), enquanto interroga-se pelo que irá fazer de modo a fazer valer seu direito. Nesse uso solitário das proposições que descrevem o estado de coisas ocorrido seu saber proposicional já pode ser criticado sob o aspecto da racionalidade epistêmica. A questão é o sujeito possui razões para aceitar essa descrição de fatos como verdadeira. É importante contudo destacar que o que torna o saber racional não é o fato de que seja ele também verdadeiro mas apenas que seja racionalmente aceitável. É perfeitamente possível que um saber racional seja no entanto falso. Voltando ao nosso exemplo, suponhamos que este empregado tenha em dezenas de situações similares comprovadamente mentido para o mesmo chefe de departamento pessoal, que agora supõe estar diante de mais uma tentativa de fraude, e além disso o chefe fora informado que este empregado havia faltado ao trabalho naquela data. Sua crença é racional por que justificada dentro de um contexto específico, porém falsa, já que não expressa corretamente o ocorrido. Portanto, o que torna um saber irracional não

⁸¹ HABERMAS, J. **Verdad y Justificación**: ensayos filosóficos, p. 104.

⁸² Cf. HABERMAS, J. **Verdad y Justificación**: ensayos filosóficos, p. 104

é propriamente sua falsidade mas a crença cega em algo mesmo na ausência de apoio justificado, de razões capazes de sustentá-lo.⁸³

1.4.3. Racionalidade teleológica.

Do mesmo modo que um saber pode ser racional porém falso, também uma ação de intervenção no mundo pode ser racional porém ineficaz. Mais que isso, mesmo uma ação que produz no mundo o resultado antes imaginado pelo agente não é, apenas em virtude dessa coincidência racional. A racionalidade de ações que alcançam o êxito na realização de determinados objetivos (ou que alcançariam em condições normais) deve ser medida pela presença simultânea de duas condições: (a) o agente sabe explicar quais os motivos pelos quais sua ação foi exitosa; e (b) o agente, ao menos parcialmente, foi motivado por este saber: os motivos pelos quais ele executa sua ação poderiam ajudar a explicar seu êxito.⁸⁴

Retornando aos nossos exemplos acima, racional seria a ação da empresa na resposta (v): buscando maximizar seus lucros decide, deliberadamente, violar uma obrigação jurídica apoiada no fato de que diversas pesquisas realizadas constaram que tal estratégia realmente é eficaz. E assim, do mesmo modo que ocorre com a racionalidade epistêmica, faz parte da própria definição de razão teleológica uma referência à racionalidade de um discurso no qual as razões que sustentam a ação podem ser desempenhadas. Com a exigência de reflexividade, o cálculo relativo ao êxito da ação, para que esta seja teleologicamente racional, deve poder ser apresentado em argumentos segundo a estrutura de Toulmin, e caso necessário, suas razões explicadas.

Por fim, a racionalidade da ação vincula-se às demais formas de racionalidade: à epistêmica porque as reflexões sobre planos de ação dependem de informações sobre eventos no mundo que pretendem ser verdadeiras, sejam elas pesquisas que comprovam a rentabilidade de uma estratégia ou informações mais elementares acessíveis pessoalmente; vincula-se também à racionalidade comunicativa na medida em que tais informações precisam ser capazes de expressão lingüística para que haja uma escolha refletida sobre o curso de ação a ser adotado.⁸⁵

⁸³ Cf. HABERMAS, J. **Verdad y Justificación**: ensayos filosóficos, p. 104

⁸⁴ Cf. HABERMAS, J. **Verdad y Justificación**: ensayos filosóficos, p. 106.

⁸⁵ Cf. HABERMAS, J. **Verdad y Justificación**: ensayos filosóficos, p. 106.

1.4.4. Racionalidade comunicativa.

É uma racionalidade inerente ao uso da linguagem (não à linguagem em si mesma) quando voltada para a produção de um consenso entre seus membros, tornada visível na força que possui para assegurar um horizonte de saberes, valores e expectativas comuns, a partir do qual os participantes na comunicação podem referir-se a algo no mundo objetivo e idêntico para todos.⁸⁶

O uso comunicativo de expressões lingüísticas não visa exclusivamente a descrição de ocorrências no mundo objetivo ou resultados que pretendemos obter com nossas ações. Sem dúvida estas são possibilidades às quais estamos acostumados, mas o universo do atos de fala comunicativos é mais vasto, e abrange também o estabelecimento de relações sociais nas quais coordenamos nosso comportamento em comum acordo com os outros atores, articulamos projetos de vida, modificamos nossas práticas políticas, criamos novas normas de ação etc. No uso comunicativo de expressões lingüísticas “se agavillan três hilos semânticos que vienen a confluír entre sí. Lo que el hablante quiere decir con la expresión se une, así con aquello que en ella se dice literalmente, como también con la acción como la que debe entenderse lo dicho.”⁸⁷ Habermas utiliza a imagem de uma relação que, normalmente, é assumida pelo significado lingüístico das orações, entre: (a) aquilo que o falante intenciona afirmar, (b) aquilo que é dito na oração, e (c) o tipo do uso que é feito da oração em seu ato de fala, com o qual o falante persegue o objetivo de entender-se com um ouvinte sobre alguma coisa, seja ela uma expressão de um sentimento estético, uma ordem de ação ou a descrição das propriedades de uma molécula de hidrogênio.⁸⁸

Até aqui vimos que a racionalidade de (a) pode ser avaliada segundo seus aspectos teleológicos e (b) segundo critérios da racionalidade epistêmica. Esse tipo de uso da linguagem com o objetivo de coordenar as ações (c) também pode ser avaliado segundo sua racionalidade, neste caso a comunicativa. Quando o empregado proferiu (i) ele buscava o entendimento com outro ator acerca de fatos referentes à sua jornada de trabalho e à correspondente obrigação de pagamento. A isto chama-se objetivo ilocucionário, o buscar entender-se com alguém sobre algo, e possui dois níveis: (i) inteligibilidade do ato de fala, já que deverá ser compreensível entre os participantes da comunicação, e (ii) aceitabilidade na oferta que levantam. Como ocorre com todos os

⁸⁶ Cf. HABERMAS, J. **Verdad y Justificación**: ensayos filosóficos, p. 107.

⁸⁷ HABERMAS, J. **Pensamiento Postmetafísico**, p. 109.

⁸⁸ Cf. HABERMAS, J. **Pensamiento Postmetafísico**, p. 109

demais tipos racionalidade, também aqui é possível que um ato seja racional sem que seja válido, bastando que o proferimento seja inteligível e seu conteúdo fiável, apoiando-se numa garantia de que se necessário a pretensão levantada será desempenhada discursivamente.⁸⁹

Retornando uma vez mais aos nossos exemplos acima mencionados, nos casos (iii) e (iv) a oferta feita pelo empregado através de seu ato de fala é recusada por razões diversas: em (iii) pela ausência de uma norma de ação capaz de sustentar a conclusão a partir dos dados em questão e em (iv) pela inexistência de um estado de coisas cuja ocorrência seria necessária para permitir a conclusão. Respectivamente, são rejeitados os aspectos de descrição de fatos e referência a normas de ação. Observando esses tipos exemplares podemos compreender melhor o que significa a racionalidade comunicativa: ela apóia-se simultaneamente:

(a) em condições de validade de um ato de fala (o fato de que o empregado realizou uma jornada de trabalho superior à normal, a validade de normas jurídicas que determinam o pagamento de horas extraordinárias);

(b) na pretensão sustentada pelo falante de que estas condições estão suficientemente preenchidas (ele descreve um fato pretendendo que tenha mesmo ocorrido, exige o pagamento de horas extras como se houvesse a correspondente obrigação por parte da empresa); e

(c) na garantia mantida pelo falante de que se necessário ele poderia desempenhar discursivamente a pretensão levantada (comprovar os fatos mediante testemunho de colegas de trabalho ou referencia ao cartão-ponto da empresa, justificar o direito pretendido apontando para a CR, art. 7º, inciso XVI).⁹⁰

Mas até aqui, por mais que aceitemos que a pretensão de verdade não é a única possível, ainda não houve uma definição rigorosa dos tipos de pretensão de validade que podem ser levantadas em atos de fala. São elas⁹¹:

Pretensão de validade	Âmbito de validade	Função geral do ato de fala
Verdade	Natureza externa	Exposição de estados de coisas
Correção normativa	Sociedade	Estabelecimento de relações interpessoais
Veracidade	Natureza interna	Expressão de vivências intersubjetivas
Inteligibilidade	Linguagem	

⁸⁹ Cf. HABERMAS, J. **Verdad y Justificación**: ensayos filosóficos, p. 107

⁹⁰ Cf. HABERMAS, J. **Verdad y Justificación**: ensayos filosóficos, p. 108.

⁹¹ Cf. HABERMAS, J. **Que Significa Pragmática Universal?** p. 368.

Mais acima afirmou-se que Habermas apóia-se na teoria dos atos de fala de Austin e Searle para desenvolver seu estudo das pretensões de validade levantadas no uso comunicativo da linguagem. Por mais que nestes dois outros autores a taxionomia seja um pouco distinta, Habermas opera uma “tradução” do conceito de força ilocucionária pelo de pretensão de validade: o ato ilocucionário “levanta uma pretensão de validade, e o sucesso (felicidade) de um tal ato depende do assentimento racionalmente motivado do outro.”⁹²

Verdade e correção normativa serão aquelas que efetivamente importam para o desenvolvimento deste trabalho. A elas retornaremos em breve. Aqui cabem apenas duas observações quanto às demais pretensões. Em primeiro lugar, um papel peculiar é ocupado pela “pretensão” de inteligibilidade que inevitavelmente levantamos ao proferir orações. Ela é contestada quando a emissão ou manifestação do agente se torna problemática: suponhamos a hipótese radical de que, no caso de nosso exemplo, o funcionário do departamento de pessoal não compreendesse o idioma falado pelo empregado, ou que, no caso de falarem o mesmo idioma, fossem provenientes de regiões cujos sotaques tão dispares criassem dificuldades para compreensão. Isto faz com que a inteligibilidade da oração possua um caráter distinto das demais, como a de verdade, pois ela não é apenas uma pretensão que poderá ser discursivamente desempenhada caso isto se torne necessário. Pretendemos que a oração seja inteligível, mas para que a comunicação ocorra realmente esta “pretensão” já deve estar faticamente resolvida: ela é uma condição mesma da comunicação e não simplesmente uma possibilidade de desempenho discursivo.⁹³ É por isso que no quadro acima Habermas não lhe confere papel algum em relação às funções gerais dos atos de fala.

Já a veracidade que inevitavelmente está envolvida com nossos atos de fala diz respeito à sinceridade que vinculamos entre nossos sentimentos e aquilo que afirmamos serem nossos desejos, crenças, valores nos quais acreditamos, ou estados de coisas que descrevemos. Naturalmente a veracidade é inevitável como pretensão, o que significa que sua completa ausência torna falho o ato de fala. Suponhamos o caso de um ex-prefeito de uma grande cidade às margens do rio Tietê, que tem sido objeto de atenção pelas cada vez mais contundentes provas de que é proprietário de contas bancárias em instituições financeiras na Suíça, e responsável por vultuosas transações financeiras

⁹² DUTRA, Delamar Volpato. **Kant e Habermas**: a reformulação discursiva da moral kantiana, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002, p. 122.

⁹³ Cf. HABERMAS, J. **Teorias de la Verdad**, p. 123.

ilegais: na hipótese de que tais denúncias sejam mesmo verdadeiras, tal personagem, ao afirmar (vii) “não possuo nenhuma conta bancária na Suíça”, ainda na hipótese de que esteja mentindo deliberadamente, inevitavelmente levanta, com o ato de proferir esta oração, a pretensão de estar afirmando a verdade. Uma prova disso é que, se o grotesco bordão (viii) “roubo, mas faço” pode eventualmente, e lamentavelmente, gozar de alguma reputabilidade política e eficácia eleitoral, afirmar publicamente que (ix) “não tenho contas bancárias na suíça, porém isto é mais uma das minhas mentiras” soaria não mais como repugnante moralmente mas sim como um caso de loucura. No caso de (viii), que já aceitamos como inteligível (sabemos o que ele quis dizer com isso), podemos contestá-lo segundo seus aspectos de verdade (“você só rouba, mas não faz”), correção normativa (“você rouba e isso é crime, pouco importa que realmente faça”, ou “se não roubasse poderia fazer mais”, ou “rouba, ainda que faça não é justo”), porém nele mesmo ainda não há nada que permita duvidar da sinceridade do falante ao proferi-lo, ao contrário do que ocorre com (viii) contra o qual poderíamos objetar face à sua própria inteligibilidade.

Como podemos então contestar ou afirmar a sinceridade de (vii)? A resposta de Habermas é que apenas nos contextos de ação isso pode ser feito⁹⁴. Não há como testar essa pretensão de validade discursivamente, pois caso estivesse mentindo bastaria permanecer mentindo no discurso racional, já que não possuímos um acesso privilegiado ao mundo interior da personalidade dos sujeitos. Apenas o confronto com a história de vida de alguém, com os fatos ocorridos no mundo, podem permitir uma suposição de que o falante acredita naquilo que diz, e tanto é assim que suas ações são adequadas às suas palavras. Em (iv) o responsável pelo departamento de pessoal da empresa duvida da sinceridade do empregado baseando-se nas ações anteriores do mesmo, que em diversas oportunidades idênticas havia mentido em benefício próprio.

Em todo caso, estes objetivos ilocucionários que não podem ser buscados como se fossem estados de coisa a se obter no mundo. Os participantes na comunicação devem assumir a perspectiva da primeira e segunda pessoa, e não apenas agir como de atores que buscam atingir causalmente um sucesso a partir da perspectiva da terceira pessoa: a aceitação da pretensão de validade levantada depende do assentimento racional do ouvinte, que deve possuir a liberdade para responder “sim” ou “não”.⁹⁵ Assim somente pretensões de validade que aspiram a reconhecimento universal nos

⁹⁴ Cf. HABERMAS, J. **Que Significa Pragmática Universal?**

⁹⁵ Cf. HABERMAS, J. **Verdad y Justificación**: ensayos filosóficos, p. 108

Discursos são: retitude moral, verdade das proposições e inteligibilidade das proposições⁹⁶.

1.5. Os usos da linguagem.

Vimos a pouco que o êxito ilocucionário do ato de fala não pode ser alcançado senão através do assentimento racional a uma pretensão de validade levantada pelo falante, ou seja, ele não pode ser “produzido” como um estado de coisas qualquer no mundo. No entanto podemos fazer referência aos efeitos que os atos ilocucionários, como todo tipo de ação que é, podem gerar no mundo: neste caso falamos em efeitos “perlocucionários”.⁹⁷ Em (i) o empregado queria que o responsável pelo departamento de pessoal aceitasse (a) a verdade quanto ao fato de haver trabalhado, (b) a correção normativa quanto à ordem de pagar determinada quantia em virtude do período trabalhado e (de modo menos explícito) (c) também a sinceridade de seu proferimento⁹⁸, o que acontece quando o ouvinte responde com (ii). Neste caso aos êxitos locucionário (a compreensão da expressão utilizada) e ilocucionário (a aceitação de que há uma obrigação e seu dever de realizá-la) pode seguir-se também um êxito perlocucionário (P₁) consistente no efetivo pagamento das verbas correspondentes à jornada extraordinária. (P₁) segue-se gramaticalmente do conteúdo do ato ilocucionário em questão. Outro tipo de êxito perlocucionário seria (P₂) o resultado contingente, pois não gramaticalmente regulado, de um ato ilocucionário bem sucedido, por exemplo a hipótese em que o sucesso do empregado em obter o pagamento das horas extraordinárias provoca a alegria em alguns de seus colegas de trabalho que planejavam convidá-lo para tomar umas cervejinhas depois do expediente. Mas além destes, há uma espécie de sucesso perlocucionário (P₃) que só pode ser alcançado se os verdadeiros objetivos do falante permanecem ocultos, num caso em que o ato ilocucionário é instrumentalizado para finalidades puramente estratégicas. Aqui razões não públicas governam o ato ilocucionário: se elas vem à tona, o ato ilocucionário falha e (P₃) não é alcançado. Um exemplo seria a hipótese de, em (iv), o funcionário da empresa estar mentindo, buscando apenas postergar o pagamento correspondente e com isso alcançar

⁹⁶ Cf. HABERMAS, J. **Teoria de la Acción Comunicativa**, vol. I, p. 69.

⁹⁷ Cf. HABERMAS, J. **Pensamiento Postmetafísico**, p. ????

⁹⁸ afinal, a mesma locução poderia ser usada num sentido irônico, como brincadeira entre amigos, como no caso de um empregado que estivesse retornando ao trabalho após meses de afastamento para tratamento médico o que tornaria absurda a exigência.

mais lucro para a empresa que disporia destes recursos por mais alguns dias. Se este objetivo fosse revelado, se o empregado fosse informado de que não há dificuldade financeira alguma etc., certamente recusaria a oferta contida em (iv). Por sua vez, o sucesso desta oferta como se fosse realmente motivada pela busca do entendimento é a condição da satisfação de (P₃).

O mesmo conteúdo locucionário de (i), uma exigência de entrega de dinheiro, poderia ser utilizado em um contexto radicalmente distinto, um assalto a mão armada. Estaríamos aqui diante de um uso não comunicativo da linguagem, um uso estratégico, por que neste caso a linguagem estaria sendo utilizada exclusivamente como um meio de transmissão de informações (a ameaça de uma sanção) e não de articulação da ação pela via a aceitação intersubjetiva de pretensões de validade.⁹⁹ A racionalidade comunicativa que surge nos processos de entendimento pode ser melhor explicada se compararmos estes dois usos de expressão linguística, aquele que visa o entendimento intersubjetivo e um uso não comunicativo.

A seguir é possível perceber a reformulação, levada a cabo por Habermas, em sua tipologia das ações com base nas considerações sobre os tipos de racionalidade, uma reformulação diretamente ligada às considerações sobre a possibilidade do uso linguístico.

1.5.1 Uso não-comunicativo da linguagem.

Quando afirmamos ou calculamos algo sobre o mundo (a composição da molécula de hidrogênio, estatísticas sobre ações judiciais trabalhistas, planos de investimento da empresa) é possível que estejamos também tentando estabelecer uma ação conjunta com outros sujeitos. No entanto, para que tais expressões sejam dotadas de racionalidade epistémica e teleológica, respectivamente, não é necessário que tais proferimentos sejam feitos no contexto de uma ação social. A racionalidade inerente ao uso epistémico e teleológico não depende logicamente do desempenho de pretensões de validade intersubjetiva.¹⁰⁰

Pelo contrário, um uso monológico de ambas, para efeitos de representação de um estado de coisas sobre o mundo ou o cálculo solitário de nossas probabilidades de

⁹⁹ Cf. HABERMAS, J. **Pensamiento Postmetafísico**, p.

¹⁰⁰ Cf. HABERMAS, J. **Verdad y Justificación: ensayos filosóficos**, p.

ação, não requer o desempenho discursivo de pretensões de validade de verdade e veracidade. É por isso que o conteúdo semântico destas orações pode ser compreendido com independência dos contextos de ação nos quais poderiam estar inseridos. Vejamos o caso de (v): suponhamos que o falante apenas comentasse com um amigo que (v´) “algumas pesquisas haviam comprovado que o descumprimento reiterado de algumas normas trabalhistas, para empresas de determinado porte, terminava por proporcionar lucros às mesmas”, ou ainda, pensando em voz alta para consigo mesmo, (v´´) “talvez seja vantajoso não efetuar determinados pagamentos de verbas correspondentes às horas extraordinárias”. Tanto a verdade da descrição de mundo contida em (v´) como as condições de êxito da ação em (v´´) podem ser perfeitamente compreendidos com independência das pretensões de validade típicas dos atos ilocucionários. No primeiro caso, o uso puramente epistêmico da oração serve para apresentar um estado de coisas a um ouvinte, anunciando que aceita esta descrição como verdadeira, sem que seja necessário que o ouvinte aceite o proferimento como verdadeiro. Também no segundo caso, basta compreender a relação entre o plano de ação enunciado e seus possíveis efeitos no mundo objetivo.¹⁰¹

Este tipo de uso da linguagem transforma-se em algo bastante distinto quando tematizamos a pretensão de verdade contida no proferimento ou buscamos motivar o ouvinte. Antes disso, este uso da linguagem, por monológico, é uma ação tipicamente não social, de atores que assumem uma perspectiva objetivante orientada à produção de efeitos no mundo objetivo. Tal é a perspectiva das ações instrumentais¹⁰².

1.5.2 Uso comunicativo da linguagem.

A mais importante revisão levada a cabo por Habermas em sua teoria diz respeito à definição mesma de ação comunicativa. Alguns de seus efeitos podem ser percebidos em sua filosofia do direito, como veremos mais adiante neste trabalho. Aliás, oportunamente será sustentada a hipótese de que tal alteração pode mesmo ter sido em grande parte motivada pela discussão de alguns temas da filosofia do direito, especialmente a partir da publicação de FG.

¹⁰¹ Cf. HABERMAS, J. **Verdad y Justificación**: ensayos filosóficos, p.

¹⁰² Cf. HABERMAS, J. **Aspectos de la Racionalidad de la Accion**, in Teoria de la Accion Comunicativa: complementos y estudios previos, ps.. **Teoria de la Accion Comunicativa**, vol. I, ps...

Mas qual seria afinal esta importante alteração? Especialmente uma diferenciação no conceito de ação comunicativa que passa a referir-se a dois tipos distintos de uso da linguagem. Se no item anterior foi possível perceber que para o uso puramente epistémico de orações basta ao falante anunciar que acredita na verdade de um proferimento “p” qualquer, ao uso comunicativo é inerente a pretensão de buscar convencer o ouvinte de que acredita na verdade de “p”. Agora entram em jogo pretensões de validade intersubjetivamente criticáveis de modo tal que não basta mais conhecer as condições de verdade de (v’): é necessário também conhecer o sentido ilocucionário do proferimento.

a) Ação comunicativa fraca: entendimento (Verständigung).

Esta espécie de ação comunicativa é “fraca” no sentido de que nela não são tematizadas todas as pretensões de validade intersubjetiva visando o consenso com base em razões. As manifestações de vontade que não estão inseridas em contextos normativos, tais como imperativos simples e anúncios de intenção, podem apelar à pretensão de verdade e veracidade mas não à de correção normativa. Este tipo de ação busca dar conta de uma espécie de atos de fala acerca dos quais não podemos afirmar que visam o consenso mas que tematizam algum tipo de pretensão de validade. São exemplos os seguintes:

(x) “Dentro de vinte minutos assinarei o contrato na sede do ministério em Brasília”.

(xi) “Desapareça da minha frente!”.

Em ambos os casos seria contraintuitivo negar que possuem algum sentido comunicativo, posto que podem ser utilizados para motivar determinadas ações em algum ouvinte. No entanto seria muito difícil sustentar que são manifestações lingüísticas que visam o consenso intersubjetivo. Em (x) há Isto pode ser melhor percebido quando reparamos no modo como tais proferimentos podem ser rejeitados:

(x’) “Já são 17:00 hs, estamos em Florianópolis e hoje é sexta-feira: você não chegará a tempo”

(xi’) “O que você quer é evitar minhas perguntas.”

No primeiro caso é rejeitada uma pretensão de verdade, no segundo de veracidade. Em ambos a busca de objetivos ilocucionários prescinde de um consenso global sobre as três pretensões de validade, em nenhum deles é tematizada a referencia a normas. Porém, em todos eles é possível que ocorra a seguinte situação: sem que exista um consenso fundamentado em razões, falante e ouvinte supõem cada que o outro,

nestas circunstâncias determinadas e dadas estas preferências, tem boas razões para sustentar a intenção ou o anúncio declarado, sem que o outro tenha que fazer suas essas razões. Trata-se aqui não de um “acordo” (Einverständinis) com base nas mesmas razões, mas num “entendimento” (Verständigung) apoiado em razões dependentes dos atores, argumentos e motivos racionais desde o seu ponto de vista, o que Habermas prefere denominar razões “publicamente inteligíveis”.¹⁰³ Sua aceitabilidade funciona no horizonte da ação comunicativa porém mediada pela razão teleológica. Retornando ao exemplo do imperativo simples em (xi), aqui a racionalidade da exigência depende de que o ator “tiene buenas razones para suponer que el destinatário tiene razones para no oponerse a su demanda.”¹⁰⁴

Quando a linguagem é usada visando o entendimento fundamentado nas razões dependentes do ator este já assume ao menos uma atitude realizativa (e não mais objetivante como no tipo de ação anterior): trata-se de uma ação comunicativa fraca. Aqui o entendimento limita-se a compreender o imperativo (ou a manifestação de intenção) e não duvidar da seriedade com que é proferido pelo falante. A racionalidade comunicativa como que cede espaço à racionalidade estratégica, se bem que continua a prevalecer sobre ela, já que os atores renunciam à pretensão de enganar se bem que não possuem ainda a pretensão de guiar-se por normas aceitas como válidas. Os participantes de uma ação comunicativa fraca precisam supor reciprocamente apenas a liberdade de arbítrio (já que cada qual supõem que o outro possui boas razões para agir de tal modo) e um mundo objetivo e igual próprio às intervenções teleológicas¹⁰⁵.

b) Ação comunicativa forte: acordo (Einverständinis).

Outra coisa ocorre com o tipo “forte” de ação comunicativa. Aqui é primordial o fato de que a linguagem é utilizada pelos participantes na argumentação de modo a produzir um acordo (Einverständinis) com base em razões que são as mesmas para todos os atores, que aceitam todas as pretensões de validade ofertadas nos atos de fala por razões que são independentes de suas circunstâncias e interesses específicos. Somente agora é possível tematizar as pretensões de correção normativa¹⁰⁶ o que ocorre quando em (xi) o ouvinte responde:

¹⁰³ Cf. HABERMAS, J. *Verdad y Justificación*: ensayos filosóficos, p. 114.

¹⁰⁴ HABERMAS, J. *Verdad y Justificación*: ensayos filosóficos, p. 114.

¹⁰⁵ Cf. HABERMAS, J. *Verdad y Justificación*: ensayos filosóficos, p.

¹⁰⁶ Mesmo a pretensão de verdade somente agora pode ser efetivamente desempenhada, já que antes os atores não dispunham das mesmas e idênticas razões para aceitar a verdade de uma constatação.

(xi'') “Você não tem o direito para ordenar tal coisa”.

Além da suposição de um mundo objetivo e de liberdade de arbítrio, os atores devem contar também com um mundo social de normas e instituições, aos quais fazem referência para sustentar seus imperativos proferidos, e autonomia da vontade livre capaz de vincular-se assumindo obrigações de um acordo normativo. Este estende-se também ao modo de escolha das finalidades legítimas da ação:

En la acción comunicativa fuerte los participantes no solo dan por supuesto que se guían por hechos y que dicen aquello que creen y tienen por verdadero, sino que suponen también que persiguen sus planes de acción solamente dentro de los límites de las normas y los valores válidos¹⁰⁷

Em discursos práticos deve ser possível desempenhar esta pretensão de validade normativa de modo análogo ao que ocorre quando alcançamos acordos epistêmicos.

1.5.3 Uso orientado às conseqüências.

a) Ação estratégica latente.

Aqui a linguagem não é mais utilizada com o intuito de obter um acordo ou mesmo um “entendimento”. Mas em que pese sua independência face aos objetivos ilocucionários da linguagem, a ação estratégica latente depende ao menos de uma aparência de situação comunicativa. Isto ocorre por que na medida em que visa determinada categoria de efeitos perlocucionários (P₃) mantém uma relação parasitária face aos atos ilocucionários bem sucedidos.

b) Ação estratégica manifesta.

Este é o caso em que o potencial que a linguagem possui para alcançar um acordo racionalmente motivado é definitivamente abandonado, de modo que não mais fazemos referência às pretensões de validade. Nem mesmo a veracidade é reciprocamente pressuposta, com ocorre no caso da ação comunicativa fraca.

Recordemos o caso da ordem para entregar dinheiro. Trata-se de um proferimento que pode ser usado apoiado num contexto normativo, ou ao menos na forma de ação comunicativa fraca, como imperativo simples. Coisa muito diversa é o que ocorre com as ameaças. Vejamos os exemplos:

(xii) “entregue-me esta quantia em dinheiro ou então conto à sua esposa que...”

¹⁰⁷ HABERMAS, J. **Verdad y Justificación**: ensayos filosóficos, p. 119.

Neste caso a linguagem é usada apenas como meio de transmissão de informações, no caso a ameaça, cujo “significado perlocutivo de assustar ensombrece el significado ilocutivo de anunciar”¹⁰⁸. Mais uma vez isso pode ser percebido se observarmos o modo como tais ameaças podem ser contestadas: o ouvinte não rejeita o ato ilocucionário mas apenas as condições empíricas que poderiam permitir o efeito perlocucionário desejado pelo falante. Ele não apenas pode contestar:

(xii´) “você está brincando, não intenciona realmente contar”

(xii´´) “mas isso é uma mentira”.

Ele pode contestar diretamente o efeito perlocucionário:

(xii´´´) “grande coisa, já estou divorciado.”

O mesmo ocorre no caso de um assalto a mão armada: o falante não oferece garantia alguma de desempenho de uma pretensão de validade normativa, mas apóia-se na ameaça de violência física sobre a vítima: as condições de validade são substituídas por condições de sanção.¹⁰⁹

Aqui devemos recordar a clássica questão que opôs frontalmente Kelsen a Santo Agostinho, acerca das diferenças entre as exigências de dinheiro quando feitas por um bando de salteadores ou por funcionários da administração pública responsáveis pela coleta de tributos: para o segundo a diferença deve ser buscada no fato de que o Estado apóia-se em princípios de Justiça, na ausência dos quais seriam puramente idênticos os soldados de um exército e as hordas de bandoleiros. A isso se opõe Kelsen, para quem a diferença entre ambos decorre apenas do fato contingente de que existe um contexto no qual uma ordem jurídica, dotada ao menos de um mínimo de eficácia global, autoriza os funcionários do Estado a agirem de tal modo e usarem a coerção, se necessário. Problemas relativos aos dois tipos de resposta serão tratados posteriormente neste trabalho, mas desde já o que importa é ressaltar que em ambos não é uma qualidade inerente ao proferimento, à pessoa que o realiza ou ao objeto em questão (dinheiro) que permite compreender corretamente a situação, mas sim a existência de um contexto normativo no qual a oração está inserta: num caso princípios de justiça que transcendem o Estado, no outro o mínimo de eficácia global do sistema jurídico. É aí que deve ser buscada a diferença entre cobradores de impostos e mafiosos, e não no colorido dos uniformes, no material bélico utilizado ou no fato de que apenas um dos lados publica

¹⁰⁸ HABERMAS, J. **Verdad y Justificación**: ensayos filosóficos, p. 121.

¹⁰⁹ Cf. HABERMAS, J. **Pensamiento Postmetafísico**,

algumas de suas ordens mais importantes em folhas de papel sobrepostas chamadas “diário oficial”.

1.5.4 Tipologia das ações e usos da linguagem.

Na linguagem, dimensão do significado e validade estão unidas uma à outra. Transcendência a partir de dentro. Pensamento pos metafísico. Tese de faticidade e validade, tensão já presente no interior da linguagem.

Vejam a tabela seguinte:¹¹⁰

<i>Expressões</i>	<i>Modos de uso</i>	<i>Atitude do ator</i>		
		<i>Objetivante</i>	<i>realizativa</i>	
Orações enunciativas e orações de intenção <i>in mente</i> (“pura” representação e planejamento “monológico” da ação)	Não comunicativo	Intervenção orientada a fins	_____	Ação não social
Manifestações de vontade não inseridas em contextos normativos (imperativos simples, anúncios)	Orientada ao entendimento (Verständigung)	_____	Ação comunicativa fraca	Interações sociais
Atos ilocutivos completos (normativos, constataativos, expressivos)	Orientada ao acordo (Einverständinis)	_____	Ação comunicativa forte	
Perlocuções	Orientadas às conseqüências (entendimento indireto)	Interações estratégicas	_____	

1.6 O discurso racional

A racionalidade se manifesta no uso comunicativo da linguagem através do compromisso de que as pretensões de validade levantadas no ato de fala são passíveis de uma justificação com argumentos. Na apresentação dos tipos de racionalidade foi possível perceber que há uma vinculação entre a racionalidade comunicativa e a racionalidade discursiva. Ambas apontam para um fórum “público” que permite testar os argumentos levantados, um local onde as pretensões de validade podem ser “desempenhadas”: o discurso racional. Este pode ser descrito como um procedimento formal que permite testar rigorosamente as pretensões de correção normativa e verdade. A idéia é permitir o acesso irrestrito a todos os níveis de argumentos do esquema de Toulmin.

¹¹⁰ Cf. HABERMAS, J. *Verdad y Justificación*: ensayos filosóficos, p. 124.

Mas até aqui a referência ao Discurso racional permaneceu implícita, como uma promessa de que as argumentações realizadas em contextos de ação comunicativa poderiam ser levadas a um nível mais elevado de abstração e reflexividade. Essa possibilidade havia sido apresentada na definição da racionalidade discursiva, como uma faculdade da razão que surge da racionalidade comunicativa e articula as demais formas de entre si. Daí que afirmamos ser discursivamente racional aquele que possui as capacidades de inteligibilidade, reflexividade e liberdade (no sentido de distanciamento) quanto às suas convicções, opções de ação, descrições sobre o mundo, etc. Agora é possível retornar a este ponto e explicitar o procedimento do discurso racional.

O agir comunicativo levanta pretensões de validade e com elas levanta também a promessa de que razões podem ser oferecidas para sustentar o proferimento realizado e o discurso racional está relacionado ao desempenho destas pretensões de validade. Mas como é possível defini-lo? O ponto de partida para uma resposta consiste em considerar algumas idealizações inevitáveis que fazemos sempre que participamos de uma ação comunicativa. Trata-se de pressupostos do agir comunicativo de um tipo especial: são pressuposições contrafactuais que possuem um papel factual: “cabe a elas uma importância operativa, principalmente para a estruturação dos processos de entendimento e para a organização das coordenações de ações.”¹¹¹ Estas idealizações podem ser pensadas, respectivamente, a partir dos tipos de racionalidade epistémica, teleológica, comunicativa e discursiva¹¹²:

- (1) a suposição comum de um mundo independente de nossos proferimentos e igual para todos;
- (2) a suposição recíproca da racionalidade ou da imputabilidade dos atores;
- (3) a incondicionalidade de exigências de validade (verdade e correção normativa) que transcendem contextos concretos de comunicação;
- (4) pressupostos de uma argumentação exigente que permite a descentralização de perspectivas de interpretação dos atores, o “discurso racional como fórum não previamente viável de justificação possível.”

Mas por que tais idealizações devem ser consideradas inevitáveis? O que ocorre é que na ação comunicativa “forte” não é possível realizar uma afirmação sobre fatos que pretenda ser verdadeira e ao mesmo tempo negar a existência de um estado de coisas independente de nossas proposições lingüísticas. Os participantes “supõem o ‘mundo’ como a totalidade dos objetos existentes independentemente, que podem ser julgados ou tratados.”¹¹³ Esta suposição é constitutiva para a referência aos fatos.

¹¹¹ HABERMAS, J. *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada*, p. 33

¹¹² HABERMAS, J. *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada*, ps. 35-37.

¹¹³ HABERMAS, J. *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada*, ps. 39

Quando em (i) o falante descreve um situação que haveria ocorrido, como todas as vezes em que descrevemos algo que teria ocorrido no mundo, certamente ele pode estar mentindo porém é inevitável que pressuponha a existência de ocorrências que podem ser comunicadas a outras pessoas mas que existem para além de nossos proferimentos.

A inevitabilidade desta pressuposição pode ser mostrada a partir de um exemplo. Mesmo uma afirmação como “não existe um mundo objetivo cuja existência seja independente de nossa linguagem” encerra uma contradição entre o conteúdo da afirmação e algo que fazemos ao proferi-la: já na minha própria afirmação, a qual dirijo a um ouvinte buscando assentimento, existe a pretensão de que algo como uma “linguagem” existe e que, sendo verdadeira a afirmação, o ouvinte deve aceitá-la como a correta descrição de um estado de coisas que existe. É como se ao menos uma coisa no mundo fosse objetiva o suficiente para que sua existência não dependesse da linguagem: a própria linguagem.¹¹⁴ E isso não é o caso apenas para o falante mas também para o ouvinte. Assim, mesmo neste exemplo extremo, que seguramente contém uma afirmação absurda, o falante já pressupõe um estado de coisas que é o mesmo para si e para o ouvinte.

Contradições semelhantes ajudam a demonstrar a inevitabilidade das pressuposições (2) e (3). No que diz respeito à suposição recíproca de racionalidade de sujeitos imputáveis, já foi possível perceber que a racionalidade teleológica da ação é medida não tanto pelo efetivo sucesso em alcançar um objetivo proposto mas pelo fato de que o ator domina o saber necessário capaz de justificar a opção pelos meios escolhidos e fez sua opção motivado por este saber. Sujeitos que atuam comunicativamente devem supor reciprocamente a capacidade de discernimento quanto às pretensões de validade levantadas e tanto é assim que diante da suspeita de que o falante é “inimputável” as pretensões de validade levantadas por seus proferimentos deixa de ser aceita como tal, perde sua força coordenadora de ações, podendo mesmo ser encarada como prova de uma patologia clínica. Aquele que afirma seriamente “sou Napoleão Bonaparte” desperta esta suspeita de tal modo que a pretensão de verdade levantada não é seriamente tematizada. A isso corresponde a suposição de que ouvinte poderá dizer “sim” ou “não” frente à pretensão levantada.

Por sua vez (3) revela outro tipo de idealização que fazemos reciprocamente quando descrevemos fatos ou proferimos ordens válidas em contextos de ação

¹¹⁴ Cf. HABERMAS, J. **A ética da discussão e a questão da verdade.**

comunicativa. Quando o falante pretende que sua afirmação sobre o mundo seja verdadeira e ou que uma norma moral seja justa, e que portanto o ouvinte deva aceitar seu proferimento por essas razões, ele a um só tempo aceita a validade específica que levantou como também pretende que ela seja capaz de sobreviver ao contexto no qual foi afirmada. Trata-se aqui das “duas faces de Janus” das pretensões de validade, uma delas voltada para o contexto concreto e provinciano no qual é levantada a pretensão de que uma afirmação é verdadeira, e a outra para o momento transcendente de contexto da pretensão de verdade que aponta para o preenchimento de condições rigorosas de justificação.¹¹⁵ Quando em (i) o empregado afirma que trabalhou determinada jornada ele não poderia deixar de pretender que outras pessoas, em contextos sociais diferentes, reconheçam também a verdade dos fatos descritos.

Até aqui as idealizações (1), (2) e (3) permitiram compreender o que ocorre quando levantamos pretensões de validade em nossos atos de fala sem provar que elas podem ser desempenhadas. É a idealização (4) que aponta para o procedimento discursivo competente no qual estas pretensões poderão ser desempenhadas mediante argumentos.

Desde seus textos do final dos anos 60 e início dos 70 até recentemente, Habermas progressivamente realizou correções na forma de exposição de uma idéia que, no conteúdo, permaneceu muito semelhante. A intuição que esta pressuposição recíproca representa força conceitualmente os participantes a supor que atingiriam um consenso racionalmente motivado se houvesse acesso irrestrito às informações relevantes e tempo suficiente para uma argumentação aberta. São as condições nas quais seria possível um consenso acerca das pretensões de validade que se tornaram controversas no nível da ação comunicativa. Mas o modo como esta categoria foi inicialmente apresentada por Habermas de certo modo induzia a uma oposição aos discursos efetivos que ocorrem na ação comunicativa. Posteriormente a explicação foi reformulada para evitar algumas conotações idealistas. Se em “Teorias da Verdade” (1972) Habermas utiliza o conceito de “situação ideal de fala” para expressar essa idéia, em FG (1992) esta formulação é abandonada por induzir ao erro.¹¹⁶ Porque isso ocorria?

“Situação ideal de fala” era a expressão utilizada como referência a uma argumentação cujas condições formais são capazes de excluir todas as influências externas à argumentação mesma e as coações que não sejam diretamente extraídas do

¹¹⁵ Cf. TrFG I, p. 33.

¹¹⁶ Cf. TrFG2, p. 50.

melhor argumento. Uma progressiva radicalização e autoreflexão dos sujeitos permitiria o trânsito irrestrito a todos os níveis dos argumentos lançados, segundo o esquema de argumentos de Toulmin. Uma distribuição a tal ponto simétrica das competências para realizar atos de fala é ideal no sentido de que libera os participantes das limitações de tempo, conhecimento, etc.¹¹⁷ É isto que permite supor que “los participantes puedan en efecto emprender un discurso, y no simplemente imaginarse estar desarrollando un discurso cuando en realidad estan comunicando bajo las coacciones de la accion”.¹¹⁸ Habermas progressivamente apresenta um conjunto de “regras” capaz de exemplificar o processo deste discurso competente¹¹⁹. Posteriormente¹²⁰ passa a adotar a formulação que Robert Alexy realizou partindo especialmente destas formulações iniciais de Habermas¹²¹. Mais recentemente as condições exigentes que representam o discurso racional passam a ser explicitadas, como “exemplos”, por meio das seguintes regras:

- (a) publicidade e inclusão: ninguém que, à vista de uma exigência de validade controversa, possa trazer uma contribuição relevante, deve ser excluído;
- (b) direitos comunicativos iguais: a todos são dadas as mesmas chances de se expressar sobre as coisas;
- (c) exclusão de enganos e ilusões: os participantes devem pretender o que dizem;
- (d) não coação: a comunicação deve estar livre de restrições, que impedem que o melhor argumento venha à tona e determine a saída da discussão.¹²²

Explicitar um conjunto de “regras” que delineiam o procedimento discursivo é o objetivo da pragmática formal: “identificar y reconstruir las condiciones del entendimiento possible.”¹²³ Estas condições são fundamentais por que descrevem as práticas para as quais não existem equivalentes funcionais sequer pensáveis dentro de nossas formas de vida.¹²⁴ Um exemplo pode ser encontrado no fato de que é

¹¹⁷ Cf. HABERMAS, J. **Teorias de la Verdad**, ps. 150 e ss.

¹¹⁸ HABERMAS, J. **Teorias de la Verdad**, p.153.

¹¹⁹ Cf. HABERMAS, J. **Problemas de Legitimacion en el Capitalismo Tardio**, ps... **Teorias de la Verdad**, p.153.

¹²⁰ HABERMAS, J. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**, p.112.

¹²¹ “1.É lícito a todo sujeito capaz de falar e agir participar de Discursos; 2. É lícito a qualquer um: (a) problematizar qualquer asserção; (b) introduzir qualquer asserção no discurso; (c) manifestar suas atitudes, desejos e necessidades; 3. Não é lícito impedir falante algum, por uma coerção exercida dentro ou fora do Discurso, de valer-se de seus direitos estabelecidos em (1) e (2).” Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de la Argumentación Jurídica**, p. 189. Para Alexy estas regras representam o fato de que “quien fundamenta algo pretende, por lo que se refiere al menos al proceso de fundamentacion, aceptar al outro como parte en la fundamentacion, com los mismos derechos, y no ejercer coercion el mismo, ni apoyarse en la coercion ejercida por otros. Ademas, pretende poder sostener su aserción no solo frente a su interlocutor, sino tambien frenen a cualquiera.” ALEXY, R. **Teoria de la Argumentación Jurídica**, p. 189.

¹²² HABERMAS, J. **Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada**, p. 67. Para formulações anteriores destas regras nos textos de Habermas, interpretando Alexy, ver HABERMAS, J. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**, p. 112; **La Inclusion del Otro**, p. 76.

¹²³ HABERMAS, J. **Que Significa Pragmática Universal?** in in Teoria de la Acción Comunicativa: complementos y estudios previos, ps. 299-368. p. 299. COMPLETAR: formal vs. Universal.

¹²⁴ HABERMAS, J. **Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada**, p. 35.

perfeitamente possível substituir a língua portuguesa por alguma outra língua, como o tupi-guaraní, o grego arcaico, o francês etc., na socialização de crianças e organização da vida em comum, mas não é possível abrir mão do uso de um língua proposicionalmente diferenciada enquanto tal. Quanto a isso não temos alternativa.

Mais importante que as alterações progressivas no conteúdo destas “regras”¹²⁵ é a mudança no status que lhes é atribuído. Enquanto características de uma “situação ideal de fala” essas regras funcionavam como ideais a serem realizados de modo aproximado em contextos concretos de comunicação. Elas antecipam uma situação ideal de fala. Habermas chega mesmo a considerar possível “una realización suficiente” destas regras, seja porque elas podem ser compensadas mediante dispositivos institucionais, sejam porque as conseqüências negativas podem neutralizar-se mutuamente. São critérios mediante os quais podemos julgar o quão racional são discursos que “distan, la mayoría de las veces” de uma situação ideal.¹²⁶

Formulações como estas são rejeitadas pela conotação platônica que delas podem resultar. O “mal entendido” consiste justamente na idéia de que tratar-se-iam de um ideal a ser realizado aproximadamente, de que assumindo a tarefa de justificar as pretensões de validade os atores poderiam de algum modo transcender suas limitações espaço-temporais na direção de um “reino ideal de seres inteligíveis”.¹²⁷

Assim, Habermas considera que a expressão “situação ideal de fala” invoca uma imagem que induz ao erro por dois motivos: identifica verdade com asseverabilidade justificada, um consenso em condições ideais; ressalta o estado final do consenso ideal e não o processo rigoroso de justificação que permite a suposição de que é verdadeira a tese justificada¹²⁸. Não é possível, nos limites do presente trabalho, fazer justiça à divergência entre Apel e Habermas quanto ao caráter, “transcendental” ou não, da fundamentação moral e ao papel que a idéia de “comunidade ideal de comunicação” desempenha neste processo. Cumpre notar que as divergências entre ambos dizem respeito especialmente ao fato de que para o primeiro é necessário e possível fornecer uma “fundamentação transcendental última da lei moral”, a qual já haveria sido exigida

¹²⁵ As aspas justificam-se pelo fato que suas formulações são sempre exemplos que tentam captar o sentido intuitivo de idealizações que levantamos inevitavelmente na ação comunicativa.

¹²⁶ Cf. HABERMAS, J. **Teorias de la Verdad**, ps. 155-6.

¹²⁷ Cf. TrFG2, p. 50.

¹²⁸ Cf. HABERMAS, J. **Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada**, p. 58. Cf. APEL, Karl-Otto. **Teoria de la Verdad y Ética del Discurso**. Barcelona: Paidós, 1998.

em princípio por Kant, embora este não a tenha formulado com sucesso.¹²⁹ Assim, para Apel, seria possível provar o erro do cético que rejeita a validade de princípios como de universalização, e isso mediante o argumento da contradição performativa, já que com ele é possível provar a existência de um “a priori da comunidade ideal de comunicação” capaz de sustentar a transcendentalidade da lei moral. Apel acredita que Habermas, rejeitando uma “fundamentação última”, termina por dissolver aquilo que deveria ser um princípio filosófico transcendental nas condições empíricas do “mundo da vida”. Para Habermas o que o argumento da contradição pode “provar” é o erro do cético que efetivamente já está participando de alguma argumentação, havendo portanto uma “premissa empírica” (o cético está participando da argumentação) da qual depende o argumento, que por isso não poderia ser rigorosamente falando “transcendental”. Habermas pretende que *toda* fundamentação filosófica possa ser submetida também ela a um processo continuado de auto-correção, revisão e crítica, e por isso rejeita uma fundamentação “última”. De todo modo, é possível afirmar que:

As grandes diferenças entre Apel e Habermas se amenizam, se considerarmos que nem Apel admite uma fundamentação última ligada à consciência transcendental, mas ligada a uma lógica mínima dos jogos de linguagem; portanto, ligada a uma dimensão pragmática ao uso da linguagem; e nem Habermas é um falibilista *strito sensu*, já que pretende uma fundamentação da verdade e, principalmente, da ética.¹³⁰

Muito embora não se pretenda reduzir a importância desta divergência para a elucidação da validade do princípio moral, a observação de Dutra parece fazer tanto mais sentido para os fins propostos neste trabalho se levamos em conta o fato de que a divergência entre Apel e Habermas diz respeito à fundamentação de um princípio filosófico da moral, e não de direitos subjetivos de caráter mais concreto. Quanto a estes últimos, ambos estão de acordo que sua fundamentação deve ser falibilista:

Obviamente, las normas situacionales se convierten, de ese modo, en resultados revisables de un procedimiento falible de fundamentación; sólo el principio procedimental, fundamentado pragmático-transcendentalmente y que

¹²⁹ Cf. APEL, Karl-Otto. *Fundamentação normativa da “Teoria Crítica”*: recorrendo à eticidade do mundo da vida, in MOREIRA, Luiz (org.) **Com Habermas, Contra Habermas: Direito, Discurso e Democracia**. Belo Horizonte: Landy, pp. 23-77; APEL, Karl-Otto. *O Problema do Emprego Lingüístico Francamente Estratégico na Perspectiva Transcendental-Pragmática*, in MOREIRA, Luiz (org.) **Com Habermas, Contra Habermas: Direito, Discurso e Democracia**, pp. 109-104; APEL, Karl-Otto. *A Ética do Discurso diante da problemática jurídica e política: podem as próprias diferenças de racionalidade entre moralidade, direito e política ser justificadas normativo-racionalmente pela ética do discurso?* in MOREIRA, Luiz (org.) **Com Habermas, Contra Habermas: Direito, Discurso e Democracia**, pp. 105-143.

¹³⁰ DUTRA, Delamar. **Razão e Consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia**. 2ª ed. Florianópolis: UFSC, 2005, p. 14.

contiene también las condiciones de sentido de la posible revision de las normas, conserva siempre su validez incondicionada.¹³¹

Entre as formulações iniciais das regras do discurso e aquelas fornecidas posteriormente há sem dúvida uma série de diferenças mas estas podem ser entendidas como um aperfeiçoamento progressivo. O próprio Habermas pretende que suas reformulações recentes sejam “mais uma recapitulação crítica do que algo inovador”¹³². O fato é que suas formulações iniciais, malgrado a definição problemática do status, já continham a idéia essencial que terminou preservada. Por exemplo, em “Teorias da Verdade” as regras do discurso são descritas como uma inevitável suposição recíproca em dupla oposição a (i) fenômenos empíricos e (ii) simples construções conceituais; uma espécie de ficção operante no processo de comunicação.¹³³

As “regras” do discurso racional não podem ser compreendidas como no sentido de mandamentos morais que devemos cumprir para que nossa fala concreta aproxime-se de um modelo ideal, elas não possuem sentido moral, apenas pragmático-formal. São regras porque explicitam uma intuição que falantes socializados pela via da comunicação linguística têm inevitavelmente de pressupor, a de que uma argumentação acerca de pretensões de validade controversas deve permitir juízos de “sim” ou “não” que transcendem os contextos concretos de surgimento, e que portanto são apoiados nas informações e argumentos relevantes. O sentido das regras do discurso racional não é adiantar uma imagem de sociedade emancipada que deve ser tornada concreta pelas nossas práticas mas sim explicitar as condições nas quais é possível supor que todos os argumentos relevantes foram postos à mesa e a decisão final motivada pela ponderação correta destes argumentos.¹³⁴ “Participants must at once presume these rules are sufficiently fulfilled (at lest by the end of a discourse) yet can never assure themselves they in fact have been fullfilled in any real consensus”¹³⁵. Explicitar estas regras faz parte da dupla tarefa da filosofia – estabelecer normas e possibilitar a crítica, de modo que com elas podemos avaliar praticas que se pretendem argumentações sérias.¹³⁶

Mas como é possível comprovar empiricamente o cumprimento destas regras? Na formulação anterior este problema era resolvido por meio do seguinte raciocínio: o

¹³¹ APEL, Karl-Otto. **Teoria de la Verdad y Ética del Discurso**, p. 160.

¹³² HABERMAS, J. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade**. (organização Patrick Savidan) São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 54.

¹³³ Cf. HABERMAS, J. **Teorias de la Verdad**, ps. 155-6.

¹³⁴ Cf. HABERMAS, J. **Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada**, p. 65-66.

¹³⁵ REHG, W. **Discourse and Solidarity**, p. 64.

¹³⁶ Cf. HABERMAS, J. **Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada**, p. 30.

critério para distinguir entre um consenso bem fundado e outro meramente imposto é a referencia a uma situação ideal de fala; temos que supor reciprocamente a capacidade de distinguir estes dois tipos de consenso; mas em nenhum caso é possível decidir com segurança absoluta se a situação ideal de fala está realizada; então a situação ideal de fala é uma suposição inevitável que fazemos reciprocamente, uma ficção operante no processo de comunicação: na verdade nós “antecipamos” uma situação ideal.¹³⁷ Agora porém a objeção de irrealismo das regras do discurso encontra uma resposta diferente. Estas idealizações já “operativamente importantes na conduta do próprio participante da argumentação. Quem participa seriamente de uma argumentação procede realmente a partir destes pressupostos.”¹³⁸ Elas não antecipam uma situação ideal e sim operam na realidade de argumentações que se autocorrigem e ampliam progressivamente a qualidade do debate. Em todo discurso efetivamente realizado estas suposições permanecem como “antecipação, e aproximação, de uma idéia reguladora” porém “a realização efetiva do discurso pertence a esta mesma idéia”¹³⁹

A importante questão de como podemos levar a sério regras que parecem conter idealizações tão distantes dos discursos que efetivamente são realizados, seja na vida cotidiana seja em formas institucionalizadas, fica no entanto a depender de uma resposta mais explícita. Afinal, em nosso dia a dia participamos a todo instante de discussões que, mesmo na hipótese nem sempre séria de sinceridade recíproca, ainda assim apresenta deficiências dos mais diversos tipos: mesmo entre amigos fraternos a tomada de “sim” ou “não” certamente poderá ser atingida pelos diferentes graus de instrução, carreiras profissionais seguidas por ambos, experiências de vida mais ou menos desagradáveis vividas nas últimas horas, apego emocional a determinados temas que lhe são caros etc. O que não dizer então daquelas formas de argumentação empreendidas em espaços como o mercado de trabalho? Mesmo instituições como tribunais de justiça ou parlamentos, por mais que possuam instrumentos institucionais para garantir alguma efetividade a (a) e (b) o mesmo não ocorre – pelo menos não na mesma medida, com (c) e (d).

A resposta a esta questão consiste numa dupla consideração. Em primeiro lugar a argumentação discursiva é um procedimento autocorretivo, o que pode ser observado nas discussões concretas nas quais algumas limitações são tornadas públicas, como o

¹³⁷ Cf. HABERMAS, J. **Teorias de la Verdad**, ps. 155.

¹³⁸ HABERMAS, J. **Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada**, p. 68.

¹³⁹ HABERMAS, J. **Comentários à Ética do Discurso**, p. 152.

apego emocional de um amigo a uma tese inconsistente, o interesse puramente privado de um parlamentar na aprovação de um lei ou o desprezo pelas opiniões saídas de determinado grupo social. O procedimento é autocorretivo no sentido de que a crítica a estas limitações pode ser apresentada como uma exigência nascida no próprio discurso para aprofundar uma discussão agora percebida como incompleta. Constatar limitações empíricas à prática argumentativa racional não é outra coisa que participar de algum modo do próprio empreendimento argumentativo. Mesmo o observador cético que enumera as características de um debate que o fazem distante das regras do discurso auxilia, ainda que involuntariamente, o aprofundar do discurso em direção de uma satisfação maior das regras.¹⁴⁰

Em segundo lugar, nem toda insuficiência é motivo para uma autocorreção. Os participantes devem decidir a partir da substância dos fundamentos, dos argumentos efetivamente lançados, e não diretamente da estrutura formal do processo argumentativo. O que as regras do discurso permitem é a suposição de que a argumentação foi realizada de tal modo que todos os argumentos relevantes foram trazidos a público, de modo que se os participantes já pressupõem reciprocamente que esta situação está dada as insuficiências da argumentação, de algum modo sempre presentes, deixam de ser percebidas como um problema capaz de afetar a qualidade das conclusões saídas do debate.¹⁴¹

Discursos cumprem a função de liberar os participantes das limitações encontradas nas ações cotidianas, criando um “espacio de libertad – aunque sea provisionalmente – para depurar la voluntad de sus determinaciones heteronomas.”¹⁴²

¹⁴⁰ Cf. HABERMAS, J. *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada*, p. 68.

¹⁴¹ Cf. HABERMAS, J. *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada*, p. 69.

¹⁴² HABERMAS, J. *Verdad y Justificacion*, p. 298.

CAPÍTULO 2 – A JUSTIFICAÇÃO DISCURSIVA DA MORAL E DO DIREITO

2.1 ÉTICA DO DISCURSO.

Os conceitos de “racionalidade” e “ação” permitiram compreender a existência de um vínculo entre o uso da linguagem em processos de comunicação cotidianos e a validade da “verdade” e da “correção normativa”, as quais pretendem ir além dos contextos provincianos nos quais são proferidas. E com o conceito de discurso racional é delineado um procedimento competente para testar o desempenho destas pretensões de validade. As “regras” com as quais podemos definir o Discurso carregam certamente uma alta carga de idealização, mas esta não deve ser entendida como sua fraqueza. Pelo contrário, corretamente situadas funcionam como critério para a crítica de relações sociais que subjagam os participantes em argumentações e também como instrumento de reforma progressiva das comunicações existentes. Pode-se mesmo afirmar que a consequência política mais importante do modo como Habermas define “razão” e “discurso racional” é uma espécie de reformismo moral que busca ampliar progressivamente as estruturas comunicativas existentes. Isto certamente não significa uma opção dogmática que simplesmente exclui como “imorais” estratégias políticas que façam algum recurso à violência física: coisas distintas como as guerras de resistência a regimes autoritários e a imposição coercitiva de normas jurídicas que coíbem o preconceito racial podem ser não apenas justificadas como também exigidas moralmente. A questão é que em regimes democrático-constitucionais as instituições políticas fundamentais devem poder ser compreendidas como possibilitadoras de argumentações discursivas, capazes de auto-corriger as deficiências existentes ampliando e efetivando as estruturas de esclarecimento existentes. Em tais regimes assim uma ética da revolução é abandonada em benefício de um reformismo democrático institucionalizado especialmente através do núcleo de direitos fundamentais.¹⁴³

¹⁴³ HABERMAS, J. *A Ética da Discussão e a Questão da Verdade*. Organização de Patrick Savidan. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 26.

Antes de iniciar a discussão sobre as conseqüências propriamente morais e políticas de sua filosofia é necessário definir explicitamente sua abordagem da perspectiva moral e o modo como determinados princípios são oferecidos como instrumentos para auxiliar a solução de conflitos de ação social. Este é o empreendimento da ética discursiva, o núcleo de seu extenso trabalho teórico, frente ao qual suas abordagens seja da teoria sociológica seja da filosofia da linguagem podem ser consideradas a busca de apoio para sustentar um interesse acadêmico primordial. Seu sentido é permitir um acordo racional “para situações nas quais a solução de conflitos de interesses voltam-se para a validade geral do «dever» moral”¹⁴⁴.

A produção de um acordo discursivo sobre princípios morais é apresentada por Habermas seguindo duas vias distintas mas complementares¹⁴⁵. Um modo consiste em “deduzir” princípios capazes de justificar normas morais ao passo que a outra apóia-se numa teoria da verdade para dela extrair, indiretamente, um apoio para as pretensões de correção moral.

2.2 Uma defesa da ética discursiva pela comparação com a teoria da verdade.

A defesa da ética discursiva apoiada numa teoria da verdade procede do seguinte modo: afirma que o conceito de verdade está internamente ligado à justificação discursiva de uma pretensão de validade para em seguida sustentar que o modo como a verdade é justificada pode ser aplicado, por analogia, à validade moral. De fato, com a estrutura dos argumentos explicitada por Toulmin e as considerações sobre os atos de fala ilocucionários, já foi possível perceber anteriormente que existem similitudes entre o desempenho de ambas pretensões de validade.

A abordagem da teoria da verdade é importante por que acrescenta aos argumentos morais da ética discursiva uma reputabilidade por assim dizer “externa”, advinda dos processos de justificação de afirmações sobre fatos. Se por um lado Habermas de nenhum modo pretende que “existam” regras morais do mesmo modo como existem objetos e estados de coisas no mundo, por outro ele pretende transportar o processo de justificação para a discussão de questões práticas. O obstáculo maior é que

¹⁴⁴ “(...) for situations where the resolution of conflicts of interest turn on the general validity of a general validity of a moral ‘ought’” REHG, William. **Insight and Solidarity: a study in the discourse ethics of Jürgen Habermas**. Berkeley: UCP, p. 57.

¹⁴⁵ HABERMAS, J. **Verdad y Justificación**: ensayos filosóficos, p. 299.

não existe, para a moral, algo como um mundo objetivo independente de nossas proposições. Deste modo, a analogia entre as pretensões de validade de verdade e moral permite compreender melhor, naquilo que é similar, o modo como fundamentamos argumentos, e naquilo em que são distintas, o que exatamente deve ser fundamentado nos discursos morais. Uma teoria da fundamentação oferece por fim o princípio mediante o qual normas morais podem ser fundamentadas.

Um modo de compreender a analogia é observar o funcionamento de ambas pretensões de validade nas argumentações cotidianas e nos discursos racionais. No nível provinciano dos contextos concretos de ação percebemos determinadas sensações em nosso contato com o mundo objetivo independente. Experimentamos efeitos de determinadas ações e somos capazes de produzir estados de coisas ainda que não saibamos fornecer uma detalhada explicação sobre como e porque os fenômenos ocorrem. Neste nível basta um tipo de juízo “implícito” sobre a verdade. Apenas quando tematizamos explicitamente a pretensão de validade de “verdade” é que vamos além das sensações da ação em direção ao desempenho discursivo capaz de formular e sustentar juízos explícitos com proposições verdadeiras ocupando o lugar das sensações. Algo semelhante ocorre com as argumentações morais. Também partimos do nível provinciano da ação no qual juízos sobre quais ações são corretas mantém implícita a referência ao sentido moral de correção normativa. Imperativos apoiados em regras de ação aceitas como válidas podem sofrer o rechaço ou a concordância dos sujeitos, despertando sentimentos de culpa, ofensa, indignação etc. Apenas quando somos chamados a justificar os sentimentos de rechaço ou aprovação é que explicitamente tematizamos a pretensão moral de correção e temos que oferecer razões em discursos de modo semelhante ao que ocorre quanto à pretensão de verdade.¹⁴⁶ A analogia permite perceber que tanto os enunciados verdadeiros como as regras morais corretas fazem referência a uma pretensão de transcender o contexto concreto no qual foram levantadas as respectivas pretensões. Trata-se de uma dupla face que possuem estas pretensões de validade: por um lado dependem do “sim” ou “não” da aceitação racional da pretensão levantada e por outro surgem apenas em contextos concretos de ação. Habermas pretende expressar essa dupla acepção da validade com o auxílio dos termos alemães “Geltung” e “Gültigkeit”: o primeiro significa uma validade aceita socialmente, e o segundo uma validade que legitimamente merece ser reconhecida

¹⁴⁶ Cf. HABERMAS, J. **Verdad y Justificación**: ensayos filosóficos, p. 267.

intersubjetivamente.¹⁴⁷ Os dois termos permitem explicitar a diferença entre juízos que são aceitos, por um número relevante de pessoas, como verdadeiros ou moralmente justos, e aqueles juízos que podemos justificadamente, com razões, devem ser aceitos como verdadeiros ou justos. Permitem também compreender melhor a similitude que há entre correção normativa e verdade: ambas dependem do desempenho discursivo de pretensões de validade para que possam retornar do âmbito dos juízos explícitos da argumentação racional para as certezas cotidianas da ação.¹⁴⁸ É devido a esta similitude que “verdade” e “correção normativa” são as únicas pretensões de validade que podemos desempenhar discursivamente, o que não ocorre com a pretensão de veracidade dos atos de fala.

Tão importante quanto esta similitude é a diferença que há entre o desempenho discursivo de ambas. Uma passagem da “Geltung” para a “Gültigkeit” pode ocorrer tanto na discussão sobre a verdade de enunciados sobre fatos quanto sobre a justiça de normas, mas não ocorre do mesmo modo. A diferença reside na existência de um mundo objetivo independente de nossa linguagem, com o qual podemos pretender contar ao tematizar a verdade mas que não está dado para a moral. Normas morais não são “verdadeiras” no sentido de que não existem com independência de nossas afirmações ou crenças sobre a moral. Esta é a chave para compreender a proposta de Habermas quanto à relação entre verdade e justiça: “reconciliar o realismo epistemológico com o construtivismo moral”¹⁴⁹.

No entanto, a defesa de um realismo epistemológico levada a cabo nos textos posteriores a FG requer uma explicação suplementar, pois também quanto ao conceito de “verdade” Habermas tem desenvolvido algumas reformulações importantes, especialmente quanto a seu caráter discursivo. Já em “Teorias da Verdade” Habermas buscara dar conta de uma intuição que acreditava correta na teoria da verdade como correspondência, a idéia de que se enunciados “refletem” fatos então esses devem estar dados de alguma maneira, de algum modo independente de nossas afirmações sobre os mesmos, sem no entanto incorrer nos problemas típicos da própria teoria da “correspondência”. Desse modo, “verdade” é considerada uma “pretension de validez que vinculamos con los actos de habla constatativos. Un enunciado es verdadero cuando

¹⁴⁷ Cf. TrFG I, p. 50; **Verdad y Justificación**, p. 273.

¹⁴⁸ Cf. HABERMAS, J. **Verdad y Justificación**: ensayos filosóficos, p. 282.

¹⁴⁹ HABERMAS, J. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade**, p. 55. Habermas pretende utilizar a expressão “construtivismo moral” no mesmo sentido kantiano em que o faz RAWLS, J. **Themes in Kant’s Moral Philosophy**, in “Immanuel Kant: critical assessments” org. Ruth R. Chadwick, vol. III, London: Routledge, ps. 11-41. A este ponto voltaremos em seguida.

está justificada la pretension de validez de los actos de habla com los que, haciendo uso de oraciones, afirmamos ese enunciado.¹⁵⁰

Esta definição inicial identifica verdade com o fato de sua justificação discursiva. Uma das várias objeções que contra ela poderia ser levantada é a seguinte: se o critério quanto à pretensão de verdade levantada nos atos de fala consiste na força dos argumentos que permitem justificá-las então nos deparamos com um paradoxo: se os melhores argumentos são aqueles saídos de um procedimento rigoroso de discussão como podemos definir em que consiste tal procedimento sem utilizarmos algum tipo de argumentação? Qualquer argumentação que pretenda fazer jus ao status de racional só pode ser avaliada através de outras argumentações, capazes de decidir por algum critério quando as argumentações são ou não racionais. Em seus textos iniciais Habermas remetia o critério da verdade não a um consenso empírico mas apenas àquele fundado discursivamente. O consenso obtido sob condições discursivas é o critério da verdade, ao passo que o significado de verdade é a possibilidade de que seja possível alcançar um consenso, sobre uma proposição específica, discursivamente fundamentado a todo momento e em todas as partes. Nesta acepção verdade significa “asseverabilidade justificada”.¹⁵¹ Pois frente a isto pode-se objetar que seria uma contradição se o critério mediante o qual um consenso pode ser definido como fundamentado tivesse também de depender de um consenso, uma objeção que o próprio Habermas considera correta.¹⁵² É por isso que já em “Teorias da Verdade” ele propusera substituir a expressão “consensual” por “discursiva” para definir a teoria, a fim de evitar equívocos, pois o que deve ser explicado é o desempenho da pretensão de verdade e não o “encontrar” a verdade.¹⁵³ O consenso permanece como critério do desempenho das razões, e não da verdade mesma. Por ser um consenso não empírico, é mais adequado o termo “discursivo” pois faz referência a um procedimento argumentativo que permite a suposição de que as razões foram desempenhadas. Nos textos mais recentes porém ocorre uma mudança significativa nos argumentos:

Até há pouco tempo, eu procurava explicar a verdade em função de uma justificabilidade ideal. De lá pra cá, percebi que essa assimilação não pode dar certo. Reformulei o antigo conceito discursivo de verdade, que não é errado, mas é pelo menos incompleto. A redenção discursiva de uma alegação de verdade conduz à aceitabilidade racional, não à verdade. Embora nossa mente falível não possa ir além disso, não devemos confundir as duas coisas.¹⁵⁴

¹⁵⁰ HABERMAS, J. **Teorias de la Verdad**, p. 120.

¹⁵¹ Cf. HABERMAS, J. **Teorias de la Verdad**, p. 139.

¹⁵² Cf. HABERMAS, J. **Teorias de la Verdad**, p. 140.

¹⁵³ Cf. HABERMAS, J. **Teorias de la Verdad**, p.139.

¹⁵⁴ HABERMAS, J. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade**, p. 60.

Existem ao menos duas boas razões para que a mudança seja definida não como “reformulação” e sim como “complementação”. Em primeiro lugar, Habermas permanece rejeitando uma teoria da verdade como “correspondência”, tal como é hoje defendida por John Searle.¹⁵⁵ O argumento essencial permanece sendo o de que não é possível um acesso privilegiado ao mundo que não seja desde o início mediado pela linguagem: “no podemos confrontar diretamente nuestras oraciones com una realidad que, en ella misma, no está impregnada lingüísticamente.”¹⁵⁶ Em segundo lugar, o conceito discursivo é “completado” com algo situado além do discurso, de modo que a justificação dos enunciados sobre fatos basta apenas para alcançar a “asseverabilidade justificada” da proposição mas não “comprova” sua verdade. Isto é, proposições sobre fatos podem sobreviver à contestação rigorosa do discurso teórico e gozar de merecida reputação e ao mesmo tempo não serem verdadeiras no sentido de que os eventos no mundo não ocorrem do modo descrito. Quando no discurso oferecemos razões satisfatórias que sustentam a afirmação de um fato “p” estamos autorizados a supor a ocorrência de “p” no mundo (está justificada a afirmação “que p”) mas isso é algo diferente da verdadeira ocorrência de “p”. A asseverabilidade justificada fala a favor da afirmação de que “p” é o caso mas não é ainda um conceito de verdade.¹⁵⁷ De fato mesmo as Universidades com seus espaços de debates, pesquisa, crítica e acesso potencialmente irrestrito aos argumentos, fontes de dados e meios de experimentação e comprovação de hipóteses, mesmo estas instituições – especializadas no uso cognitivo da razão, que dispõem de instrumentos que podem arrefecer os obstáculos à discussão mais isenta que são as pressões e exigências da prática cotidiana, e que portanto devem funcionar como lugar privilegiado para a tematização da verdade, podem conviver duradouramente com teses que, gozando de reputação entre seus pares, são na verdade de duvidosa seriedade.¹⁵⁸ E um excelente exemplo poderia mesmo ser encontrado no

¹⁵⁵ Cf. SEARLE, John. **La Construcción de la Realidad Social**. Barcelona: Paidós, 1995, ps. 203-230.

¹⁵⁶ HABERMAS, J. **Verdad y Justificación**: ensayos filosóficos, p. 275.

¹⁵⁷ É por isso que Albrecht Wellmer podia criticar a formulação anterior como sendo não apenas equivocada num nível mais abstrato mas também como expressão de “um erro gramatical”. WELLMER, A. **A Controvérsia Acerca da Verdade**: pragmatismo sem idéias reguladoras. Tempo Brasileiro nº 138, Julho-setembro de 1999, ps. 55-74.

¹⁵⁸ Excelentes exemplos são fornecidos e cuidadosamente analisados por SOKAL, A.; BRICMONT, J. **Imposturas Intelectuais**: o abuso da ciência pelos filósofos pós-modernos. Rio de Janeiro: Record, 1999. A lista de casos citados por vezes supera excelentes obras humorísticas, de modo que é difícil mencionar o caso mais dramático de “impostura”. Uma pequena amostra é a afirmação de Luce Irigaray: “É $E=Mc^2$ uma equação sexuada? Consideremos a hipótese afirmativa, na medida em que privilegia a velocidade da luz em comparação com outras velocidades que nos são vitalmente necessárias. O que parece indicar a possível natureza sexuada da equação não é precisamente o seu uso em armas nucleares, mas sim o fato

fato de que durante aproximadamente três décadas um número considerável de pesquisadores seriamente dedicados a suas atividades, dentre eles o próprio Habermas, aceitaram como verdadeira a formulação inicial da teoria discursiva da verdade o que agora é tomado, pelo próprio Habermas, como inválido. Assim, uma questão importante passa a ser como sustentar a objetividade de um mundo externo às nossas proposições lingüísticas sem adotar a via da verdade como correspondência. Para Habermas isso em parte é alcançado atribuindo à suposição de um mundo objetivo o caráter de necessária pressuposição contrafactual. Em “Verdade e Justificação” essa pretensão é mantida após

de ter privilegiado o mais rápido (...)” IRIGARAY, L. **Is The Subject of Science Sexed?** Cultural Critique, 1, 1985. ps. 73-88. Ou ainda “Quanto a Einstein (...) o que a poderosa teoria da relatividade geral fez por nós, exceto instalar usinas de energia nuclear e pôr em dúvida nossa inércia corporal, esta condição vital necessária?” IRIGARAY, L. **Une Chance de Vivre:** limites au concept de neutre et d’universel dans les sciences et les savoirs”. In: *Sexes et parentés*. Paris: Éditions de Minuit. 1987, p. 219. *Apud* SOKAL, A.; BRICMONT, J. **Imposturas Intelectuais**, p. 110. Quanto à última afirmação é possível objetar que “A relatividade geral não guarda nenhuma relação com usinas de energia nuclear; Irigaray possivelmente a confundiu com a teoria da relatividade restrita, que, esta sim, tem aplicação nas usinas de energia nuclear (...). O conceito de inércia com certeza aparece na teoria da relatividade, tal como na mecânica de Newton; mas não tem nada a ver com a “inércia corporal” do ser humano, seja o que for que isto queira dizer” SOKAL, A.; BRICMONT, J. **Imposturas Intelectuais**, p. 111. Um pouco bizarra é a primeira afirmação, contra a qual pode-se simplesmente objetar que com outra velocidade que não a da luz a fórmula não é válida, pois não pode ser provada. Ainda assim, numa obra em que pretende delinear um novo paradigma para a ciência, o direito e a política, Boaventura de Souza Santos refere-se nominalmente à primeira tese acima citada – bem como a outras de semelhante teor, como se a mera referência a elas possuísse incontestável autoridade. Adota sem mais delongas que “o binómio cultura/natureza pertence a uma longa família de dualismos em que podemos distinguir, entre outros, abstrato/concreto, espírito/corpo, sujeito/objecto, ideal/real. Todos esses dualismos são sexistas na medida em que, em cada um deles, o primeiro pólo é considerado dominante, sendo ao mesmo tempo associado com o masculino (...) Por seu turno, a ciência moderna torna estes dualismos mais eficazes, dado que o falso (e hegemônico) universalismo da sua racionalidade cognitivo-instrumental se presta particularmente a transformar experiências dominantes (...) em experiências universais (verdades objetivas). Se o organismo é a forma tecno-científica do corpo, o organismo da mulher é a forma tecno-científica de a colocar no pólo dominado de qualquer dos dualismos referidos (...) Por esta via, o masculino transforma-se numa abstração universal, fora da natureza, enquanto o feminino é tão-só um mero ponto de vista carregado de particularismos e de vinculações naturalismo (...). Os estudos feministas *tornam claro que*, nas concepções dominantes das diferentes ciências, a natureza é um mundo de homens, organizado segundo princípios socialmente construídos, ocidentais e masculinos, como os da guerra, do individualismo, da concorrência, da agressividade, da descontinuidade com o meio ambiente.” (grifamos) SANTOS, B. S. **Para Um Novo Senso Comum:** a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. São Paulo: Cortez, 2000, ps. 87-8. Deixando de lado a questão de saber até que ponto o autor realmente compreende os vastos campos das ciências que critica como “sexistas”, chama a atenção o fato de que autores como Irigaray são chamados ao texto exclusivamente pela força de “autoridade” que dispõem (“tornam claro que...”) e não como recurso explicativo, já que em nenhum momento Santos pensa ser necessário explicar por que afinal coisas tão distintas quanto a física, a química, a filosofia moral kantiana, a penicilina, o combate ao mosquito da Dengue e ao câncer de mama são “sexistas”. Afinal, isto seria de se esperar diante do objetivo nada modesto de apresentar um novo paradigma para o Direito, a Ciência e a Política. Note-se que a confusão em que enreda-se o autor é um pouco mais problemática por que ele sustenta que a transição paradigmática já haveria iniciado com o surgimento da física quântica (Cf. SANTOS, **Para Um Novo Senso Comum**, p.) ao passo que Irigaray, uma das principais autoras a “deixar claro” as teses acima – com as quais ele pode contar, sustenta a já referida posição sobre Einstein e a física quântica. Mas talvez isso não seja problema, já que até mesmo Wittgenstein é chamado logo a seguir para, mediante o conceito de “semelhança de família”, explicar sua noção de “conhecimento emancipatório pós-moderno”. Cf. SANTOS, **Para Um Novo Senso Comum**, p. 89.

a revisão conceitual empreendida, apoiada na idéia de uma referência ao mundo objetivo e igual para todos que é pressuposta pragmaticamente pelos participantes do discurso. Ainda assim pode-se afirmar que

Habermas parece indeciso com relação ao local onde opera a tese do mundo independente igual para todos. Por um lado, ele o localiza no nível da ação. Essa localização parece correta e ela, então, desempenha o mesmo papel que os diferentes mundos culturais, estruturados de forma normativamente diversa, operam sobre a pretensão de correção normativa. Nessa formulação, tanto a tese do mundo independente, quanto a tese do fato do pluralismo, levam à aprendizagem, conceito esse que se situa no nível da discursividade. Nesse caso, é como se o discurso encontrasse um inimigo à altura que o forçasse a sair de sua clausura lingüística, ou melhor, que forçasse a clausura a se ampliar e a se descentrar, a partir dos desencontros de suas relações com o mundo (...). Por outro lado, ele não pode localizar aquela tese diretamente no nível do discurso, como se ela pudesse operar uma substituição da argumentação na resolução de pretensões de validade, fazendo com que o domínio da discursividade fosse encurtado para aquilo que não pode encontrar um legítimo equivalente para a tese do mundo independente.¹⁵⁹

Como há uma brecha entre a justificação discursiva de enunciados e a verdade do enunciado mesmo o conceito de verdade passa a depender de algo que vai além do desempenho discursivo de pretensões de validade, mas como não há possibilidade de um acesso ao mundo que não seja mediado pela linguagem o mundo objetivo não pode funcionar como critério independente, não sendo possível o recurso à idéia de verdade como correspondência: “o ponto está em como manter a relação interna entre verdade e aceitabilidade sem desmerecer a intuição realista”¹⁶⁰. A solução é, por um lado, considerar o conceito discursivo de verdade necessário porém carente de uma complementação com uma referência ao mundo objetivo independente, e por outro apoiar-se numa idéia de uma aprendizagem que resulta de um enfrentamento com o mundo a que submetemos nossos enunciados discursivamente justificados. Estes, justificados que são, gozam de uma autorização para serem adotados nas ações cotidianas, de modo que estamos autorizados a supor que são verdadeiros ainda que permaneça uma reserva falibilista frente à possibilidade de surgimento futuro de problemas funcionais. Quando estes ocorrem a autoridade até então aceita dos enunciados é contestada e o mesmo deve ser novamente remetido ao nível do discurso. Assim os discursos sobre a verdade das proposições falam a favor de um enunciado “que p”.

¹⁵⁹ DUTRA, Delamar Volpato. **Da revisão do conceito discursivo de verdade em *Verdade e Justificação***, p. 223.

¹⁶⁰ DUTRA, Delamar Volpato. **Da revisão do conceito discursivo de verdade em *Verdade e Justificação***, p. 224

Mas se a referência a um mundo objetivo independente está ausente nos discursos morais como seria possível então sustentar a analogia entre verdade e correção normativa? Se a justificação de um enunciado sobre fatos “depõe a favor” de sua verdade, a justificação de uma norma de ação consiste ela mesma na validade moral da norma. A ausência de um mundo objetivo independente e igual para todos no âmbito moral não permite que discursos práticos sejam complementados com algo situado além do discurso mesmo. A moral deve satisfazer-se com a aceitabilidade racional de suas proposições: ela não é um indício da verdade e sim a garantia da validade moral. A analogia sobrevive portanto ainda que moral e verdade possuam condições distintas para atingir a “Gültigkeit”. Na moral o acordo cumpre um papel mais forte que na verdade, já que se todos os potenciais atingidos por uma regulamentação específica puderem concordar com sua validade pelas mesmas razões, então este acordo não será apenas um indício de que a pretensão de legitimidade específica está justificada (como ocorre na verdade) mas sim a garantia mesmo de que foi desempenhada.¹⁶¹

Assim como nas referências à verdade, também na moral os processos de aprendizagem desempenham seu papel: o confronto entre nossas expectativas morais e um mundo social que lhe opõe resistência, na forma de um dissenso moral duradouro, é o correspondente normativo ao confronto entre nossos enunciados pretensamente verdadeiros e um mundo que resiste às nossas intervenções. Porém mais uma vez a diferença importa tanto quanto a semelhança pois a aprendizagem moral não exige apenas uma mudança de enunciados que passem a descrever um mundo que – supomos, permanece o mesmo: modificando os enunciados morais sobre os quais é possível haver consenso normativo mudamos a um só tempo também o mundo moral mesmo. Os participantes em discursos morais, ao tentar solucionar os conflitos surgidos no nível da ação entre normas morais até então aceitas como válidas e um dissenso normativo de atores excluídos, são levados à ampliação de seus respectivos mundos sociais e à inclusão mútua de perspectivas quanto a um mundo social que deve ser o mesmo para todos, solucionando os conflitos pela aceitação intersubjetiva de padrões valorativos que são os mesmos para todos.¹⁶² Sendo assim “esta orientación hacia una inclusion progresiva de pretensiones y personas ajenas puede equipararse com esa referencia al mundo que falta en las pretensiones de validez morales.”¹⁶³

¹⁶¹ HABERMAS, J. **Verdad y Justificación**: ensayos filosóficos, p. 283.

¹⁶² Cf. HABERMAS, J. **Verdad y Justificación**: ensayos filosóficos, p. 284.

¹⁶³ HABERMAS, J. **Verdad y Justificación**: ensayos filosóficos, p. 283.

A questão passa a ser agora saber qual o critério que permite auferir o sucesso dos processos de aprendizagem moral. Estes consistem precisamente nas “regras” do discurso racional, que servem de critério para uma ampliação progressiva das argumentações cotidianas, inevitavelmente mais ou menos limitadas. O consenso alcançado sob tais condições fundamenta uma norma de ação que merece ser aceita intersubjetivamente por todos, afinal – ao inverso do que ocorre com enunciados, “una norma digna de reconocimiento no puede ser desmentida por un «mundo» que se niega a «colaborar»”¹⁶⁴ já que o próprio acordo fundamenta “é” a validade moral almejada. Assim, a pretensão de validade moral é explicada mediante a referência a algo que deve ser estabelecido:

Solo son validos los juicios y normas que podrían ser aceptados por buenas razones por todos los afectados bajo el punto de vista inclusivo que permita considerar en la misma medida las correspondientes pretensiones de todas las personas. El proyecto de un universo de auto-legislación de personas libres e iguales impone a la justificación de los enunciados morales las restricciones de esta perspectiva.¹⁶⁵

Assim, a referência a um mundo social potencialmente inclusivo, que permite uma descentralização de perspectivas – condição para a avaliação de razões que justifiquem algo como igualmente bom para todos, substitui a referência ao mundo objetivo dos fatos e estados de coisas. Ambos são mundos indisponíveis, no sentido de que inevitavelmente devemos fazer referência a eles nos respectivos discursos moral e constativo, mas apenas o mundo social é também indisponível para os sujeitos, já que existe ao largo de nossas representações, ao passo que o mundo social das normas válidas consiste precisamente na aceitação intersubjetiva: “el proyecto o esbozo de un mundo moral y la suposición de un mundo objetivo constituyen equivalentes funcionales”¹⁶⁶. Esta diferença funcional reflete-se no modo como funciona a pretensão de fornecer “uma única resposta correta” para cada questão controversa. Numa referência qualquer ao mundo os falantes podem discordar quanto à correta distância entre duas cidades, mas ambos inevitavelmente pretendem estar corretos ao afirmar uma determinada tese. Mesmo na hipótese de ambos estarem equivocados, inevitavelmente cada qual pretendia que apenas uma resposta poderia estar correta – só pode haver uma distância exata entre as duas cidades. O problema é transpor esta pretensão de única resposta correta ao âmbito moral. A isto voltaremos posteriormente, por ocasião da

¹⁶⁴ HABERMAS, J. **Verdad y Justificación**: ensayos filosóficos, p. 284

¹⁶⁵ HABERMAS, J. **Verdad y Justificación**: ensayos filosóficos, p. 288

¹⁶⁶ HABERMAS, J. **Verdad y Justificación**: ensayos filosóficos, p. 293.

controvérsia que envolve uma tese fundamental de Ronald Dworkin, a conhecida tese da “única resposta correta” para cada caso de aplicação¹⁶⁷. Por hora, basta ressaltar que para Habermas o caráter cognitivo dos juízos morais reflete-se no fato de que também nossas afirmações, que recorrem a normas morais que pretendem uma validade transcendente de contexto, estão envolvidos com a idéia de que para cada questão moral controvertida há “um única resposta correta”, porém com diferenças importantes. Uma suposição assim é “no mínimo arriscada”¹⁶⁸, já que juízos sobre normas morais encontram-se sob a dupla reserva da futura aplicação das normas aos casos concretos e ao fato de que discursos morais, sendo por definição práticos, constituem uma parte importante da prática cotidiana e levantam a suspeita quanto à necessária independência de contextos específicos. De todo modo, a possibilidade de tratar questões morais sob a suposição de que há “uma única resposta correta” depende de uma decisão dos participantes do diálogo, que optam por isolar algumas questões de justiça, acerca das quais é possível o consenso fundamentado, em relação ao universo mais amplo de opções valorativas acerca das quais o dissenso é inevitável. Apenas quanto a estas questões é possível o tratamento da moral de modo similar à verdade, supondo que as respostas às questões são corretas ou erradas.¹⁶⁹

No entanto, como não há para a moral um correspondente ao mundo objetivo exterior às nossas proposições, a resposta correta depende apenas das razões apresentadas no discurso, e quanto a estas há sempre uma gradação entre razões um melhores ou piores, não sendo possível “uma única razão correta”. Já que a validade moral consiste no consenso discursivo é idêntica à aceitabilidade racional, de modo que a estipulação de uma “única resposta correta” inevitavelmente assume algo de “estipulação”.¹⁷⁰ Mas esta característica que atinge as razões mediante as quais juízos morais são justificados é compatível com a afirmação de que o conceito de validade moral, ao contrário de conceitos valorativos, não sofre gradações: não existem normas mais ou menos corretas, uma norma é validade ou não. Melhores ou piores são as razões que apresentamos para justificar uma validade que pretende ser incondicional. Mais que isso, o fato mesmo de que entre as opções valorativas concorrentes (políticas, éticas etc.) possa não haver uma única solução correta torna mesmo necessária a manutenção

¹⁶⁷ Cf. DWORKIN, R. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, pp. 175-216.

¹⁶⁸ HABERMAS, J. **Verdad y Justificación**: ensayos filosóficos, p. 300.

¹⁶⁹ Cf. HABERMAS, J. **Verdad y Justificación**: ensayos filosóficos, p. 300.

¹⁷⁰ Cf. HABERMAS, J. **Verdad y Justificación**: ensayos filosóficos, p. 301.

do objetivo de estabelecer um mundo social de regras morais capaz de regular legitimamente nossa convivência.¹⁷¹

2.3 Uma defesa da ética discursiva mediante uma teoria da fundamentação moral.

As duas vias que podem ser seguidas para uma defesa da ética discursiva, como foi afirmado anteriormente, são complementares. Isto ocorre porque a possibilidade de apresentar princípios de fundamentação moral de normas de ação (a segunda via que agora será exposta) pode reivindicar maior respeitabilidade se há uma analogia entre correção normativa e verdade. Demonstrar que há uma analogia entre a defesa de enunciados sobre fatos e a defesa da justiça de normas de ação (ou de juízos sobre normas) certamente não resolve o problema fundamental, pois não mostra ainda como exatamente as normas podem ser defendidas. A “segunda via” para a defesa do caráter cognitivo da moral apóia-se na e vai além da primeira e pretende ser uma reconstrução “discursiva” da ética kantiana. Habermas parte “do princípio de que a) a posição kantiana pode ser enunciada de novo no âmbito de uma ética do discurso e b) pode ser defendida contra posições ligadas ao cepticismo axiológico.”¹⁷² E ao efetuar tal reconstrução Habermas oferece um princípio destinado a exercer o papel que Kant atribuía ao imperativo categórico, uma “fórmula” para testar as máximas da ação humana cujo critério não reside na vontade empírica dos agentes concretos e sim naquilo que poderia ser desejado por todos os seres racionais.¹⁷³ Assim, “em termos consensuais, o imperativo categórico é reconstruído como o princípio da reciprocidade generalizada, ou o princípio de universalização”.¹⁷⁴ E a virtude que Habermas reivindica para sua versão consiste em que “o imperativo é desligado da filosofia transcendental da consciência e reconstruído em termos de análise da linguagem.”¹⁷⁵

¹⁷¹ Cf. HABERMAS, J. **Verdad y Justificación**: ensayos filosóficos, p. 302.

¹⁷² HABERMAS, Jürgen. **Comentários à Ética do Discurso**, p. 33.

¹⁷³ Cf. KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 1989. Em uma de suas formulações: “Age de maneira tal que a máxima moral de tua ação possa ser elevada à condição de lei universal da natureza.” Para uma interpretação que realça os aspectos de intersubjetividade já presentes – ao menos de modo implícito – em Kant, cf. TUGENDHAT, Ernst. **Lições Sobre Ética**. Trad. Grupo de doutorandos da UFRGS sob a responsabilidade de E. Stein. Petrópolis: Vozes, 1997.

¹⁷⁴ DUTRA, Delamar Volpato. BORGES, Maria de Lourdes. DALL’AGNOL, Darlei. **Ética**. Rio de Janeiro: DP & A, 2002, p. 95.

¹⁷⁵ DUTRA, Delamar Volpato. **Razão e Consenso em Habermas**, p. 155.

Uma fundamentação especificamente moral caracteriza-se por apresentar princípios que permitem julgar a correção de normas de ação ou de juízos sobre normas. Ainda que um princípio da ética discursiva não seja capaz de servir de critério unívoco para a determinação de normas de ação mais concretas ou para a criação de instituições justas, ele pode delinear um procedimento universal para a discussão sobre a justiça de pretensões normativas.¹⁷⁶ Habermas explica o ponto central da ética discursiva apresentando um princípio do discurso (D) e um princípio de universalização (U), este sim o princípio especificamente moral. Em uma de suas formulações mais recentes são definidos do seguinte modo:

(D): somente podem pretender ser válidas as normas que em discursos práticos poderiam suscitar a aprovação de todos os interessados. (...) (U) está inspirado certamente em (D), mas já não se trata em absoluto de uma proposta lograda abductivamente. (U) quer dizer: que uma norma é válida unicamente quando as conseqüências e efeitos colaterais que resultariam previsivelmente de sua observância geral para as constelações de interesses e orientações valorativas de cada qual pudessem ser aceitas sem coação conjuntamente por todos os interessados.¹⁷⁷

É importante ter em vista quais as tarefas que podem competir a (U) e (D). Eles não são capazes de produzir normas morais válidas ou conteúdos imediatamente práticos. Sendo princípios formais e procedimentais apenas explicitam regras para que, no decurso de argumentações sobre questões práticas, possam ser testadas a validade das pretensões levantadas com normas ou juízos normativos que surgem em confronto. (U) e (D) não tornam disponível a um “técnico” especializado em questões morais um saber capaz de solucionar problemas práticos fornecendo as respostas legítimas, determinando com antecedência quais expectativas de comportamento reputam-se obrigatórias. Mesmo problemas fundamentais como o aborto, clonagem de seres humanos, guerras, positivação dos direitos fundamentais não podem contar com respostas “produzidas” por (U) ou (D). Mas deste modo, qual seria então sua utilidade? Também aqui poderia ser levantada a objeção de que “proposições gerais não decidem

¹⁷⁶ WHITE, S. **The Recent Work of Jürgen Habermas**, p. 23.

¹⁷⁷ HABERMAS, J. **La Inclusion del Otro**, ps. 73-4. Para uma formulação dos mesmos princípios em sentido semelhante: “(U) todas as normas em vigor têm de cumprir a condição de que as conseqüências e efeitos secundários, provavelmente decorrentes de um cumprimento *geral* dessas mesmas normas a favor da satisfação dos interesses de *cada um*, possam ser aceites voluntariamente por *todos* os indivíduos em causa. Se for possível derivar (U) a partir do teor normativo dos pressupostos gerais e pragmáticos da argumentação, podemos apresentar a ética do discurso sob a seguinte fórmula abreviada: (D) todas as normas em vigor teriam de ser capazes de obter a anuência de todos os indivíduos em questão, se estes participassem num discurso prático”. HABERMAS, J. **Comentários à Ética do Discurso**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 34. Ver também HABERMAS, J. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 116.

casos concretos”¹⁷⁸? De fato, a generalidade do princípio especificamente moral, (U), sequer pretende “decidir” os casos concretos. No entanto sua utilidade seria incorretamente compreendida por esse viés. Apenas em relação aos problemas surgidos no nível da integração social, quando aquilo que até então era um consenso fático sobre regras torna-se problemático, ou quando suspendemos hipoteticamente a validade (Geltung) de normas para testar se realmente merecem ser aceitas como válidas com boas razões (Gültigkeit), é que pode funcionar o princípio moral.¹⁷⁹ Quando isto ocorre, por exemplo, com as questões já presentes ou que previsivelmente surgirão num futuro próximo em decorrência dos avanços da engenharia genética, mesmo o próprio filósofo pode e deve tomar partido na discussão pública, tentando mostrar que seus juízos concretos sobre um fato moralmente controvertido podem ser considerados moralmente corretos.¹⁸⁰ Neste momento porém o filósofo participa das argumentações enquanto possível concernido pela regulamentação controversa e não mais enquanto perito em questões de fundamentação do princípio moral.¹⁸¹

A pretensão de universalidade que acompanha os juízos morais válidos contrasta com a modéstia das tarefas reivindicadas pela ética discursiva, reduzidas que são à explicação e justificação do “ponto de vista moral”, o qual deve permitir uma avaliação imparcial das pretensões controvertidas de normas morais¹⁸². Se por um lado rejeita para o filósofo um “acesso privilegiado às questões morais” por outro “não subtrai ninguém da sua responsabilidade prática” atribuindo aos próprios sujeitos possivelmente atingidos de algum modo pelas normas em questão, a tarefa de encontrar respostas para os problemas práticos fundamentais.¹⁸³ Tampouco a ética discursiva se coloca, como apto de solução filosófica, o problema motivacional acerca da diferença que há entre nossos juízos morais corretos e nossas ações efetivas, pretendendo apenas a reconstrução do ponto de vista moral:

¹⁷⁸ “(...) general propositions do not decide concrete cases” HOLMES, O. W. (dissenting) *Lochner vs. New York* 198 US 45 (1905), in FISCHER III, William; HORWITZ, Morton; REED, Thomas (orgs) **American Legal Realism**, New York: OUP, 1993, p. 26.

¹⁷⁹ Cf. HABERMAS, J. **Comentários à Ética do Discurso**, p. 36.

¹⁸⁰ O próprio Habermas, em diversas oportunidades, intervém em questões práticas segundo esta perspectiva. Um exemplo recente é HABERMAS, J. **El Futuro de la Naturaleza Humana: hacia una eugenia liberal?** Barcelona: Paidós, 2002.

¹⁸¹ HABERMAS, J. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**, p. 117.

¹⁸² “O «ponto de vista moral» é identificado com a perspectiva segundo a qual algo seria aceitável por todos. E ainda, as teorias éticas mais recentes divergem entre si ao especificar o procedimento que melhor articula o ponto de vista moral”. “The «moral point of view» is identified with that perspective which would be acceptable for all. Again, most contemporary ethical theories differ from one another in specifying the procedure which best articulates the moral point of view.” BENHABIB, Seyla. **Critique, Norm, and Utopia: a study of the foundations of critical theory**. New York: CUP, 1986, p. 299.

¹⁸³ Cf. HABERMAS, J. **Comentários à Ética do Discurso**, p. 31.

Todas as questões concretas são deixadas a cargo dos próprios participantes; a teoria só lhes pode mostrar o procedimento a seguir se eles quiserem resolver os seus problemas morais. (...) A capacidade que os juízos morais possuem para motivar a ação está em exata proporção para com a força impulsionadora de cunho racional das razões sobre as quais assentam esses mesmos juízos. O verdadeiro alcance da capacidade de afirmação dos motivos racionais depende das pessoas, das circunstâncias, dos conjuntos de interesses e das instituições.¹⁸⁴

Mas se ambos os princípios são necessários para fornecer uma correta explicação do ponto de vista moral, é certo que não desempenham o mesmo papel. A relação entre (D) e (U) demanda uma explicação adicional devido a importantes objeções já levantadas contra ambos, diante das quais Habermas foi obrigado a rever algumas formulações iniciais corrigindo equívocos. Uma questão importante é saber que apenas (U) é o princípio especificamente moral, ainda que uma completa explicação das argumentações morais deva também pressupor (D). Este último funciona como um princípio geral capaz de explicar “o ponto de vista sob o qual é possível fundamentar imparcialmente normas de ação”¹⁸⁵ e que pode ser especializado para discussões morais, caso em que assume a forma de (U). Como veremos adiante, (D) pode também ser aplicado à fundamentação de normas jurídicas, caso em que assume a forma de um princípio da democracia (De)¹⁸⁶. De todo, (D) e (U) não encontram-se no mesmo nível de abstração e assim (U) é descrito como uma “descida de nível”¹⁸⁷ em relação a (D), uma construção “inspirada”¹⁸⁸ em (D), e (D) como “forma abreviada”¹⁸⁹ de (U).

É certo que, se por um lado a idéia mais abstrata que Habermas pretende expressar com estas formulações não é estranha a todas as éticas de procedência kantiana, por outro lado as relações entre ambos princípios não puderam ser interpretadas desde o início como intuitivas. Inicialmente despertaram a suspeita de que, no teor da crítica de Benhabib, apenas as regras do discurso racional e (D) seriam o suficiente para a ética discursiva e que (U) seria “ou redundante ou inconsistente”.¹⁹⁰

Segundo Benhabib¹⁹¹, o esquema construído por Habermas, ao apresentar (U) como uma condição de argumentações discursivas morais de modo similar ao que ocorre com o princípio de indução nas argumentações sobre fatos, depara-se com duas

¹⁸⁴ HABERMAS, J. **Comentários à Ética do Discurso**, p. 93.

¹⁸⁵ TrFG I, p. 143.

¹⁸⁶ TrFG, vol. 1, p. 145.

¹⁸⁷ HABERMAS, J. **Comentários à Ética do Discurso**, p. 16.

¹⁸⁸ HABERMAS, J. **La Inclusion del Otro**, p. 74.

¹⁸⁹ HABERMAS, J. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**, p. 116. HABERMAS, J. **Comentários à Ética do Discurso**, p. 34.

¹⁹⁰ “either redundant or inconsistent.” BENHABIB, Seyla. **Critique, Norm, and Utopia**, p. 308.

¹⁹¹ Para o que se segue, Cf. BENHABIB, Seyla. **Critique, Norm, and Utopia**, ps. 297-309.

dificuldades: em primeiro lugar, não é claro o que (U) acrescenta ao que já fora fornecido com as regras do discurso racional; em segundo lugar, se (U) faz depender a validade moral de um consenso entre possíveis atingidos, o que fazer quando consensualmente os sujeitos decidem rejeitar princípios de teor universalista, como o próprio (U)?

Especialmente quanto ao segundo problema a solução consiste em fornecer teoricamente regras da argumentação capazes de julgar (e rejeitar) consensos fáticos que contrariam (U). Mas com isto é levantada a suspeita de um dogmatismo da ética discursiva que procura inserir nas premissas (as regras discursivas) aquilo que pretende dedutivamente encontrar na conclusão (U), evitando assim fundamentar justamente aquilo que é contestado. Para evitar esta suspeita, sempre segundo Benhabib, (U) é apresentado por Habermas como algo que se faz acompanhar inevitavelmente tão logo entremos numa argumentação, devido ao envolvimento inevitável com os pressupostos pragmáticos da argumentação, que não podem ser negados sob pena de contradição performativa. A tese é sustentada em duas premissas que são P1, os pressupostos inevitáveis da argumentação racional, e P2, o conhecimento do que significa fundamentar normas de ação. Porém, a questão é saber:

whether these two premises are sufficiently distinct from (U) such that one is not simply begging the question or proceeding tautologically in claiming that their acceptance amounts to the confirmation of (U); or whether, if these two premises are sufficiently distinct from (U), the step leading to (U) does not entail smuggling in additional assumptions which themselves need justification.¹⁹²

Para Benhabib ao menos um dos dois equívocos atinge a ética discursiva, sendo difícil discernir com precisão qual dentre os dois é o caso. Quanto a P1, uma regra que estabelece que “ninguém que, à vista de uma exigência de validez controversa, possa trazer uma contribuição relevante, deve ser excluído”¹⁹³ já é uma norma moral e não apenas a descrição de algo com que nos deparamos ao participar de argumentações. Regras assim não se pretendem válidas devido às suas virtudes analíticas, já é perfeitamente possível constatar, na quase totalidade dos casos historicamente comprováveis, argumentações levadas a cabo que excluem os sujeitos que não pertencem a determinadas comunidades. Uma regra assim já pressupõe um compromisso moral fortemente igualitário com uma filosofia moral formada na tradição

¹⁹² BENHABIB, Seyla. **Critique, Norm, and Utopia**, p. 304.

¹⁹³ HABERMAS, J. **Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada**, p. 67.

do iluminismo¹⁹⁴. Por sua vez, P2 apresenta-se como tautologia, já que se o suposto fato de que “compreendemos as normas justificadas como regulando matérias sociais no interesse comum de todas as pessoas possivelmente concernidas”¹⁹⁵ é tomado como premissa ele já é idêntico a (U). Para Benhabib a única via pela qual poderíamos supor que (U) acrescenta algo às regras do discurso é interpretá-lo como uma exigência de que a norma possa satisfazer as exigências de cada indivíduo singular, na interpretação dos interesses comuns (U). No entanto também esta hipótese parece “já implicada pela idéia mesma da participação de todos os concernidos no discurso”¹⁹⁶.

De fato o próprio Habermas admite que suas formulações iniciais sobre (U) e (D) eram falhas e necessitavam correções.¹⁹⁷ Especificamente para defender os dois princípios das críticas levantadas por Benhabib uma proposta foi oferecida por Rehg, a qual foi adotada por Habermas.¹⁹⁸ Trata-se de uma interpretação de P1 e P2 que se pretende um pouco mais cuidadosa que aquela empreendida por Benhabib. Rehg insiste que P2 (“content premissa”) e P1 (“rules premissa”) permitem a passagem de (D) a (U). Uma distinção inicial entre ambos consiste no fato de que (D) “é ao mesmo tempo mais e menos que um princípio moral. Ele é mais na medida em que cobre mais áreas da ação social, menos na medida em que ele não nos diz o que distingue a validade de normas morais dos outros tipos de normas de ação.”¹⁹⁹ É uma descrição de uma situação inicial de partida, apenas radicalizada em contextos de ação das sociedades modernas, na qual sujeitos que pertencem a grupos sociais que carecem de contextos valorativos fortes capazes de unificá-los assumem a tarefa de decidir com argumentos as normas mediante as quais podem coordenar suas ações, rejeitando as alternativas que consistem no uso

¹⁹⁴ Deve-se ressaltar contudo que Benhabib não pretende “contextualizar” a ética universalista para em seguida rejeitá-la ao modo do ceticismo moral: “afirmar que esta suposição é um produto de tal processo não é afirmar que ela é menos defensável; minha intenção é simplesmente destacar que os assim chamados pressupostos pragmáticos «universais» do discurso humano possuem um conteúdo histórico-cultural presente em seu interior”. “To say that this assumption is a product of such a process is not to say that it is therefore less defensible; my intention is simply to point out that even the so-called «universal» pragmatic presuppositions of human discourse have a cultural-historical content built into them.” BENHABIB, Seyla. **Critique, Norm, and Utopia**, p. 306. Isso porém não garante que, não sendo estes seus objetivos, também não seja este o resultado, ainda que ao largo de sua vontade.

¹⁹⁵ HABERMAS, J. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**, p. 115.

¹⁹⁶ “already implied by the very idea of the participation of all concerned in discourse”. BENHABIB, Seyla. **Critique, Norm, and Utopia**, p. 307.

¹⁹⁷ “nas minhas pesquisas sobre a ética do discurso, publicadas até o momento, não há uma distinção satisfatória entre o princípio moral e o princípio do discurso.” TrFG I p. 143. FG p. 140. Cf. também HABERMAS, J. **Comentários à Ética do Discurso**, p.16, nota nº 7.

¹⁹⁸ Cf. REHG, William. **Insight and Solidarity**, ps. 56-84. HABERMAS, **La Inclusion del Otro**, p. 77; **Direito e Democracia**, vol. 1, p. 144.

¹⁹⁹ “is both more and less than a moral principle. It is more in that it covers more areas of social action, less in that it does not tell us what distinguishes the validity of moral norms from that of other kinds of action norm.” REHG, William. **Insight and Solidarity**, p. 31.

manifesto ou simulado à violência ou ao estabelecimento de pactos apoiados em interesses e razões meramente instrumentais. Nesta situação de saída os sujeitos que buscam superar o dissenso normativo não possuem mais o apoio a valores incontestáveis imediatamente acessíveis pela via da tradição. Se o consenso não está dado pelo pano de fundo incontestado da tradição e rejeita-se a imposição violenta ou o pacto transitório de interesses, então o consenso deve ser buscado com argumentos. O que (D) pretende expressar é que normas que pretendem uma validade que não esteja tradicionalmente garantida, nem seja imposta ou apenas simulada, requer a aceitação por parte daqueles que possam vir a ocupar o papel de destinatários tal como previsto na norma em questão. Mas a diferença entre (D) e (U) pode ser sustentada por que com isso ainda não é fornecido o critério mediante o qual os participantes na argumentação podem julgar a norma. Além disso, (D) expressa uma condição que atinge toda e qualquer pretensão de validade normativa, não apenas as normas morais: se falta consenso prévio da tradição, se rejeita-se a imposição violenta, se é levada a sério a validade, então é necessário que a norma seja aceitável. Mas como então atingir o critério de aceitabilidade? Como atingir (U)?

O primeiro passo é interpretar corretamente as premissas. P2 refere-se a um saber intuitivo que é compartilhado pelos membros de uma comunidade de interação linguística. Dada a situação inicial explicitada por intermédio de (D) então os participantes em discursos práticos devem perguntar-se: “os limites estabelecidos por uma norma N são tais que, se generalizadamente observados, N regulará de modo aceitável nossos vários interesses envolvidos nesta situação de conflito potencial em questão?”²⁰⁰ No entanto, mesmo assumindo esta hipótese, nada alcançamos ainda quanto ao modo como os interesses de cada um são abordados. Permanece a possibilidade de que seja levantada a objeção, tantas vezes oferecida contra as éticas de procedência kantiana, da hipótese de um fanático nazista que, convencido até o fundo de sua alma de suas crenças abjetas sobre superioridade racial, afirma que, fosse ele próprio um judeu, mereceria então o castigo que recomenda para os judeus em geral. A ética discursiva pretende-se imune a este tipo de crítica graças a seu atributo dialógico, supostamente ausente nas demais formulações similares, porém P2 é ainda monológica uma vez que trata apenas de explicar a semântica do dever moral. A questão sobre a

²⁰⁰ “are the constraints defined by a norm N such that, generally observed, N will acceptably regulate our various interests in the potential conflict situation at issue?” REHG, William. **Insight and Solidarity**, p. 58.

aceitabilidade da norma, tomada exclusivamente nos termos de P2, pode ainda ser inquirida em privado por cada um dos membros da comunidade, sem atingir ainda o consenso intersubjetivo. E a tomada em consideração dos interesses e possíveis conseqüências das normas²⁰¹ explicita uma intuição à nossa disposição: “na medida em que A e B aceitam que sua interação é regulada por um «dever» moral, eles tacitamente esperam que C concorde com eles em seguir este dever”.²⁰² Como foi possível perceber acima, no tópico sobre a ação comunicativa que visa o consenso normativo, trata-se de uma expectativa recíproca de que a norma é estabelecida apoiada em idênticas razões. Assim, a suposição que é P2 afirma que “uma norma social é uma expectativa generalizada compartilhada servindo à solução de potenciais conflitos de interesses na medida em que regula a busca pela realização destes interesses.”²⁰³

P1 por sua vez é interpretado por Rehg, em contraste com Benhabib, como uma suposição de que “um compromisso com argumentos significa tratar todos os falantes competentes acerca da questão como iguais parceiros no diálogo na argumentação.”²⁰⁴ Dentre as normas do discurso racional, aquela que representa a exigência de que possam tomar parte em discursos práticos todos os falantes competentes é tomada por Rehg em sentido mais formal do que é afirmado por Benhabib. Ao invés de vinculá-la ao contexto de sociedades que já sofreram as conseqüências modernizadoras da crítica iluminista, Rehg exige para ela um status mais formal, indiferente a grupos e culturas específicos. Tratando-se em suma de uma definição formal da categoria de falante competente cuja pretensão universalidade é “fraca” no sentido de que não assume ainda pretensões morais, mas tão-somente típicas de uma lógica da argumentação: é apenas no sentido em que, por exemplo, os cientistas devem fornecer suas densas explicações técnicas pressupondo que, por princípio, poderiam, se estivessem dispostos a dedicar-se

²⁰¹ A vinculação entre a consideração das possíveis conseqüências e a semântica do dever moral está relacionada ao falibilismo que atinge todas as fundamentações racionais, as de normas morais em especial. Daí serem necessárias ressalvas quanto a possíveis alterações nas constelações de interesses e o surgimento de casos imprevistos de aplicação, o que é obtido com dois movimentos: (i) a consideração da consideração de conseqüências previsíveis no momento da fundamentação e (ii) a complementação de (U) com um princípio de adequação (Adeq). A este ponto retornaremos no segundo capítulo.

²⁰² “insofar as A and B hold that their interaction is ruled by a moral «ought», they tacitly expect C to allow them to follow this «ought»”. REHG, William. **Insight and Solidarity**, p. 60.

²⁰³ “a social norm is a shared general expectation serving to resolve potential conflicts of interest by regulating the pursuit of those interests”. REHG, William. **Insight and Solidarity**, p. 66.

²⁰⁴ “a commitment to argument means treating all the competent speakers on the issue as equal dialogue partners in this argument.” REHG, William. **Insight and Solidarity**, p. 66.

seriamente ao estudo do tema, reproduzir os experimentos realizados, compreender eles próprios as teses enunciadas.²⁰⁵

Assim Rehg pode derivar (U) vinculando (i) uma noção de norma de ação como expectativa de comportamento generalizada que é compartilhada entre os sujeitos, à pretensão (ii) de que tal norma seja estabelecida apenas mediante argumentos. Esta proposta que reconstrói os argumentos originariamente apresentados por Habermas foi aceita por ele próprio, que a partir de “A Inclusão do Outro” passa a fazer menção expressa a um modelo de desenvolvimento estilizado – um “tipo ideal”, que permite compreender como os participantes em argumentações sobre a validade de normas podem partir de (D) e alcançar (U) sem incorrerem em tautologia.²⁰⁶ O procedimento exige, em primeiro lugar, assumir a hipótese já definida, segundo a qual os participantes querem resolver seus conflitos de ação sem recorrer seja à violência seja ao mero compromisso, ou seja, pretendem alcançar um acordo válido por razões intersubjetivas. Num segundo momento é possível que os mesmos busquem alcançar o consenso mediante o apoio em tradições e valores vinculantes e fortemente compartilhados, um projeto que, ao menos nas sociedades contemporâneas, tende a fracassar diante do “fato do pluralismo” de visões éticas de mundo. É num terceiro momento, caso continuem a empreitada, que os sujeitos podem voltar-se para a “situação de certo modo neutra” de que todos compartilham alguma forma de vida estruturada pela comunicação linguística. Assumindo este fato os sujeitos podem tentar alcançar conteúdos normativos, nesta situação neutra, capazes de fundamentar normas de ação comuns e meio aos aspectos estruturais presentes nos processos de entendimento e formas de vida linguística.²⁰⁷ Uma quarta etapa deste processo idealizado é atingida quando os participantes percebem que as características formais de formas de vida linguísticas – que no passo anterior despertara atenção, não são capazes de fundamentar imediatamente um “dever” dirigido aos membros de comunidades historicamente provincianas para que superem suas orientações de valor compartilhadas em contextos sociais concretos e sigam em direção do reconhecimento recíproco de formas de vida irrestritamente inclusivas, uma exigência rigorosa formulada em (U). Neste momento

²⁰⁵ REHG, William. **Insight and Solidarity**, p. 69. Exemplo de como assumir explicitamente esta pretensão é: “tentamos (...) fornecer explicações detalhadas dos conhecimentos científicos, de sorte que o leitor não-especialista possa avaliar por que determinada asserção é errônea ou sem sentido. Podemos não ter sido bem-sucedidos em todos os casos: o espaço é limitado, e a pedagogia científica é difícil. O leitor tem perfeitamente o direito de reservar seu julgamento para aqueles casos em que nossa explanação é inadequada” SOKAL, Alan; BRICMONT, Jean. **Imposturas Intelectuais**, p. 26.

²⁰⁶ Para o que se segue, Cf. HABERMAS, J. **La Inclusión del Otro**, ps. 71 e 78.

²⁰⁷ Cf. HABERMAS, J. **La Inclusión del Otro**, p. 71.

decisivo eles poderiam perceber que as propriedades formais da deliberação publicamente empreendida (de modo recíproco) até o momento é tudo com o que podem contar. No quinto passo a referência aos conteúdos concretos da moral é finalmente substituída pela relação autoreferencial que os participantes de argumentações estabelecem com as características formais da própria prática deliberativa, que explicitam esta situação da qual tornaram-se conscientes, de modo que podem enunciar (D). Apenas no sexto passo é que é inserida uma regra propriamente moral, que explique como as normas morais devem ser fundamentadas. Esta apóia-se no saber intuitivo de sujeitos que, mesmo nos casos em que explicita e conscientemente saibam apenas fundamentar enunciados sobre fatos, são capazes de imaginar o que significa fundamentar normas de ação. A regra fornecida é (U): ela considera as razões pragmáticas e éticas que surgem com a referência simétrica aos interesses e orientações valorativas²⁰⁸; exige para os sujeitos uma postura aberta a intervenções e correções recíprocas de suas interpretações, sem limites que não sejam os dos melhores argumentos; e o ponto de vista da consideração simétrica de interesses e orientações valorativas garante um sentido epistêmico às razões que, superando os vínculos imediatos com os interesses concretos de atores específicos, são capazes de justificar normas. Um sexto e último passo pertence ao domínio da teoria moral e consiste em afastar as suspeitas de que (U) nada mais seria que a expressão de uma “visão de mundo” tão contextual quanto todas as outras conhecidas, tipicamente eurocêntrica, burguesa e masculina etc. Contra esta suspeita ao teórico da moral cabe defender a prática de deliberação argumentativa afirmando que pode ela ser encontrada, no nível da prática informal, em todas as culturas e sociedades, e que não há uma alternativa viável à mesma, o que garante a neutralidade de (D). Já quando iniciam uma defesa ou crítica de hipóteses normativas os participantes assumem o compromisso implícito de convencimento recíproco com os melhores argumentos, uma competição que todavia os mantém “unidos” na busca pelo melhor argumento – as regras do discurso racional apenas explicitam esta intuição. E neste caso a tautologia pretendida por Benhabib não procede porque estas regras não possuem ainda um caráter normativo moral, mas tão somente “lógico”. Não são obrigações morais que devemos respeitar, apenas um contrangimento que sofremos se quisermos evitar as acusações de que faltou seriedade à argumentação, daí que tenham aplicação não apenas aos discursos sobre normas morais

²⁰⁸ A referência explícita às “orientações valorativas” não fora realizada por Habermas nas formulações anteriores de (U). Ver transcrição na nota 154.

mas também sobre fatos²⁰⁹. A obrigatoriedade moral não resulta diretamente da coação gerada por estas regras argumentativas, ela surge apenas quando a discussão seriamente empreendida (que leva a sério as regras discursivas) especializa-se no tratamento das razões especialmente morais, no sentido mesmo de Rehg.

Esta definição fornecida para a moral pretende abstrair sua validade normativa com forte sentido epistémico dos contextos concretos das crenças éticas e valores tradicionais. Aqui é necessário apenas ressaltar o momento em que esta idéia é conceitualmente explicitada em (U), e isto ocorre porque Habermas reconhece na moral uma “função” peculiar que consiste em concebê-la como “um dispositivo de proteção que compensa uma vulnerabilidade estruturalmente instalada em formas de vida sócio-culturais.”²¹⁰ A moral refere-se primordialmente à condição humana de alcançar a individualização pela via da socialização. Neste ponto Habermas apóia-se em sólidas teorias desenvolvidas pela sociologia acerca dos fenômenos de socialização²¹¹. Em suma trata-se explicar o modo pelo qual seres dotados de nossos atributos genéticos conseguem desenvolver, além da condição de organismos individuais, as competências especificamente sociais de sujeitos dotados de linguagem, que sabem guiar-se por normas, rejeitar valores, provocar estímulos em outras pessoas etc. Neste sentido o avanço dos processos de individualização revela sujeitos cada vez mais envolvidos numa rede complexa de instituições sociais, que vão além da mera interação “face a face”,²¹² instituições que a um só tempo permitem competências que os indivíduos jamais gozariam num estado imaginário “pré-social” e contra as quais os próprios indivíduos aprendem a reagir. Trata-se de um processo simultâneo: por um lado seres

²⁰⁹ “A repartição simétrica das liberdades comunicativas no discurso e a exigência de sinceridade para o mesmo significam obrigações e direitos argumentativos, de nenhum modo obrigações e direitos morais. De igual modo, o caráter não coativo se refere ao processo de argumentação mesmo, não às relações interpessoais fora desta prática. As regras constitutivas para o jogo da argumentação determinam o intercâmbio de argumentos e tomadas de postura com um sim ou não; têm o sentido epistémico de possibilitar a justificação de emissões, não o sentido imediatamente prático de motivar ações.” HABERMAS, J. **La Inclusion del Otro**, ps. 76-77.

²¹⁰ HABERMAS, J. **Comentários sobre a Ética do Discurso**, p.18.

²¹¹ Mais especificamente, Habermas desenvolve seus argumentos apoiado nas formulações de Mead. Cf. HABERMAS, J. **Pensamiento Postmetafísico**, ps. 188-240; **Teoría de la Acción Comunicativa**, vol. II, ps. Para uma abordagem contemporânea: “A socialização é (...) o processo pelo qual as crianças indefesas se tornam gradualmente seres auto-conscientes, com saberes e capacidades, treinadas nas formas de cultura em que nasceram. A socialização não é uma espécie de «programação cultural», em que a criança absorve de forma passiva as influências com as quais entra em contacto. Até os recém-nascidos têm necessidades e exigências que afectam o comportamento daqueles que são responsáveis por tratar deles: as crianças são, desde o início, seres activos. (...) A socialização deve ser vista então como um processo vitalício em que o comportamento humano é configurado de forma contínua por interações sociais, permitindo que os indivíduos desenvolvam o seu potencial, aprendam e se ajustem.” GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 4ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, ps. 27-28.

²¹² GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991, ps. 88 e ss.

humanos aprendem progressivamente a assumir determinados papéis em sociedade, um processo não exclusivamente passivo já que pode exercer influência sobre a escolha dos papéis, pode criar papéis para si ou para seu grupo etc; por outro lado é na socialização que reside a origem mesma de nossa liberdade e individualidade, surgidas lado a lado de um desenvolvimento da idéia de que cada um de nós possui algo de único e insubstituível, reconhecendo uma capacidade de pensamento e ação independentes.²¹³ Nos processos de socialização, em contato com os demais, ora apoiados por ora enfrentando instituições, aprendemos também a formular uma idéia acerca de nós mesmos e dos outros, e assim desenvolvemos a autonomia. Por outro lado, nestes mesmos processos, à medida que interagimos também reproduzimos papéis sociais com maior ou menor consciência disto, atendemos a expectativas de comportamento, e permitimos alguma continuidade de tradições, valores e instituições, preservando de algum modo estruturas da comunidade.²¹⁴ Mais que processos complementares, a formação das identidades dos indivíduos e da comunidade são simultâneos, e por isso Habermas reclama para a moral o papel de proteção igualmente simultânea das condições de (i) auto-determinação de indivíduos e desenvolvimento da autonomia, sob a rubrica de “justiça”, e de (ii) progressiva integração em múltiplos esquemas de dependência social, sob a rubrica de “solidariedade”.²¹⁵ Em sua reformulação de (U) Rehg pretende haver ressaltado esta dupla função da moral racional:

(U): uma norma é alcançada na base de boas razões, e um consenso racional é atingido, se e somente se

(a) cada um dos afetados pode convencer todos, em termos que eles consideram adequados para sua percepção dos interesses deles próprios e dos outros, de que as limitações e impactos que resultam da observância geral da norma são aceitáveis para todos; e

(b) cada um pode ser convencido por todos, em termos que eles consideram adequados, de que as limitações e impactos que resultam da observância geral da norma são aceitáveis para todos.²¹⁶

²¹³ É possível reconhecer que esta idéia poderia ser expressa nos termos em que o fez Karl Marx: “Os homens fazem a sua própria história, mas não a fazem segundo a sua livre vontade, em circunstâncias escolhidas por eles próprios, mas nas circunstâncias imediatamente encontradas, dadas e transmitidas.” MARX, Karl. **O 18 de Brumário de Louis Bonaparte**, in MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Obras Escolhidas**, Lisboa: Avante!, 1982 (413-512), p. 417. Isso seguramente não leva a endossar uma suposta inevitabilidade com a qual as gerações passadas “oprimem como um fantasma” as imagens dos vivos.

²¹⁴ Cf. GIDDENS, Anthony. **Sociologia**, ps. 28-30.

²¹⁵ Cf. HABERMAS, J. **Comentários à Ética do Discurso**, p.19.

²¹⁶ “(U) A norm is reached on the basis of good reasons, and a rational consensus thereby attained, if and only if (a) each of those affected can convince the others, in terms they hold appropriate for the perception of both their own and others` interests, that the constraints and impacts of a norm`s general observance are acceptable for all; and (b) each can be convinced by all, in terms she or he considers appropriate, that the constraints and impacts of a norm`s general observance are acceptable for all”.

REHG, William. **Insight and Solidarity**, p. 75.

Os itens (a) e (b) representam o modo com (U) preserva, respectivamente, as dimensões de solidariedade e justiça. (a) preserva a dimensão de solidariedade porque exige que cada indivíduo possivelmente afetado preste a devida consideração aos demais membros, estes compreendidos como uma comunidade dos possíveis atingidos, e não apenas num sentido limitado histórica e socialmente. Exige que indivíduos autônomos decidam com argumentos racionalmente aceitáveis do ponto de vista do conjunto dos demais atingidos. Por sua vez, (b) preserva a dimensão de justiça porque exige que cada um, respeitado em sua condição de sujeito autônomo, possa ser convencido pela comunidade dos possíveis atingidos, isto é, exige que os demais forneçam argumentos racionalmente aceitáveis também do ponto de vista de indivíduos autônomos. Nesta reformulação, (U) mostra como a “autonomia resulta da interação com os outros, na medida em que as necessidades ou os interesses tornam-se normativos apenas se eles buscam o assentimento dos outros.”²¹⁷

Esta divisão de tarefas entre (D) e (U) não é mero preciosismo teórico, ela cumpre uma função prática importante que consiste em ressaltar o que exatamente deve ser criticado quando discutimos questões especificamente morais. Com (D) ressalta-se a condição, moderna por excelência mas não exclusivamente moderna, de que normas de ação que pretendem validade legítima precisam de argumentos racionalmente aceitáveis por todos, tanto faz que tais normas pretendam regular algumas questões morais fundamentais ou que sejam normas jurídicas que, por exemplo, estabelecem a maioria civil ou tratam da distribuição de vagas nos estabelecimentos de ensino superior. O que o princípio mostra é sobretudo a situação de partida de que não dispomos do recurso ao pano de fundo tradicional mas que podemos perseguir o objetivo de restabelecer um consenso agora fundamentado em razões. Com (U) reduzimos a abrangência dos discursos para tratar exclusivamente de questões morais, e o critério fornecido para avaliar as normas propostas consiste na consideração simétrica dos interesses e possíveis conseqüências da obediência da norma, para cada um e todos os possíveis atingidos.

James Swindal, concordando com o projeto e os princípios da ética discursiva, pretende que (D) deva ser ainda mais formalizado. A questão é que para Habermas não cabe aos próprios princípios (D) e (U) indicarem quando é o caso de ingressarmos em discursos morais. Deste modo Swindal pretende que (D) seja completado com um

²¹⁷ “autonomy results from interaction with others, inasmuch as the individual`s needs or interests become normative only if they find the assent of others.” REHG, William. **Insight and Solidarity**, p. 77.

princípio “meta ético” (D)`, responsável por indicar quando exatamente devemos entrar em discursos de fundamentação²¹⁸. Rehg concorda com sugestão, mas objeta que isso poderia gerar um círculo vicioso, pois então mesmo a entrada em meta-discursos deveria ser justificada.²¹⁹ A disputa entre ambos restringe-se ao fato de que enquanto Swindal não vê problemas na suposta circularidade, Rehg pretende evitá-la atribuindo a (D)` a responsabilidade por todos os possíveis meta-discursos. Ambos pensam em problemas como os vivenciados por grupos da sociedade civil, mobilizados por alguma causa como direitos dos animais, defesa do aborto etc., que encontram o obstáculo da indiferença dos demais, em geral estimulada por grupos de poder. Rehg e Swindal querem, ademais, evitar qualquer hipótese de “vanguardismo”, o que esperam resolver oferecendo (D)` que regule as disputas acerca da questão: “há uma situação de conflito normativo que exige a discussão sobre a validade de uma norma de ação X?”. Mas há realmente alguma razão para um “meta-princípio” do discurso? Ora, se há um grupo, ainda que amplamente minoritário, mobilizado em função da legitimidade da legitimidade de uma norma que proíbe o aborto – seja para afirmá-la ou contestá-la, e que apresenta argumentos para isto não apenas para a maioria que lhes parece surda mas também argumentos aceitos entre os membros do grupo, então isto significa que de algum modo os discursos “já começaram”. Mais que isso, e ao contrário do que Swindal e Rehg parecem pressupor, para todos os efeitos práticos é impossível discernir a discussão (i) “a norma X não merece validade” de (ii) “dado o conflito normativo existente, é necessário discutir a validade de X”. Ao levar a cabo (ii) já devemos ter começado a ponderar argumentos sobre a validade de X. Daí que os supostos ganhos que podem advir com (D)` não diferem daquilo que já adquirimos com (D) e (U). Por fim, não é realmente crível que sujeitos dogmaticamente favoráveis a uma norma X, ou céticos frente a qualquer discussão moral, e que já se recusavam mesmo a entrar em discursos morais, mudarão sua posição inflexível graças a um princípio ainda mais formal que (D).

Esta divisão de tarefas é tão importante quanto a formulação dos princípios, consistindo em grave erro ignorá-la e considerar (D) o princípio de avaliação de normas morais. Em diferentes intensidades, este é o caso das críticas de Skirbekk²²⁰ e

²¹⁸ SWINDAL, James. **Discourse, Reflection and Commitment**. In *Philosophy & Social Criticism*, vol. 29, nº 2, ps. 147-161.

²¹⁹ Cf. REHG, William. **Moral Discourse as Reflection**: coments on James Swindal’s *Reflection Revisited*. In *Philosophy & Social Criticism*, vol. 29, nº 2, ps. 127-136.

²²⁰ SKIRBEKK, Gunnar. **The Discourse Principle and Those Affected**. In *Inquiry*, 40, 1996 (63-72).

Kettner²²¹. Ambos concentram as atenções na reformulação empreendida por Habermas, a partir de “Faticidade e Validade”, de (D), considerando-as tão importantes que relegam (U) a um segundo plano. De fato, naquela obra Habermas não fornece uma definição do princípio moral como fizera em textos anteriores, mas isso não significa que simplesmente tenha abandonado (U), já que em “A Inclusão do Outro” o tema é retomado, como já foi possível perceber.

Skirbekk preocupa-se com a categoria de sujeitos morais ainda incapazes de participar efetivamente de discursos práticos, especialmente os casos difíceis dos embriões, futuros seres humanos que poderiam surgir em virtude de experiências genéticas, animais submetidos a violência reputada inaceitável etc. Em casos assim a questão é saber como poderiam participar de discursos aqueles que ora não possuem aptidão física para o uso da linguagem, ora sequer existem ainda, mas poderiam vir a existir em virtude de nossos acordos morais. A resposta sugerida é um paternalismo legítimo porque baseado em interpretações discursivas do conhecimento relevante e atualmente avaliável, capaz de manter intocadas as pretensões discursivas de (D) ao mesmo tempo que enfraquece os aspectos participativo e consensual pela introdução de um modelo de interesses advocatório. Como consequência, Skirbekk pretende não uma rejeição global de (D), mas apenas rejeitar a noção de um consenso inclusivo de todos para estes casos difíceis e uma divisão de dois grupos: os de “agentes morais”, indivíduos autônomos aptos à participação em discursos práticos e à anuência em consensos racionalmente fundamentados, e os dos simples “sujeitos morais”, apenas submetidos às conseqüências da regulação normativa e carentes de representação paternalista (num sentido positivo de promover a autonomia).²²² Um modo de responder a Skirbekk consiste afirmar que ele pretende retirar conseqüências morais imediatamente de (D) e ignorar a exigida assumpção recíproca de perspectivas em (U). Em relação àqueles que “virão depois de nós”, caso do feto na discussão sobre a legitimidade do aborto, o que (D) explicita é a condição de normas pós-tradicionais que necessitam renovar sua legitimidade pela via de argumentos, os quais reputam-se racionais, caso possam ser aceitos pelos participantes de uma argumentação prática duradoura. Quer dizer, (D), ainda que não fornece imediatamente conseqüências morais, já ilustra o fato de que as razões que tornam a norma aceitável devem necessariamente

²²¹ KETTNER, Mathias. *The Disappearance of Discourse Ethics in Habermas's Between Facts and Norms*. In SCHOMBERG, René Von; BAYNES, Kenneth (orgs). *Discourse and Democracy: essays on Habermas's Between Facts and Norms*. New York: SUNY, 2002, (201-218)

²²² Cf. SKIRBEKK, Gunnar. *The Discourse Principle and Those Affected*, ps. 66 e ss.

transcender os contextos nos quais são enunciados: se são razões moralmente corretas não podem pretender validade apenas para as pessoas concretas que as enunciam num determinado contexto. Neste caso, os problemas apontados por Skirbekk diferem apenas em questão de grau, e não de qualidade, das questões práticas controversas com as quais lidamos cotidianamente. Deixando de lado o fato de que – se pensarmos de modo cuidadoso nas conseqüências de nossos atos, são poucas as questões morais relevantes apenas aqueles que poderiam atualmente participar de discursos práticos, ainda assim resta a consideração de que o sentido da “participação” de todos em discursos práticos consiste na possibilidade de produzir algumas razões idênticas, que uma vez enunciadas por alguns falantes concretos possam ser aceitas pelos demais e, sobretudo, permanecer sendo aceitas no decurso de um discurso prático que continua no tempo. As normas não podem satisfazer-se com a aceitação fática de todos os participantes, num lance de fundação original por que isto seria a um só tempo pouco e muito: pouco por que o consenso fático aqui e agora poderia ser rejeitado logo depois, quando surgidas novas constelações de interesses fáticos, e “muito” por fazer depender normas da aceitação factual de todos (unanimidade de fato) tornaria impossível mesmo normas tão fundamentais como as que garantem o direito à vida. Se o sentido de (D) consiste na aceitação com razões é porque estas podem sobreviver aos falantes concretos e permanecer em jogo, submetida a críticas e revisões. (D) não é um princípio moral que estabelece o consenso empírico como condição para a moralidade.

O critério para a moralidade é dado em (U), e mesmo nele não é o consenso empírico, mas sim o fato de que a norma em questão deve atender às exigências rigorosas de fundamentação já formuladas. Mais que isso, (U) já exige a reciprocidade de perspectivas (que os interesses de cada um e de todos sejam considerados... etc.) e com isso recomenda um processo “advocatório” mesmo em relação àqueles aos quais Skirbekk denomina “agentes morais” em contraposição aos “meros sujeitos morais”. (U) exige que cada indivíduo autônomo tome posição quanto às conseqüências e efeitos colaterais do seguimento da norma também da perspectiva de todos os demais: o “colocar-se no lugar de alguém”, que (U) conceitualiza, é já o tipo de discurso advocatório recomendado por Skirbekk. Se compreendemos corretamente o elemento consensual de (D) e (U) como consenso de razões mais que da participação empírica de todos os indivíduos, e também a própria participação como abertura potencialmente ilimitada ao fornecimento de razões, percebemos que eles já operacionalizam a idéia de discursos advocatórios e que nisso mesmo consiste a discursividade. Certamente isso

não pode ser realizado apenas da perspectiva individual, pois “cada um não pode permanecer seguro em sua própria apreensão dos interesses dos outros, mas deve abrir-se à apreensão aos questionamentos, modificação e confirmação dos demais – em suma, ao diálogo real”.²²³ Mas ao contrário do que pretende Skirbekk, os elementos consensual e participativo não precisam resultar prejudicados.

A reformulação que Habermas empreendeu quanto à distinção entre (D) e (U) motivou também uma crítica que exagera a reformulação de (D). Para Kettner²²⁴, após FG é possível distinguir entre um velho e um novo (D). A diferença consiste que Habermas a um só tempo abranda as limitações ao discurso racional e diversifica sua esfera de competências, agora abrangendo também discursos de aplicação, e discursos de fundamentação moral, ética e pragmática. No entanto, as duas formulações de (D) que Kettner pretende seja contrapostas não parecem sê-lo realmente.²²⁵ Mais importante que isso porém é o fato de que Kettner, conferindo ainda mais importância à ausência de uma formulação explícita de (U) em FG, parece pensar que (D) assume então as competências de princípio moral, uma vez que em sua interpretação ele torna-se o critério de “validade das normas”²²⁶. No entanto, afirmar que a validade de normas (de qualquer tipo) precisa apoiar-se na aceitação dos concernidos não é o mesmo que afirmar que as normas são válidas quando contam com a aceitação. (D) ressalta uma necessidade pós-metafísica das normas mas não explicita ainda um critério moral. A discursividade é uma condição de saída, e não uma condição suficiente de legitimidade para normas morais. Kettner, após introduzir competências imediatamente morais em (D), pode então “desmascarar” o uso inflacionado que faz das razões morais e questionar por que deveríamos reconhecer que uma norma merece validade sob o critério de que todos possam aceitá-la segundo razões de ordem pragmática, ética ou

²²³ “each cannot rest secure in his or her own apprehension of the other’s interests, but must open that apprehension to the other’s questioning, modification, and confirmation – in short, to real dialogue.” REHG, William. *Insight and Solidarity*, p. 73

²²⁴ KETTNER, Mathias. *The Disappearance of Discourse Ethics in Habermas’s Between Facts and Norms*.

²²⁵ A versão antiga de (D): “apenas podem pretender ser validas as normas que contam (ou poderiam contar) com a aprovação de todos os afetados em sua capacidade enquanto participantes de discursos praticos.” “Only those norms can claim to be valid that meet (or could meet) with the approval of all affected in their capacity as participants in a practical discourse.” A nova versão: “normas de ação são válidas se e somente se todos as pessoas possivelmente afetadas puderem concordar com elas enquanto participantes em discursos racionais.” “Action norms are valid if and only if all possibly affected people could assent to them as participants in rational discourses”. Cf. KETTNER, Mathias. *The Disappearance of Discourse Ethics in Habermas’s Between Facts and Norms*, ps. 203, 204. Ambas destacam igualmente a exigência de que as normas, para que sejam válidas: (1) sejam aceitas por todos os possíveis afetados (2) enquanto participantes de discursos práticos.

²²⁶ KETTNER, Mathias. *The Disappearance of Discourse Ethics in Habermas’s Between Facts and Norms*, p. 204.

moral.²²⁷ Ora, é justamente porque (D) não é um critério de validade moral que isto não ocorre. Apenas porque esta diferença é ignorada é que Kettner pode observar que ou desapareceu o potencial de crítica social da ética discursiva ou o esquema teórico encontra-se gravemente incompleto. De certo modo Kettner está correto: há grave incompletude do argumento se (U) desaparece, como ocorre em sua interpretação. Porém trata-se de incompletude aparente, já que Habermas mantém a dualidade de princípios, como foi possível perceber, mesmo em textos anteriores. Kettner erra o ponto da crítica numa questão essencial: não é (D) mas sim (U) que foi reformulado por Habermas a partir dos textos da década de 1990.

2.4 Princípio da Democracia (De).

Agora é possível passar ao princípio com o qual Habermas pretende fundamentar a legitimidade do direito positivo, o (De), e os problemas que surgem neste percurso. Uma primeira objeção, que tem sido levantada por Apel, diz respeito à necessidade de fornecer um princípio de justificação para o direito que não esteja submetido ao princípio moral.²²⁸ De fato, Habermas pretende que (D) seja “neutro” em relação aos princípios da moral e do direito.²²⁹ O que parece conferir plausibilidade à crítica de Apel é que se é possível justificar racionalmente a validade de normas morais por que motivo deveria ser necessário algum outro princípio para fundamentar normas que dizem respeito a direitos à vida, à liberdade de expressão etc. e que cuja presença no direito positivo poderia ser considerada a condição de legitimidade do direito como um todo? Um primeiro passo para responder a uma objeção como esta é ressaltar que ao oferecer princípios diferentes para a justificação da moral e do direito Habermas não pretende que as normas jurídicas estejam agora isentas de avaliação moral. Pelo contrário, (U) é um princípio que pretende autoridade para julgar todos os tipos de normas, inclusive normas jurídicas. A idéia é explicar a legitimidade do direito sem depender diretamente da submissão à moral, muito embora os discursos de justificação do direito dependam parcialmente de argumentos morais. Habermas pretende explicar como é possível a legitimidade a partir da legalidade e esta explicação certamente conta

²²⁷ KETTNER, Mathias. **The Disappearance of Discourse Ethics in Habermas's *Between Facts and Norms***, p. 207.

²²⁸ APEL, Karl-Otto. *Dissolução da Ética do Discurso?* In MOREIRA, Luiz (org.) **Com Habermas, Contra Habermas**. 201-321

²²⁹ TrFG, I, p. 142. Neste sentido ele alterou sua tese apresentada em 1986 nas Tanner Lectures. Cf. *Direito e Moral*, in TrFG II pp. 193-247.

com argumentos morais. Mas ele quer também evitar uma dedução do direito positivo legítimo a partir de um conjunto de normas morais cuja validade é anterior a todo e qualquer direito positivo: “O direito não consegue seu sentido normativo pleno *per se* através de sua forma, ou através de um conteúdo moral dado a priori, mas através de um procedimento que instaura o direito, gerando legitimidade.”²³⁰ Ora, mas como poderia isso não parecer contraditório? Em que medida é possível ressaltar a importância de argumentos morais para justificar o direito e ao mesmo tempo afirmar que o princípio moral é paralelo ao princípio que legitima o direito?

A melhor forma de explicar esta idéia não é percorrer um caminho “de cima para baixo”, “demonstrando” como é possível passar de (D) para (De). Deve-se inverter a perspectiva: passar das condições políticas (comunicativas) de criação legítima do direito em direção a (De) e (D). Se este percurso for adotado será possível perceber que a formulação de (De) é plenamente coerente com duas intenções declaradas no prefácio de FG: em primeiro lugar o estado democrático de direito só pode sobreviver com democracia radical, e em segundo é necessário reunificar as idéias de direito natural (reconstruindo sua versão “racional”, isto é, Kant e Rousseau especialmente) e revolução.²³¹ Assim a legitimidade do direito deve ser compreendida a partir das qualidades comunicativas de sua gênese política. (De) é apenas a expressão formal da idéia de democracia deliberativa: é um princípio da democracia que pressupõe que disputas sobre normas de ação em geral podem ser resolvidas discursivamente.

Este receio de Habermas em incorrer numa espécie de submissão da fundamentação jurídica à moral racional, manifesto em FG, é coerente com as tarefas modestas que ele próprio havia reclamado para a filosofia, como foi exposto no capítulo anterior. Em 1986, numa resposta a objeções à Teoria da Ação Comunicativa, afirmou: “nunca cedi à ambição inconveniente de desenvolver, a partir do princípio do discurso, algo como uma teoria política de caráter normativo.”²³² Seguramente esta pretensão é

²³⁰ TrFG, I, p. 172.

²³¹ No prefácio a FG Habermas recorda a crítica que, décadas antes, dirigira a Marx: ele “desacreditó tan eficazmente para el marxismo, por médio de la crítica ideológica el Estado de derecho burgués, la idea de la legalidade misma, y, por mdio de la disolución sociológica de la base de los derechos naturales, la intención del derecho natural como tal, que, desde entonces, se soltó la pinza que mantenía juntos derecho natural y revolución. Los partidos de una guerra civil internacionalizada dividieron el legado de un modo fatalmente unívoco: una parte recibió la herencia de la revolución, la otra, la ideología del derecho natural.” HABERMAS, Jürgen. **Teoria y Praxis: estudios de filosofía social**. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 1997, p.116.

²³² HABERMAS, Jürgen. Entgegnung, in Axel Honneth e Hans Joas (orgs.), *Kommunikatives Handeln*. Frankfurt: Suhrkamp, 1986, p. 391, *apud* ROCHLITZ, Rainer. *Filosofia Política e Sociologia em*

compatível com sua rejeição em deduzir o princípio que justifica o direito diretamente do princípio moral, especialmente se recordarmos que, naquele momento, Habermas não havia diferenciado suficientemente (D) e (U). Porém, embora tal “pretensão” seja coerente, será ela também verdadeira? Que outro sentido possuiria o empreendimento da teoria discursiva do direito senão ser ele uma aplicação de (D) às questões de fundamentação do direito e da política democrática? Dúvidas como esta levam Rochlitz a afirmar que “qualquer que seja a interpretação que se dê a essa afirmação, não se pode negar que *Direito e Democracia* [FG] é realmente uma tentativa desse tipo de desenvolvimento.”²³³ E isto parece ser verdadeiro especialmente se considerarmos o sentido literal da afirmação de que (De) é uma especialização de (D). Aqui deveria ser possível estabelecer uma distinção entre dois tipos de empreendimento, para que a afirmação de Habermas permaneça fazendo sentido: uma coisa é aplicar o arsenal teórico da teoria discursiva ao direito, tentando assim explicar a pretensão de legitimidade das ordens jurídicas a partir das condições de sua gênese comunicativa, e este é inegavelmente o sentido de seu trabalho. Outra coisa porém seria utilizar os princípios da ética discursiva para fornecer conteúdos imediatamente válidos para uma ação política concreta. Sob esta segunda perspectiva a afirmação de Habermas sobre suas próprias pretensões teóricas, ao contrário do que afirma Rochlitz, segue sendo válida, já que mesmo (De) não produz conteúdos políticos mas apenas explica o sentido performativo de determinada prática política dos cidadãos. De fato ainda em FG Habermas permanece afirmando, acerca de seu projeto, que:

Uma aplicação imediata da ética do discurso ou de um conceito insuficientemente esclarecido de discurso ao processo democrático leva a absurdos; estes oferecem pretextos aos céticos para desacreditar *a limine* uma teoria do direito e da política apoiada no princípio do discurso.²³⁴

No entanto também neste ponto da obra de Habermas segue existindo o dilema consistente na necessidade de “reverter passo a passo as idealizações fortes com as quais o conceito de ação comunicativa foi construído” o que deve ser feito “sem sacrificar as perspectivas teóricas para a análise da coordenação de interações.”²³⁵ Seguramente esta não é uma tarefa fácil, em parte devido ao fato de que o percurso acadêmico de Habermas é bastante longo, tendo originado discussões, críticas e

Habermas, in ROCHLITZ, Rainer (org.) **Habermas: o uso público da razão**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, pp. 137-168, p. 138.

²³³ ROCHLITZ, Rainer. Filosofia Política e Sociologia em Habermas, in ROCHLITZ, Rainer (org.) **Habermas: o uso público da razão**, p. 138.

²³⁴ TrFG, I, p. 198.

²³⁵ Habermas TAC I, p.

recepções nas mais variadas áreas de pesquisa, desenvolvendo um tratamento das questões teóricas num nível de abstração bastante elevado.²³⁶

2.5. Um “republicanismo kantiano”: a política deliberativa.

Habermas utiliza a expressão “republicanismo kantiano” para designar seu projeto de fornecer um conceito normativo de política capaz de superar simultaneamente teorias políticas que ele denomina “liberais” e “republicanas”, preservando suas virtudes e corrigindo seus vícios. Este conceito é o de “política deliberativa”, desenvolvido como uma extensão ao âmbito da política da espécie de ação comunicativa. E neste sentido é possível concordar com Michael Walzer quando afirma que a “democracia deliberativa é a versão norte-americana das teorias alemãs sobre ação comunicativa e discurso ideal”²³⁷. Como foi afirmado no item anterior, a intenção aqui é realizar um percurso teórico que parte do conceito de política deliberativa – “comunicativa” – e alcança o princípio de fundamentação discursiva do direito.

Na teoria jurídica e política de Habermas a distinção entre a política “republicana” e a “liberal” ocupa um papel central similar à distinção entre “mundo-da-vida” e “sistema” em sua sociologia. O modo como Habermas apresenta a oposição possui um valor heurístico muito maior que o valor descritivo que supostamente possa apresentar. Isso ocorre porque Habermas estiliza ambos os conceitos de modo a realçar os equívocos que busca evitar e as virtudes a serem preservadas com seu conceito de política deliberativa. Muito embora o próprio Habermas às vezes argumente como se suas descrições destes conceitos realmente expressassem corretamente os termos do debate, é difícil não suspeitar que incorra aqui em alguns exageros (isso torna-se visível utiliza os termos “republicano” e “comunitarista” como sinônimos, o que seguramente é

²³⁶ No entanto, mesmo um leitor simpático à sua obra, como Kenneth Baynes, aponta também outra espécie de obstáculo: “devido ao caráter frequentemente metafórico de suas expressões (como as referências à «colonização», “Given the frequent metaphoric character of his discussion (see, e.g., the references to «colonization», «sieges», and «sluices»), it is not clear what specific proposals for mediating between weak and strong publics would follow from his model.” BAYNES, Kenneth. *Deliberative Democracy and the limits of Liberalism*, in BAYNES, Kenneth. SCHOMBERG, René von. **Discourse and Democracy: essays on Habermas’s Between Facts and Norms**, pp. 15-30, p. 19.

²³⁷ “Deliberative democracy is the American version of German theories of communicative action and ideal speech” WALZER, Michael. **Politics and Passion: toward a more egalitarian liberalism**. New Haven: YUP, 2004, p. 90.

algo no mínimo bastante contestável²³⁸). De todo modo, neste trabalho não se pretende adotar as críticas de Habermas aos “modelos” republicano e liberal, até porque é consideravelmente ampla a variedade de teses e perspectivas dos autores que de algum modo reivindicam uma vinculação a um ou outro destes modelos: “não uma abordagem unívoca que possa ser descrita como republicana”²³⁹, e o mesmo pode ser afirmado para as demais tradições do pensamento político. Os argumentos de Habermas possuem uma utilidade na medida em que revelam aspectos positivos e negativos no debate político, ainda que nem sempre seja valioso como descrição das posições teóricas dos autores. Ora, se Habermas demonstra ser rejeitável o “estreitamento ético” dos discursos políticos essa crítica pode ser válida ainda que sejam mantidas reservas quando à sua afirmação de que tal equívoco é passível de ser encontrado em Frank Michelman, por exemplo.

Além disso esta distinção aparece em Habermas de duas formas diferentes. Enquanto o pólo “republicano” da distinção permanece relativamente inalterado (podendo em geral ser exemplificado ao menos por algumas teses dos trabalhos de Frank Michelman, Michael Perry e Hannah Arendt), o pólo “liberal” é apresentado sob duas formulações bastante distintas, em muitos aspectos contraditórias, dependendo da espécie de argumentos que Habermas pretende construir. Para apresentar o conceito de “política deliberativa” utiliza um conceito de “liberalismo” que remonta às teorias “pluralistas” da democracia, cujos exemplos podem ser tomados de Robert Dahl²⁴⁰ e John Hart Ely²⁴¹, e neste sentido precisa excluir desta acepção liberais como John Rawls e Ronald Dworkin. Estes por sua vez representam a acepção de liberalismo “no generoso sentido americano”²⁴² de defesa de direitos de minorias étnicas, promoção de justiça social etc²⁴³. uma versão que é utilizada por Habermas como contraponto ao

²³⁸ HABERMAS, J. **La Inclusión del Otro: estudios de teoría política**, p. 238.

²³⁹ “there is no unitary approach that can be described as republican” SUNSTEIN, Cass. **Beyond the Republican Revival**. The Yale Law Journal, vol. 97, p. 1547

²⁴⁰ Ao menos para sua obra de 1956. Cf. DAHL, Robert. **A preface to democratic theory: How does popular sovereignty function in America?** Chicago: UCP, 1956.

²⁴¹ Cf. ELY, Jon Hart. **Democracy and Distrust**.

²⁴² SENNETT, Richard. **A Corrosão do Caráter: conseqüências pessoais do trabalho no novo capitalismo**. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 28.

²⁴³ Neste sentido, o “liberal” anglo-saxão da espécie compreendida por Rawls e Dworkin assemelha-se em alguns pontos importantes a certas acepções do “social-democrata” continental europeu, o que certamente não impede sejam percebidas diferenças fundamentais. Uma descrição que Dworkin fornece das posições políticas típicas permite perceber a questão: os que se vinculam a uma versão clássica do liberalismo a favor “de maior igualdade econômica, do internacionalismo e da liberdade de expressão e contrários à censura, a favor de maior igualdade entre as raças e contra a segregação, a favor de uma nítida separação entre a Igreja e o Estado, de maior proteção processual aos criminosos acusados, da descriminalização dos delitos «morais», particularmente de delitos ligados às drogas e delitos sexuais

republicanismo cívico quando a intenção é afirmar a relação co-originária entre direitos humanos e soberania popular, ponto central da explicação sobre a gênese de seu “sistema de direitos”. Como os conceitos de “política deliberativa e “sistema de direitos” estão extremamente ligados ao de (De) é necessário muito cuidado para separar tais distinções.

Para apresentar o conceito de política deliberativa Habermas apóia-se extensamente nas teses de Cass Sunstein sobre o “liberal republicanism”, um conceito de política que evita unilateralidades presentes nas interpretações correntes das respectivas concepções liberal e republicana: ao invés de inevitavelmente antagônicas comportariam uma abordagem complementar, a qual inclusive estaria presente no pensamento dos “pais fundadores” da Constituição norte-americana.²⁴⁴ Em Sunstein Habermas encontra “uma imagem realista, porém superficial, da política legislativa”²⁴⁵: trata-se portanto de “reconstruir” a idéia, fornecendo-lhe melhores fundamentos. Se utilizarmos versões fortemente estilizadas do liberalismo e republicanismo, é possível compreender a política deliberativa como um conceito de política que apresenta pretensões normativas mais forte que o liberalismo porém mais fracas que o republicanismo.²⁴⁶ E sobre ela é possível afirmar o mesmo que Sunstein afirma acerca da idéia de “liberal republicanism”: “a idéia central aqui é que a política possui dimensões transformativas ou deliberativas.”²⁴⁷ Nesta interpretação o modelo liberal é celebrado pelo “realismo” com que descreve o aspecto instrumental do processo político em sociedades modernas como uma luta entre sujeitos que atuam estrategicamente por posições de poder, sem criar expectativas demasiadamente normativas, ao passo que a debilidade consiste no fato de reduzir o processo político ao modelo da competição de mercado por bens escassos, o que a torna incapaz de justificar normativamente a legitimidade de constituições que estabelecem o próprio procedimento democrático. Já o modelo republicano apresenta como principal virtude a ser preservada sua insistência no caráter dialógico da formação comunicativa da opinião e vontade políticas, um

consensuais envolvendo apenas adultos, e a favor do uso enérgico do poder governamental central para a obtenção de todos esses objetivos.” DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**, p. 269. É por isso que um marxista como Gerald Cohen lamenta que Rawls e Dworkin auto-denominem-se liberais, pela suposta confusão conceitual que isso poderia acarretar. Cf. COHEN, Gerald A. **Self-Ownership, Freedom and Equality**. Cambridge: CUP, 1995, p.116, nota 1.

²⁴⁴ SUNSTEIN, Cass. **Beyond the Republican Revival**. The Yale Law Journal, vol. 97

²⁴⁵ TrFG I, p. 353.

²⁴⁶ HABERMAS, J. La Inclusión del Otro, p. 241. Para o que se segue, TrFG I, pp. , HABERMAS, J. **La Inclusion del Otro**, pp. 241 e ss.

²⁴⁷ “the central idea here is that politics has a deliberative or transformative dimensions.” SUNSTEIN, Cass. **Beyond the Republican Revival**. The Yale Law Journal, vol. 97

sentido “democrático-radical de uma auto-organização da sociedade mediante cidadãos unidos de maneira comunicativa”²⁴⁸, e como aspecto a ser abandonado seu excessivo idealismo

que faz depender o processo democrático das virtudes dos cidadãos orientados ao bem comum. La política empero no consiste solo, y menos aún en primer lugar, en cuestiones referentes a la autocomprensión ética. El error radica, pues, en el estrechamiento ético al que son sometidos los discursos políticos.²⁴⁹

Habermas aponta duas críticas que ao menos em tese poderiam estar separadas: o republicanismo (i) é demasiadamente idealista e (ii) reduz os discursos políticos à auto-compreensão ético-política. A princípio tal crítica deveria poder ser apresentada de modo tal que não fosse inevitável que ambas as coisas devessem sempre ocorrer simultaneamente, no entanto Habermas vincula a deficiência por “idealismo” ao “estreitamento ético dos discursos”, numa crítica similar à que dirige à hermenêutica filosófica. Neste trabalho evitar-se-á ao máximo avaliar a correção da crítica (ii), muito embora sejam fortes as suspeitas de que contenha algum exagero. O fato mesmo de que a crítica “i” resulte da excessiva expectativa quanto às virtudes dialógicas, comunicativas, da política deveria servir para matizar a objeção “ii”. Seguramente existem fartos exemplos na tradição do pensamento republicano que vinculam a demasiada idealização das virtudes cívicas (i) com o conservadorismo político consistente em preservar estruturas sociais tradicionais do mudo da vida que o diálogo discursivo deveria exatamente dissolver ou ao menos enfraquecer (ii).²⁵⁰ Além de

²⁴⁸ HABERMAS, J. *La Inclusión del Otro*, p. 238

²⁴⁹ HABERMAS, J. *La Inclusión del Otro*, p. 238

²⁵⁰ “(...) muito na tradição do pensamento republicano possui poucos motivos para ser celebrado. Várias estratégias de exclusão – dos não proprietários, negros e mulheres – foram construídas na tradição republicana. A crença republicana na deliberação sobre o bem comum esteve intimamente vinculada a estas práticas de exclusão; elas não podem ser facilmente separáveis. Em muitas dessas manifestações a tradição republicana tem sido bastante militarista e mesmo “heróica” – exaltando, como modelo de vida pública, a fraternidade dos soldados durante o tempo de guerra. Igualmente importante, a crença republicana na subordinação dos interesses privados ao bem público carrega o risco de tirania e mesmo misticismo. A crença é também ofensiva àqueles que rejeitam a existência de um bem público unívoco, e que enfatizam que concepções de bem são plurais, e dependem da perspectiva e do poder.” “(...) much in traditional republican thought gives little cause for celebration. Various strategies of exclusion – of the nonpropertied, blacks, and women – were built into the republican tradition. The republican belief in deliberation about the common good was closely tied to these practices of exclusion; it cannot be neatly separated from them. In some of these manifestations, moreover, the republican tradition has been highly militaristic, indeed heroic – exalting, as the model for public life, the fraternity of soldiers during wartime. Equally important, the republican belief in the subordination of private interests to the public good carries a risk of tyranny and even mysticism. The belief is also threatening to those who reject the existence of a unitary public good, and who emphasize that conceptions of the good are plural, and dependent on perspective and power.” SUNSTEIN, Cass. *Beyond the Republican Revival*, p. 1539-40. Assim é possível traçar, na tradição do pensamento republicano, uma distinção entre linhagens progressistas ou “contestadoras”, para a qual é importante “assegurar, a todos, o poder de participação” de modo a combater o risco de formação de grupos políticos oligárquicos no governo, e elitistas, para quem

moralmente rejeitáveis, estes aspectos da tradição republicana são certamente indefensáveis – ao menos por inviáveis – em sociedades “pós-metafísicas”, nas quais as estruturas do mundo-da-vida já foram atingidas por processos de racionalização reflexiva. Tratar-se-ia de rejeitar uma acepção de republicanismo cívico segundo a qual o diálogo político virtuoso consistiria em revelar o consenso ético já existente nas estruturas do mundo vivido. Isso é tão mais digno de nota na medida em que Habermas, ao identificar os aspectos positivos que pretende extrair do republicanismo cívico, identifica as virtudes cívicas com a participação ativa nos assuntos públicos, com o diálogo potencialmente inclusivo de cidadãos sobre temas comuns, um diálogo através do qual constituem um mundo comum (político) que de outro modo permaneceria inexistente, o que ele chama de “modelo dialógico” (e que Michelman, seguindo Robert Cover, denomina “política jurisgenerativa”²⁵¹)

De todo modo, estilizando os modelos Liberal e Republicano, Habermas pensa ser possível apresentar aquilo que deve ser preservado e rejeitado no pensamento político moderno, separando as perspectivas de acordo com alguns critérios. Grosso modo é possível afirmar que as virtudes republicanas seguem o modelo da ação comunicativa, o liberalismo o modelo da ação estratégica e a política deliberativa um modelo que compatibiliza ação comunicativa e estratégica.

(a) natureza do processo político: para os republicanos (ao estilo de Michelman e Hannah Arendt) trata-se de uma estrutura de comunicação pública orientada ao entendimento que assegura a “formação da vontade política de caráter horizontal, orientada ao entendimento ou ao consenso alcançado comunicativamente”²⁵². Seu modelo é o diálogo no qual a única coerção admissível é a do melhor argumento, “a opinião sobre a qual muitos se puseram de acordo”²⁵³. Nos termos da política jurisgenerativa de Michelman:

A idéia republicana de jurisprudência política pressupõe (no que pode ser chamado de um momento transcendental do pensamento constitucional republicano) um repertório de material normativamente efetivo – publicamente

as condições de participação política são restringidas de modo combater o risco de que “a multidão” ocupe o espaço político. Cf. BERTEN, André. *Republicanism e Motivação Política* in MERLE, Jean-Christophe Merle; MOREIRA, Luiz. **Direito e Legitimidade**. Belo Horizonte: Landy, 2003, pp.21-36, esp. 26 e ss.

²⁵¹ MICHELMAN, Frank. **Law’s Republic**,

²⁵² HABERMAS, J. La Inclusión del Otro, p. 232.

²⁵³ Cf. ARENDT, Hannah. **Da Revolução**. HABERMAS, Jürgen. O Conceito de Poder em Hannah Arendt, in FREITAG, Barbara. ROUANET, Sérgio Paulo. **Habermas**, 3ª ed. São Paulo: Ática, 1993, (100-118).

reconhecível, recordado persuasivamente e contestável – é sempre já disponível.²⁵⁴

Nada mais natural que Michelman, como ele próprio ressalta²⁵⁵, houvesse apontado similitudes com o modelo da razão comunicativa de Habermas tal como originariamente fora interpretado por Benhabib. E é por isso que suas respostas às críticas de Habermas são tratadas por ele, Michelman, como uma “briga de família”.²⁵⁶ A política é descrita como um meio através do qual os cidadãos assumem reflexiva e publicamente sua dependência recíproca: reconhecem e dispõem-se a configurar conscientemente aspectos das relações intersubjetivas nas quais estão imersos e das quais são simultaneamente “autores” e “resultado”. Já o liberalismo adota para o processo democrático o modelo estratégico da competição de mercado. Os cidadãos e partidos na disputa política agem estrategicamente como competidores por bens escassos disponíveis no mercado, sendo que aqui a mercadoria fundamental em questão é o poder político da administração pública. A política é descrita como uma luta por posições para programar o Estado no interesse da sociedade, e esta como uma instância descentralizada segundo os padrões de mercado. Segundo Anthony Downs:

(...) os partidos na política democrática são análogos aos empresários numa economia que busque o lucro. De modo a atingir seus fins privados, eles formulam as políticas que acreditam que lhes trarão mais votos, assim como os empresários produzem os produtos que acreditam que lhes trarão mais lucros pela mesma razão.²⁵⁷

(b) conceito de cidadão. O modelo republicano ressalta as liberdades positivas as quais garantem a participação na prática comum jurisgenerativa. É através dela que os cidadãos podem tornar-se “sujeitos politicamente responsáveis de uma comunidade de livres e iguais”. É o exercício comunicativo dos direitos de cidadania que produz o poder democrático do Estado, de modo que a razão de ser deste é proteger o processo inclusivo de formação da opinião e da vontade comum. Já o modelo liberal define o papel do cidadão segundo o modelo das liberdades subjetivas negativas que estes devem possuir frente ao Estado e aos demais cidadãos, os quais gozam da proteção estatal necessária para que possam estar liberados para a busca de interesses privados.

²⁵⁴ “The republican idea of political jurisgenesis thus presupposes (in what might be called a transcendental moment of republican constitutional thought) that such a fund of normatively effective material – publicly cognizable, persuasively recollectible and contestable – is always already available.” MICHELMAN, Frank. **Law’s Republic**, p. 1514

²⁵⁵ MICHELMAN, Frank. **Law’s Republic**, p. 1502, nota 30.

²⁵⁶ MICHELMAN, Frank. Family Quarrel.

²⁵⁷ DOWNS, Anthony. **Uma Teoria Econômica da Democracia**. São Paulo: Edusp, 1999, p. 313.

(c) O conceito de Direito. Na interpretação republicana o Direito objetivo, que garante a integridade de uma forma de vida intersubjetivamente compartilhada, detém a primazia sobre os direitos subjetivos conferidos aos cidadãos, na medida que os estabelece, justifica e protege coercitivamente. Já para a interpretação liberal os direitos subjetivos, moldados para indivíduos que competem entre si no mercado, antecedem e justificam a ordem jurídica objetiva.

(d) Por ultimo, as condições processuais que permitem supor serem legítimas as decisões das instituições políticas especializadas. Na interpretação republicana é ressaltada a capacidade transformadora que possuem os discursos políticos, capazes de tematizar os valores éticos e interesses pré-políticos de modo a “filtrá-los” segundo critérios racionais. Seguindo o conceito de política jurisgenerativa de Michelman:

a political process can validate a societal norm as self-given law only if (i) participation in the process results in some shift or adjustment in relevant understandings on the parts of some (or all) participants, and (ii) there exists a set of prescriptive social and procedural conditions such that one’s undergoing, under those conditions, such a dialogic modulation of one’s understandings is not considered or experienced as coercive, or invasive, or otherwise a violation of one’s identity or freedom, and (iii) those conditions actually prevailed in the process supposed to be jurisgenerative.²⁵⁸

Por sua vez, a descrição liberal do processo político interpreta tais condições como aquelas segundo as quais interesses pré-políticos devem poder ser agregados livremente, sempre segundo o modelo da ação estratégica dos atores que concorrem no mercado. O quadro seguinte apresenta de modo sucinto a oposição estilizada na qual Habermas apoia seu conceito de “política deliberativa”:

Modelo	Liberal	Republicano
Ação	Estratégica	Comunicativa
Natureza do processo político	Mercado. “Market place of ideas”	Diálogo. Política jurisgenerativa
Conceito de cidadão	Liberdade negativa.	Liberdade positiva, <i>vita activa</i> .
Conceito de Direito	Precedência dos direitos subjetivos	Precedência do Direito Objetivo.
Condições processuais de legitimidade	Processo capaz de agregar interesses pré-políticos	Processo capaz de transformar dialogicamente perspectivas.
Vínculo com a filosofia do sujeito	Sociedade centrada no mercado	Sociedade centrada no Estado

O primeiro e o último item da tabela acima permitem compreender aquilo que Habermas pretender preservar e o que pretende rejeitar na oposição que ele próprio estiliza: trata-se de construir um modelo de “dois níveis”, apoiado sobre os modelos de

²⁵⁸ MICHELMAN, Frank. *Law’s Republic*, p. 1526-7

ação comunicativa e estratégica, mas que rejeita o paradigma da filosofia do sujeito, recusando-se portanto a atribuir à política um local privilegiado. Quanto a este segundo aspecto a teoria do discurso desenvolve seu conceito de política a partir da “intersubjetividade de ordem superior”²⁵⁹ dos procedimentos de entendimento que ocorrem em fóruns não especializados, na rede de espaços da sociedade civil, nas instituições parlamentares etc. Não há aqui um macro sujeito, seja ele o Estado ou o Mercado, capaz de corporificar esta espécie de comunicação. Já no que toca à pretensão de oferecer um modelo que compatibiliza os aspectos positivos dos dois pólos da distinção, Habermas parte de uma consideração que impõem-se tão mais correta quanto mais estilizada for a oposição: de um lado a suposição de que há um aspecto comunicativo na política é imprescindível para conferir legitimidade racional às decisões que resultam do processo legislativo, mas de outro lado a política – tal como realmente ocorre neste mundo a maior parte do tempo – parece ser o espaço onde atores individuais e coletivos disputam agindo de acordo com o modelo estratégico o poder de influenciar decisões que vinculam a todos. Mas afinal, são compatíveis as duas pretensões? Elas podem figurar lado a lado numa descrição correta do processo político? A pretensão de Habermas é que podem, e neste ponto ele desenvolve o conceito, apresentado por Sunstein, de “liberal republicanism”²⁶⁰, uma idéia que ele pretende encontrar já disponível nos textos dos pais fundadores da República norte-americana.

Habermas porém não é muito preciso ao apresentar o modo como ambos os conceitos de política podem ser compatibilizados. Na verdade deve-se perceber que não se trata de um simples “meio-termo” entre os dois pólos. Afinal, o conceito de política deliberativa desde o início rejeita a idéia de que os interesses pré-políticos possam ser adotados como um fundamento que justifique as decisões adotadas nos processos decisórios. Afinal, o sentido de que seja a política “deliberativa” consiste precisamente na insistência – já presente no viés não tradicionalista do republicanismo cívico – de que os debates em assembleias, nos parlamentos, partidos, clubes, sociedade civil em geral, efetivamente ocorram e tenham alguma importância prática, ainda que não ocorram o tempo inteiro. De todo modo a “compatibilização” pretendida parece funcionar do seguinte modo:

²⁵⁹ HABERMAS, J. *La Inclusión del Otro*, p. 242.

²⁶⁰ SUNSTEIN, Cass. *Beyond the Republican Revival*. IDEM *The Partial Constitution*.

(i) O núcleo da política deliberativa é fornecido pelo aspecto dialógico ressaltado pelo republicanismo cívico. Trata-se de aplicar o conceito de ação comunicativa ao âmbito político. O republicanismo deveria sofrer uma modificação importante: ao invés de discursos “ético-políticos” a política deliberativa comporta também outras espécies discursivas: o moral e o pragmático. Com a inclusão dos discursos morais no âmbito de competências da política deliberativa resulta uma espécie de vínculo com outra espécie de liberalismo, não o das teorias pluralistas da democracia, mas sim o das teorias morais de Rawls e Dworkin. Este ponto desenvolveremos a seguir. De todo modo, Habermas pretende que com isso seja evitada a demasiada vinculação da política deliberativa aos discursos de auto-compreensão ético política de uma comunidade concreta, os quais são parte importante do processo deliberativo, mas que não são capazes sozinhos de suportar as tarefas de justificação de ordens jurídicas em sociedades que já não dispõem de estruturas de pré-compreensão culturais imediatamente acessíveis a todos.²⁶¹

(ii) muito embora a política deliberativa rejeite a adoção de interesses pré-políticos como sendo capaz de justificar os resultados do processo político, ela confere um papel mais importante que o republicanismo aos acordos de interesses e pactos celebrados entre partidos que agem estrategicamente. Neste ponto esta tese encontra um importante suporte teórico em seu conceito de “ação comunicativa fraca”, desenvolvido no primeiro capítulo: para Habermas é um fato inegável que um conceito de política deve estar preparado para explicar suficientemente bem esta espécie de evento. E coerente com esta tese, Habermas destaca a importância que os pactos e acordos de interesses possuem para a legitimidade de ordens jurídicas. Na verdade, o modo como Habermas desenvolve o conceito jurídico de “compromisso” em FG precedeu historicamente o desenvolvimento do conceito correspondente de “ação comunicativa fraca”. Em todo caso, como será possível perceber mais adiante, os conceitos de “forma jurídica”, “poder administrativo” e “poder social” e a distinção entre direito e moral operam um

²⁶¹ Habermas identifica o risco de tal resultado ocorra em certos argumentos de Michelman: “A primeira exigência para qualquer explicação desta espécie é que ela faça sentido quanto à centralidade e constância, na prática constitucional norte-americana, de suas origens em atos públicos de criação deliberativa; tal recordação a um só tempo reflete profundamente e informa profundamente a compreensão norte-americana do que significa para um povo ser ao mesmo tempo auto-governado e estar submetido a leis.” “The first requirement for any such explanation is that it make sense of the centrality and constancy in American constitutional practice of the remembrance of its origins in public acts of deliberative creation; for that remembrance both deeply reflects and deeply informs American understanding of what it means for a people to be both self-governing and under law.” MICHELMAN, Frank. *Law’s Republic*, p. 1508

papel similar, e que consiste no momento positivo da acepção pluralista de liberalismo: a política é desonerada de expectativas morais e éticas demasiado altas.

A ambiguidade que Cass Sunstein encontra nos textos dos fundadores da República norte-americana revela problemas similares, e sua análise inspirou decididamente Habermas. Segundo Sunstein “a concepção que os «fundadores» possuíam da natureza humana sintetizava elementos do republicanismo clássico com seu adversário emergente, o pluralismo de interesses de grupos”²⁶² Segundo este enfoque, muito embora as instituições da república devessem estar moldadas para disputas políticas nas quais os atores (num número considerável de casos) atuariam segundo o modelo da ação estratégica, isso não tornava dispensável que, em alguma medida, a virtude cívica motivasse intervenções políticas. Mais, as próprias instituições deveriam ser moldadas para forçar a deliberação pública de modo tal que estimulasse os atores a uma mudança de enfoque, da ação estratégica à comunicativa:

Eu acredito neste grande princípio republicano, segundo o qual o povo possuirá virtude e inteligência para selecionar homens de virtude e sabedoria. Não há virtude entre nós? Se não há, nós estamos numa situação miserável. Nenhum mecanismo teórico, nenhuma forma de governo, podem nos fornecer segurança. Supor que alguma forma de governo irá assegurar a liberdade ou felicidade sem alguma virtude no povo é uma idéia quimérica.²⁶³

Habermas compartilha de uma convicção similar: “as instituições jurídicas da liberdade decompõem-se quando inexistem iniciativas de uma população acostumada à liberdade.”²⁶⁴ Esta é aliás a idéia que subjaz à metáfora da “dupla face de Jano” com a qual pretende explicar a legitimidade de um sistema jurídico que por um lado se pretende impositivo em virtude de seu potencial coercitivo mas que por outro lado oferece procedimentos que permitiram aos súditos obedecer por convicção na legitimidade discursiva. Para que as instituições do Estado Democrático de Direito sejam preservadas não basta um caprichoso trabalho de engenharia institucional para a produção de normas e decisões políticas em geral, são necessárias também a presença de “tradições libertárias” e de “condições associacionais de uma cultura política liberal” (aqui liberal no sentido de Rawls e Dworkin).

²⁶² “the framers’s conception of human nature synthesized elements of classical republicanism with its emerging interest-group competitor.” SUNSTEIN, Cass. **Beyond the Republican Revival**, p. 1561.

²⁶³ “I go on this great republican principle, that the people will have virtue and intelligence to select men of virtue and wisdom. Is there no virtue among us? If there be not, we are in a wretched situation. No theoretical checks, no form of government, can render us secure. To suppose that any form of government will secure liberty or happiness without any virtue in the people is a chimerical idea.” MADISON, James. In ELLIOT, J. *The Debates in the Several Conventions on the Adoption of the Federal Constitution*, (1888) pp. 536-37 APUD SUNSTEIN, Cass. **Beyond the Republican Revival**, p.1560-1.

²⁶⁴ TrFG I p. 168.

Para que o direito mantenha sua legitimidade, é necessário que os cidadãos troquem seu papel de sujeitos privados do direito e assumam a perspectiva de participantes em processos de entendimento que versam sobre as regras de sua convivência. Nesta medida, o Estado democrático de direito depende de motivos de uma população *acostumada* à liberdade (...) ²⁶⁵

Seguramente Habermas pensa em fenômenos como os ocorridos na Alemanha em 1933 e que levaram ao fim da República de Weimar. Uma consideração como está é, aliás, coerente com as teses filosóficas e sociológicas mais elementares de Habermas. Afinal, a teoria do discurso explica a ação comunicativa vinculando-a às condições de reprodução sócio-cultural e a formação das estruturas de personalidade individuais. A ação comunicativa possui um momento de indisponibilidade que torna sua ausência efetiva uma patologia social. Se é aceita a correção desta tese a consequência para a teoria do direito é que as liberdades comunicativas garantidas institucionalmente devem ser efetivamente assumidas performativamente pelos sujeitos do direito, sem o que não seria possível produzir a legitimidade a partir da legalidade. É por isso que o direito possui um “dupla face de Janus”: como as normas são imponíveis coercitivamente e moldadas para sujeitos que atuam estrategicamente ele permite aos indivíduos adotar exclusivamente a perspectiva do observador; mas se estas normas não fossem assumidas por sujeito algum, em momento algum, segundo a perspectiva do participante, agindo comunicativamente, a legitimidade não poderia ser produzida. Neste sentido, tanto Habermas quanto Madison deveriam rejeitar o dito de Kant, ao menos em sua acepção literal, segundo o qual “o problema do estabelecimento do Estado (...) tem solução, inclusive para um povo de demônios (contanto que tenham entendimento)” ²⁶⁶.

²⁶⁵ TrFG II p. 323. FG 678.

²⁶⁶ KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 1995, p.146. É necessário ressaltar que o que deveria ser necessariamente rejeitado é o sentido literal desta afirmação, especialmente se tivermos em mente uma interpretação de Hannah Arendt. O problema que Kant se coloca diz respeito à possibilidade de estabelecer Estados capazes de assegurar a liberdade mesmo que os homens possuam uma inevitável tendência ao egoísmo, e tal problema é por ele formulado do seguinte modo: como é possível “ordenar uma multidão de seres racionais que, para a sua conservação, exigem conjuntamente leis universais, às quais, porém, cada um é inclinado no seu interior a eximir-se, e estabelecer a sua constituição de um modo tal que estes, embora opondo-se uns aos outros nas suas disposições privadas, se contêm no entanto reciprocamente, de modo que o resultado da sua conduta pública é o mesmo que se não tivessem essas disposições más.” KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**, p. 147. Ora, o objetivo de Kant é rejeitar a opinião segundo a qual uma constituição “republicana” (do Estado de Direito) seria possível apenas num “Estado de anjos porque os homens, com suas tendências egoístas, não estão capacitados para uma constituição de tão sublime forma.” KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**, p. 146. O problema é que uma constituição da liberdade deve ser fruto da “vontade geral” mas esta, embora “fundada na razão” é “respeitada mas impotente na prática” devido às tendências egoístas dos homens. KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**, p. 147. Por isso é interessante a interpretação que Hannah Arendt realiza desta passagem, destacando a intenção de Kant de sublinhar a capacidade de boas instituições políticas possuírem para forçar comportamentos adequados a princípios razoáveis, ao invés de fazer depender a construção de “constituições republicanas” de cidadãos que julgam moralmente: “O que Kant disse é (...)”

“Demônios”, atores que agem exclusivamente segundo o modelo estratégico, guiados pela satisfação do interesse próprio e secretamente dispostos à fraude, certamente seriam capazes de elaborar textos constitucionais primorosos, contanto que possuíssem intelecto ou bons acessores: no entanto tal Constituição não conseguiria manter-se no tempo de modo estável e duradouro sem que as liberdades subjetivas fossem assumidas segundo o modelo comunicativo, e não apenas – nem principalmente – no interior dos parlamentos e demais órgãos da administração pública mas também por uma sociedade civil atuante. Este é, aliás, uma interpretação que permite compreender o sentido e tornar mais plausível uma afirmação que Habermas apresenta no prefácio de FG, e que segundo ele revela o objetivo maior de sua filosofia do direito: “numa época de política inteiramente secularizada, não se pode ter nem manter um Estado de direito sem democracia radical. A presente pesquisa pretende transformar esse pressentimento num saber explícito.”²⁶⁷ Ora, interpretada literalmente a afirmação é absurda por extremamente irreal: sobram exemplos de Estados democráticos de direito que, a despeito de incomensuráveis deficiências, foram “criados” e tem sido “mantidos” mesmo na ausência de uma manifesta e duradoura “democracia radical”, como no caso brasileiro pós-1988. Mais que isso: a menos que diluíssemos o conceito de “democracia radical” seria difícil apontar na história exemplos que pudessem suportar a afirmação. É por isso que mesmo um intérprete simpático ao seu projeto afirma que a exigência de democracia radical, levantada no prefácio de FG, termina por ser reformulada para adquirir um significado mais modesto: “poderia ser reformulado para estabelecer que no longo prazo um uso predominantemente estratégico dos direitos e procedimentos democráticos enfraqueceria a força social-integradora do Estado constitucional.”²⁶⁸. A

que um homem mau pode ser um bom cidadão em um bom Estado.” ARENDT, Hannah. **Lições sobre a Filosofia Política de Kant**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993, p. 25. De fato, para Kant a moralidade “não é a causa da boa constituição do Estado, antes pelo contrário, desta última é que se deve esperar, acima de tudo, a boa formação moral de um povo” KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**, p. 147. Nessa perspectiva, Kant não haveria utilizado a expressão “demônios” em seu sentido usual, mas sim para fazer referencia a sujeitos secretamente dispostos a eximir-se de juízos fundados no que Habermas denomina (U). Por outro lado, Kant pretende que seja possível superar esta fraqueza empírica da razão prática em virtude “apenas do mecanismo da natureza”, bastando para isso um bom desenho institucional capaz de forçar os homens a agirem voltados ao interesse público, e sob este aspecto há realmente uma incompatibilidade entre as teses de Habermas e Kant: para o primeiro, muito embora o direito não deva ser fundado moralmente, a existência de Estados democráticos de direito depende de que alguma parcela significativa dos cidadãos seja capaz de efetivamente orientar-se segundo a perspectiva de (U).

²⁶⁷ TrFG I, p. 13

²⁶⁸ “could be reformulated by stating that in the long run a dominant strategic use of democratic rights and procedures will undermine the social-integrative force of the constitutional state.” MUNNICH, Geert. Rational Politics? In SCHOMBERG, René Von; BAYNES, Kenneth (orgs). **Discourse and Democracy: essays on Habermas’s *Between Facts and Norms***, pp. 185-200, p. 189.

afirmação do prefácio no entanto torna-se mais plausível se a interpretarmos de modo a compatibilizá-la com as afirmações mais fundamentais da teoria habermasiana. Esta é portanto a idéia que subjaz à política deliberativa e ao conceito de “madisonian republicanism”, um republicanismo que “não é definitivamente anti-liberal; ele incorpora características centrais da tradição liberal.”²⁶⁹ Os seguintes princípios, adotados por Habermas, definem a idéia:

O primeiro princípio é **deliberação** na política, tornado possível por meio do que às vezes é descrito como “virtude cívica”. No processo deliberativo, interesses privados são *inputs* relevantes para a política; mas eles não são tomados equanto pré-políticos e exógenos e são de fato submetidos ao escrutínio crítico.

O segundo princípio é a **igualdade** os atores políticos, incorporada num desejo de eliminar disparidades agudas na participação política ou influências entre indivíduos ou grupos sociais. Igualdade econômica pode, embora não necessite, acompanhar igualdade política; neste sentido, como em outros, o processo político possui um grau de autonomia frente à esfera privada.

O terceiro princípio é o **universalismo**, exemplificado pela noção de um bem comum, e tornado possível por meio da “razão prática”. O compromisso republicano com o universalismo, ou acordo como ideal regulativo, toma a forma de uma crença na possibilidade de resolver ao menos algumas disputas normativas com respostas substancialmente corretas.

O quarto e último princípio é **cidadania**, manifestando-se em direitos de participação amplamente garantidos. Estes direitos devem permitir o controle de comportamento dos representantes e permitir uma oportunidade para exercitar e estimular certas virtudes políticas. Cidadania muitas vezes ocorre em esferas nominalmente privadas, mas sua importância primária é nos processos de governo.²⁷⁰ (grifamos)

Estes princípios expressam o núcleo do conceito de política deliberativa, e esta articula duas idéias fundamentais, segundo as quais a legitimidade do direito (I) depende de um modo específico de relação entre as formas de poder “social”, “administrativo” e “comunicativo” e (II) é essencialmente política e não apenas moral. As duas idéias expressam um quadro que explica como é possível a um só tempo

²⁶⁹ “is not antiliberal at all; it incorporates central features of the liberal tradition.” SUNSTEIN, Cass. **Beyond the Republican Revival**, p. 1541.

²⁷⁰ “The first principle is deliberation in politics, made possible by what is sometimes described as “civic virtue”. In deliberative process, private interests are relevant inputs into politics; but they are not taken as prepolitical and exogenous and are instead the object of critical scrutiny. The second principle is the equality of political actors, embodied in a desire to eliminate sharp disparities in political participation or influence among individuals or social groups. Economic equality may, but need not, accompany political equality; in this sense, as in others, the political process has a degree of autonomy from the private sphere. The third principle is universalism, exemplified by the notion of a common good, and made possible by “practical reason”. The republican commitment to universalism, or agreement as a regulative ideal, takes the form of a belief in the possibility of settling at least some normative disputes with substantively right answers. The fourth and final principle is citizenship, manifesting itself in broadly guaranteed rights of participation. Those rights are designed both to control representative behavior and to afford an opportunity to exercise and inculcate certain political virtues. Citizenship often occurs in nominally private spheres, but its primary importance is in governmental processes.” SUNSTEIN, Cass. **Beyond the Republican Revival**, p. 1541-2

justificar um conceito racional-discursivo de legitimidade e ao mesmo tempo não subordinar a legitimidade jurídica à moral.

(I) Para a teoria do discurso “a produção de um direito legítimo implica a mobilização das liberdades comunicativas dos cidadãos.”²⁷¹ Mais: “se o poder da administração do Estado, constituído conforme o direito, não estiver apoiado num poder comunicativo normatizador, a fonte da justiça, da qual o direito extrai sua legitimidade, secará.”²⁷² Este conceito de poder comunicativo Habermas pensa poder desenvolvê-lo a partir do conceito de poder em Hannah Arendt, o qual expressa o elemento eminentemente discursivo a ser preservado na política, a fonte de legitimidade do Estado democrático de Direito. Já os conceitos de poder administrativo e social são definidos em termos que claramente remontam a Max Weber. Como é recorrente em sua obra, Habermas articula seus próprios conceitos em oposição aos de outros autores, os quais ele pretende tenham incorrido em unilateralidades a despeito das virtudes que apresentam. E mais uma vez, trata-se de conjugar conceitualmente aspectos “comunicativos” e “estratégicos”.

Os conceitos de poder administrativo e social são definidos de acordo com o modelo da ação estratégica: “Eu emprego a expressão «poder social» como medida para a possibilidade de um ator impor interesses próprios em relações sociais, mesmo contra as resistências de outros.”²⁷³ Como ocorre com o conceito de poder em Weber, também o poder social é um conceito “sociologicamente amorfo”, pois “todas las cualidades imaginables de un hombre y toda suerte de constelaciones posibles pueden colocar a alguien en la posición de imponer su voluntad en una situación dada.”²⁷⁴ Assim o elemento característico do conceito é o sucesso com que os atores conseguem impor os seus interesses: estudantes que, mediante prolongadas manifestações públicas, passeatas etc. tem suas reivindicações atendidas quanto ao valor de determinada tarifa de serviço público; latifundiários que obtém, mediante decisões liminarmente proferidas pelo poder judiciário, a suspensão das desapropriações de seus imóveis pelo poder público; empresas concessionárias de serviços públicos que obtém a prorrogação ilegal de seus contratos graças a influências pessoais na administração pública. Líderes estudantis que impedem um aumento de tarifa, banqueiros que cometem fraudes contra o sistema

²⁷¹ TrFG I, p. 185.

²⁷² TrFG I, p. 186.

²⁷³ TrFG I, p. 219. Max Weber fornece uma definição em sentido idêntico: “poder significa la probabilidad de imponer la propia voluntad dentro de una relacion social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad” WEBER, Max. **Economia y Sociedad**, p. 43.

²⁷⁴ WEBER, Max. **Economia y Sociedad**, p. 43

financeiro, todos possuem algum tipo de poder social: eficácia e interesses são as idéias centrais. Já nestes exemplos é possível perceber também o conceito de poder administrativo: trata-se de restringir o conceito anterior ao âmbito do poder Estatal: é o poder de que dispõe o sistema administrativo para impor suas decisões numa determinada situação, ainda que mediante a coação física. Comum a ambos os conceitos é seu caráter instrumental, já que a existência do poder é confirmada pelo sucesso com que interesses ou decisões são impostas. A diferença relevante é que agora as decisões tomadas pelo sistema administrativo, independentemente de sua eficácia, levantam uma pretensão de cogência, a qual é estranha ao conceito de poder social. Decisões estatais são vinculantes para todos, ainda pouco eficazes. Nos exemplos citados é possível perceber ligações entre o poder social e o poder administrativo, o modo como o poder social “transforma-se” em poder administrativo: tanto no caso dos estudantes quanto no da fraude ao sistema financeiro, atores sociais obtiveram sucesso fazendo com que seus interesses fossem acolhidos pelo sistema administrativo na forma de decisões políticas vinculantes – ou fossem ao menos toleradas. Ainda nestes exemplos é possível perceber a importância do conceito de poder comunicativo, a intuição fundamental da idéia de democracia deliberativa e que é expressa nos princípios anteriormente transcritos do “madisonian republicanism” de Sunstein: nem todo poder social é digno de ser imediatamente acolhido pelo sistema político-administrativo.

Comunicativo é o poder político que resulta do “uso público das liberdades comunicativas”²⁷⁵. Os atores políticos que agem comunicativamente, reconhecendo intersubjetivamente pretensões de validade, criam “uma nova realidade social” à medida em que assumem as obrigações ilocucionárias pressupostas nos atos de fala, as quais “se cristalizam num potencial de poder com o qual os detentores de posições do poder administrativo têm que contar.”²⁷⁶ Esta é a característica que Habermas identifica em Arendt, quem define o conceito de poder é definido do seguinte modo:

(...) o poder (comunicativamente produzido) das convicções comuns origina-se do fato de que os participantes orientam-se para o entendimento recíproco e não para o seu próprio sucesso. Não utilizam a linguagem “perlocucionariamente”, isto é, visando instigar outros sujeitos para um comportamento desejado, mas “ilocucionariamente”, isto é, com vistas ao estabelecimento não-coercitivo de relações intersubjetivas.²⁷⁷

²⁷⁵ TrFG I, p. 186.

²⁷⁶ TrFG I, p. 187

²⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. *O Conceito de Poder em Hannah Arendt*, in FREITAG, Barbara. ROUANET, Sérgio Paulo. **Habermas**, 3ª ed. São Paulo: Ática, 1993, (100-118).p. 103. Para uma interpretação crítica desta recepção, cf. PINZANI, Alessandro. *O Conceito de Poder em Habermas: uma comparação com*

Aquilo que Weber denomina poder Arendt identifica com “força” ou “violência”. Para ela a “política” manifesta-se precisamente nos momentos de genuína criação discursiva de um mundo comum: “el poder surge entre los hombres cuando actúan juntos y desaparece en el momento en que se dispersan.”²⁷⁸ Força e violência são habilidades que os homens podem possuir mesmo em estado de completo isolamento, em virtude apenas de sua constituição física animal, e em situações assim a política é conceitualmente impossível: “a forma extrema de poder é o Todos contra Um, a forma extrema da violência é o Um contra Todos.”²⁷⁹

O *poder* corresponde à habilidade humana não apenas para agir, mas para agir em concerto. O poder nunca é propriedade de um indivíduo; pertence a um grupo e permanece em existência apenas na medida em que o grupo conserva-se unido. Quando dizemos que um grupo está “no poder”, na realidade nos referimos ao fato de que ele foi empossado por um certo número e pessoas para agir em seu nome. A partir do momento em que o grupo, a partir do qual se originara o poder desde o começo (*potestas in populo*, sem um povo não há poder), desaparece, “seu poder” também se esvanece. Em seu uso corrente, quando falamos de um “homem poderoso” ou de uma “personalidade poderosa”, já usamos a palavra “poder” metaforicamente; aquilo a que nos referimos sem a metáfora é o “vigor” [strength]²⁸⁰

A crítica de Habermas é dirigida quanto ao caráter excessivamente comunicativo da definição: “não podemos excluir do conceito do político o elemento da ação estratégica.”²⁸¹ É devido à exclusão deste elemento que Arendt não fornece uma explicação do modo como as decisões gestadas no âmbito do poder comunicativo podem ser implementadas, suas deliberações organizadas e sancionadas.

Esta espécie de crítica dirigida por Habermas contra Arendt encontra similitudes com as observações que Michael Walzer dirige contra aquilo que ele entende ser uma excessiva idealização do conceito de política deliberativa, a qual por sua vez afirma ele ser “the American version of German theories of communicative action and ideal speech.”²⁸² Walzer chama a atenção para aspectos que são, no seu entendimento, ignorados pelos teóricos da democracia deliberativa: trata-se de aspectos “não discursivos”, especialmente instrumentais que no entanto tornam possível uma deliberação séria nas condições de uma sociedade na qual as diferenças culturais, políticas, econômicas etc. impedem ou dificultam procedimentos discursivos. Trata-se

Arendt e Luhmann, in PINZANI, Alessandro. DUTRA, Delamar Volpato (orgs) **Habermas em Discussão**, pp. 176-183.

²⁷⁸ ARENDT, Hannah. **La Condición Humana**. Barcelona: Paidós, 1993, p. 218.

²⁷⁹ ARENDT, Hannah. **Sobre a Violência**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 35

²⁸⁰ ARENDT, Hannah. **Sobre a Violência**, p. 36-7

²⁸¹ HABERMAS, Jürgen. **O Conceito de Poder em Hannah Arendt**, p. 112.

²⁸² WALZER, Michael. **Politics and Passion: toward a more egalitarian liberalism**, p.90.

de questões como o domínio de conhecimento específico sobre questões políticas relevantes, a organização necessária à mobilização de militantes e convencimento de indecisos, os meios de demonstração pública de posições políticas – os quais estimulam a estabilidade e coesão do grupo, mecanismos de barganha etc.²⁸³ Neste sentido o equívoco de Arendt consiste em identificar a política, em sua totalidade, com a formação discursiva da vontade comum.²⁸⁴

Com o conceito do poder comunicativo atingimos apenas o *surgimento* do poder político, não a utilização administrativa do poder já constituído, portanto o processo do exercício do poder. Esse conceito tampouco esclarece a luta por posições que dão direito a dispor do poder administrativo.²⁸⁵

Trata-se de ressaltar corretamente a diferença que há entre poder comunicativo e social: existem atos que podem simultaneamente ser representativos de ambos os conceitos: trata-se de uma distinção de grau. O poder social deve ser “filtrado”, garantindo assim que não haverá uma interferência “direta”. Atos de desobediência civil e revoluções, tais como ocorrem neste mundo, dependem de uma inimaginável rede de ações que mesclam elementos instrumentais e comunicativos: desde a organização de partidos clandestinos sob uma ditadura até a mobilização de cidadãos para uma passeata, a distância dos aspectos instrumentais e comunicativos na política é uma diferença *de grau* e não de uma *natureza* completamente distinta: apenas conceitualmente podem ser completamente separados. Assim, o modo como Habermas explica a relação entre poder comunicativo e instrumental (social e administrativo) poderia ser expressa com uma conhecida metáfora de Kant: do mesmo modo como o atrito com o ar é um obstáculo físico ao vôo de um pássaro, ele funciona ao mesmo tempo como algo que o possibilita. Sem o mesmo ar que oferece resistência a seu voo, o pássaro não sairia do chão; sem alguma coerção administrativa muitas situações sociais características de um discurso razoavelmente ampliado não poderiam existir.

(II) É para articular estas idéias de modo conceitualmente rigoroso que Habermas apresenta um princípio específico para legitimar o direito, o qual é “paralelo” ao princípio moral e “subordinado” ao princípio do discurso. Ao afirmar que o princípio encontra-se no mesmo nível de (U), Habermas pretende ressaltar que a legitimidade do direito não pode ser obtida diretamente a partir de princípios morais superiores, dados

²⁸³ WALZER, Michael. *Deliberation, and What Else?* In Stephen Macedo (org). **Deliberative Politics: Essays on Democracy and Disagreement**, pp. 92 e ss.

²⁸⁴ Cf. TrFG I, p. 189.

²⁸⁵ TrFG I, p. 189.

diretamente à razão. Mas subordinando-o a (D) Habermas evita o ceticismo que reduz a legitimidade à imposição fática, mantendo seu caráter cognoscitivo, vinculando-a à política comunicativa. Esta relação com (U) e (D) corre o risco de tornar-se demasiado obscura, mero tecnicismo conceitual irrelevante praticamente, se for apresentada a partir de algo como “a essência” de tais princípios, como se Habermas estivesse “descobrimo” o princípio de legitimidade do direito a partir de uma série de observações cuidadosas de tais princípios. Ao contrário, estes princípios são o resultado de uma construção conceitual que pretende expressar – de modo analiticamente mais rigoroso – a idéia de que o direito aspira a uma legitimidade não apenas empírica ao mesmo tempo em que se evita a submissão a um legislador moral. É por isso que o princípio que expressa as condições de legitimidade do direito chama-se “princípio da democracia”: é nas condições de um processo democrático discursivamente definido – subordinado a (D) – que encontram-se os critérios para avaliar a legitimidade racional do direito. E assim discursivamente definido, o processo democrático envolve aspectos comunicativos (“fortes” e “fracos”) e instrumentais. Eles são expressos por meio (i) do conceito de “forma jurídica”, (ii) do conceito de “compromisso” e (iii) pelo modo como estes dois conceitos são vinculados a (D) e (U).

(i) O conceito de “forma jurídica” é definido de modo “funcional”: trata-se de uma constatação do fato de que nas condições sociais modernas nas quais o poder político e as tradições culturais foram “profanadas” e não gozam mais de validade imediata, a forma jurídica é um instrumento de organização social para o qual não há substituto possível. Através dela as decisões políticas podem transcender contextos limitados no tempo e espaço social nos quais foram criadas e vigorar com estabilidade e eficácia por meio de normas gerais e impessoais, sendo impostas coercitivamente se necessário. Certamente isso não significa que a forma jurídica baste para justificar o domínio político: “a forma do Direito, enquanto tal, não é suficiente para a legitimação do conceito de poder.”²⁸⁶ O que carece de justificação moral são as qualidades funcionais da forma jurídica, sua característica de vincular normativamente uma decisão política à ameaça de coerção, e de modo estável. Sejam quais forem as decisões políticas que ela impõe, a forma jurídica inevitavelmente pretende disciplinar o uso da força na medida em que prevê as hipóteses nas quais esta será exercida e a elas vincula o exercício da coerção. Com isso inevitavelmente estabelece espaços de ação dentro dos quais os

²⁸⁶ TrFG I, p. 184

sujeitos do direito podem adotar a perspectiva da ação estratégica, sendo dispensados de assumir a perspectiva universalista da moral: “O verso da medalha do aspecto coativo do direito é, precisamente, a liberação da vontade da motivação moral, facultando-lhe a indeterminação do arbítrio. Tal verso, pode ser expresso na gramática dos direitos subjetivos.”²⁸⁷ A figura dos direitos subjetivos resulta sempre que dispositivos jurídicos estabelecem obrigações vinculadas a ameaças de coerção. Mesmo quando o conteúdo das obrigações é abominável, como em uma ditadura política, se algo como o direito positivo permanece existindo isso significa que alguma quantidade mínima de direitos subjetivos ainda estará presente, tais como as normas do direito civil, direito penal etc. Assim,

A filosofia *não necessita* de argumentos morais para demonstrar que é recomendável organizar nossa convivência com os meios do direito, ou seja, formar comunidades jurídicas em geral, pois bastam argumentos funcionais. O Filósofo deve satisfazer-se com a idéia de que, em sociedades complexas, só é possível estabelecer, de modo confiável, condições morais de respeito mútuo, inclusive entre estrangeiros, se se apelar para o médium do direito.²⁸⁸

A forma jurídica é explicada a partir “da relação sociológica complementar entre moral e direito: a constituição da forma jurídica tornou-se necessária, a fim de compensar *déficits* que resultam da decomposição da eticidade tradicional.”²⁸⁹ Assim, quanto mais a perspectiva universalista da moral é bem sucedida tanto mais torna-se indispensável a forma jurídica. Isso ocorre porque se a consciência moral se orienta por valores universalistas, promovendo a reflexão crítica que dissolve as certezas éticas naturalmente disponíveis no mundo da vida, então torna-se necessário encontrar algum substituto para a autoridade incontestável dos valores tradicionais. Sob nenhuma hipótese tratar-se-ia aqui de sustentar uma espécie de ceticismo moral: o ceticismo no caso dirige-se à pretensão de que possamos alcançar um consenso discursivamente fundamentado sobre questões políticas controversas em, para usar uma expressão de Waldron, “tempo real”, ou seja, nas circunstâncias imediatamente dadas da política.²⁹⁰ O procedimento discursivo segue sendo a via indispensável para promover a deliberação sobre a solução de controvérsias morais, segue sendo defendido com pretensões cognitivas fortes. No entanto, justamente porque o universalismo moral é bem sucedido em ampliar de forma reflexiva as perspectivas subjetivas, permitindo a

²⁸⁷ DUTRA, Delamar Volpato. **Razão e Consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia**. 2ª ed. Florianópolis: Ed. UFSC, 2005, p. 210.

²⁸⁸ TrFG II p. 322. FG p. 677. “(...) a forma jurídica não é um princípio que possa ser «fundamentado» epistêmica ou normativamente.” TrFG I p.147.

²⁸⁹ TrFG I p. 148.

²⁹⁰ WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 83.

dúvida sobre – e mesmo a dissolução de – valores antes incontestáveis, é que nos distanciamos de um contexto empírico no qual um acordo efetivo é facilmente disponível. A discursividade “levada a sério” exige um debate prolongado inclusive no tempo e espaço, o qual não pode ser identificado com um ator privilegiado; mas para que as condições do debate duradouro possam ser preservadas é necessário, em muitas questões, decidir de modo obrigatório para todos, até para que as estruturas discursivas disseminadas na sociedade possam ser protegidas. Assim é que a forma jurídica permite exonerar os atores de tentar convencer aos demais membros da sociedade, indefinidamente, que as mulheres devem possuir os mesmos direitos fundamentais que os homens, que as práticas de exploração sexual contra crianças devem ser rejeitadas severamente, que negros e brancos devem ser tratados com igualdade etc. Características tão banais de um estado democrático de direito, que auxiliam a definição dos processos democráticos de legislação, não poderiam depender, a todo instante, de um consenso efetivo alcançado em condições sociais objetivas. A persistência com a qual a discordância entre as “doutrinas abrangentes conflitantes e irreconciliáveis” impede o acordo sobre concepções éticas é caracterizada por Rawls como a “circunstância da justiça”. Pois Waldron, por meio de uma “adaptação”²⁹¹ da tese de Rawls sobre as circunstâncias da justiça, define as “circunstâncias da política”: “agir coordenadamente em face do desacordo”²⁹² O que não requer fundamentação filosófica é o fato de que não há mecanismo equivalente à forma jurídica em termos de capacidade de solução deste problema: permitir decisões que vinculam a todos mesmo em meio ao dissenso, o que pode ser algo necessário para permitir que as pessoas sigam dissentindo sobre as questões éticas e morais fundamentais. É por isso que a espécie de “legitimidade procedimental” que resulta de Waldron, muito embora seja cética quanto

²⁹¹ WALDRON, John. **Law and Disagreement**. Oxford: OUP, 1999, p. 102.

²⁹² “action-in-concert in the face of disagreement.” WALDRON, John. **Law and Disagreement**, p. 108. “(...) a discordância entre os cidadãos quanto ao que devem fazer, como corpo político, é uma das circunstâncias da política. Não é totalmente circunstâncias da política, é claro: há também a necessidade sentida de agir conjuntamente, embora discordemos quanto ao que cabe fazer. Como a escassez e o altruísmo limitado no caso da justiça, as circunstâncias da política são um par conjugado: a discordância não teria importância se as pessoas não preferissem uma decisão comum, e a necessidade de uma decisão comum não daria origem à política como a conhecemos se não houvesse pelo menos o potencial para a discordância quanto a qual deve ser a decisão. Nessa exposição, imaginar eliminada a persistência da discordância é como desejar eliminada a escassez em qualquer exposição da justiça distributiva. Naturalmente, não há nada de errado em fazer certas suposições ideais: mas, seja o que for que desejemos eliminado na filosofia política, não devemos desejar eliminado o fato de que nos encontramos vivos e agindo ao lado de muitos com os quais não há a menor perspectiva de compartilharmos uma visão sobre justiça, direitos ou moralidade política.” WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**, p. 187

à possibilidade de alcançar o acordo político efetivo sobre questões moralmente divergentes, não endossa uma filosofia moral “não-cognitivista” ao estilo de Kelsen.²⁹³

O pluralismo interpretativo razoável não coloca a verdade como uma questão que esteja para além dos argumentos racionais, ou a reduz apenas a uma questão de opinião, ou desejo, ou poder; ele a considera politicamente indisponível no tempo político real entre pessoas que, atingidas pela fragilidade humana e pelo “ônus do juízo”, embora todos compartilhem a crença em que a verdade é uma questão que importa, nem podem entrar em acordo nem podem demonstrar não ser razoável as posições de seus oponentes. O pluralismo interpretativo razoável abre assim uma lacuna entre a questão da justiça verdadeira na política e a questão quanto ao que seria moralmente correto ou justificável para qualquer um seguir fazendo sobre a questão da coerção política.²⁹⁴

Certamente que as características fundamentais do procedimento de produção de normas jurídicas válidas requer fundamentação, e para supri-la Habermas fornece (De). Enfim, é importante insistir, o que dispensa fundamentação é a constatação do valor funcional da forma jurídica e não o modo como a legitimidade pode surgir a partir da legalidade.

(ii) Um papel similar é ocupado pelo o conceito de “compromisso”, o qual também desonera a política e a legislação das exigências rigorosas do discurso moral. Compromissos diferem de acordos racionalmente motivados: “(...) eles não representam a idéia de melhor posição de ninguém; eles são compromissos com os quais ninguém está inteiramente satisfeito; eles refletem o balanceamento de forças, não

²⁹³ Em Kelsen a tese de que a legitimidade das normas resulta do procedimento correto de legislação acompanha a afirmação de que a justiça é um conceito irracional, no sentido de que é teoricamente impossível fornecer uma resposta racionalmente correta às questões quanto à justiça de comportamentos, as quais “não podem ser respondidas por meio da cognição racional. A resposta a elas é um julgamento de valor, determinado por valores emocionais e, conseqüentemente, de caráter subjetivo, válido apenas para o sujeito que julga e, por conseguinte, apenas relativo.” KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 10. Assim é que Kelsen pode afirmar que “as normas jurídicas podem ter qualquer tipo de conteúdo. (...) A validade de uma norma jurídica não pode ser questionada a pretexto de seu conteúdo ser incompatível com algum valor moral ou político. Uma norma é uma norma jurídica válida em virtude de ter sido criada segundo uma regra definida, e apenas em virtude disso.” KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado, p. 166. Este ceticismo moral contrasta radicalmente com a importância atribuída por Waldron e Michelman aos direitos políticos de participação Cf. especialmente WALDRON, Jeremy. Law and Disagreement, pp.232 e ss. Waldron e Michelman aceitam a tese de que é possível, para muitas questões morais, a existência de respostas corretas: são céticos quanto à possibilidade de que possamos atingi-las, de modo consensual, em meio às disputas travadas em parlamentos e tribunais.

²⁹⁴ “Reasonable interpretative pluralism does not place truth in this matter beyond reasoned argument, or make it just a matter of opinion, or desire, or power; it makes it politically unavailable, in real political time among people who, aware of human frailty and “burdens of judgment”, all perhaps sharing belief that there is a truth of the matter, can neither all agree on that is, nor dismiss as unreasonable, their opponents’ positions. Reasonable interpretative pluralism thus opens a gap between the question of true justice in politics and the question of what it would be morally right or justifiable for anyone to be doing about the matter of political coercion.” MICHELMAN, Frank I. **Human Rights and the Limits of Constitutional Theory**. Ratio Juris, vol. 13, nº 1, 2000, pp. 63-76, p. 71.

o valor dos argumentos”.²⁹⁵ Em meio a disputas políticas sobre temas como a legalidade do aborto, a proteção ao meio ambiente, os direitos de imigrantes etc. as questões devem ao menos poder ser tratadas segundo o modelo de discursos morais e ético-políticos. No entanto,

(...) em sociedades complexas e **até mesmo sob condições ideais**, nem sempre essas duas alternativas estarão abertas, especialmente quando se constata que todas as regulamentações tocam de várias maneiras diferentes interesses, sem que se possa fundamentar um interesse universalizável ou a primazia inequívoca de um determinado valor. Nesses casos, resta a alternativa de negociações que exigem evidentemente a disposição cooperativa de partidos voltados ao sucesso.²⁹⁶ (grifamos)

Que no âmbito na prática política, tal como ela existe em parlamentos, sindicatos, organizações da sociedade civil etc. consensos discursivamente fundamentados raramente sejam alcançáveis, esta é uma constatação que dispensa maiores comentários. Certamente que, para Habermas, o dissenso que caracteriza a política pressupõe a existência de uma série de procedimentos de legislação os quais deveriam poder ser discursivamente justificados.²⁹⁷ Não obstante, a estrutura discursiva de parlamentos democráticos está moldada para fornecer decisões em meio ao dissenso prático, decisões estas que graças a aspectos discursivos do procedimento estabelecido devem poder contar com a suposição de legitimidade. Até aqui não há inovação substancial nas considerações de Habermas. No entanto é importante ressaltar a expressão, no trecho citado acima, “até mesmo sob condições ideais” pois ela permite concluir duas coisas: em primeiro lugar, já no nível das “condições ideais” da legislação política é necessário atribuir alguma importância a estes acordos de interesses²⁹⁸; em segundo lugar, no nível concreto da ação realizada em parlamentos deve-se atribuir a tais acordos de interesses uma dignidade maior que a de simples contingência empírica que substitui uma idealização que não foi possível, por ora, alcançar. Por isso “processos de negociação são adequados para situações nas quais não é possível neutralizar as relações de poder, como é pressuposto nos discursos racionais.”²⁹⁹ Ao

²⁹⁵ “(...) they don’t represent anyone’s idea of the best position; they are compromises with which no one is entirely satisfied; they reflect the balance of forces, not the weight of arguments.” WALZER, Michael. **Politics and Passion: toward a more egalitarian liberalism**, p. 96.

²⁹⁶ Tr FG I 207

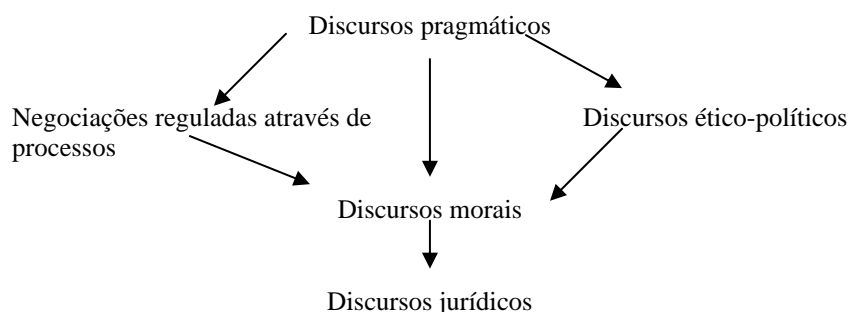
²⁹⁷ Cf. HABERMAS, Jürgen. **On Law and Disagreement: some comments on “interpretive pluralism”**. Ratio Juris, vol. 16, n° 2, 2003, pp. 187-94.

²⁹⁸ Muito embora crítico ao que considera excessivas idealizações dos teóricos da democracia deliberativa, Walzer destaca o quanto o status atribuído por Habermas a tais acordos o imuniza de tais idealizações. WALZER, Michael. **Politics and Passion: toward a more egalitarian liberalism**, pp. 96 e ss.

²⁹⁹ TrFG I 207.

invés de um acordo no qual os participantes aceitam o resultado pelas mesmas razões, o compromisso é aceito pelas partes em conflito por motivos muitas vezes conflitantes. Embora estes compromissos não podem ser regulados diretamente por (D), o podem indiretamente, e isso pode garantir o caráter não-coercitivo dos acordos obtidos. Esta “autoridade indireta” que (D) possui sobre os acordos não controla imediatamente as razões que sustentam o resultado alcançado mas apenas a qualidade deliberativa dos procedimentos institucionalizados no interior do qual os acordos são alcançados, e estas “condições procedimentais, que conferem aos compromissos faticamente selados a suposição de equidade, precisam ser justificadas em discursos morais. (...) Negociações equitativas não destróem, pois, o princípio do discurso, uma vez que o pressupõem.”³⁰⁰ E as condições de equidade do processo de formação de compromisso são três: o acordo obtido deve poder ser (a) vantajoso para todos, (b) exclui “free-riders” e (c) exclui explorados, no sentido de que investem na cooperação mais do que dela recebem.³⁰¹ Com isso Habermas dá conta da circunstância da política ao mesmo tempo em que preserva exigência de fundamentação discursiva (artigo ratio júris).

- (iii) O modelo que Habermas apresenta para compatibilizar estas várias espécies de discurso pode ser expresso na forma seguinte³⁰²



O esquema acima representa o modo como as espécies de discursos encontram-se ligadas de várias formas. A princípio seria possível compreendê-lo como simbolizando um processo legislativo no qual os discursos morais desempenhariam o papel de legislador mais elevado: nesta hipótese de interpretação, ainda que os debates pudessem iniciar como discursos pragmáticos ou éticos estariam submetidos aos discursos morais na medida em que estes são, ao contrário dos demais, a única etapa realmente obrigatória antes de atingirmos os discursos jurídicos. No entanto, interpretar

³⁰⁰ TrFG I 209.

³⁰¹ Cf. TrFG I 207.

³⁰² TrFG I p. 210. FG, p. 207

o esquema de tal modo seria desconsiderar as afirmações de Habermas já anteriormente realçadas. Afinal, mesmo sob condições ideais é impossível atingir o consenso sobre algumas questões moralmente controvertidas de modo que as negociações e barganhas possuam um status filosoficamente elevado. Os discursos morais justificam os procedimentos que regulam formação de compromissos, e por isso cumprem um papel muito mais negativo: eles bloqueiam compromissos formados sob condições inaceitáveis.

Como foi ressaltado anteriormente, é necessário ligar o poder administrativo ao poder comunicativo e sendo assim agora é possível compreender que é tal vínculo que explica a necessidade de uma ligação entre “forma jurídica” e (D), a qual por sua vez é expressa como (De): “o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica.”³⁰³ Por isso é correto afirmar que “o princípio do discurso é o próprio padrão implícito de validade do direito, e qualquer implicação que se segue da aplicação do princípio do discurso ao médium jurídico encontra-se implícita nos elementos da legalidade enquanto tal.”³⁰⁴ Afirmer que a legitimidade do direito é “discursiva” mais que “moral” é um modo de expressar as contingências que tornam a validade das normas jurídicas mais complexa que a moral. E é uma validade mais complexa exatamente porque deve ser mais concreta: a validade moral é mais “simples” porque leva em conta “apenas” a aceitabilidade universal da norma, ao passo que a legitimidade jurídica discursivamente definida envolve elementos não apenas morais mas também éticos e pragmáticos, o que a torna mais “complexa” – por variados os critérios – ao mesmo tempo que mais empírica, isto é, vinculada a formas de vida concreta, acordos de interesses, considerações pragmáticas etc.³⁰⁵ Assim, o (De) é definido do seguinte modo:

(...) o princípio da democracia destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito. Ele significa, com efeito, que somente podem

³⁰³ TrFG I p. 158.

³⁰⁴ “the discourse principle is law’s own implicit standard of validity, and any implications that follow from applying the discourse principle to the legal medium are implicit elements of legality as such.” COHEN, Joshua. **Reflections on Habermas on Democracy**. Ratio Juris, vol. 12, nº 4, 1999, (385-416), pp. 392-3. Cohen porém critica o papel demasiadamente modesto que Habermas confere à efetiva participação popular nos procedimentos deliberativos de seu modelo, propõem assim uma série de revisões do conceito habermasiano que, apoiadas em similares princípios radical-democráticos, trata especialmente de operacionalizá-los de modo mais acurado. Cf. COHEN, Joshua. **Reflections on Habermas on Democracy**. Cf. FARIA, Cláudia Feres. **Democracia Deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman**. Lua Nova, nº 49, 2000, pp. 47-68.

³⁰⁵ “O princípio do discurso tem inicialmente o *sentido cognitivo* de filtrar contribuições e temas, argumentos e informações, de tal modo que os resultados obtidos por este caminho tem a seu favor a suposição da aceitabilidade racional: o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito.” TrFG I p. 191.

pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva. O princípio da democracia explica, noutros termos, o sentido performativo da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente. Por isso o princípio da democracia não se encontra no mesmo nível que o princípio moral.³⁰⁶

Os discursos morais configuram “um procedimento para a avaliação imparcial de questões controversas”³⁰⁷ o qual muitas vezes “sobrecarrega” as capacidades cognitivas dos indivíduos porque exige uma fundamentação atenta a diversas conseqüências, efeitos colaterais, revisão dos argumentos. Trata-se de um esclarecimento prolongado, sujeito a equívocos e retrocessos, de todo modo bastante exigente, e por isso a “indeterminação cognitiva é absorvida pela facticidade da normatização do direito”.³⁰⁸

A correção moral é uma pretensão de validade que pode ser atribuída a toda e qualquer norma de ação: recomendações técnicas, “normas” tradicionais de ação, pactos políticos e normas jurídicas constitucionais, todas elas podem ser julgadas segundo sua moralidade, e assim (U) pode servir para avaliar todas espécies de normas. E como julga segundo o critério rigoroso de universalidade, suporta seus juízos exclusivamente com argumentos morais.³⁰⁹ Já a pretensão de legitimidade de normas jurídicas, por definição, só pode ser levantada por normas jurídicas, e é por isso que seu respectivo princípio (De) pode avaliar apenas esta espécie de normas, muito embora devido ao fato de que as normas resultam de processos legislativos políticos, (De) aceita todas as espécies de argumentos: estratégicos, éticos e morais, articulados de modo coerente: “na fundamentação de normas jurídicas é preciso usar a razão prática em toda a sua extensão”³¹⁰. Assim,

Enquanto o princípio moral opera no nível da constituição interna de um determinado jogo de argumentação, 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.³¹¹

³⁰⁶ TrFG I p. 145

³⁰⁷ TrFG I p. 150.

³⁰⁸ TrFG I p. 151. “Sob o ponto de vista da complementaridade entre o direito e moral, o processo de legislação parlamentar, a prática de decisão judicial institucionalizada, bem como o trabalho profissional de uma dogmática jurídica, que sistematiza decisões e concretiza regras, significam um alívio para o indivíduo, que não precisa carregar o peso cognitivo da formação do juízo moral próprio.” TrFG I p. 151

³⁰⁹ “Enquanto o princípio moral se estende a todas as normas de ação justificáveis com o auxílio de argumentos morais, o princípio da democracia é talhado na medida das normas do direito” TrFG I p. 146

³¹⁰ TrFG I p. 196

³¹¹ TrFG I p. 146

(De) resulta do entrelaçamento que há entre a forma jurídica e (D), e isso é explicado por Habermas como (a) uma “gênese lógica de direitos, a qual pode ser reconstruída passo a passo”³¹² e (b) como “núcleo” de um sistema de direitos, o qual é explicado em termos de uma relação co-originária entre democracia e direitos humanos que compatibiliza “republicanismo cívico” e “liberalismo igualitário”. (a) O sistema de direitos que Habermas apresenta é o seguinte:

- (1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*. (...)
- (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito;
- (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual. (...)
- (4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo. (...)
- (5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) a (4).³¹³

Com esta classificação Habermas pretende reconstruir as intuições fundamentais da famosa tipologia de Marshall, a qual é rejeitada por demasiadamente vinculada ao contexto histórico e político da Europa ocidental.³¹⁴ No entanto, não seria correto atribuir a Marshall as mesmas pretensões que Habermas possui ao apresentar seu sistema de direitos. No caso de Marshall sua tipologia pretende mesmo descrever, de modo aproximado, uma sequência histórica bastante plausível se a mantivermos vinculada ao contexto político no qual é elaborada. Ademais, o próprio Habermas, na TKH, adota a distinção com ligeiras variações.³¹⁵ O que o sistema de direitos pretende é explicitar filosoficamente o “sentido performativo” de uma “prática destinada a produzir uma comunidade política de cidadãos livres e iguais, que se determinam a si mesmos”.³¹⁶ Trata-se de uma “gênese lógica” de direitos: ela não é útil para descrever a

³¹² TrFG I p. 158

³¹³ TrFG I p. 160

³¹⁴ TrFG I p. 107. Marshall divide os direitos fundamentais em três categorias: “civis”, “políticos” e “sociais”. Os primeiros correspondem aos direitos liberais de defesa dos indivíduos privados oponíveis contra intervenções indevidas da administração pública; os segundos permitem a participação ativa nos processos políticos legislativos; os terceiros asseguram benefícios e prestações típicos do Estado de bem-estar social. Cf. MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

³¹⁵ TrTKH II pp.505 e ss.

³¹⁶ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Constitutional Democracy: a paradoxical union of contradictory principles**. Political Theory, vol. 29, nº6, 2001, 766-781, p. 775.

formação histórica efetiva de nenhuma ordem jurídica em particular. O que esta classificação descreve é o sentido performativo com o qual estão inevitavelmente envolvidos com a legislação de alguma ordem jurídica democrática: ela “explicita os pressupostos nos quais os membros de uma comunidade jurídica moderna se apoiam quando pretendem legitimidade, sem apelar para motivos de ordem religiosa ou metafísica.”³¹⁷ E por isso, como afirma Ingeborg Maus, a clássica distinção entre direito natural e direito positivo é transformada por Habermas na tensão entre facticidade e validade, a qual é inerente ao direito.³¹⁸ A elaboração e explicitação filosófica do sistema de direitos é tarefa posterior à fundação histórica de ordens democráticas, muito embora aquilo que é fornecido pelo filósofo seja algo com o que os fundadores da comunidade política já estavam implicitamente comprometidos:

Ninguém é capaz de lançar mão de um sistema de direitos no singular, sem apoiar-se em interpretações já elaboradas na história. “O” sistema dos direitos não existe num estado de pureza transcendental. Porém, após mais de duzentos anos de desenvolvimento constitucional na Europa, temos vários modelos à disposição; eles podem servir como introdução a uma reconstrução generalizadora da compreensão que acompanha necessariamente a prática intersubjetiva de uma autolegislação empreendida com os meios do direito positivo.³¹⁹

A importância prática do sistema de direitos, para Habermas, é permitir aos cidadãos dos Estados democráticos de direito que eles possam fazer referência a princípios capazes de justificar uma constituição ou suas instituições fundamentais, princípios que devem poder ser percebidos como perenes apesar do modo variado como são interpretados pelas diferentes gerações posteriores àquela que “funda” a comunidade jurídica.³²⁰ Trata-se de um problema já expresso por Thomas Jefferson: porque as gerações posteriores deveriam sentir-se obrigadas a obedecer normas constitucionais estabelecidas pelos antepassados? A resposta de Habermas parece ser a de que tais razões existem se for possível à geração atual apresentar a constituição como

³¹⁷ TrFG I p. 169

³¹⁸ MAUS, Ingeborg. *Liberties and Popular Sovereignty: on Habermas's reconstruction of the system of rights*, p. 89.

³¹⁹ TrFG I p. 166

³²⁰ “Thanks to this intuitively available performative meaning, each citizen of a democratic polity can at any time refer to the acts and decisions of the founders and their descendents *in a critical fashion*, just as one can, conversely, adopt the perspective of the founders and take a critical view of the present to test whether the existing institutions, practices, and procedures of democratic opinion-and will-formation satisfy the necessary conditions for a process that engenders legitimacy. Philosophers and others experts can in their own way contribute explanations for what it means to pursue the project of realizing a self-determining association of free and equal associates under law. On this premise, each founding act also creates the possibility of a process of self-correcting attempts to tap the system of rights ever more fully.” HABERMAS, Jürgen. **Constitutional Democracy: a paradoxical union of contradictory principles?** pp. 775-6.

estando justificada pelo sistema de direitos, isto é, se a geração atual for capaz de seguir reconhecendo-se como possuidora da autonomia expressa pelo sistema de direitos e puder fazê-lo ao menos em parte em virtude da constituição. Por isso é que a Constituição histórica é apresentada por Habermas simultaneamente como documento histórico e projeto de sociedade justa:³²¹ de um lado representa um momento de ruptura com o passado da comunidade e, enunciando seu caráter normativo, recorda as gerações seguintes de que a tarefa de interpretação do sistema de direitos é duradoura; de outro lado, como “projeto de uma sociedade justa, a constituição articula o horizonte de expectativas de um futuro antecipado no presente”³²². É interessante perceber o modo como Habermas apresenta a reconstrução “passo a passo” da “gênese lógica de direitos”:

De modo similar aos seus predecessores do contrato-social, a teoria do discurso simula uma condição original: um número arbitrário de pessoas entra livremente numa prática de legislação constitucional. A ficção da liberdade satisfaz a importante condição de uma igualdade original dos partidos participantes, cujo “sim” e “não” conta igualmente. Os participantes devem satisfazer três outras condições. Primeiro, eles devem estar unidos por uma decisão comum de regular legitimamente de modo conjunto suas vidas futuras com meios do direito positivo. Segundo, eles devem estar dispostos e serem capazes de tomar parte em discursos racionais e assim satisfazerem a demanda dos pressupostos pragmáticos da prática de argumentação. Ao contrário da tradição do moderno direito natural, esta suposição de racionalidade não é limitada à racionalidade instrumental; Tampouco se limita à moralidade, contrastando assim com Rousseau e Kant, mas faz da razão comunicativa uma condição. Finalmente, o adentrar à prática constituinte exige a disposição de tornar o significado desta prática um tópico explícito (ou seja, tornar os recursos desta performance um tópico de discussão). Deste modo, no início esta prática limita-se a nada mais que refletir sobre e explicar conceitualmente o significado específico do empreendimento intencionado pelos participantes mesmos em sua própria prática constituinte. Esta reflexão é capaz de chamar a atenção a uma série de tarefas construtivas que devem ser completadas antes que o trabalho constituinte possa realmente começar – o que é o próximo estágio.³²³

³²¹ Cf. TrFG II p. 119

³²² TrFG II p. 119

³²³ “Similar to its social-contract predecessors, discourse theory simulates an original condition: an arbitrary number of persons freely enter into a constitution-making practice. The fiction of freedom satisfies the important condition of an original equality of the participating parties, whose “yes” and “no” count equally. The participants must satisfy three further conditions. First, they are united by a common resolution to legitimately regulate their future life together by means of positive law. Second, they are ready and able to take part in rational discourses and thus to satisfy the demanding, pragmatic presuppositions of a practice of argumentation. Unlike the tradition of modern natural law, this supposition of rationality is not limited to purposive rationality; moreover, in contrast to Rousseau and Kant, it does not just extend to morality but makes communicative reason a condition. Finally, entrance into the practice of constitutionmaking is bound up with the readiness to make the meaning to this practice an explicit topic (i.e., to make the resources of the performance a topic of discussion). That is, to begin with the practice amounts to nothing more than reflecting on and conceptually explicating the specific meaning of the intended enterprise the participants have gotten themselves into with their very practice of constitution making. This reflection attends to a series of constructive tasks that must be

A partir deste ponto, os “constituintes” em primeiro lugar “descobrem” que, caso queiram regular coletivamente sua convivência com os meios do direito positivo, devem criar a figura do portador de direitos subjetivos, o que por sua vez exige a criação das três primeiras categorias de direitos acima descritas. Nelas os constituintes “anticipate only that they will be future users and *addressees* of the law.”³²⁴ Para criar uma associação de parceiros livres e iguais que legislam democraticamente, com autonomia, devem agora criar a quarta categoria do sistema de direitos, em relação à qual (De) ocupa um papel chave. Numa formulação que desperta a observação de similitudes para com o procedimento da “posição original” de Rawls³²⁵, Habermas recorda que esta explicitação do sentido performativo opera num nível apenas conceitual: “até aqui, nada *realmente* aconteceu.”³²⁶ Trata-se de tentar obter “clareza conceitual” antes de iniciar o processo efetivo de legislação constituinte:

os participantes que até aqui estiveram engajados numa reflexão interior, objetivando uma espécie de esclarecimento filosófico, devem dar o passo adiante do véu da ignorância empírica e perceber o que em geral deve ser regulado sob as condições históricas dadas e quais direitos são necessários para resolver as questões carentes de regulamentação..³²⁷

Somente após superarem a etapa do esclarecimento conceitual, inteirando-se dos problemas, interesses concretos, características da situação etc. é que os “constituintes” podem enfim adquirir a clareza suficiente sobre os direitos concretos que precisam atribuir-se reciprocamente. E neste processo a formulação do sistema de direitos permite perceber que há algo de indisponível no processo democrático: “a vontade dos membros não pode dispor pura e simplesmente daquilo que possibilita o modo discursivo de socialização de uma comunidade jurídica.”³²⁸ Ao mesmo tempo, tais condições discursivas irrevogáveis somente adquirem sentido se a prática da soberania popular puder ser entendida como um processo duradouro, sujeito à autocorreção. É deste modo

completed before the work of constitution making can actually begin – the next stage.” HABERMAS, Jürgen. **Constitutional Democracy: a paradoxical union of contradictory principles?** pp. 776

³²⁴ HABERMAS, Jürgen. **Constitutional Democracy: a paradoxical union of contradictory principles?** pp. 777

³²⁵ FERRARA, Alessandro. **Of Boats and Principles: reflections on Habermas’s “Constitutional Democracy”**. Political Theory, vol. 29, n° 6, 2001, 782-791

³²⁶ “thus far, nothing has *actually* happened.” HABERMAS, Jürgen. **Constitutional Democracy: a paradoxical union of contradictory principles?** pp. 777.

³²⁷ “the participants who thus far were engaged in inward reflection, focused on a kind of philosophical clarification, must step out from behind the veil of empirical ignorance and perceive what in general must be regulated under the given historical circumstances and which rights are necessary for dealing with these matters in need of regulation.” HABERMAS, Jürgen. **Constitutional Democracy: a paradoxical union of contradictory principles?** p. 778

³²⁸ TrFG II, p. 91.

que Habermas pretende demonstrar o quanto as idéias de “direitos humanos” e de “soberania popular” são interdependentes: “cada lado é alimentado por recursos que retira do outro”³²⁹

Esta relação complementar Habermas pretende que seja obscurecida pelo debate entre “Republicanismo cívico” e “liberalismo”, aqui nas acepções que adquirem respectivamente com Frank Michelman e John Rawls. Habermas adota uma oposição estilizada segundo a qual são conceitos inevitavelmente conflitantes, fornecendo uma descrição do debate na qual poucos autores se inserem, sendo o caso mais representativo o de Michael Sandel³³⁰. Na verdade os pontos de contato são maiores do que se poderia imaginar se adotássemos a rígida distinção habermasiana: Walzer pretende que sua crítica comunitária ao liberalismo seja compreendida como uma exigência de correção à teoria liberal, e não como uma rejeição da mesma e proposição de uma teoria substancialmente distinta³³¹; o próprio Michelman afirma que os direitos humanos fundamentais possuem uma prioridade de tal ordem que devem poder ser considerados legítimos com relativa independência de processos democráticos empíricos.³³² Por outro lado, não faltam aqueles que minoram a relevância das divergências entre Habermas e Rawls quanto à formulação do ponto de vista moral.³³³ Ora, Habermas pretende

³²⁹ “each side is fed by resources it has from the other.” HABERMAS, Jürgen. **Constitutional Democracy: a paradoxical union of contradictory principles?** pp.780

³³⁰ Cf. SANDEL, Michael. **Democracy’s Discontent: America in search of a public philosophy.** Cambridge: HUP, 1996, especialmente pp. 3-119. Sandel identifica na filosofia política liberal, ao estilo de Dworkin e Rawls, uma incapacidade absoluta para tratar de temas como “valores comunitários” ou “virtude cívica”, atribuindo à influência do “liberalismo procedimental” uma série de patologias sociais que acometem a sociedade norte-americana. Estas no entanto poderiam ser melhor descritas como conseqüências individualistas dos processos de modernização do mundo da vida em sociedades contemporâneas, como poderá ser visto no capítulo seguinte. Pelo modo como Sandel apresenta a disputa “liberalismo igualitário” versus “republicanismo cívico” é correta a crítica de Kymlicka, para quem Sandel transforma tal disputa numa espécie de versão “nacional” (norte-americana) da tese de Huntington sobre o “choque de civilizações” Cf. KYMLICKA, Will. **La Política Vernácula: nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía.** Barcelona: Paidós, 2003, p. 387. Segundo Huntington, a tese descreve o conflito internacional entre cosmovisões fadadas à divergência sobre concepções de pessoa, sociedade e organização política, sendo elas as civilizações islâmica, confusionista e cristã. Cf. HUNTINGTON, Samuel. **O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial.** Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.

³³¹ Cf. WALZER, Michael. **The Communitarian Critique of Liberalism.** Political Theory, vol. 18, nº 1, 1990, pp. 6-23. “(...) I argued that communitarianism is best understood as a corrective to liberal theory and practice (rather than as a freestanding doctrine or substantive political program)” WALZER, Michael. **Politics and Passion: toward a more egalitarian liberalism.** New Haven: YUP, 2004, p. X.

³³² Cf. MICHELMAN, Frank. **Human Rights and the Limits of Constitutional Theory.** Ratio Juris, vol. 13, nº 1, 2000 (63-76).

³³³ Cf. MCMAHON, Christopher. **Why There is No Issue Between Habermas and Rawls,** The Journal of Philosophy, vol. XCIX, nº 3, 2002, pp. 111-29. Cf. AUDARD, Catherine. *O Princípio da Legitimidade Democrática e o Debate Rawls-Habermas,* in ROCHLITZ, Rainer. **Habermas e o Uso Público da Razão,** pp. 81-112. “Habermas aproxima-se cada vez mais, guardadas as necessárias reservas críticas, da teoria formulada por John Rawls.” ROUANET, Luiz Paulo. *A Complementaridade entre Rawls e Habermas na etapa da deliberação,* in PINZANI, Alessandro. DUTRA, Delamar Volpato (orgs).

encontrar já em Kant e Rousseau formulações precursoras das virtudes e deficiências respectivamente de liberais e republicanos: a afirmação da precedência dos direitos subjetivos individuais (liberais) e direitos políticos de legislação (republicanos). Porém Ingeborg Maus chama a atenção para a presença, já em Kant e Rousseau, de uma compatibilização dos ideais de democracia e direitos humanos, no estilo mesmo que Habermas pretende desenvolver.³³⁴ Devido à existência de diversos pontos de contato entre as teses de tais autores Will Kymlicka afirma que esta espécie de “estilização” do debate entre republicanos e liberais, a qual exagera as diferenças entre ambos, “es filosoficamente suspeito y politicamente contraproducente.”³³⁵ De fato, como descrição teórica do estado atual do debate, também aqui a distinção de Habermas tende a ser de pouca valia. Assim, a oposição estilizada pode ser “adotada” apenas pelo seu valor instrumental, que consiste em permitir a exposição de uma tese sobre a relação entre a democracia e os direitos humanos a partir de uma oposição propositalmente exagerada das posições envolvidas no debate.

O próprio Habermas em algumas oportunidades apresenta seu modelo como um republicanismo “kantiano” ou “procedimental”, por oposição a um republicanismo de cunho aristotélico.³³⁶ O que é necessário destacar é que a relação complementar entre “liberalismo igualitário” e “republicanismo cívico” Habermas a encontra em Sunstein, muito embora Habermas acredite ser necessário reformulá-la em termos analiticamente mais rigorosos. A interpretação de Sunstein limita-se ao constitucionalismo norte-americano e denuncia como equivocadas as interpretações que apontam uma cisão

Habermas em Discussão. Anais do Colóquio Habermas realizado na UFSC (Florianópolis, 30 março-1º de abril de 2005). Florianópolis: Nefipo, 2005, pp. 169-175, p. 174. Para o debate Rawls-Habermas, cf. a recompilação dos principais textos de ambos em HABERMAS, Jürgen. RAWLS, John. **Debate sobre el Liberalismo Político.** Barcelona: Paidós, 1998.

³³⁴ “Kant’s criterion of legitimacy is no longer geared directly to individual contents of positive law but indirectly oriented to the procedural premises of the later. For this reason, it corresponds precisely to the type of legitimation that Habermas had defined as characteristic of modernity per se.” MAUS, Ingeborg. *Liberties and Popular Sovereignty: On Jürgen Habermas’s Reconstruction of the System of Rights*, in **Discourse and Democracy: essays on Habermas’s *Between Facts and Norms***, pp. 89-128, p. 110.

³³⁵ KYMLICKA, Will. **La Política Vernácula: nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía.** Barcelona: Paidós, 2003, p. 387. “(...) decir que las identidades comunales y las virtudes cívicas solo pueden desempeñar un papel secundario en el igualitarismo liberal no es decir que no puedan desempeñar papel alguno. Al contrario, quizá resulta que desempeñan un papel vital e indispensable. Podría suceder que el mejor modo de alcanzar los valores del igualitarismo liberal, o quizás el único, fuera el de su desarrollo en sociedades que posean algunos tipos de identidades comunales y de virtudes cívicas. En tal caso, los igualitaristas liberales tendrían las más poderosas razones, insertas en el seno de su propia teoría, para atender cuestiones de identidad comunal y de virtud cívica. Desde el punto de vista del igualitarismo liberal, ésta es una cuestión abierta que debe ser evaluada de forma empírica mediante un estudio caso por caso.” KYMLICKA, Hill. *La Política Vernácula: nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, p. 394.

³³⁶ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Constitutional Democracy: a paradoxical union of contradictory principles**, p. 771

irremediável entre concepções liberais e republicanas no seio dos “pais fundadores”³³⁷ ao passo que Habermas pretende aprimorar esta intuição tornando-a conceitual. De fato Rawls destaca o quanto a legitimidade da legislação política não pode ser avaliada de acordo com os critérios instrumentais do mercado, isto é, rejeita o modelo de agregação de interesses em benefício de uma discussão pública orientada por princípios de justiça comuns: “a discussão legislativa deve ser concebida não como uma competição de interesses, mas como uma tentativa de encontrar a melhor política definida pelos princípios da justiça.”³³⁸ É por isso que o liberalismo de Rawls (e também o de Dworkin) são tratados por Habermas como um caso à parte quando se trata de rejeitar o liberalismo de interesses de grupo, o qual possui seu modelo na competição de mercado entre atores estrategicamente orientados, como foi possível perceber acima. Do mesmo modo que Habermas, para Rawls “o processo de mercado ideal e o procedimento legislativo ideal são diferentes em aspectos cruciais. São concebidos para atingir objetivos diferentes, o primeiro conduzindo à eficiência, o segundo, se possível, à justiça.”³³⁹ E o “princípio liberal de legitimidade” segundo o qual é possível avaliar ordens constitucionais, Rawls o formula nos seguintes termos:

³³⁷ “The opposition between liberal and republican thought in the context of the framing is, however, largely a false one. Only through a caricature of the tradition can liberalism be thought to be the antonym of the species of republicanism that operated during the constitutional period. The caricature singles out relatively marginal species of liberalism – possessive individualism or modern neo-Lockeanism – and treats them as representative and central. But most of the great liberal thinkers did not take interests as prepolitical. Indeed, they placed a high premium on deliberation and discussion, and on the capacity of political dialogue to improve outcomes and to undermine unjustified disparities in power. Liberal thinkers have been alert to the threats posed by both public and private power and have sought to design systems to limit both threats. It should not be forgotten that the original purpose of the social contract was to redistribute security. Certain aspects of Rawls’s *A Theory of Justice* speak powerfully for these features of the liberal tradition, and embody much of the contemporary appeal of republican thought.” SUNSTEIN, Cass. **Beyond the Republican Revival**, p. 1567.

³³⁸ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 396.

³³⁹ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**, p. 399. Comparar com “o processo democrático é dominado por princípios *gerais* de justiça (...) o procedimento ideal da deliberação e da tomada de decisão pressupõe sempre uma associação titular que se julga capaz de regular de modo imparcial as condições de sua convivência.” TrFG II p. 31. No entanto, muito embora encontre na idéia de posição original de Rawls um fundamento possível para rejeitar o modelo do pluralismo de interesses de grupo, o próprio Sunstein trata de observar que, no que toca ao “liberal-republicanism”, “the problem with the original position as a guide to political institutions or as a political ideal is that it is too solitary and insufficiently dialogic. The task for political actors is to generate institutions that will produce deliberation among those differently situated, not to mimic the decisions that would be made by the unsituated (...)” SUNSTEIN, Cass. **Beyond the Republican Revival**, p. 1571. Para uma crítica a esta tese, afirmando que “in one sense, all theories that make a place for moral reasoning are dialogical”, inclusive portanto o modelo de Rawls, especialmente com as reformulações operadas em *Political Liberalism*, cf. MCMAHON, Christopher. **Why There is no Issue Between Habermas and Rawls**. No mesmo sentido: “a idéia de reconhecimento mútuo dos republicanos aproxima-se da idéia de razão pública de Rawls: tanto num quanto no outro caso, trata-se de afirmar que uma sociedade só será justa se(quase) todos os seus cidadãos forem justos – mas os cidadãos só será motivados a agir civicamente, se a sociedade em que vivem for uma sociedade justa.” BERTEN, André. *Republicanism e Motivação Política*, p. 36.

[O] exercício do poder político é adequado e justificado apenas quando ele é exercitado de acordo com uma constituição cujos aspectos essenciais poderia ser esperado razoavelmente que todos os cidadãos concordassem, à luz de de princípios e ideais aceitáveis para eles enquanto enquanto sujeitos razoáveis e racionais.³⁴⁰

Apoiados em argumentos como o das “circunstâncias da política”, acima mencionados, Michelman e Waldron pretendem que princípios como estes não possam desempenhar o papel que autores como Rawls e Habermas lhes atribuem, e isto porque princípios constitucionais controversos não possuem um significado independente das situações concretas de aplicação. As circunstâncias da política contradizem qualquer suposição de que tais princípios permaneceriam os mesmos ainda que em diferentes circunstâncias de aplicação e interpretações concretas.³⁴¹ Antes de mais nada, como foi possível perceber acima, é necessário ressaltar a espécie de ceticismo de Waldron e Michelman. Ao invés de endossar uma filosofia moral “não cognitivista”, algo que explicitamente rejeitam, ressaltam a indeterminação epistêmica da interpretação, sob o ponto de vista dos participantes dos debates que ocorrem em parlamentos, tribunais, sociedade civil etc.³⁴²

Habermas está de acordo com Waldron e Michelman quanto ao fato de que os participantes dos debates políticos numa democracia não podem possuir, em tempo real, um acesso privilegiado a “verdades morais” fundamentais, muito embora possam seguir pretendendo correção para as afirmações que levantam em seus discursos. O que ocorre é que com isso continua carente de explicação a autoridade que pretendem possuir os processos políticos de legislação defendidos por Michelman e Waldron.³⁴³ Habermas rejeita a solução proposta por Michelman, por ele qualificada de “comunitária”.³⁴⁴ Assim, a compatibilização que a relação que Habermas afirma entre liberalismo e republicanismo explicitamente pretende manter o princípio liberal de legitimidade, ao

³⁴⁰ “[the] exercise of political power is proper and hence justifiable only when it is exercised in accordance with a constitution the essentials of which all citizens may reasonably be expected to endorse in the light of principles and ideals acceptable to them as reasonable and rational.” RAWLS, John. **Political Liberalism**. Nova York: CUP, 1996, p. 217.

³⁴¹ Cf. MICHELMAN, Frank I. **Morality, Identity and “Constitutional Patriotism”**. Ratio Juris, vol. 14, n° 3, 2001, pp. 253-71)

³⁴² Cf. HABERMAS, Jürgen. **On Law and Disagreement: some comments on “interpretative pluralism”**, p.189.

³⁴³ «Waldron repeats that a vote may be called for, “when a discussion is exhausted,” but fails to explain what “exhaustion” can mean here. If it means that participants “run out of reasons,” we realize that reasons provide the missing link in the argument. Without the epistemic promise of an unrestricted exchange of a sufficiently wide of relevant reasons, the legitimizing force that springs from a formally structured deliberation would remain mysterious.» HABERMAS, Jürgen. **On Law and Disagreement: some comments on “interpretative pluralism”**, p.191.

³⁴⁴ Cf. MICHELMAN, Frank I. **Morality, Identity and “Constitutional Patriotism”**, p.

estilo de Rawls. Muito embora Habermas aceite (ou ao menos possa aceitar) o argumentos como o da circunstância da política e uma certa afirmação jurisgenerativa da política, ele tende a rejeitar as críticas que Michelman lança ao princípio de Rawls e a seu próprio sistema e direitos sob o argumento de que eles são indispensáveis para a afirmação das qualidades do processo político deliberativo que os próprios Michelman e Waldron pressupõem.³⁴⁵ É por isso que o sistema de direitos pretende expressar um conjunto de princípios que pode ser utilizado pelos membros da comunidade jurídica para criticar práticas injustas, ou “realidades constitucionais opacas”:

Minha versão do significado performativo implícito na prática de legislação constitucional é a seguinte: o povo funda uma associação voluntária de cidadãos livres e iguais, e continua a exercer o auto-governo, por intermédio da atribuição mútua e acordada de certos direitos fundamentais, os quais regulam sua vida em comum com os meios do direito positivo e coercitivo, de um modo legítimo.³⁴⁶

³⁴⁵ Por isso é compreensível e razoável a seguinte afirmação de Michelman: “Constitutional theorists of my generation have lived through two “procedural turns”, as we may call them, two waves of proceduralist intervention in our field. The first was wrought by John Hart Ely’s *Democracy and Distrust* (1980), the second is marked by Jürgen Habermas’s *Faktizität und Geltung* (1992)” MICHELMAN, Frank I. **Human Rights and the Limits of Constitutional Theory**. *Ratio Juris*, vol. 13, nº 1, 2000, (63-76) p. 63.

³⁴⁶ “My version of the performative meaning implicit in the practice of framing a constitution is the following: people found a voluntary association of free and equal citizens, and continue to exercise self-government, by mutually according one another certain basic rights, thus regulating their life-in-common by means of positive and coercive law in a legitimate way.” HABERMAS, Jürgen. **On Law and Disagreement: some comments on “interpretative pluralism”**. *Ratio Juris*, vol. 16, nº 2, 2003, pp. 187-94, p. 193.

CAPÍTULO 3. A TESE DA RELAÇÃO COMPLEMENTAR ENTRE “MUNDO DA VIDA” E SISTEMA E SUAS CONSEQÜÊNCIAS PARA A TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO.

3.1 Introdução.

Nos capítulos seguintes sustentar-se-á a tese de que o modelo de Habermas implica em maior deferência para com decisões do legislativo do que ocorre com o juiz Hércules³⁴⁷, embora deste ele pretenda seguir preservando um modelo construtivista de interpretação com base em princípios. Trata-se de um modelo que recomenda uma jurisprudência ofensiva em casos em que isto é necessário para promover a deliberação democrática e uma jurisprudência auto contida em casos nos quais é grande o risco de legislação concorrente por parte dos tribunais – e conseqüente juridificação. Se é assim, para definir corretamente o modelo de Habermas, deve-se partir da tese sobre a relação “mundo vivido – sistema” para mostrar duas coisas: o modelo da democracia deliberativa é mais institucional e auto-restritivo que da hermenêutica e mais normativo e ofensivo que teoria dos sistemas. Além disso o modelo de Hércules poderia ser rejeitado com base em dois argumentos retirados de suas considerações sobre a relação mundo da vida – sistema: apenas se – como faz a hermenêutica – consideramos a sociedade exclusivamente sob a perspectiva do participante é que podemos adotar Hércules; por outro lado, tribunais que pensam estar aplicando o modelo podem estar sendo apenas a manifestação de uma patologia: um sistema que se autoprograma e autonomiza em relação ao mundo da vida. Em que pese a denúncia do solipsismo, há um problema que deveria ser considerado ainda maior para a teoria discursiva: as “ambições” de Hércules são demasiadas.

A segunda parte deste capítulo tenta desenvolver os argumentos da compreensão procedimental contra este pano de fundo. Trata-se de oferecer um modelo alternativo de

³⁴⁷ Trata-se da figura criada por Ronald Dworkin para representar seu modelo de interpretação judicial. Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, pp. 127 a 204. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, pp. 271 e ss.

legitimação para o direito, de relação entre estado e sociedade civil, e de compreensão paradigmática do papel dos tribunais.

3.2 A relação complementar entre sistema e mundo da vida (lebenswelt).

O objetivo deste tópico é expor a tese de Habermas quanto à necessária conexão entre os conceitos de “mundo da vida” e “sistema” como recursos indispensáveis à correta explicação dos fenômenos de integração social, para em seguida extrair algumas conseqüências que a aceitação desta tese inicial deveria acarretar, especialmente quanto à dupla objeção que a teoria discursiva dirige face à hermenêutica filosófica e à teoria dos sistemas. O interesse aqui não é resolver a extensa disputa travada com ambos os modelos de argumentação jurídica, pois uma tal empreitada, que fizesse justiça ao nível atual do debate, dificilmente poderia ser levada a cabo nos limites estreitos de um trabalho que pretende apenas extrair padrões interpretativos que possam ser úteis à solução de controvérsias quanto à aplicação de normas jurídicas. Não que tais disputas sejam teoricamente incomensuráveis e não possam esperar solução da perspectiva do debate acadêmico: tais debates podem e devem ser realizados e sua produtividade é incontestável. O que ocorre apenas é que as intenções desta presente pesquisa são muito mais modestas. O que se pretende neste tópico é portanto apenas preparar o terreno para os argumentos apresentados nos capítulos seguintes, que tratam propriamente de extrair um modelo discursivo de argumentação jurídica. Pretende-se ressaltar que, na medida em que Habermas adota determinadas teses em seu debate com a hermenêutica filosófica e a teoria dos sistemas sociais, então ele está obrigado a adotar outras teses específicas nos debates sobre a filosofia do direito.

Habermas sustenta a tese de que a sociedade é corretamente compreendida apenas quando compatibilizamos duas perspectivas de análise: a do participante em interações quotidianas, que atua em conformidade com valores aceitos em comum acordo, e a do observador que decide os rumos da ação calculando seus efeitos e conseqüências. Sob a primeira perspectiva a sociedade é descrita como um “todo de sentido” no qual os participantes estão imersos, de valores compartilhados “desde sempre”, cuja manutenção é garantia da continuidade cultural, relações legítimas estáveis etc., que garantem a reprodução simbólica da sociedade. Sob a segunda perspectiva, a sociedade é compreendida como um sistema que se auto-reproduz, que busca suprir os imperativos funcionais para garantir a sobrevivência material integrando

conseqüências da ação não pretendidas pelos sujeitos. Trata-se, respectivamente, das perspectivas do “mundo da vida” e do “sistema”, conceitos aos quais correspondem dois modos distintos de integração em sociedade: “social” e “sistêmico”. A dupla perspectiva é útil para explicar processos distintos mas simultâneos de reprodução social. De um lado, sistemas como “mercado” e “burocracia” regulam as conseqüências não pretendidas da ação estratégica e assim integram atividades relativas à sobrevivência política e económica, limitando as funções e capacidades da ação estratégica. Por outro lado o mundo da vida permite a formação e manutenção simultânea das identidades dos indivíduos e das sociedades.³⁴⁸

A utilidade deste duplo modelo vai além de seu potencial analítico de correta descrição da sociedade. Na verdade, sua maior importância consiste em fornecer critérios para a crítica de processos sociais que impedem formas de vida emancipadas. Como observa Rasmussen “as the foundation of the theory of language is the primacy of the communicative over the strategic, so the end of social theory is liberation from the consequences of strategic action in the form of the colonization of the lifeworld.”³⁴⁹ Uma destas conseqüências, descrita como patologia social, é o surgimento de processos de “juridificação”.

Antes de alcançarmos este ponto, é necessária a explicação destes conceitos. O conceito de mundo da vida é introduzido por Habermas como um complemento explicativo necessário ao conceito de ação comunicativa, ligando este último ao conceito de sociedade. Ele é complementar no sentido de que o potencial de dissenso liberado pela ação comunicativa deve ser compensado com estabilidade. Afinal, uma correta explicação sobre as condições de possibilidade da ação social é o “outro lado da medalha” da correta explicação sobre as condições nas quais é possível a ordem social.³⁵⁰ O mundo da vida funciona como sustentação para a ação comunicativa, fornecendo os saberes consensuais minimamente necessários para que as pessoas possam participar em alguma argumentação, ainda que na qualidade de adversários. Neste ponto Habermas apenas desenvolve uma idéia comum no pensamento filosófico, que pode ser encontrada por exemplo em Wittgenstein: “«assim, pois, você diz que o acordo entre os homens decide o que é correto e o que é falso?» – correto e falso é o que os homens dizem; e na linguagem os homens já estão de acordo. Não é um acordo sobre

³⁴⁸ Cf. para o que se segue TKH I e II.

³⁴⁹ RASMUSSEN, David. **Reading Habermas**. Cambridge: Basil Blackwell, 1990, p. 45.

³⁵⁰ HABERMAS, J. **Observaciones sobre el Concepto de Acción Comunicativa**, in HABERMAS, J. *Teoría de la Acción Comunicativa: complementos y estudios prévisos*, (479-507) p. 479.

as opiniões, mas sobre o modo de vida.”.³⁵¹ Trata-se de um suporte “cuja função evidente é não nos tornarmos, insuportavelmente, argumentativos em todos os momentos”.³⁵² A ação comunicativa promove uma interpretação da situação de falante e ouvinte que precisa ser negociada com argumentos, e que pode dar início a um processo de crítica e suspensão da validade de valores que até então eram aceitos como sustentáculos da ação. Certamente este processo, permitindo alcançar um acordo não violento, estimula a continuação de algumas instituições sociais fundamentais, evitando seja o recurso à violência seja uma impossível exclusividade da ação instrumental. No entanto, uma tal busca de acordo intersubjetivo seria inteiramente implausível se seu potencial dissenso fosse a todo instante verificado, através das experiências com o mundo, a não ser que o agir comunicativo já possa contar com o apoio de um mundo da vida que lhe forneça certezas sobre as quais já há consenso.³⁵³

O desenvolvimento desta idéia coube, primordialmente, à Hermenêutica Filosófica: a referência a uma “explicitação integral da experiência humana de «estar no mundo» (...) é característica de toda a tradição hermenêutica, desde as impostações da Hermenêutica historicista até a «viragem ontológica» da Hermenêutica, operada por Heidegger e Gadamer.”³⁵⁴ O conceito de “mundo da vida” é, nesta abordagem, utilizado para explicar âmbito de vivências nas quais somos introduzidos pela nossa própria atividade natural e que não pode pura e simplesmente ser objetivado pela análise técnico-científica, mas que ao contrário representa o solo prévio de toda experiência possível, formando um horizonte de vivências compartilhadas, um horizonte que no entanto não funciona como uma fronteira rígida mas que se desloca com o próprio sujeito. Gadamer desenvolve estas idéias para explicar a compreensão como um processo de “fusão de horizontes” entre a tradição apreendida num texto e o intérprete. Uma vez que os pré-conceitos (“*vorurteil*”) nos quais se apóia nossa compreensão não deixam de se submeter à prova de questões contemporâneas, também a tradição submete-se ao desafio de ser comprovada aqui e agora. Deste modo a formação do

³⁵¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**, São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 98, § 241.

³⁵² DUTRA, Delamar Volpato. **O Mundo Vivido**. In PIZZI, Jovino; KAMMER, Marcos (orgs.). Ética, Economia e Liberalismo. Pelotas: EDUCAT, 1998, p. 105.

³⁵³ Cf. TrFG, p. 40; FG, p. 38. E ainda: “Os entendimentos explícitos movem-se, de si mesmos, no horizonte de convicções comuns não-problemáticas; ao mesmo tempo, eles se alimentam das fontes daquilo *que sempre foi familiar* [immer schon Vertrauten]. Na prática do dia-a-dia, a inquietação ininterrupta através da experiência e da contradição, da contingência e da crítica, bate de encontro a uma rocha ampla e inamovível de lealdades, habilidades e padrões de interpretação consentidos.” TrFG, p. 40; FG, p. 38

³⁵⁴ LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência**: análise de uma «recepção». Fragmentos: Lisboa, 1989, p.113.

horizonte do presente é ao menos em parte o resultado de uma apropriação e confronto das perspectivas presentes com o horizonte herdado do passado. Passado e presente, não são pois horizontes verdadeiramente separados e distintos:

compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos. (...) A fusão se dá constantemente na vigência da tradição, pois nela o velho e o novo crescem sempre juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explicitamente por si mesmos.³⁵⁵

Esta fusão de horizontes representa o “genuíno desempenho da linguagem”³⁵⁶, tal como pode ser observado na conversação entre sujeitos que buscam alcançar um acordo genuíno sobre algo: “faz parte de toda verdadeira conversação o atender realmente ao outro, deixar valer os seus pontos de vista e pôr-se no seu lugar (...)”³⁵⁷ E esta reciprocidade manifesta-se no diálogo linguístico também no fato de que a compreensão de textos herdados pela tradição implica um deslocamento do intérprete em direção à perspectiva na qual o texto foi gerado: deve-se “fazer valer o direito objetivo do que o outro diz”³⁵⁸, inclusive reforçando os argumentos do texto interpretado.

Estas teses exerceram indiscutível influência sobre Habermas, especialmente em sua formulação do conceito de mundo da vida, cujas estruturas mais profundas há que se reconhecer haverem sido reveladas pela hermenêutica filosófica, a qual “acentua a intersubjetividade linguística, que vincula previamente os indivíduos comunicativamente socializados”.³⁵⁹ A ênfase concedida pela hermenêutica aos processos dialógicos do uso linguístico cotidiano tornam-se, para Habermas, ainda mais relevantes à medida em que podem fundamentar uma crítica aos perigos contemporâneos de colonização do mundo da vida devido aos imperativos sistêmicos incontrolados de crescimento do sistema econômico e do poder administrativo.³⁶⁰ Sua importância pode ser exemplificada na espécie de exigência crítica de certificação que dirige à autocompreensão das ciências modernas, realçando (i) a vinculação do observador, nas ciências sociais, a determinada situação hermenêutica inicial, com o que a objetividade não pode consistir na pura abstração de pré-conceitos mas sim na

³⁵⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Vozes: Petrópolis, 1997, p. 457.

³⁵⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**, p. 555.

³⁵⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**, p. 561.

³⁵⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**, p. 437.

³⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica**: para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Porto Alegre: L&PM, 1987, ps. 82-83.

³⁶⁰ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica**: para a crítica da hermenêutica de Gadamer, p. 83.

explícita reflexão sobre tais influências³⁶¹; (ii) recorda ainda que os objetos tratados pelas ciências sociais encontram-se já preestruturados simbolicamente; (iii) quanto às ciências naturais, deixando de lado aspectos que envolvem sua metodologia, a hermenêutica filosófica recusa uma autocompreensão científicista vinculando as discussões metateóricas travadas pela comunidade de investigadores religando-as ao contexto da linguagem natural ordinária; (iv) e finalmente a hermenêutica pode também chamar a atenção para a moderna necessidade de tradução das informações científicas para a linguagem do mundo da vida.³⁶² De fato, Habermas reconhece na hermenêutica filosófica de Gadamer o esclarecimento sobre os seguintes pontos:

- Que o intérprete só pode esclarecer a significação de uma manifestação simbólica enquanto virtual participante do processo de entendimento dos participantes imediatos.
- Que o posicionamento performativo sem dúvida o vincula à pré-compreensão da situação hermenêutica inicial.
- que, porém, esta vinculação não tem de prejudicar a validade de sua interpretação.
- porque ele pode tornar útil para si a estrutura interna racional do agir orientado para o entendimento e para reivindicar reflexivamente a competência avaliadora de um participante responsável da comunicação, para
- pôr em relação sistematicamente o mundo da vida do autor e de seus contemporâneos com o seu próprio mundo da vida
- e para reconstruir a significação do *interpretandum* como o conteúdo objetivo pelo menos implicitamente avaliado de uma maneira criticável.³⁶³

No entanto, para Habermas, a estas corretas observações Gadamer lhes imprime um rumo criticável. Habermas concorda com a tese segundo a qual a compreensão depende do contexto, no sentido de que inevitavelmente partimos de uma auto-compreensão apoiada em alguma tradição específica para então, mediante o contato mais ou menos conflituoso com o mundo, nos submetemos a processos nos quais desenvolvemos novas pré-compreensões. Rejeita porém que desta tese siga-se que a tradição linguística deve gozar de um status ontologicamente privilegiado.³⁶⁴ Se aceita esta tese as conquistas teóricas obtidas correriam o risco de perder-se em virtude da opção preferencial pelo modelo da interpretação de textos canônicos, atrás dos quais se oculta o caso exemplar da interpretação dogmática de uma tradição aceita como sagrada.³⁶⁵ Assim, Habermas aceita o pressuposto, estabelecido por Gadamer, de que é absurdo pretender colocar de uma só vez em questão, *in abstracto*, a totalidade da

³⁶¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**, p.

³⁶² Cf. HABERMAS, Jürgen. **La Lógica de las Ciencias Sociales**. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1990, p. 282-283.

³⁶³ HABERMAS, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica**: para a crítica da hermenêutica de Gadamer, p. 93-4.

³⁶⁴ Cf. HABERMAS, Jürgen. **La Lógica de las Ciencias Sociales**, p. 300.

³⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica**: para a crítica da hermenêutica de Gadamer, p. 94.

estrutura pré-conceitual na qual fomos socializados ainda que nenhum de seus aspectos possa também estar livre de mal-entendidos ou imune à crítica. Mesmo as contestações à legitimidade, até pacificamente aceita, a determinados aspectos da cultura tem que apoiar-se num consenso prévio sem o qual é impossível iniciar um diálogo esclarecedor. Habermas rejeita porém a conclusão que, a partir deste correto pressuposto, Gadamer alcança, a de que somente é possível a um sujeito qualquer criticar determinada tradição na medida em que o próprio sujeito pertence à tradição em questão³⁶⁶. Em suma, se por um lado a hermenêutica filosófica é, para Habermas, bem sucedida em elucidar a compreensão como inicialmente contextual e sempre carente de algum consenso prévio, por outro lado incorre no risco de conservadorismo devido ao privilégio que confere à tradição. Afinal, o consenso prévio linguístico no qual estamos imersos ou somos socializados também carrega elementos repressivos: uma intersubjetividade deformada por relações de poder que goza da naturalidade do mundo da vida.

Mais adiante tratar-se-á de retornar a esta objeção de Habermas, especialmente às possíveis conseqüências para a filosofia do direito. Aqui importa ressaltar que os desdobramentos teóricos desta idéia hermenêutica de mundo da vida já haviam atingido abordagens sociológicas antes mesmo que Habermas levasse a efeito sua peculiar apropriação do conceito. Um claro exemplo é fornecido pela investigação de Peter Berger e Thomas Luckmann, na qual Habermas explicitamente se apoia, em que explicitam os aspectos intersubjetivos da realidade social cotidiana na qual havemos de estar inevitavelmente imersos:

(...) a realidade da vida cotidiana é admitida como sendo a realidade. Não requer maior verificação, que se estenda além de sua simples presença. Está simplesmente *aí*, como facticidade evidente por si mesma e compulsória. *Sei* que é real. Embora seja capaz de empenhar-me em dúvida a respeito da realidade dela, sou obrigado a suspender esta dúvida ao existir rotineiramente na vida cotidiana. Esta suspensão da dúvida é tão firme que para abandoná-la, como poderia fazer por exemplo na contemplação teórica ou religiosa, tenho de realizar uma extrema transição. O mundo da vida cotidiana proclama-se a si mesmo e quando quero contestar esta proclamação tenho de fazer um deliberado esforço, nada fácil. A transição da atitude natural para a atitude teórica do filósofo ou do cientista ilustra este ponto³⁶⁷

Mas é Durkheim, em que pese não tenha sido atingido pelos reflexos de tais pesquisas, que permite a Habermas desenvolver uma abordagem algo distinta, a qual pretende que seja o conceito de mundo da vida uma espécie de reconstrução do conceito

³⁶⁶ Cf. HABERMAS, Jürgen. **La Lógica de las Ciencias Sociales**, p. 301.

³⁶⁷ BERGER, Peter. LUCKMANN, Thomas. **A Construção Social da Realidade**. Petrópolis: Vozes, 2000, ps. 40-41.

de “consciência coletiva”³⁶⁸, agora compreendido desde a perspectiva interna dos participantes numa comunidade linguisticamente articulada³⁶⁹. A idéia de Habermas é seguir utilizando o conceito de mundo da vida, agora porém levando em conta algumas observações de caráter sociológico expostas por Durkheim, as quais permitem uma diferenciação do mundo da vida em diversos componentes estruturais.³⁷⁰ Assim Habermas expande o uso do conceito de mundo da vida, em relação ao modo como fora originalmente formulado pela hermenêutica filosófica, em dois sentidos: (i) ao invés de concebê-lo a partir de estruturas da consciência dos sujeitos, o mundo da vida é apresentado como linguisticamente estruturado; (ii) ao invés de limitado ao âmbito da cultura, sua área de abrangência conceitual passa a atingir outras esferas, a fim de proporcionar um instrumento mais adequado à análise sociológica.³⁷¹ Quanto a (i), uma definição linguística do mundo da vida é alcançada realçando seu status de “semi-transcendência” que consiste no fato de que os participantes da comunicação, ao tentarem alcançar um acordo sobre algo no mundo (objetivo, subjetivo ou social) não podem colocar sua linguagem comum totalmente entre sí. Certamente, como foi possível perceber no capítulo primeiro, é possível criticar parcialmente aspectos da inteligibilidade das expressões utilizadas nos atos de fala. No entanto permanece vedada

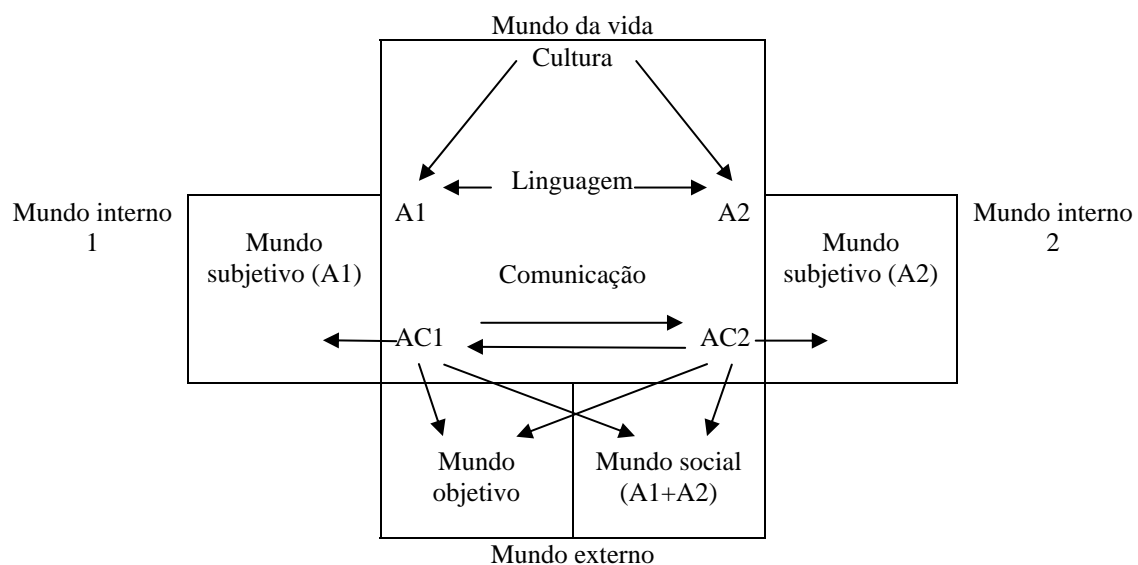
³⁶⁸ “O conjunto das crenças e dos sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade forma um sistema determinado que tem vida própria; podemos chamá-lo de *consciência coletiva* ou *comum*. Sem dúvida, ela não tem por substrato um órgão único; ela é, por definição, difusa em toda a extensão da sociedade, mas tem, ainda assim, características específicas que fazem dela uma realidade distinta. De fato, ela é independente das condições particulares em que os indivíduos se encontram: eles passam ela permanece. (...) ela não muda a cada geração, mas liga umas às outras as gerações sucessivas. Ela é, pois, bem diferente das consciências particulares, conquanto só seja realizada nos indivíduos. Ela é o tipo psíquico da sociedade, tipo que tem suas propriedades, suas condições de existência, seu modo de desenvolvimento, do mesmo modo que os tipos individuais, muito embora de outra maneira. (...) como os termos coletivo e social muitas vezes são empregados um pelo outro, é-se induzido a crer que a consciência coletiva é toda a consciência social, isto é, se estende tão longe quanto a vida psíquica da sociedade, ao passo que, sobretudo nas sociedades superiores, não é senão uma parte bastante restrita desta. As funções judiciais, governamentais, científicas, industriais, numa palavra, todas as funções especiais, são de ordem psíquica, pois consistem em sistemas de representações e de ações; no entanto, elas estão evidentemente fora da consciência comum.” DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 50-51.

³⁶⁹ Cf. TrTKH, II, p. 190. Ainda que rejeite as críticas levantadas por Habermas, especialmente a referencia ao suposto “conservadorismo” e perda de potencial crítico que resultaria de sua abordagem da tradição, Gadamer está de acordo com a existência de implicações sociológicas do conceito de mundo da vida: “devo ao lúcido trabalho de Habermas ter-me feito ver a contribuição hermenêutica no campo das ciências sociais, sobretudo pela confrontação da compreensão prévia da teoria positivista da ciência (...)” GADAMER, Hans-Georg. Retórica, Hermenêutica e Crítica da Ideologia, in GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II: complementos e índice**. Petrópolis: Vozes, 2002, (270-291), p. 289.

³⁷⁰ “O processo de diferenciação do mundo da vida é entendido por Durkheim como uma separação de cultura, sociedade e personalidade; por conseguinte, para poder aproveitarmos da perspectiva de Durkheim haveremos de começar introduzindo e interpretando estas como componentes estruturais do mundo da vida.” TrTKH, II, p. 190.

³⁷¹ Cf. SITTON, John. **Habermas and Contemporary Society**, p. 62.

a possibilidade de que os participantes saiam de “dentro de sua linguagem”³⁷². Por sua vez, quanto a (ii), para evitar uma definição excessivamente culturalista do mundo da vida, Habermas o define como “pano de fundo” de definições da situação evidentes e presentes “desde sempre”, como um “acervo de saber” que coloca à disposição dos participantes as convicções não problemáticas acerca das ordens e instituições sociais válidas, das experiências individuais relevantes à formação da personalidade, e também de valores e tradições culturais. Assim, este “armazém de conceitos” que é o mundo da vida, pode ser, em suas relações com os conceitos formais de mundo, representado do modo seguinte³⁷³:



Não é possível aos participantes de ações comunicativas problematizar a totalidade de seu mundo da vida: “a dúvida absoluta não é uma possibilidade”³⁷⁴. Por outro lado, é possível tematizar parcialmente aspectos do mundo da vida mas sempre sob o horizonte indeterminado de outras convicções não problematizadas. O tópico, sociológico por definição, da modernização de sociedades arcaicas é o principal fenômeno que deve poder ser descrito com auxílio destes conceitos. Quando desaba o que até então era uma crença inabalável na autoridade de determinados membros do grupo em virtude da autoridade conferida por normas tradicionalmente aceitas sem contestação relevante, é vivenciada uma situação na qual a pretensão de autoridade de lideranças políticas deixa de estar sob o abrigo do pano de fundo inquestionado do mundo da vida e pode ser tratado como algo problemático no mundo social das normas e instituições que pretendem validade. Mesmo em sociedades que já sofreram com

³⁷² HABERMAS, J. *Teoria de la Acción Comunicativa*, vol. II, p. 177.

³⁷³ TrTKH, II, p. 180.

³⁷⁴ SITTON, John. *Habermas and Contemporary Society*, p. 63

considerável força os efeitos da modernização social, já relativamente acostumadas a processos de crítica a instituições sociais e políticas, mesmo nestas sociedades onde já vigora uma certa tradição de crítica seus membros não podem criticar a totalidade de seu mundo da vida. Também eles necessitam de algumas certezas não questionadas, as quais são uma condição de possibilidade para que possam empreender a tarefa de questionar aspectos específicos do mundo tornados problemáticos. Em casos assim, as mudanças são as seguintes: por lado a tradição de crítica passa a ser cada vez mais desenvolvida de modo metódico e reflexivo em esferas especializadas, tais como universidades; por outro lado as esferas subtraídas do processo de crítica cada vez menos o são em virtude de proteção institucional, normas de ação dogmáticas etc., e sim porque ainda podem contar com a aceitação dos sujeitos³⁷⁵.

Interpretando as estruturas do mundo da vida dividindo-as em cultura, sociedade e personalidade, Habermas pretende que os processos de reprodução social desempenhem distintas funções em relação à manutenção dos componentes estruturais do mundo da vida, tarefas que competem à ação comunicativa.³⁷⁶ Este processo de reprodução é explicado por Habermas do seguinte modo: cada mecanismo de reprodução trata inicialmente de garantir a estabilidade de uma das estruturas específicas do mundo da vida. Assim, por exemplo, à integração social cabe a manutenção da estrutura “sociedade” do mundo da vida. Caso seja bem sucedida na sua tarefa principal, este processo de reprodução auxilia também na reprodução dos demais componentes estruturais do mundo da vida.

A reprodução cultural garante a continuidade de tradições e a coerência do saber armazenado, de modo que as novas situações surgidas, acerca das quais os participantes devem entender-se, possam ser interpretadas com descrições aceitas em comum, o que permite a ação comunicativa levada a cabo no quotidiano. Sendo capaz de desempenhar esta função elementar ela pode auxiliar também os outros elementos estruturais: quanto à sociedade, fornecendo legitimidade para as instituições políticas, quanto à personalidade, garantindo padrões de comportamento eficazes na formação de caráter e

³⁷⁵ Cf. MACCARTHY, Thomas. **La Teoria Critica de Jürgen Habermas**, p. 465. E ainda, como afirma Habermas: “Um mundo da vida racionalizado neste sentido não se reproduziria de modo algum em formas isentas de conflitos, mas não ficariam protegidos por convicções que não fossem capazes de resistir à prova do discurso” **TrTKH**, II, p. 206. De todo modo, esta é a idéia que subjaz a famosa interpretação que Kant fizera da situação moderna: “Se, pois, se fizer a pergunta – Vivemos nós agora numa época esclarecida? – a resposta é: não. Mas vivemos numa época do Iluminismo.” KANT, Immanuel. **Resposta à Pergunta: Que é o Iluminismo?** in KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*. Lisboa: Edições 70, (11-19) p. 17.

³⁷⁶ Para o que se segue, Cf. **TrTKH**, II, ps. 200-206.

estruturas cognitivas dos sujeitos. É o que ocorre em casos tão distintos porém comuns como: o cultivo de tradicionais festividades religiosas e folclóricas (cultura); a celebração espontânea, especialmente pela via de manifestações artísticas, em torno de fenômenos ético-políticos tais como a revolução dos cravos de 25 de Abril de 1974 em Portugal, ou que estimulam a preservação de um sentimento de nacionalidade em países de extenso território e alguma variedade cultural como é o caso brasileiro (sociedade); o ensino de uma língua específica aos recém-nascidos ou a correção de tópicos até então ministrados em aulas de biologia afim de atualizar a disciplina em relação aos desenvolvimentos tecnológicos recentes (personalidade).

Por sua vez, à integração social compete especialmente garantir que as relações interpessoais permaneçam legitimamente reguladas. Bem sucedida neste ponto, pode auxiliar também à reprodução dos outros componentes estruturais: a cultura, na medida em que estimula vinculações, ora mais ora menos abstratas, apoiadas em regras morais ou valores ético-culturais; a personalidade, ao estimular o sentimento de pertença do indivíduo a grupos cuja legitimidade é aceita de modo mais ou menos perene. São exemplos: a aceitação continuada das principais instituições políticas e normas constitucionais de um Estado nacional; a aceitação de normas de ação de teor fortemente moral como a que prescreve a igualdade de tratamento entre os sexos, o respeito às diferentes opções sexuais ou de credo religioso etc. (cultura); o estabelecimento de relações de amizade entre colegas de sala na universidade ou entre os freqüentadores da quadra de samba da Portela (personalidade).

A socialização deve garantir o desenvolvimento das capacidades dos indivíduos para formar sua identidade pessoal em meio à relação com os demais. Pode auxiliar as reproduções da: cultura, permitindo aos indivíduos elaborar suas próprias interpretações valorativas; e sociedade, garantindo motivação aos sujeitos para atuar de acordo com as normas válidas. Exemplos: desenvolvimento do caráter do adolescente através do estabelecimento de amizades, rivalidades etc. entre os colegas de escola (personalidade); produção de obra de arte em geral mas também o cultivo pessoal por alguma preferência específica – “A 9ª sinfonia de Bethoven é muito melhor que «hoje é festa lá no meu apê», de Latino” – (cultura); aceitação pessoal de valores como os que repudiam a prática do incesto (sociedade). O quadro seguinte³⁷⁷ retrata os argumentos

³⁷⁷ TrTKH, II, p. 202.

acima. Nas células em destaque são apresentadas as funções principais que devem ser cumpridas por cada tipo de reprodução social do mundo da vida:

Componentes estruturais / Processos de reprodução	Cultura	Sociedade	Personalidade
Reprodução cultural	Esquemas de interpretação passíveis de consenso (saber válido)	Legitimação para as instituições existentes	Padrões de comportamento eficazes no processo de formação, metas educativas
Integração social	Vinculações de caráter moral ou obrigações; núcleo de valores culturais e institucionais (passível de crítica mas subtraído ao teste permanente da ação orientada ao entendimento)	Relações interpessoais legitimamente reguladas	Vinculação dos indivíduos a grupos (legitimamente regulados)
Socialização	Interpretações que os indivíduos produzem	Motivação para atuar conforme as normas	Capacidades de interação (“identidade pessoal”)

Os casos de perturbação na reprodução do mundo da vida são aqueles nos quais os processos de reprodução por algum motivo não conseguem ser bem sucedidos no lidar com as novas situações no mundo da vida. E os critérios, mediante os quais é possível avaliar o quão bem sucedido é cada processo de reprodução, são: a racionalidade do saber para a reprodução cultural, a solidariedade dos membros para os processos de integração social e a capacidade pessoal de responder autonomamente por suas ações para a socialização. Aqui, como no caso anterior, a falha na função principal do processo de reprodução do mundo da vida implica conseqüências para os demais componentes estruturais. É o caso da integração social falhada, que produz uma situação de anomia em relação às estruturas sociais e de psicopatologia quanto à personalidade. O quadro seguinte retrata os argumentos³⁷⁸:

³⁷⁸ TrTKH, II, p. 203.

Componentes estruturais / Perturbações no âmbito da:	Cultura	Sociedade	Personalidade	Critério de avaliação
Reprodução cultural	Perda de sentido	Perda de legitimação	Crise de orientação; crise educacional	Racionalidade do saber aceito como válido
Integração social	Insegurança e perturbação da identidade coletiva	Anomia	Alienação	Solidariedade dos membros
Socialização	Ruptura das tradições	Perda de motivações	Psicopatologias	Autonomia da pessoa

Na ação comunicativa “as pessoas acabam por instituir um conjunto de sentidos gramaticalmente pré-determinado, a partir do qual os indivíduos socializados se abastecem para compreender, interpretar e agir sobre o mundo.”³⁷⁹ Uma vez que tenha sido perdido o consenso ingênuo com qual desde sempre fora possível contar, e se ainda pretende realmente evitar seja as patologias de integração social acima descritas seja a mera imposição violenta, os participantes do mundo da vida tornado problemático devem entender-se sobre as situações novas surgidas no mundo da vida pela via da ação comunicativa. Assim eles podem construir padrões intersubjetivamente aceitos para a ação que substituem os padrões tornados problemáticos. Assim, as funções de reprodução que competem à ação comunicativa podem, finalmente, ser expressas como no quadro seguinte³⁸⁰:

Componentes estruturais / Processos de reprodução	Cultura	Sociedade	Personalidade
Reprodução cultural	Tradição crítica; aquisição de saber cultural	Renovação do saber legitimatório	Reprodução do saber eficaz nos processos de formação
Integração social	Imunização de um núcleo de orientações valorativas	Coordenação das ações através do reconhecimento de pretensões de validade	Reprodução dos padrões de pertença individual
Socialização	Aculturação	Internalização de valores	Formação da identidade pessoal

Racionalização do mundo da vida. Pode ser explicada com o recurso a três diferentes perspectivas: (i) diferenciação das estruturas do mundo da vida, (ii) separação entre forma e conteúdo, e (iii) a produção simbólica é tornada reflexiva. Em (i) trata-se

³⁷⁹ ARAGÃO, Lúcia Maria de Carvalho. **Razão Comunicativa e Teoria Social Crítica em Jürgen Habermas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, ps. 43-44.

³⁸⁰ TrTKH, II, p. 204.

da separação “externa” que as estruturas do mundo da vida realizam entre si. Nas condições de um mundo da vida fortemente tradicional, seus conteúdos apresentam-se escassamente diferenciados. À medida que o mundo da vida é submetido a um processo de racionalização suas estruturas desenvolvem a tendência para tornar reflexivas e passíveis de revisão tradições antes dogmáticas (cultura), exigir procedimentos formais para justificar as ordens aceitas como legítimas (sociedade) e estabilizar identidades dos sujeitos de modo autônomo e segundo princípios mais abstratos (personalidade). Estas tendências de racionalização manifestam-se na separação das estruturas do seguinte modo: quanto à cultura e a sociedade, na manifesta diferenciação entre instituições políticas aceitas como legítimas e as imagens valorativas do mundo; quanto à cultura e personalidade, na dependência progressiva das tradições em relação a processos de crítica e inovação dos indivíduos; e quanto à personalidade e à sociedade, na ampliação dos espaços disponíveis para o estabelecimento de relações interpessoais liberados dos tradicionais limites institucionais³⁸¹.

Em (ii) os processos de diferenciação são explicados segundo seus aspectos internos de forma e conteúdo: quanto à cultura, na separação entre elementos fundamentais que garantem a identidade social (ex. procedimentos argumentativos e valores abstratos fundamentais) face aos conteúdos concretos nos quais estavam envolvidos originariamente, como ocorre nas imagens míticas de mundo; quanto à sociedade, na separação entre princípios jurídicos e morais cada vez mais abstratos, típicos do catálogo de direitos constitucionais fundamentais dos estados democráticos contemporâneos, e as formas de vida concretas nas quais originalmente surgiram; e quanto à personalidade, as competências cognitivas da personalidade tornam-se mais abstratas e capazes de lidar com um conjunto cada vez mais variável de objetos, diferentes dos contextos culturais concretos nos quais foram adquiridas.³⁸²

Finalmente, em (iii) é explicitada a especificação funcional de cada um dos processos de reprodução do mundo da vida. Para cada um deles corresponde a formação de sistemas de ação profissionais especializados no desempenho de tarefas relativas à integração social (ex. procedimentos democráticos institucionalizados), tradição cultural (ex. pesquisa científica e crítica da arte levada a cabo em universidades), e personalidade (processos de educação submetidos à institucionalização mediante critérios

³⁸¹ Cf. TrTKH, II, p. 207.

³⁸² Cf. TrTKH, II, pS. 207-8.

pedagógicos).³⁸³ Aqui pode ser observado como que a racionalização do mundo da vida cria condições de possibilidade para o estabelecimento de sistemas de ação auto-referentes, que no entanto precisam manter os vínculos com o mundo da vida. A tendência de especialização permite superar obstáculos concretos à reprodução material de sociedades complexas, fruto da modernização, mas tais sistemas especializados precisam manter o vínculo com o mundo da vida, único capaz de garantir a reprodução simbólica de sentido pela ação comunicativa.

Desde cedo a sociologia procurou destacar, ao lado das “vantagens” resultantes destes processos de racionalização, também suas possíveis conseqüências negativas, do que são exemplos a “perda de sentido” e a “perda de liberdade” que acomete as sociedades modernas submetidas aos processos de racionalidade instrumental³⁸⁴, a “anomia” resultante do desenvolvimento da divisão do trabalho social³⁸⁵. A perspectiva que Habermas pretende apresentar tenta dar conta destes processos de patologia social, que efectivamente podem resultar da racionalização moderna, sem no entanto rejeitar pura e simplesmente a racionalização moderna. Mais que isso, a idéia é afirmar que estas patologias resultam de uma racionalização deficiente, a qual consiste em substituir processos de reprodução comunicativa do mundo da vida por processos de integração sistêmica que ultrapassam os limites da sua competência.³⁸⁶ Para isso é necessária “uma estratégia teórica que nem identifique o mundo da vida com a totalidade da sociedade nem o reduza a elementos sistêmicos.”³⁸⁷

³⁸³ Cf. TrTKH, II, p. 208.

³⁸⁴ Cf. WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**; WEBER, Max. **Economia e Sociedade**.

³⁸⁵ Cf. DURKHEIM, Emille. **A Divisão do Trabalho Social**.

³⁸⁶ Quanto a isto é possível apontar, com relativa facilidade, a vinculação de Habermas às teses dos clássicos fundadores da sociologia. Exemplo: “pode-se entender a explicação de Habermas a respeito da separação de mundo vivo e sistema como uma apologia da crença de Durkheim de que o sistema deve estar ancorado num mundo vivo autônomo. Durkheim percebia claramente a tensão entre sistema e mundo vivo, atribuindo as tendências anômicas da sociedade moderna à incapacidade dos princípios formais de lei e moralidade em contrabalançar os efeitos de desintegração provocados pelo mercado.” INGRAM, David. **Habermas e a Dialética da Razão**, p. 164.

³⁸⁷ TrTKH, II, p. 210. “Habermas acredita que o funcionalismo sociológico não pode estabelecer condições de continuidade estrutural sem primeiro abandonar seu manto empírico-analítico, e sem se revestir com a teoria crítica iluminada pela hermenêutica.” INGRAM, David. **Habermas e a Dialética da Razão**, p. 179. De um lado é necessário compreender a sociedade sob seu aspecto de sistema sem no entanto incorrer na idealização hermenêutica consistente em maximizar este aspecto. Em Parsons os sistemas sociais são definidos por referência ao modo como os sistemas biológicos autoregulados são capazes de manter estáveis seus limites face ao ambiente que os circunda Cf. PARSONS, Talcott. **Social Systems**. New York: Free Press, 1964, p. 101-102. Neste sentido as sociedades são definidas como sistemas de ações cujo processo evolutivo é avaliado em termos de diferenciação funcional entre sub-sistemas, cada um consistindo um ambiente para os demais.

Ao contrário de sistemas biológicos dos corpos vivos, sociedades devem ser compreendidas ao menos em parte sob a perspectiva hermenêutica do participante que se guia por normas, valores, etc.³⁸⁸ Sob este aspecto interno a sociedade deve ser compreendida como uma rede de ações comunicativas que reproduzem a sociedade a partir do pano de fundo de tradições culturais comuns. Neste caso, todos os processos de socialização são submetidos ao crivo dos processos cooperativos de interpretação. Quem compreende as sociedades sob este aspecto assume três ficções, as quais podem gerar ilusões que são abandonadas tão logo a sociedade seja interpretada simultaneamente como mundo da vida e sistema: (i) autonomia dos agentes, (ii) independência da cultura, e (iii) transparência da comunicação. Quanto a (i), assumimos nas ações comunicativas o pressuposto de que os participantes podem sempre dar explicações sobre suas próprias ações. Certamente é indispensável que isto ocorra em larga medida, porém considerar a sociedade unicamente sob este aspecto implica a ilusão de que os processos de socialização que ocorre com completa vontade e autonomia dos agentes. Quanto a (ii), a perspectiva do mundo da vida carrega a suposição de independência da cultura face a coações externas. Também aqui é indispensável que na ação comunicativa possamos contar com convicções sob as quais não há apenas imposição disfarçada. No entanto, também aqui há risco de idealizar este aspecto como se sua cultura, a partir da qual devem confrontar os mundo objetivo, social e subjetivo, não fosse também atingida por processos de formação que escapam à sua própria vontade. Finalmente, quanto a (iii) é sumamente importante, para a reprodução das estruturas do mundo da vida pela ação comunicativa, aceitar a idealização de que os participantes poderiam entender-se sobre tudo através dos meios de sua linguagem, de que todo consenso é alcançado sob a base da aceitação argumentativa de pretensões de validade. No entanto, isto leva ao risco da idealização que consiste em ignorar aspectos enganosos e deformadores de nossa comunicação, mediante coerções sutis as quais podem passar despercebidas aos participantes. Em resumo, se radicalizada a perspectiva hermenêutica, incorre-se no equívoco de tomar a sociedade por aquilo que quotidianamente, na ação comunicativa, assumimos que ela é.

³⁸⁸ “De todo modo, a conceitualização das sociedades não pode ser conectada sem discontinuidades com a dos sistemas orgânicos, já que ao contrário do que acontece com as estruturas biológicas, as estruturas que os sistemas de ação exibem não resultam acessíveis à observação e devem ser acessadas hermeneuticamente, isto é, desde a perspectiva interna de seus membros.” TrTKH, II, p. 214. Neste sentido, também SEARLE, John. **La Construcción de la Realidade Social**, pp. 21-139

Uma correta interpretação da sociedade como sistema e mundo da vida permite perceber que ações sociais consistem em larga medida em suspender as pretensões comunicativas e voltar-se à regulação das conseqüências da ação não pretendidas pelos agentes. Porém, se interpretamos a integração social exclusivamente da perspectiva de um observador externo como integração sistêmica incorremos em unilateralidade oposta, considerando a sociedade apenas como um sistema que se autoregula. A tese de Habermas é que inicialmente, em sociedades arcaicas, mundo da vida e sistema coexistem sob o mesmo espaço social de modo não diferenciado. Apenas após serem submetidas a processos de modernização é que sociedades, tornadas complexas e diferenciadas, vivenciam também a diferenciação funcional de sistemas de ação especializados, que passam a substituir a ação comunicativa em determinados âmbitos de ação para garantir a reprodução material da sociedade. Tais sistemas desenvolvem estruturas cada vez mais complexas, como reação a um ambiente que os circunda, em relação ao qual depende da obtenção de “recursos” (inputs) para seu funcionamento. Sociedades são mantidas no tempo pela via da regular troca de “recursos” entre os subsistemas de ação que passo a a passo vão sendo formados. Destes os mais relevantes para compreender as sociedades contemporâneas são os sistemas “mercado” e “administrativo”. Respectivamente através dos *medias* “dinheiro” e “poder” eles podem garantir uma comunicação não-linguística, isentando os atores sociais dos altos custos da ação comunicativa em mundos da vida onde a tradição perdeu grande parte de sua força. Assim, a institucionalização do poder administrativo e do dinheiro simplifica enormemente as condições para ações sociais bem sucedidas.³⁸⁹ Ambos os subsistemas são criados e mantidos com meios jurídicos, de modo que a legitimidade do direito deve ser continuamente reproduzida sob pena de mal funcionamento dos sistemas.

O sistema mercado permite aos atores abandonarem as suposições da ação voltada ao consenso e assumirem a perspectiva da ação estratégica, orientados exclusivamente para as conseqüências, ganhos e perdas das ações, uma vez que os demais aspectos da situação estão definidos juridicamente. O estabelecimento da figura do contrato de direito privado é o exemplo mais comum a ressaltar este aspecto. Assim o mercado pode ampliar sua complexidade interna e adquirir maior eficiência na reprodução das condições materiais do mundo da vida. Por sua vez, a administração

³⁸⁹ Conforme o exemplo, tantas vezes utilizado na sociologia, do dinheiro. Cf. GIDDENS, Anthony. **As Conseqüências da Modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991, pp. 30-35. Cf. SEARLE, John. **La Construcción de la Realidade Social**. Barcelona: Paidós, 1997.

pública burocrática, pela via de funcionários revestidos de autoridade para a tomada de decisões vinculantes, também é capaz de simplificar situações de interação social, reduzindo os custos da ação comunicativa. A institucionalização jurídica de processos eleitorais e de garantia de coerção para as decisões políticas são alguns dos exemplos de regulações sistêmicas que permitem a ampliação e manutenção, no tempo e no espaço, das instituições políticas aceitas como legítimas.

Para Habermas esta tese pode ser utilizada para explicar alguns problemas surgidos especialmente no desenvolvimento dos estados de bem-estar social europeus a partir dos anos 1950 do século XX, um desenvolvimento que pode ser descrito em termos de uma série contínua de jornadas de “juridificação” (*Verrechtlichung*),³⁹⁰ um conceito que é definido por referência à

(...) tendência que se observa en las sociedades modernas a un aumento del derecho escrito. En esta tendencia podemos distinguir entre la *extensión* del derecho, es decir, la regulación jurídica de nuevos asuntos sociales regulados hasta el momento de manera informal, y el *adensamiento* del derecho, es decir, la desmenuzación de una materia jurídica global en varias materias particulares.³⁹¹

Cada uma destas “jornadas” corresponde a uma etapa de um processo de juridificação de âmbitos sociais de ação estruturados comunicativamente. A primeira corresponde à formação do sistema administrativo sob a égide dos Estados Absolutistas e de uma sociedade civil burguesa, e nela ocorre a diferenciação entre os sistemas de ação Economia e Estado estimulados pelo estabelecimento de uma ordem jurídica positiva que estabelece normas de direito privado e público, da personalidade jurídica concedida aos membros da sociedade civil, da segurança jurídica que garante o cumprimento dos contratos e do monopólio estatal da violência. A partir daí, as jornadas seguintes são explicadas por Habermas no seguinte sentido:

(...) ese mundo moderno de la vida, puesto inicialmente a disposicion del mercado y del poder absolutista, va haciendo valer poco a poco sus propias pretensiones. A la postre, los medios como el dinero y el poder necesitan de un anclaje en un mundo moderno de la vida; sólo por esta vía puede el Estado burgués adquirir una legitimidad no parasitaria, acorde con el nivel de justificación moderno. Y al cabo, la única fuente de legitimación posible es el mundo de la vida estructuralmente diferenciado, y de ella dependen funcionalmente los Estados modernos.³⁹²

A seguinte jornada acompanha a formação do Estado de direito, na qual o poder público estatal é regulamentado – inclusive constitucionalmente – de modo que os

³⁹⁰ Para o que se segue, cf. TrTKH II pp. 502-527.

³⁹¹ TrTKH II p. 504.

³⁹² TrTKH II p. 507.

cidadãos passam a dispor também de direitos subjetivos-públicos oponíveis contra o estado. A seguir, trata-se da formação do Estado democrático de direito, na qual são positivados princípios que exigem a participação democrática como critério de legitimidade das leis: trata-se da juridificação dos processos políticos de legislação, com a correspondente positivação do direito ao voto, à associação partidária etc. Por fim, com o desenvolvimento do Estado social e democrático de direito, são constitucionalizados direitos que poderiam ser representados pela quinta categoria do sistema de direitos, apresentado no capítulo anterior. Trata-se de uma “juridificação garantidora da liberdade” na medida em que pretende impor limites ao subsistema económico do mesmo modo que as anteriores jornadas pretenderam impor limites ao subsistema administrativo. As regulamentações típicas do direito do trabalho, do direito económico, do direito do consumidor estabelecem uma rede de garantias que pretendem não apenas configurar mas também intervir no sistema económico, de modo a absorver juridicamente tarefas que o sistema já não parece apto a desempenhar:

La red de garantías que ofrece el Estado social tiene precisamente como fin absorber los efectos externos de un proceso de producción basado en el trabajo asalariado. Pero cuanto más tupida se hace esa red, con tanta más claridad aparecen ambivalencias de *otro tipo*. Los efectos negativos de esta, por el momento, última hornada de juridización, no se presentan como efectos colaterales, sino que son resultado de la *estructura misma de la juridización*. Pues ahora son los propios medios con que se garantiza la libertad los que ponden en peligro la libertad de los beneficiarios.³⁹³

Assim, Habermas identifica perturbações funcionais que resultam de regulamentações estabelecidas pelos Estados de bem-estar social. E elas resultam do fato de que os direitos, concebidos como bens cujas prestações são realizadas pelas burocracias estatais aos cidadãos interpretados como clientes e que podem ser usufruídos bastando para isso assumam a perspectiva estratégica e não comunicativa, terminam por minar as bases comunicativas das quais o próprio direito positivo pode retirar, em última instância, sua legitimidade. O quinto capítulo do presente trabalho retomará este ponto na discussão sobre o conceito de paradigma jurídico. Ainda assim é preciso chamar a atenção para o fato de que o diagnóstico do problema, para Habermas, certamente não consiste na pura desregulamentação e/ou supressão dos benefícios sociais surgidos com os Estados de bem-estar, dado que sua crítica a este modelo de estado apóia-se na premissa de que

(...) o projeto do Estado social não pode ser simplesmente congelado ou interrompido: é preciso continuá-lo num nível de reflexão superior. O que se

³⁹³ TrTKH II p. 511.

tem em mente é domesticar o sistema económico capitalista, “transformando-o”, social e ecologicamente, por um caminho que permita “refrear” o uso do poder administrativo, sob dois pontos de vista: o da eficácia, que lhe permita recorrer a formas mitigadas de regulação indireta, e o da legitimidade, que lhe permita retroligar-se ao poder comunicativo e imunizar-se contra o poder ilegítimo.³⁹⁴

Neste sentido, seu modelo aponta para reformas de cunho político que objetivem sanar os obstáculos impostos pela burocratização do mundo da vida através do estímulo à participação política dos concernidos na formulação e implementação das políticas públicas.³⁹⁵

3.3 “Mundo da vida” e Hermenêutica jurídica.

A tese da relação complementar entre mundo da vida e sistema apóia-se na hermenêutica filosófica em sua crítica à “juridificação”, à colonização do mundo da vida por imperativos sistêmicos. Mercado e burocracia administrativa não podem perder seus vínculos com um mundo da vida cujas estruturas são reproduzidas comunicativamente, sob risco de patologias sociais. No entanto, da tese da relação complementar resultam também ao menos duas potenciais objeções que podem refletir-se na hermenêutica jurídica. A primeira delas diz respeito ao risco de idealismo, que resulta da compreensão da sociedade exclusivamente sob seus aspectos de mundo da vida. A segunda objeção é mais restrita, e diz respeito ao risco de “conservadorismo” que pode resultar do status atribuído à tradição linguística e à maior ou menor liberdade que deve o intérprete gozar em relação à mesma.

3.3.1 Risco de idealização.

Como foi afirmado acima, compreender a sociedade exclusivamente sob a perspectiva do mundo da vida importa o risco de desconsiderar os imperativos funcionais característicos dos sistemas de ação como mercado e burocracias. O estar imerso em algum mundo da vida, revela a hermenêutica filosófica, é condição inevitável

³⁹⁴ TrFG II p. 148

³⁹⁵ Para exemplos frutíferos no sentido de uma participação ativa dos concernidos, respectivamente no tocante (i) à prestação de serviços pelo poder judiciário em bairros pobres da cidade do Rio de Janeiro, (ii) sobre a inclusão política na gestão administrativa das prefeituras brasileiras mediante os conselhos municipais, os quais conjugam mecanismos representativos e de participação direta da população, cf. RIBEIRO, Paulo Jorge. STROZENBERG, Pedro (orgs.). **Balcão de Direitos: resoluções de conflitos em favelas do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Mauad, 2001. SANTOS Jr, Orlando Alves dos. RIBEIRO, Luiz César de Queiroz. AZEVEDO, Sérgio de (orgs). **Governança Democrática e Poder Local: a experiência dos conselhos municipais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, Fase, 2004.

que atinge os membros de uma comunidade linguística. Para que estes sejam capazes de reproduzir seu mundo da vida devem poder assumir performativamente uma série de pressupostos inerentes ao uso comunicativo da linguagem, os quais permitem supor a imputabilidade dos atores, uma cultura não coagida e uma transparência do meio linguístico. Como vimos no capítulo anterior, suposições como estas são contra-fáticas no sentido de que se explicitamente não estão presentes então há uma falha na comunicação, o que torna impossível o consenso linguístico e conseqüente reprodução do mundo da vida. No entanto, além do fato de que devem ser assumidas pelos atores em questão em alguma medida relevante, tais suposições adotadas pela perspectiva dos participantes de uma comunidade linguística não podem ser aceitas como correta descrição dos fenômenos de interação social em todos os casos. Devemos poder explicar muitos outros aspectos da interação social, como é o caso daqueles regulados pelo poder administrativo, mediante também a perspectiva da terceira pessoa, do observador. Interpretar todos os fenômenos de interação social como uma espécie de consenso linguístico entre participantes do mundo da vida implicaria expandir as suposições contra-fáticas, nas quais estes atores se apoiam, saindo das ingenuidades “desde sempre” conhecidas do mundo da vida em direção a uma explicação global da sociedade que será assim inevitavelmente carregada de idealismo. Os riscos de idealização do mundo da vida podem resultar de sua indevida extensão para abranger também a espécie de integração social sistêmica. Em primeiro lugar, a qualidade de participantes de um mundo da vida comum está relacionada à capacidade dos sujeitos para levantar e assumir pretensões de validade, passíveis de crítica, na ação comunicativa. No entanto, interpretar a sociedade exclusivamente como mundo da vida resultaria em considerá-la, de modo bastante idealizado, como estruturadas apenas de relações estabelecidas deliberadamente entre sujeitos autônomos: “os atores nunca controlam por completo sua situação de ação. Não são donos nem de suas possibilidades de entendimento nem das conseqüências de suas ações, nem dos efeitos colaterais (...)”³⁹⁶. Em segundo lugar, a convicção dos atores quanto a aspectos da cultura na qual estão imersos impede que esta seja integralmente problematizada, de uma só vez, e para eles não há sentido em perguntar se os esquemas de interpretação nos quais foram socializados são o resultado de coações externas.³⁹⁷ Disto resulta que, se interpretamos a sociedade exclusivamente sob seu aspecto de mundo da vida cresce o

³⁹⁶ TrTKH, II, p. 211.

³⁹⁷ TrTKH, II, p. 212.

risco de que adotemos uma idealização que põe a salvo da crítica aspectos deformadores da comunidade linguística na qual estamos imersos. Em terceiro lugar, os participantes do mundo da vida assumem ingenuamente a pretensão contra-fática de que podem entender-se de maneira ilimitada, imunes a distorções sistemáticas da comunicação. No entanto, interpretada a sociedade exclusivamente como mundo da vida seria inevitável a idealização que eleva estruturas arbitrárias de poder firmemente ancoradas nas tradições cotidianas ao status de valores racionalmente consensuais³⁹⁸.

As teses de Habermas quanto a este ponto devem, inevitavelmente, guiá-lo a denunciar o risco de idealismo também nas apropriações jurídicas da hermenêutica filosófica. Porém, não se trata aqui de demonstrar uma rejeição global da hermenêutica jurídica por parte de Habermas, dado que é o contrário o que ocorre. Afinal, se a pretensão de universalidade da hermenêutica é reconhecida como indispensável explanação dos aspectos comunicativos da sociedade – bastando apenas seja ela complementada com aspectos sistêmicos, então é natural que Habermas lhe conceda também relevante papel na explicação das teorias da argumentação jurídica. A lúcida observação feita por Arthur Kaufmann de que a hermenêutica é apenas uma dentre várias possibilidades de lidar com as questões de aplicação do direito e que “não exclui outras teorias como a analítica ou a teoria da argumentação, sendo antes recomendadas por serem completamente necessárias”³⁹⁹, encontra correspondência no modo como Habermas admira na teoria jurídica de Ronald Dworkin a capacidade de preservar momentos positivos da hermenêutica jurídica.⁴⁰⁰ Na verdade, como foi afirmado logo ao início deste capítulo, tampouco se trata aqui de sustentar um juízo definitivo quanto à pertinência da crítica que Habermas dirige à hermenêutica e à teoria dos sistemas. O objetivo, bem mais modesto, é extrair as conseqüências que deveriam resultar para a argumentação jurídica destas teses sociológicas da teoria discursiva. Afinal, simplesmente negar a produtividade teórica de uma abordagem como a hermenêutica filosófica (quanto mais apoiando-se em argumentos um tanto restritos e distantes do consenso no meio acadêmico) é um equívoco a ser evitado⁴⁰¹.

³⁹⁸ TrTKH, II, p. 213.

³⁹⁹ KAUFMANN, Arthur. **Concepcion Hermenéutica del Método Jurídico**. *Persona y Derecho*, n° 35, 1996, (11-38) ps. 13-14.

⁴⁰⁰ Cf. TrFG, I, ps. 252 e ss. Para a relação entre Dworkin e a hermenêutica filosófica, cf. LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência**, especialmente ps. 255-275.

⁴⁰¹ Para uma análise global da recepção da hermenêutica em autores outros que não apenas aqueles tradicionalmente vinculados à hermenêutica jurídica, tais como Herbert L. A. Hart e Ronald Dworkin, cf. LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência**. E ainda, mesmo uma abordagem crítica da hermenêutica filosófica deve ter presente que ela “torna transparentes as limitações das regras

Trata-se, ao invés, de identificar algumas unilateralidades, seja por “idealismo do mundo da vida” seja por “conservadorismo”, que de fato estão presentes na hermenêutica jurídica. Para tanto não é necessário demonstrar um suposto equívoco global da teoria. Uma destas conseqüências pode ser explicitada no seguinte modo: o entendimento linguístico hermenêutico, quando adotado como base de um modelo de interpretação jurídica, carrega o “risco de idealismo” ao desconsiderar aspectos de integração funcional do sistema administrativo. Mas como exatamente isto pode ocorrer? Em Gadamer a hermenêutica filosófica pretende explicitar a dimensão ontológica da compreensão, e não fornecer regras corretas de interpretação. A tarefa à qual se propõe não é desenvolver um procedimento correto de compreensão, mas sim elucidar as condições sob as quais a compreensão ocorre.⁴⁰² Neste caso o modelo do diálogo não deformado desempenha o papel exemplar, uma recepção do significado herdado do texto que, não sendo neutra em relação aos próprios pré-conceitos, é aberta à alteridade do texto⁴⁰³: “parece ser uma exigência hermenêutica justificada o fato de termos de nos colocar no lugar do outro para poder entendê-lo”⁴⁰⁴. Certamente não se trata de compreender as intenções psicologicamente definidas do autor do texto:

Quando procuramos entender um texto (...) o fazemos tendo em vista a perspectiva sob a qual o outro ganhou a sua própria opinião. E isso não quer dizer outra coisa, senão que procuramos fazer valer o direito objetivo do que o outro diz. Quando procuramos entender, fazemos inclusive o possível para reforçar os seus próprios argumentos. (...) É tarefa da hermenêutica explicar esse milagre da compreensão, que não é uma comunhão misteriosa das almas, mas uma participação num sentido comum.⁴⁰⁵

Este aspecto dialógico da compreensão (e sua influência no pensamento de Habermas) torna-se ainda mais explícito nas considerações de Gadamer sobre a estrutura da “pergunta” como sendo capaz de expressar o modo como os próprios preconceitos podem ser suspensos na interpretação do sentido herdado de uma tradição:

metodológicas da interpretação. (...) mostra que aos resultados da compreensão é sempre imanente um momento cirativo. (...) torna mais nítido o facto de a compreensão se fundar na praxis da vida. É justamente o conceito de pré-compreensão, comum na hermenêutica, que deve documentar que a compreensão radica na praxis da vida. A hermenêutica filosófica mostra assim, que as hipóteses apresentadas para a interpretação de um texto não são descobertas através de um processo orientado por regras, antes tem origem no viver quotidiano, sendo trazidas para o texto que se pretende compreender. É precisamente a prova do condicionamento da compreensão pela pré-compreensão que também torna claro que a interpretação é um processo de verificação de hipóteses.” SCHROTH, Ulrich. *Hermenêutica Filosófica e Jurídica*, in KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, (381-408) p. 385.

⁴⁰² Cf. GADAMER, H. **Verdade e Método**.

⁴⁰³ Cf. GADAMER, H. **Verdade e Método**, p. 405.

⁴⁰⁴ GADAMER, H. **Verdade e Método**, p. 453.

⁴⁰⁵ GADAMER, H. **Verdade e Método**, p. 437-8.

“a essência da pergunta é a de abrir e manter abertas possibilidades.”⁴⁰⁶ Não se trata de um abandono das pré-compreensões tão logo surja um questionamento ou insegurança mas sim da “sabedoria fundamental hermenêutica, de que é uma ilusão achar que alguém possa ficar com a última palavra.”⁴⁰⁷ Aqui a dialética socrático-platônica é o modelo adotado capaz de expressar o caráter ordinário da conversação, do diálogo hermenêutico, o qual possui a estrutura de pergunta e resposta entre parceiros de um empreendimento comum: “levar uma conversação quer dizer pôr-se abaixo da direção do tema, acerca do qual se orientam os interlocutores. Requer não abafar o outro com argumentos, mas, pelo contrário, sopesar realmente o peso objetivo da opinião contrária.”⁴⁰⁸ Trata-se de uma arte de experimentar as muitas possibilidades de significado levantadas e deixadas em aberto com a pergunta, capaz de evitar o modo possivelmente repressor da pergunta da opinião dominante.⁴⁰⁹ Deste modo o caráter dialógico da conversação é definido por Gadamer nos seguintes termos:

A conversação é um processo pelo qual se procura chegar a um acordo. Faz parte de toda verdadeira conversação o atender realmente ao outro, deixar valer os seus pontos de vista e pôr-se em seu lugar, e talvez não no sentido de que se queira entendê-lo como esta individualidade, mas sim no de que se procura entender o que diz. O que importa que se acolha é o direito de sua opinião, pautado na coisa, através da qual podemos ambos chegar a nos pôr de acordo com relação à coisa.⁴¹⁰

O risco de idealismo que tal modelo dialógico pode vir a produzir pode ser exemplificado com algumas referências à teoria do direito que explicitamente apela à hermenêutica filosófica como recurso teórico. Naturalmente isso não é uma prova definitiva contra a produtividade da hermenêutica filosófica, especialmente Gadamer, dado que os equívocos bem poderiam surgir na aplicação de suas teses à jurisprudência, com o que estaria isento de responsabilidade. Na verdade tampouco é uma rejeição global da hermenêutica jurídica, ainda que implique uma exigência de modéstia frente ao ativismo judicial que dela poderia resultar. De todo modo, o considerar este diálogo hermenêutico como ponto de partida para a construção de modelos de interpretação pode certamente originar idealizações como aquelas que Habermas pretende corrigir com as teorias funcionalistas. O que importa é demonstrar que se Habermas aponta na

⁴⁰⁶ GADAMER, H. **Verdade e Método**, p. 448.

⁴⁰⁷ HABERMAS, J. **Dialética e Hermenêutica**, p. 85.

⁴⁰⁸ GADAMER, H. **Verdade e Método**, p. 541.

⁴⁰⁹ “a dialética consiste não na tentativa de buscar o ponto fraco do que foi dito, mas antes, em encontrar sua verdadeira força. Por consequência não entende, com isso, aquela arte de falar e argumentar que é capaz de tornar forte uma coisa fraca, mas a arte de pensar que é capaz de reforçar o que foi dito, a partir da própria coisa.” GADAMER, H. **Verdade e Método**, p. 541.

⁴¹⁰ GADAMER, H. **Verdade e Método**, p. 561.

pretensão de universalidade da hermenêutica filosófica, especialmente quando sua perspectiva é adotada pelas ciências sociais, ao lado de suas virtudes também o risco de idealização, deve então também rejeitar idealizações semelhantes quando surgidas na hermenêutica jurídica.

Especialmente importante para a recepção jurídica da hermenêutica filosófica é a idéia do círculo hermenêutico cuja importância para a explicação da atividade de interpretação e aplicação do direito é bem assentada na filosofia jurídica⁴¹¹. Pretende-se que seja ela uma característica importante da aplicação de normas jurídicas aos fatos concretos, a qual possui considerável reputação no pensamento jurídico moderno, e que pode ser definida do seguinte modo: trata-se de uma relação “circular” que há entre a compreensão das normas que devem ser interpretadas e os fatos aos quais as normas devem ser aplicadas. E por que há uma relação circular? Por um lado já temos que ser capazes de imaginar exemplos concretos de casos aos quais as normas são aplicadas, para poder compreender corretamente as próprias normas. Quando alguém lê na constituição uma expressão como “princípio da dignidade da pessoa humana” e não consegue extrair desta norma nenhuma obrigação concreta, isto não ocorre por que careça de domínio da língua portuguesa, na qual o dispositivo foi redigido. Isto ocorre porque o intérprete em questão não é capaz ainda de imaginar casos concretos aos quais tal norma pode ser aplicada. Somente depois que conseguimos vislumbrar algum tipo de fato concreto ao qual esta norma poderia ser aplicada (ex. permitir o aborto no caso de feto anencéfalo etc.) é que somos capazes de interpretar “juridicamente” a norma em questão. Neste sentido, para compreendermos as normas, precisamos de uma compreensão prévia de alguns fatos, ainda que imaginários. Assim, compreendemos uma norma quando sabemos como aplicá-la a casos concretos.

Por outro lado, para interpretar corretamente os fatos, é necessário dispor de um conhecimento prévio das normas aplicáveis à situação. O intérprete precisa dominar

⁴¹¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**, 3ª ed. Lisboa: Gulbenkian, 1997, ps. 285 e ss. “Por tal, dizendo de modo simplificado, pretende expressar-se o seguinte: uma vez que o significado das palavras em cada caso só pode inferir-se da conexão de sentido do texto e este, por sua vez, em última análise, apenas do significado – que aqui seja pertinente – das palavras que o formam e da combinação de palavras, então terá o intérprete – e, em geral, todo aquele que queira compreender um texto coerente ou um discurso – de, em relação a cada palavra, tomar em perspectiva previamente o sentido da frase por ele esperado e o sentido do texto no seu conjunto; e a partir daí, sempre que surjam dúvidas, retroceder ao significado da palavra primeiramente aceite e, conforme o caso, rectificar este ou a sua ulterior compreensão do texto, tanto quanto seja preciso, de modo a resultar uma concordância sem falhas. Para isso, terá que lançar mão, como controlo e auxiliares interpretativos, das mencionadas «circunstâncias hermeneuticamente relevantes»”, LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**, p. 286. Para uma recepção da hermenêutica filosófica pela teoria constitucional, Cf. BELLO Filho, Ney de Barros. **Sistema Constitucional Aberto**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

minimamente as normas jurídicas que tratam da matéria de fato acerca da qual estamos discutindo. Se isso não acontece, torna-se impossível selecionar as características que são relevantes e ignorar as que não importam para o problema em questão. Esta relação é bastante visível quando por ocasião da redação de uma petição ou uma sentença: só é possível a redigir a narrativa dos fatos quando já se conhece quais são as normas jurídicas aplicáveis, pois de outro modo o sujeito não seria capaz de “escolher”, no âmbito dos fatos ocorridos, as características que devem ser mencionadas na sentença ou petição. Assim, também a interpretação dos fatos exige uma prévia compreensão das normas aplicáveis.

Uma possível objeção a esta idéia poderia ser a afirmação de que tratar-se-ia de um “círculo vicioso”, a qual poderia ser expressa do seguinte modo: “ora, se para conhecer as normas é necessário conhecer os fatos, mas ao mesmo tempo só conhecemos fatos se já conhecemos normas, então isso nos leva a um impasse!” Todavia não é isso o que ocorre. Não se trata de saber “quem vem antes”, se as norma ou os fatos. Trata-se apenas de perceber que, na construção de argumentos jurídicos, a referência aos fatos e às normas sempre é feita lado a lado. Progressivamente adquirimos maior domínio do significado das normas à medida em que somos capazes de vislumbrar uma maior quantidade de fatos aos quais as normas se aplicam. Ao mesmo tempo, adquirimos maior capacidade de interpretar fatos, de selecionar com segurança as características dos fatos que são importantes juridicamente, à medida em que ampliamos nossos conhecimentos de normas jurídicas positivas. Deste modo, o “círculo hermenêutico” não é um “círculo vicioso”: ele funciona de modo progressivo, ampliando o conhecimento que possuímos de fatos e normas, sempre em referência recíproca. Em suma, trata-se de uma relação circular virtuosa, a qual não deve ser evitada: o intérprete deve “entrar” na relação circular ao invés de pretender esquivar-se dela.

Habermas reconhece na hermenêutica jurídica, entre outros, o mérito de contrapor ao modelo convencional (interpretação como simples subsunção do caso a uma regra correspondente) o esclarecimento quanto à situação hermenêutica do intérprete expresso na idéia de círculo hermenêutico que condiciona toda interpretação e aplicação de regras.⁴¹² No entanto, vejamos a primeira objeção, levantada por Habermas, quanto ao risco de idealismo que resulta da descrição desta condição

⁴¹² TrFG, I, p. 247. FG,

hermenêutica circular da compreensão em termos do diálogo acima mencionado. Em termos simples é possível afirmar que o risco de idealismo manifesta-se quando a atividade institucional de aplicação do direito, levada a cabo pelo poder judiciário e profissionais a ele de algum modo relacionados, é descrita nos termos do diálogo hermenêutico típico do mundo da vida, sem considerar primeiramente os respectivos aspectos sistêmicos destas ações. Um exemplo de como isto pode ocorrer, encontramos em Kaufmann, para quem, na impossibilidade de estabelecer critérios de correção, para as decisões jurídicas, capazes de transcender os processos concretos de tomada de decisão jurisprudencial, deve então: “surgir neste mesmo processo, através da reflexão e argumentação, mediante intersubjetividade e consenso entre os participantes.”⁴¹³ E ainda:

(...) o fato de a determinação do direito não ser apenas um mero ato passivo de subsunção, mas um acto conformador, em que intervém o aplicador do direito, significa que o direito não é algo de substancial, que não está (...) «nas coisas», e que, ao invés, todo o direito tem um carácter situacional, o direito é algo de relacional, existe nas relações dos homens entre si e com as coisas. Com isto se compreende facilmente que, para um tal pensamento jurídico, apenas possa existir um «sistema aberto» e, dentro deste, apenas «intersubjetividade»⁴¹⁴

A questão, que pode suscitar a objeção de Habermas, diz respeito não à consideração quanto à existência de intersubjetividade, ao carácter relacional do direito, mas sim quanto ao exclusivismo expresso no “apenas”. O que demonstra a idealização do mundo da vida não é o fato de que tais pretensões de intersubjetividade sejam levantadas performativamente mas sim que se considere que, de fato, são sempre assumidas e podem funcionar como correta descrição dos processos de decisão jurisprudencial que de fato ocorrem. Considerações assim são correntes na recepção jurídica da hermenêutica filosófica. Comum a todas elas é que (i) partem da constatação de algo como o círculo hermenêutico como condição inevitável de todo processo vital que é a interpretação, (ii) ressaltam a intersubjetividade que deve haver entre intérprete e aquilo que é interpretado, para ao final concluir que (iii) a interpretação do direito deve valer-se desta sua característica peculiar que é a intersubjetividade e seguir a via de uma jurisprudência ampla e ofensiva na consideração de argumentos não “formalista”.

De modo geral a correta insistência de Gadamer no fato de que a prática de interpretação de textos é dependente da preservação de significados publicamente compartilhados é o ponto de apoio para a negação de um suposto carácter autónomo dos

⁴¹³ KAUFMANN, Arthur. **Entre jusnaturalismo y positivismo**: hacia la hermeneutica juridica, in Anales de la Cátedra Francisco Suarez, nº 17, (1977), p. 361

⁴¹⁴ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**, Lisboa: Gulbenkian, 2004, p. 69

juristas em relação à rede cotidiana de significados⁴¹⁵. Deste modo, juízos de moral-política, distintos de visões particulares de moral, podem ser adotados por magistrados legitimamente sem ofender princípios do Estado democrático de direito.⁴¹⁶ Mas como isso é fundamentado partindo das teses de Gadamer? Perry por exemplo, apoiando-se na estrutura dialógica da interpretação revelada pela hermenêutica filosófica sustenta que os processos judiciais possuem também eles uma estrutura similar, o que não é negado pelo fato de que neles seja perfeitamente possível o deparar-se com um dissenso razoável, uma disputa entre interpretações, ao menos aparentemente, igualmente aceitáveis.⁴¹⁷

In a dialogic process a consensus will sometimes emerge precisely because one position is supported by a justification the interlocutors accept as stronger than the justification(s) that supports the competitor position(s). But that a consensus does not emerge – that a (diminished?) dissensus persists – does not entail that no justification can be stronger than another.⁴¹⁸

Certamente que Perry reconhece que o dissenso razoável entre juristas acerca da correta interpretação de um dispositivo é uma situação cotidiana entre os membros desta profissão. Mesmo no caso em que há boa-fé das partes na disputa interpretativa é bastante comum que simplesmente por partirem de premissas especulativas distintas o consenso seja impossível, afinal: “the normative pluralism that characterizes citizens in general also characterizes those who represent them, including judges”.⁴¹⁹ O que Perry pretende ao sustentar que a interpretação de casos jurídicos difíceis, especialmente do direito constitucional, pode ser justificada ainda que não seja possível alcançar o consenso da totalidade dos membros da sociedade:

To accept that the specification of constitutional indeterminacy is a matter of deliberation and justification – and that some political institutions might therefore be better suited for it than others, because some political institutions possess a richer deliberative capacity, or a more fitting kind of deliberative capacity – is to take a middle path between two extremes: the extreme of a nihilism according to which moral choice is merely an aesthetic (or perhaps a culinary) matter and the extreme of a dogmatism according to which moral choice is algorithmic and one and only one algorithm is right. (...) the process of specifying constitutional indeterminacy is not an “arbitrary” one; such specification is a matter of justification, it lies inside the domain of the more reasonable and the less reasonable.⁴²⁰

⁴¹⁵ DALLMAYR, Fred. *Hermeneutics and the Rule of Law*, in LEYH, Gregory (org.). **Legal Hermeneutics**: history, theory, and practice. Berkeley: UCP, 1992 (3-22), p. 18.

⁴¹⁶ PERRY, Michael J. **The Constitution in the Courts**: law or politics? New York: OUP, 1994, p. 100.

⁴¹⁷ PERRY, Michael J. **The Constitution in the Courts**, p. 100.

⁴¹⁸ PERRY, Michael J. **The Constitution in the Courts**, p. 101.

⁴¹⁹ PERRY, Michael J. **The Constitution in the Courts**, p. 101.

⁴²⁰ PERRY, Michael J. **The Constitution in the Courts**, p. 101.

Seguramente o modo como Perry descreve o processo de interpretação e aplicação de normas jurídicas nos casos difíceis é em grande parte isento de objeções, e especialmente a afirmação quanto à pretensão de correção de normas morais (negação do ceticismo moral) e sua distinção de uma idéia de realismo moral é perfeitamente compatível com moralidade discursiva habermasiana. As discrepâncias atingem as expectativas quanto ao caráter dialógico, nas dimensões apontadas, do processo interpretativo tal como ocorre em tribunais. Trata-se de um aspecto que revela a importância da teoria jurídica para a prática de interpretação e decisão jurídicas, cujas tarefas podem ser ampliadas ou reduzidas de acordo com o tipo de argumentos lançados por uma teoria política normativa: “because a particular judicial role entails a particular interpretative style – the style required by and partly constitutive of the role – a constitutional theory is partly an argument about proper interpretive style.”⁴²¹ Argumentos normativos quanto ao modo correto de interpretar produzem reflexos práticos relevantes na medida em que terminam por vincular os tribunais com um papel institucional adequado. Uma objeção a ser desenvolvida nos próximos capítulos do presente trabalho ressalta porém que, se por um lado o aspecto normativo das teorias sobre a interpretação do direito inevitavelmente produzem reflexos práticos ao estabelecer um aspecto institucional das atividades desenvolvidas pela jurisdição, por outro lado tal debate tem sido levado a cabo segundo uma perspectiva muito mais normativa, que ignora o caminho inverso, aquele que parte de constatações sobre as limitações e virtudes específicas de algumas instituições sociais específicas, no caso tribunais, para depois desenvolver os aspectos principiológicos de modo mais adequado.⁴²²

Neste momento interessa apenas destacar as conseqüências que podem resultar para os processos de deliberação política democrática de uma certa idealização do mundo da vida, que pode estar relacionada às contribuições da hermenêutica filosófica. Em geral estas questões são tratadas a título da compatibilidade destes modelos de ativismo judicial com os princípios do estado democrático de direito, que inevitavelmente reservam para o processo legislativo uma legitimidade não facilmente transportada para o interior de tribunais. Mais que isso, reserva ao menos uma

⁴²¹ PERRY, Michael J. *Why Constitutional Theory Matters to Constitutional Practice (and Vice Versa)*, in LEYH, Gregory (org.). **Legal Hermeneutics: history, theory, and practice**. Berkeley: UCP, 1992 (241-268), p. 250.

⁴²² Cf. SUNSTEIN, Cass. VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. *Michigan Law Review*, 2003, 101, vol. 4, (885-951).

prioridade para os órgãos de deliberação política a competência para efetuar juízos de moralidade pública. Perry responde esta questão distinguindo duas interpretações da exigência de que as decisões judiciais devem respeitar a lei vigente: a primeira está relacionada à idéia de separação de poderes, enquanto a segunda insiste em que estar de “acordo com o direito” é uma rejeição da possível arbitrariedade legislativa, algo como poder a decisão política apoiar-se em argumentos racionais, reunidos sob a idéia mais geral de estado de direito, e não meramente na vontade, qualquer que seja ela, legislada, o que poderia comportar a legitimação de distorções sociais agora revestidas de decisão política democrática⁴²³. Assim, é possível afirmar exigir que a decisão esteja apoiada apenas em regras muitas vezes opacas é atitude cujo resultado pode ser a negação prática da pretensão de não arbitrariedade que a idéia de estado de direito representa. Um exemplo de como isto pode ocorrer poderia ser apontado na tese de Hans Kelsen quanto à interpretação dos casos difíceis: em casos assim, não havendo clareza quanto aos limites jurídicos dentro dos quais o juiz poderá exercer seu poder “discricionário”, seja porque há um problema semântico na norma interpretada, seja porque trata-se de um princípio demasiado abstrato, etc., o juiz poderá valer-se de qualquer critério para fixar uma decisão específica no interior desta ampliada moldura, e dado que não há superioridade racional entre os possíveis argumentos, para fundamento jurídico da decisão específica “qualquer coisa serve”.⁴²⁴ É pensando em problemas assim que autores como Perry destacam tais argumentos, e este recorre à hermenêutica filosófica para afirmar que uma interpretação dialógica do Estado de Direito não apenas é compatível como na verdade exige aplicações do direito que conferem à jurisprudência amplas competências interpretativas:

the rule of law requires that a judge specify legal indeterminacy pursuant to a process of justification (“reason”) that is dialogic rather than monologic: a process in which she publicizes rather than conceals her real premisses – the premisses on which she is inclined to rely – thereby inviting challenges to her premisses; and in which she cultivates a genuinely deliberative rather than dismissive stance, prepared to take seriously (rather than to ignore) a challenge to her premisses, and also to take seriously the competing premisses of others. Moreover (...) the courts should, to the extent possible, aim at the common good – the good of the (political) community – rather than at the good merely of some part of the community, much less the good merely of the judge; and proceed, as much as possible, on the basis of premisses, including moral

⁴²³ Cf. PERRY, Michael J. **The Constitution in the Courts**, p. 103. Em sentido similar, ESSER, Josef. **Princípio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado**. Barcelona: Bosh, 1961, p. 334: “O juiz, em virtude do encargo que recebeu de integrar o sistema com sua época, tem a obrigação de superar os anacronismos. A «obediência bem entendida» à lei é na realidade uma obediência ao ordenamento total.”

⁴²⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, pp. 387-397

premises about the good of the community, widely shared in the community, but in any event not on the basis of premises widely rejected there.⁴²⁵

Mas o que fazer diante do risco de que magistrados, advogados e funcionários diretamente envolvidos, sob a aparência de um diálogo não constrangido acerca dos valores da comunidade e dos princípios de moralidade pública a serem endossados na decisão concreta, estejam na verdade a reproduzir voluntariamente disputas de interesses econômicos e outras vinculações, jamais explícitas, de poder estratégico? Nas palavras de Frank Michelman, “até que ponto esses argumentos realmente geram as decisões ou simplesmente servem para decorá-las, é algo desconhecido.”⁴²⁶ (Não obstante o próprio Michelman reconhece a necessidade de que os atores que participam no exercício da jurisdição assumam a perspectiva do participante nos debates teóricos). Afinal, se por um lado é verdade que a aceitação dos argumentos teóricos lançados em favor da adoção de uma determinada perspectiva teórica pode produzir reflexos quanto às dimensões da atividade de interpretação e aplicação do direito, por outro lado a disposição que move juristas a endossar uma determinada teoria e não outra qualquer pode residir menos em seus atributos especificamente teóricos, às vezes um tanto difíceis de serem compreendidos pelos próprios juristas, e mais numa disposição política anterior⁴²⁷. Neste sentido a teoria não importaria como um recurso teórico capaz de influenciar racionalmente os argumentos adotados em decisões judiciais, mas apenas como uma espécie de índice da “disorder in the body politic”⁴²⁸. Em todo caso, é perfeitamente possível reconhecer que, em grande parte, juristas decidem apoiar as teorias interpretativas que parecem melhor suportar teses com as quais já estavam de algum modo vinculados antes de engajar-se na disputa teórica específica. Perry reconhece esse fato mas discorda que seja ele um problema grave. Afirmar que as disputas teóricas sobre modelos de interpretação são dominadas por opções práticas desta espécie não é negar a importância da teoria jurídica (no caso específico, constitucional) para a prática da tomada de decisões judiciais:

If a contested interpretative style of constitutional discourse cannot be justified, if it lacks an adequate supporting theory, then its appeal into the public square,

⁴²⁵ PERRY, Michael J. **The Constitution in the Courts**, p. 104.

⁴²⁶ “How much these legal arguments cause the decisions of judges and how much they merely decorate them is unknown”. MICHELMAN, Frank. **Brenan and Democracy**, p. 3

⁴²⁷ Cf. TUSHNET, Mark. **Does Constitutional Theory Matter?** A Comment. *Texas Law Review* 65, vol. 4, (777-788), p. 778-779.

⁴²⁸ TUSHNET, Mark. **Does Constitutional Theory Matter?** A Comment. *Texas Law Review* 65, vol. 4, (777-788), p. 777.

its credibility, is diminished. If, however, it has an adequate theory, or to the extent it does, its credibility is enhanced.⁴²⁹

Teses semelhantes a esta são recorrentes na hermenêutica jurídica. Josef Esser por exemplo, chama a atenção corretamente para o risco de que argumentos teóricos que apoiam-se em princípios demasiado abstratos prestam-se a interpretações arbitrárias⁴³⁰ mas que tal problema pode, de algum modo, ser evitado pelo cultivo de um “espírito franco de criação do direito”⁴³¹ pela jurisprudência a partir de pré-compreensões, com o que é possível oferecer a garantia de estabilidade e segurança jurídica negada pelo poder político que, em muitos casos, evita legislar de modo objetivo.⁴³² Na verdade o: argumento de Perry ignora mais que especificidade institucional do poder judiciário. Ele idealiza também as condições sociais mais gerais para a formação de teorias jurídicas academicamente rigorosas, tais como a presença de uma continuada livre discussão, a possibilidade de recepção e crítica, da teoria, nos mais variados âmbitos sociais, tais como universidades aos tribunais. Em sociedades nas quais as universidades as pesquisas em filosofia do direito e teoria constitucional, por exemplo, sofrem de toda espécie de precariedades (da ausência de bibliotecas à pura e simples falta de pesquisa) a “boa teoria” pode depender muito mais de contato pessoal “face a face”, alguma habilidade retórica e razoável repertório de citações, do que propriamente de argumentos corretos. A relação entre pesquisa acadêmica e aplicação prática de seus resultados por juristas também é afetado pelas idealizações do mundo da vida.

No entanto, ainda que não seja conveniente apontar uma relação causal de dependência necessária, há um claro apoio entre tais teses e as interpretações da jurisprudência levadas a cabo por Gadamer:

A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na idéia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado em toda a concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa. Justamente por isso existe

⁴²⁹ PERRY, Michael J. *Why Constitutional Theory Matters to Constitutional Practice (and Vice Versa)*, p. 257.

⁴³⁰ “A vagueza de tais conceitos gerais é propícia a toda classe de abusos, na política e nos tribunais; uma expressão como «o princípio inspirador do artigo tal» se presta facilmente a toda sorte de raciocínios superficiais” ESSER, Josef. **Princípio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado**. Barcelona: Bosh, 1961, p. 3.

⁴³¹ Cf. ESSER, Josef. **Princípio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado**, p. 12.

⁴³² Cf. ESSER, Josef. **Princípio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado**, p. 34.

segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter uma idéia daquilo a que nos atemos. Qualquer advogado ou conselheiro está em princípio capacitado para aconselhar corretamente, ou seja, para predizer corretamente, a decisão do juiz com base nas leis vigentes. Claro que esta tarefa da concreção não consiste unicamente num conhecimento dos parágrafos correspondentes. Temos de conhecer também a judicatura e todos os momentos que a determinam, se quisermos julgar juridicamente um caso determinado.⁴³³

O problema não está em reconhecer que o estar ambientado ao “senso comum” dos juristas de determinada área do direito ou sistema particular é um pressuposto para uma razoável orientação prática quanto à interpretação de seus dispositivos. Isso sem dúvida alguma é correto, o mesmo podendo ser afirmado para o reconhecimento de que as decisões judiciais levantam uma pretensão de “não arbitrariedade” ou de “ponderação justa”. A idealização do mundo da vida consiste na passagem da constatação de que tais pretensões são levantadas para a conclusão de que uma jurisprudência que explicitamente assume amplas tarefas concretizadoras está justificada pela pretensão mesma levantada.

Quando Gadamer rejeita algumas das teses que afirmam a distinção entre a perspectiva do intérprete aplicador do direito e a do historiador do direito, o faz para sustentar que a hermenêutica jurídica não é um caso especial da hermenêutica filosófica e sim um modelo capaz de mostrar a ela “a velha unidade do problema hermenêutico”, a unidade entre interpretação e aplicação. Seria neste caso a hermenêutica não de uma “técnica de interpretação” mas sim filosofia transcendental, e isso “no sentido de que indica as condições gerais de possibilidade da compreensão de sentido. Enquanto tal, não prescreve nenhum método. Apenas diz, sob que pressupostos, se pode compreender algo no seu sentido.”⁴³⁴ A hermenêutica possuiria então um status ontológico e não metodológico. Enquanto tese “ontológica” pretende expicar o processo vital que é a interpretação, ao passo que como tese “metodológica” deveria pretender fornecer um conjunto de postulados técnicos manipuláveis para a interpretação de textos controversos⁴³⁵. No entanto esta caracterização não está isenta de problemas:

a extensão linear das teses da Hermenêutica filosófica à Jurisprudência foi acusada de envolver a indiferenciação dos problemas específicos da interpretação jurídica dogmática, implicando a diluição da função normativa do pensamento jurídico. Para os críticos, o «significado exemplar» da

⁴³³ GADAMER, H-G. **Verdade e Método**, p. 489.

⁴³⁴ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**, ps. 67.

⁴³⁵ “A proposta de Gadamer consubstancia-se numa ontologia hermenêutica. O seu problema não é normativo, no sentido de uma *ars interpretativa* que dê regras sobre o que “deve acontecer” na interpretação, mas fenomenológico, tendo a ver com o que “acontece” e esclarecendo as bases filosóficas do problema hermenêutico.” LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência: o alcance da recepção da hermenêutica filosófica para uma concepção de “jurisprudência de valoração”**. Revista Jurídica da Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, nº 6, 1986, pp. 61-83, p. 81.

hermenêutica jurídica não pode fazer diluir a problemática específica do jurista prático numa fenomenologia da compreensão (...)»⁴³⁶.

Ainda que Gadamer possa sempre objetar que sua preocupação é transcendental, ontológica, e não metodológica, permanecem indiferenciadas as funções de juízes, conselheiros jurídicos e historiadores do direito. Falta a percepção clara das conseqüências do fato de que “o juiz está investido numa autoridade institucional”⁴³⁷ que falta aos demais. Juristas vinculados à hermenêutica reconhecem o problema. Kaufmann o faz ao menos parcialmente na medida em que realça que a problemática ontológica da hermenêutica filosófica não esgota as preocupações da filosofia do direito (não é exclusivista), demandando ainda uma teoria da argumentação jurídica e uma teoria analítica do direito⁴³⁸. Também o hermeneuta Karl Larenz objeta que “Gadamer descarta (...) a função regulativa da norma”⁴³⁹. De fato, uma crítica neste sentido é empreendida por Garcia Amado: que a hermenêutica filosófica adote a hermenêutica jurídica como exemplar para solucionar um problema que é a seu ver ontológico, com isso não resolve os problemas quotidianos da aplicação do direito, que são em grande parte metodológicos, a saber, se em cada caso a interpretação fornecida esta correta ou errada.⁴⁴⁰ Afinal, se a tese de Gadamer é que a hermenêutica filosófica deve ser reformada tomando como modelo a hermenêutica jurídica, então ele retira contribuições de um modelo de jurisprudência que simplesmente aceita como fato consumado. Então não seria possível encarar com suspeição a pretensão de que dela seja possível retirar um modelo de jurisprudência?

3.3.2 *Risco de conservadorismo.*

Em FG Habermas realça a crítica ao risco de conservadorismo. Esta no entanto poderia ser superada com alguma insistência da pretensão de esclarecimento sobre os pré-conceitos que sustentam o intérprete nos moldes do que faz Perry, o que a princípio poderia ser endossado pelo próprio Habermas. No entanto, a crítica ao risco de idealismo acrescenta um argumento algo importante, que impediria a Habermas adotar

⁴³⁶ LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência**, p. 187.

⁴³⁷ LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência**, p. 189

⁴³⁸ Cf. KAUFMANN, Arthur. **Concepcion Hermenéutica del Método Jurídico**, p.13 e ss.

⁴³⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**, p. 295.

⁴⁴⁰ Cf. GARCIA AMADO, Juan António. **Filosofia Hermeneutica y Derecho**. Disponível em <<http://www.geocities.com/jagamado>>, acesso em 20/01/2004, (1-24)

esta via. Com esta última exige-se não apenas a possibilidade de crítica à estrutura preconceitual, mas também uma jurisprudência mais modesta.

Foi possível perceber o teor da crítica de Habermas ao suposto conservadorismo da hermenêutica filosófica de Gadamer, que resultaria do papel coferido à tradição à qual pertence um texto linguístico tornado problemático no momento em que nos dedicamos à tarefa de interpretá-lo. Habermas está correto ao afirmar tal tese? Esta questão permanecerá em aberto, dado que as conclusões que se pretende alcançar prescindem de sua solução definitiva. Aqui basta recordar duas coisas: em primeiro lugar não se trata de sustentar uma rejeição ou vinculação global às teses respectivamente da hermenêutica filosófica e da teoria do discurso mas sim de tentar construir, a partir desta última, parâmetros capazes de orientar a atividade jurisdicional. Em segundo lugar, pretende-se apontar que o “conservadorismo” permanece um risco presente ao menos em algumas recepções da hermenêutica filosófica pela teoria jurídica. Seguramente isto parece não ser uma consequência inevitável, como seria possível comprovar em diversos exemplos: a hermenêutica jurídica de Arthur Kaufmann, especialmente o desenvolvimento de seu princípio da tolerância e de uma justiça procedimental (de cunho bastante similar à de Habermas e Apel) porém esclarecida materialmente⁴⁴¹; os argumentos Michal Perry em defesa da jurisprudência liberal da Warren Court⁴⁴² e em defesa dos direitos humanos.⁴⁴³ Todavia, o conservadorismo, tal como apontado por Habermas, permanece ao menos uma possibilidade, e isso parece algo explícito na recepção da hermenêutica levada a cabo por Josef Esser. Isso seguramente não permite descurar as inúmeras contribuições presentes em sua obra, mas deve servir para justificar abordagens algo mais modestas de argumentos filosóficos desta natureza. Neste sentido serve também para endossar pesquisas recentes que ressaltam o quanto duvidosa é a identificação entre uma defesa do formalismo na interpretação e uma modéstia no exercício da jurisdição são reivindicações que podem ser rejeitadas (ao menos em sua prática efetiva) por setores política e moralmente conservadores, eventualmente agravando a situação de marginalidade de alguns setores sociais, e endossadas por suas virtudes em termos de promoção da democracia política.⁴⁴⁴

⁴⁴¹ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**, ps. 425 e ss.

⁴⁴² Cf. PERRY, Michael J. **The Constitution in the Courts**.

⁴⁴³ PERRY, Michal J. **The Idea of Human Rights**: four inquires, New York: OUP, 1998.

⁴⁴⁴ Cf. MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da Atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. *Novos Estudos CEBRAP*, n° 58, 2000, pp. 183-202.

Algumas das considerações de Esser sobre a importância das pré-compreensões para a jurisprudência podem ser tomadas como um exemplo daquilo que Habermas pretende rejeitar quando dirige sua crítica a Gadamer pelo papel conferido às tradições de uma comunidade. Se como vimos Habermas destaca o estar imerso nas estruturas pré-conceituais do mundo da vida como uma condição social bem destacada pela hermenêutica filosófica, por outro lado aponta também o perigo de que, especialmente para a hermenêutica jurídica, possa resultar da adoção de um modelo que se apoia numa eticidade substancial e se legitima a partir dos lugares comuns de uma forma de vida jurídica concreta.⁴⁴⁵ Mas em Esser esta crítica é procedente? A pré-compreensão valorativa à qual o intérprete tem acesso graças à sua imersão num determinado horizonte histórico é o que permite ao juiz fornecer decisões (“concretizar o direito”) de um modo tal que evite a pura arbitrariedade subjetiva.⁴⁴⁶ O ponto em que a observação de Habermas quanto ao suposto conservadorismo que carrega consigo a hermenêutica filosófica parece fazer sentido surge em Esser quando este caráter situado da interpretação adquire contornos normativos de uma rejeição de aspectos substanciais do moderno direito legislado e de defesa de amplos poderes aos magistrados como guardiães de uma sabedoria que antecede a lei. Desta defesa é possível destacar ao menos três pontos problemáticos, que parecem confirmar a correção da tese de Habermas: (i) o papel que as tradições culturais devem desempenhar na aplicação do direito e a competência dos juízes para interpretá-las, (ii) apoiando-se numa compreensão do status dos juízes pouco compatível com seu aspecto funcional em uma sociedade não estamental, (iii) uma crítica ao formalismo que se apoia numa visão demasiado unilateral das conseqüências do iluminismo e do moderno direito legislado.

(i) Em primeiro lugar a interpretação deve apoiar-se na referência a critérios éticos e de “common-sense”, um acervo “formado pelas influencias religiosas e filosóficas que, no curso da história, tem orientado o pensamento jurídico” que apresenta-se como um “acervo natural” de significado supra positivo que necessita ser preservado da “tirania legislativa”⁴⁴⁷. E a tradição aceita, esta sabedoria que precede a lei positiva, “é a última base real a partir da qual as opiniões dos juristas, que de outro

⁴⁴⁵ TrFG, p. 248.

⁴⁴⁶ Cf. ESSER, Josef. **Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado**, p. 107.

⁴⁴⁷ ESSER, Josef. **Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado**, p. 103.

modo ser perderiam na terra de ninguém das ideologias, podem liberar sua energia criadora frente às contrapostas tendências «ideológicas»⁴⁴⁸

(ii) Apenas obstáculos ideológicos é que impedem o juiz de, ao julgar, superar os argumentos estritamente vinculados ao direito legislado e apoiar-se também nas “tradições culturais do seu país e no atual sentimento vital de seu povo”.⁴⁴⁹ Por que exatamente juízes são tão mais capazes de auferir sentimentos populares é problema que não interessa no momento, mas sim que mesmo alguns destes sentimentos, quando captados pelos órgãos legislativos e transformados em lei, nem por isso haverão de estar isentos da qualificação de “ideológicos” quando se trata, por exemplo, da moderna legislação social, neste caso um direito indevidamente “instrumentalizado”⁴⁵⁰. De todo modo, a existência de critérios acerca do uso de princípios supra-positivos pela jurisprudência não tem “um posto fixo nem no jurídico nem no social, mas sim deve recebê-lo da judicatura”, a qual, uma vez tenha assumido explicitamente a tarefa de “afirmar e dar forma jurídica a uma convicção atual do direito” já não podem mais retornar a uma postura ingênua anterior.⁴⁵¹ Neste sentido, normas jurídicas não são tomadas como juízos definitivos para casos concretos de aplicação e sim como “instrumentos” que juízes podem utilizar para solucionar conflitos sociais, sobre os quais a influência do legislador termina por ser reduzida: “o legislador não é a autoridade que poderia determinar o campo definitivo de ação e a praticabilidade técnica das instituições jurídicas.”⁴⁵² Em outros termos: “os juízes não são infalíveis, mas são muito mais competentes para estender e expor a lei que os legisladores, que são sempre ignorantes e geralmente carregados de pré-conceitos.”⁴⁵³ Certamente Esser reconhece que os juízes também estão imersos em um mundo da vida específico, e portanto compartilham com o legislador o fato de também possuírem suas limitações, possibilidades e pré-conceitos específicos no entanto o perigo de arbitrariedade é identificado sobretudo no legislativo graças à força que possui devido aos instrumentos legislativos, políticos e administrativos.⁴⁵⁴ E afinal, os juízes podem contar com as

⁴⁴⁸ ESSER, Josef. **Princípio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado**, p. 105.

⁴⁴⁹ ESSER, Josef. **Princípio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado**, p. 104

⁴⁵⁰ Cf. ESSER, Josef. **Princípio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado**, p. 307

⁴⁵¹ Cf. ESSER, Josef. **Princípio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado**, p. 105

⁴⁵² ESSER, Josef. **Princípio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado**, p. 362.

⁴⁵³ *Finlay vs. Chirney*, 20 Q. B. Division, 494, in *Law Quarterly Review* nº4, p. 364, APUD ESSER, Josef. **Princípio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado**, p. 362

⁴⁵⁴ ESSER, Josef. **Princípio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado**, p. 382.

virtudes de uma “*communis opinio doctorum*”, convicções tradicionalmente aceitas “solidariamente pelo estamento inteiro.”⁴⁵⁵ Por isso lhe parece justo comemorar, à época da publicação de sua obra, o surgimento de um projeto de lei que, ainda que tarde, iria “retirar os juízes do status geral dos funcionários”⁴⁵⁶.

(iii) Também a crítica generalizada a algumas das conseqüências políticas do iluminismo e do moderno direito legislado assume aspecto de injustificada rejeição. Neste ponto é possível perceber claramente a espécie de “conservadorismo” que Habermas aponta nas teses da hermenêutica filosófica, e por mais que não seja o caso estabelecer uma afirmação concludente quanto a este problema, cumpre ao menos notar uma semelhança de “família” entre o risco apontado por Habermas e sua efetiva manifestação neste caso concreto.⁴⁵⁷ Esser lamenta que “a Ilustração, a idéia de Estado nacional e as ondas de codificação tem contribuído (...) para desmontar a autoridade suprapolítica da jurisprudência, reduzindo a nada a significação autônoma da formação judicial das normas”⁴⁵⁸, o que haveria tornado os juristas espécie de “servos da lei”, situação que ele pretende descrever pela expressão algo exagerada de “totalitarismo jurídico”⁴⁵⁹. Trata-se, para Esser, de uma conseqüência negativa visível de um uso político do direito para, entre outras coisas, “atender a «obrigações» sociais”⁴⁶⁰. Uma correção deste equívoco estatalista, moderno por excelência, consiste no reconhecimento da “autência constituição jurídica da nação”:

Chama-se jurisprudencial a uma criação de direito em virtude da ciência dos juristas, que não procede de uma fixação superior de tradições ou resoluções, nem por éditos ou estatutos oficiais, nem por «disposições» de qualquer linhagem que seja, mas sim que deita suas raízes no caso mesmo e em um problema. A casuística, à margem de toda planificação, dá à luz o tipo de caso e a seu «princípio», antes mesmo que este encontre expressão abstrata numa regra. É um direito do caso, independentemente da autoridade, na qual tradições nacionais e profissionais se fundem numa massa autônoma de convicções jurídicas, num *common law*, que goza de primazia frente aos atos do poder legislativo político. É a autentica constituição jurídica da nação.⁴⁶¹

⁴⁵⁵ ESSER, Josef. **Princípio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado**, p. 383. E ainda, “não é algo como o “espírito da lei” que promove o desenvolvimento das normas jurídicas voltadas à aplicação mas sim “as tradições dos estamentos dos juristas, sua doutrina e seu método.”

ESSER, Josef. **Princípio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado**, p. 375

⁴⁵⁶ ESSER, Josef. **Princípio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado**, p. 373

⁴⁵⁷ Sobre relação entre ciência e hermenêutica e questão da rejeição do método científico por esta última, cf. BLEICHER, Joseph. **Contemporary Hermeneutics: hermeneutics as method, philosophy and critique**. Routledge: Londres, 1980, p. 117.

⁴⁵⁸ ESSER, Josef. **Princípio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado**, p. 367

⁴⁵⁹ “Segue existindo um totalitarismo jurídico da idéia de Estado, que diviniza a sabedoria do legislador e faz da jurisprudência uma submissa serva da ideologia política.” ESSER, Josef. **Princípio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado**, p. 372.

⁴⁶⁰ ESSER, Josef. **Princípio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado**, p. 367

⁴⁶¹ ESSER, Josef. **Princípio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado**, p. 371-372

A supostamente injustificada ambição do Estado moderno de utilizar a técnica jurídica para intervir deliberadamente em relações sociais e econômicas que antes permaneciam imunes à abrangência do sistema jurídico é uma característica tão rotineira das sociedades contemporâneas que é mesmo bastante difícil imaginar-nos hoje na ausência de normas tais como as do direito do trabalho, direito econômico, direito do consumidor, etc. Teses desta espécie configuram aquilo que Jeremy Waldron identifica como um reiterado preconceito, presente na teoria jurídica, que rejeita atribuir dignidade à legislação política parlamentar em benefício de supostas virtudes presentes nos tribunais:

As pessoas convenceram-se de que há algo *indecoroso* em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e mais sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter.”⁴⁶²

Como o próprio Esser apenas lamenta genericamente uma ingerência indevida do legislador político em assuntos que até então não estavam em sua competência, para tão logo denominar a este estado de coisas “totalitarismo jurídico”, é difícil levar adiante uma crítica extensa. Cabe apenas recordar que tal rejeição um tanto ligeira da herança iluminista é uma manifestação exemplar daquilo que Habermas apontava como uma possibilidade no modo como Gadamer afirmava a validade da tradição e das pré-compreensões diante da crítica iluminista. Gadamer aponta, e rejeita, o “pré-conceito básico do *Aufklärung*” como “o pré-conceito contra os preconceitos, enquanto tais, e, com isso, a despontenciação da tradição.”⁴⁶³ Cabe no entanto ao menos levantar a questão de se algumas destas descrições do Iluminismo não são demasiado unilaterais, tanto por exagerar em seus equívocos como por negligenciar suas virtudes, ao passo que bastante indulgentes para com as tradições culturais herdadas.⁴⁶⁴ Neste sentido, chamando atenção para este problema:

não é porém isento de dúvidas que, por exemplo, em Gadamer se não estabeleça uma disjunção entre «verdade» e «método» e que, valorizando-se a experiência estética, se não deprecie concomitantemente o conhecimento

⁴⁶² WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 5. grifo do autor.

⁴⁶³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**, p. 407.

⁴⁶⁴ Cf. BLEICHER, Joseph. **Contemporary Hermeneutics: hermeneutics as method, philosophy and critique**. Routledge: Londres, 1980, p. 117.

metodologicamente orientado, a ciência, ao gosto do pessimismo cultural romântico, que alimenta, aliás, a linhagem do seu pensamento.⁴⁶⁵

Deste modo é possível perceber qual é exatamente o tipo de risco que Habermas aponta nas teses da hermenêutica filosófica, quais problemas podem resultar de seu uso pelas ciências sociais em geral. No caso concreto foi possível perceber alguns destes problemas quando da sua aplicação às teorias jurídicas. Disto resulta, para Habermas, a necessidade de complementar a perspectiva hermenêutica com uma análise sociológica sistêmica da sociedade. Porém, também esta última pode permitir unilateralidades, as quais para serem evitadas demandam ter presentes argumentos oriundos da filosofia hermenêutica.

3.4 A Teoria dos sistemas e o risco de “falso realismo”.

Habermas destaca na hermenêutica filosófica, especialmente em Gadamer, aquilo que considera ser a “sabedoria fundamental” desta vertente teórica: a virtude de haver percebido a condição que impede os participantes do diálogo de possuírem definitivamente a última palavra. Com isso quer destacar o caráter aberto e potencialmente irrestrito da socialização comunicativa que ocorre no mundo da vida. Neste ponto será ressaltado algo do “momento de verdade” que Habermas acredita existir na teoria dos sistemas, e que entre outras coisas consiste na percepção de que sistemas sociais de ação não podem arcar com os custos demasiado altos de uma comunicação irrestrita com o meio social circundante, a qual geraria um fluxo de informação capaz de por em risco do funcionamento do sistema social parcial em questão. Também aqui Habermas identifica o risco de “unilateralidades” que advém da aceitação de uma descrição do direito como um sistema rigorosamente fechado em relação ao ambiente social que o circunda. Este modo de descrever o direito incorre num “falso realismo, que subestima a eficácia social dos pressupostos normativos das práticas jurídicas existentes”⁴⁶⁶. De todo modo, compreender a interpretação que Habermas realiza da teoria dos sistemas é necessário para desenvolver corretamente sua abordagem construtivista da interpretação jurídica e do papel específico atribuído aos tribunais no exercício da jurisdição.

Niklas Luhmann, Gunther Teubner, entre outros autores, desenvolveram uma abordagem da teoria dos sistemas que os diferencia em muito do funcionalismo de

⁴⁶⁵ LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência**, p. 121.

⁴⁶⁶ TrFG I p. 11.

Parsons e Merton. Especialmente a partir dos textos de Luhmann posteriores à década de 1970 há uma tentativa de estender a aplicação de conceitos como o de “autopoiesis”, originalmente desenvolvidos nos estudos neuro-fisiológicos por Maturana e Varela⁴⁶⁷, ao estudo de fenômenos sociais. Aplicada ao estudo do sistema jurídico o conceito de “autopoiesis” pretende expressar a idéia de que este sistema social desenvolve-se de modo auto-referente, sendo capaz de prover seu sustento e auto-manutenção pela apropriação de elementos a partir do ambiente circundante. Neste sentido o sistema jurídico pode ser “afetado” por ocorrências nos sistemas econômico ou político, por exemplo, mas não de modo imediato, não pode ser “dirigido” por estes sistemas. O sistema jurídico pode ser afetado por crises econômicas ou rebeliões políticas mas trata-se de uma relação indireta, uma vez que tais fenômenos são interpretados pelo sistema jurídico como ocorrências no ambiente externo, as quais precisam ser traduzidas para o código específico do direito (jurídico/não-jurídico) para que então estas produzam diretamente conseqüências. De modo sucinto, Habermas interpreta esta descrição como correta enquanto identificação de uma tendência dos sistemas ao fechamento recursivo que, se concluído, levaria a uma situação de patologia social (perda de legitimidade, autonomia, incompreensões etc.) mas a rejeita como descrição de um estado de coisas atual, de um funcionamento normal dos sistemas sociais. Habermas interessa-se pela abordagem sistêmica por nela identificar uma teoria que leva às últimas conseqüências a opção objetivista que neutraliza as pretensões de validade intersubjetiva legítima do direito, assumindo portanto exclusivamente a perspectiva do observador.⁴⁶⁸

Em Maturana e Varela a idéia de autopoiesis é utilizada como explicação da vida em sistemas biológicos individuais. Ela expressa uma situação na qual tais sistemas vivos são capazes de reproduzir de modo relativamente duradouro e com autonomia as relações entre as partes internas constituintes do próprio sistema. Cada organismo biológico é autônomo na medida em que é capaz de manter de modo auto-referencial sua própria organização, “fechada operativamente” frente ao ambiente externo circundante, e é capaz de desenvolver-se mediante a referência a sí próprio e jamais ao relacionamento intersubjetivo com outros sistemas biológicos vivos.⁴⁶⁹ Luhmann, a partir de meados dos anos 1970 em diante tratou de tentar desenvolver uma extensão

⁴⁶⁷ Cf. MATURANA, Humberto. VARELA, Francisco. **De Maquinas y Seres Vivos**. Santiago: Editorial Universitária, 1973. Idem, **Autopoietic Systems**. Illinois: Urbana, 1975; idem, **Autopoiesis and Cognition: the realization of life**. Dordrecht: Reidel, 1981.

⁴⁶⁸ Cf. TrFG, p. 72.

⁴⁶⁹ Cf. MATURANA, Humberto. VARELA, Francisco. **Autopoiesis and Cognition: the realization of life**, ps. 24 e ss.

destas teses à interpretação dos sistemas sociais, inclusive ao sistema jurídico.⁴⁷⁰ Certamente Luhmann não tratou de limitar a aplicação desta sua interpretação da teoria dos sistemas ao direito, pois o que ocorreu é que a partir de uma “especial simpatia” para com o sistema jurídico enquanto objeto de estudo, Luhmann terminou por construir uma teoria que pretende ser uma descrição “universal e densa” da sociedade, a qual desperta o sentimento de que é capaz de fornecer “uma base empírica firme para a observação comparativa de outros sistemas sociais”.⁴⁷¹ Não serão discutidas aqui as objeções, especialmente oriundas de autores vinculados ao individualismo metodológico, que rejeitam a possibilidade de aplicar análises sistêmicas em geral ao estudo de fenômenos sociais, uma vez que tal método seria capaz apenas de produzir resultados no âmbito da biologia e neurofisiologia⁴⁷² pois trata-se aqui apenas de, compreendendo a interpretação da teoria dos sistemas levada a cabo por Habermas, tentar extrair conseqüências para seu modelo de interpretação jurídica e definição de um papel institucional para o exercício da jurisdição.⁴⁷³ Tal interpretação do sistema jurídico rejeita conferir um status cognitivamente relevante ao saber intuitivo dos participantes da comunidade de membros do direito, as quais a ética discursiva pretende tematizar de modo explícito, e ressalta apenas o aspecto funcional da estabilização das expectativas de comportamentos desempenhado pelas ordens jurídicas modernas.

⁴⁷⁰ “Graças a este pensador [Luhmann] tal teoria [da autopoiesis] deixou de ser concebida unicamente como uma teoria explicativa da vida e do conhecimento para se tornar num modelo teórico geral aplicável aos fenômenos sociais” ANTUNES, José Engrácia. *Prefácio*, in TEUBNER, Günther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Lisboa: Kalouste Gulbenkian, 1989, p. XI.

⁴⁷¹ ZIEGERT, Klaus. **The Tick Description of Law**: an introduction to Niklas Luhmann’s theory of operatively closed systems. In Vienna Working Papers in Legal Theory, Political Philosophy, and Applied Ethics, n° 25, 2001 (1-44), p. 10.

⁴⁷² Cf. ELSTER, Jon. **El cambio tecnológico**: investigaciones sobre la racionalidad y la transformación social. 3ª. ed. Barcelona: Gedisa, 1997. IDEM, **Peças e Engrenagens das Ciências Sociais**. São Paulo: Relume Dumará, 1994.

⁴⁷³ De todo modo, o “fascínio da Sociologia pelas descobertas dos biólogos é coisa antiga. Mais antiga ainda é a propensão de se fazer estreitos paralelos entre as sociedades humanas e o «mundo animal». Certamente, *A Origem das Espécies* causou um enorme impacto em todos os campos do saber, mas especialmente nos primeiros desbravadores da disciplina no século passado. As poderosas críticas das diversas correntes historicistas, culturalistas e estruturalistas que dominaram o campo durante boa parte deste século muito arrefeceu o fascínio original, mas nunca o destruiu completamente. Apenas freou a precipitação e redobrou a cautela. De Darwin até nossos dias, a própria biologia tratou de se sofisticar teoricamente – e como! –, nutrindo-se também dos desenvolvimentos de outras disciplinas, entre as quais a cibernética, ela mesma submetida a um acelerado refinamento. A obra do sociólogo Niklas Luhmann (...) é produto do reencontro da Biologia com a Sociologia (...)” ARAUJO, Cícero. WAIZBORT, Leopoldo. **Sistema e Evolução na Teoria de Luhmann**. In Lua Nova, n° 47, 1999, (179-200) p. 179. Quanto a isso o próprio Luhmann afirma que “frente a uma permanente crítica acerca da «recepção» deste conceito deve-se repetir mais uma vez que a utilização do conceito de autopoiesis não se justifica lançando mão de uma analogia nem muito menos se trata de algo meramente metafórico (...) No contexto sociológico se trata unicamente de se o conceito de autopoiesis conduz à formulação de hipóteses que resultem férteis cientificamente – o que inclui a fertilidade empírica” LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2002, P. 31.

Assim, o interesse de Habermas em tal abordagem é que ela torna-se “a variante mais consequente de uma teoria que atribui ao direito uma posição marginal – quando comparado às teorias clássicas da sociedade – e que neutraliza, através de uma descrição objetivista, o fenômeno da validade do direito, só acessível internamente”⁴⁷⁴.

Luhmann define sistema como “um emaranhado de operações fáticas que, como operações sociais, devem ser comunicações, independentemente do que estas comunicações afirmem a respeito do direito.”⁴⁷⁵ Estas comunicações, que Teubner define como “decisões”⁴⁷⁶, são as operações mediante as quais o sistema é capaz de delimitar-se frente ao ambiente circundante.⁴⁷⁷ E a existência de tal sistema torna-se efetiva não em virtude de uma “idealidade estável, mas sim por aquelas operações que produzem e reproduzem o sentido específico do direito”⁴⁷⁸, com o que o sistema do direito é definido como “um sistema que se determina a si mesmo.”⁴⁷⁹

A “tendência universal de todo sistema (...) a manter sua autonomia perante o entorno”⁴⁸⁰ manifesta-se na capacidade desenvolvida pelos sistemas sociais de, pela via de um código de comunicação próprio, reduzir a complexidade frente ao ambiente externo. Neste caso a comunicação funciona como um mecanismo capaz de transformar os estímulos oriundos do ambiente em sequências compreensíveis, reduzindo assim a quantidade de informação e indeterminação originária do ambiente circundante, tornando-o passível de “compreensão”. Não há possibilidade de uma comunicação, no sentido em que Habermas utiliza o termo, entre sistema e ambiente. O que ocorre é que o sistema desenvolve um código próprio e filtra os estímulos e “ruídos” externos, que de outro modo permaneceriam incompreensíveis, passando agora a reagir à sua própria definição, em seus próprios termos. Comunicação é assim a operação específica graças

⁴⁷⁴ TrFG, p. 72.

⁴⁷⁵ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. p. 26.

⁴⁷⁶ Cf. TEUBNER, Günther. **El Derecho como Sujeto Epistémico: hacia una epistemología constructivista del Derecho**.

⁴⁷⁷ Cf. LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. p. 37. Daí ser importante o modo cético como o “procedimento” que legitima o direito é definido por Luhmann: “o procedimento é entendido como sistema de atos juridicamente ordenados e sem sucesso certo: eles servem para criar legitimidade não já em virtude de sua capacidade efetiva ou potencial de tutelar valores ancorados no ordenamento como aqueles de verdade ou justiça, mas principalmente em virtude dos mecanismos de assunção de papéis que vinculam aquele que participa a sentir-se obrigado a aceitar seu êxito pelo fato de ter, pelo menos em princípio, contribuído para produzi-lo e de ser por isso socialmente co-responsável de seu conteúdo.” CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 118.

⁴⁷⁸ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**, p. 27

⁴⁷⁹ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**, p. 34

⁴⁸⁰ NAFARRATE, Javier Torres. **Galáxias de Comunicación: o legado teórico de Luhmann**. In Lua Nova, n° 51, 2000, (144-161), ps. 151-2.

à qual o sistema se delimita frente ao ambiente⁴⁸¹ (Teubner fala neste sentido de um construtivismo epistémico).⁴⁸² Graças ao desempenho desta função da comunicação é que o sistema pode observar a si mesmo como uma unidade, cujas operações elementares logram reproduzir-se continuamente: “na faticidade da realização está já pressuposto que nem tudo o que existe pode ser considerado. No lugar desta completa possibilidade de referência entra uma relação seletiva que torna possível o acoplamento e a reprodução da rede recursiva autopoietica.”⁴⁸³

Além de reduzir a complexidade externa do ambiente, o sistema desenvolve também a capacidade de permanecer estável, nas suas operações elementares, frente a modificações no ambiente.⁴⁸⁴ Neste sentido não há mais correspondência “ponto por ponto” entre sistema e ambiente, graças em parte à capacidade do sistema de produzir, pelo funcionamento de sua comunicação, de uma “realidade virtual” interna ao sistema. Por paradoxal que possa parecer, da redução de complexidade do entorno e do desenvolvimento da autonomia do sistema resulta um incremento de complexidade interna do sistema: “ao aumentar o número de elementos que devem englobar-se em um sistema, ou para um sistema enquanto seu entorno, logo se alcança um ponto a partir do qual se torna impossível que cada elemento se relacione com todos os demais.”⁴⁸⁵ Os sistemas sociais desenvolvem códigos de comunicação funcionais específicos, graças aos quais diferem-se entre si, podem observar-se reciprocamente como ambientes uns dos outros. O direito, a economia e a política realizam suas operações específicas e diferenciam-se cada vez mais graças aos modos próprios de comunicação. Especificamente no caso do direito, trata-se do código jurídico/não-jurídico.

O direito, como os demais sistemas sociais, torna-se assim operacionalmente fechado: ocorrências no ambiente podem apenas ser interpretadas nos termos específicos do código da comunicação jurídica. Assim outros sistemas como a

⁴⁸¹ Cf. LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais**: lineamientos para una teoría general. Barcelona: Anthropos, 1998, especialmente caps. 4 e 5.

⁴⁸² Cf. TEUBNER, Günther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. IDEM, **El Derecho como Sujeto Epistémico**: hacia una epistemología constructivista del Derecho. In *Doxa*, nº 25, 2002, (533-571)

⁴⁸³ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**, p. 36.

⁴⁸⁴ “autonomia jurídica abrange, assim, não apenas a capacidade do direito para criar os seus próprios princípios, mas também a sua capacidade de autoconstituição de acções jurídicas, a juridificação dos processos e a «invenção» de institutos jurídico-doutrinários”. TEUBNER, Günther. **O Direito como Sistema Autopoietico**, p.72. E ainda: “o direito torna-se um sistema autopoietico quando as suas auto-descrições permitem desenvolver e aplicar uma teoria de fontes jurídicas no contexto da qual as normas possam ser geradas através de precedentes jurisprudenciais ou outros processos de criação jurídica endógena. As normas jurídicas são então definidas por referência a operações jurídicas, isto é, componentes sistémicos «produzem» componentes sistémicos” TEUBNER, Günther. **O Direito como Sistema Autopoietico**, p. 85.

⁴⁸⁵ LUHMANN, Niklas. **Sociedad y Sistema**: la ambición de la teoría. Barcelona: Paidós, 1990, p. 68.

economia e a política, que são para o direito parte do ambiente circundante, podem causar “irritações”.⁴⁸⁶ A comunicação jurídica incrementa a seletividade em relação às expectativas de comportamento imunizando o sistema contra uma abertura ilimitada frente às contingências temporais (futuras) e sociais:

A idéia de auto-referência e autopoiesis pressupõe que os pilares ou bases do funcionamento dos sistemas residem, não nas condições exógenas impostas pelo meio envolvente às quais tenha que se adaptar da melhor forma possível (como era entendido pela teoria dos sistemas abertos), mas afinal no próprio seio sistêmico. Ou dito de outro modo, os sistemas procuram essas bases num movimento de auto-descrição que, funcionando como um programa de orientação interno, organiza o sistema de forma que as respectivas operações correspondam a essa mesma auto-descrição.⁴⁸⁷

Isso garante ao direito a possibilidade de desligar-se de qualquer contato direto com os demais sistemas sociais. Cada qual trata de construir uma interpretação cada vez mais densa de seu próprio meio circundante, e a ela reagir diretamente. A contrapartida é que o direito deixa de poder assumir funções de direção frente aos demais sistemas. Os vários sistemas sociais, na medida em que não pode comunicar-se diretamente uns com os outros, são capazes de reagir a mudanças como uma alteração no ambiente, e sendo assim podem ajustar suas operações internas às variações identificadas nos outros sistemas (ambiente): trata-se aqui da capacidade que os sistemas possuem para o acoplamento estrutural⁴⁸⁸. Assim, o direito pode, modificando-se internamente, estimular “ruídos” que os outros sistemas observarão como uma mudança no ambiente e

⁴⁸⁶ “os processos extrajurídicos somente podem ter um efeito «modelador» na produção de variedade no direito. Existe, na realidade, uma considerável medida de indiferença e indeterminismo das reacções sistêmicas internas em face dos fatores externos, os quais operam como meros «estímulos» relativamente às possibilidades de mudança intra-sistêmica. Os conflitos sociais apenas estimulam os processos sistêmicos internos de formulação jurídica dos conflitos de expectativas, sendo estes processos os responsáveis últimos pela inovação no direito, a qual pouco terá que ver com os conflitos sociais de expectativas das partes litigantes. Os conflitos sociais não são simplesmente «traduzidos» para a linguagem jurídica, mas antes reconstruídos autonomamente como conflitos jurídicos dentro do próprio sistema jurídico, como conflitos de proposições jurídicas divergentes ou de porposições de facto divergentes. As mais insignificantes variações sofridas quotidianamente pelo direito, e que o fazem evoluir, não são assim produto do conflito social, mas verdadeiramente da própria comunicação interna do sistema jurídico, tornando mesmo, por vezes, e no limite, irreconhecível o conflito para os próprios litigantes. (...) De um modo semelhante, as mudanças jurídico-legislativas não são o puro resultado dos interesses sociais, mas sim exclusivamente daquelas pressões sociais que sucedem a refletir-se de algum modo no «écran» interno do próprio sistema jurídico”. TEUBNER, Günther. **O Direito como Sistema Autopoietico**, p.

⁴⁸⁷ TEUBNER, Günther. **O Direito como Sistema Autopoietico**, p. 32.

⁴⁸⁸ Cf. LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**, ps. 351 e ss. “Como o sistema se encontra determinado por suas próprias estruturas e somente pode ser digitalizado (especializado) por suas próprias operações, os eventos do ambiente não podem intervir como «inputs», qualquer que seja sua pertença ao sistema, nem sequer na esfera dos acoplamentos estruturais. Dito de outro modo: o sistema não é uma função de transformação que transforme sempre da mesma maneira «inputs» em «outputs», nem mesmo no caso de que o sistema se estruture a si mesmo por emio de programas condicionais. Assim, no sistema mesmo os acoplamentos estruturais somente podem suscitar irritações, surpresas e perturbações. Os conceitos de «acoplamento estrutural» e de «irritação» se encontram condicionados entre sí de maneira recíproca.” LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**, p. 353.

talvez tratarão de reagir a tal mudança com um incremento de sua própria complexidade interna.

Por outro lado, o sistema jurídico é cognitivamente aberto aos demais subsistemas sociais que formam seu ambiente. A legislação é um exemplo de evento no qual o sistema político refere-se ao sistema jurídico, o que causa uma perturbação que deve ser interpretada pelo sistema jurídico como no momento da decisão judicial. Legislação e contratos são, aliás, exemplos de zonas periféricas do sistema jurídico, enquanto o núcleo central é formado pelos tribunais: “a organização da jurisdição seria aquele sistema parcial (subsistema) no qual o sistema do direito tem seu centro”⁴⁸⁹. Estes reagem aos estímulos oriundos dos sistemas político e econômico reinterpretando-os como legislação e contratos, para então produzir decisões, as quais criam direito⁴⁹⁰. O direito é sempre “criado”, nunca “encontrado”: “da perspectiva jurídica, a legislação constitui uma comunicação jurídica que deve ser incorporada nas operações jurídicas.”⁴⁹¹ Assim, tribunais garantem o fechamento operacional do sistema na medida que funcionam como órgão decisor sobre questões jurídicas. Mas isso ocorre de um modo tal que a decisão tomada não se encontra determinada por outras decisões tomadas no passado (por ex. legislação), já que “a decisão opera dentro de sua própria construção que só é possível no presente”⁴⁹², mas pretende todavia determinar o futuro. O papel atribuído por Luhmann à argumentação jurídica⁴⁹³ rejeita uma vinculação com algum modelo de “lógica jurídica” e definindo-a como uma operação seletiva de comunicação, garantidora do fechamento funcional, vinculada à autopoiesis do sistema: “os conceitos tomados em si mesmos não são instruções para a decisão. São pedras de toque para as construções jurídicas (...) não tem a função direta de possibilitar uma dedução lógica.”⁴⁹⁴ Além disso o sistema jurídico pode contar com uma espécie de comunicação jurídica que funciona com uma distinção entre “conceitos” jurídico-dogmáticos e “interesses” sociais que devem ser balanceados, ambos correspondendo,

⁴⁸⁹ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**, p. 256.

⁴⁹⁰ “O fato de que o sistema internamente encontre-se forçado a decidir não é mais que a consequência que corresponde ao descaoplamento do sistema com respeito a toda a participação direta do entorno (fechamento operacional do sistema)” LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**, p. 244.

⁴⁹¹ SMITH, Carole. **Autopoietic Law and the “Epistemic Trap”**: a case study of adoption and contact. In *Journal of Law and Society*, vol. 31, n° 3, 2004, (318-344), p. 323.

⁴⁹² LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**, p. 246.

⁴⁹³ A argumentação jurídica é definida por Luhmann como “an operation of self-observation of the legal system reacting in its communicative context to a difference of opinion as to the allocation of the cod values legal/illegal”. LUHMANN, Niklas. **Legal Argumentation: an analysis of its form**. In *The Modern Law Review*, vol. 58, 1995, (285-298) p. 286.

⁴⁹⁴ Cf. LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**, ps. 309.

respectivamente, ao caráter normativamente fechado e cognitivamente aberto do sistema.⁴⁹⁵ Segundo Habermas através desta interpretação objetivista dos tribunais e da função desempenhada pela argumentação jurídica, esta é reduzida à função de gerar efeitos perlocucionários⁴⁹⁶ de aceitação fática das decisões judiciais, com o que deve ser rejeitada:

Tal reinterpretação empirista dos aspectos normativos do direito desliga o sistema jurídico de todas as relações *internas* com a moral e com a política. Ela prejudica, inclusive, a análise posterior, na medida em que o direito é reduzido à função especial da sua aplicação jurídica. E nisso passa despercebido o nexos interno entre o direito e a organização democrático-constitucional da gênese, aquisição e aplicação do poder político.⁴⁹⁷

Fundamental para a definição que Luhmann fornece para a argumentação jurídica é a distinção entre “informação” e “redundância”: “a informação é o valor de surpresa das notícias, dado um reduzido (ou ilimitado) número de outras possibilidades. A redundância resulta (circularmente) de que a informação precedente de ser levada em conta na operação de sistemas autopoieticos”⁴⁹⁸ É por isso que Luhmann identifica nos tribunais uma tendência, correta, a tomar suas decisões utilizando a mínima quantidade possível de argumentos teórico-abstratos (“deve-se evitar o palavrório inútil”⁴⁹⁹) e alguma moderação na criação do direito jurisprudencial⁵⁰⁰. Graças à redundância o sistema pode agir com relativa indiferença em relação ao meio ambiente circundante:

Quanto mais informações tenha que processar um sistema, mais dependerá que exista suficiente redundância, sobretudo para evitar erros na consideração das informações mais importantes. Porém, não se poderia dizer também: para legitimar? Com isso já se torna reconhecível que um sistema que trabalha com redundâncias estabelecidas rechaça o excesso de carga de informação, ainda que precisamente por isso possa adquirir níveis de refinamento no distinguir e no designar. Em outras palavras, a redundância não somente exclui as informações, mas sim produz também informações na medida que especifica a sensibilidade do sistema. Desta maneira surgem informações que não podem ser provenientes de um ambiente que não está preparado de maneira adequada: a redução de complexidade serve ao aumento da complexidade⁵⁰¹

Habermas rejeita esta tese porque ela ignora a força ilocucionária e o potencial inovativo que os argumentos possuem, não limitados à sua função de redundância. Certamente argumentos são capazes de, justificando a validade de determinado estoque de saber, desempenhar um papel funcional de estabilizador de determinadas compreensões de mundo. No entanto, os mesmos argumentos carregam consigo o

⁴⁹⁵ Cf. LUHMANN, Niklas. **Legal Argumentation**: na analysis of its form, p. 296.

⁴⁹⁶ Cf. capítulo 1 supra.

⁴⁹⁷ TrFG, p. 74.

⁴⁹⁸ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**, p. 281.

⁴⁹⁹ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**, p. 251.

⁵⁰⁰ Cf. LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**, p. 251 e 257.

⁵⁰¹ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**, p. 282.

potencial de produção de dissenso, uma vez que podem interpretar a realidade de modo até então imprevisível e transformar significativamente o contexto no qual desenvolve-se a prática regular da argumentação:⁵⁰² “por isso, as decisões jurídicas fundamentais necessitam de uma carga maior de argumentos do que as decisões de rotina.”⁵⁰³

Teubner pretende empreender uma importante alteração no esquema da teoria dos sistemas em relação ao modo como é apresentada por Luhmann. Sua interpretação construtivista permanece insistindo em que “as intervenções do direito na economia devem ser entendidas como observações recíprocas entre dois sistemas de comunicação hermeticamente fechados.”⁵⁰⁴ Todavia, em Teubner a autonomia do sistema autopoietico não é uma questão de “tudo ou nada”, tal como ocorre em Luhmann, mas sim uma questão “gradual”⁵⁰⁵. Neste sentido, a “interferência de sistemas autopoieticos (...) possibilita o contato direto recíproco entre os sistemas sociais, para além da mera observação.”⁵⁰⁶ Por sua vez esta mútua interferência entre os sistemas jurídico, econômico e administrativo não pode ser confundida com “interpenetração”⁵⁰⁷:

o mecanismo de interferência funciona como uma espécie de ponte entre os subsistemas sociais, graças ao qual estes não apenas ultrapassam os horizontes da mera auto-observação, como se articulam reciprocamente num mesmo e comum evento comunicativo. Isto em virtude de três razões: porque todos utilizam uma idêntica matéria-prima, “sentido”; porque todos se desenvolvem na base de um mesmo elemento crucial, comunicação; e, mais importante, porque todas as formas de comunicação especializada em qualquer dos subsistemas sociais (interação, organização, subsistema funcional) constituem, simultaneamente e *uno actu*, formas de comunicação social geral.⁵⁰⁸

O que Habermas observa nesta construção é que Teubner termina por ser forçado a aceitar um meio de comunicação que circule por todos os sistemas sociais parciais, de modo a permitir a interpenetração entre os sistemas sociais e o direito autopoietico:

(...) **todo ato especializado de comunicação jurídica é sempre, simultaneamente, um ato de comunicação social geral**, constituído por uma unidade de informação, expressão e compreensão, embora com duas particularidades: por um lado, a informação transmitida é relativa à distinção binária legal/ilegal e, por outro, o sistema jurídico, mergulhando no fluxo de comunicação, constitui os seus componentes de acordo com critérios diferentes dos utilizados pela sociedade (ou seja, acções que produzem mudanças na situação jurídica). **Isto significa que um e mesmo ato de comunicação está**

⁵⁰² Cf. TrFG, p. 76, n. 12.

⁵⁰³ TrFG, p. 76, n. 12.

⁵⁰⁴ TEUBNER, Günther. **O Direito como Sistema Autopoietico**, p. 160

⁵⁰⁵ TEUBNER, Günther. **O Direito como Sistema Autopoietico**, p. 57

⁵⁰⁶ TEUBNER, Günther. **O Direito como Sistema Autopoietico**, p. 172

⁵⁰⁷ Cf. TEUBNER, Günther. **O Direito como Sistema Autopoietico**, p.178

⁵⁰⁸ TEUBNER, Günther. **O Direito como Sistema Autopoietico**, p. 173

ligado a dois circuitos comunicativos diferentes, um da sociedade e outro do direito.⁵⁰⁹ (grifamos)

Neste caso, se por um lado o sistema jurídico autopoietico permanece “fechado em sua própria auto-reprodução”⁵¹⁰, e segue construindo internamente suas interpretações da realidade sem contato direto com o ambiente circundante, por outro lado, permanece influenciando a comunicação social geral “mediante suas construções específicas do mundo”.⁵¹¹ para Habermas “é difícil ligar entre si ambos os enunciados.”⁵¹² Se o direito não pode fazer mais que construir “imagens internas” num código funcional específico, dado que é um sistema autopoietico entre outros que se observam reciprocamente como ambiente, como então é possível que uma comunicação geral influencie os discursos dos demais sistemas?⁵¹³ Para Habermas é necessário introduzir a distinção entre “um mundo da vida, ligado ao médium da linguagem coloquial, e sistemas dirigidos por códigos especiais, abertos adaptativamente ao ambiente.”⁵¹⁴ Ao contrário do que leva a crer a tese de Teubner, o direito não é um sistema autopoietico entre outros, mas “desempenha uma função de charneira entre sistema e mundo da vida, que não se coaduna com a idéia de um encapsulamento do sistema jurídico”⁵¹⁵. Sistemas funcionais, como a economia e a administração, permanecem ligados ao mundo da vida através do direito. Isso impede uma situação de definitivo isolamento do mundo da vida, o que poderia acarretar fenômenos de perda de legitimidade e anomia.

O direito funciona como uma espécie de transformador, o qual impede, em primeiro lugar, que a rede geral da comunicação, socialmente integradora, se rompa. Mensagens normativas só conseguem circular em toda a amplitude da sociedade através da linguagem do direito; sem a tradução para o código do direito, que é complexo, porém aberto tanto ao mundo da vida como ao sistema, estes não encontrariam eco nos universos de ação dirigidos por meios.⁵¹⁶

⁵⁰⁹ TEUBNER, Günther. **O Direito como Sistema Autopoietico**, p. 176-7

⁵¹⁰ TEUBNER, Günther. **El Derecho como Sujeto Epistémico**, p. 559.

⁵¹¹ TEUBNER, Günther. **El Derecho como Sujeto Epistémico**, p. 559.

⁵¹² TrFG, p. 79.

⁵¹³ Cf. TrFG, p. 79.

⁵¹⁴ TrFG, p. 81.

⁵¹⁵ TrFG, p. 82.

⁵¹⁶ TrFG, p. 82.

Capítulo 4. RACIONALIDADE E DISCURSOS DE ADEQUAÇÃO DE NORMAS

4.1 Introdução.

Neste capítulo serão tratadas divergências teóricas que são, por assim dizer, “domésticas”⁵¹⁷, uma vez que os principais fundamentos da teoria são aceitos como válidos por Habermas, Alexy e Günther, restando a controvérsia sobre a actividade de interpretação e aplicação das normas jurídicas. As divergências apontadas não obscurecem o fato de que há entre os autores mais proximidades que desavenças. Por um lado, o próprio Habermas reconhece o mérito de Alexy haver introduzido a teoria discursiva no direito, chamando sua atenção para o problema e ajudando-o a “compreender a a dialética da liberdade e igualdade na interpretação dos direitos fundamentais”.⁵¹⁸ Por sua vez, Alexy foi

o primeiro a formalizar em regras grande parte das condições discursivas elaboradas na teoria habermasiana. Posteriormente, o próprio Habermas recuperou algumas destas regras – as regras do discurso racional sobre questões práticas – de acordo com seus próprios interesses sistemáticos.⁵¹⁹

Os vínculos são sempre ressaltados como um aporte simultâneo de interpretação e extensão da teoria discursiva, a partir do qual ela pode desenvolver temas até então ignorados mas para os quais oferecia idéias frutíferas: “a teoria de Alexy significa, por um lado, uma sistematização e reinterpretação da teoria do discurso prático habermasiana e, por outro, uma extensão desta tese para o campo específico do direito.”⁵²⁰. Inicialmente pretende-se demonstrar como Habermas:

1. afirma que a jurisdição deve articular as pretensões conflituosas de segurança jurídica e correção normativa (TPC);

⁵¹⁷ HABERMAS, Jürgen. **A short Reply**. Ratio Juris. Vol. 12, nº 4, p. 447.

⁵¹⁸ HABERMAS, J. **Reply to Symposium Participants**. in ARATO, Andrew e ROSENFELD, Michel. **Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges**. Los Angeles: UCP, 1998, p.428

⁵¹⁹ ARROYO, Juan Carlos Velasco. **La Teoría Discursiva del Derecho**: sistema jurídico y democracia en Habermas, Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, 2000, p. 126.

⁵²⁰ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. Belo Horizonte: Landy, 2000, p. 234.

2. apoiando-se nos argumentos de Klaus Günther, critica a tese de Alexy acerca da distinção estrutural entre princípios e regras (TPR);
3. rejeita a correspondente “ponderação de valores” como solução de conflito entre princípios (TPV);
4. rejeita a “tese do caso especial” (TCE), também defendida por Alexy;
5. aceita tese sobre o princípio de adequação, tal como formulado por Günther (Padq)

Em segundo lugar, pretende-se esboçar algumas conclusões parciais sobre o tema, afirmando que Habermas, ao aceitar (TPC), deveria também:

- 1 - defender alterações em (Padq),
- 2 - aceitar uma idéia subjacente a (TCE).
- 3 – permanecer aceitando o modelo de Dworkin, e o correspondente papel atribuído aos “princípios”, rejeitando (TPR) e (TPV).

4.2 Segurança jurídica e correção normativa (TPC).

“Though constitutional theory has often acknowledged its connections with political philosophy, it has rarely noticed any interesting connections with that part of legal philosophy concerned with the nature of law (legal theory)”⁵²¹. Embora correta no momento em que foi enunciada (e em parte exatamente por que correta), esta afirmação tratou de ser contestada nos anos imediatamente seguintes pelo surgimento de abordagens cujo objetivo explícito ou implícito era suprir esta carência de vínculo institucional da filosofia do direito. Exatamente este tipo de conexão, cuja ausência Brink trata de apontar, pode ser considerado o objetivo fundamental do percurso que Habermas empreende pela filosofia do Direito. Em especial no que diz respeito à reconstrução do modelo interpretativo do juiz “Hércules” de Dworkin a partir de considerações institucionais sobre o papel dos tribunais constitucionais na promoção da deliberação democrática.

Apoiado em conceitos inicialmente apresentados inicialmente por Luhmann, Habermas distingue entre uma acepção ampla e restrita de sistema jurídico.⁵²² O sistema jurídico em **sentido amplo** é definido como um sistema parcial de ação responsável por

⁵²¹ BRINK, David. **Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review**. In *Philosophy and Public Affairs*, 1988, vol. 17, nº 2, ps. 105-148.

⁵²² Para o que se segue, cf. TrFG, p. 242.

estabilizar expectativas de comportamento, o qual subordina todas as interações sociais reguladas juridicamente. Todas as comunicações sociais realizadas por referência ao direito pertencem a esta acepção ampla de sistema jurídico. Além disso, Habermas inclui neste conceito os vários sistemas parciais de ação que, sendo regulados juridicamente, possuem esferas de produção privada e autônoma de normas jurídicas. Tais esferas estão protegidas por um direito “reflexivo”, o qual permite aos atores dispor de um espaço legislativo parcial, e não por normas que já definem conteúdos e substâncias específicas (**mundo da vida, administração e economia**). Por outro lado, o sistema jurídico em **sentido estrito** é definido de modo tal que envolve mesmo as interações sociais que não são orientadas pelo direito, mas que são capazes de inovar o sistema produzindo novas normas jurídicas. Neste caso, a institucionalização do sistema jurídico requer a auto-aplicação de normas “secundárias”, na medida em que regulam a produção, imposição coercitiva e aplicação de normas jurídicas primárias⁵²³, uma tarefa na qual várias instituições estão envolvidas. Este ponto interessa a Habermas na medida em que permite observar simultaneamente as funções da teoria da argumentação jurídica e aquelas a serem desempenhadas por tribunais.

No estado democrático de direito, compete à legislação política a função central. Dela participam, não somente partidos, eleitorado, corporações parlamentares e governo, mas também a prática de decisão dos tribunais e das administrações, na medida em que estes se autoprogamam. A função da aplicação de leis não é assumida apenas por instâncias da jurisdição no horizonte da dogmática jurídica e da esfera pública jurídica, mas também, implicitamente, por administrações. A função de execução das leis é exercida pelo governo e pela administração, indiretamente também por tribunais. Uma parte dessas funções jurídicas é delegada pelos órgãos do Estado a corporações privadas ou semipúblicas.⁵²⁴

É importante destacar o duplo aspecto institucional do direito em Habermas: por um lado o direito funciona como um mecanismo que garante a vinculação dos vários sistemas sociais de ação (especialmente administração e economia) entre si e entre cada um e o mundo da vida. Por outro lado, o sistema jurídico pode também ser descrito segundo aspectos que ressaltam a função sistêmica de tribunais, os quais, como os demais sistemas de ação, deve poder manter-se ligado às estruturas comunicativas do mundo da vida.

No sistema jurídico em sentido estrito a jurisdição desempenha um papel funcional primordial. Ela é o “ponto de fuga para a análise do sistema jurídico”⁵²⁵ uma

⁵²³ Cf. HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**, 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

⁵²⁴ TrFG, p. 243.

⁵²⁵ TrFG, p. 244

vez que as comunicações sociais dirigidas pelo direito podem assumir a forma de reivindicações que podem ser exigidas pela via judicial.

A importância da teoria jurídica para Habermas resulta de sua dupla delimitação face à filosofia e à dogmática jurídica. Ao contrário de uma filosofia da justiça, a teoria jurídica permanece sempre limitada de modo mais concreto, especialmente no que diz respeito aos aspectos institucionais da vinculação entre poder político e direito. Por outro lado, ao contrário da dogmática jurídica, a teoria jurídica deve construir argumentos podendo assumir também a perspectiva de atores como o legislador político, a administração pública e o público de clientes e cidadãos.⁵²⁶ Um exemplo do modo como isso pode manifestar-se em argumentações jurídicas é o valor que argumentos referidos às conseqüências podem eventualmente dispor em decisões jurídicas.⁵²⁷

Nos capítulos anteriores foi possível perceber como Habermas identifica a tensão entre faticidade e validade como imanente ao sistema jurídico e, além disso, como a validade jurídica deve ser diferenciada em seus momentos de validade enquanto aceita socialmente (*geltung*) e validade legítima (*gültigkeit*). O direito vigente articula a tensão entre faticidade e validade garantindo, por um lado, expectativas de comportamento estabilizadas coercitivamente (segurança jurídica) e, por outro, através de processos racionais de legislação e aplicação que permitem a suposição de que as decisões resultantes de tais processos merecem o assentimento racional dos atingidos (legitimidade). Para utilizar a expressão de que Habermas tanto lança mão, o sistema jurídico possui uma dupla face, como Janus: as normas devem ser obedecidas sob pena de coerção ao mesmo tempo em que pretendem a obediência voluntária por sua própria legitimidade.⁵²⁸ Importa agora saber como Habermas identifica o modo como esta tensão se manifesta no interior da atividade jurisdicional. Aqui ela assume a forma de um conflito entre as pretensões de segurança jurídica e correção normativa, as quais precisam ser articuladas de tal modo que possam ser satisfeitas em conjunto nos casos concretos de decisão judicial.

É certo que normas morais e jurídicas de caráter universalista, como por exemplo aquelas que buscam promover a igualdade entre os sujeitos do direito, podem dispor de razoáveis fundamentos que justifiquem não apenas seu estabelecimento na

⁵²⁶ Cf. TrFG, p. 244

⁵²⁷ Cf. MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**, ed. revista. Oxford: OUP, 1994, ps. 129 e ss.

⁵²⁸ Cf. TrFG, p. 245.

forma de dispositivos jurídicos, especialmente direitos constitucionais fundamentais. Mais que isso, podem dispor de argumentos que justifiquem a opção pela sua imposição forçada mediante mecanismos administrativos, mesmo em alguns casos nos quais há forte divergência pública quanto à sua aceitabilidade. Um exemplo razoável é a imposição de normas que estabelecem a igualdade entre homens e mulheres, entre brancos e negros, hetero e homossexuais etc. em contextos nos quais permanece uma forte carga de rejeição à compreensão destes grupos enquanto sujeitos iguais em direitos e deveres. Em casos assim, a criminalização do racismo, a luta pela abolição de normas do direito de família que conferem às mulheres um status de “cidadania de segunda classe” e a extensão aos homossexuais de direitos referentes à união civil estável, podem permanecer sendo rejeitados por amplos segmentos da população mesmo diante de um rol de argumentos bastante aceitáveis. No entanto quando analisamos um grande número de casos sobre os quais os tribunais devem tomar uma decisão, muitas vezes definitiva, é possível perceber que o problema é outro. Em muitos dos chamados “casos difíceis” (*hard cases*) a controvérsia que polariza os membros das instituições jurídicas não diz respeito à aceitabilidade das normas mais fundamentais mas sim ao modo como ela deve ser corretamente implementada. Em casos como *Plessy vs. Ferguson* ou *Brown vs. Board of Education* as partes não rejeitavam como injusta a norma que prescrevia a proibição aos Estados de negar a qualquer pessoa a “equal protection of the laws”. Seguramente poder-se-ia afirmar que em casos assim o princípio da igualdade pode ser endossado apenas como um constrangimento retórico, para ser negado logo em seguida por meio de um raciocínio obscuro. De fato isso pode ser o caso muitas vezes, mas seguramente não o é sempre. Além disso, ainda que seja uma observação empiricamente constatável em muitos casos, não é uma objeção quanto ao fato de que normas morais e jurídicas mais abstratas podem gozar de assentimento geral mesmo que permaneça a divergência quanto ao modo correto de aplicá-la. De tudo isso percebe-se facilmente que, ao menos no que diz respeito a normas jurídicas fundamentais tal como a que estabelece a igualdade entre os cidadãos, todo o esforço dispendido por ocasião de sua fundamentação pode ser tornado inútil por aplicações equivocadas que terminam por, na prática, sonegar o direito estabelecido. Seguramente este foi o caso com a decisão no caso *Plessy versus Ferguson*⁵²⁹. Trata-se um caso que envolvia a

⁵²⁹ 163 U.S. 537 (1896)

interpretação do “princípio da igualdade”⁵³⁰, no qual a Corte Suprema estadonidense decidiu ser constitucional uma lei da Louisiana que determinava às companhias de transporte ferroviário proporcionar “acomodações iguais porem separadas para membros das raças branca e de cor (colored)”. Esta decisão serviu de precedente para manter por mais várias décadas a segregação racial nas escolas públicas dos estados do Sul dos E.U.A., e ficou conhecida por um famoso bordão, “separados mas iguais”, significando que o princípio da igualdade, devido a seu nível de abstração, permitia que os legislativos estaduais prestassem serviços de modo separado a brancos e negros: contanto que o fizessem com igual qualidade tal procedimento não feria a igualdade.

famosa pelo bordão “separados mas iguais”, que entendia ser permitida (por não ofender a cláusula da “igual proteção perante a lei”) a criação de estabelecimentos de ensino separados para brancos e negros. Casos como este servem para ilustrar o problema ao qual Habermas se refere. Ao menos nos casos difíceis o exercício da jurisdição demanda decisões capazes de conjugar os princípios de segurança jurídica e correção normativa a tarefa que se apresenta aos tribunais inicia no ponto em que as teorias filosóficas sobre a justiça diretamente normativas encerram suas competências: “aquilo que constitui o problema final para uma teoria já pronta, passa a ser o problema inicial de uma teoria do direito que opera no âmbito do direito vigente”⁵³¹.

Em casos assim manifesta-se a necessidade de que a decisão judicial seja capaz de resgatar simultaneamente as pretensões de segurança jurídica e legitimidade. Se por um lado a decisão jurídica é institucional e coercitiva, por outro lado ela deve poder ser aceita com argumentos. As tarefas de integração social a serem preenchidas pelo tribunal não se reduzem à solução de controvérsias mediante decisões impositivas, pois também aqui manifesta-se a “dupla face de janus”, agora como pretensões de segurança jurídica e aceitabilidade racional da decisão⁵³². Ora, a teoria jurídica contemporânea chama a atenção para tipos distintos de problemas relativos à justificação “interna” e “externa” das decisões jurídicas⁵³³: “na justificação interna se trata de ver se a decisão resulta logicamente das premissas que são aduzidas como fundamentação; o objeto da justificação externa é a correção destas premissas”.⁵³⁴ A idéia de segurança jurídica

⁵³⁰ 14ª emenda à Constituição norte-americana: “No State shall make or enforce any law which (...) deny to any person within its jurisdiction equal protection of the laws”.

⁵³¹ TrFG, p. 245.

⁵³² Cf. TrFG, p. 246

⁵³³ Cf. ALEXY, Robert. **Una Teoria de la Argumentacion Jurídica**, ps. 214 e ss. MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**.

⁵³⁴ ALEXY, Robert. **Una Teoria de la Argumentacion Jurídica**, p. 214.

expressa a pretensão, que a decisão jurídica inevitavelmente levanta, de que é o resultado da aplicação consistente dos dispositivos vigentes, da legislação, decisões judiciais anteriores etc. Importa aqui assegurar de modo eficaz as expectativas de comportamento juridicamente protegidas, garantindo a estabilidade e previsibilidade das relações sociais reguladas pelo direito. Por sua vez, a idéia de aceitabilidade da decisão judicial é o resultado do fato de que o sistema jurídico de modo global pretende legitimidade racional e isso “implica decisões, as quais (...) devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito.”⁵³⁵ As decisões devem ser fundamentadas em princípios e regras legítimos, com o que à consistência da justificação interna, é acrescida a justificação externa dos argumentos que a sustentam. Assim,

O problema da racionalidade da jurisprudência consiste, pois, em saber como a aplicação de um direito contingente pode ser feita internamente e fundamentada racionalmente no plano externo, a fim de garantir simultaneamente a segurança jurídica e a correção.⁵³⁶

A rigor Habermas não apresenta uma tese inédita, ao afirmar que decisões judiciais devem cumprir simultaneamente ambas pretensões. Neste caso a originalidade restringe-se ao modo como é formulada e sua importância consiste em ser o ponto no qual a teoria discursiva do direito vincula-se com a prática institucional de interpretação e aplicação do direito. De todo modo a idéia aqui é somente demonstrar as conseqüências acarretadas pela aceitação desta tese, nos termos em que é formulada pelo próprio Habermas. A milenar imagem de uma deusa da justiça segurando em uma das mãos uma balança e em outra uma espada pode ser compreendido então como uma manifestação mitológica de algumas pretensões implícitas mas já presentes no funcionamento de uma ordem jurídica estável, e que podem ser explicitadas com o auxílio das idéias de correção normativa e segurança jurídica. Seguramente não é difícil encontrar “deficits” de realidade na concretização destes princípios, mas aqui, como ocorre com princípios contrafactuais em geral, eles nem por isso deixam de produzir conseqüências práticas relevantes. Servem tanto para estabilizar o funcionamento de tribunais, enquanto instituições sociais competentes para fornecer decisões jurídicas, como também enquanto critério para uma crítica à legitimidade das decisões concretas e das próprias instituições.

⁵³⁵ TrFG, p. 246.

⁵³⁶ TrFG, p. 247.

4.3 Tese da distinção estrutural entre princípios e regras. (T_{PR}).

Seja na teoria do direito seja na legislação, há muito é possível a afirmação de que a jurisprudência deve levar em conta não apenas regras cuja interpretação se encontra fora de controvérsias mas também “princípios” cuja aplicação demanda o uso de argumentos às vezes bastante complexos⁵³⁷. De um lado a menção legislativa aos “princípios gerais do direito”, como por exemplo aquela realizada pela Lei de Introdução ao Código Civil⁵³⁸ na esteira de similares dispositivos em inúmeras codificações da Europa continental⁵³⁹, e de outro construções teóricas como as de Esser⁵⁴⁰, são apenas partes mais visíveis de uma vasta série de teses e decisões a sustentar a existência de um tipo especial de normas jurídicas, os princípios. No entanto, a familiaridade do uso desta noção não se fez acompanhar de consenso quanto aos aspectos mais elementares de sua definição, como natureza, conteúdo etc.⁵⁴¹ Uma breve e inconclusiva recensão feita por Atienza e Manero identifica oito acepções possíveis para “princípios” em uso na teoria do direito e na jurisprudência⁵⁴²: (i) Princípio como norma extremamente genérica, caso em que as propriedades relevantes reguladas pela norma (princípio) em questão são muito gerais. Citam o exemplo do art. 1.091 do Código Civil espanhol, que dispõe: “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”. (ii) princípio no sentido de uma norma que utiliza conceitos jurídicos indeterminados, tais como as normas que proíbem o “abuso de direito”; (iii) princípio como norma programática; (iv) princípio como norma que estabelece “valores superiores” do ordenamento jurídico, como a igualdade entre todos os cidadãos; (v) princípio como norma de grande relevância jurídica, ainda que sua formulação seja bastante exata (a exemplo de algumas das imunidades tributárias previstas no art. 150 da Constituição da República); (vi) princípio como norma jurídica de hierarquia elevada; e (vii) como

⁵³⁷ Para uma extensa abordagem do tema, cf. Citar ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed., revista. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁵³⁸ BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942** (Lei de Introdução ao Código Civil), art. 4º: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes os princípios gerais do direito”.

⁵³⁹ A exemplo do Código Civil austríaco de 1811, que determinava que nos casos duvidosos fosse apoiada a decisão nos “princípios do direito natural” Cf. MUÑIS, Joaquín R.-Toubes. **Legal Principles and Legal Theory**, Ratio Juris, vol. 10, nº 3, 1997 (267-87) p. 267.

⁵⁴⁰ Cf. ESSER, Josef. , Josef. **Princípio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado**.

⁵⁴¹ Cf. MUÑIS, Joaquín R.-Toubes. **Legal Principles and Legal Theory**, p. 267

⁵⁴² Cf. ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Sobre Princípios y Reglas**, DOXA, vol. 10, 1991, (101-120)

norma dirigida aos órgãos de aplicação do direito, tais como as que proíbem a analogia em matéria tributária⁵⁴³; e por fim (viii) princípio como “enunciado ou máxima da ciência jurídica de considerável grau de generalidade e que permite a sistematização do ordenamento jurídico ou de algum setor do mesmo”⁵⁴⁴

No entanto, se bem que antiga e variada, é possível afirmar que o debate sobre a distinção entre princípios e regras adquiriu suas feições atuais a partir da intervenção de Ronald Dworkin que, em ensaio de 1967 (“The Model of Rules”) no qual dirigia sua crítica ao positivismo de Hart⁵⁴⁵, reivindicou para “regras” e “princípios” uma diferença de natureza “lógica”.⁵⁴⁶ Sob aspectos fundamentais os argumentos que oferece para sustentar a distinção são similares aos utilizados na obra de W. D. Ross, “The Right and the Good”⁵⁴⁷, o que no entanto não permite ignorar que foi mesmo com Dworkin que tal distinção foi incorporada à teoria jurídica reivindicando para si um status lógico especial, até encontrar em Robert Alexy uma densidade antes inédita.

Em seu “ataque geral contra o positivismo”, Dworkin⁵⁴⁸ afirma que na argumentação jurídica são encontrados “padrões” (*standards*) de distintas espécies, entre eles aqueles que funcionam como “regras” (*rules*), os que funcionam como “princípios” (*principles*) ou ainda como “políticas” (*politics*). Entre princípios e políticas, ainda que o próprio Dworkin afirme usar tais termos de modo muitas vezes intercambiável, há uma importante distinção. Política é definida como um tipo de padrão que estabelece um objetivo social a ser alcançado, como por exemplo a promoção do crescimento econômico, a redução do desemprego e a redução dos acidentes de trabalho. Por sua vez, princípios são definidos como o tipo de padrão que formula uma “exigência da justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” e que deve ser observada em virtude de seus próprios termos e não porque é capaz de promover algum estado de coisas visto como socialmente desejável. No exemplo do próprio Dworkin, o padrão segundo o qual “ninguém deve beneficiar-se de sua própria torpeza” é um princípio, ao passo que o padrão que estabelece que acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política.

⁵⁴³ BRASIL. **Código Tributário Nacional**, art. 108, § 1º.

⁵⁴⁴ ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Sobre Principios y Reglas**, p. 105.

⁵⁴⁵ Ensaio este posteriormente recolhido em DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, caps. 2 e 3, ps. 23-125.

⁵⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, p. 39.

⁵⁴⁷ ROSS, W. D. **The Right and the Good**. Irianópolis: Hackett, 1988.

⁵⁴⁸ Para o que se segue cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, especialmente ps. 35-72.

Mas o que interessa mesmo a Dworkin é a oposição entre princípios em sentido genérico (ou seja, incluindo políticas) e regras. Para ilustrar esta importante distinção Dworkin apóia-se em decisões judiciais extraídas de tribunais norte-americanos. É muito importante prestar atenção nos “princípios” identificados por Dworkin pois isso permitirá uma correta compreensão de sua tese bem como da importante diferença que há entre seus argumentos e os de Alexy. Vejamos os princípios:

(a) “devemos ter em mente o princípio geral de que, na ausência de fraude, aquele que não le o contrato antes de assiná-lo não pode, mais tarde, minimizar seus encargos.” (b) “na aplicação deste princípio, o preceito básico da liberdade das partes competentes para contratar é um fator importante” (c) “a liberdade de contratar não é uma doutrina tao imutável a ponto de não admitir nenhuma ressalva na área que nos concerne” (d) “em uma sociedade com a nossa, na qual o automóvel é um acessório comum e necessário à vida cotidiana e na qual o seu uso é tao cheio de perigos para o motorista, os passageiros e o público, o fabricante tem uma obrigação especial no que diz respeito à fabricação, promoção e venda de seus carros. Consequentemente, os tribunais devem examinar minuciosamente os contratos de compra para ver se os interesses do consumidor e do público estão sendo tratados com equidade” (e) “existe algum princípio que seja mais familiar ou mais firmemente inscrito na historia do direito anglo-americano do que a doutrina basilar de que os tribunais não se permitirão ser usados como instrumentos de iniquidade e injustiça?” (f) “mais especificamente, os tribunais em geral excusam a prestar-se a garantir a execução de uma «barganha» na qual uma parte aproveitou-se injustamente das necessidades econômicas da outra...”⁵⁴⁹

Logo adiante será realçada a distinção que há entre estes princípios elencados por Dworkin e a definição de princípios fornecida por Robert Alexy. Por ora é importante realçar que se trata aqui de “padrões” que enunciam máximas as quais não se encontram necessariamente explicitamente fixadas em algum dispositivo jurídico como uma constituição ou código. Aparecem sob a forma de juízos de aplicação, a caso concreto, de princípios gerais similares a uma das definições fornecida por Atienza e Manero: princípio como “enunciado ou máxima da ciência jurídica de considerável grau de generalidade e que permite a sistematização do ordenamento jurídico ou de algum setor do mesmo.”⁵⁵⁰ Neste sentido trata-se de princípios que já são interpretações (reconstruções) da massa do direito vigente, oferecido para justificá-lo moralmente.

Dworkin afirma que “a distinção entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica”⁵⁵¹, ainda que a distinção fique evidente apenas quando é examinado o modo de funcionamento das regras e princípios. A formulação do critério de distinção é conhecida: a aplicação das regras, tais como as que estabelecem o limite máximo de velocidade de cinquenta quilómetros por hora em determinada via, ocorre à maneira do

⁵⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, ps. 38-39.

⁵⁵⁰ ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Sobre Princípios y Reglas**, p. 105.

⁵⁵¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, p. 39.

“tudo ou nada”. Dada uma determinada regras, ou ela não é válida, e nesse caso deve ser afastada, ou é válida e deve ser aplicada, ou ainda é válida mas comporta algum tipo específico e delimitado de exceção.⁵⁵² Uma vez reconhecido com válida a regra que estipula o limite de velocidade, ou ela é observada ou é fixada uma exceção. E se duas regras conflitam, uma delas não pode ser válida ou há exceção. Não é o que ocorre com a aplicação de princípios, pois nos casos em que tratamos de padrões como “ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza”, os quais não pretendem “estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária”⁵⁵³. Um princípio enuncia uma razão que influencia o argumento em determinada direção, mas a aplicação do princípio permanece na dependência de uma decisão particular. Afinal, princípios possuem uma dimensão ignorada pelas regras: peso ou importância.

Não é a forma assumida pelo padrão que permite concluir tratar-se ele de um princípio ou de uma regra, muitas vezes ela pode dar margem à confusão. Em casos assim, por mais que Dworkin houvesse afirmado ser lógica a distinção, ela deve ser auferida por referência ao contexto concreto de aplicação, ao conjunto das instituições da prática de determinada comunidade jurídica:

“Um testamento é inválido a menos que seja assinado por três testemunhas” não é muito diferente, quanto à forma, de “um homem não poderá beneficiar-se de seus atos ilícitos”, mas quem conhece o direito norte-americano sabe que deve considerar a primeira frase como a expressão de uma regra e a segunda como expressão de um princípio.⁵⁵⁴

Mas se é realmente assim, será realmente lógica a distinção? Ainda que tenha sido bastante divulgada, o próprio Dworkin não mais retorna, em seus textos posteriores, à distinção entre princípios e regras. Certamente ela não é negada porém não encontra espaço relevante na formulação de suas teses principais a partir do final dos anos 1970. É Robert Alexy quem, em 1986, retorna a tal distinção por ocasião de sua tentativa de reconstruir aspectos importantes da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão.⁵⁵⁵ Alexy apresenta TPR como uma reconstrução racional, com os meios da teoria discursiva do direito, do procedimento de aplicação dos direitos fundamentais levada a cabo pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, o qual interpretaria o catálogo constitucional de direitos como expressão de uma “ordem

⁵⁵² Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, p. 39.

⁵⁵³ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, p. 41.

⁵⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, p. 43.

⁵⁵⁵

concreta de valores”⁵⁵⁶. Esta construção teórica do tribunal seria passível de críticas, pois permitiria uma substituição do caráter normativo da constituição em benefício das opções axiológicas do próprio tribunal, curto-circuitando as actividades judicial e legislativa⁵⁵⁷, de modo que uma interpretação adequada substituiria a interpretação de “valores” por “princípios”, enquanto normas estruturalmente distintas das regras⁵⁵⁸: seu objetivo seria “impor um modelo racional ao processo de ponderação” utilizado pelo tribunal⁵⁵⁹. Não cabe, no curto espaço deste capítulo, fazer justiça ao debate constitucional, mas tão-somente fixar o argumento essencial da distinção crucial para TPR.⁵⁶⁰ Ao mesmo tempo Alexy pretende que sua distinção seja conceitualmente mais rigorosa que as várias fórmulas até então encontradas na teoria jurídica e na jurisprudência, especialmente aquela formulada por Dworkin.⁵⁶¹ No entanto os termos em que o faz deram origem a uma disputa relevante quanto à correta fixação do conceito de princípios entre autores vinculados à ética discursiva.

Princípios e regras são as duas espécies distintas de normas jurídicas, ambos possuindo validade normativa, um conceito que não sofre “gradação” (88): normas em geral ou são válidas ou não. A diferença entre ambas é questão não apenas de grau ou generalidade de sua formulação mas sim “qualitativa”: “toda norma ou é uma regra ou um princípio.” (87) Os princípios contêm mandamentos que não são definitivos mas apenas “*prima facie*”, pois ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, observados os limites das possibilidades jurídicas e fáticas: princípios são nesse sentido “mandamentos de otimização.” (86-101). A obediência a um princípio é uma questão de grau, e os termos exatos de seu cumprimento em casos concretos de decisão é algo que dependem dos fatos e de outras normas jurídicas que possivelmente também incidem sobre a matéria. Por sua vez as regras desconhecem a variabilidade no grau de seu cumprimento: regras ou são observadas ou são desobedecidas. A exigência que elas contêm deve ser integralmente observada, sem margem a gradações em seu cumprimento.

⁵⁵⁶ Cf. ALEXY, Robert. **Sistema Jurídico y Razon Practica**. In ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Gedisa: Barcelona, 1994, ps. 159-177.

⁵⁵⁷ ALEXY, Robert. **Sistema Jurídico y Razon Practica**, ps. 161 e ss.

⁵⁵⁸ Cf. ALEXY, Robert. **Sistema Jurídico y Razon Practica**, ps. 165 e 175.

⁵⁵⁹ GUNTHER, Klaus. **The Sense of Appropriateness**, p. 215.

⁵⁶⁰ Para argumentos semelhantes aos de Alexy, e que poderiam ser igualmente atingidos pelas objeções de Searle e Günther, ver PECZENIK, Aleksander. **On Law and Reason**. Dordrecht: Kluwer, 1989, especialmente ps. 58-96, 418-425.

⁵⁶¹ Para o que se segue, cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**, ps.

O modo mais elucidativo de demonstrar esta distinção é, para Alexy, o estudo dos casos de conflito de regras e colisões de princípios. Quando duas regras conflitam entre si a solução consiste na introdução de uma regra de exceção ou na declaração de invalidade de ao menos uma das duas regras. Neste caso a decisão sobre a correta aplicação dos dispositivos normativos em conflito é sempre uma questão sobre a validade jurídica dos mesmos (88). De outro lado a colisão entre princípios não há disputa quanto à validade de ambos, a qual é aceita, mas sim quanto à dimensão do “peso” específico que cada um deles possui. Ocorre apenas que um deles deve “ceder” diante do outro, no caso concreto. É estabelecida uma relação de preferência condicionada entre os princípios (este ponto é objeto do próximo item deste capítulo). Assim um conflito entre duas regras, uma das quais proíbe a circulação de veículos no parque e outra que regula o uso de ambulâncias para a prestação do socorro aos enfermos, especialmente num caso em que um cidadão sofre um ataque cardíaco durante um passeio no parque, tal conflito pode ser solucionado graças à inclusão de uma “cláusula de exceção”. Caso uma regra permita o protocolo de um recurso até o quinto dia útil posterior à intimação da decisão, e outra regra determine que o prazo para o mesmo recurso é de três dias, uma das duas não pode ser válida. Mas se o conflito existe entre princípios que estabelecem uma proteção à liberdade de imprensa e informação e outro que garante o direito à informação, aceita-se a validade de ambos os princípios porém, diante das condições fáticas e normativas concretas, é estabelecida uma relação de preferência condicionada, mediante a qual um dos dois, devido a seu maior peso, “cede” frente ao outro, no caso concreto.

A tese de que há entre princípios e regras uma distinção lógica-estrutural (TPR), especialmente tal como formulada por Robert Alexy, tem sido contestada por Klaus Günther, apoiando-se em argumentos lançados por John Searle⁵⁶². E até mesmo pela importante divulgação que esta tese recebeu na doutrina constitucional e mesmo na jurisprudência convém atentar para os termos da crítica que lhe é dirigida⁵⁶³. Adiantando a conclusão que pretendem alcançar, ambos contestam a distinção “estrutural” entre normas definitivas e *prima facie* como resultado de uma compreensão equivocada de duas formas distintas de juízos sobre normas. É um equívoco afirmar que princípios estabelecem comandos “prima facie” e regras comandos definitivos, pois

⁵⁶² Cf. GÜNTHER, Klaus. **The Sense of Appropriateness**; SEARLE, John. *Prima Facie Obligations*. In RAZ, Joseph (org.). **Practical Reasoning**. Oxford: OUP, 1978, (81-90)

⁵⁶³ Cf. SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. Revista dos Tribunais, n.º. 798, 2002, pp. 23-50.

todas as normas são *prima facie* válidas e comandos definitivos são sempre o resultado de juízos de aplicação de normas a casos concretos. Vejamos o exemplo clássico: X promete a Y ir à sua festa de aniversário, mas chegada a hora da festa um vizinho, gravemente enfermo, implora por socorro. Deve dirigir-se à festa tal como havia prometido ao amigo, ignorando o pedido de auxílio, ou deve auxiliar o vizinho levando-o ao hospital, descumprindo a promessa inicialmente realizada? A mais famosa variação deste “dilema” moral encontra-se já em Kant⁵⁶⁴, em sua rejeição de um suposto direito à mentira motivado por causas nobres: um assassino está a perseguir um inocente o qual se refugia na casa de um terceiro e a este o assassino pergunta sobre o paradeiro da vítima. O terceiro encontra-se diante de um conflito entre regras morais: “deves falar a verdade” e “deves ajudar às pessoas”. Não se trata aqui de avaliar filosoficamente a tese kantiana, a qual já foi reputada como pura “tolice”, indigna de maior atenção,⁵⁶⁵ mas-se aqui apenas do problema atinente à correta definição do conflito moral em questão. O modo como autores como Ross pretendem solucioná-lo é inserindo uma distinção conceitual entre tipos de obrigação *prima facie* e definitiva, e aqui reside o problema contra o qual dirigem-se Searle e, seguindo-o, Günther.

Searle identifica duas acepções em Ross e outros autores que compartilham semelhante definição⁵⁶⁶. No primeiro caso, obrigações *prima facie* válidas apenas parecem estabelecer uma obrigação, sem que o façam realmente, ao passo que obrigações atuais vinculam verdadeiramente uma obrigação. A afirmação “1. X tem um obrigação *prima facie* de fazer A” não implica que “2. X tem uma obrigação de fazer A” porque ela é consistente como “3. X não possui nenhuma obrigação real de fazer A, ele apenas parece possuir tal obrigação”. Para Searle esta acepção deve ser prontamente rejeitada uma vez que é incapaz de expressar o fato muito cotidiano de que podem haver conflitos reais entre obrigações morais: se obrigações surgem apenas como resultado de juízos concretos de aplicação, então seria o mesmo que afirmar que, sendo preferida a norma que recomenda o auxílio às pessoas, sequer houvesse surgido alguma obrigação resultado da promessa realizada. Seria como se ela simplesmente não houvesse sido feita, por incapaz de gerar uma obrigação.

⁵⁶⁴ KANT, Immanuel. “Sobre um Suposto Direito de Mentir por Amor à Humanidade”, in KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 1995, (173-179).

⁵⁶⁵ SEARLE, John. **Razões para Actuar**, p. 63

⁵⁶⁶ Para o que se segue cf. SEARLE, John. *Prima Facie Obligations*. In RAZ, Joseph (org.). **Practical Reasoning**. Oxford: OUP, 1978, (81-90)

A segunda acepção identificada por Searle opõe obrigações *prima facie* e absolutas, e é similar àquela utilizada por Alexy pois insere uma relação de precedência lógica ente dois tipos de obrigação: uma que é *prima facie* e goza de um status hierarquicamente inferior às obrigações definitivas. Uma obrigação *prima facie* não deixa de existir mesmo quando é afastada por obrigações absolutas, ela apenas pertence a uma classe de obrigações inferiores – por mais fracas, podendo ser reconhecida em algum caso concreto quando for capaz de afastar todas as demais obrigações que incidem sobre uma mesma situação. Mas neste caso a decisão sobre o caráter *prima facie* ou absoluto da obrigação dependeria da situação particular de conflito, pois obrigações que numa dada situação assumem um caráter absoluto poderiam no futuro surgir em outras situações como *prima facie*. Mas como então distinguir entre dois tipos de normas, um estabelecendo obrigações *prima facie* e outro absolutas antes de uma situação concreta de aplicação? O núcleo da tese de Searle consiste em distinguir dois tipos de proposições sobre obrigações, um particular (“9. Brown está obrigado a fazer A porque ele prometeu fazer A”) e outro genérico (“10. Todas as promessas criam obrigações”). A questão é que afirmações como 9 podem assumir um caráter *prima facie* ou absoluto dependendo do caso concreto, ao passo que todas aquelas semelhantes a 10 são sempre *prima facie*, já que “toda obrigação está sujeita a ser afastada por considerações especiais em circunstâncias particulares”.

Uma terceira interpretação, proposta pelo próprio Searle, demonstra o equívoco que ele identifica na acepção anterior e recomenda a substituição da expressão *prima facie* por conceitos que evitam as dubiedades apontadas. Ao invés de uma distinção ontológica entre tipos de obrigação ele sugere uma distinção entre tipos de juízos deontológicos sobre as obrigações existentes. Para Searle é importante distinguir entre os seguintes tipos de afirmações:

- (a) João tem uma obrigação de fazer A. (...)
- (d) João deve, tudo o mais permanecendo igual, fazer A.
- (e) João deve fazer A.
- (f) Todas as coisas consideradas, João deve fazer A.
- (g) Todas as coisas consideradas, João não deve fazer A.
- (h) João tem uma obrigação de não fazer A.

A fonte de muitas confusões teóricas reside no desconhecimento de que, se por um lado afirmar (a) vincula com (d), por outro lado (a) não apenas não vincula com (f) como também é coerente com a afirmação (g). A questão é portanto que é possível, em situações de conflito normativo, possuir uma obrigação válida (ex. não mentir) mas ao mesmo tempo, uma vez considerada a “máxima quantidade de informação relevante”

sobre a situação, não realizar aquilo que a obrigação em questão prescreve. Afirmar (a) implica em (d), porque obrigações fornecem razões de um tipo especial para justificar determinadas ações e o “deve” de (d) expressa tais razões, e por isso também dizer (a) é um modo indireto de afirmar (e). A passagem de (a) para (f) ou (g) corresponde à passagem de (9) a (10), e é alcançada mediante “princípios da conversação” (uma idéia a partir da qual Günther construirá sua tese do princípio de adequação) e não graças a caracteres semânticos especiais de obrigações estruturalmente diversas: “esta distinção permanece clara no uso ordinário da linguagem e não requer a introdução do termo *prima facie* para ressaltá-la.” (89)

Esta distinção, as possíveis confusões e o modo correto de expressá-la, é formalizada por Searle do seguinte modo: para a existência de obrigações do tipo expresso em (a) é usado $O_1, O_2, O_3 \dots O_n$, e para juízos deontológicos como (f) é usado O^* . A afirmação de que há a conjugação entre vários tipos de (a) e (g) é então simbolizada como “11. $O_{1p} \& O_{2p} \& O^* \sim p$ ” e a conjugação de (a) e (h) é simbolizada como “12. $O_{1p} \& O_{2 \sim p}$ ”. Com isso Searle pretende afastar a possibilidade de inconsistência lógica porque as seguintes duas formas de expressão estão equivocadas: “13. $O_{1p} \rightarrow \sim O_{2 \sim p}$ ” e “14. $O_{1p} \rightarrow \sim O^* \sim p$ ”. O equívoco de 13 consiste em negar a possibilidade da existência simultânea de obrigações conflitantes ao passo que 14 erra ao negar que alguém possa estar sob uma obrigação validade de fazer algo e, ao mesmo tempo, todas as coisas consideradas, deva se abster de fazer esta mesma coisa. Uma forma correta seria “15. $O^* p \rightarrow \sim p$ ”, que expressa uma situação na qual alguém possui uma obrigação válida particular mas que, todas as coisas consideradas, deve abster-se da ação prescrita, sem que por isso (a) deixe de expressar uma obrigação “plena, incondicional”⁵⁶⁷. Assim, ao invés de distinguir entre formas de obrigação (normas *prima facie* e absolutas) Searle propõe uma distinção entre formas de juízos deontológicos: os que certificam a existência de obrigações e afirmações sobre o que deve ser feito, todas as coisas consideradas.

prima facie é un modificador epistémico de oraciones, no un predicado de tipos de obligación, y no podría ser un termino apropiado para describir el fenómeno de las obligaciones en conflicto allí donde una es superada por la otra. La teoría de las obligaciones *prima facie* es algo peor que mala filosofía, es mala gramática.⁵⁶⁸

Apoiado nestes argumentos, Günther objeta ainda que o modo como Alexy defende a tese não permite compreender por que os discursos de aplicação são exigidos

⁵⁶⁷ SEARLE, John. **Razones para Actuar**. Oviedo: Nobel, 2000, p. 223

⁵⁶⁸ SEARLE, John. **Razones para Actuar**. Oviedo: Nobel, 2000, p. 223

pela “estrutura” dos princípios e não das regras, quando isso seria uma exigência para todos os casos de aplicação de normas. Apenas depois que houvéssimos descrito a situação de modo adequado seria possível concluir pela existência ou não de uma obrigação concreta de agir, apoiados nas regras previamente interpretadas.

It remains unclear why this type of appropriateness argumentation should be prescribed by the structure of principles. That certain norms require appropriateness argumentation only becomes apparent in application situations themselves. The requirement that a norm be applied relative to the actual and normative (legal) possibilities in a situation can however be directed at every norm. It does not depend on the norm itself whether we apply it with or without consideration of the particular circumstances of a situation.⁵⁶⁹

O erro de Alexy consistiria em unificar duas proposições deontológicas diversas: “x deve fazer y”, e “após todas as coisas serem consideradas, x deve fazer y”. No entanto, não haveria sentido em atribuir o caráter de definitivo antes que pudéssemos verificar se conflita com outras regras “nos conferiríamos um caráter definitivo a uma norma porque a consideramos apropriada em situações que podemos compreender claramente.”⁵⁷⁰ Quando em situações concretas aplicamos normas num sentido “absoluto” isso ocorre porque já consideramos as circunstâncias relevantes, e portanto “the distinction between principles and rules is not a distinction within the concept of norm, but one within the presuppositions of action on which norms are applied”.⁵⁷¹ Não se trata de distintas estruturas (entre princípios e regras) mas sim de usos diferentes das normas jurídicas.

Embora o argumento de Günther dependa, neste ponto, de uma plausibilidade do princípio de adequação (assunto reservado para um tópico mais adiante), é possível desde já perceber que Alexy não faz justiça à crítica quando a interpreta como se fora uma afirmação de que “apenas normas existem”⁵⁷² e princípios não existissem. Ora, o que Günther afirma, apoiado na tese de Searle, é que não há uma peculiaridade na estrutura das normas que permita a classificação entre normas que estabelecem comandos de otimização e normas que estabelecem obrigações definitivas, mas sim uma distinção entre o uso de regras em discursos de fundamentação de normas e de aplicação, no qual são consideradas todas as características da situação. Isso não implica em rejeitar a existência de “princípios”, ou ainda, em afirmar a exclusividade das regras, como normas que estabelecem obrigações definitivas, e certamente não é o caso em

⁵⁶⁹ GUNTHER, Klaus. **The Sense of Appropriateness**, p 216.

⁵⁷⁰ GUNTHER, Klaus. **The Sense of Appropriateness**, p 217.

⁵⁷¹ GUNTHER, Klaus. **The Sense of Appropriateness**, p 217.

⁵⁷² ALEXY, Robert. **On the Structure of Legal Principles**. *Ratio Juris*, vol. 13, nº 3, 2000 (294-304), p. 299.

Günther. Sua tese é compatível com a idéia de que há normas jurídicas mais abstratas porém cuja validade é a mesma das regras; e mais que isso, especialmente se por “princípios” consideramos argumentos que reconstróem parcialmente alguns aspectos do ordenamento jurídico segundo uma perspectiva moral, por exemplo como faz Dworkin. O problema de Alexy consiste em que sua defesa da distinção estrutural permanece dependente de uma opção entre dois tipos de classificação das normas jurídicas em geral e dos direitos fundamentais em particular, classificação esta que, por unilateral, sutilmente carrega consigo a tese que Alexy pretende defender. Isso ocorre porque Alexy apresenta as opções de um modo tal que induz a opção por sua perspectiva: as normas apenas podem ser definidas (i) como consistindo exclusivamente em regras, no sentido de obrigações definitivas que, especialmente no caso dos direitos fundamentais, definem posições individuais oponíveis contra o Estado, ou (ii) como consistindo em dois tipos de normas estruturalmente distintas, divididas em regras (obrigações definitivas) e princípios (comandos de otimização)⁵⁷³. Ora, se a opção (ii) é rejeitada – como é por Searle/Günther, isso não significa estar obrigado a aceitar (i)! Sobretudo a objeção de Alexy perde sentido se observamos que, para Günther, obrigações definitivas apenas surgem após a consideração das circunstâncias relevantes, ou seja, como resultado de discursos de aplicação de normas. Ainda que uma norma seja criteriosamente precisa na obrigação que estabelece não é possível assegurar-se contra a totalidade dos casos futuros de aplicação, cujas circunstâncias especiais podem recomendar seja aceita uma exceção. E com isso não se obriga a uma definição tao restrita de normas como em (i).

Aulis Aarnio tentou solucionar esta disputa apresentando uma espécie de meio-termo entre teorias que são, segundo ele, unilaterais. Seja a tese da distinção estrutural entre princípios e regras (tal como é apresentada por Alexy), seja a de uma mera distinção de graus de abstração (como parece ser admitida por Günther), ambas devem ser recusadas.⁵⁷⁴ Para alcançar sua solução o primeiro passo consiste em aceitar o que há de correto nos duas teses conflitantes⁵⁷⁵: da tese da distinção “forte” (estrutural) pretende preservar a definição de princípio como uma norma peculiar por que não

⁵⁷³ Cf. ALEXY, Robert. **Constitutional Rights, Balancing, and Rationality**. Ratio Juris. Vol. 16, nº 2, 2003 (131-40)

⁵⁷⁴ Cf. AARNIO, Aulis. **Reason and Authority: a treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics**. Cambridge: Dartmouth/Arshgate, 2002.; **Las Reglas en Sério**. In La normatividad del derecho. Aarnio, Aulis; Valdés, Ernesto G.; Jyrki UUsitalo (orgs.) Barcelona: Gedisa, 1997. ps. 17-35

⁵⁷⁵ Para o que se segue, cf. AARNIO, Aulis. **Reason and Authority: a treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics**, ps. 174 e ss.

resguarda obrigações definitivas, possui uma dimensão de “peso”, são mandatos de otimização; da tese da distinção “fraca” reconhece o fato de que há também uma variação de generalidade com que são formulados os termos dos dois tipos de normas, o que uma correta classificação deve preservar. O segundo passo consiste em apresentar uma classificação alternativa para as normas jurídicas que mantém, simultaneamente, uma diferença de *grau* e *qualidade* entre princípios e regras: (i) as regras *strictu senso* (R), são os casos mais exemplares de “obrigações definitivas”, caso exemplar de regras formuladas em termos tais que seu cumprimento pode ser submetido a juízos de “tudo ou nada”, como uma norma que estabelece um prazo recursal específico; (ii) os “princípios semelhantes a regras” (PR), normas que embora similares a princípios em sua formulação submetem-se igualmente a um juízo de “tudo ou nada”, como o “princípio” que proíbe a qualquer um aproveitar-se de sua própria torpeza, ou que estabelece a liberdade de expressão; (iii) as “regras semelhantes a princípios” (RP), regras cujo âmbito de aplicação é flexível e sujeito a valorações e interferências de outros princípios; (iv) os princípios *strictu senso*, tipo no qual incorrem as normas que estabelecem metas ou são cognitivamente abertas a valorações, tais como o princípio da “boa fé” nas relações contratuais.

Em terceiro lugar, Aarnio acrescenta a distinção entre *prima facie* (PF) e consideradas-todas-as-coisas (CTC) para representar, respectivamente, os momentos anterior e posterior à interpretação da situação que “concretiza” o significado de normas jurídicas em casos específicos de aplicação. Assim, normas como R e PR são capazes de especificar claramente obrigações graças a seu sentido PF mais definido, e portanto oferecem uma solução imediata às questões jurídicas controversas. Por sua vez, um princípio PF ambíguo só pode servir como apoio para decisões que devem ser tomadas após CTC. A escala que vai de R a P reflete um grau decrescente de clareza no dispositivo considerado: no pólo mais definido a norma já contém obrigações PF; no mais abstrato na norma só apresenta obrigação após CTC. R e PR já obrigam PF, ao passo que P e RP somente obrigam após CTC. Com esta conclusão Aarnio pode ser atingido pelas mesmas observações de Searle/Günther, já que, ao fim e ao cabo, reproduz a distinção entre normas que contém obrigações *prima facie* e normas que obrigam apenas depois que todas as características situacionais são levadas em conta. Na verdade Aarnio apenas acrescenta maiores detalhes a uma nomenclatura que se apoia numa distinção esta sim problemática e carente de elucidação.

4.4. A tese da “ponderação de valores” como solução de conflito entre princípios (TPV)

Se a diferença estrutural entre princípios e regras é recusada, conseqüentemente o mesmo deve ocorrer em relação à tese da “ponderação”. Note-se que mesmo havendo apresentado a diferença entre princípios e regras como sendo de natureza estrutural, o fato é que a oposição entre ambos é feita sempre por ocasião da aplicação de normas⁵⁷⁶. Alexy apresenta a distinção estrutural como forma de justificar um procedimento de ponderação que, já existindo nos tribunais alemães, ele pretende reconstruir. Sendo assim ocorre algo peculiar, já que ele não “constata” a existência de estruturas normativas logicamente diferentes para depois alcançar um correto modelo de solução de conflitos de princípios. Ao contrário, a elaboração filosoficamente sofisticada de um modelo de “ponderação” já intuitivamente praticado por tribunais é que exige, como uma de suas etapas, que uma distinção estrutural entre regras e princípios possa ser demonstrada. Não seria portanto o inverso a ocorrer, ou seja, Alexy não haveria alcançado o modelo de ponderação como forma de solucionar o problema surgido com o conflito de princípios estruturalmente distintos de regras.

Mas em que consiste afinal o modelo de “ponderação”, e qual é o problema apontado por Habermas? Desde o início dos anos 1980 Alexy progressivamente tem desenvolvido o modelo da ponderação de valores para solucionar conflitos de princípios, o qual apresenta como uma reconstrução de aspectos da jurisprudência constitucional alemã.⁵⁷⁷ A ponderação seria uma parte do princípio da proporcionalidade, o qual consistiria em três subprincípios: o de “**suitability**”, o da necessidade e o de proporcionalidade em sentido estrito,⁵⁷⁸ dos quais apenas o último interessa ao presente tópico. Supondo dois princípios (mandamentos de otimização) que entram em conflito num caso concreto, cumpre ponderar o conflito recorrendo ao sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual é idêntico à “lei da ponderação” (LP), capaz de expressar a idéia de otimização em relação às possibilidades jurídicas envolvidas, e que estabelece: “quanto maior é o grau da não

⁵⁷⁶ Cf. GUNTHER, Klaus. **The Sense of Appropriateness**. ps. 207 e ss.

⁵⁷⁷ Uma formulação inicial encontra-se em ALEXY, Robert. **Die Logische Analyse Juristischer Entscheidungen**, in Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie, Beiheft NF 14, 1980 (181-212). Posteriormente é desenvolvida em ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, e recentemente ligeiramente revista em ALEXY, Robert. **Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales**. Revista Española de Derecho Constitucional. Nº 66, (2002), ps. 13-65; **Constitutional Rights, Balancing, and Rationality**. Ratio Juris, vol. 16, nº 2, (131-140); **On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison**. Ratio Juris. Vol 16, nº 4 (433-499).

⁵⁷⁸ citar

satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro.”⁵⁷⁹

Habermas rejeita nessa construção, cujo ponto de partida é a TPR vista no tópico anterior, uma equiparação entre normas de direitos fundamentais (princípios) e “valores” que devem ser ponderados. Segundo Habermas, TPR implica aceitar que “the deontological understanding of norms can be translated into an equivalent understanding of corresponding value contents”⁵⁸⁰. Com isso ocorre uma equiparação entre princípios e valores, o que ignora o caráter deontológico dos primeiros. É certo que Alexy assume que há diferença entre o caráter normativo deontológico de princípios e o caráter de preferências dos princípios, porém nos casos de conflito entre princípios eles são equiparados a valores para efeitos e ponderação e por isso rejeita uma distinção rígida entre o sentido “deontológico” e “ontológico” de princípios e valores.⁵⁸¹ Esta afirmação é apoiada numa definição específica do sentido “deontológico” dos princípios, o qual apresenta-se como uma pretensão de validade normativa incondicional que, assumindo a característica do universalismo moral, envolve todos os sujeitos potencialmente capazes de participar em discursos práticos. Com isso Alexy conclui que as normas jurídicas, na medida em que certamente devem pretender ser justificadas com argumentos menos universalistas e mais políticos, contextualizados, empíricos, não podem pretender um caráter exclusivamente deontológico.

O que está em jogo aqui é uma importante questão política sob a forma de disputa semântica. Mais exatamente trata-se da correta definição do sentido deontológico dos princípios. E o motivo pelo qual Habermas rejeita a idéia de ponderação de valores é que ele define tal sentido não por referência à perspectiva universalista da moral, como equivocadamente o faz Alexy, mas sim ao código binário válido/inválido, similar a legítimo/ilegítimo, correto/incorrecto, discursivamente justificados. Não se trata de normas justificadas sob a perspectiva universal de todos os potenciais participantes de discursos práticos mas sim vinculados a ordens jurídicas e políticas concretas, as quais podem tratar de temas mais ou menos concretos e ainda assim pretender validade incondicional. O mesmo não ocorre com os juízos sobre valores, os quais expressam apenas ordens concretas de preferências:

⁵⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**, p. 161.

⁵⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants, Benjamin N. Cardozo School of Law”. In ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. **Habermas on Law and Democracy**, (381-452), p. 428.

⁵⁸¹ Cf. ALEXY, Robert. Jürgen Habermas’s Theory of Legal Discourse. In In ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. **Habermas on Law and Democracy**, (226-233).

O modo como nós acessamos nossos valores e decidimos o que é “bom para nós” e o que é “melhor”, num determinado momento, muda diariamente. Como pode ser visto quando reduzimos o princípio da igualdade jurídica a um mero bem entre outros, direitos individuais podem ser sacrificados em benefício de objetivos coletivos. Como resultado, nós não vemos que um direito possa “ceder” a outro direito, sem perda de sua validade, quando ocorre um conflito entre ambos.⁵⁸²

Adotando o procedimento de ponderação é abandonada a pretensão de correção dos juízos normativos, a qual é incompatível com opções valorativas:

A decisão do tribunal é então em si mesma um julgamento que de maneira mais ou menos adequada reflete uma forma de vida articulando em si mesma na estrutura de uma ordem concreta de valores. Mas essa decisão não é mais relacionada às alternativas de uma decisão correta ou incorreta. Assimilando proposições de “dever” a valorações, é aberta a via para legitimar amplos poderes discricionários. (...) Como resultado, a exigência estrita de que as decisões sejam justificadas também desaparece.⁵⁸³

Conferido um poder discricionário de decisão ao tribunal, o qual assume a forma de uma decisão sobre preferências valorativas, está configurado o “perigo de decisões irracionais”⁵⁸⁴ uma vez que não existem critérios racionais para resolver conflitos de preferências valorativas. Na rejeição de Habermas ao modelo de Alexy é perceptível a decisiva influência de Ronald Dworkin, o qual pretende sustentar um modelo de interpretação que rejeita a discricionariedade na decisão judicial. Há no entanto diferenças substanciais, as quais serão mencionadas mais adiante.

De modo responder a estas objeções de submissão ao pano de fundo contextual de valorações dos tribunais, e portanto de dissolução de normas em valores, Alexy acrescentou argumentos a TPV, e a partir de um pressuposto trivial Alexy insere uma distinção controversa. O pressuposto trivial, e correto, é que a argumentação jurídica não pode funcionar exclusivamente através da subsunção, produzindo juízos concretos a partir de normas mais abstratas pelo silogismo categórico, o que ocorre nos em casos corriqueiros da interpretação de normas jurídicas relativamente bem definidas. Coisa diferente ocorre nos chamados casos difíceis, nomeadamente o conflito entre princípios. Problemático é contudo o argumento introduzido o qual, além de requerer uma regra de ponderação, sustenta-se em uma classificação nada corriqueira. Se o modelo de solução

⁵⁸² HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants, Benjamin N. Cardozo School of Law”, p. 429.

⁵⁸³ HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants, Benjamin N. Cardozo School of Law”, p. 430.

⁵⁸⁴ TrFG p. 235. ALEXY, Robert. **Constitutional Rights**, p. 134.

de conflitos de regras, pela via da subsunção, é um procedimento “lógico”, o segundo (ponderação) se assemelha às regras da “aritmética”⁵⁸⁵.

O funcionamento da regra de ponderação, expressão do terceiro sub-princípio da proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito), quando dedicada à solução de um conflito entre dois princípios (P1 e P2) apresenta um funcionamento em três estágios. Em primeiro lugar é necessário estabelecer o grau de não realização de P1, em segundo lugar deve-se estabelecer o grau da importância em realizar P2, e finalmente em terceiro lugar, é necessário responder à questão, a saber, se a importância de satisfazer P2 justifica a não satisfação de P1. Os irracionalismos apontados por Habermas apenas ocorreriam caso não fosse capaz de produzir juízos racionais acerca (1) da intensidade de interferência dos princípios em conflito (2) dos respectivos graus de importância e (3) das relações de importância entre ambos⁵⁸⁶.

Alexy crê ser possível afastar essa possibilidade de irracionalismo uma vez que a jurisprudência constitucional alemã forneceria exemplos de decisões as quais realizam intuitivamente a fórmula que trata de apresentar em nível mais abstrato. Um dos exemplos nos quais se apoia trata de decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão acerca da constitucionalidade de uma lei que determinava aos fabricantes de cigarro que reservassem um espaço, nas embalagens e propagandas do produto, para a divulgação de informações sobre os danos à saúde causados pelo consumo do produto. As empresas fabricantes de cigarro alegavam que o dispositivo feria o princípio constitucional de liberdade de iniciativa ao passo que a administração federal apoiava-se no princípio da proteção à saúde pública. A decisão considerou, neste caso, que a liberdade de iniciativa dos produtores deveria ceder espaço à proteção da saúde pública, de modo que a obrigatoriedade imposta aos fabricantes foi considerada constitucional.⁵⁸⁷

Em outro caso tratou-se do conflito entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção à personalidade, em caso no qual uma revista humorística utilizou, em duas oportunidades, a fotografia de um militar da reserva, paraplégico, para nele basear alguns de seus textos. Na primeira oportunidade ao militar foi atribuída a menção de “assassino por natureza”, ao passo que na segunda foi qualificado como “aleijado”. O tribunal considerou que, no primeiro caso, deveria prevalecer o princípio da liberdade

⁵⁸⁵ Cf. ALEXY, Robert. **On Balancing and Subsumption**.

⁵⁸⁶ Cf. ALEXY, Robert. **Constitutional Rights, Balancing, and Rationality**, p. 136. **On Balancing and Subsumption**, p. 436.

⁵⁸⁷ BVerfGE vol. 95, 173, *Apud* ALEXY, R. **Constitutional Rights, Balancing, and Rationality**, ps. 136 e ss.; **On Balancing and Subsumption**, ps. 435 e ss.

de expressão, uma vez que a menção aparecia em contexto tal que permitia supor tratar-se de texto não intencionalmente ofensivo, tratando-se de um texto “reconhecidamente humorístico”, entre outras coisas por que a seu lado figurava a imagem do então presidente da República Federal assinalado como “cidadão por natureza”. Já no segundo caso coisa distinta ocorria, já que o termo “aleijado”, atribuído a um ex-militar cuja deficiência física resultara do exercício das funções institucionais militares, poderia ser considerado como usualmente “humilhante” e expressão de uma “falta de respeito”.⁵⁸⁸

A questão inicial é como podem tais juízos serem expressos na fórmula de ponderação. Para Alexy, embora as duas decisões “utilizem valorações que não se encontram diretamente na fórmula de ponderação” ainda assim é possível construir juízos não arbitrários para fixar o grau de interferência dos princípios: “reasons are given for them, and they are understandable.”⁵⁸⁹

Um intento de formalizar o juízo realizado intuitivamente nos dois casos é oferecido por Alexy nos seguintes termos⁵⁹⁰. Qualificando os graus de interferências numa escala de “leve”, “moderada” e “séria”, a fórmula da ponderação poderia funcionar e produziria um resultado, concluindo que tais decisões de fato se encaixam na fórmula “aritmética” da ponderação. Os objetos de avaliação são: em primeiro lugar (I_i), a intensidade da interferência no princípio P_i , a qual será sempre a expressão de uma “quantidade concreta”; em segundo lugar (W_i), expressão do valor abstrato de P_i relativamente aos demais princípios, independente das circunstâncias concretas do caso de aplicação. O próprio Alexy reconhece que esta é uma variável deveras complicada, posto que se muitos princípios pouco diferem quanto ao valor abstrato que possuem outros possuem altíssimo valor, como por ex. o “direito à vida”, especialmente quando oposto ao direito geral à liberdade de ação. Em terceiro lugar, é necessário fixar a importância da satisfação de P_j (I_j) que também será considerada uma “quantidade concreta”, embora Alexy reconheça que ela pudesse expressar também valores abstratos. Assim (I_j) apenas “pode depender dos efeitos os quais a omissão da interferência de P_i acarretaria para P_2 ” e neste caso pode ser formalmente expresso nos seguintes termos: (I_j) “é tão grande quanto a intensidade com a qual a não interferência com P_i interfere com P_j . Isso mostra que o conceito de importância concreta de P_j é

⁵⁸⁸ BVerfGE vol. 86, 1, 11, *Apud* ALEXY, R. **Constitutional Rights, Balancing, and Rationality**, ps. 136 e ss.; **On Balancing and Subsumption**, ps. 435 e ss.

⁵⁸⁹ **On Balancing and Subsumption**, p. 439

⁵⁹⁰ ALEXY, **Constitutional Rights, Balancing, and Rationality**, p. 136/7. **On Balancing and Subsumption**, ps. 443 e ss.

idêntico ao conceito de intensidade da interferência com P_j pela omissão da interferência com P_i ⁵⁹¹. E uma vez que seja utilizada a escala de leve, moderada e séria, “a questão de como o terceiro passo do balanceamento pode ser resolvida prova ser fácil.”⁵⁹² Basta comparar as hipóteses que resultam da aplicação de “l”, “m” e “s” a I_i e

I_j : para as seguintes hipóteses prevalece P_i :

I_i : “s”, I_j : “l”
 I_i : “s”, I_j : “m”
 I_i : “m”, I_j : “l”

Ao passo que nas seguintes prevalece P_j :

I_i : “l”, I_j : “s”
 I_i : “m”, I_j : “s”
 I_i : “l”, I_j : “m”

No entanto, em casos como os seguintes o resultado é um “empate”, e sobra espaço à “discrição judicial no balanceamento” para que o legislador atue ou não.⁵⁹³

I_i : “l”, I_j : “l”
 I_i : “m”, I_j : “m”
 I_i : “s”, I_j : “s”

Assim é possível estabelecer agora o valor concreto de P_i nos casos de conflito “ $W_{i,j}$ ”:

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

E nos casos de conflito em que os valores abstratos de cada um dos princípios variam (W_i e W_j), a fórmula deve ser aprimorada:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i}{I_j \cdot W_j}$$

A fórmula no entanto não está completa. Falta ainda inserir um terceiro par de variáveis (R_i e R_j) que correspondem à confiabilidade nas suposições empíricas que são feitas em relação à mensuração das variáveis anteriores nos casos concretos. Uma “segunda lei de ponderação” estabelece que “the more heavily na interference with a constitutional right weighs, the greater must be the certainty of its underlying premisses”⁵⁹⁴. Ao contrário da primeira lei da ponderação, a qual se refere às razões substantivas para a interferência entre princípios, esta lei refere-se à qualidade

⁵⁹¹ ALEXY, Robert. **On Balancing and Subsumption**: a structural comparison, p. 441.

⁵⁹² ALEXY, Robert. **On Balancing and Subsumption**: a structural comparison, p. 442.

⁵⁹³ ALEXY, Robert. **Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales**. In *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 66, 2002 (13-65), p. 45 e ss.

⁵⁹⁴ ALEXY, Robert. **On Balancing and Subsumption**: a structural comparison, p. 446.

epistémica dos pressupostos que suportam a interferência. Assim, levando em conta as duas leis da ponderação, a fórmula completa adquire a seguinte forma:

$$W_{ij} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

Ocorre que os valores envolvidos na fórmula de ponderação apenas poderiam funcionar enquanto quocientes “na presença de números”, o que não é o caso em se tratando do conflito de princípios jurídicos – reconhece Alexy, e daí que na argumentação jurídica trata-se apenas de uma “analogia” a remissão aos “quocientes”⁵⁹⁵. Ainda assim pretende que “a fórmula da subsunção representa um esquema que funciona de acordo com as regras da lógica” ao passo que “a fórmula da ponderação de valores representa um esquema que trabalha de acordo com as regras da aritmética”⁵⁹⁶. Permanece a questão a saber se a referência às regras da aritmética não seria também apenas uma analogia, e em que sentido tal poderia elucidar o papel da fórmula apresentada. Afinal, qual o ganho que há na distinção entre “lógica” e “aritmética”? Segundo Alexy:

“Nem a fórmula da subsunção nem a fórmula de ponderação em nada contribui diretamente para a justificação do conteúdo dessas premissas. Em relação a isso ambos são completamente formais. Mas isso não pode diminuir o valor de identificar o tipo e a forma das premissas as quais são necessárias para justificar o resultado.”⁵⁹⁷

Assim, apesar de toda a sofisticação alcançada pela reformulação da regra de ponderação, questão central apontada por Habermas permanece sem resposta. Em primeiro lugar, a fórmula apenas pode funcionar quando aquilo que é mais importante e requer justificação já é tomado como válido: a atribuição de valores “s”, “m” e “l”. Nos casos citados acima Alexy pôde coletar as valorações já feitas pelo tribunal e, “através” da fórmula da ponderação, concluir que “a intensidade da interferência com estes direitos foi determinada e eles foram colocados em relação entre si”⁵⁹⁸. Neles a decisão pode decorrer diretamente de imagens de mundo prévias adoptadas pelo tribunal, de suas opções e valorações ético-políticas acerca do lugar que os contratos de direito privado ocupam numa imagem social de mundo, de sua autoridade e conseqüente prioridade moral, ou da importância atribuída à liberdade de expressão. O mais

⁵⁹⁵ Cf. ALEXY, Robert. **On Balancing and Subsumption**: a structural comparison. *Ratio Juris*, vol. 16, nº 4, 2003 (433-49), p. 444.

⁵⁹⁶ ALEXY, Robert. **On Balancing and Subsumption**: a structural comparison, p. 448.

⁵⁹⁷ ALEXY, Robert. **On Balancing and Subsumption**: a structural comparison, p. 448.

⁵⁹⁸ ALEXY, **Constitutional Rights, Balancing, and Rationality**, p. 137.

importante é justamente essa valoração, sem a qual a ponderação não funciona. Adoptando as valorações do Tribunal Alexy como premissas é possível “aplicar” a regra e concluir com segurança: “sem dúvida alguma, é balanceamento”⁵⁹⁹. As dúvidas agora recaem “apenas” sobre a atribuição de valores. Os novos argumentos de Alexy de modo algum são uma objeção à crítica dirigida por Habermas: a irracionalidade apontada consiste na atribuição de valores e preferências aos princípios, ou seja, àquilo que as fórmulas de Alexy já devem necessariamente pressupor e sem o que não funcionam. Certamente que, feita a valoração, podemos racionalmente alcançar um resultado, mas não é porém aqui que reside a possibilidade de irracionalidade apontada por Habermas e sim no fato mesmo da valoração. Aliás, é possível mesmo afirmar que, feita a valoração, a fórmula termina por ser de pouca valia, já que sua relação de preferência apenas expressa formalmente aquilo que já se encontra inevitavelmente no significado semântico do texto que expõe as opções de valores⁶⁰⁰.

Observe-se o quão problemático é afirmar que regras como estas são capazes de “criar” uma “relação” entre juízos sobre o grau de intensidade e proporcionalidade. Seguramente elas ao menos pretendem funcionar como um guia para argumentações jurídicas, prescrevendo como as valorações lançadas pelo tribunal deveriam ser mantidas em referência umas às outras. Por outro lado também é possível afirmar que, rigorosamente falando, ela não “cria” nada, pois limita-se apenas a expressar em grau muito mais elevado de abstração algo que já está disponível na decisão. Isso é ainda mais evidente na medida em que são os exemplos de Alexy são usados para mostrar o significado das fórmulas, quando deveria poder ser exigido o oposto, ou seja, que eles mostrem como poderíamos resolver um caso com base nas fórmulas. Após valorarmos em grave, médio e leve o grau de importância de cada princípio e de sua correspondente não realização, já não precisaríamos mais das fórmulas, pois bastaria o uso ordinário da linguagem.

Como foi visto acima Alexy parece perceber este problema⁶⁰¹ mas ainda assim pretende que a formulação da regra de proporcionalidade seja uma resposta satisfatória à crítica de Habermas. Sinteticamente, poderíamos resumir a crítica e a resposta do seguinte modo: é como se Habermas afirmasse: “a interpretação de princípios pela via

⁵⁹⁹ ALEXY, Robert. **Constitutional Rights, Balancing, and Rationality**, p. 136

⁶⁰⁰ Cf. ALEXY, **Constitutional Rights, Balancing, and Rationality**, p. 139.

⁶⁰¹ “of course, such judgments presuppose standards that are not themselves to be found in the law of balancing”. Mas ainda assim isso não significa que habermas esteja correto quanto à irracionalidade do procedimento, pois “reasons are given form them, and they are understandable.” ALEXY, **On Balancing and Subsumption** p. 439.

do modelo de ponderação possibilita decisões que resultam diretamente das opções valorativas adotadas pelo tribunal”, e diante disso, a resposta fornecida por Alexy fosse: “a ponderação é racional pois, dadas as valorações, é possível alcançar uma conclusão racional usando a regra de ponderação”. A resposta fornecida vem a confirmar a crítica lançada.

4.5 A Tese do Caso Especial (T_{CE})

Ainda que o próprio Alexy sustente simultaneamente T_{PR} , T_{PV} e T_{CE} , Habermas e Günther as rejeitem, a oposição às duas primeiras não implica logicamente a rejeição da terceira. Não haveria incompatibilidade lógica em recusar a idéia de ponderação de valores, aceitando a crítica de Habermas, e no entanto afirmar a tese do caso especial. Tais teses surgiram com relativa independência nos textos de Alexy. De todo modo, compreender a objeção de Habermas a T_{CE} é uma etapa importante para desenvolver o que poderia ser seu modelo de interpretação e aplicação de princípios. T_{CE} estabelece que os discursos jurídicos de aplicação devem ser compreendidos como um caso especial dos discursos práticos gerais, tal como definidos pela ética discursiva. Alexy a apresenta como o resultado das três considerações seguintes. Discursos jurídicos de aplicação (a) dizem respeito a questões práticas, isto é, ao que é proibido, permitido ou obrigatório, tal como ocorre com os discursos práticos em geral; (b) do mesmo modo que os discursos práticos, suscitam uma pretensão de correção, uma vez que diante de problemas surgidos no interior de argumentações jurídicas buscam encontrar soluções corretas, no sentido de que são discursivamente justificáveis, de acordo com o direito vigente; e (c) a extensão do discurso jurídico é distinta dos discursos práticos em geral já que sua validade é restrita ao âmbito do direito vigente, e limitada também pela dogmática jurídica e pelos precedentes judiciais. Seu caráter institucional torna sua pretensão de validade distinta da validade moral-prática em geral⁶⁰². E para melhor definir T_{CE} , o próprio Alexy adianta três possíveis “interpretações”, das quais apenas a terceira expressa corretamente sua perspectiva. Em primeiro lugar, e equivocadamente, T_{CE} afirmaria que a argumentação jurídica, especialmente em casos difíceis, assumiria

⁶⁰² Cf. ALEXY, R. **Teoria de la Argumentación Jurídica**; Cf. También ALEXY, R. **The Special Case Thesis**. *Ratio Juris*, vol. 12. n° 4. (374-84). Cf. GRABOWSKI, Andrzej. **Sonderfallthese: its critique and interpretation**. In *Rechtstheorie*, n° 34, 2003 (371-392). PECZENIK, Aleksander. **On Law and Reason**. Dordrecht: Kluwer, 1989, ps. 187-197.

a forma de uma “fachada” para decisões adotadas por meio de discursos práticos, os quais apenas seriam “legitimados” pela argumentação jurídica. Em segundo lugar, T_{CE} afirmaria o caráter complementar de discursos práticos, os quais seriam necessários a partir de determinado ponto no qual seriam as possibilidades de lançar argumentos jurídicos de modo exaustivo. Tampouco esta segunda forma é a que pretende expressar Alexy, que afinal adota uma terceira alternativa: T_{CE} representa a idéia de que nas decisões concretas tomadas pelos tribunais devem sempre compatibilizar, utilizando lado a lado, argumentos jurídicos e prático-gerais.

Certamente Alexy concorda com a validade das regras do discurso prático racional, bem como com sua pretensão universalista de correção normativa. No entanto considera que elas exigem um procedimento altamente idealizado, que demanda dos participantes tempo e conhecimento ilimitados⁶⁰³. As regras provam que é possível argumentar sobre questões morais e pretender correção fundamentada, evitando assim tanto o cepticismo quanto o dogmatismo moral. No entanto, a tentativa de levar a cabo tal procedimento terminaria por prolongar a discussão em demasia, sobrecarregando os participantes da argumentação. O caráter institucional do direito serviria para compensar essa indeterminação radical e inevitável dos discursos práticos. O aspecto propriamente “especial” da tese residiria no fato de que, estando limitado ao direito vigente, a argumentação jurídica ainda assim deveria pretender fornecer argumentos práticos correctos ou seja, que pudessem ser justificados pelas regras do discurso prático racional. Em suma, a argumentação jurídica seria discurso prático racional, sempre exercitado dentro do espaço delimitado pelo direito vigente.

TCE é explicitamente recusada por Habermas e Günther, com argumentos semelhantes: aceitá-la levaria a uma diluição da diferença entre legislação e jurisdição, bem como à submissão do direito à moral, ambas as coisas resultando de uma interpretação equivocada da teoria discursiva⁶⁰⁴. Para Regh, há de fato uma diferença que sustenta a objeção de Habermas:

Estritamente falando, estruturas politico-jurídicas institucionalizam não (U), mas o mais amplo e abstrato princípio do Discurso (D) (...). A interpenetração entre direito e moralidade representa apenas parte do quadro (...). Portanto é mais adequado falar na interpenetração entre *direito e discurso*.⁶⁰⁵

⁶⁰³ Cf. ALEXY, Robert. **Una Concepcion Teórico-Discursiva de la Razon Practica**. In ALEXY, Robert. *El Concepto de la Validez y Otros Ensayos*. Barcelona: Gedisa, 1994. ps. 133 e ss.

⁶⁰⁴ “Habermas considers Alexy’s treatment of such similarities problematic inasmuch as it tends to assimilate law to morality. On habermas’s view, one does etter to analyse such similariteies at the level of (D), in terms of the idealized requirements of impartial justification in general.” (REHG, William. **Insight and Solidarity: the discourse ethics of Jürgen Habermas**. p. 223.)

⁶⁰⁵ REHG, William. **Insight and Solidarity: the discourse ethics of Jürgen Habermas**. p. 219.

Segundo Habermas, Alexy inevitavelmente apagaria a “linha vermelha” que separa a fundamentação legislativa de normas de sua interpretação judicial, na medida que confere aos juízes a possibilidade de “moverem-se no espaço irrestrito”⁶⁰⁶ da argumentação que é característico dos discursos práticos racionais, quando deveriam confinar-se às “razões que os legisladores de fato utilizaram ou ao menos poderiam haver mobilizado para a justificação parlamentar de uma norma.”⁶⁰⁷ Assim,

Alexy cannot explain certain phenomena, such as the different communicative arrangements governing legislation and adjudication. These varying arrangements result from the different principles and corresponding logics of argumentation that govern the two types of discourse (i.e., universalization in the case of justification and appropriateness in the case of application).⁶⁰⁸

Além disso, as questões jurídicas devem ao final produzir normas concretas justificadas por discursos práticos racionais: “the application of norms, too, can be considered a justification of norms ... its object of justification is not a universal but an individual norm.”⁶⁰⁹ Ora, tais decisões estariam submetidas ao mesmo princípio justificatório que as regras morais, o princípio de universalização⁶¹⁰. O problema é que o princípio moral de universalização expressa a perspectiva de participantes em interações simples, que buscam fundamentar uma norma de ação com base em argumentos, estes apoiados no interesse universalizável que a norma representaria para todos os possíveis participantes. A exigência, aqui, é a da mais alta reversibilidade de perspectivas entre os participantes do discurso⁶¹¹. Ao contrário, nos discursos jurídicos de aplicação, a perspectiva é a de membros de uma comunidade jurídica concreta que se entendem reciprocamente como possuidores de direitos. Se no caso moral a perspectiva é universalista, referindo-se aos interesses de todos os possíveis atingidos, no caso jurídico “essas relações retraem-se atrás dos interesses das partes imediatamente

⁶⁰⁶ HABERMAS, Jürgen, **A Short Reply**, p. 447. E ainda: “somente o legislador político tem o poder ilimitado de lançar mão de argumentos normativos e pragmáticos, inclusive os constituídos através de negociações equitativas, isso porém, no quadro de um procedimento democrático amarrado à perspectiva da fundamentação de normas.” TrFG, I, p. 239.

⁶⁰⁷ HABERMAS, Jürgen, **A Short Reply**, p. 447.

⁶⁰⁸ HABERMAS, J. **Reply to Symposium Participants, Benjamin N. Cardozo School of Law**. In ROSENFELD, ARATO (orgs.) *Habermas on Law and Democracy: critical exchanges*. Berkeley: UCP, 1998 (381-452), p. 430). No entanto, para LA TORRE, Massimo. **Theories of Legal Argumentation and Concepts of Law: an approximation**, Ratio Juris, vol. 15 n° 4, 2002 (377-402), p. 396, Habermas, no ultimo texto citado, estaria proximo de concordar com a idéia de que “with a few adjustments and additions, legal discourse according to Alexy represents a special case of practical discourse.”

⁶⁰⁹ ALEXY, Robert. **Justification and Application of Norms**, p. 162.

⁶¹⁰ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**, ps. 284 e ss.

⁶¹¹ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**, p. 284.

envolvidas”.⁶¹² Günther, quanto a esse ponto, insiste que a pretensão de correção levantada pelos discursos jurídicos de aplicação diz respeito a normas cuja validade já é pressuposta, exonerando as partes da demonstração de que suas razões são “legítimas” no sentido moral, ou seja, expressando interesses universalizáveis, quando essa é exatamente a característica dos discursos morais, inclusive os que tratam de justificar proposições as mais específicas⁶¹³.

É também Günther quem ressalta que a indefinição estrutural dos discursos racionais, apontada por Alexy, termina por, equivocadamente, reunir sob a mesma denominação coisas bastante distintas. Em primeiro lugar, como foi possível perceber no capítulo inicial do presente trabalho, as regras do discurso podem ser consideradas “ideais”, no sentido de que sua completa satisfação demandaria tempo e conhecimento inalcançáveis, porém isso não afasta o fato de que tais regras “existem” na medida em que são pressuposições inevitáveis da ação comunicativa no mundo da vida. Isso porém é diferente de afirmar uma inerente “indefinição” quanto aos resultados concretos que sempre a acompanharia, pois se os participantes de discursos práticos não fossem capazes de alcançar um consenso sobre a ação, justificável com base nestas regras, não haveria sentido algum fundar a ética discursiva sob a égide do princípio de universalização: seu caráter idealizado não implica conceitualmente inutilidade⁶¹⁴. Mais que isso, ainda que a indecisão quanto às decisões concretas, conforme TCE, devesse ser sanada por meio de discursos jurídicos como único meio de sanar essa deficiência, então também deveríamos entrar em discursos jurídicos todas as vezes que nos deparássemos com questões morais singulares⁶¹⁵. Isso mostra que discursos de fundamentação jurídica, do mesmo modo que discursos de fundamentação moral, devem necessariamente ser suplementados não por novas fundamentações, cada vez mais específicas, e sim por um discurso de adequação, cuja definição veremos a seguir, no próximo tópico. Trata-se aqui da diferença que há entre justificar uma proposição normativa concreta e decidir um caso específico com base em normas já fundamentadas⁶¹⁶.

Alexy procura sustentar TCE insistindo no argumento de que uma aplicação de normas ao caso concreto é, inevitavelmente, a criação de uma norma mais específica,

⁶¹² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**, p. 284.

⁶¹³ Cf. GÜNTHER, Klaus. **Critical Remarks on Robert Alexy’s “Special Case Thesis”**. p. 155.

⁶¹⁴ Cf. GÜNTHER, Klaus. **Critical Remarks on Robert Alexy’s “Special Case Thesis”**. p. 143 e ss.

⁶¹⁵ Cf. GÜNTHER, Klaus. **Critical Remarks on Robert Alexy’s “Special Case Thesis”**. p. 148

⁶¹⁶ Cf. GÜNTHER, Klaus. **Un Concepto Normativo de Coherencia para una Teoria de la Argumentacion Juridica**. ps 298,98.

uma vez que esta acrescenta um conteúdo ausente nas normas interpretadas, e portanto tal norma específica pode afectar os interesses dos participantes de um modo tal que as regras anteriores, mais gerais, não faziam. Isto requer um discurso de fundamentação⁶¹⁷. Ora, na medida em que TCE implica o recurso a critérios prático-rationais para a tomada de decisões específicas, limitadas pelo direito vigente, Alexy parece pensar aqui em “acrescentar” um procedimento racional ao preenchimento daquilo que em Kelsen era o “quadro normativo”, naturalmente recusando o ceticismo deste último quanto à razão prática.⁶¹⁸ Em primeiro lugar, Alexy neste ponto pode estar sujeito à objeção formulada pela tese dos discursos de adequação (Padq). Mas além disso, é desde já possível ressaltar que se a decisão concreta possui obviamente um sentido normativo⁶¹⁹ do que se trata aqui é de definir corretamente a perspectiva a ser adoptada na argumentação jurídica, e isso implica explicitar a pressuposição contrafactual inevitavelmente assumida pelos participantes em discursos de aplicação cuja exigência é precisamente fornecer uma decisão sobre casos particulares sob a hipótese de que o comando provém das normas legisladas de modo politicamente legítimo.

Quanto à acusação de submissão dos discursos jurídicos à moral, à primeira vista parece ser possível a Alexy fornecer um argumento simples: Habermas e Günther interpretam equivocadamente seus argumentos que defendem uma especialização de discursos práticos em geral e não de discursos morais.⁶²⁰ A distinção não é meramente terminológica, pois os primeiros englobam os segundos. Discursos práticos são um modo racional de argumentar, passível de justificação sobre as acções propostas, e que pode assumir distintas perspectivas: estratégica, quando trata-se de discutir os melhores meios para atingir determinado fim; ético-político, quando trata da autocompreensão coletiva de determinada comunidade, dos valores e imagens políticas mediante os quais conseguem articular suas auto-representações coletivas, de seus modelos de “vida boa”; e finalmente, a perspectiva moral, que trata da justificativa imparcial de normas. Haveria certamente uma hierarquia entre tais argumentos, que reflectiria a submissão de argumentos estratégicos aos éticos, e de ambos aos morais. A perspectiva moral não cobriria todo o campo dos discursos práticos, mas ao menos o topo. De todo modo, uma

⁶¹⁷ Cf. ALEXY, Robert. **Justification and Application of Norms**. Ratio Juris. Vol. 6 n° 2 julho 1993 (157-170) p. 165.

⁶¹⁸ Cf. KELSEN. **Teoria Pura do Direito**, p. 464.

⁶¹⁹ Afinal, a sentença judicial é um comando, ordena determinados comportamentos do mesmo modo que dispositivos legislativos. Cf. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 5ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979, ps. 463.

⁶²⁰ Cf. ALEXY, Robert. **Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse**. In ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (orgs). Habermas on Law and Democracy. Berkeley: UCP, 1998. ps. 226-233. p. 232.

vez que TCE se refere à especialização de discursos práticos em geral, e não apenas morais, a objeção de Habermas e Günther referente à submissão do direito à moral poderia ser afastada. Tais argumentos podem parecer uma objeção plausível devido exatamente ao fato de que o próprio Habermas define o Princípio da Democracia como apto ao tratamento de questões morais, éticas e estratégicas, com a hierarquia moral. No entanto, em Habermas tais argumentos são lançados por ocasião da fundamentação de normas jurídicas, e não de sua aplicação: juízes não legitimam suas decisões com argumentos da mesma natureza que legisladores. Ao contrário, devem assumir uma perspectiva de intérpretes de um sistema que confere direitos às partes, mas desenvolvendo argumentos que foram de fato, ou poderiam ter sido, lançados pelo legislador. Além disso, com tais argumentos Alexy termina mesmo por aceitar uma submissão dos discursos jurídicos de aplicação aos discursos morais, ainda que seja apenas parcialmente. Vale acrescentar que, em Habermas, a justificação do sistema jurídico e de normas morais refere-se a princípios paralelos, ambos concebidos como especializações do princípio do discurso. Por mais que decisões judiciais devem “desenvolver o feixe de argumentos lançados na fundamentação”⁶²¹ devem fazê-lo sob pressuposto de que as partes têm direitos subjectivos e tais direitos devem ser “encontrados” (construídos argumentativamente no sentido da “tese de resposta correta” de Dworkin) recorrendo às razões que o legislador usou ou poderia ter usado para sua fundamentação.

Além disso, se as regras do discurso, segundo Alexy, remetem à indeterminação radical, devendo por isso serem complementadas com o sistema jurídico, deve-se perguntar se no espaço limitado pelo direito, a ser preenchido pelos discursos práticos racionais, não haveria por fim a indeterminação radical novamente de aparecer? Uma decisão judicial correta pode ser fruto da disputa e decisão entre céticos morais, e ainda assim ser uma decisão perfeitamente válida e legítima. Ou ainda, mesmo em casos mais complexos, a decisão pode limitar-se meramente a um procedimento que verifica se as classificações utilizadas pelos legisladores são razoáveis, ainda que os juízes possuam bons argumentos morais opostos àqueles utilizados pelo legislador. Nada semelhante ocorre com normas morais, mesmo normas morais específicas. De todo modo, mais uma vez, esta tese remete-nos a Tadq.

⁶²¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**, p. 279.

4.6 A TESE DO PRINCÍPIO DE ADEQUAÇÃO (*T_{adq}*).

É possível afirmar que T_{adq} , apresentada inicialmente por Klaus Günther, veio preencher “um dos pontos mais débeis da ética do discurso”, exatamente a “relativa falta de atenção ao problema da mediação entre os princípios morais, gerais e abstratos, e as situações dadas num espaço e tempo determinado.”⁶²² Foi desde logo assumida também por Habermas, tendo sido imediatamente incluída na estrutura de sua teoria discursiva do direito⁶²³. T_{adq} pode ser apresentada como o resultado da afirmação conjunta de dois argumentos. O primeiro estabelece uma diferença entre a fundamentação moral de normas específicas, mais concretas, e a decisão de um caso concreto com base em normas preexistentes. O segundo argumento é a tese de Searle, segundo o qual a referência a proposições normativas pode descrever a existência de obrigações e deveres e, em outra perspectiva, utilizar tais obrigações como razões para actuar: tratar-se-ia da distinção entre modos de referência a normas, que seriam respectivamente “tudo permanecendo igual” e “todas as coisas consideradas”.

Ambas considerações sustentam a idéia de que as normas sejam aplicadas em discursos de um tipo novo, que complementam o discurso de fundamentação. Há aqui uma idéia subjacente, bastante plausível, de que normas imparcialmente fundamentadas, que expressam interesses universalizáveis e aceites por um número substancial de concernidos, podem ser objecto de uma aplicação *parcial*, graças a descrições selectivas da situação ou à escolha equivocada e sectária de uma regra sem levar em conta as demais regras aplicáveis. Tal intuição pode ser reconstruída como a necessidade de um discurso de adequação de normas cuja fundamentação já pressupomos. O princípio de adequação é assim formulado por Günther:

Uma norma N_x é adequadamente aplicável em S_x se ela é compatível com todas as outras normas NFL aplicáveis em S_x que seguem-se de

⁶²² ARROYO, Juan Carlos Velasco. **La Teoria Discursiva del Derecho**, 114. No entanto, é possível discordar do autor quando afirma haver, também em relação a Günther, um distanciamento de Habermas em relação a Alexy, no tocante à relação entre discursos jurídicos e morais: “é necessário advertir que Habermas, em *Facticidade e Validade*, obra aparecida em 1992, isto é, posteriormente à publicação dos principais estudos tanto de Alexy como de Günther acerca da teoria da argumentação prática, toma distancia com respeito às respectivas posições de seus dois seguidores nesta matéria” ARROYO, J. **La Teoria Discursiva del Derecho**, p. 130. Ao contrário, Habermas apóia-se explicitamente nas teses de Günther, seja para reconhecer a necessidade de complementar sua teoria com o auxílio do princípio de adequação, seja para descrever o lugar do processo judicial em sua teoria. Certamente isto não impede que sejam apontadas incompatibilidades teóricas nas teses de ambos, no entanto, ao contrário do que afirma Arroyo, o próprio Habermas seguramente não o faz.

⁶²³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. p. 144.

uma forma de vida FLx e podem ser justificadas em um discurso de justificação (o mesmo aplica-se a todas as variações semânticas).⁶²⁴

Em discursos de fundamentação moral buscamos um acordo quanto à aceitabilidade universal da norma, sob suposição artificial de que as situações descritas na norma permanecerão inalteradas, sem o que não seria possível avaliar o possível impacto das conseqüências da regulação proposta para a constelação de interesses dos participantes. Já na aplicação esta ficção é abandonada e considera-se todas as características das situações da aplicação: “deste modo, nós expandimos o tipo de fenômenos aos quais a argumentação refere-se”⁶²⁵. As opções do proponente da norma cuja adequação é contestada passam a ser: (1) ignorar as características adicionais e insistir na aplicação da norma proposta, ou entrar nos discursos de aplicação (2) argüindo que as características são irrelevantes ou (3) corrigindo a norma originalmente proposta ou modificando o ponto de vista normativo⁶²⁶.

Alexy rejeita T_{adq} , afirmando que tal tese é a um só tempo “correta, vazia e de fácil confusão”⁶²⁷. É correta pois reflecte a idéia hermenêutica de que todas as características situacionais devem ser consideradas por ocasião da aplicação. É vazia, pois não diz quais aspectos devem ser considerados. Por fim, proporciona o perigo de albergar práticas não universalistas de decisão judicial, uma vez que permite ao judiciário separar-se de argumentos de fundamentação. Alexy qualifica T_{adq} de “coerentista”, pois as respostas às questões que surgem nos casos de aplicação já encontrar-se-iam nas normas, bastando portanto que fossem interpretadas coerentemente⁶²⁸, e opõe-lhe um modelo processual de interpretação, que como vimos leva à produção de normas mais específicas. T_{adq} seria correta apenas se a decisão já se encontrasse nas próprias normas interpretadas⁶²⁹. Se realmente fosse possível descrever T_{adq} deste modo seria fácil rejeitá-la, porém tal não seria correcto. Basta lembrar, por exemplo, que um dos objetivos fundamentais de Günther e Habermas é reconstruir o modelo de integridade de Dworkin, o qual prescreve um papel “criativo” para a interpretação judicial. A diferença para com Alexy reside precisamente naquilo que deve ser criado: não uma nova norma, mais concreta, e sim a melhor interpretação

⁶²⁴ GUNTHER, Klaus. **The Sense of Appropriateness**. p. 243. O princípio, tal como aqui encontra-se definido, refere-se a normas morais em geral.

⁶²⁵ GUNTHER, Klaus. **The Sense of Appropriateness**. p. 211.

⁶²⁶ Cf. GUNTHER, Klaus. **The Sense of Appropriateness**. p.211.

⁶²⁷ ALEXY, Robert. **Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse**. In ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (orgs). Habermas on Law and Democracy. Berkeley: UCP, 1998. (226-233). p. 231

⁶²⁸ ALEXY, Robert. **The Special Case Thesis**. p. 383.

⁶²⁹ ALEXY, **Justification and Application of Norms**. p. 165

coerente do direito como um todo, capaz de mostrá-lo à sua melhor luz.⁶³⁰ Mais que isso, também em Günther o princípio expressa um procedimento de aplicação, bastando aqui recordar que o ponto fundamental de sua crítica a Dworkin reside no suposto solipsismo do juiz Hércules e necessária diluição da perspectiva de coerência num processo argumentativo.

Quanto às acusações de ser uma tese “vazia” e de “fácil confusão”, seria possível a Günther responder afirmando que, em primeiro lugar, somente nos casos concretos de aplicação é que podemos, ouvidos os argumentos de todos os interessados, decidir qual seria a melhor descrição e quais normas deveriam ter precedência. Uma nova norma específica não resolveria o problema uma vez que as dificuldades de seleção simplesmente retornariam ao caso mais específico, e a sobrecarga para discursos de fundamentação seria insuportável. Quanto à suposta possibilidade de albergar possíveis arbitrariedades, uma vez que exonera os decisores de justificarem suas normas, o equívoco consiste em não perceber que a interpretação adequada de Günther exige uma reconstrução que mostre o sistema normativo à sua melhor luz, sempre pressupondo tratar-se de normas já bem fundamentadas.

Mas se Günther desenvolve seus argumentos sobre o princípio de adequação inicialmente a partir da aplicação de normas morais em geral, é necessário incluir em sua tese algo que qualifique a argumentação jurídica para distingui-la da interpretação de normas morais. Assim, ela é definida então como um “caso especial do discurso moral de aplicação”⁶³¹. Esta é uma alternativa à definição da argumentação jurídica como um caso especial dos discursos práticos de justificação de normas. A idéia de uma aplicação coerente de normas cuja validade já pressupomos, tendo em vista a máxima descrição da situação, requer restrições ao ser transposta ao direito. A interpretação deste último deve levar em conta as restrições apontadas por Alexy, que decorrem essencialmente do fato de que decisões jurídicas devem ser tomadas nos estreitos limites de tempo e conhecimento bastante escassos, o que inviabiliza realização de discursos de aplicação onde as características de cada situação são descritas exaustivamente e uma interpretação coerente de todas as normas aplicáveis é reconstruída em cada situação de aplicação. Tais dificuldades podem ser enfrentadas com o recurso à dogmática jurídica, que fixa “paradigmas” de interpretações coerentes e

⁶³⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: HUP, 1986.

⁶³¹ GUNTHER, Klaus. *Critical Remarks on Robert Alexy's "Special Case Thesis"*. p. 155, *Un Concepto Normativo de Coherencia para una Teoria de la Argumentacion Jurídica*. p. 300.

descrições generalizadas da situação, exercendo a função de exonerar os intérpretes do direito das inúmeras dificuldades encontradas para levar a efeito a tarefa reconstrutiva.⁶³² Tais paradigmas funcionam como “esquemas” de alto valor de uso para a interpretação jurídica. Neste mesmo sentido funciona o respeito aos cânones da interpretação e o respeito aos precedentes.

Além disso, ao contrário de discursos de fundamentação moral onde o seguimento geral de uma norma por parte de todos os potencialmente atingidos é uma hipótese inerente à fundamentação, as normas jurídicas contam com a coerção institucionalizada para garantir seu cumprimento e estabilizar as expectativas dos envolvidos. Instituições fixam o modo como os participantes na argumentação jurídica podem referir-se às normas, consideradas como obrigatórias, como razões para a “justificação proposições normativas singulares em casos concretos”⁶³³. Instituições coercitivas liberam da tarefa de fundamentação de normas, ao mesmo tempo que garantem a possibilidade de procedimentos para a disputa de interpretações entre as partes. Afinal, se na aplicação de normas morais, constatando problemas na fundamentação de normas cuja justiça já pressupúnhamos, é possível alterar o sistema coerente de normas retornando a discursos de fundamentação, o mesmo já não ocorre no direito.⁶³⁴

4.7 Conclusão

Trata-se de afirmar que aceitar a validade de T_{pc} , como faz Habermas, impõe como consequência: (1) defender alterações em T_{adq} , (2) aceitar uma idéia subjacente a T_{ce} ; (3) isto requer demonstrar que, ao aceitar o modelo de Dworkin, e o correspondente papel atribuído aos “princípios”, a teoria discursiva pode permanecer rejeitando T_{pr} e T_{pv} , o que aliás já poderia ser sustentado por uma interpretação coerente dos argumentos posteriormente desenvolvidos pelo próprio Dworkin.

Se TPC é aceita como correta isto significa que aquilo que tribunais fazem ao fundamentar as decisões judiciais (nas suas mais variadas formas), ao atuarem em instituições no exercício da jurisdição, não pode ser concebido exclusivamente como a

⁶³² GUNTHER, Klaus. **The Sense of Appropriateness**. p. 245. **Critical Remarks on Robert Alexy’s “Special Case Thesis”** p. 155.

⁶³³ GUNTHER, Klaus. **Critical Remarks on Robert Alexy’s “Special Case Thesis”**. p. 156.

⁶³⁴ GUNTHER, Klaus. **A Normative Conception of Coherence and Discursive Theory**. p. 164.

prática de um discurso de adequação, tal como formulado por Günther. A diferença decorre do caráter institucional que reveste a competência para aplicar normas, competência esta conferida administrativamente a funcionários do estado. Em poucas palavras, trata-se de afirmar a idéia de que os discursos de fundamentação e aplicação de normas de ação, e seus respectivos princípios, representam uma forma de argumentação cuja perspectiva pode ser assumida a princípio por qualquer pessoa, ao passo que tribunais competentes para proferir decisões vinculantes entre as partes são instituições que podem perfeitamente exigir, em alguns momentos, que seus funcionários exerçam simultaneamente as duas formas de discurso.

O fato é que a oposição traçada entre os discursos de justificação e aplicação de normas não pode ser traduzida imediatamente como oposição entre legislação e jurisdição. Trata-se aqui, respectivamente, de diferentes perspectivas e instituições de modo que carece de sentido tomar a perspectiva explicitada formalmente pelo princípio de fundamentação e opô-la às instituições judiciais. Sendo assim, não há nenhum tipo de contradição lógica em permitir que tribunais exerçam, em algum momento, a tarefa de fundamentar certas decisões recorrendo a uma perspectiva moral, ainda que possam existir muitas razões de cunho político e moral para limitar tal competência. Certamente Habermas levanta justificadas reservas ao uso desta perspectiva pelos tribunais, mas não se trata de impedimentos lógicos. Afinal, também uma postura mais modesta é fundamentada com argumentos da democracia deliberativa, o que requer por sua vez uma justificação política e moral. O próprio Habermas reconhece que a lógica da divisão de poderes (legislação, administração e interpretação judicial) delinea funções que, no entanto, não podem ser traduzidas imediatamente em correspondentes instituições com competência exclusiva para cada uma delas.⁶³⁵ Pelo contrário, é possível que dentro da mesma instituição ocorra o exercício simultâneo de tarefas que exigem discursos de justificação imparcial de normas e aplicação adequada, como ocorre por exemplo nas comissões parlamentares que examinam a constitucionalidade de projectos de lei, no contexto de procedimentos legislativos⁶³⁶.

A questão é saber até que ponto os juízos normativos de justificação imparcial e de aplicação são necessariamente excludentes. Certamente podemos opor uma perspectiva de fundamentação à perspectiva de aplicação, e em seguida afirmar que não podemos realizar ambas ao mesmo tempo e que as duas são formas complementares de

⁶³⁵ Cf. TrFG I pp. 211 e ss.

⁶³⁶ Cf. GÜNTHER, Klaus. **The Sense of Appropriateness**. ps. 203 e ss.

argumentações. Mas se compreendemos a argumentação jurídica como uma ação social realizada por funcionários de determinada instituição social, então as coisas tornam-se mais complicadas. Isso ocorre porque os participantes de argumentações morais são, por definição, não profissionalizados. Trata-se de comunicações que decorrem cotidianamente sem os limites já apontados anteriormente, ao passo que argumentações jurídicas demandam uma série de responsabilidades institucionais inexistentes no caso moral. Ainda que a argumentação jurídica refira-se às normas “conceitualmente” e não apenas “institucionalmente”.

Caso “moral” implique semanticamente uma pretensão de universalidade e reciprocidade das perspectivas (como afirma a ética discursiva) já devemos supor, na aplicação, que as normas morais tenham sido justificadas imparcialmente, do contrário não são normas morais, e poderíamos abandoná-las de saída. Na aplicação de normas jurídicas isso não pode ocorrer para o conjunto total de normas válidas, e afinal, porque faríamos a mesma pressuposição? Basta recordar seu caráter contextual, o limite de tempo e conhecimento muitíssimo maior (devido à fixação de prazos e restrição das partes da argumentação), o provincianismo institucional etc.

Uma via interessante e promissora para compreender esta pequena “correção” em T_{CE} poderia ser desenvolvida a partir mesmo dos textos mais recentes de John Searle, a mesma fonte onde Günther foi buscar apoio em sua contestação a T_{PR} e T_{PV}.⁶³⁷ No entanto, esta alternativa não é desenvolvida. Tratar-se-ia aqui de sustentar uma distinção entre a ação que realizamos ao proferir decisões judiciais, as correspondentes instituições que organizam funcionalmente tais ações, as perspectivas discursivas que podem ser assumidas pelos atores desta prática, e por fim a decisão em si mesma enquanto fato institucional, que agora existe como uma norma jurídica entre outras, dentro do sistema jurídico. Instituições sociais como o poder judiciário precisam, por definição, serem vistas e aceites como legítimas pelos membros de determinada comunidade jurídica, sob pena de instabilidade e falhas no cumprimento de suas funções.

A possibilidade de que tribunais especializados na tomada de decisões vinculantes a partir da interpretação de normas jurídicas possam albergar procedimentos legitimados, em alguns casos, pelo princípio de justificação de normas, pode ser apresentada como um resultado de considerações mesmo de Habermas e Günther. Este

⁶³⁷ SEARLE, John. **The Construction of Social Reality**. New York: Free Press, 1995.

último afirma que se por ocasião de um discurso de aplicação a pretensão de validade de uma norma é polêmica podemos aclará-la num discurso de fundamentação⁶³⁸. Ora, em discursos jurídicos há a possibilidade de constatar aquilo que ele denomina “colisão interna” entre duas normas⁶³⁹. Trata-se aqui de um dos modos como Günther distingue discursos de fundamentação e adequação: colisões “internas” ocorrem quando, em discursos sobre a *validade* de normas, a interpretação das características situacionais às quais as normas referem-se já torna possível constatar conceitualmente o inevitável conflito entre as normas propostas, antes mesmo que estejamos diante de uma situação concreta de aplicação. No exemplo por ele citado, isto ocorre com a fundamentação de normas que permitem a quebra de promessas quando isso atenda aos interesses do sujeito que havia assumido o compromisso. Desde já é possível perceber a contradição inevitável entre tal permissão e o interesse generalizável de que as promessas sejam cumpridas. Trata-se portanto de, em discursos sobre a validade de normas, avaliar as conseqüências previsíveis das normas propostas, para verificar se não surgem colisões “internas” à fundamentação. Por sua vez, colisões externas podem surgir apenas nos casos concretos de aplicação, no âmbito discursos de adequação. Trata-se de avaliar os conflitos entre normas que decorrem mais além de sua validade, quando esta já é aceite, e que exige a avaliação das imprevisíveis características da situação concreta. O que se pretende ressaltar aqui é que, em processos judiciais de controle de constitucionalidade das leis e actos do executivo, é não apenas possível mas sim inevitável que os tribunais avaliem se ocorre um conflito “interno” entre o dispositivo legislativo questionado e determinada norma constitucional. O juízo de controle abstrato de constitucionalidade pode perfeitamente ser exercido antes que a lei em questão seja objecto de aplicação a casos concretos, e desde já sua validade pode ser afastada pelo tribunal. O que importa é que se o próprio Günther caracteriza discursos de fundamentação de validade deste modo deveria reconhecer então que o instituto do controle abstrato de constitucionalidade das leis, pelo poder judiciário, pode exigir juízos acerca da existência de colisões “internas”, ou seja, discursos sobre a validade de normas.

Além disso, como vimos acima, Günther reconhecendo as limitações de tempo e conhecimento que afectam os discursos de aplicação, recorre ao conceito de paradigma jurídico como forma de descarregar o princípio de adequação de suas pretensões

⁶³⁸ GUNTHER, Klaus. **Un Concepto Normativo de Coherencia para una Teoria de la Argumentacion Jurídica**. p. 293.

⁶³⁹ Cf. GUNTHER, Klaus. **Un Concepto Normativo de Coherencia para una Teoria de la Argumentacion Jurídica**. p. 283.

idealizantes. Esta função pode ser cumprida porque os paradigmas funcionam como esquemas capazes de adiantar uma interpretação coerente das normas supostas como válidas e uma descrição das características situacionais, atribuindo-lhes provisoriamente determinada ordem de prioridades. Assim, na definição de Jean Cohen, os paradigmas jurídicos são “um conjunto integrado de suposições de pano-de-fundo cognitivas e normativas acerca da relação que o direito deve estabelecer entre o Estado e a sociedade, e a forma que deve ser adotada pela regulação jurídica.”⁶⁴⁰ Trata-se de um papel cumprido sobretudo pela dogmática jurídica, ao reunir hipóteses de vida boa, referências a normas cuja validade é consensual, descrições padronizadas da situação, graças ao qual é possível evitar uma infinita exigência de reconstrução do ordenamento e descrição de todas as características dos fatos, cujos custos seriam humanamente insuportáveis⁶⁴¹. Certamente que paradigmas jurídicos estão sob a jurisdição da razão prática, que pode avaliar tanto a coerência com que reconstrói o sistema de normas válidas quanto a validade de suas hipóteses normativas e factuais⁶⁴². Mas se os participantes de discursos de aplicação de normas morais podem retornar à perspectiva de fundamentação moral, quando deparam-se com um problema de validade paradigmática, os membros da instituição social competente para tomada de decisão sobre a interpretação de normas, quando deparam-se com uma suposição paradigmática tornada controversa, não podem remeter a questão ao poder legislativo. Mais uma vez, Günther deveria reconhecer que o caráter específico dos tribunais pode exigir que seus membros assumam também aqui a perspectiva de fundamentação.

Súmula de Efeito Vinculante: representa a criação de uma norma jurídica específica cuja fundamentação também demanda juízos que levam em conta aquilo que Günther denomina “colisão externa” das características situacionais previstas na norma em questão. Por mais que a SEV fixe um determinado posicionamento do tribunal quanto à interpretação de um dispositivo normativo até então controverso, uma vez

⁶⁴⁰ “(...) an integrated set of cognitive and normative background assumptions about the relationship the law should establish between the State and Society, and the form legal regulation must take.” COHEN, Jean. **Regulating Intimacy: a new legal paradigm**. Princeton: OUP, 2002, p. 143. Também Dworkin: “Toda comunidade tem seus paradigmas de Direito, proposições que na prática não podem ser contestadas sem sugerir corrupção ou ignorância. (...) Certas soluções interpretativas, incluindo pontos de vista sobre a natureza e a força da legislação e do precedente, são muito populares em determinada época, e sua popularidade, ajudada pela inércia intelectual normal, estimula os juízes a considerá-las estabelecidas para todos os propósitos práticos. Elas são os paradigmas e quase-paradigmas de sua época.” DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, pp. 110-111.

⁶⁴¹ GUNTHER, Klaus. **The Sense of Appropriateness**. p. 245. **Critical Remarks on Robert Alexy’s “Special Case Thesis”**. p. 155.

⁶⁴² Cf. GUNTHER, Klaus. **The Sense of Appropriateness**. p.245.

estabelecida ela deverá ser interpretada e aplicada pelos tribunais diante dos casos concretos. Ela cria uma norma jurídica especial de caráter geral.⁶⁴³

Em síntese, ao menos por ocasião (1) do controle abstrato de constitucionalidade das leis pelo judiciário, (2) da interpretação de descrições paradigmáticas tornadas controversas, e (3) da edição de súmulas de efeito vinculante, os tribunais podem estar institucionalmente autorizados a exercer discursos de fundamentação de normas. Isso é tanto uma consequência das teses e Günther sobre “colisões internas” e sua definição de “paradigmas” como esquemas para aplicação de normas, quanto um modo de operacionalizar a observação de Habermas quanto à pretensão de correção normativa das decisões judiciais.

Naturalmente isso não significa a aceitação de T_{CE}, uma vez que a perspectiva de fundamentação é assim descrita de modo muito mais limitado que em Alexy. Não se trata de definir a argumentação jurídica como fundamentação de validade de uma norma jurídica mais específica, a sentença judicial tomada num caso específico. Os discursos de adequação prevalecem, uma vez que a possibilidade dos discursos de fundamentação de validade ocorre ou como exceção institucional (controle de constitucionalidade) ou no nível das teorias que auxiliam uma reconstrução exemplar do direito, e isso não é o mesmo que fundamentar normas mais concretas com referência ao princípio de universalização.⁶⁴⁴

Também isso não implica concordar com a original interpretação de Pavlakos⁶⁴⁵ que sugere um modo de compatibilizar as perspectivas de Günther e Alexy⁶⁴⁶. Em síntese, afirma serem os discursos de justificação de normas essencialmente cotidianos e transcendendo os aspectos institucionais, ao contrário dos discursos de aplicação de

⁶⁴³ Quanto ao poder “legislativo” conferido aos tribunais nos casos em que podem estabelecer um precedente judicial com força normativa, cf. KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992, ps.

⁶⁴⁴ Além disso, dois motivos deveriam levar Habermas a recusar a definição da argumentação jurídica como um caso especial dos discursos morais de aplicação, como afirma Günther. O primeiro decorre do modo como Habermas apresenta os princípios que justificam o direito e a moral, respectivamente os princípios da democracia e de universalização, afirmando tratar-se de princípios paralelos (HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. ps. 142 e ss. Ora, se a fundamentação de normas jurídicas não é um caso especial da fundamentação moral de normas, por coerência, dever-se-ia apresentar também a argumentação jurídica como “paralela” à aplicação de normas morais. O segundo motivo é que, tal como estão formulados, o princípio da democracia está moldado para fundamentar normas que fazem parte de um sistema, no caso o jurídico, ao passo que o princípio de universalização fundamenta diretamente normas cuja pretensão é de universalidade, independente de participarem ou não de um sistema.

⁶⁴⁵ Cf. PAVLAKOS, Georgios. **The Special Case Thesis: an assessment of R. Alexy’s discursive theory of law**. Ratio Juris. Vol. 11 n° 2, 1998 (126-54)

⁶⁴⁶ “nossa proposta é (...) sustentar esta tese [do caso especial] utilizando seu modelo argumentativo [de Günther]” PAVLAKOS, Georgios. **The Special Case Thesis: an assessment of R. Alexy’s discursive theory of law**. p. 151.

normas, definidos sempre no interior de determinadas instituições sociais. A necessidade de legitimidade que as instituições políticas possuem para renovar sua existência não pode ser suprida apenas através de discursos institucionais de aplicação, mas sim por meio de argumentações de justificação cuja própria natureza é muitíssimo mais ampla, transcendendo instituições específicas. O resultado é que para promover a aceitação generalizada, pelos membros de determinada comunidade jurídica, da legitimidade das instituições políticas, o exercício da jurisdição deve incluir a perspectiva moral dos discursos práticos de fundamentação, o que levaria a aceitar a principal conclusão de Alexy na tese do caso especial, a de que a decisão judicial deve fundamentar normas mais específicas com recurso aos discursos práticos de justificação.⁶⁴⁷ As observações quanto à exigência de legitimidade característica das instituições sociais e o correspondente modo discursivo de promovê-la podem ser certamente encontradas nas teses da teoria do discurso, como faz Pavlakos. Dois problemas todavia impedem o reconhecimento de sua sugestão: em primeiro lugar discursos de fundamentação e aplicação são perspectivas que podem ser assumidas por todos os falantes competentes e, como vimos, não é correcto limitar nenhum deles institucionalmente. Certamente instituições estabelecem procedimentos obrigatórios que visam, pela via funcional e profissionalizada, garantir um mínimo de discursividade tanto à fundamentação quanto à aplicação de normas, como vemos nos procedimentos estabelecidos para eleições, funcionamento dos parlamentos, atuação das partes quando em juízo etc. Mas as perspectivas dos discursos de aplicação e fundamentação, essas não são inevitavelmente institucionais. Em segundo lugar, o modo como as instituições especializadas na interpretação e aplicação do direito promovem a legitimidade não passa necessariamente por assumir exatamente a mesma perspectiva do legislador.

Outro aspecto importante que requer alteração é a recusa de Habermas e Günther em aceitar T_{CE} ao mesmo tempo em que endossam o modelo interpretativo de Dworkin, da “resposta correta”⁶⁴⁸. Trata-se apenas de operacionalizar uma idéia implícita em T_{CE} : juízos morais podem desempenhar um papel na interpretação e aplicação de algumas normas jurídicas. É certo que a noção de coerência normativa defendida por Habermas/Günther possui forte conotação moral. Em Habermas a “decisão jurídica de

⁶⁴⁷ PAVLAKOS, Georgios. **The Special Case Thesis: an assessment of R. Alexy’s discursive theory of law**. Ps. 152 e ss.

⁶⁴⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

um caso particular só é correta, quando se encaixa num sistema jurídico coerente”⁶⁴⁹ e isto significa seguir os passos de Dworkin construindo princípios capazes de justificar o sistema jurídico coerentemente reconstruído, de mostrá-lo à sua melhor luz. Isto é substancialmente diverso de uma pretensão de racionalidade discursiva capaz de legislar normas mais concretas no interior do espaço aberto pelo direito vigente mas exige uma tomada de partido do intérprete na construção de princípios capazes de sustentar uma justificativa do sistema normativo. Também Günther o que defende é uma “melhor teoria coerente” do sistema como um todo: normas jurídicas devem ser válidas no sentido da teoria discursiva do direito e “the coherent system of legal norms claims to give one appropriate answer to every case.”⁶⁵⁰ É certo que Günther apresenta a formulação de seu princípio de adequação como um desenvolvimento das teses de Dworkin, com a virtude de que o modelo estaria agora depurado de dois inconvenientes⁶⁵¹: (1) o caráter solipsista do juiz Hércules, que pode ser abandonado uma vez dispomos de um processo argumentativo cuja regra é o princípio de adequação, e (2) a tarefa de justificar a massa do direito vigente, incluindo os precedentes, apresentando uma teoria moral capaz de mostrar o direito à sua melhor luz.⁶⁵² Mas se os discursos de adequação precisam apresentar a “melhor” teoria coerente do direito, como podemos abrir mão de princípios construídos para mostrar o direito à sua melhor luz e que, para alguns casos específicos, precisariam ser justificados moralmente? A preocupação fundamental de Günther é não confundir os discursos de fundamentação moral e de aplicação, o que certamente deve ser observado. Porém, se aceitamos a observação quanto ao caráter institucional da aplicação de normas jurídicas é possível simultaneamente, e sem contradição alguma – ao menos para uma certa categoria de casos: (1) rejeitar a tese de que decisões judiciais devem produzir normas específicas justificáveis com referência ao princípio moral e (2) afirmar que a melhor teoria

⁶⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. 1, p. 289

⁶⁵⁰ GUNTHER, Klaus. **A Normative conception of Coherence and Discursive Theory**. Ratio Juris. Vol.2 n° 2. 1989 (155-66), p. 164.

⁶⁵¹ Cf. GUNTHER, Klaus. **The Sense of Appropriateness**. ps. 278 ss.

⁶⁵² “A teoria de Dworkin da interpretação coerente de princípios é a que mais se aproxima ao modelo de argumentação aqui proposto. No entanto, sua radicalidade se suaviza porque o princípio de coerência se reconstrói como uma regra de argumentação para os discursos de aplicação. Uma importante consequência disso é que o princípio de coerência não pode ser aplicado idealizadamente por um indivíduo. Com isso resulta supérflua a imagem ideal de um “hercules”. A restrição do discurso de coerência ao discurso de aplicação tem ademais a consequência de ter que renunciar à pretensão de poder fundamentar também a correção de normas com este princípio. Isto só é possível em um discurso de fundamentação em que se trate da validade de uma norma polêmica. Um enunciado normativo particular pode pretender ser correto se apóia-se em uma norma válida e em sua adequada aplicação.” GUNTHER, Klaus. **Un Concepto Normativo de Coherencia para una Teoria de la Argumentacion Jurídica**. p. 302.

coerente do direito requer argumentos que, ao menos parcialmente, resultam de uma perspectiva de fundamentação moral, capaz de apresentar o sistema jurídico como organizado a partir de princípios os quais podem ser aplicados aos casos difíceis. A diferença substancial é que no segundo caso assumimos a hipótese contrafactual de que existem “respostas corretas” que podem ser alcançadas construindo princípios capazes de justificar o direito, ou seja, a justificação de que se trata aqui é posterior aos trabalhos legislativos. Pelo menos parece ser isso o que o próprio Habermas deveria concluir, já que afirma que os paradigmas jurídicos são o suporte à realização do sistema de direitos, o que parece torná-los uma referência possível nos discursos de aplicação. Em textos recentes Habermas parece mesmo adotar uma solução semelhante:

A interpretação da constituição é um processo de aprendizagem a longo prazo, o que sempre move o tribunal supremo a corrigir suas próprias decisões. Nos casos em que variam as circunstâncias históricas e surjam novas razões morais que afetem ao direito existente, os princípios constitucionais – eles mesmos fundamentados moralmente – exigem que o direito siga as assumpções morais.⁶⁵³

Quanto a Günther, a definição da argumentação jurídica como caso especial dos discursos morais de aplicação, relaciona-se com um fato singular. Sua teoria, sistematicamente melhor expressa em **Der Sinn für Angemessenheit** é movida por uma questão moral fundamental e um correspondente modelo jurídico de resposta. A questão moral que percorre seu texto é simples: trata-se de saber como é possível evitar, sem abandonar a perspectiva universalista de fundamentação de normas morais, (1) o equívoco que Kant supostamente cometera ao traduzir imediatamente normas morais em juízos práticos concretos, sustentando respostas como a da absoluta proibição moral da mentira (até mesmo para salvar a vida de um inocente perseguido por um assassino) e (2) a sobrecarga imposta à fundamentação moral que pode decorrer da formulação inicial que Habermas apresenta para o princípio de universalização, exigindo a avaliação das conseqüências da regulação moral já no ato de fundamentação.⁶⁵⁴ Por sua vez, o modelo jurídico de resposta, como vimos, é extraído de Dworkin: é a idéia de interpretação coerente de um sistema normativo de modo a reconstruí-lo, apoiado em princípios, como se houvesse uma única resposta correta para cada caso de aplicação, descrevendo a situação do modo mais completo possível.

⁶⁵³ HABERMAS, Jürgen. **El Futuro de la Naturaleza Humana**: hacia una eugenesia liberal? Barcelona: Paidós, 2002, p. 46, n. 21

⁶⁵⁴ Cf. GUNTHER, Klaus. **The Sense of Appropriateness**. ps. 11-71.

Neste ponto, uma observação que deve ser feita é que se deve evitar uma oposição equivocada, por unilateral, que é apresentada por Alexy ao criticar o princípio de adequação. Trata-se de opor uma teoria (pejorativamente) denominada “coerentista” (que seria obviamente a de Günther) a outra, esta correta, que seria processual.⁶⁵⁵ A primeira, assume a hipótese de ser o sistema jurídico já coerente, bastando apenas seja ele descrito corretamente para que a resposta surja por via de consequência. A processual, pelo contrário, mostraria um modo argumentativo para desenvolver racionalmente decisões com base em normas. A oposição é equivocada pois, em Günther, o princípio de adequação é uma regra para um processo de argumentação. Este é o motivo pelo qual tanto Habermas quanto Günther criticam o solipsismo do juiz Hércules: falta de processo de diálogo. Deste modo, “coerência” e “procedimento” são perfeitamente compatíveis numa teoria que vise construir uma interpretação coerente através de um processo argumentativo. Além disso, deve-se evitar o equívoco semelhante que consistiria em opor teorias da coerência a uma teoria que busca “a resposta correta”, isto porque em Günther a “existência” de uma resposta correta é um pressuposto contrafactual que os participantes em discursos de adequação inevitavelmente assumem: a resposta poderia ser alcançada através de uma reconstrução coerente do direito segundo princípios. Assim a “resposta correta” não apenas é compatível com, e sim pressupõe a “coerência”.

Por fim, é necessário definir a real importância que o modelo de Dworkin desempenha na afirmação das teses de Habermas sobre a interpretação discursiva do direito, ao menos é importante ressaltar que aceitar seu modelo de integridade e reconstrução coerente do direito, segundo princípios, não implica aceitar T_{PR} e T_{PV} . Esta afirmação é importante uma vez que a distinção entre regras e princípios foi assumida por Dworkin em seus textos iniciais, o que poderia sustentar uma interpretação que, equivocadamente, identificasse Dworkin com o modelo de Alexy. No entanto, Dworkin não parece atribuir à distinção o mesmo status que Alexy. Ao contrário, mesmo quando ainda apresenta a existência de regras (cuja aplicação submete-se a juízos de “tudo ou nada”) e princípios (que possuem uma dimensão de peso, devendo ser cumpridos da melhor maneira possível) Dworkin parece pensar a distinção menos como resultado de diferença na estrutura das normas jurídicas e mais como fruto de diferentes condições e perspectivas de aplicação. Neste caso, a distinção entre princípios e regras possuiria um

⁶⁵⁵ ALEXY, Robert. **The Special Case Thesis**. Ratio Juris. Vol. 12, nº 4, p. 383.

caráter essencialmente contextual.⁶⁵⁶ De todo modo, a formulação de Dworkin distancia-se ainda mais de Alexy na medida em que confere aos “princípios” o status de argumento supra-positivo de justificação de uma teoria coerente do direito, um argumento que é usado para “mostrar o direito à sua melhor luz” auxiliando um desenvolvimento coerente segundo a idéia de integridade. Neste sentido, “princípio” desempenha, em Dworkin, um papel mais próximo daquele que é atribuído por Günther à tarefa de descrição completa da situação e reconstrução coerente das normas aplicáveis.

⁶⁵⁶ “A forma de um padrão nem sempre deixa claro se ele é uma regra ou um princípio. Um testamento é inválido a menos que seja assinado por três testemunhas’ não é muito diferente, quanto à forma, de “um homem não pode beneficiar-se de seus atos ilícitos”, mas quem conhece o direito norte-americano sabe que deve considerar a primeira frase como a expressão de uma regra e a segunda como expressão de um princípio. Em muitos casos a distinção é difícil de estabelecer – é possível que não se tenha estabelecido de que maneira o padrão deve funcionar; esse ponto pode ele próprio ser o foco da controvérsia.” DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, São Paulo: Martins Fontes, 2002, ps. 43-44.

Capítulo 5. MINIMALISMO JUDICIAL E RACIONALIDADE DISCURSIVA DO DIREITO

5.1 Introdução

No caso *Lochner versus New York*⁶⁵⁷ a Corte Suprema norte-americana proferiu uma decisão cuja repercussão pode ser auferida pelo fato que, desde então, a expressão “Lochner” passou a simbolizar todo um período da jurisprudência daquele tribunal, entre 1905 e 1937,⁶⁵⁸ quando decisões similares foram adotadas, criando empecilhos até mesmo para a implementação do *New Deal* de Franklin Delano Roosevelt. Seu teor é bastante conhecido: pela maioria de seus membros, a Corte considerou ser inconstitucional uma lei estadual que estabelecia duração máxima de 10 horas diárias para jornada de trabalho exercida por algumas categorias específicas de trabalhadores. Mais exatamente, considerou que a liberdade fundamental dos indivíduos de celebrar contratos (de trabalho especialmente) resultava ferida caso a legislação estabelecesse uma proibição às partes num contrato qualquer de, mediante o exercício de seu livre arbítrio, dispor de um dos aspectos do contrato, no caso a jornada diária de trabalho. Em suma: proibir contratos nos quais o trabalhador assalariado “aceita autonomamente” trabalhar 12 ou 13 horas diárias fere o direito de celebrar contratos entre trabalhador e empregador. No entanto, tratava-se o dispositivo da lei questionada de uma decisão parlamentar que atendia a uma demanda histórica dos sindicatos de trabalhadores do estado de New York e, seja pelo fato de destinar-se à proteção de setores sociais radicalmente menos favorecidos, seja por apoiar-se em princípios característicos da legislação trabalhista que começava a surgir no ocidente à época, seja ainda por ser o resultado da deliberação e aprovação por instituições democraticamente qualificadas, a menção a esta decisão é hoje comum sempre que se discute sobre a devida postura (de maior ou menor deferência) dos tribunais frente às decisões que resultam do legislativo

⁶⁵⁷ 198 U.S. 45 (1905)

⁶⁵⁸ Cf. SUNSTEIN, Cass. **The Partial Constitution**, p. 45.

e executivo.⁶⁵⁹ Naquela oportunidade, o então membro da Corte Suprema Oliver Wendell Holmes, registrando seu dissenso face à decisão dos colegas, apresentou o seguinte argumento:

Este caso está sendo decidido com base numa teoria econômica, com a qual uma larga parte do país não concorda. Se a questão fosse saber se eu concordo com esta teoria, eu desejaria estudá-la cuidadosamente durante um longo tempo para poder formar minha opinião. Mas eu não concebo que isso seja meu dever, porque acredito firmemente que meu acordo ou desacordo não possui nada a ver com o direito da maioria de transformar suas opiniões em direito.⁶⁶⁰

Se adotada na esfera parlamentar uma tal teoria econômica e/ou moral acerca da liberdade de arbítrio que possuem os sujeitos em sociedade para celebrar contratos, que sustente conclusões como as adotada pela Corte Suprema, já seria contestável por obtusa em seus próprios termos. No entanto, se adotada no espaço muitíssimo mais restrito de um tribunal, o problema torna-se tanto maior, sendo fácil compreender o porque a “era *Lochner*” é mencionada sempre que se discute os riscos do ativismo judicial. *Lochner* é portanto um exemplo perfeito daquilo que se pretende evitar ao exigir do tribunal decisões cujos fundamentos são preferencialmente “limitados” e “superficiais” especialmente porque isso pode promover a legitimidade democrática das decisões. O equívoco da decisão resulta em parte de sua “profundidade”, consistente no endosso de uma teoria que é expressão de um extremismo de livre-mercado que já à época estava longe de ser consensual, e em parte de sua “amplitude”, pois nos termos em que foi formulada serviu como *leading case* para decisões similares nas três décadas seguintes, muito embora problemas assim antecedam em muito ao caso *Lochner*. Mas os problemas que atingem decisões como esta não são – e nem poderiam ser – argumentos definitivos contra o ativismo judicial. E por que isso ocorre? Muita coisa mudou desde que *Lochner* foi proferida, e alguns fatos são particularmente mais marcantes.

Em primeiro lugar⁶⁶¹, o crescimento da legislação que acompanhou a consolidação das distintas formas de *Welfare State* é muitas vezes apontado como um

⁶⁵⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 447. SUNSTEIN, Cass. **The Partial Constitution**, p. 45.

⁶⁶⁰ “This case is decided upon an economic theory, which a large part of the country does not entertain. If it were a question whether I agreed with that theory, I should desire to study it further and long before making up my mind. But I do not conceive that to be my duty, because I strongly believe that my agreement or disagreement has nothing to do with the right of a majority to embody their opinions in law.” HOLMES, Oliver Wendell. *Lochner versus New York*, 198 U.S. 45 (1905), dissentindo.

⁶⁶¹ Dado que o presente trabalho não consiste numa pesquisa de cunho sociológico, e portanto não pretende fornecer uma explicação empírica ou funcional do modo como as coisas efetivamente se passaram, esta primeira característica possui valor apenas ilustrativo.

argumento de cunho objetivo à disseminação de uma jurisprudência mais “ativista”.⁶⁶² Em geral o argumento apresenta a seguinte forma: na medida em que ocorre uma profunda transformação nas funções da administração pública e é crescente a intervenção nos mais variados setores da vida social, isso acarreta inevitavelmente uma transformação das competências jurisprudenciais, a qual é acompanhada por uma “revolta” teórica contra o formalismo interpretativo e pelo endosso de competências judiciais ampliadas: o “crescimento” do judiciário (de suas tarefas) passa a funcionar como um contrapeso ao crescimento inesperado da administração pública e em também para assumir algumas das novas tarefas de gestor de conflitos sociais.⁶⁶³ Assim

(...) a democratização social, tal como se apresenta no *Welfare State*, e a nova institucionalidade da democracia política que se afirmou, primeiro, após a derrota do nazi-fascismo e depois, nos anos 70, com o desmonte dos regimes autoritário-corporativos do mundo ibérico (europeu e americano), trazendo à luz Constituições informadas pelo princípio da positivação dos direitos fundamentais, estariam no cerne do processo de redefinição das relações entre os três Poderes, ensejando a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política. O *Welfare State* lhe facultou o acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno (...) lhe confiou a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica.⁶⁶⁴

Em segundo lugar, especificamente quanto à Corte Suprema norte-americana, é inegável o quanto o tribunal Warren⁶⁶⁵ contribuiu para consolidar uma imagem de um tribunal ativista que – ao contrário da “era *Lochner*” – abraçava um compromisso em geral reformista e democrático, promotor de direitos civis, políticos e sociais etc., cujo símbolo maior foi seguramente a decisão proferida no caso *Brown versus Board of Education*⁶⁶⁶. Nela o tribunal revogou o precedente criado em *Plessy versus Ferguson*⁶⁶⁷. Ainda em 1954 a sociedade norte-americana, especialmente nos estados do sul dos E.U.A., estava profundamente dividida quanto à matéria, e além disso as leis estaduais segregacionistas haviam sido aprovadas pelas instituições parlamentares: ainda assim *Brown* não apenas deve ser considerado uma espécie de ativismo judicial

⁶⁶² Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: SAFe, 1993.

⁶⁶³ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Pp. 31-69

⁶⁶⁴ VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 22.

⁶⁶⁵ Período especialmente compreendido entre 1953, quando Earl Warren foi indicado pelo então presidente norte-americano Dwight Eisenhower para ocupar a presidência da *Suprem Court*, e meados dos anos 70, até pouco antes de seu falecimento, quando uma nova composição corte, algo distinta da até então prevalecente, já havia sido formada. Cf. TUSHNET, Mark. *The Warren Court as History: an interpretation*, in TUSHNET, Mark (org). **The Warren Court in Historical and Political Perspective**. Harlottesville : University Press of Virginia, 1993, pp. 1-34.

⁶⁶⁶ 347 U.S. 483 (1954)

⁶⁶⁷ 163 U.S. 537 (1896)

necessário à promoção da democracia deliberativa como também é símbolo definitivo de que há hipóteses nas quais a deferência de tribunais aos parlamentos pode converter-se em mero cinismo destinado à proteção de grupos de poder com maior capacidade de pressão política.

Em terceiro lugar, e em grande parte resultando das transformações promovidas pela corte Warren, nos últimos trinta e cinco anos a teoria do direito foi marcada pelo surgimento de autores tão distintos como Ronald Dworkin, Frank Michelman, Michael Perry, Owen Fiss, os quais muito embora possuam entre si uma infindável série de divergências teóricas, compartilham – em graus variados – a pretensão de fornecer padrões teóricos capazes de suportar modelos de jurisdição cujo traço marcante não é a deferência para com os juízos legislativos. Mais que isso: todos eles o fazem com similares pretensões reformistas e democráticas. Dentre os modelos fornecidos, o mais popularizado de todos é certamente o do juiz “Hércules” de Dworkin. O que importa aqui ressaltar é apenas que, especialmente no decorrer das últimas décadas, foram disponibilizados bons argumentos teóricos para suportar uma jurisprudência ativista e *também* progressista.

Juntos, estes fatores podem contribuir para ilustrar a recorrente expectativa, cultivada especialmente entre juristas progressistas, de que o ativismo judicial deve ser endossado em virtude de seu potencial de solução de alguns destes graves problemas. Mas quais são realmente as conseqüências que devem resultar destes fatores para a realidade contemporânea dos tribunais constitucionais e da teoria do direito? Quanto ao primeiro aspecto, é preciso ao menos relativizar sua importância. O crescimento da legislação sobre todas as áreas da vida social e privada (direito econômico, do trabalho, administrativo, de família, etc. inclusive por via de sua constitucionalização) certamente acarreta a possibilidade de que um número muito maior de ações judiciais seja movido por atores sociais que agora dispõem de inédito acesso à prestação da justiça⁶⁶⁸.

⁶⁶⁸ “À medida que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas “declarações de direitos”, típicas dos séculos dezoito e dezenove. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os *direitos e deveres sociais* dos governos, comunidades, associações e indivíduos. Esses novos direitos humanos (...) são, antes de tudo, os necessários para tornar *efetivos*, quer dizer, realmente acessíveis a todos, os direitos antes proclamados. Entre esses direitos garantidos nas modernas consituições estão os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação. Tornou-se um lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do welfare state têm procurado armar os indivíduos de novos direitos

Consequentemente é natural que ocorra um maior pronunciamento dos tribunais sobre áreas até então inéditas e o presente trabalho não pretende contestar esta tendência empírica facilmente perceptível, do que é prova a legislação e jurisprudência – comum nas democracias liberais – estabelecendo a possibilidade de revisão judicial dos contratos de direito privado. A questão porém é outra: não é possível, a partir desta constatação empírica, inferir diretamente conclusões normativas favoráveis ao ativismo judicial do modo como faz Cappelletti. Do fato de que o Estado produza legislação destinada a regular assuntos tão díspares quanto planejamento urbano, segurança no trabalho e comercialização de planos de saúde, não é possível extrair a conclusão de que deve-se rejeitar inevitavelmente uma postura de maior deferência para com decisões do parlamento em toda a sorte de matérias. Mesmo diante da expansão da administração pública, poder-se-ia perfeitamente concluir, e ao menos para uma série de matérias, que:

(i) O tribunal deveria manter uma postura de relativa deferência frente às interpretações que o próprio parlamento faz de normas constitucionais que, por exemplo, resguardam um conteúdo propositadamente abstrato destinado à posterior desenvolvimento legislativo, tal como o art. 5º, XXIII, CR/88, que determina que “a propriedade atenderá a sua função social”. Deve agir assim, ao invés de supor ser ele, o tribunal, a instituição adequada à definição deste conceito. Princípios constitucionais desta espécie devem poder ser configurados democraticamente como resultados de disputas e debates travados na sociedade civil, parlamentos etc. Obviamente, no que diz respeito à mencionada norma, trata-se de matéria sobre a qual existem outros dispositivos constitucionais que a regulam, de modo que permanece a possibilidade de controle judicial dos atos do legislativo. Ainda assim, tais princípios podem funcionar como instrumentos que dissolvem obstáculos à legislação democrática, ao invés de configurarem alguma prestação concreta e objetiva que o tribunal poderia quantificar interpretando diretamente os dispositivos e cláusulas “abertas”.⁶⁶⁹

(ii) Mas além disso, a “inflação legislativa” e a consequente maior possibilidade de pronunciamento dos tribunais, muitas vezes diz respeito a normas cuja objetividade é considerável. Realmente o tribunal “intervém” em área na qual antes se abstinha (pela simples falta de legislação) mas não é disso que se trata aqui: o tribunal, para fazê-lo,

substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos.” CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: SAFe, 1988, pp. 10-11.

⁶⁶⁹ Adiante será analisado um caso da jurisprudência do STF no qual o tribunal utilizou a referência a princípios constitucionais desta natureza para obstaculizar a intervenção da administração pública, legitimada democraticamente, no domínio económico, tratando do chamado IPTU progressivo.

não precisa – ao menos nem sempre e necessariamente – endossar modelos teóricos que suportem um idealizado juiz Hércules. Mais que isso, para um grande número destas novas matérias, sua especificidade técnica e até mesmo em virtude da sobrecarga de tarefa, seria pouco razoável esperar dos magistrados a capacidade de manejar habilmente argumentos filosóficos e políticos demasiadamente abstratos, além dos argumentos imediatamente técnicos para os quais geralmente estão treinados. Em casos assim, o uso de ATI e a prática de uma interpretação construtiva porém modesta são recomendáveis até mesmo em virtude de sua maior viabilidade prática.

No entanto o presente trabalho pretende tratar especialmente de questões relacionadas às outras duas séries de questões acima mencionadas. No capítulo anterior foi possível perceber que o principal ponto criticado por Habermas nas teses de Alexy acerca da solução de conflitos entre princípios nos casos concretos de aplicação, reside no fato de que o efetivo problema encontra-se na atribuição de valores efetuada pelo tribunal. Alexy pretende ao menos minorar o problema investindo numa refinada lógica especial de argumentação jurídica para casos desta espécie, uma tentativa que para Habermas termina por não ser convincente. Afinal, atribuídos os valores, por mais bizarros que fossem, as fórmulas da ponderação de Alexy funcionariam de todo o modo. Neste capítulo será possível perceber que o objeto para o qual Habermas dirige sua atenção é na espécie de competência institucional que possuem os tribunais para levar a cabo interpretações de jurídicas. A partir dos argumentos lançados nesta direção será possível interpretá-lo de modo construtivo buscando aquilo que poderia ser um modelo discursivo de aplicação de normas para casos jurídicos controversos. Infelizmente, embora seus argumentos sejam promissores, não há em Habermas uma posição clara sobre questões importantes deste debate:

Habermas does not make it entirely clear whether assessment of the legitimacy of judicial interpretation relates to the substance of the outcome or the method of legal reasoning deployed. No doubt this will depend on whether the judicial method of interpretation adopted involves appeal to substantive moral principles not determinately identified in law. This is not made clear, so, while it is possible to read most of what Habermas says as concurring with the view that judicial method is limited to arriving at a procedurally proper method of determining how particular laws are to be understood and applied, it sometimes appears that the legitimacy required of each legal decision means that judges must transcend such legally internal interpretative norms as Herculean consistency and coherence, and utilize purely judicial dialogue to arrive at a substantively just outcomes *contra* established law.⁶⁷⁰

⁶⁷⁰ CAMPBELL, Tom. “Legal Positivism and Deliberative Democracy”, in FREEMAN, M. D. A. (org.) **Current Legal Problems**, 1998, vol. 51 (65–92), p. 90.

Porque Habermas apóia-se no modelo do juiz Hércules, de Dworkin? Um modo de compreender esta relação consiste em destacar que, em Habermas, a teoria do discurso possui como preocupação fundamental as “bases morais da cooperação social” (Rehg), e assim naturalmente pode ver na teoria dos direitos (princípios) como trunfos, de Dworkin, uma comprovação no nível da teoria jurídica de suas teses fundamentais. Mas até que ponto é correto este argumento? Mais uma vez, Tom Campbell indica uma interpretação promissora, a qual o presente capítulo tentará desenvolver:

(...) the current work of Jurgen Habermas supports the conclusion that the theory of deliberative democracy implies that we ought to be striving to improve the quality of dialogue in representative politics, rather than locating the resolution of political issues in the debates of specialist lawyers, even if they do have a measure of political and economic independence enjoyed by few other groups in society⁶⁷¹

5.2 Direito como “Integridade” e a leitura moral da Constituição.

Habermas vê em Dworkin um modelo de decisão judicial que, adotando argumentos fundados em direitos concebidos deontologicamente, é capaz de compatibilizar as pretensões conflitantes de segurança jurídica e correção normativa. Neste sentido Dworkin afirma a possibilidade de respostas corretas aos “casos difíceis” de aplicação do direito, as quais podem ser justificadas por “princípios” e não apenas mediante um procedimento formalmente correto de tomada de decisão.⁶⁷² Sendo assim, os argumentos de princípio possuem uma função muito distinta daquela que lhes é atribuída por Alexy: argumentos de princípio, no caso de Dworkin, opõem-se ao modelo positivista de legitimação das decisões judiciais, ao passo que em Alexy a oposição é “lógica-estrutural” face às regras. Afinal, em Dworkin o modelo de regras-princípios é adotado para rejeitar a idéia positivista de discricionariedade judicial.

Além disso, Dworkin evita o potencial conservadorismo das interpretações hermenêuticas na medida em que a história institucional do direito deve ser apropriada criticamente, ao invés de uma entrega ao pano de fundo da pré-compreensão hermenêutica o qual alberga tradições potencialmente autoritárias: “sua teoria dos direitos exige uma compreensão deontológica de pretensões de validade jurídicas”⁶⁷³. No entanto, ainda que para Habermas o modelo interpretativo de Dworkin não esteja submetido à esta espécie de crítica que, segundo ele, atinge a Hermenêutica jurídica,

⁶⁷¹ CAMPBELL, Tom. “Legal Positivism and Deliberative Democracy”, in FREEMAN, M. D. A. (org.) **Current Legal Problems**, 1998, vol. 51, p. 90.

⁶⁷² Cf. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito; Uma Questão de Princípio**, ps.175-216.

⁶⁷³ TrFG I, p. 256

ainda permanece uma questão decisiva, a saber: é possível levantar a objeção de idealização do mundo da vida? Habermas não assume uma posição explícita sobre a questão. No capítulo 5º de FG, destinado ao tema da racionalidade da jurisdição, o modelo de Dworkin, do juiz Hércules, é criticado pela elevada carga de idealização que suas premissas levantam, porém Habermas parece crer – seguindo Klaus Günther, que a solução consiste em “procedimentalizar” o modelo de Hércules, concebê-lo como expressão das normas jurídicas processuais que definem espaços discursivos de aplicação de normas: “Habermas se apropria discursivamente da teoria da integridade de Dworkin, dando-lhe uma perspectiva processual que traduz suas exigências idealizadoras nos termos dos pressupostos pragmáticos da teoria discursiva.”⁶⁷⁴. Como será possível perceber, dificilmente esta tese fornece uma solução para o problema fundamental. Este é mencionado no capítulo 6 de FG, que trata da legitimidade da jurisdição constitucional, porém nele a referência a Dworkin é superficial, e assim continua sem resposta a pergunta sobre até que ponto Habermas endossa o modelo de Hércules. Esta é a questão decisiva para a compreensão do modelo de interpretação e aplicação de normas jurídicas da teoria discursiva do direito. Como no entanto é possível resolver o problema? Nos anos seguintes à publicação de FG Habermas pouco posicionou-se sobre o tema da interpretação de normas jurídicas e da decisão judicial. Em uma das raras oportunidades o fez de modo tal que aparentou uma vinculação direta com o modelo interpretativo de Dworkin (a despeito de suas divergências sobre questões como a vinculação entre Estado de Direito e democracia, a questão da eugenia etc.):

A interpretação da constituição é um processo de longo prazo, coisa que sempre move o tribunal supremo a corrigir suas próprias decisões. No caso em que as circunstâncias históricas variem e surjam novas razões morais que afetem o direito existente, os princípios constitucionais – eles mesmos fundamentados moralmente – exigem que o direito siga as suposições morais.⁶⁷⁵

Afinal, como isso tudo pode funcionar no cotidiano de tribunais diante do risco de “juridificação” já apontado? Certamente o problema não poderia ser, para a teoria

⁶⁷⁴ DUTRA, Delamar Volpato. *Constitucionalidade e Separação de Poderes em Habermas* in DUTRA, Delamar Volpato. PINZANI, Alessandro (orgs.) **Habermas em Discussão**. Florianópolis: NEFIPO, 2005, pp. 80-94, p. 83.

⁶⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. **El Futuro de la Naturaleza Humana: hacia una eugenia liberal?**, p. 46. Comparar com a definição que Dworkin para o ativismo judicial: “O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vas (...) a despeito das razões concorrentes do tipo que mencionei. Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso”. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 215:

discursiva do direito, a simples adoção de argumentos morais por ocasião da atividade jurisprudencial, mas sim o *modo* como serão eles adotados, e é exatamente isso que permanece merecedor de uma posição explícita.⁶⁷⁶ A intenção deste capítulo é portanto apresentar uma interpretação construtiva da teoria discursiva do direito, extraindo de argumentos levantados nos capítulos anteriores conseqüências teóricas que deveriam ser endossadas pelo próprio Habermas. Trata-se de em parte tentar vincular um modelo discursivo de interpretação e aplicação de normas jurídicas a uma série de teses de caráter mais empírico. Tal tarefa poderia ser frutífera ainda que, como parece ser o caso, o próprio Habermas não tenha sido capaz de fornecer uma abordagem sistemática da questão. Tratar-se-ia então de reconstruir alguns aspectos de suas teses para seguir buscando conclusões as quais poderiam, porventura, revelar algumas inesperadas linhas de pesquisa.

Deve-se partir daquilo que Habermas explicitamente considera ser, em Dworkin, passível de ser justificado com os meios da teoria discursiva: “A razão prática emerge no ponto de vista moral e se articula numa norma fundamental, a qual exige a mesma consideração e o igual respeito por cada um”⁶⁷⁷. Ela pode servir de “esclarecimento do sentido deontológico dos direitos fundamentais em geral”⁶⁷⁸. Em sua conhecida distinção, estes direitos são capazes de funcionar como “trunfos” que podem ser oponíveis às “políticas”: argumentos de moralidade que tem a preferência contra argumentos de utilidade social: os princípios, formam uma “camada mais elevada de normas no sistema jurídico” a qual desempenha a função de fundamentação pós-tradicional da qual o direito positivo depende. E decisões de princípios que afirmam “direitos” dos indivíduos devem prevalecer sobre determinações políticas ou econômicas de objetivos coletivos.⁶⁷⁹ Habermas interpreta isso como a afirmação de obstáculos ao cálculo instrumental mediante argumentos morais. De fato, o modelo de interpretação de Dworkin, que ele denomina “centrado nos direitos” por oposição ao “centrado nos códigos”, está vinculado a uma prestação jurisdicional que pretende ser capaz de reconhecer, no tribunal, “os direitos morais que os cidadãos efetivamente

⁶⁷⁶ Reconhecendo a importância, para Habermas, do uso de argumentos morais na prática de interpretação e aplicação de normas: “A teoria de Dworkin é importante para Habermas porque propõe uma justificativa externa do direito, abrindo-o para normas morais, as quais entram nele, tecnicamente, como princípios.” DUTRA, Delamar Volpato. *Constitucionalidade e Separação de Poderes em Habermas in DUTRA, Delamar Volpato. PINZANI, Alessandro (orgs.) Habermas em Discussão. Florianópolis: NEFIPO, 2005, pp. 80-94, p. 83.*

⁶⁷⁷ TrFG I, p. 252.

⁶⁷⁸ TrFG I, p. 253.

⁶⁷⁹ Cf. Especialmente DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, pp. 23-72; 127-205

possuem”⁶⁸⁰. Deste modo, o modelo de jurisdição constitucional por ele defendido – que acredita ser apenas a explicitação de teses já aceitas pelo tribunal constitucional norte-americano, qual seja, a “leitura moral” (*moral reading*) da Constituição, estabelece que as normas constitucionais que estabelecem direitos fundamentais controversos “devem ser compreendidas no modo que sua linguagem sugere mais naturalmente: eles referem-se a princípios morais abstratos e incorporam estes princípios por referência, como limites ao poder estatal.”⁶⁸¹

Assim, a tese dos direitos de Dworkin apóia-se em premissa compartilhada pela Teoria discursiva: há pontos de vista morais relevantes na jurisprudência porque o direito positivo assimilou argumentos com conteúdos morais (*moral reading*). Mas em Habermas, tais argumentos são assimilados especificamente pela vida do processo democrático de legislação e das “condições de equidade da formação do compromisso” (citando alexy). No entanto, é necessário um esclarecimento, pois “conteúdos morais, na medida em que são traduzidos para o código do direito, passam por uma transformação jurídica de seu significado”.

Mas até que ponto estas considerações de Dworkin são compatíveis com as teses de Habermas sobre a separação entre os princípios de justificação da moral e do direito? Será possível adotar a moral como “medida para o direito correto” e considerar a formação política da vontade do legislador e na comunicação política da esfera pública como os critérios primordiais para auferir sua legitimidade? A questão é portanto como determinar esta característica da “moral no direito”: os conteúdos morais adquirem outro modo de validade que não modifica a moderna diferenciação entre direito e moral, que os princípios da democracia e de universalização expressam:

Enquanto for mantida a diferença das linguagens, a imigração de conteúdos morais para o direito não significa uma moralização do direito. Quando Dworkin fala de argumentos de princípios que são tomados para a justificação externa de decisões judiciais, ele tem em mente, na maioria das vezes, princípios do direito que resultam da aplicação do princípio do discurso ao código jurídico⁶⁸²

Para efeitos de fixação do modelo discursivo de interpretação e aplicação de normas, Habermas destaca os seguintes pontos importantes nas teses Dworkin, e que a seu ver permitem a compatibilização das pretensões de segurança jurídica e correção normativa: (i) direito não é moralmente neutro, (ii) direito não é um sistema autônomo

⁶⁸⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 15.

⁶⁸¹ DWORKIN, Ronald. **Freedom’s Law: the moral reading of the american constitution**, p. 7.

⁶⁸² TrFG I, p. 256

fechado, e finalmente (iii) a jurisprudência exige uma interpretação construtiva. (p.257 e ss)

Em primeiro lugar (i), como princípios morais e finalidades políticas podem ser traduzidas para o código jurídico então nas decisões sobre princípios manifesta-se um complexo sentido de validade do direito legítimo: “os discursos jurídicos admitem argumentos de origem extralegal, portanto considerações de tipo pragmático, ético e moral, introduzindo-os em argumentos jurídicos”⁶⁸³. Mas decisões de princípios que afirmam direitos dos indivíduos prevalecem sobre determinações de objetivos: “A Constituição funde questões jurídicas e morais, fazendo com que a validade de uma lei dependa da resposta a problemas morais complexos, como o problema de saber se uma determinada lei respeita a igualdade inerente a todos os homens”⁶⁸⁴.

Em segundo lugar (ii), o sistema jurídico comporta princípios e regras: ambos são normas jurídicas que possuem estrutura deontológica, mas os primeiros são normas carentes de interpretação num sentido especial. É importante perceber que os princípios surgem aqui como uma construção teórica contra o positivismo: sua função é fornecer argumentos teóricos para evitar a possibilidade de discricionariedade judicial. Eles, os princípios, formam uma “camada mais elevada de normas no sistema jurídico” a qual desempenha a função de fundamentação pós-tradicional da qual o direito positivo depende. A idéia de “única resposta correta” pode ser interpretada como uma afirmação de um momento de indisponibilidade (validade deontológica dos direitos) que pode ser submetido a uma avaliação racional – mediante princípios⁶⁸⁵. Mas estes princípios não são *topoi* tradicionais que possam ser extraídos do contexto de uma comunidade ética.⁶⁸⁶ Assim, em Dworkin a distinção entre “princípios e regras” é inserida como meio de sustentar a presença de princípios de justiça no direito, para rejeitar as teses positivistas da separação entre direito e moralidade e do poder discricionário dos juízes em casos difíceis.⁶⁸⁷ Tal como Dworkin interpreta o caso *Riggs versus Palmer*,⁶⁸⁸ os

⁶⁸³ TrFG I, p. 257

⁶⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, p. 285.

⁶⁸⁵ Para a tese da “única resposta correta” cf. DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**, pp. 175-216

⁶⁸⁶ TrFG I, p. 260. “(...) o tribunal deve tomar decisões de princípio, e não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral –, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais. DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**, p. 101.

⁶⁸⁷ Cf. TEBBIT, Mark. **Philosophy of Law: an introduction**. Routledge: Londres, 2000, p. 56. Tese de Hart contra a qual Dworkin se opõe: “na maioria dos casos que preocupam os tribunais, nem as leis, nem os precedentes em que as regras estão alegadamente contidas admitem apenas um resultado. Nos casos

princípios são definidos segundo a imagem dos “princípios não escritos do common law”⁶⁸⁹. Estes por sua vez não são princípios como normas que possuem uma estrutura lógica diferenciada (como ocorre em Alexy) mas podem ser expressos com auxílio da idéia de Günther sobre o conceito de aplicação.

Por fim (iii), para Habermas a solução de Dworkin possui dois aspectos interligados. Sob o viés *metodológico* trata-se de um processo de interpretação construtiva; quanto ao *conteúdo*, trata-se de uma teoria jurídica que reconstrói racionalmente o direito vigente de tal modo que possa ser justificado por princípios. Para Dworkin entre estes dois momentos é difícil estabelecer uma separação rigorosa: “a interação entre adequação e justificação é complexa.”⁶⁹⁰ Ainda assim é possível apontar momentos construtivos e reconstrutivos na interpretação jurídica.

O aspecto *construtivo* da interpretação consiste no fato de que na atividade jurisprudencial não se trata de construir uma teoria filosófica da justiça, mas sim em buscar princípios e políticas válidas numa ordem jurídica concreta, de tal modo que as decisões singulares possam fazer parte de um todo coerente: “o dever de um juiz é interpretar a história jurídica que encontra, não inventar uma história melhor”⁶⁹¹. Assim, a interpretação jurídica construtiva tem início numa etapa “pré-interpretativa na qual são identificados as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática”⁶⁹², sobre as quais há um alto grau de consenso. A esta segue-se a etapa “interpretativa” na qual o intérprete busca fornecer uma “justificativa geral para os principais elementos da prática”⁶⁹³ já identificada na etapa anterior. Uma justificativa assim não necessita adequar-se a todos os aspectos da prática identificada mas deve adequar-se o suficiente para que possa apresentar-se como interpretação daquela prática. É na terceira etapa apresentada por Dworkin, a pós-interpretativa, que Habermas identifica o aspecto *reconstrutivo* da argumentação jurídica, que consiste num continuado processo de aprendizagem: a justificação de um sistema jurídico precisa corrigir erros, deixando de fora algumas partes da história institucional. Nela o

mais importantes, há sempre uma escolha. O juiz tem de escolher entre sentidos alternativos a dar às palavras de uma lei ou entre interpretações conflitantes do que um precedente «significa». (...) todas as regras tem uma penumbra de incerteza em que o juiz deve escolher entre alternativas.” HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p. 116-7.

⁶⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, pp.

⁶⁸⁹ TEBBIT, Mark. **Philosophy of Law: an introduction**. Routledge: Londres, 2000, p. 59

⁶⁹⁰ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 286.

⁶⁹¹ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**, p. 240

⁶⁹² DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 81.

⁶⁹³ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 81.

intérprete ajusta “sua idéia daquilo que a prática ´realmente` requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa”⁶⁹⁴. Para Habermas este é um ponto decisivo: “a teoria do juiz hércules reconcilia as decisões racionalmente reconstruídas do passado com a pretensão à aceitabilidade racional no presente, ou seja, reconcilia a história com a justiça”⁶⁹⁵. Neste modelo, a prática de interpretação levada a cabo por juízes é descrita do seguinte modo:

Um juiz (...) tentará, num caso controverso, estruturar algum princípio que, para ele, capta no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas pelo caso. Mas ele não pode aplicar tal princípio a menos que este, como princípio, seja compatível com a legislação, no seguinte sentido: o princípio não deve estar em conflito com os outros princípios que devem ser pressupostos para justificar a regra que está aplicando ou com qualquer parte considerável das outras regras.⁶⁹⁶

No conhecido argumento de Dworkin, este intérprete deve proceder como um participante de uma “cadeia do Direito”⁶⁹⁷, uma alusão à prática de redação de romances literários por vários autores, os quais escrevem sucessivamente cada um dos capítulos da obra, cada um sendo obrigado a ler os capítulos já escritos, interpretá-los de modo coerente e criar seu próprio texto mantendo no entanto a unidade da obra. Esta prática à qual se dedica o sujeito que é simultaneamente intérprete e autor comporta as dimensões de “adequação” (explicação por adotada “deve possuir um poder explicativo geral, e será mal sucedida se deixar sem explicação algum importante aspecto estrutural do texto”⁶⁹⁸), e de “ajuste”: na qual ele julga “qual dessas leituras possíveis se ajusta melhor à obra em desenvolvimento”⁶⁹⁹

Assim, o juiz que pratica a interpretação construtiva impõe um propósito ao conjunto das normas, instituições e práticas jurídicas que interpreta, de modo a torná-las “o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam”⁷⁰⁰. Isso no entanto não significa que o intérprete disponha de absoluta liberdade para dispor dos objetos interpretados, para deles extrair qualquer conclusão, pois ele permanece limitado pela coerção que a história institucional e a forma específica do direito exercem sobre ele.⁷⁰¹

⁶⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 82

⁶⁹⁵ TrFG I, p. 264

⁶⁹⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**, p. 15.

⁶⁹⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**, p. 238; **O Império do Direito**, p. 275 e ss

⁶⁹⁸ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 277.

⁶⁹⁹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 278

⁷⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 63-4.

⁷⁰¹ Cf. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 64.

Mas ainda que a legislação positiva deva ser interpretada como uma tentativa da comunidade para captar os direitos morais, o que impede o juiz de adotar na interpretação construtiva algum princípio expressamente rejeitado, em muitos dos casos difíceis será necessário optar entre princípios morais concorrentes, uma vez que ambos são compatíveis com a legislação.⁷⁰²

Se apenas um conjunto de princípios é compatível com uma lei, então um juiz que siga a concepção centrada nos direitos deve aplicar esses princípios. Se mais de um é compatível, a questão de qual interpretação decorre mais “naturalmente” da lei como um todo exige uma escolha entre maneiras de caracterizar a lei que reflita a própria moralidade política do juiz.⁷⁰³

Juízes que praticam interpretações construtivas “tentam apresentar o conjunto da jurisdição em sua melhor luz, para alcançar o equilíbrio entre a jurisdição tal como o encontram e a melhor justificativa dessa prática.”⁷⁰⁴

Mas se é assim, então é permitido questionar se a teoria de Dworkin, que busca evitar a discricionariedade dos juízes apoiada na objetividade da única resposta correta, termina por criar mais dissenso do que o já existente.⁷⁰⁵ Este é um risco percebido por Habermas, para quem, sob o modelo do juiz Hércules “se estende a longa sombra de idealizações fortes”⁷⁰⁶. Afinal, ela expressa uma idéia reguladora inscrita na jurisprudência moderna ou é apenas uma idealização falsa? O endosso de tais teses tem estimulado que autores vinculados à escola dos “Estudos Jurídicos Críticos” (CLS), como Andrew Altman, levantem objeções segundo as quais “Hércules” é apenas uma racionalização retrospectiva de decisões políticas dos juízes. Segundo Altman

The constraint is an illusion. Judges holding to virtually any ideology which is of significance in the American political arena will simply read their favored ideology into the settled law as its soudest theory. This can be and is done, even by the most conscientious judge, because each view on the political spectrum is embodied in some substantial portion of the authoritative materials. (...) Dworkinians must show that the soudest theory of law is not only a logical possibility, given the tensions existing within doctrine, but that it can exert an effective practical constraint on judges who hold conflicting ideological views⁷⁰⁷

É necessário distinguir duas espécies de críticas: afirmar que as idealizações com as quais Dworkin pretende limitar a discricionariedade judicial são inevitavelmente racionalizações “a posteriori” é substancialmente diverso de afirmar que apenas podem

⁷⁰² Cf. DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**, p. 16

⁷⁰³ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**, 25

⁷⁰⁴ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 112.

⁷⁰⁵ Cf. BIX, Brian. **Law, Language and Legal Determinacy**. Oxford: Clarendon, 1993, pp. 106-111.

⁷⁰⁶ TrFG I, p. 265

⁷⁰⁷ ALTMAN, Andrew. **Legal Realism, Critical Legal Studies and Dworkin**. In *Philosophy and Public Affairs*. Vol. 15, n° 3, 1986 (205-235), ps. 231-234.

sê-lo. Neste segundo tipo de crítica é mantida a pretendida validade das idealizações como critério para avaliar as práticas judiciais. Jürgen Habermas⁷⁰⁸ rejeita a crítica mais radical levantada contra o modelo do direito como integridade, segundo a qual Hércules apenas encobriria decisões alcançadas segundo motivações jamais explícitas, e assume a defesa de Dworkin. De acordo com Habermas, ao mostrar que decisões resultam de decisões políticas extra-jurídicas os críticos já utilizam normas como critério de avaliação objetiva de decisões, as quais são reputadas como equivocadas. Tratar-se-ia de uma recusa deliberada ou falta de habilidade dos juízes para desenvolver a melhor teoria possível, ou mesmo uma consequência do fato de que determinada história institucional é avessa a uma reconstrução racional (como o direito nazista, por exemplo⁷⁰⁹). De fato Dworkin responde ao risco de subjetivismo dos juízes com sua obrigação de fundamentar e justificar as decisões, com base em argumentos de princípio, perante uma esfera “pública” das profissões jurídicas e do público em geral.⁷¹⁰

Mas ainda que esta idéia seja aceita como parte integrante do ideal do EDD a ser alcançado apenas “por aproximação”, ou seja na melhor medida do possível, “esse ideal político poderia expressar uma falsa idealização. A prática constitucional poderia enganar-se sobre si mesma, trazendo conseqüências e sobrecarregando as instituições com tarefas cuja solução é impossível.”⁷¹¹ Ou seja, ainda que rejeite a crítica radical (que rejeita a validade das idealizações) Habermas deveria concordar parcialmente com a observação de Altman segundo a qual não basta demonstrar que a hipótese de Hércules é uma possibilidade lógica, pois é necessário demonstrar que possui também viabilidade prática, que é efetiva no âmbito da jurisdição. Não basta “provar” contra o crítico que até mesmo ele assume – inevitavelmente – um compromisso lógico com a validade de normas como critério para avaliar o comprometimento dos juízes com um procedimento racional de deliberação, uma prova que pode ser realizada demonstrando ao crítico cético a contradição em que ele próprio incorre. Isso não basta por que precisamos também demonstrar o quão efetivo é, individualmente nos casos concretos, o compromisso inevitável logicamente em geral.

O modelo do direito como “integridade” torna-se o ponto de referência para a reconstrução crítica da história institucional, que expressa a idéia de que ordens

⁷⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**, vol. I, p. 266

⁷⁰⁹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**

⁷¹⁰ DWORKIN, Ronald. **El Domínio de la Vida**, p. 165.

⁷¹¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**, vol. I, p. 268.

jurídicas modernas, por menor que seja sua força, apontam para a idéia do estado de direito. A ela está vinculada uma idéia de que a comunidade política está submetida não apenas às decisões políticas particulares explicitamente adotadas pelo legislativo e executivo, mas também pelo “sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam”⁷¹², uma justificativa que exerce sobre Habermas evidente atração, e a qual ele pretende desenvolver formulando o seu próprio sistema de direitos.⁷¹³ Isso delinea uma norma básica da igual consideração e respeito: o “ato constituinte da fundação significa que os cidadãos reconhecem mutuamente um sistema de direitos, o qual lhes garante autonomia privada e pública.”⁷¹⁴ Deste modelo de integridade resulta uma jurisdição ofensiva:

Um juiz que aceitar a integridade pensará que o direito que esta define estabelece os direitos genuínos que os litigantes têm a uma decisão dele. Eles têm o direito, em princípio, de ter seus atos e assuntos julgados de acordo com a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos, e a integridade exige que essas normas sejam consideradas coerentes, como se o Estado tivesse uma única voz.⁷¹⁵

Contudo para Habermas esta idéia reguladora, derivada da autocompreensão normativa das ordens do estado de direito, que vincula a decisão judicial singular à obrigação de justificar o direito como um todo a partir de princípios, apresenta um risco de idealização: “esse ideal político poderia expressar uma falsa idealização. A prática constitucional poderia enganar-se sobre si mesma, trazendo conseqüências e sobrecarregando as instituições com tarefas cuja solução é impossível.”⁷¹⁶

⁷¹² DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 255

⁷¹³ E ainda: “Se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito. Esse processo é menos eficiente, sem dúvida, quando as pessoas divergem, como é inevitável que às vezes aconteça, sobre quais princípios são de fato assumidos pelas regras explícitas e por outras normas de sua comunidade. Contudo, uma comunidade que aceite a integridade tem um veículo para a transformação orgânica, mesmo que este nem sempre seja totalmente eficaz, que de outra forma sem dúvida não teria. (...) A obrigação política deixa de ser, portanto, apenas uma questão de obedecer a cada uma das decisões políticas da comunidade (...). Torna-se uma idéia mais impregnada da noção protestante de fidelidade a um sistema de princípios que cada cidadão tem a responsabilidade de identificar, em última instância para si mesmo, como o sistema da comunidade à qual pertence.” DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 229-231.

⁷¹⁴ TrFG I, p. 267

⁷¹⁵ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 263

⁷¹⁶ TrFG I, p. 268.

Dentre as possíveis soluções para a “indeterminação radical”⁷¹⁷ que são fornecidas por Habermas, amparado na tese do princípio de adequação de Gunther, estão em primeiro lugar (i) uma espécie de “reconstrução” do modelo do juiz Hércules na forma de direitos processuais que objetivam a clarificação discursiva da situação controversa de aplicação de normas. Em segundo lugar, (ii) o conceito de paradigma jurídico.⁷¹⁸ Uma jurisprudência profissionalizada seria sobrecarregada caso se orientasse pelo ideal pretensioso do princípio de adequação (esgotar da melhor forma possível um sistema de normas válidas, em continuo movimento). Paradigmas jurídicos, que prevalecem num determinado contexto reduzem a complexidade da tarefa, são descrições generalizadas de um determinado tipo, saber de fundo que suporta juízos morais e que aliviam Hércules de sua tarefa.⁷¹⁹

é interessante constatar que o elemento capaz de aumentar a segurança do direito e de atenuar as exigências ideais que cercam a teoria do direito é o mais propenso à formação de ideologias (...) na medida em que se fecham sistematicamente contra novas interpretações da situação e contra outras interpretações de direitos e princípios, necessárias à luz de novas experiências históricas.⁷²⁰

É neste ponto que Habermas lança sua única objeção explícita a um aspecto do modelo de jurisdição desenvolvido por Dworkin, a saber, o caráter monológico da teoria: o único ator verdadeiramente relevante é o juiz que escolheu Hércules como modelo.

Dworkin oscila entre a perspectiva dos cidadãos que legitima os deveres judiciais e a perspectiva de um juiz que tem a pretensão de um privilégio cognitivo, apoiando-se apenas em si mesmo, no caso em que sua própria interpretação diverge de todas as outras.⁷²¹

Para Habermas, Dworkin exige uma altíssima qualificação dos juízes, tanto pela sua competência técnica quanto pelas qualidades pessoais, que devem ser capazes de garantir interinamente a integridade da comunidade jurídica. Segundo Michelman: o problema reside no solipsismo de Hércules:

The virtue of integrity is in the judge, not in the law, and its value to the community is representational: the judge represents integrity – self-

⁷¹⁷ KENNEDY, Duncan. **Form and Substance in Private Law Adjudication**. Harvard Law Review vol. 89 (1976), pp. 1685-1778.

⁷¹⁸ Na definição de Dworkin paradigmas jurídicos devem ser tratados como “exemplos concretos aos quais qualquer interpretação plausível deve ajustar-se, e os argumentos contra uma interpretação consistirão, sempre que possível, em demonstrar que ela é incapaz de incluir ou explicar um caso paradigmático”. Trata-se de “proposições que na prática não podem ser contestadas sem sugerir corrupção ou ignorância” DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, ps. 88 e 110.

⁷¹⁹ TrFG I, p. 274.

⁷²⁰ TrFG I, p. 275

⁷²¹ TrFG I, p. 276

government – to the community, not of it (...) the integrity – the self government – of the judge is constituted by the conjunction in the judicial act, as experienced, of cognitive and volitional elements in tension. If and only if the subjective right-answer thesis is true, judges represent practical reason to the community.⁷²².

Aparentemente é para Habermas no solipsismo que reside o mais relevante problema de Hércules, e que poderia ser remediado reconstruindo discursivamente o modelo do direito como integridade: “precisamente o ponto de vista da integridade teria que libertar Hércules da solidão de uma construção teórica empreendida monologicamente”⁷²³. Assim, um passo fundamental para definir o modelo de interpretação da teoria discursiva do direito consiste em saber se, uma vez superado aspecto solipsista da teoria, ela poderia enfim ser adotada. Seria este caráter monológico seu principal problema? Em caso positivo a solução consistiria apenas em traduzir as idealizações da teoria de Dworkin por “exigências ideais de um processo cooperativo da formação da teoria, isto é, de um discurso jurídico que satisfaz, tanto ao ideal regulativo da única resposta correta, quanto ao da falibilidade da prática concreta de decisão”⁷²⁴. E esta parece mesmo ser a intenção de Klaus Günther para quem o princípio do igual respeito e consideração poder ser reconstruído como discurso de adequação: a definição de “princípio” fornecida por Dworkin é interpretada como “considerações que vão além das próprias regras”: exaustão de todos os aspectos de um caso o qual pode ser interpretado à luz de princípios.⁷²⁵

Habermas identifica um “núcleo procedimental do princípio da integridade garantida judicialmente” e este é o ponto de contato entre a idéia de integridade e o agir comunicativo: as condições concretas de reconhecimento podem ser ampliadas pela via da prática da argumentação comunicativa, na qual podem ser ancoradas as exigências ideais que Dworkin vincula à teoria reconstitutiva.⁷²⁶ Por isso, as expectativas quanto a uma habilidade sobrenatural dos juízes devem ser substituídas pelo ideal normativo de uma “comunidade aberta dos intérpretes da constituição”, que pode ser compreendida como procedimentalização de Hércules.⁷²⁷ É importante perceber que as críticas que Habermas considera necessárias ao caráter monológico de Dworkin, que objetivam

⁷²² MICHELMAN, Frank. The Supreme Court, 1985 Term – Foreword: **Traces of Self-Government**. In Harvard Law Review, vol. 100, nº 1, 1986 (4-77), p. 74.

⁷²³ TrFG I, p. 277

⁷²⁴ TrFG I, p. 281

⁷²⁵ Cf. GÜNTHER, Klaus. **The Sense of Appropriateness**, ps. 283-4

⁷²⁶ Cf. TrFG I, p. 278

⁷²⁷ Para o conceito de “comunidade de intérpretes da Constituição”, Cf. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: SAFE, 1997.

explicitamente “procedimentalizá-lo”, podem continuar sustentando uma jurisprudência fortemente ofensiva. Apontar a “falta de diálogo” em Hércules é uma correção que pretende operacionalizar corretamente o modelo reconstutivo de sua teoria:

What is lacking is dialogue. Hercules, Dworkin’s mythic judge, is a loner. He is much too heroic. His narrative constructions are monologues. He converses with no one, except through books. He has no encounters. He meets no otherness. Nothing shakes him up. No interlocutor violates the inevitable insularity of his experience and Outlook. Hercules is just a man, after all. He is not the whole community. No one man or woman could be that. Dworkin has produced an apotheosis of appellate judging without attention to what seems the most universal and striking institutional characteristic of the appellate bench, its plurality. We ought to consider what that plurality is “for”. My suggestion is that it is for dialogue, in support of judicial practical reason, as an aspect of judicial self-government, in the interest of our freedom. There is a message there for the politics of judicial appointments, not to mention for the politics of law.⁷²⁸

Assim, a questão fundamental é a correção da ausência de procedimentos deliberativos no exercício da jurisdição: “o juiz singular tem que conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos.”⁷²⁹

Embora não haja uma clara tomada de posição quanto a esta questão, a impressão de que a procedimentalização de Hércules não é o suficiente permanece: “de que modo tal prática de interpretação, que procede construtivamente, pode operar no âmbito da divisão de poderes do Estado de direito, sem que a justiça lance mão de competências legisladoras (...)?”⁷³⁰ A discussão sobre o controle de constitucionalidade permite referência institucional para a discussão. Mais que isso, é no debate sobre os aspectos institucionais da jurisdição que devem ser buscadas as consequências teóricas decisivas para compreender o modelo discursivo de interpretação e aplicação de normas jurídicas. Se o objetivo é definir tal modelo, o capítulo 5 de FG – em tese o local onde Habermas trataria de explicitá-lo – fornece apenas o ponto de partida. A correta compreensão de sua tese exige compreender sua posição quanto à legitimidade da atividade jurisdicional de controle de constitucionalidade, mas especialmente exige também uma atenção para os aspectos de sua obra destacados nos capítulos anteriores.

Para compreender o modelo discursivo de interpretação jurídica é decisivo acrescentar algo sobre as competências de tribunais para exercitar modelos teóricos argumentativos em geral. A hipótese a ser desenvolvida aqui é que as considerações que

⁷²⁸ MICHELMAN, Frank. The Supreme Court, 1985 Term – Foreword: **Traces of Self-Government**, ps. 76-77.

⁷²⁹ TrFG I, p. 278

⁷³⁰ TrFG I, p. 297

Habermas fez – ou poderia ter feito – sobre o tema apontam para uma guinada institucional da interpretação jurídica, a qual tem sido ressaltada especialmente por Sunstein⁷³¹. Segundo esta objeção o vasto repertório de teorias sobre a interpretação jurídica falha ao ignorar – ou em não levar na devida conta – a capacidade institucional que tribunais possuem para levar adiante, no quotidiano da jurisdição, o exercício de raciocínios demasiado abstratos, bem como os “efeitos dinâmicos” que poderiam resultar de decisões que se distanciam do sentido literal dos textos jurídicos: “the central question is not «how, in principle, should a text be interpreted?» The question instead is «how should certain institutions, with their distinctive abilities and limitations, interpret certain texts?»”⁷³². Esta objeção, que será desenvolvida mais adiante, é um índice precioso para compreender – e desenvolver – o ponto central do modelo discursivo de interpretação de normas jurídicas. A intenção é demonstrar que as observações sobre as competências de tribunais para levar adiante a prática do ativismo judicial – especialmente quanto aos reflexos de tal prática para a formação da vontade política legítima – completam tal modelo, e o fazem para defender uma jurisdição cujo objetivo é promover o funcionamento dos mecanismos da democracia deliberativa. Neste sentido ela rejeita tanto uma auto-restrição judicial incapaz de perceber deformações e abusos do poder político que se apresentam sob o manto de decisões legítimas por que saídas dos procedimentos formais de legislação, mas também um ativismo judicial que pretende ocupar o espaço de um público infantilizado e incapaz de assumir ativamente suas liberdades comunicativas, as quais são capazes de gerar direito legítimo. A tese é que o modelo discursivo de interpretação de normas jurídicas deve ser compreendido a partir desta base institucional, a qual está vinculada de modo direto às teses de Habermas levantadas nos capítulos anteriores, ou seja, as considerações de Habermas sobre a racionalidade da jurisdição – especialmente sua reconstrução procedimental do modelo de Hércules – adquire sentido apenas sob o pressuposto destas observações de cunho institucional. Interpretado corretamente neste sentido, será possível perceber que às restrições impostas à interpretação construtiva antes celebrada por Habermas são maiores do que se poderia imaginar. E especialmente, as consequências práticas são consideráveis.

⁷³¹ Cf. SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**. New York: OUP, 1996, p. 169: “in law, debates over interpretation are insistently *institutional*, in the sense that they raise issues about who should make what sorts of decisions. An account of legal interpretation will therefore have a lot to do with issues of authority; a good understanding of the foundations of authority would help us developed a view of interpretation”.

⁷³² SUNSTEIN, Cass. VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**, p. 886.

Este ponto é tanto mais importante por que em Dworkin o modelo do direito com integridade é construído não apenas para explicitar algo que a seu ver já é praticado pelos tribunais norte-americanos mas também, e principalmente, para justificar a espécie de ativismo judicial da Corte Suprema norte-americana típico do período do Tribunal Warren.⁷³³ : em temas sensíveis que afetam a igualdade, os legisladores podem estar sujeitos à pressão desproporcional de grupos privados politicamente poderosos, que subjagam minorias politicamente impotentes. Em face disso “os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juízes para decidir questões sobre direitos”⁷³⁴ Desigualdades de poder efetivo podem justificar, por razões de equidade, que a democracia seja fortalecida com a entrega, aos tribunais, de algum poder sobre uma “classe pequena e especial de decisões políticas”⁷³⁵. Indivíduos podem exigir um julgamento sobre os direitos que possuem, assegurando que sejam eles exercidos, ainda que isso seja garantido por um tribunal mesmo quando falta ao parlamento tempo ou vontade política para impô-los.

5.3 *Habermas e Dworkin.*

5.3.1 *As razões de uma similitude.*

No entanto é necessário perceber que existem algumas razões pelas quais é razoável identificar o modelo interpretativo da teoria discursiva do direito do modelo do juiz Hércules⁷³⁶. São razões em virtude das quais uma identificação como esta não é de todo equivocada, ainda que quando melhor interpretados os argumentos as coisas pareçam caminhar em direção oposta.⁷³⁷ Isto ocorre ao menos pelos seguintes motivos:

⁷³³ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the american constitution*, p.

⁷³⁴ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*, p. 27

⁷³⁵ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*, p. 30

⁷³⁶ Para uma interpretação que atribui ao modelo de jurisdição habermasiana pretensões que poderiam ser identificadas com as do ativismo judicial, na definição aqui tomada a partir de Dworkin, cf. ALBERTON, Genacéia da Silva. *Ação Comunicativa e Jurisdição: uma contribuição habermasiana*. Revista dos Tribunais, vol. 826. 2004. pp. 58-68.

⁷³⁷ Daí ser possível discordar de CITTADINO quando afirma que “as semelhanças entre as formulações de Habermas e Dworkin não vão muito além desta concordância em torno da idéia de que as normas jurídicas expressam a natureza de uma obrigação” (CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p. 205). No mais, está correta a autora ao afirmar que o modelo de interpretação constitucional de Habermas é uma espécie de meio-termo entre os modelos liberais e comunitários ainda que “o seu enfoque procedimental sobre a jurisdição constitucional o aproxime sensivelmente de Dworkin” (CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea, p. 183).

(i) alguns dos argumentos fundamentais que caracterizam a teoria da ação comunicativa, especialmente a figura do discurso racional como diálogo potencialmente irrestrito, parecem ser compatíveis com a idéia de que os tribunais podem funcionar como um “fórum do princípio”; (ii) Habermas é bastante explícito ao aceitar o modelo do direito como integridade de Dworkin como uma teoria capaz de demonstrar como a jurisprudência poderia compatibilizar as pretensões de segurança jurídica e correção normativa; (iii) o principal objetivo de Klaus Günther ao construir o “princípio de adequação”, tese que Habermas explicitamente adota, foi realizar algo como uma “procedimentalização” do modelo de Dworkin, reconstruir discursivamente as intuições que Dworkin haveria elaborado de modo solipsista.

(i) Em primeiro lugar, a tese do “fórum do princípio” parece possuir uma similitude com a estrutura do argumento em favor dos princípios do discurso racional: tratar-se-ia em ambos os casos de tornar explícito o sentido performativo de práticas sociais e de proporcionar um meio de desempenho consciente de princípios com os quais os participantes de uma argumentação inevitavelmente já estão comprometidos. A tese do “fórum do princípio” sustentada por Dworkin afirma que uma sociedade comprometida com o ideal do direito como integridade, a prática de governo por instituições políticas comprometidas com a melhor concepção do Estado de Direito, “faz uma promessa importante a cada indivíduo”⁷³⁸. Certamente não é uma promessa no sentido rigoroso do termo, já que raramente é explicitamente formulada: “fazer uma promessa” é uma figura de linguagem utilizada por Dworkin que pode ser melhor compreendida como o tipo de compromisso assumido quando se levanta uma obrigação ilocucionária.⁷³⁹ Esta “promessa” consiste em estimular uma suposição generalizada por parte dos cidadãos, membros da comunidade jurídica, de que os conflitos fundamentais nos quais eventualmente venham a se envolver (dos cidadãos entre si e entre eles e o Estado) serão tratados como questões de “justiça” e não apenas como estando submetidos a imperativos funcionais do poder administrativo ou de eficácia econômica.

O sentido desta “promessa” é portanto “um fórum no qual suas reivindicações quanto àquilo a que tem direito serão constante e seriamente consideradas a seu pedido”⁷⁴⁰. Esta poderia ser formulada em termos de um “papel *fático* das suposições

⁷³⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**, p. 39.

⁷³⁹ Cf. o primeiro capítulo deste trabalho.

⁷⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**, ps. 38. Quem dispõe de tais promessas possui “uma instituição que leva algumas questões do campo de batalha da política de poder para o fórum do princípio. ela oferece a promessa de que os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre o indivíduo e a

contrafáticas pressupostas performativamente”⁷⁴¹ (grifo no original), idealizações inevitavelmente levantadas pela prática de funcionamento de um sistema político de Estado de Direito, as quais desempenham um papel na sustentação desta prática, e que podem ser explicitamente formuladas e desempenhadas – ainda que como instrumento de crítica de realidades existentes – no “fórum” que é o espaço de decisão judicial. O desempenho destas idealizações pode ser compreendido como a passagem das argumentações que ocorrem no ação comunicativa para o nível mais elevado (em termos de abstração e reflexividade) da racionalidade discursiva: também Habermas sustenta que o discurso racional assim compreendido consiste num “fórum não previamente viável de justificação possível”⁷⁴².

Assim a argumentação empreendida no interior do fórum do princípio pode ser compreendida como um caso de procedimento discursivo. Graças a isso o possível conservadorismo político dos juízes – que poderia tornar o ativismo judicial pouco atraente – pode ser minorado pelo caráter discursivo das instituições, que garantem condições para uma deliberação pública adequada sobre princípios morais que justificam as decisões. O fato de que os juízes sejam instados a reconhecer publicamente os princípios, com os quais efetivamente fundamentam suas decisões, pode constrangê-los a não adotar princípios demasiado conservadores.⁷⁴³

(ii) Em segundo lugar, as similitudes entre Habermas e Dworkin poderiam ser alimentadas em virtude do fato de que o primeiro utiliza o segundo como um modelo bem sucedido de

tentativa de evitar as falhas das propostas de solução realistas, positivistas e hermenêutica, bem como de esclarecer, através da adoção de direitos concebidos deontologicamente, como a prática de decisão judicial pode satisfazer simultaneamente às exigências da segurança do direito e da aceitabilidade racional.⁷⁴⁴

Trata-se de um tema bastante caro à teoria discursiva do direito, como foi possível perceber no capítulo anterior. O modo como Dworkin compatibiliza tais pretensões atrai a atenção de Habermas especialmente pela importância que assume o “princípio da igual consideração e respeito”, o qual permite um adequado

sociedade irão, algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça.” DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**, ps. 103.

⁷⁴¹ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Agir Comunicativo e Razão destranscendentalizada**, p. 33

⁷⁴² HABERMAS, Jürgen. **Agir Comunicativo e Razão destranscendentalizada**, p. 37

⁷⁴³ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**, ps. 33 e ss.

⁷⁴⁴ TrFG, p. 252. Para os propósitos do presente trabalho será desconsiderada questão de se as teses contemporâneas do positivismo jurídico, realismo e Critical Legal Studies, e hermenêutica jurídica são realmente atingidas – e caso sejam em que dimensão – pela crítica de Habermas.

“esclarecimento do sentido deontológico” dos direitos fundamentais. Mais que isso, como foi destacado anteriormente, Dworkin fornece um modelo de interpretação construtiva, sobre o qual Habermas afirma:

O modelo de Dworkin tem precisamente este sentido: trata-se de um direito positivo, composto de regras e princípios, que assegura, através de uma jurisprudência discursiva, a integridade de condições de reconhecimento que garantem a cada parceiro do direito igual respeito e consideração.⁷⁴⁵

(iii) Por fim, é certo que este modelo é criticado por seu caráter “pretensioso”, pela “longa sombra de idealizações fortes”⁷⁴⁶ que dele se estende. No entanto a solução consiste, como é ressaltado a seguir, em “reconstruir discursivamente” o modelo, desenvolvendo as idéias reguladoras incorporadas em Hércules na forma de regras jurídicas que estabelecem condições equitativas de participação no processo judicial. Este é o principal objetivo de Klaus Günther ao construir o “princípio de adequação”, tese que Habermas explicitamente adota: empreender uma “procedimentalização” do modelo de Dworkin, reconstruir discursivamente as intuições que Dworkin haveria elaborado de modo solipsista.⁷⁴⁷ No entanto, a figura do juiz “Hércules” discursivamente reconstruída significa que a idéia subjacente é adotada, agora com melhores fundamentos e precisões necessárias: uma reconstrução é mais uma correção que um abandono. Afinal, para Günther, a importância de Dworkin consiste no fato de que ele explica a idéia de uma consideração imparcial de todas as características da situação.⁷⁴⁸

5.3.2 Dworkin versus Habermas: as razões de uma distinção.

É necessário agora destacar a distância que há entre os modelos de Habermas e Dworkin quanto à interpretação de normas jurídicas. Tal objetivo pode ser alcançado

⁷⁴⁵ TrFG, p. 260.

⁷⁴⁶ Cf. TrFG, p. 265.

⁷⁴⁷ “The principle of integrity can be understood as a principle for appropriateness argumentation. (...) Dworkin’s characterization of principles (...) places the application of laws, precedents, and legal doctrine under the requirement of exhausting all those aspects of a case which can be interpreted in the light of principles. The right to be treated as an equal with concern and respect appears here as the right to equal treatment – that is to say, treating like cases alike not with reference to an individual norm, but with reference to a coherent set of principles as rights. This kind of equal treatment systematically creates differences and conflicts. But the very structure of such conflicts – a structure leading to the consideration of differences – is the structure of appropriateness argumentation, as we attempted to describe it above.” GÜNTHER, Klaus. **The Sense of Appropriateness**, p. 284.

⁷⁴⁸ Cf. GÜNTHER, Klaus. **The Sense of Appropriateness**, p. 278.

ressaltando a defesa que Dworkin empreende do ativismo judicial e os argumentos que levam Habermas a rejeitar tal ativismo, argumentos que encontram-se ora explícitos – especialmente em FG – ora implícitos em textos anteriores mas fundamentais de sua obra, destacados nos capítulos anteriores deste trabalho.

Acima de tudo a “leitura moral” compromete Dworkin com a defesa de um aberto ativismo judicial, uma espécie de argumentos que Cass Sunstein denomina “perfeccionismo” judicial. Embora Dworkin não utilize a expressão “perfeccionismo” para identificar seu próprio ponto de vista, esta é utilizada por Cass Sunstein para classificá-lo:

Os perfeccionistas concordam com a afirmação de que a constituição é vinculante; ela é, afinal de contas, exatamente o que eles pretendem aperfeiçoar. Mas eles acreditam que a questão judicial recorrente é tornar o documento o melhor que ele poderia ser através da interpretação de suas normas abstratas de um modo que capta seus ideais sob a melhor luz possível.⁷⁴⁹

A idéia fundamental é bastante clara: a constituição de um estado democrático de direito incorpora princípios morais abstratos, tal como a cláusula da “equal protection of the laws” na constituição norte-americana, e que portanto tal constituição deve ser interpretada moralmente. Questões controversas envolvendo a interpretação e aplicação destes princípios morais devem ser solucionadas mediante a construção de diferentes teorias acerca da referida expressão constitucional, “each of which we can recognize as a principle of political morality that might have won their respect, and then by asking which of these it makes most sense to attribute to them, given everything else we know.”⁷⁵⁰ Tais construções teóricas assumem a forma de princípios de moralidade política e respondem à intuição básica de que vigora um estado tal que o público permanece submetido não apenas a leis positivadas, mas também a “princípios”.

Mas interpretações morais são sabidamente controversas, mesmo aquelas que envolvem princípios elementares como o da igualdade. Assim sendo, para Dworkin, é inevitável que juízes escolham alguma decisão dentre aquelas possíveis. Certamente mesmo Dworkin reconhece a existência de limites ao empreendimento judicial da leitura moral: em primeiro lugar a interpretação deve começar por aquilo que afirmou o constituinte, aquilo que ele “disse”, o que é diferente de outras intenções que porventura possuísse. Em segundo lugar, estão limitados pela “integridade”: os juízes não podem

⁷⁴⁹ SUNSTEIN, Cass. **Radicals in Robes: why extreme Right-wing courts are wrong for América**, New York: Basic Books, 2005, p. 32

⁷⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **Freedom’s Law: the moral reading of the American constitution**, p. 9

pretender “encontrar” nas cláusulas controversas apenas aquelas conclusões com as quais já concordam, pouco importando o quanto lhes pareça atraente enquanto teoria moral: “they must regard themselves as partners with others officials, past and future, who together elaborate a coherent constitutional morality, and they must take care to see that what they contribute its with the rest”.⁷⁵¹ Dworkin reconhece que este modelo é altamente sensível a “abusos” por parte de juízes que pretendem apenas impor alguma crença política ou interesse escuso, embora tal prática nada possua de revolucionária já que poderia ser encontrada no quotidiano da prática jurisprudencial norte-americana. Em todo caso, tal como explicitado por Dworkin, o modelo “is a strategy of lawyers and judges acting in good faith, which is all any interpretive strategy can be” “de boa-fé”⁷⁵²

A leitura moral pressupõe uma idéia de legitimidade e justiça apoiadas no resultado das decisões políticas ao invés do procedimento que as produziu

A justiça é uma questão de resultados: uma decisão política provoca injustiça, por mais equitativos que sejam os procedimentos que a produziram, quando nega às pessoas algum recurso, liberdade ou oportunidade que as melhores teorias sobre a justiça lhes dão o direito de ter.⁷⁵³

É exatamente por isso que é possível a Dworkin defender a tese de que a leitura moral, longe de ser um obstáculo, é uma condição para o bom funcionamento de um regime democrático constitucional. Uma boa concepção de democracia pode exigir que juízes e tribunais, compostos de funcionários não eleitos, possuam autoridade para tomar decisões definitivas sobre questões que envolvem princípios morais e direitos fundamentais.⁷⁵⁴ Neste sentido ele insiste que uma idéia razoável de democracia deveria levar em conta o fato de que o público em geral pouco ou nada difere as decisões produzidas pelo legislativo ou pelo judiciário: os cidadãos, que apenas esperam um resultado definitivo por parte da administração pública, não estabelecem uma escala de legitimidade por meio da qual poderiam comparar as decisões saídas de cada um dos poderes. Menos ainda, não estariam inclinados a sentir como “inaceitáveis” boas decisões (justas) produzidas pelo judiciário apenas porque não são produzidas pelo órgão correto.

De todo modo, tampouco existiria motivo suficiente para atribuir ao legislativo, e não ao judiciário, a última palavra sobre direitos e princípios de moralidade.

⁷⁵¹ Cf. DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the moral reading of the american constitution**, ps. 10 e ss. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, ps.

⁷⁵² DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the moral reading of the american constitution**, p. 11

⁷⁵³ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 218.

⁷⁵⁴ Para o que se segue cf. DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**, ps. 25 e ss.

Comparados os dois poderes dever-se-ia concluir que, em primeiro lugar, a habilidade para empreender raciocínios de coerência especulativa – necessários a uma teorização sobre direitos e princípios – é mais desenvolvida no judiciário que nos parlamentos; em segundo lugar, o domínio de informações necessárias para tratar de fatos controversos e imprevistos não é menos presente no judiciário que em parlamentos.

A relação que há entre a filosofia e o direito em Habermas é algo modesta, ainda que importante. Neste ponto é necessária uma remissão aos argumentos levantados nos capítulos anteriores, onde foi possível perceber que o estatuto da filosofia em Habermas é o de “guardadora de lugar” e “intérprete”⁷⁵⁵. Especificamente no tocante à sua filosofia do direito este projeto é desenvolvido na medida em que pretende esclarecer o sentido performativo das ordens jurídicas do Estado democrático de direito através da definição do “sistema de direitos”. Estes funcionam como construções filosóficas que reconstróem o sentido universalista que de algum modo já está presente na história institucional destas repúblicas, na qual é possível encontrar “fragmentos de uma razão existente”, e por isso Habermas pode afirmar que esta história pode ser interpretada hipoteticamente como uma “concretização” do sistema de direitos submetida a um contínuo processo de autocorreção, tentativa e erro, avanços e retrocessos. Neste sentido, a filosofia segue pretendendo “aclerar fundamentos racionais do conhecer, do agir e do falar”, agora dirigindo suas energias para a interpretação do vasto material institucional e bibliográfico representado pela história do desenvolvimento das ordens jurídicas contemporâneas. Por outro lado, a filosofia discursiva do direito também pretende funcionar como um “intérprete” capaz de mediar o sentido universalista inscrito nas ordens jurídicas modernas e o mundo vivido, e o faz esclarecendo um paradigma procedimental que realça as condições da gênese democrática do direito, a circulação de poder político comunicativo originário da sociedade civil, e o modo como pretensões de aceitabilidade e argumentos de princípio surgem no exercício da jurisdição. Mas se esta é a pretensão filosófica da teoria discursiva então seus resultados parecem dizer respeito mais a um esclarecimento sobre as condições deliberativas da gênese legítima do direito do que fornecer um conjunto de prescrições interpretativas similares às de Dworkin. Mais que isso, o caráter procedimental da teoria discursiva levam Habermas a rejeitar o status conferido por Dworkin aos “resultados” dos processos políticos. As regras do discurso fornecem os critérios fundamentais para

⁷⁵⁵ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**, ps. 17-35.

testar e corrigir a legitimidade de ordens normativas empíricas, e os requisitos procedimentais para a formação discursiva da vontade devem estar de algum modo presentes para que a legitimidade possa ser produzida a partir da legalidade. Sendo assim, a teoria do discurso fornece critérios mediante os quais podemos testar a qualidade inclusiva das deliberações públicas⁷⁵⁶ e por isso é incompatível com a rejeição de Dworkin do procedimento equitativo como critério de legitimidade.

O princípio moral em Habermas está situado no mesmo nível do princípio da democracia, e por isso os argumentos morais no exercício da jurisdição devem ter um sentido diverso do que possuem em Dworkin. No capítulo segundo foi possível perceber algumas conseqüências práticas desta distinção, e a mais importante delas é que se é aceita a formulação dos princípios da moral e do direito como (U) e (De) então há uma delimitação da espécie de argumentos à qual é possível recorrer na prática da jurisdição.

Como foi possível perceber no capítulo terceiro, a crítica que Habermas dirige à hermenêutica filosófica, ao denunciar o risco de idealização do mundo da vida, aponta para o fato de que na ação comunicativa assumimos o compromisso com determinados pressupostos os quais – ainda que sejam uma condição da ação – não podem ser considerados integralmente preenchidos. O risco de idealização no caso significa supor a plena realização fática das suposições de autonomia dos agentes que participam da comunicação, independência da cultura frente a imperativos e coações de ordem externa (ex. econômico, poder administrativo), e transparência da comunicação, no sentido que a linguagem utilizada é assumida como absolutamente transparente não contendo deformações capazes de deformar os resultados do diálogo. Se por um lado Habermas isenta Dworkin da crítica de “conservadorismo” dirigida à hermenêutica filosófica, não faz o mesmo quanto à crítica de idealização já que a crítica pelo risco de “solipsismo” e “sobrecarga” de tarefas.⁷⁵⁷ Estas críticas podem produzir reflexos importantes na delimitação das tarefas da argumentação jurídica. Interpretadas com coerência elas permitem perceber que o modelo de Hércules – com as elevadas demandas que levanta para os órgãos judiciais em termos de deliberação teórica e moral – apenas podem ser aceitas se incorremos numa espécie de idealização do “mundo da vida” dos juristas, especialmente daqueles envolvidos na tomada de decisões jurídicas vinculantes. O

⁷⁵⁶ Para tanto é indiferente saber se, como afirmam ARATO e COHEN, a teoria do discurso é essencialmente uma teoria da deliberação política democrática, mais que uma teoria moral ou epistêmica. Cf. COHEN, Jean. ARATO, Andrew. **Sociedad Civil y Teoría Política**. México: FCE, 2000, esp. 395 e ss.

⁷⁵⁷ TrFG, p.

modelo de Hércules pressupõe que os juízes possuem uma espécie de autonomia moral que os capacita à tomada de decisões independentes de todos e quaisquer imperativos sistêmicos, algo que – se deve valer como ideal a ser seguido – não serve como descrição de fato. Hércules idealiza também a cultura, os valores e as normas aceitas, capazes de se orientar a interpretação, como se não fossem eles firmemente vinculados aos mecanismos externos de formação de preferências típicos da economia e do poder administrativo. Por fim, idealiza a “linguagem” na qual são debatidos os temas, como se extensas discussões dogmáticas não fossem em muitos casos apenas uma densa superfície conceitual artificial com a qual se encobrem decisões de poder. De todo modo, se estas considerações não o levam a rejeitar o modelo da “interpretação construtiva do caso particular” de Dworkin⁷⁵⁸, ao aceitá-las Habermas vincula-se com um modelo de interpretação que é mais reticente quanto às capacidades discursivas do judiciário: é este o significado da crítica ao “solipsismo” e à “sobrecarga de tarefas” se compreendida em conjunto com a crítica à idealização do mundo da vida. E se o risco de idealização deve ser evitado compreendendo os aspectos “sistêmicos” também presentes na sociedade, isto significa conferir uma importância decisiva às capacidades institucionais do poder judiciário no momento em que é construído o modelo discursivo de interpretação e aplicação de princípios jurídicos. Com isso pode ser evitada a idealização do mundo da vida, neste caso em relação à competência de tribunais para exercer o uso ampliado de argumentos filosóficos. Neste ponto Habermas é influenciado pela crítica de Ingeborg Maus ao modelo de Hércules:

A razão pela qual a teoria – a despeito de suas melhores intenções – é capaz de encobrir moralmente um decisionismo judicial situa-se não só na extrema generalidade da ótica moral, em oposição às normas jurídicas, mas também na relação indeterminada entre a moral atribuída ao direito e as convicções morais empíricas de uma sociedade. Assumindo o pressuposto explícito de que nenhum grupo social possui mais do que os juízes a capacidade moral de argumentação, Dworkin está convencido de que se pode resolver o dilema fazendo do próprio entendimento do juiz acerca do que seja o conteúdo objetivo da moral social (“*community morality*”) o fato decisivo da interpretação jurídica. Deste modo, porém, a moral que deve dirigir a interpretação do juiz torna-se produto de sua interpretação. A inclusão da moral no direito, segundo este modelo, imuniza a atividade jurisprudencial perante a crítica à qual originariamente deveria estar sujeita. Ela dispõe sempre de um conceito de direito que é produto da extensão de suas ponderações morais. Quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito “superior”, dotado de atributos morais, ao simples direito

⁷⁵⁸ TrFG, p. 303.

dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social.⁷⁵⁹

Por fim, também as considerações de Habermas quanto à tese do caso especial fornecem conseqüências importantes para este ponto já que afirmar que a tese do caso especial é equivocada porque rompe a linha vermelha que separa jurisdição e legislação, implica aceitar argumentos institucionais em favor de uma jurisprudência mais contida que aquela definida por Dworkin.

No entanto, é necessário ressaltar que a ênfase de Dworkin nos resultados em detrimento do procedimento legislativo pode ser rejeitada ao mesmo tempo em que é endossada a proeminência dos tribunais sobre o processo político legislativo. Como já foi ressaltado anteriormente, Frank Michelman rejeita o modelo de Dworkin devido – entre outros motivos – a seu escasso caráter dialógico, e o faz em benefício de uma política “jurisgenerativa”⁷⁶⁰. Devido à ausência de diálogo, a “integridade” que deveria orientar a interpretação construtiva assemelha-se a “a vindication of the moral freedom of judges – displaced (...) onto the citizens.”⁷⁶¹ É importante compreender esta objeção de Michelman – e a solução por ele proposta – para compreender por que Habermas não rejeita em Hércules apenas a ausência de diálogo mas o ativismo judicial de modo mais amplo. Como já foi possível perceber, as qualidades dialógicas do conceito de política “jurisgenerativa” de Michelman não apenas fazem com que ele critique o solipsismo de Hércules mas também levam a ressaltar os aspectos procedimentais da política democrática, rejeitando a ênfase de Dworkin nos resultados da política em benefício de questões que envolvem “como” e “por quem” são feitas as leis. Se por um lado Michelman concorda com Dworkin que os direitos fundamentais que definem o procedimento democrático não podem ser submetidos eles próprios à legitimação

⁷⁵⁹ MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. *Novos Estudos CEBRAP*, n° 58, Novembro 2000 (183-202), pp. 186-7. Em sentido similar, cf. também DONOHUE, Brian. **Judicial Hegemony: Dworkin’s Freedom’s Law and the Spectrum of Constitutional Democracies**. *Ratio Juris*, vol. 15, n° 3, 2002 (267-282), para quem o modelo da “leitura moral” permite que o poder judiciário assuma o papel de autoridade última no regime democrático: “suppose a constitution makes no provision for a final authority and the judiciary declares itself to be the final authority for the moral reading. This declaration is reaffirmed in subsequent decisions. Suppose further that there are no competitors on the political landscape that make a countervailing claim. The esoteric nature of law has left the general populace in a state of ignorance and/or confusion as the court moves inexorably towards assuming its status as ultimate authority.” DONOHUE, Brian. **Judicial Hegemony: Dworkin’s Freedom’s Law and the Spectrum of Constitutional Democracies**, p. 273.

⁷⁶⁰ MICHELMAN, Frank.

⁷⁶¹ MICHELMAN, Frank. **The Supreme Court – Foreword. Traces of Self-Government**, p. 69

democrática,⁷⁶² por outro sustenta a objeção do republicanismo cívico contra a desconsideração do caráter dialógico e primordial da política. Dworkin é excessivamente otimista ao conferir o papel de “fórum do princípio” aos tribunais:

This claim is that an independent judiciary can, by rightly construing and effectuating constitutional law, secure fulfillment of certain rational preconditions for an individual's identifying his or her political agency with the lawmaking acts of his or her political community. By thus securing the possibility of everyone's self-government on the field of lawmaking, the practice of judicial review can, if well conducted, solve the Institutional Difficulty. Eureka! Astunning argument, but I do not see how it can succeed.⁷⁶³

Como foi possível perceber, a política jurisgenerativa sustenta – do mesmo modo que Habermas – que a soberania popular não se resume às ações levadas a cabo no interior de instituições Estatais formais como os parlamentos e executivo, ainda que estes sejam local indispensável e privilegiado desta formação. A sociedade civil atuante, as organizações não-governamentais, os espaços informais de deliberação, as ações coletivas não-profissionais, não apenas colaboram para a formação da soberania popular mas podem ser compreendidas como espaço de deliberação sem o qual a vontade formada no interior das instituições oficiais torna-se mera deformação. Da perspectiva da política jurisgenerativa a definição do papel dos tribunais deve levar em conta estas características deliberativas da “Política” com “P” maiúsculo, pois são exatamente estas condições que devem ser protegidas pelo tribunal constitucional. A ausência de diálogo no modelo de Hércules é criticada por Michelman por que uma de suas principais conseqüências é que devido a ela o tribunal assume o papel de legislador moral que substitui o público soberano cuja competência legislativa deveria ser protegida.⁷⁶⁴ Michelman está de acordo quanto ao fato de que o “povo soberano” não deve ser identificado com alguma instituição formal específica (seja ela o parlamento, o chefe do executivo ou o tribunal constitucional) já que especialmente em sociedades pluralistas o local de formação da vontade política não se manifesta num único espaço privilegiado. Porém, partindo da premissa segundo a qual os Parlamentos não são “a” manifestação do povo soberano e de que tal manifestação ocorre prioritariamente nos espaços

⁷⁶² “Exactly this impulse to exclude the laws of lawmaking from the domain of decision by democratic procedures is what we see exemplified in Dworkin's proposal that we judge the democratic credentials of a constitution by reference to its content and not by reference to its authorship. This impulse to exclude is irrepressible.” MICHELMAN, Frank. **Brennan and Democracy**. New Jersey: PUP, 1999, p.25. Cf. MICHELMAN, Frank. **Human Rights and the Limits of Constitutional Theory**. *Ratio Juris*, vol. 13, nº 1, 2000 (63-76); **Constitutional Legitimation of Political Acts**. *The Modern Law Review*, vol. 66, nº 1, 2003 (1-15).

⁷⁶³ MICHELMAN, Frank. **Brenann and Democracy**, p. 31.

⁷⁶⁴ Cf. MICHELMAN, Frank. **The Supreme Court – Foreward**. **Traces of Self-Government**, p.

discursivos informais de uma sociedade civil potencialmente inclusiva, Michelman alcança a conclusão de que os tribunais constitucionais, quando invalidam atos do legislador político, não estão necessariamente agredindo a manifestação da soberania popular. Isto ocorre especialmente nos casos em que as maiorias parlamentares decidem com base nos seus interesses privados, contrariando aquilo que seria uma sólida consideração política civicamente motivada. As características dialógicas da política “jurisgenerativa” servem de critério para avaliar os resultados da política ordinária e testar o espírito público capaz de legitimar tais decisões. Se bem que aos tribunais não deva ser atribuídas as competências de uma “judicial constitutional convention”, ainda assim “actual democracy is not all there is to political freedom”⁷⁶⁵. Isso é motivo suficiente para sustentar um ativismo judicial republicaneamente ilustrado, que interpreta as decisões políticas do passado buscando vasculhar os traços de uma política “jurisgenerativa” capazes de legitimá-las:

The Court helps protect the republican state – that is, the citizens politically engaged – from lapsing into a politics of self-denial. It challenges “the people’s” self-enclosing tendency to assume their own moral completion as they now are and thus to deny to themselves the plurality on which their capacity for transformative self-renewal depends.⁷⁶⁶

Segundo Michelman isto requer do tribunal constitucional uma postura “originária” por oposição a uma meramente “secundária”. Esta última é definida como “an activity of regulating politics by supervisory application of an antecedently given doctrine of right”⁷⁶⁷, sendo que em Habermas o critério de “rightness means the regulative doctrine’s conformity to rationally reconstructible preconditions for politics conceived as a mutualistic communicative activity oriented to understanding and agreement”⁷⁶⁸. Por seu turno, “originária” é a forma de jurisdição que reivindica para o tribunal um status de “somehow participant in the constituent power, as a diviners and

⁷⁶⁵ Judges are perhaps better situated to conduct a sympathetic inquiry into how, if at all, the readings of history upon which those voices base their complaint can count as interpretations of that history – interpretations which, however re-collective or even transformative, remain true to that history’s informing commitment to the pursuit of political freedom through jurisgenerative politics. Still, a judicial constitutional convention is not equivalent – indeed, it is contrary – to actual democracy. That difficulty, too, must yield (if at all) to a pragmatic consideration: actual democracy is not all there is to political freedom (...) MICHELMAN, Frank. **Law’s Republic**, p. 1537.

⁷⁶⁶ MICHELMAN, Frank. **Law’s Republic**, p. 1532.

⁷⁶⁷ MICHELMAN, Frank. “Family Quarrel”, in ROSENFELD, Michel. ARATO, Andrew. **Habermas on Law and Democracy**, (309-321), pp. 310.

⁷⁶⁸ MICHELMAN, Frank. “Family Quarrel”, in ROSENFELD, Michel. ARATO, Andrew. **Habermas on Law and Democracy**, (309-321), pp. 311.

enacters of the regulative doctrine rather than as just its appliers or intérpreters.”⁷⁶⁹ Ora, também contra este modelo originário de jurisprudência poder-se-ia objetar a persistência da discordância entre teorias sobre direitos, justiça, política, a qual “é a característica mais proeminente não apenas da política moderna, mas das próprias interações dos filósofos políticos com colegas quando estão debatendo as questões de direitos e justiça, sobre as quais se supõe que sejamos todos especialistas.”⁷⁷⁰

Vimos que Habermas levanta contra o republicanismo de Michelman a objeção de que permaneceria dependente da “força legitimadora da convergência preliminar de convicções éticas consuetudinárias”⁷⁷¹. Foi possível perceber que tal crítica possivelmente resulte do tipo de “estilização” a que Habermas submete algumas teses no intuito de demonstrar seus próprios argumentos, e que, se isto pode ser criticado por não fazer justiça aos argumentos aos quais se opõe, ao menos não invalida necessariamente as intuições que o próprio Habermas pretende desenvolver. Agora cabe apenas perceber a crítica de Habermas à jurisprudência “originalista” de Michelman:

A descrição excepcionalista da prática política ideal sugere a necessidade de um lugar-tenente pedagógico; e esse regente só é necessário durante o tempo em que o soberano se desvia para o privado, ao invés de assumir e preencher adequadamente o lugar que lhe compete na esfera pública política. A tradição republicana sugere um tal excepcionalismo, uma vez que liga a prática política dos civis ao *ethos* de uma comunidade naturalmente integrada.⁷⁷²

São duas portanto as críticas de Habermas. Em primeiro lugar a suposta dependência do contexto ético, similar ao “comunitarismo”⁷⁷³: como foi destacado, esta não é uma crítica que faz justiça à modulação dialógica do republicanismo de Michelman. Mas em segundo lugar, há também a crítica à concepção republicana de política, segundo a qual esta incorreria em certo “idealismo” das virtudes cívicas da política, o que enfraquece seu “nexo com a realidade empírica”. Certamente há uma ligação estreita entre ambas as críticas, o que não impede sejam elas analisadas separadamente. Habermas apresenta esta segunda objeção nos seguintes termos:

Michelman eleva a forma de política simbólica, tal como se manifestou nas festividades do bicentenário da declaração da independência, ao nível de modelo da política em geral e aceita o desnível que existe entre esses atos

⁷⁶⁹ MICHELMAN, Frank. “Family Quarrel”, in ROSENFELD, Michel. ARATO, Andrew. **Habermas on Law and Democracy**, (309-321), pp. 311.

⁷⁷⁰ WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**, p. 188. “An embarrassment of riches confronts anyone interested in Constitutional law; there has been a veritable cascade of writing on constitutional issues – scholarship that one cannot afford to ignore, but that is too abundant fully to assimilate.” TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. 3^a ed. Vol. 1. New York: Foudations Press, 2000, p. 2.

⁷⁷¹ TrFG, p. 345.

⁷⁷² TrFG, p. 345

⁷⁷³ Em determinada altura Habermas refere-se a Michelman como um “comunitarista”, assim denominado entre aspas. TrFG, p. 346.

cerimoniais, que são de importância vital para a integração política de uma nação de cidadãos, e os negócios políticos do dia-a-dia. A tensão entre facticidade e validade, que deveria ser estabilizada no interior do próprio médium do direito, irrompe agora entre o ideal de uma república ética e a vil realidade constitucional. E, neste caso, somente a forma de uma argumentação ético-política pode formar a ponte estreita entre a política originária e a “decaída”.⁷⁷⁴

Para Habermas tais idealizações descuram o fato de que a política que produz direito legítimo leva em conta também imperativos morais e compromissos estratégicos de interesses, estes ocupando “o espaço mais amplo” no normal funcionamento dos processos políticos.⁷⁷⁵ Os riscos é o de idealizar as características comunicativas da política e dos tribunais, idealização do mundo da vida – em suma – o que gera os já mencionados problemas de juridificação. Por mais que Michelman ofereça razões distintas das que são fornecidas por Dworkin para sustentar o ativismo judicial, ambos alcançam uma posição semelhante, de modo que também aqui podem valer os argumentos quanto à juridificação. Michelman reage a esta crítica afirmando que os riscos apontados por Habermas (juridificação), embora reais, atingem igualmente todo modelo de jurisdição constitucional, mesmo os modelos “secundários”:

it is unclear how the risk of these bad tendencies might be in any way unique to republicanism. Habermas seems to indicate that it is, though, when he traces their occurrence in republicanism to republican thought's alleged overcommitment to substantial-ethical community. It is this diagnosis that I question.⁷⁷⁶ (grifamos)

Aqui no entanto há um detalhe importante. Michelman parece sustentar que a crítica de juridificação não se aplica em parte por que não é correto atribuir ao seu modelo de republicanism a dependência face a contextos éticos como acusa Habermas. Ora, supondo esta última acusação não seja correta e que Michelman não sofre de algo como uma “deficiência comunitarista” (e existem razões que justificariam uma desconfiança quanto à pertinência desta acusação de Habermas) a questão que surge é se isto invalida a outra e mais importante crítica de Habermas, a de que há na “política jurisgenerativa” uma elevada carga de idealização. Este é o ponto fundamental, e para tanto é necessário distinguir as duas questões: (i) o republicanism de Michelman depende de um “consenso ético substancial de fundo”? e (ii) o tribunal “lugar-tenente das virtudes cívicas” é suportado por uma elevada idealização das competências desta instituição específica, o tribunal? Quando Michelman responde a (i), seja caracterizando

⁷⁷⁴ TrFG, p. 349.

⁷⁷⁵ TrFG, p. 351

⁷⁷⁶ MICHELMAN, Frank. “Family Quarrel”, in ROSENFELD, Michel. ARATO, Andrew. **Habermas on Law and Democracy**, (309-321), p. 312.

seu republicanismo como uma “eticidade comunicativa”⁷⁷⁷, seja sustentando que alguma dependência contextual é necessária na interpretação e aplicação de normas controversas⁷⁷⁸ até para que seja persuasiva⁷⁷⁹, o que ele consegue é responder à objeção (i). Em suma, a demonstração de que a jurisprudência “original” apoiada no republicanismo cívico não é afetada pela dependência de tradições éticas substanciais não é uma defesa suficiente desta espécie de modelo interpretativo. Ainda que suficientemente discursiva a jurisprudência original poderia ser atingida pela objeção de “idealização” do pontencial discursivo de tribunais, de sua capacidade para empreender um discurso certificador das condições da gênese legítima do direito, da política “jurisgenerativa”.⁷⁸⁰

Como preservar as características discursivas da política jurisgenerativa e o modelo da interpretação construtiva de Dworkin respeitando a tese da relação entre sistema e mundo vivido? A ênfase de Habermas nos aspectos procedimentais da gênese do direito legítimo deve ser o fio condutor da resposta, e neste sentido a concepção procedimentalista de John Hart Ely merece especial atenção.⁷⁸¹ Ela é virtuosa porque “procura aliviar a jurisprudência da orientação por princípios jurídicos de proveniência moral ou ética em geral” conferindo status elevado às questões “de organização e procedimento”⁷⁸² da vida pública. De fato o objetivo fulcral de Ely é sustentar a tese de que “the nature of the United States Constitution”⁷⁸³ não está comprometida com opções morais, ético-valorativas, políticas fortes, mas ao contrário com o estabelecimento de procedimentos políticos no interior dos quais tais opções poderão ser efetuadas. Não se trata portanto de uma constituição “substancial”, no sentido de que deliberadamente opta por conteúdos políticos específicos:

I don't suppose it will surprise anyone to learn that the body of the original Constitution is devoted almost entirely to structure, explaining who among the various actors – federal government, state government; Congress, executive, judiciary – has authority to do what, and going on to fill in a good bit of detail

⁷⁷⁷ MICHELMAN, Frank. “Family Quarrel”, in ROSENFELD, Michel. ARATO, Andrew. **Habermas on Law and Democracy**, (309-321), p. 319.

⁷⁷⁸ MICHELMAN, Frank. “The Problem of Constitutional Interpretive Disagreement: can “discourses of application” help?. In ABOULAFIA, Mitchell; BOOKMAN, Myra; KEMP, Catherine (orgs) **Habermas and Pragmatism**, pp. 113-138.

⁷⁷⁹ MICHELMAN, Frank. “Family Quarrel”, in ROSENFELD, Michel. ARATO, Andrew. **Habermas on Law and Democracy**, (309-321), p. 322.

⁷⁸⁰ Cf. SUNSTEIN, Cass. VERMEULE, Adrian. **Interpretations and Institutions**,

⁷⁸¹ Abordagens similares neste sentido, recomendando especial atenção ao modo distinto como tribunais e parlamentos devem interpretar a Constituição em virtude de suas diversas características institucionais, podem ser encontradas também em THAYER, James B. **The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law**. Harvard Law Review, vol. 8, nº 3, pp. 129-156

⁷⁸² TrFG, p. 326

⁷⁸³ ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**. Cambridge: HUP, 1980, pp. 88 e ss.

about how these persons are to be selected and to conduct their business. Even provisions that at first glance might seem primarily designed to assure or preclude certain substantive results seem on reflection to be principally concerned with process.⁷⁸⁴

Esta tese tem sofrido críticas: “the Constitution specifies many substantive values. It is not limited to the identification of fair procedures.”⁷⁸⁵ Seguramente este modelo não poderia ser compreendido como uma afirmação acerca da natureza de toda e qualquer Constituição em estados democráticos de direito, uma espécie de constatação “transcendental” sobre sua natureza formal-procedimental. Ora, esta questão envolve um componente abertamente contingente: sendo as constituições instrumentos jurídicos e não normas abstratas de moralidade é um fato a existência de constituições que suportam conteúdos ao extremo específicos, sendo exemplo a CR/88. No entanto a existência de Constituições que não são puramente procedimentais não é um obstáculo à pertinência das teses de Ely. A própria Constituição norte-americana, reconhece Ely, contém aspectos que podem ser considerados em alguma medida “substanciais”:

This needn't throw us into a tailspin: my claim is only that the original Constitution was principally, indeed I would say overwhelmingly, dedicated to concerns of process and structure and not to the identification and preservation of specific substantive values. Any claim that it was exclusively so conceived would be ridiculous (as would any comparable claim about any comparably complicated human undertaking). And indeed there are other provisions in the original document that seem almost entirely value-oriented, though my point, of course, is that they are few and far between.⁷⁸⁶ (grifamos)

O objetivo de Ely é oferecer uma solução ao dilema que não é específico da teoria constitucional, a saber, se questões juridicamente controversas devem ser solucionadas com amparo (i) numa postura mais limitada, apoiada no sentido literal dos dispositivos normativos, em poucos princípios “implícitos”, em precedentes, ou (ii) no ativismo judicial que se pretende capaz de especificar os valores abstratos presentes na constituição que afirma “a função do juiz é conferir significado concreto e aplicação aos valores constitucionais.”⁷⁸⁷ Se o interpretativismo é difícil de ser sustentado, ao menos em muitos casos, por suas deficiências teóricas e práticas, o ativismo judicial apresenta um conflito potencialmente claro com a idéia de governo democrático. O ponto de partida para solucionar este dilema é compreender que há um equívoco no modo como a

⁷⁸⁴ ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**, p. 90.

⁷⁸⁵ SUNSTEIN, Cass. **The Partial Constitution**. Cambridge: HUP, 1997, p. 104.

⁷⁸⁶ ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**, p. 92.

⁷⁸⁷ FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 36

questão é colocada: “no answer is what the wrong question begets.”⁷⁸⁸ Isso porque o impasse resulta da tentativa de resolver o problema da natureza da interpretação constitucional sem levar em conta a questão correta acerca da natureza da democracia que é protegida pela constituição. Assim o controle de constitucionalidade deve estar atento à qualidade democrática da produção de normas, limitando sua intervenção diante dos casos de deficiências no funcionamento do processo democrático, o que ocorre nas hipóteses seguintes:

(1) the ins are chocking off the channels of political change to ensure that they will stay out, or (2) though no one is actually denied a voice or a vote, representatives beholden to an effective majority are systematically disadvantaging some minority out of simple hostility or a prejudiced refusal to recognize commonalities of interest, and thereby denying that minority the protection afforded other groups by a representative system.⁷⁸⁹

Ely pretende assim estar reformulando, de modo teoricamente cuidadoso, a “most famous footnote in all of constitutional law”⁷⁹⁰: a nota de rodapé nº 4 na decisão proferida pela Suprema Corte norte-americana no caso *United States versus Carolene Products Co.*, em 1938.⁷⁹¹ Mas se é verdade que “nenhuma resposta é boa quando a pergunta é errada”, também é certo que a formulação de perguntas corretas é compatível com respostas erradas. Ely pretende resolver mediante processos políticos disputas que no âmbito exclusivamente teórico permaneceriam sem solução. Ou seja, sua tese não é de que uma Constituição em geral e norte-americana em particular, deva ser puramente procedimental, mas sim que é necessário um modelo procedimental de interpretação da constituição para solucionar disputas sobre valores substanciais presentes na constituição. Neste ponto é possível compreender o sentido de uma crítica recorrente a Ely: para definir este tipo de interpretação procedimental seria necessário o apoio de

⁷⁸⁸ BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch**, citado por ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**, p. 72.

⁷⁸⁹ ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**, p. 103

⁷⁹⁰ SUNSTEIN, Cass. **One Case at Time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: HUP, 2001, p. 7

⁷⁹¹ Cf. ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**, p. 75-76. O texto da referida nota dispõe: “There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth (...) It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation (...) Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious (...) or national (...) or racial minorities (...); whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry.” 304 U.S. 144, 152-153, nota nº 4 (1938) *apud* ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**, p. 75-76.

alguma visão política substancial: afinal, porque levar em conta o procedimento e não outra coisa qualquer? Afinal, “the general idea of representative democracy requires a defense in terms of substance. That idea is not merely procedural. Even its procedural features – rights to a hearing, rights to political participation – depend on substantive beliefs.”⁷⁹² Segundo estes críticos, enfatizar o procedimento é também uma opção substancial.⁷⁹³ A teoria de Ely depende de questões de substância de moralidade política. Juízes só podem deixar de decidir com tais argumentos se aceitam as decisões substanciais já existentes na própria teoria.⁷⁹⁴

Habermas encontra no procedimentalismo de Ely uma ênfase na fiscalização das condições da gênese deliberativa do direito que preserva o tribunal do uso de princípios morais e éticos de origem legislativa, imprimindo “um rumo procedimental inesperado à desconfiança liberal em relação a minorias tirânicas” e reclamando “uma participação com igualdade de chances para as minorias tecnicamente representadas, porém, de fato, excluídas ou impedidas.”⁷⁹⁵ Porém, embora correto quando rejeita o paternalismo de tribunais, Ely se equivoca ao não reconhecer a necessidade de uma referência construtiva a princípios jurídicos capazes de suportar este modelo procedimental:

O ceticismo de Ely discorda, não somente de uma jurisprudência de valores, como também de uma interpretação dirigida por princípios, no sentido da interpretação construtiva de Dworkin. Ora, tal atitude não é consequente, na medida em que Ely tem que pressupor a validade de princípios e recomendar ao tribunal uma orientação por princípios procedimentais dotados de conteúdo normativo. O próprio conceito do procedimento democrático apóia-se num princípio de justiça, no sentido do igual respeito por todos.⁷⁹⁶

É importante perceber corretamente o sentido desta crítica pois nela reside o ponto de ligação entre os argumentos procedentes das teorias da argumentação jurídica, desenvolvidos no capítulo 5 de FG, e os argumentos institucionais sobre a competência de tribunais, desenvolvidos no capítulo 6 da mesma obra. O equívoco é não reconhecer a necessidade de uma argumentação jurídica capaz de fazer referência a princípios “no sentido de Dworkin”. Mas isso não significa endossar em sua totalidade a crítica que Dworkin dirige a Ely: não é um detalhe meramente conceitual que não haja em

⁷⁹² SUNSTEIN, Cass. **The Partial Constitution**, p. 104.

⁷⁹³ “Ely’s theory is not only incapable of upholding the sharp separations on which it depends; it is also inadequate as a description of modern constitutional jurisprudence.” FALLON Jr, Richard H. **A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation**, in Harvard Law Review, vol. 100, nº 6, 1987, pp. 1189-1286, p. 1222. Cf. TRIBE, Laurence H. **The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories**. Yale Law Journal, vol. 89, 1980, 1063.

⁷⁹⁴ Cf. DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**, ps. 92-96.

⁷⁹⁵ Cf. TrFG I, pp. 327 e ss.

⁷⁹⁶ TrFG I, p. 328.

Habermas uma demanda pelo reconhecimento de “valores substantivos” pelo tribunal, a aceitação de uma teoria da moralidade ampla e profunda, nem mesmo no estilo de Hércules. Trata-se, para Habermas, de desenvolver esta intuição procedimental que há em Ely, efetuando uma correção de rumos para ressaltar corretamente os pressupostos deliberativos do processo político, o que como veremos adiante importa em conseqüências relevantes:

Se agudizarmos “republicanamente” nossa sensibilidade, em relação aos componentes deliberativos do processo de legislação envolvidos na questão da legitimidade da jurisprudência constitucional, poderemos formular de modo mais específico a proposta procedimentalista de Ely.⁷⁹⁷

É devido a esta pretensão que Michelman interpreta este projeto de Habermas como uma segunda “guinada procedimental” na teoria constitucional, a qual pretenderia corrigir aspectos problemáticos da “primeira guinada”, reconhecendo a necessidade de (e fornecendo) uma teoria capaz de suportar a pretensão de uma democracia procedimental.⁷⁹⁸ Pouco importa saber até que ponto é correta esta classificação, pois ao menos permite perceber a distancia que há entre a crítica que Habermas e os outros autores citados dirigem a Ely: para aquele é necessário definir o procedimento de modo deliberativo (discursivo) ao passo que para estes é necessário incorporar valores substanciais nas teorias da jurisdição.

Quando ressaltadas as diferenças entre estas duas formas de procedimento é possível perceber que Habermas deve rejeitar em Ely seu vínculo com a “teoria pluralista da democracia”, o que leva a rejeitar também aplicações concretas sustentadas por Ely.⁷⁹⁹ Não se trata de mera mudança de fundamentos abstratos para uma teoria que continuaria a funcionar do mesmo modo, pois a rejeição da teoria pluralista, adotada por Ely, implica conseqüências práticas importantes. O processo político de legislação é descrito em termos de um “mercado político” no qual atores privados, movidos pelo auto-interesse e atuando estrategicamente, competem entre si pela capacidade de influenciar os parlamentos e administração pública (inputs) a fim de obter alguns resultados desejados ou ao menos negociados em termos vantajosos (outputs). Deste modo, o tribunal que adota uma orientação do tipo “representation-reinforcing” deve policiar as decisões majoritárias de modo a assegurar, entre outras coisas, que os nos

⁷⁹⁷ TrFG I, p. 340.

⁷⁹⁸ MICHELMAN, Frank. **Human Rights and the Limits of Constitutional Theory**, in *Ratio Juris*, vol. 13, nº 1, (2000), pp. 63-76, p. 64.

⁷⁹⁹ “modelo de Habermas claramente não é procedimental no sentido de Ely.” BAYNES, Kenneth. *Deliberative Democracy and the Limits of Liberalism*, p. 16

processos decisórios seja efetivada de modo amplo os interesses dos cidadãos representados⁸⁰⁰. As tarefas do Tribunal Constitucional são equiparadas às tarefas de órgãos administrativos responsáveis pela concorrência econômica tal como, no Brasil, o CADE:

The approach to constitutional adjudication recommended here is akin to what might be called an “antitrust” as opposed to a “regulatory” orientation to economic affairs – rather than dictate substantive results it intervenes only when the “market”, in our case the political market, is systemically malfunctioning (a referee analogy is also not far off: the referee is to intervene only when one team is gaining unfair advantage, not because the “wrong” team has scored)⁸⁰¹

Já foi ressaltado nesse trabalho o quanto tal descrição do processo político é incompatível com a teoria discursiva do direito.⁸⁰² De todo modo, a descrição do processo político enfatizando seus aspectos deliberativos, tal como faz Habermas, é capaz de produzir consequências importantes: “a careful judicial role is appropriate not when there is exclusion from competition, but instead when deliberation is impaired.”⁸⁰³ Um exemplo pode ser encontrado no debate sobre a constitucionalidade das leis que criminalizam práticas homossexuais consensuais entre adultos. A teoria do processo de Ely admite que são inconstitucionais as leis que discriminam as pessoas, estabelecendo desvantagens, exclusivamente com base em critérios raciais ou sexuais: negar a pessoas de determinada categoria o acesso a determinados benefícios exclusivamente em função do grupo étnico ou sexual a que pertencem fere as condições de igualdade na participação no “mercado político”. Porém Ely admite que possam ser estabelecidas proibições à sodomia:

(...) laws denying homosexuals certain benefits, most likely occupational opportunities, must be defended in terms of a virtually perfect fit with a legitimate and substantial goal. This will seldom, if ever, be possible. A law making a crime of a defined homosexual act – assuming away vagueness problems, which in fact most such laws suffer from – presents a difficult question. (...) Neither is there anything unconstitutional about outlawing an act due to a bona fide feeling that it is immoral: most criminal statutes are that at least in part (attempting to preclude the entire population from acting in ways that are perceived as immoral is not assimilable to comparatively disadvantaging a given group out of simple hostility to its members. [...] In raising my children not to act in ways I think are immoral, even punishing them when they do, I may incur the condemnation of some, but the sin is paternalism or some such, hardly that of leaving my children’s interests out of account or valuing them negatively).⁸⁰⁴

⁸⁰⁰ ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**, p. 101

⁸⁰¹ ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**, p. 103.

⁸⁰² Para uma defesa, por Ely, de sua concepção de democracia apoiada em argumentos utilitaristas cf. ELY, John Hart. **On Constitutional Ground**. Princeton: PUP, 1996, pp. 11 e ss.

⁸⁰³ SUNSTEIN, Cass. **The Partial Constitution**. Cambridge: HUP, 1993, p.144.

⁸⁰⁴ ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**, pp. 255-256, nota 92.

Certamente Ely insiste que tais leis não podem estar motivadas pelo desejo de impor a determinado grupo em desvantagem algum tipo de discriminação, bastando para isso recorrer a argumentos de moralidade pública. Ainda assim esta tese pode ser corretamente criticada por Dworkin por não levar em conta uma importante questão de princípio⁸⁰⁵. Afinal, se as leis que discriminam em virtude da pertença a um grupo racial ofendem a igualdade dos participantes no processo, porque o mesmo não ocorre com as leis que criminalizam atos de moralidade sexual privada? Em primeiro lugar parece ser falsa a suposição de fato que suporta o raciocínio de Ely, segundo a qual a legislação contra os homossexuais é motivada por algo similar ao “paternalismo” da preocupação com seus interesses. Mas ainda que fosse o caso, muitos daqueles que discriminam as pessoas em virtude de critérios raciais rígidos o fazem apoiados em considerações quanto aos benefícios públicos que resultariam da institucionalização da segregação. Ironicamente, Dworkin reconhece apenas que Ely tem razão quanto ao fato de que um processo utilitarista considera igualmente dos homossexuais, mesmo quando tais leis terminam por ser aprovadas. De todo modo:

Devemos perguntar por que um processo que considera o preconceito racial como fundamento para uma lei nega a igualdade de representação e, depois, perguntar se a nossa explicação tem a consequência adicional de também negar um papel às convicções populares a respeito da moral sexual privada. (...) A legislação baseada no preconceito racial é inconstitucional não porque qualquer distinção que use a raça seja imoral, mas porque qualquer legislação que possa ser justificada apenas pelo recurso às preferências da maioria sobre quais de seus concidadãos são dignos de interesse e respeito, ou que tipos de vida seus companheiros devem levar, nega a igualdade. Se eu estiver certo, então as restrições à liberdade que só podem ser justificadas pela alegação de que a maioria julga repugnante a homossexualidade, ou desaprova a cultura que ela gera, são ofensivas à igualdade e, portanto, incompatíveis com uma teoria da representatividade baseada na igualdade de consideração e respeito.⁸⁰⁶

Questões como estas permitem compreender a exigência de Habermas quanto à “agudização republicana” de uma teoria do processo: “discrimination on the basis of sexual orientation is generally unconstitutional in a deliberative democracy, in part because it can rarely be defended in deliberative terms.”⁸⁰⁷ Permitem também perceber que espécie de argumentos de Dworkin, quanto aos direitos e princípios, deveriam ser preservados por Habermas. No entanto a rejeição de Dworkin do argumento Madisoniano, de defesa da liberdade de expressão como promotora da deliberação pública, como de “barganha”. Sua posição neste caso concreto permite perceber que ele

⁸⁰⁵ Para o que se segue cf. DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**, p. 98.

⁸⁰⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**, p. 99.

⁸⁰⁷ SUNSTEIN, Cass. **Designing Democracy: what Constitutions Do**. Oxford: OUP, 2001, p.185

exclui a possibilidade de uma defesa da jurisdição constitucional “agudizada republicaneamente”, a qual interpreta como questões de princípio a qualidade das condições do debate público como um dado que conta para a intervenção do tribunal.

A questão central é compatibilizar o modelo construtivo de interpretação com base em princípios, reconstruído a partir de Dworkin, com o procedimento agudizado republicaneamente. É importante ter em vista que o modelo de Ely desperta a atenção pelo modo como pretende resolver a controvérsia entre os adeptos de uma postura interpretativa bastante limitada ao significado literal de expressões jurídicas e de alta deferência a atos do legislativo e executivo, e um ativismo judicial segundo o qual os tribunais devem poder “conferir significado aos valores públicos”⁸⁰⁸ expressos em normas abstratas na constituição, o que Ely denomina “interpretativismo” e “não interpretativismo”⁸⁰⁹. Aquilo que precisa ser preservado é a intuição de que as controvérsias teóricas acerca de modelos de interpretação permanecerão insanáveis caso não seja inserido um aspecto institucional na discussão. Este aspecto institucional trata de responder à questão sobre qual o papel os tribunais devem possuir de modo a permitir o bom funcionamento do sistema de direitos. Seguramente a idéia de que a compreensão correta do papel institucional específico dos tribunais produz reflexos na espécie de argumentos que eles podem utilizar no controle de atos do legislativo não foi “descoberta” por Ely. Na verdade poderíamos encontrar seus “germes” na conhecida afirmação de Hamilton em “O Federalista” nº 78, segundo a qual “the courts were designed to be an intermediate body between the people and the legislature in order, among other things, to keep the latter within the limits assigned to their authority”⁸¹⁰:

Habermas identifica nos “princípios interpretativos” desenvolvidos por Cass Sunstein, um ponto de partida para resolver este problema.⁸¹¹ Compreender seu conteúdo e o modo como são justificados pode permitir perceber como o modelo construtivo de interpretação que recorre a princípios (e que em última instância poderia ser justificado pelo princípio da democracia e pelo sistema de direitos) é conjugado com teses procedimentais acerca da competência institucional de tribunais. São os seguintes princípios:

Where there is ambiguity, courts should construe regulatory statutes so that (1) politically unaccountable actors are prohibited from deciding important issues;

⁸⁰⁸ FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil**, p. 26.

⁸⁰⁹ Cf. ELY, Joh H. **Democracy and Distrust**.

⁸¹⁰ MADISON, James. HAMILTON, Alexander. JAY, John. **The Federalist Papers**. New York: Penguin, 1987 (1ª ed. 1788), p. 439.

⁸¹¹ TrFG I, p. 313

(2) collective action problems do not subvert programs; (3) various regulatory statutes are, to the extent possible, coordinated into a coherent whole; (4) obsolete statutes are kept consistent with changing developments of law, policy, and fact; (5) procedural qualifications of substantive rights are kept narrow; (6) the complex systemic effects of regulation are taken into account; and, most generally, (7) irrationality and injustice, measured against the universe of regulatory statutes, though their application will vary with the statutory function.⁸¹²

Para Sunstein o objetivo da construção dos princípios para interpretação judicial é “to promote the purposes of constitutional democracy while taking account of the changes introduced by the rise of the regulatory state.”⁸¹³ A interpretação construtiva é guiada pelo objetivo de promover a democracia deliberativa, e portanto pode ser justificada com recurso ao princípio da democracia:

The ultimate consequence of judicial adoption of interpretive norms of this sort would be to shift the burden of legislative inertia – giving justice and rationality the benefit of the doubt – and at the same time to offer legislators and others a clear rather than murky background against which to do their work.⁸¹⁴

A virtude de Ely é ressaltar que argumentos quanto ao procedimento democrático devem interferir no debate entre teorias da interpretação jurídica, porem a noção de democracia com a qual ele próprio apoiava sua idéia sofria de deficiências graves: trata-se portanto de estar “com Ely, contra Ely”.⁸¹⁵ De um lado é necessário operar a mudança do fundamento do procedimento democrático, passando do recurso ao auto-interesse para a democracia deliberativa (como foi possível perceber no capítulo 2). De outro lado a prática de construção e funcionamento de princípios interpretativos não pode reproduzir os problemas identificados no modelo do juiz Hércules.

Any approach to interpretation must be defended on the ground that it will produce the best system of law, all things considered. (...) in so saying I endorse the view (associated with such diverse figures as Benjamin Cardozo, Ronald Dworkin, and Richard Posner) that any approach to interpretation requires a justification of some kind. That justification must be independent of any texts that are being interpreted. Any understanding of the “meaning” of texts depends on judgments and commitments that are independent of the texts themselves. This claim leaves many crucial questions open. It does not tell us how rule-bound interpretation ought to be. (...) My basic claim does not require acceptance of Dworkin’s conception of law as integrity (...). The idea of “producing the best system of law, all things considered” is agnostic on the choice between what Dworkin calls integrity and the more forward-looking, policy-oriented approach to interpretation that he labels pragmatism.⁸¹⁶

⁸¹² SUNSTEIN, Cass. **After the Rights Revolution**, pp. 170-171.

⁸¹³ SUNSTEIN, Cass. **After Rights Revolution: reconceiving the regulatory state**. Cambridge: CUP, 1990, p. 187.

⁸¹⁴ SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**, p. 192.

⁸¹⁵ Para utilizar a expressão usada por Habermas, em sua crítica a Heidegger, e por Apel, em sua crítica a Habermas.

⁸¹⁶ SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**, p. 170.

A crítica a Dworkin insiste no ponto comum a Habermas e Maus: o risco que resulta da atribuição ao judiciário de amplas competências morais, para justificar decisões e realizar opções sobre temas política, ética e moralmente controversos.⁸¹⁷ Embora a interpretação dos casos difíceis comporte o recurso à construção de princípios interpretativos, duas outras observações complementares delineiam este procedimento: (i) o recurso a princípios de moralidade política dos próprios juízes e membros de tribunais, o que é visto como algo recusável por motivos em parte pragmáticos e em parte de legitimidade; e (ii) a legitimidade de que depende o argumento (i) é formulada em termos de promoção da democracia deliberativa. Em suma: trata-se o exercício da jurisdição, especialmente nos casos difíceis constitucionais, de uma prática construtiva⁸¹⁸ a qual no entanto elabora seus juízos num nível de abstração muito mais modesto que o recomendado por Dworkin – diminuindo assim o risco de juridificação – e ilustrada pelo objetivo de promover o funcionamento dos mecanismos da democracia deliberativa. Para defender esta perspectiva Sunstein apresenta uma série de argumentos, especialmente a idéia de “acordos teóricos incompletos” e de uma estratégia “minimalista” de decisão judicial. Estes argumentos requerem uma atenção especial.

5.4 O Minimalismo Judicial.

5.4.1 O problema das divergências teóricas na jurisprudência.

Até este momento um problema fundamental permanece sem solução. Mesmo supondo que seja aceito o ideal normativo da “política deliberativa”, ainda cabe a pergunta: como seria possível utilizá-lo como critério para a jurisprudência constitucional sem com isso retornar a alguma espécie de excessivo ativismo judicial

⁸¹⁷ “The dangers of judicial discretion in searching for and giving content to «the best principle», and the relationship between any such principle and the legal culture as a whole, are largely unaddressed. The characteristics of the modern regulatory state are entirely invisible in Dworkin’s treatment. There is no effort here to explore the substantive functions and failures of statutory regimes, or discussion of how the legal culture of the modern regulatory state might discipline the inquire into interpretive principles. There is little exploration of the conspicuous dangers in permitting judges to discern “the best principle” – dangers aggravated by the largely unthethered nature of Dworkin’s effort to find the principle that best justifies what the legislature has done.” SUNSTEIN, Cass. **After the Rights Revolution**, p. 132.

⁸¹⁸ “Ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é *argumentativa*. Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma; a prática consiste, em grande parte, em mobilizar e discutir essas proposições.” DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 17

capaz de usurpar funções legislativas? É preciso lembrar que também o “republicanismo cívico” é capaz de fornecer modelos de jurisprudência “originalista”, como pretende explicitamente Frank Michelman, e contra tal modelo permaneceriam válidas as objeções de “juristocracia” já apresentadas. Na verdade, o próprio Michelman reconhece este risco no uso pelos juristas de conceitos e teses controversas da teoria constitucional na atividade jurisprudencial, uma prática que pode ser motivada por interesses escusos: “até que ponto estes argumentos realmente geram as decisões ou simplesmente servem para decorá-las, é algo desconhecido.”⁸¹⁹ Afinal, as idealizações do republicanismo cívico não são necessariamente menores que aquelas levantadas pelo direito como “integridade”.

Para responder a este problema Cass Sunstein desenvolveu progressivamente argumentos que pretendem preservar alguns dos objetivos ambiciosos do ideal de “democracia deliberativa” como parâmetro para a atividade jurisprudencial evitando ao máximo o risco de “juristocracia”. Trata-se de uma postura judicial que ele denomina “minimalista” e que a seguir passo a explicar.

O “minimalismo” judicial leva em conta não apenas as “circunstâncias da justiça”⁸²⁰ mas também as “circunstâncias da política”⁸²¹: de um lado é rejeitado o ceticismo moral e aceita-se que o dissenso razoável quanto a convicções morais seja duradouro e inevitável em sociedades plurais, mas de outro lado procura-se extrair as conseqüências jurídicas do fato de que “somos muitos, e discordamos a respeito da justiça”⁸²². Deste modo, Sunstein desenvolve um argumento similar ao apresentado originalmente por Richard Fallon, segundo o qual a teoria constitucional contemporânea apresenta um “problema de comensurabilidade”: “o problema resulta da variedade de espécies de argumentos que atualmente são mais ou menos aceitos universalmente como legítimos no debate constitucional e na interpretação.”⁸²³ Sunstein generaliza seu argumento em dois sentidos: em primeiro lugar, trata-se de estender o “fato” da incomensurabilidade à teoria jurídica em geral, e não apenas ao âmbito constitucional; e em segundo lugar, as espécies de “teorias”, em cuja pluralidade reside o problema, não dizem respeito apenas às clássicas abordagens referidas por Fallon (argumentos

⁸¹⁹ “How much these legal arguments cause the decisions of judges and how much they merely decorate them is unknow”. MICHELMAN, Frank. **Brenan and Democracy**, p. 3.

⁸²⁰ Cf. RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**, pp. 136-140.; **O Liberalismo Político**.

⁸²¹ Cf. WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**.

⁸²² WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**, p. 43.

⁸²³ “The problem arises from the variety of kinds of argument that now are almost universally accepted as legitimate in constitutional debate and interpretation.” FALLON, Richard. **A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation**, p. 1189.

referentes ao texto, à intenção dos “fundadores”, a espécie de interpretação sistemática, ao precedente judicial e a valores de justiça ou equidade).⁸²⁴ Além disso, há uma terceira distinção: enquanto Fallon pretende empreender uma abordagem construtivista que seja capaz de apresentar um “equilíbrio reflexivo” entre as várias espécies de argumentos teóricos, Sunstein pretende desenvolver seus argumentos numa direção inversa, como veremos adiante. De todo modo, a idéia comum é que profissionais com formação técnico-jurídica possuem não apenas escassos conhecimentos que lhes permitam solucionar amplas divergências morais e teóricas, mas também carecem do tempo necessário para levar adiante uma empreitada tão exigente.

O “minimalismo” possui dois aspectos, um “procedimental” e outro “substancial”. O primeiro refere-se principalmente às peculiaridades institucionais do poder judiciário e consiste numa série de recomendações – de caráter “formal” – aos juristas para que evitem utilizar argumentos filosoficamente profundos e controversos ao formular e fundamentar decisões judiciais concretas. É “formal” no sentido de que a princípio é compatível com diversos pontos de vista morais, políticos ou filosóficos apenas cuidando do nível de abstração da argumentação efetivamente utilizada para suportar a decisão judicial. Já o segundo se refere ao conteúdo específico que o minimalismo deve promover nas decisões: as “pré-condições para o bom funcionamento de uma democracia constitucional”⁸²⁵. Estas constituem a “moralidade interna da democracia” a qual exige “igualdade política, participação, deliberação racional e responsabilidade política [accountability] (no sentido de que deve responder às múltiplas vozes do público)”⁸²⁶.

Enfim, o minimalismo enquanto “procedimento” recomenda argumentações modestas, enfrentando o problema do desacordo razoável duradouro; enquanto “substância” promove a deliberação democrática nas instituições politicamente responsáveis. E a conjugação destes elementos faz jus aos ideais normativos do EDD, presta o devido respeito às ideias de soberania popular e direitos fundamentais e articula corretamente os distintos papéis institucionais dos poderes judiciário e legislativo. Sunstein pretende que o “minimalismo judicial” possui um valor que é descritivo e também normativo: é descritivo pois em larga medida, especialmente na sua dimensão “formal”, é uma prática à qual os juristas profissionais já estão acostumados; é normativo pois é a

⁸²⁴ Cf. FALLON, Richard. **A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation**, esp. pp. 1194-1209.

⁸²⁵ SUNSTEIN, Cass. **One Case at Time**, pp. ix-xi.

⁸²⁶ SUNSTEIN, Cass. **One Case at Time**, pp. x

postura *correta*, que preferencialmente deve ser assumida por tribunais no exercício da jurisdição, especialmente constitucional.

5.4.1 O procedimento do Minimalismo.

O minimalismo recomenda que, sempre que possível, tribunais evitem ao máximo pronunciar-se sobre questões que não são imprescindíveis para o caso que tem em mãos. Devem decidir “um caso de cada vez” e apenas aquilo que o caso concreto exige, evitando ao máximo posicionar-se sobre controvérsias morais ou políticas que não sejam indispensáveis à solução do problema particular. O aspecto procedimental do minimalismo recusa as opções rígidas por perspectivas argumentativas demasiado limitadas, que restringem a interpretação à busca do significado original dos dispositivos jurídicos, ou demasiado amplas, como o ativismo judicial do juiz Hércules, de Dworkin. A recusa de ambas deve-se ao idêntico motivo de que sua adoção necessita ser endossada por argumentos teóricos amplos e controversos: “The court has not committed to a single theory”⁸²⁷. O fato é que não é possível estabelecer uma prioridade abstrata entre a imensa variedade de teorias interpretativas antes do surgimento dos casos concretos de aplicação. Todas podem, a princípio, vir a tornar-se pertinentes em determinada situação específica devido a algum aspecto que realça e que não recebe a mesma consideração por outras linhagens teóricas. Com isso evita-se sobrecarregar as tarefas das decisões judiciais e torna menos frequentes e menos prejudiciais os erros dos tribunais, já que a solução judicial de questões que tecnicamente são altamente complexas e politicamente muito controvertidas podem gerar efeitos colaterais políticos, econômicos etc.

Este aspecto procedimental do minimalismo judicial é dependente da ideia de “acordos teóricos incompletos” (ATI). Com esta ideia Sunstein reage especialmente ao seguinte problema: profissionais com formação técnico-jurídica possuem escassos conhecimentos que lhes permitam solucionar amplas divergências morais e teóricas e carecem do tempo necessário para levar adiante uma empreitada tão exigente. Nunca é demais recordar que observando a filosofia jurídica das últimas quatro décadas podemos concluir duas coisas: primeiro, é quase impossível que não possamos encontrar, em alguma das “escolas” consolidadas de pensamento jurídico (positivismo jurídico, jusnaturalismo, estudos jurídicos críticos, hermenêutica filosófica), bons argumentos

⁸²⁷ SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**, p. 8.

sobre a natureza do direito e modo como deve ser interpretado em casos difíceis; segundo, e em grande parte como resultado do desenvolvimento teórico, devemos concluir que embora as pesquisas em filosofia do direito tenham adquirido uma produtividade em proporções inimagináveis nas últimas décadas, seria impossível que tribunais e juristas fossem humanamente capazes de optar por alguma em detrimento de outra.⁸²⁸ A idéia elementar que suporta os ATI pode ser melhor compreendida se observarmos uma curiosa afirmação de Albert Einstein sobre o modo como, a seu ver, os cientistas deveriam relacionar-se com os filósofos da ciência:

A ciência sem epistemologia – supondo que isto seja imaginável – é primitiva e confusa. Entretanto, caso o epistemólogo, que procura um sistema claro, o tenha encontrado, ele está propenso a interpretar o conteúdo da ciência por meio de seu sistema e a rejeitar seja o que for que não se ajuste ao seu sistema. O cientista, contudo, não pode se dar ao luxo de levar tão longe seu empenho pela sistemática epistemológica...O cientista, por este motivo, deve parecer ao epistemólogo sistemático um oportunista inescrupuloso.⁸²⁹

Do mesmo modo que o cientista, o jurista que decide casos concretos difíceis nem pode simplesmente ignorar argumentos de teor filosófico nem “levar tão longe seu empenho” ao ponto resolver disputas acadêmicas razoavelmente duradouras. Existem incontáveis virtudes em submeter os conceitos jurídicos à prática da reflexão filosófica, desde ampliar a capacidade reflexiva dos juristas até aprimorar a robustez técnica dos conceitos fundamentais da dogmática, à medida que estes são submetidos à crítica rigorosa e correção. Mais que isso, certas questões que podem ser objeto de decisões jurídicas concretas encaixam-se perfeitamente em tópicos de reflexão da filosofia moral e política, como são exemplo a liberdade de expressão, o aborto ou a eutanásia. Claro está que as inúmeras linhas de pesquisa de cunho filosófico podem eventualmente capacitar juristas a formular juízos mais sólidos sobre tais temas, enriquecendo a compreensão que possuem dos temas, revisando decisões passadas e fundamentando

⁸²⁸ a partir da publicação de **Natural Law and Natural Rights** FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**. Nova York: OUP, 1980, os anos oitenta do século passado assistiram a um renascimento da tradição jusnaturalista, evitando as afirmações dogmáticas (e altamente contestáveis) relacionadas com esta posição teórica: neste sentido, afirmam que o bordão “*lex iniusta non est lex*” (tal como apresentado por Santo Tomás de Aquino) deveria ser interpretado no sentido de que o direito positivo “injusto” (isto é, carente de uma estrutura mínima capaz de ser justificada com recurso ao sistema de direitos) seria direito “incompleto”, já que incapaz de vincular em consciência: suas normas positivas podem contar com a eficácia resultante da coercibilidade estatal mas não exigir o tipo de obediência que o direito justo poderia exigir. De outro lado, parte importante das pesquisas recentes do positivismo jurídico explicitamente aceitam princípios morais possam ser parte necessária ou suficiente dos critérios de validade de um sistema jurídico, embora seja possível imaginar exemplos de sistemas jurídicos nos quais isso não ocorra COLEMAN, Jules. *Negative and Positive Positivism*, in FEINBERG, Joel. COLEMAN, Jules (orgs.) **Philosophy of Law**. 6ª ed. New York: Woodsworth, 2000, pp. 95-107.

⁸²⁹ EINSTEIN, Albert. Remarks Concerning the Essays Brouht Together in Tihs Cooperative Volume. In SCHILPP, Paul Arthur (org.). “Albert Einstein, Philosopher-Scientist”. Illinois: Evanston, 1949, (665-688) p. 684, *APUD* SOKAL, Alan. BRICMONT, Jean. **Imposturas Intellectuais**, p. 69.

novos posicionamentos. Nesta hipótese também o jurista pode afirmar, seguindo Einstein, que a jurisdição – especialmente constitucional – sem alguma espécie de recurso teórico filosófico é “primitiva e confusa”, tanto mais por que boa parte da filosofia jurídica poderia ser compreendida como reação teoricamente mais robusta a problemas originalmente percebidos no âmbito prático-profissional. No entanto, mesmo quando este procedimento é capaz de render frutos, há razões para que o jurista haja como um “oportunista inescrupuloso” pois a divergência teórica sobre as questões mais fundamentais do pensamento jurídico é grande no âmbito da atividade cotidiana dos tribunais e ainda maior exatamente no âmbito das universidades, nos centros de pesquisa especializados neste tipo de divergência.⁸³⁰ Ora, tal não é de surpreender: o que mais poderíamos esperar da prática prolongada de pesquisa rigorosa sobre temas moral e politicamente controversos que não a ampliação, o enriquecimento e a renovação das perspectivas até então disponíveis? Como vimos, algo similar ocorre nas sociedades modernas efetivamente democráticas: nelas podemos constatar a presença de uma variedade de concepções religiosas sobre o sentido da vida humana ou divergências políticas acerca dos valores sociais fundamentais, numa dimensão muitíssimo maior que nas sociedades politicamente autoritárias. Tal divergência não deva ser motivo para rejeitar unilateralmente o recurso à reflexão teórica, já que na prática jurídica sentimos a todo instante uma tal necessidade. Além disso, a princípio é possível que o jurista formule suas concepções mais fundamentais sobre o significado de expressões como “dignidade da pessoa humana” sem que com isso utilize todos os argumentos que estudou para fundamentar decisões concretas, pois o contexto de “descoberta” de determinada tese é diferente do contexto de “fundamentação” de sentenças concretas. Ainda assim tal fato deve levar a pensar com cuidado sobre a capacidade que tribunais e juristas de um modo geral possuem para “manusear” tais instrumentos conceituais. Em suma, os juristas atuam num ambiente que não é indiferente à teoria mas sim avesso ao consenso prático sobre questões filosóficas profundas: o aspecto parasitário em parte consiste em “deixar a filosofia como está”. Mas como agir diante de divergências teóricas tão profundas? Os ATI consistem no seguinte modelo:

When people diverge on some (relatively) high-level proposition, they might be able to agree when they lower the level of abstraction. Incompletely theorized judgments on particular cases are the ordinary material of law. And in law, the point of agreement is often rightly particularized – absolutely as well as relatively particularized – in the sense that it involves a specific outcome and a

⁸³⁰ Por analogia à afirmação de WALDRON sobre a filosofia política. WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**, p. 188.

set of reasons that do not venture far from the case at hand. High-level theories are rarely reflected explicitly in law.⁸³¹

Com os ATI é possível partir de um estado de divergências teóricas ou quanto à validade e/ou significado de princípios abstratos e atingir o acordo quanto a resultados mais concretos, evitando – na medida do possível – endossar explicitamente alguma destas opções: “a special goal of the incompletely theorized agreement on particulars is to obtain a consensus on a concrete outcome among people who do not want to decide questions in political philosophy.”⁸³² Certamente alguma idéia de ATI poderia servir também para justificar o acordo quanto a princípios abstratos, como o da tolerância religiosa, deixando em aberto as aplicações concretas deste princípio, assunto sobre o qual poderiam surgir divergências entre as partes que discutem o acordo. No entanto, a espécie de ATI pela qual Sunstein se interessa abrange acordos quanto a resultados concretos apoiados em princípios “intermediários” capazes de justificá-los, e estes devem ser “agnósticos” mesmo quanto a filosofias políticas como a de Rawls.⁸³³ Certamente é possível observar similitudes entre as idéias de ATI e de “consenso sobreposto” (*overlapping consensus*)⁸³⁴, esta última desenvolvida por John Rawls. Ambas compartilham as seguintes características: (i) pretendem articular seus argumentos teóricos e princípios fundamentais com independência – na medida do possível – de “doutrinas abrangentes”⁸³⁵; (ii) não são apenas adaptações a posições de poder social já existentes⁸³⁶; e (iii) rejeitam endossar perspectivas teóricas céticas

⁸³¹ SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**, p. 37.

⁸³² SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**, p. 47.

⁸³³ “(...) judgments in law and politics sometimes bear the same relation to political philosophy as (on Rawls’s view) do judgments in political philosophy to questions in general philosophy and metaphysics. The political philosopher may attempt not to take a stand on large philosophical or metaphysical questions; so to the lawyer, the judge, or the political participant may urge outcomes that make it unnecessary to solve large questions in political philosophy. Because of their limited role, judges in particular may very much want to leave political philosophy «as it is».” SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**, p. 48.

⁸³⁴ Cf. RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000, pp. 180-219. Inicialmente formulada em RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. Trad. Catherine Audard. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 243-290.

⁸³⁵ “(...) o objetivo da justiça como equidade é (...) prático: apresenta-se como uma concepção da justiça que pode ser compartilhada pelos cidadãos como a base de um acordo político racional, bem-informado e voluntário. Expressa a razão política compartilhada e pública de uma sociedade. Mas, para se chegar a uma razão compartilhada, a concepção de justiça deve ser, tanto quanto possível, independente das doutrinas filosóficas e religiosas conflitantes e opostas que os cidadãos professam. Ao formular tal concepção, o liberalismo político aplica o princípio da tolerância à filosofia.” RAWLS, John. **O Liberalismo Político**, p. 52.

⁸³⁶ “Ao articular uma concepção política de tal maneira que ela possa conquistar um consenso sobreposto, não a adaptamos à irracionalidade existente, mas ao fato do pluralismo razoável, que resulta do exercício livre da razão humana em condições de liberdade.” RAWLS, John. **O Liberalismo Político**, p. 190.

quanto à racionalidade.⁸³⁷ Mas ainda que tais semelhanças sejam importantes, não menos o são as distinções, as quais produzem conseqüências diretas para a delimitação de uma correta perspectiva de interpretação de normas jurídicas em casos controversos. Ao menos duas distinções são particularmente importantes: em primeiro lugar, o procedimento mediante o qual é formado um consenso sobreposto parte de concepções mais concretas e bem definidas em direção a princípios mais abstratos:

(...) o trabalho de abstração não é gratuito: não se trata e abstração pela abstração. É, em vez disso, uma forma de continuar a discussão pública, uma vez desmornadas as percepções compartilhadas de melhor generalidade. Devemos estar preparados para descobrir que, quanto mais profundo o conflito, tanto maior o nível de abstração a que devemos chegar para ter uma visão clara e ordenada de suas raízes.⁸³⁸

O exemplo paradigmático é aceitação do princípio da tolerância entre cristãos e protestantes, evitando assim um estado de guerra religiosa entre os adeptos de concepções irremediavelmente rivais. Precisamente contrária é a direção assumida pela espécie de ATI proposta por Sunstein, a qual parte de um estado de divergências teóricas ou de princípios abstratos e busca atingir o acordo quanto a resultados mais concretos, evitando – na medida do possível – endossar explicitamente alguma destas opções: “a special goal of the incompletely theorized agreement on particulars is to obtain a consensus on a concrete outcome among people who do not want to decide questions in political philosophy.”⁸³⁹ Certamente alguma idéia de ATI poderia servir também para justificar o acordo quanto a princípios abstratos, como o da tolerância religiosa, deixando em aberto as aplicações concretas deste princípio, assunto sobre o qual poderiam surgir divergências entre as partes que discutem o acordo. No entanto, a espécie de ATI pela qual Sunstein se interessa abrange acordos quanto a resultados concretos apoiados em princípios “intermediários” capazes de justificá-los, e estes devem ser “agnósticos” mesmo quanto a filosofias políticas como a de Rawls.⁸⁴⁰

Mas em segundo lugar, há uma diferença também quanto à definição do papel a ser desempenhado por tribunais, especialmente no exercício do controle de

⁸³⁷ “(...) seria fatal para a idéia de uma concepção política vê-la como cética ou indiferente à verdade, ou, pior ainda, como conflitando com a verdade.” RAWLS, John. **O Liberalismo Político**, p. 196.

⁸³⁸ RAWLS, John. **O Liberalismo Político**, 2000, p. 90.

⁸³⁹ SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**, p. 47.

⁸⁴⁰ “(...) judgments in law and politics sometimes bear the same relation to political philosophy as (on Rawls’s view) do judgments in political philosophy to questions in general philosophy and metaphysics. The political philosopher may attempt not to take a stand on large philosophical or metaphysical questions; so to the lawyer, the judge, or the political participant may urge outcomes that make it unnecessary to solve large questions in political philosophy. Because of their limited role, judges in particular may very much want to leave political philosophy «as it is».” SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**, p. 48.

constitucionalidade. Rawls considera o tribunal constitucional, no caso a Corte Suprema norte-americana, como uma instituição exemplar quanto ao exercício da razão pública:

(...) a razão pública é a única razão que o tribunal exerce. Ele é o único ramo do Estado que é direta e visivelmente a criação dessa razão, e dela somente. (...) Dizer que a Suprema Corte é a instituição exemplar da razão pública significa também que é função dos juízes procurar desenvolver e expressar, em suas opiniões refletidas, as melhores interpretações que puderem fazer da constituição, usando seu conhecimento daquilo que esta e os precedentes constitucionais requerem.⁸⁴¹

Este modo de definir as competências do Tribunal não fornece uma descrição do funcionamento efetivo dos tribunais, podendo ser mais útil se compreendido como “uma prescrição sobre como os juízes devem decidir: um «modelo ideal» sobre como os juízes devem argumentar.”⁸⁴² Mas muito embora tal prescrição possa pretender explicitar o “sentido performativo” capaz de legitimar decisões de tribunais constitucionais, as dificuldades práticas para empreender de modo bem sucedido tais tarefas constituem o ponto central do argumento de Sunstein: ao invés de rejeitar como ilegítima tal pretensão, ele destaca os obstáculos existentes à sua realização, os quais decorrem das características institucionais do poder judiciário, e os riscos de elitismo judicial e efeitos colaterais imprevistos.⁸⁴³ Em suma, Sunstein recorre aos ATI justamente porque desconfia da competência de tribunais para empreender a tarefa que lhe é delegada por Rawls.

No caso específico de Sunstein trata-se de ATI sobre resultados particulares e concretos, suportados pelo acordo acerca de princípios intermediários, isto é, princípios que não solucionam divergências morais e filosóficas de fundo:

When people (and here we may speak of individual agents as well as of collective institutions) are uncertain about an abstraction – is equality more important than liberty? Does free will exist? – they can often make progress by moving to a level of greater particularity. They attempt a *conceptual descent*. This phenomenon has an especially notable feature: it enlists silence, on certain basic questions, as a device for producing convergence despite disagreement, uncertainty, limits of time and capacity, and heterogeneity. Incompletely theorized agreements are a key to legal and political reasoning in particular, and practical reason in general. They are an important source of

⁸⁴¹ RAWLS, John. **O Liberalismo Político**, p. 286.

⁸⁴² “(...) a prescription about how the justices should decide: an «ideal model» about how the justices should argue”. GARGARELLA, Roberto. **John Rawls, Public Reason, and the Role of the Judiciary**. *Rechtstheorie*, nº 28 (1997), pp. 523-530, p. 524.

⁸⁴³ Mais crítica é a posição de Gargarella, “não é razoável esperar dos juízes o comportamento particular que Rawls lhes recomenda.” (...) mesmo se os juízes decidissem de fato seus casos do modo que Rawls recomenda, nós ainda teríamos razões para criticar este modo de argumentar”. “it is not reasonable to expect from the justices the particular behaviour that Rawls recommends to them. (...) even if the justices actually decided their cases in the way that Rawls recommends, we would still have reasons to criticize to that way of arguing. GARGARELLA, Roberto. **John Rawls, Public Reason, and the Role of the Judiciary**, p. 525

social stability and an important way of people to demonstrate mutual respect.⁸⁴⁴

Assim, as justificativas para as decisões devem apoiar-se, em primeiro lugar, em argumentos de “efeitos limitados” que permitam solucionar os casos concretos acerca dos quais o tribunal deve pronunciar-se na ocasião, evitando assim formular decisões demasiadamente amplas no sentido de que possam acarretar conseqüências imprevistas e indesejáveis para outros casos futuros de aplicação. Tratando-se de uma presunção certamente pode ser abandonada, como veremos logo adiante, em situações nas quais a necessidade de fornecer critérios mais rigorosos é considerável o suficiente de modo que a “modéstia” de argumentos terminaria por gerar uma indesejável insegurança, funcionando agora como efeito colateral perverso. No entanto, ainda assim trata-se de uma característica recorrente e implicitamente aceita da prática jurisprudencial o cuidado com as conseqüências futuras e imprevistas dos argumentos utilizados num caso concreto.⁸⁴⁵

Isso não implica uma rejeição da precedência geral de respeito às decisões precedentes dos tribunais mas sim uma desconfiança quanto às pretensões do tribunal de, a partir do conhecimento limitado das circunstâncias de um caso, decidir de modo tal que crie um conjunto de princípios abrangentes capazes de guiar definitivamente comportamentos futuros em assuntos tão controversos. Em muitos casos é possível que decisões mais abrangentes atendam melhor às exigências da democracia deliberativa mas mesmo nestes casos, tal como ocorre quando o tribunal confere uma espécie de “força de inércia”⁸⁴⁶ aos precedentes judiciais, o ponto de partida geralmente consiste numa série de decisões de caráter mais modesto. Nestas decisões o tribunal fixa paulatinamente sua posição sobre determinada matéria, de modo que posteriormente pode passar a fazer a referência às decisões anteriores como casos “paradigmáticos” capazes de fornecer uma orientação pública sobre seus próprios argumentos.

Além disso, em segundo lugar, as decisões devem apoiar-se, na medida do possível, em argumentos superficiais evitando a pretensão de profundidade teórica no

⁸⁴⁴ SUNSTEIN, Cass. Practical Reason and Incompletely Theorized Agreements. In FREEMAN, M. D. A. (org.). **Legal Theory at the End of the Millennium**. Current Legal Problems 1998, vol. 51. Londres: OUP, 1998, (267-298), pp. 267-268.

⁸⁴⁵ Nas palavras do Min. Maurício Corrêa: “(...) a jurisprudência é construída em cada caso concreto, e por isso mesmo não estou generalizando este meu entendimento para a incidência a outras hipóteses, como precedente *erga omnes*, reservando-me, evidentemente, na análise de novo julgamento de que eventualmente venha a participar, para traduzir minha visão, quem sabe sobre outro ângulo, que é aqui restrita a tal quaestio, ressalva essa que faço questão de anotar.” BRASIL. STF. HC 73662-9, p. 330.

⁸⁴⁶ Cf. ALEXYS, Robert. **Teoría de la Argumentación Jurídica**.

sentido de pretendam ser capazes de solucionar controvérsias filosóficas, morais, políticas etc. acerca das quais a divergência acadêmica ou política é considerável (trata-se de uma presunção e não de um dogma). Esta recomendação é sensível ao fato de que, nas cada vez mais heterogêneas sociedades modernas, é inevitável a existência de desacordos razoáveis duradouros sobre os mais variados assuntos, especialmente sobre o significado de princípios constitucionais de forte apelo moral. O minimalismo está ciente das limitações de tempo e conhecimento impostas aos juristas em geral e das capacidades institucionais do judiciário, que os impede de dominar em grau satisfatório os conceitos controversos da teoria jurídica, constitucional em particular. Mesmo quando recorram a princípios como “dignidade da pessoa humana” ou “igualdade” os juristas fazem bem se, nas fundamentações apresentadas nas decisões concretas, evitam ao máximo oferecer definições precisas para tais expressões ou optar por vertentes teóricas em meio a divergências tão profundas. Evitando argumentos “profundos” podem evitar também divergências práticas e alcançar acordos sobre temas particulares, o que de outro modo poderia não ser possível em virtude das divergências criadas.

Uma espécie de raciocínio com o qual os juristas estão bastante acostumados, a analogia, pode ser tomado como exemplo de ATI. Afirmar que um caso “A” possui características semelhantes ao caso “B” exige certamente um princípio capaz de justificar a afirmação, mas não necessariamente, ao menos não em todos os casos, um princípio suficientemente abstrato para justificar moralmente a decisão B.⁸⁴⁷ A analogia produz “princípios” que funcionam num nível baixo ou intermediário de abstração. Na jurisprudência, segundo Sunstein, sua estrutura formal pode ser ilustrada pelos seguintes passos: (i) algum fato padrão “A” possui as características “x”, “y” e “z”; (ii) o fato padrão “B” possui as características “x”, “y” e “a”; (iii) “A” é regulado pelo Direito de determinada forma; (iv) algum princípio, criado ou descoberto no processo de interpretação dos fatos “A” e “B” e do modo como estão relacionados, explica por que “A” é tratado desta forma específica; (v) como “B” compartilha tais características com “A”, então “B” deve ser tratado da mesma forma que “A”, pois está abrangido pelo mesmo princípio. Assim, o raciocínio por analogia deve manter alguma consistência de “princípio” nos juízos sobre casos específicos, pois para produzir a consistência necessária é necessário invocar algum “princípio”, capaz de harmonizar fatos e decisões aparentemente sem relação entre si. No entanto, tais princípios estão vinculados a

⁸⁴⁷ Cf. SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**, p. 36

características particulares e são desenvolvidos a partir de controvérsias concretas: a analogia no direito funciona sem nada similar a uma teoria compreensiva ou profunda; apoiada em acordos teóricos que não são “completos”.

Assim apresentados, os ATI possuem as seguintes vantagens: (1) podem ajudar a reduzir os custos políticos do conflito entre teorias abrangentes: aqueles que defendem uma tese derrotada numa situação concreta perdem um caso mas podem seguir adiante e ver seu argumento aceito no futuro; (2) decisões fundamentadas em ATI são compatíveis com as mudanças de avaliações morais no decorrer do tempo. Decisões apoiadas em teorias abrangentes seguramente sofrem o impacto das mudanças de valores sociais no médio e longo prazo, além da dificuldade com as novas informações sobre fatos. (3) ATI fornecem argumentos ideais para aqueles que, como juristas em geral e magistrados em particular, possuem tempo e conhecimento limitados para levar adiante complexas discussões morais ou empíricas. (4) ATI são adequados para uma forma de argumentação que valoriza o respeito às decisões tomadas em casos precedentes. Sunstein rejeita a idéia de que uma completa coerência horizontal e vertical seja viável o mesmo desejável na argumentação jurídica, uma vez que um empreendimento teórico demasiadamente amplo, que pretende-se unificar o sistema jurídico sob um número rigoroso de princípios morais, certamente resultaria no abandono de inúmeras decisões aceites como válidas, dificultando ainda mais o consenso. (5) no direito, assim como na moralidade humana em geral, há uma pluralidade de valores, não existindo um único “valor mestre”.⁸⁴⁸

A prioridade dos ATI é certamente, para cada caso de aplicação, apenas presumida, ainda que seja uma forte presunção. É perfeitamente possível a ocorrência de situações em que, por um lado os ATI forneçam soluções injustas e uma teorização mais profunda seria capaz de solucionar parcialidades e inconsistências. Afinal, que no exercício da jurisdição não seja possível fornecer razões definitivas isso não significa que a argumentação não possa ser racional em alguma medida substancial: “on the contrary, judicial decisions infrequently take on foundational questions, and they nonetheless exercises in reason-giving. There is a big difference between a refusal to give an ambitious argument of an outcome and a refusal to give any reasons at all.”⁸⁴⁹ O recurso aos ATI não significa o endosso de concepções epistémica ou moralmente

⁸⁴⁸ Cf. SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**, ps. 41-43.

⁸⁴⁹ SUNSTEIN, Cass. **One Case at Time**, p. 13.

relativistas, mas sim como uma exigência da razão prática.⁸⁵⁰ Por outro lado, existem alguns casos nos quais juízes podem ser capazes de fornecer acordos teóricos complexos e aprofundados:

If judges can agree on a high-level theory, and if the theory can be shown to be a good one, judicial acceptance of a high-level theory is hardly troubling; on the contrary, it is an occasion for celebration. Who could object to judicial adoption of what is by hypothesis a good theory?⁸⁵¹

No entanto, dado que os argumentos que sustentam a pertinência dos ATI não são exclusivamente funcionais mas também normativos, não basta que juízes estejam de acordo entre si acerca de uma valoração qualquer de determinado problema. Sendo necessária uma “boa teoria”, esta precisa apresentar não apenas razoáveis suportes empíricos acerca de sua validade, mas sobretudo não envolver argumentos que no momento causam uma profunda divisão política ou moral na comunidade. Obviamente princípios morais que causam tal divisão não apenas são frequentes como também podem ser benéficos, dado que podem promover a deliberação pública sobre temas relevantes. Por que então deveriam os juízes recusá-los como fundamento para suas decisões? Porque tais divisões possuem um espaço privilegiado, no qual podem ser articuladas, submetidas a propostas de acordo, barganhas, enfrentamento pelo voto de representantes eleitos, e tal espaço não situa-se em tribunais mas sim nos ramos legislativo e executivo do Estado. Se em determinadas questões os tribunais podem apoiar-se em argumentos, teorias e princípios mais amplos e complexos isto ocorre porque tais argumentos possuem amplo respaldo público, respaldo conferido pelos atores e instituições responsáveis por sua avaliação. Porém, significa isso uma obrigação abstrata de passividade dos tribunais perante quaisquer teorias que porventura tenham se tornado majoritárias no espaço político? De modo algum. A defesa dos ATI não pode ser confundida com apelo a uma espécie de cinismo judicial frente a arbitrariedades políticas. Ao contrário, ela se sustenta numa defesa da “moralidade interna da democracia”. Tribunais devem rejeitar fundamentações em princípios muito abstratos quando estes geram divisão política e moral na sociedade porque o espaço adequado para o desenvolvimento, deliberação sobre e solução destas controvérsias não

⁸⁵⁰ “Enthusiasm for incompletely theorized agreements should not be seen as a form of ‘antitheory’, and even less as a form of general skepticism or relativism about reason in law” SUNSTEIN, Cass. *Practical Reason and Incompletely Theorized Agreements*. In FREEMAN, M. D. A. (org.). **Legal Theory at the End of the Millennium**, p. 269. Trata-se de uma “operation of practical reason in collective institutions” SUNSTEIN, Cass. *Practical Reason and Incompletely Theorized Agreements*. In FREEMAN, M. D. A. (org.). **Legal Theory at the End of the Millennium**, p. 266.

⁸⁵¹ SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**, p. 56.

é o poder judiciário. Mas pelo mesmo motivo tribunais não podem ceder à covardia política, ao tratamento de categorias sociais como cidadãos de segunda classe, à retirada de direitos políticos, à arbitrariedade sobre grupos frágeis politicamente, exatamente porque com isso resulta gravemente ferido o processo político deliberativo que se deve proteger. Um judiciário que aceita arbitrariedades políticas que excluem direitos fundamentais de grupos sociais minoritários politicamente, como no clássico exemplo da Alemanha entre 1933-44, está endossando teorias altamente abstratas acerca do status que determinados grupos possuem numa sociedade, teorias cujos princípios permitem decisões judiciais que ignoram o sentido literal de textos constitucionais com base em argumentos políticos, e que portanto causam uma profunda divisão política e moral. O tribunal, assim, opta por uma teoria política e moral que não possui respaldo público, dado que destrói o espaço adequado para discussões deste tipo: sob esse ponto de vista, endossar barbarismos de uma maioria política pode ser muito semelhante a “legislar” em favor de uma minoria política através de decisões judiciais (se bem que no caso concreto o primeiro equívoco seja politicamente muitíssimo mais grave). Ingeborg Maus, em sua análise do judiciário alemão no período posterior e anterior a 1933, mostra que houve continuidade nos argumentos amplos e abstratos (fortemente legislativos) do tribunal, e que portanto a adesão deste ao legislador totalitário não decorreu de excesso de modéstia e auto-restrição mas sim do tipo de ativismo adotado.⁸⁵² Decisões “modestas”, isto é, sem o recurso a extensas fundamentações morais, podem servir de “sinais” mais amplos aos demais ramos do poder público e à sociedade em geral. Muitas vezes tribunais formam juízos amplos e profundos sobre determinada matéria controvertida mas evitam torná-lo público, preferindo adotar fundamentações mais modestas, e o fazem por receio seja da reação pública seja pela insegurança quanto aos erros de fato e conseqüências imprevistas.⁸⁵³ Tal procedimento pode ser virtuoso em áreas como a da discriminação sexual, na qual a Corte Suprema norte-americana tem revogado, por inconstitucionais, diversos dispositivos considerados ofensivos à “equal protection” entre homens e mulheres sem no entanto fornecer um juízo último sobre o lugar de homens e mulheres na sociedade.⁸⁵⁴

Do simples fato de que a sistematização de decisões judiciais anteriores, especialmente acerca de um mesmo tema, é parte relevante da argumentação jurídica

⁸⁵² Cf. MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade.**

⁸⁵³ SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**, p.22.

⁸⁵⁴ Cf. SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**, p. 37.

cotidiana, podemos depreender que algum tipo de teoria abstrata e princípios de alto-nível podem ser considerados necessários, afinal, a construção de tais argumentos é constitutiva da sistematização mesma.⁸⁵⁵ Mas quando observamos o funcionamento regular dos tribunais percebemos que tais reconstruções são realizadas, na quase totalidade da vezes, de modo mais compartimentalizado que global, conferindo prioridade à alguma área específica. “Reconstruções” operam quase sempre no âmbito do direito público ou privado, e mais frequentemente ainda, giram em torno dos problemas específicos de que se trata. Numa discussão acerca da constitucionalização do direito civil não há sequer tentativa de reconstruir a totalidade do direito constitucional ou do direito civil. Leve-se em conta que as reconstruções mais frequentes tendem a atingir problemas ainda mais específicos, como por exemplo o caso da reparação cível dos danos morais.

Estas considerações nos remetem ao papel desempenhado pelo uso construtivo do silêncio.⁸⁵⁶ Ele pode minimizar conflitos, postergando uma solução definitiva para a divergência, sendo justificado por razões pragmáticas ou democráticas⁸⁵⁷. Medida corriqueira e adequada no funcionamento das instituições judiciais, seja porque permite “ganhar tempo” enquanto os fóruns políticos adequados não solucionam o problema, ou porque juízes possuem pouca legitimidade democrática para fornecer amplas justificações públicas sobre determinados assuntos: “in law, as elsewhere, what is said is no more important than what is left unsaid.”⁸⁵⁸ Ademais, a aceitação de uma teoria ampla faz ampliar os riscos decorrentes de erros de análise, erros cuja existência juízes e tribunais muitas vezes não encontram-se em boa posição para avaliar.⁸⁵⁹ De todo modo, há uma enorme diferença entre recusar-se a oferecer teorias e princípios ambiciosos e pura e simplesmente recusar-se a fornecer qualquer tipo de argumento ou razões que justifiquem uma decisão.⁸⁶⁰

No entanto, como foi dito, não há uma opção abstrata e absoluta contrária a princípios morais e políticos aprofundados, seja qual for o caso concreto: é apenas uma presunção, e não um tabu.⁸⁶¹ “judges have, in some societies, a duty to interpret the

⁸⁵⁵ Cf. SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**, p.54.

⁸⁵⁶ SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**, p. 39.

⁸⁵⁷ Cf. SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**, p. 5.

⁸⁵⁸ SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**, p. 39.

⁸⁵⁹ Cf. SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**, p. 57.

⁸⁶⁰ Cf. SUNSTEIN, Cass. **One Case at Time**, p. 13.

⁸⁶¹ Cf. SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**, p. 57.

Constitution, and sometimes that duty authorizes them to invoke relatively large-scale principles, seen as part and parcel of the Constitution as democratically ratified.”⁸⁶²

Em casos assim é comum que após períodos em que predominam ATI sobre determinado ponto, alcançado relativo consenso, pacificadas as divergências (seja por que mudam as preferências e expectativas dos atores, seja porque novos dados empíricos são divulgados tornando obsoleta a disputa) aos poucos seja possível e mesmo desejável uma dose maior de ousadia e teoria mais robusta. É uma característica peculiar que os ATI podem auxiliar a tarefa de produzir consensos de nível superior. Nada disso implica que as divergências sejam pura e simplesmente indesejáveis⁸⁶³. Importa recordar ainda uma vez que ATI são atrativos porque promovem a democracia deliberativa, que valoriza exatamente a prática da constante crítica e revisão pública das diversas perspectivas entre os membros de uma comunidade jurídica. Consensos fáticos não são louváveis em si mesmos, podendo ao contrário produzir distúrbios no processo de deliberação pública, e mesmo o constante teste acadêmico de teses jurídicas, que aprofunda o dissenso teórico nas mais diversas direções, pode ser produtivo para os fins de correta aplicação do direito, ajudando a revelar parcialidades e equívocos durante longo tempo negligenciados. Principalmente na esfera política a presença de pontos de vista divergentes confere vitalidade à deliberação, chama a atenção para problemas de interesse comum, ou mesmo alteram a conjuntura mesma dos “interesses comuns”. Tudo isso no entanto joga a favor e não contra dos ATI, em primeiro lugar porque eles não se fundamentam em algum consenso global faticamente existente: uma coisa é ressaltar a incapacidade e ilegitimidade dos tribunais para desenvolver teorias amplas e controversas sobre questões fundamentais do direito, da moral e da política, e outra, muito diferente, afirmar que tais controvérsias são em si mesmas improdutivas ou deveriam ser simplesmente evitadas. Em segundo lugar, afirmar que os tribunais, sempre que possível, não devem fornecer uma decisão última em casos difíceis onde existe forte divergência política e moral, acarreta justamente a manutenção das divergências políticas e a possibilidade de que sejam decididas nos fóruns adequados. Tribunais devem evitar decidir certas questões exatamente para preservar a divergência política. Em terceiro lugar, a modéstia recomendada não implica cegueira face ao arbítrio, pois quando é o processo de deliberação política que está em jogo, quando a não intervenção judicial pode resultar na destruição do processo político democrático,

⁸⁶² SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**, p. 46.

⁸⁶³ Cf. SUNSTEIN, Cass. **Designing Democracy: what Constitutions Do?** Nova York: OUP, 2001.

então o apoio em argumentos políticos e morais mais ousados, ainda que controversos, torna-se o mal menor.⁸⁶⁴ Endossar virtudes passivas para o tribunal não é um mandamento que autoriza perpetuar injustiças.⁸⁶⁵ Assim, o minimalismo rejeita uma opção ortodoxa tanto pelo ativismo judicial quanto pela moderação judicial.

5.4.2 O Conteúdo do Minimalismo

Os elementos substanciais do minimalismo caracterizam-se pelo objetivo de promover o bom funcionamento dos pré-requisitos de uma democracia deliberativa. Este é o fundamento normativo da perspectiva minimalista: a “moralidade interna da democracia”. E a tarefa é cumprida em parte ao deixar em aberto as questões morais e políticas fundamentais, de modo que o público tenha ao menos a possibilidade de intervenção e decisão. Que tais questões sejam decididas, preferencialmente, pelos atores politicamente responsáveis é medida capaz de promover o bom funcionamento de instituições democráticas.⁸⁶⁶ Em todo caso, nunca e demais ressaltar, trata-se de uma precedência e não de um dogma pois os aspectos normativos (especialmente o compromisso com a democracia deliberativa) impedem que os ATI sejam adotados exclusiva ou principalmente para atender às exigências funcionais de eficácia nas decisões.

Este aspecto “substancial” do minimalismo impõe uma certa direção ao uso dos ATI recomendado pelo aspecto “formal”. Em relação à pretensão de fornecer fundamentos de “efeitos limitados” (decidir um caso de cada vez) a preocupação do tribunal em não estender os argumentos especiais usados neste caso para outras hipóteses futuras de aplicação é útil ao objetivo de não obstruir o funcionamento dos procedimentos políticos deliberativos parlamentares. Assim deve-se evitar posturas como a adotada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão que sustenta ser vedado ao parlamento deliberar e promulgar nova legislação cujo conteúdo o tribunal já tenha entendido tratar-se de matéria inconstitucional.⁸⁶⁷ Tal decisão impede que o parlamento volte a rever prognósticos e avaliar conseqüências econômicas e políticas sobre assuntos cuja natureza e dimensão simplesmente estão humanamente fora de qualquer possibilidade de domínio pelos membros do tribunal. Também neste sentido a posição adotada pelo STF é exemplar:

⁸⁶⁴ Cf. SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**, p. 59.

⁸⁶⁵ SUNSTEIN, Cass. **One Case at Time**, p. 40.

⁸⁶⁶ Cf. SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**, ps. 61-2

⁸⁶⁷ Cf. SCHWABE, Jürgen (org.). **Cinquenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p.10.

A instauração do controle normativo abstrato perante o Supremo Tribunal Federal não impede que o Estado venha a dispor, em novo ato legislativo, sobre a mesma matéria versada nos atos estatais impugnados, especialmente quando o conteúdo material da nova lei implicar tratamento jurídico diverso daquele resultante das normas questionadas na ação direta de inconstitucionalidade.⁸⁶⁸

A recomendação de que sejam fornecidos fundamentos superficiais, afastando-se assim de controversas questões de princípios demasiadamente abstratos, adequa-se aos objetivos da democracia deliberativa. Um exemplo pode ser extraído da jurisprudência constitucional alemã. O BVerfGE, interpretando os artigos 1º e 2º da Lei Fundamental⁸⁶⁹, a partir de expressões radicalmente controversas como “dignidade da pessoa humana”, construiu a tese segundo a qual era inconstitucional a então recém-aprovada lei federal alemã que descriminalizava o aborto em algumas circunstâncias. É interessante observar os termos da decisão:

1. La vida que se desarrolla en el vientre materno esta, como un bien jurídico autónomo, bajo la protección de la Constitución (art. 2º; art. 1º). El deber de protección del Estado no sólo prohíbe las intervenciones directas del Estado en la vida que se desarrolla, sino que también le ordena al Estado proteger y garantizar esa vida.
 2. el deber del Estado, de proteger la vida que se está desarrollando, existe aun en contra de la madre.
 3. la protección de la vida del feto prevalece durante la duración del embarazo frente al derecho de autodeterminación de la embarazada y no puede ser cuestionado durante un plazo determinado.
- (...) El deber del Estado de proteger la vida de todo ser humano, **se deriva directamente** del art. 2º da LF. Además, se origina también de la disposición expresa del art. 1º da LF; la vida que se desarrolla participa también de la protección del art 1º LF, que garantiza la dignidad humana. Donde exista vida humana, habrá dignidad humana; es indiferente si el portador sabe de esa dignidad o no, y si sabe o no que ésta se le garantiza a sí mismo. Las potenciales capacidades, que desde un comienzo se le asignan al ser humano, son suficientes para justificar la dignidad humana (...) ⁸⁷⁰ (grifamos)

Contra esta espécie de decisão é possível objetar que são poucas as coisas que poderia ser extraído diretamente de expressões como “dignidade da pessoa humana” e a proibição do aborto (ainda que realizado nas primeiras três semanas de gestação) dificilmente poderia ser considerada uma delas. Note-se: ao menos não poderia ser considerada como derivada “diretamente” destas expressões controversas. Neste caso concreto, pouco importou ao tribunal o fato de que a profunda divergência quanto à questão do aborto foi durante anos, e com particular atenção nos meses anteriores à

⁸⁶⁸ BRASIL. STF. Rcl nº 467, rel. Min. CELSO DE MELLO.

⁸⁶⁹ Art. 1º, § 1º. “A dignidade humana é inviolável e constitui dever de todos as autoridades do Estado seu respeito e proteção. (...)”; Art. 2º, § 2º: “Todos terão direito à vida e à integridade física e será inviolável a liberdade da pessoa.”

⁸⁷⁰ SCHWABE, Jürgen (org.). Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, p. 68.

aprovação legislativa, objeto de deliberação nas mais variadas instâncias parlamentares e na sociedade civil, com a participação a mais ampliada possível dos atores politicamente relevantes. Da igreja católica favorável ao “direito à vida” às associações feministas favoráveis ao “direito de escolha”, dos partidos políticos (com ou sem assento no parlamento) às universidades, dos editoriais nos jornais de circulação nacional às discussões familiares travadas à mesa de jantar, é difícil imaginar que algum grupo ou cidadão com contribuição minimamente relevante tenha sido excluído do debate. Na verdade, se devêssemos apontar para alguma espécie exemplar de deliberação política sobre assunto moralmente controverso, certamente este seria um caso impar. E no entanto, como é bastante natural esperar em casos como estes, a matéria permanecia socialmente controversa ao final dos trabalhos parlamentares de modo que a decisão final – a aprovação da lei alemã permissiva do aborto em condições cuidadosamente especificadas – apenas pôde ser obtida mediante o voto majoritário dos membros das casas legislativas. E seria possível esperar que as coisas ocorressem de modo diverso? Em tais assuntos, como o aborto, é possível supor que algum consenso “de fato” – seja favorável ou contrário à permissão – apenas poderia subsistir *antes* da realização de um longo e rigoroso processo de deliberação e não ao final deste processo. Pois dentre as mais importantes qualidades deliberativas do processo político encontram-se a suposição da possibilidade de que as variadas perspectivas possam ser assumidas reciprocamente, que todas as informações possam ser tomadas na devida conta, que todos possam intervir etc. Estas qualidades deliberativas devem poder assegurar que consensos factuais tradicionalmente existentes sejam dissolvidos pela reflexão continuada e que em seu lugar surja um “consenso” mais abstrato – embora praticado – acerca de alguns princípios fundamentais, necessariamente mais abstratos, que delineiam a argumentação rigorosa. Ora, sendo assim é previsível que sobre os conteúdos mais concretos – sobre a aplicação concreta de princípios mais abstratos – existam cada vez mais teses razoáveis disponíveis de modo que a tomada de partido em caráter definitivo sobre uma delas em detrimento das demais demandaria tempo e conhecimento dificilmente à disposição de alguma instituição em particular, especialmente tribunais. Em casos assim, por que deveria o tribunal decidir que a lei é inconstitucional? O Tribunal, para formar sua decisão, inevitavelmente recorreu à mesma espécie de argumentos políticos e morais e uma vez mais o resultado não foi o

consenso (ainda que no tribunal algo como um consenso factual *após* o debate seja algo consideravelmente mais comum devido a seu número de membros em muito menor)⁸⁷¹. E uma vez mais, o órgão colegiado responsável pela decisão, dividido em grupos antagônicos e irreconciliáveis mas devendo apresentar uma única decisão, precisou recorrer ao voto majoritário como critério final. Por mais que a maioria do tribunal tenha agora a possibilidade de fornecer fundamentos filosoficamente rebuscados para sustentar sua posição aquilo que realmente transformou a sua posição de grupo majoritário em decisão *do* Tribunal enquanto instituição, foi o mesmo instrumento utilizado no parlamento. Assim,

De hecho, ¿es nuestra práctica abandonar el principio de la regla de la mayoría cuando una cuestión se traslada de la toma de decisiones popular o representativa hacia los tribunales? La respuesta es claramente no. El principio de la regla de la mayoría permanece como la base fundamental para la resolución del desacuerdo sobre los méritos de una cuestión entre los miembros de un tribunal determinado. En la Corte Suprema de los Estados Unidos, por ejemplo, las decisiones se toman mediante la votación y cinco votantes prevalecen frente a cuatro, cualesquiera sean los méritos de las decisiones individuales. (¿Cómo podría ser de otra forma? Dado que los jueces podrían estar en desacuerdo sobre los méritos, y que son la última instancia de apelación sobre la cuestión, ¿qué poderían hacer sino votar?). La diferencia, cuando una cuestión se traslada de la legislatura hacia un tribunal o del referéndum hacia un tribunal, es de electorado, pero no una diferencia en el método de decisión. Mantenemos el principio de la regla de la mayoría; sólo que ahora se aplica a un cuerpo decisorio con nueve individuos, en lugar de un órgano con cientos (en el caso de la legislatura) o millones de votantes (en el caso de la iniciativa popular). Ciertamente nuestra práctica de delegar determinadas cuestiones a los tribunales para su decisión final refleja una desconfianza en la toma de decisiones democráticas. Pero es una desconfianza en las personas: no confiamos en los votantes comunes o sus representantes para estas cuestiones; preferimos a los jueces. No es una desconfianza en el principio de la mayoría, ya que seguimos aplicando este principio.⁸⁷²

Em casos assim, recorrer a teorias socialmente controversas (sobre a natureza da vida humana, seu valor etc.) pode, longe de resolver o problema, muitas vezes ampliá-lo. Evitando os princípios teóricos mais abstratos, sobre os quais há incomensurável controvérsia teórica e prática, o tribunal pode fornecer decisões nas quais realçam resultados particulares sobre os quais é possível ao menos evitar divergências infundáveis, sustentando-se em princípios teóricos “intermediários”.

5.4.3 “Minimalismo” e “maximalismo.”

⁸⁷¹ Para a importância do número de membros como principal característica distintiva entre parlamentos e tribunais cf. WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*.

⁸⁷² WALDRON, Jeremy. *Deliberación, desacuerdo y votación*, in KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald (orgs.) *Democracia Deliberativa y Derechos Humanos*. Madrid: Gedisa, 2004, (249-267), p. 255.

Mas se o caráter “limitado” e “superficial” das decisões é uma presunção e não um dogma, como seria possível saber quando é desejável uma solução “minimalista” ou “maximalista”? Certamente não seria possível uma resposta que solucionasse em definitivo este problema porém algumas considerações gerais podem ser adiantadas mas é possível traçar algumas linhas gerais de ação. Segundo Sunstein, existem algumas hipóteses nas quais pode ser recomendável uma atitude “maximalista”, que construa argumentos apoiados em princípios mais amplos e abstratos, especialmente nos casos seguintes⁸⁷³:

1º) Quando alguma solução mais ampla pode reduzir os custos da incerteza da decisão para o próprio tribunal e para as partes litigantes; quando é necessário estabelecer condições para o planejamento prévio, capaz de fornecer segurança jurídica e previsibilidade aos atores na sociedade de um modo geral; quando a falta de decisões claras podem privar cidadãos de um suporte sólido para atuarem democraticamente. Exemplo: no RE 197.917/SP o STF interpretou o art. 29, inc. IV, CR/88⁸⁷⁴ e decidiu ser constitucional a fixação, mediante resolução do TSE apoiada na expressão “proporcional”, de critérios mais específicos que os formulados expressamente pela própria CR/88, e impedindo assim que as próprias câmaras de vereadores municipais (mesmo na ausência de lei complementar federal) disponham de autonomia para fixar o número de seus próprios membros dentro dos limites explícitos no inciso IV⁸⁷⁵. Muito embora os fundamentos e os termos desta decisão possam ser tomados como exemplo daquilo que o minimalismo procura evitar, mesmo ministros que foram vencidos nesta matéria levantaram a seguinte questão, bastante corriqueira no cotidiano de tribunais: ainda que contestável, a posição do STF havia sido tomada e a maioria da corte manter-se-ia nos próximos anos firmes em seus próprios argumentos; porém as eleições

⁸⁷³ SUNSTEIN, Cass. One Case at a Time, p. 57.

⁸⁷⁴ CR/88 art. 29. “O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: (...) IV - número de Vereadores **proporcional** à população do Município, observados os seguintes limites: **a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes** (...)” (grifamos).

⁸⁷⁵ BRASIL. STF. RE 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa. “O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia.”

municipais seriam realizadas já no próximo ano. Ora, o RE, embora tornando pública a posição da maioria da corte quanto a uma matéria que acarretava reflexos diretos para a composição de mais de 4.500 municípios em todo o país, decidia a questão apenas para as partes diretamente envolvidas na ação. Não seria difícil imaginar toda a sorte de contestações judiciais que ocorreriam em meses, caso uma solução ao problema não fosse apresentada. Nas palavras do Min. Sepúlveda Pertence: “embora se cuide de um caso concreto, e malgrado a minha respeitosa dissonância da maioria, é preciso dar uma orientação uniforme a esse respeito para todo o País.”⁸⁷⁶ Poucos meses após esta primeira decisão, agora nas ADI 3345 e 3365, o STF decidiu estender a todo o país a posição adotada na decisão anterior. Nesta oportunidade, apoiaram a extensão dos critérios os ministros, derrotados na primeira decisão, Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio Mello, este último relator das decisões. Esta postura dos dois ministros (ainda que com reservas quanto ao teor dos argumentos do min. Relator) expressa a idéia central desta primeira hipótese apresentada por Sunstein.

2º) Quando maximalismo promove objetivos democráticos, ativando pré-condições essenciais ao funcionamento da democracia deliberativa. Nos a decisão da Suprema Corte norte-americana no famoso caso *Brown versus Board of Education* é certamente o exemplo mais adequado. Mais adiante é apresentado o exemplo extraído da jurisprudência de tribunais brasileiros, quanto à extensão às uniões civis entre homossexuais dos direitos explicitamente reconhecidos às uniões civis entre homem e mulher. No mesmo sentido, a decisão do STF no RE 201819/RJ que estende às associações de direito privado a proteção dos direitos fundamentais ao devido processo legal e à ampla defesa.⁸⁷⁷

Já as características que tornam uma postura minimalista recomendável são as seguintes:

- (i) A situação na qual o tribunal deve decidir é de grande incerteza sobre aspectos fundamentais das normas, especialmente constitucionais, ou de rápida mudança e instabilidade, sobre questões morais ou fatos relevantes, e poderia ser por decisões amplas e profundas dos tribunais;
- (ii) Qualquer solução mais ampla parece acarretar grandes incertezas para casos futuros;

⁸⁷⁶ BRASIL. STF. RE 197.917, ministro Sepúlveda Pertence.

⁸⁷⁷ CR/88, art. 5º, LIV: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

- (iii) Quando não há alguma necessidade premente de estabelecer critérios públicos e seguros de planejamento para o futuro;
- (iv) Quando as pré-condições da deliberação democrática não estão em jogo e os objetivos democráticos dificilmente serão promovidos por um juízo mais objetivado.

Em casos assim podem ser utilizados os seguintes princípios, os quais exemplificam a postura minimalista⁸⁷⁸. Apoiado neles o judiciário pode:

- 1) “(...) invalidar leis vagas precisamente porque elas permitem que funcionários da administração pública, ao invés de representantes eleitos, determinem o conteúdo do direito.”
- 2) “(...) utilizar a doutrina da «não delegação» [nondelegation doctrine] para exigir o juízo do poder legislativo ao invés do poder executivo”
- 3) “(...) invocar a doutrina da desuetude, a qual proíbe o uso de leis muito antigas que carecem de apoio público atual, para exigir maior apoio pela via da accountability e deliberação”
- 4) “(...) exigir que a discriminação seja justificada por referencia a propósitos atuais ao invés de meramente hipotéticos, mantendo aberta assim a questão se justificações seriam adequadas no momento em que oferecidas e fundamentadas de modo persuasivo na política.”
- 5) “(...) tentar assegurar que todas as decisões sejam apoiadas por justificações aceitáveis publicamente ao invés do resultado exclusivo de posições poder e auto-interesse; (...).

5.5. A discursividade do “minimalismo”.

Mas afinal, como seria possível compatibilizar a defesa do uso de argumentações “incompletas” (limitadas e superficiais) com os postulados fundamentais de uma teoria cuja característica mais elementar é sua “discursividade”, no sentido da exigência de que fundamentações normativas sejam levadas a cabo em argumentações reais as quais permitem a ampliação de perspectivas, o debate ampliado etc.? Não haveria aqui uma evidente contradição? A resposta a tal questão deve ser negativa, bastando para isso que os aspectos fundamentais destes distintos argumentos sejam considerados com a devida atenção. Em primeiro lugar é necessário ressaltar que há compatibilidade entre duas espécies seguintes de afirmações:

- (i) “As decisões judiciais, tomadas por uma instituição que possui limitações específicas, deve abster-se de tentar desempenhar tarefas que superam suas habilidades e assim fornecer fundamentos teóricos modestos para suas decisões.”

⁸⁷⁸ SUNSTEIN, Cass. **One Case at Time**, p. 27.

- (ii) “Nos debates travados nas academias universitárias, parlamentos e sociedade civil em geral, a deliberação pública dever ser estimulada de modo a que as múltiplas perspectivas sejam tomadas em consideração.”

Ora, a defesa do uso de ATI por instituições judiciais nas decisões sobre questões práticas concretas pretende sustentar (i) ao passo que os princípios elementares da ética do discurso sustentam (ii) e não há entre elas contradição. É possível afirmar, sem contradição, que um processo político é tão mais legítimo (*gültigkeit*) quanto mais sejam as votações e decisões acompanhadas de deliberações públicas não circunscritas a atores específicos, ao mesmo tempo em que afirmamos que os tribunais não possuem a capacidade de levar adiante extensas argumentações sobre assuntos moralmente controvertidos. Não que os processos judiciais não devem incorporar elementos discursivos, que forcem a deliberação entre as partes no processo, entre os magistrados membros do colegiado competente para decidir, que regulam a produção e avaliação de provas no processo etc. Isso não apenas é possível como também é necessário para assegurar a capacidade do judiciário de fornecer decisões razoáveis, sendo ademais celebrado por Habermas como uma característica elementar dos estados democráticos de direito.⁸⁷⁹ As limitações que atingem o tribunal dizem respeito à solução de controvérsias teóricas e morais sobre as quais há um substancial dissenso nos parlamentos, na sociedade civil e no âmbito mesmo dos profissionais da teoria.

Deste modo a idéia de ATI não rejeita a “discursividade” como critério de legitimidade do direito ou da política, antes pelo contrário, a um só tempo a pressupõe e pretende promovê-la. Por um lado pressupõe o funcionamento de mecanismos políticos da democracia deliberativa: a prática de ATI é recomendável quando uma sociedade civil livre e parlamentos democráticos satisfazem critérios razoáveis de funcionamento, ou ao menos quando não há motivos para crer que o poder judiciário possui melhores credenciais deliberativas. E é por isso que ATI não significa um isolamento funcional do tribunal com relação a argumentos de princípios, já que estes desempenham um papel central na definição das condições deliberativas do procedimento político que deve ser protegido. Por outro lado promove a democracia deliberativa na medida em que exige que as decisões sejam tomadas com argumentos, que estes sejam fornecidos pelos órgãos politicamente responsáveis, sendo que considerável atenção é dedicada à proteção das condições de deliberação pública na sociedade civil. De todo modo, o

⁸⁷⁹ Cf. TrFG I pp. 292-295.

argumento da juridificação chama atenção para um fato importante: confundir o funcionamento efetivo de instituições (descrito na perspectiva do observador) com o sentido performativo destas mesmas instituições (disponível na perspectiva do participante) é algo que pode gerar efeitos perversos, dentre eles ampliar a distancia que há entre as deficiências que existem de fato e o sentido performativo com o qual tais instituições estão comprometidas. Supor que uma corte constitucional possui uma considerável competência discursiva quando este não é o caso pode transformar esta mesma corte numa espécie de terceira (e mais elevada) câmara legislativa. É por isso que Habermas ao mesmo tempo em que sublinha a importância da sociedade civil como esfera pública informal e local privilegiado da legitimidade política, também rejeita como falsa a autocompreensão do papel do Tribunal Constitucional como um guardião de um direito mais elevado que o direito positivo.

Além disso a idéia de ATI, tal como formulada por Sunstein, não endossa o ceticismo moral pois apenas ressalta que a solução de problemas morais e teóricos controversos dificilmente poderia ser solucionada no interior desta instituição política específica, o judiciário devido à habilidade reduzida que possuem os profissionais do direito para o tratamento de questões morais demasiadamente controversas (caso aborto Alemanha ou pesquisa com célula tronco no Brasil). Ainda que existam respostas corretas para tais questões moralmente controversas as “circunstâncias da política” impedem que sejam elas acessíveis a tribunais colegiados, os quais costumam resolver tais disputas de modo idêntico aos parlamentos: debatendo e ao final, não havendo consenso entre os membros do tribunal, votando.⁸⁸⁰

⁸⁸⁰ “De hecho, ¿es nuestra práctica abandonar el principio de la regla de la mayoría cuando una cuestión se traslada de la toma de decisiones popular o representativa hacia los tribunales? La respuesta es claramente no. El principio de la regla de la mayoría permanece como la base fundamental para la resolución del desacuerdo sobre los méritos de una cuestión entre los miembros de un tribunal determinado. En la Corte Suprema de los Estados Unidos, por ejemplo, las decisiones se toman mediante la votación y cinco votantes prevalecen frente a cuatro, cualesquiera sean los méritos de las decisiones individuales. (¿Cómo podría ser de otra forma? Dado que los jueces podrían estar en desacuerdo sobre los méritos, y que son la última instancia de apelación sobre la cuestión, ¿qué poderían hacer sino votar?). La diferencia, cuando una cuestión se traslada de la legislatura hacia un tribunal o del referéndum hacia un tribunal, es de electorado, pero no una diferencia en el método de decisión. Mantenemos el principio de la regla de la mayoría; sólo que ahora se aplica a un cuerpo decisorio con nueve individuos, en lugar de un órgano con cientos (en el caso de la legislatura) o millones de votantes (en el caso de la iniciativa popular). Ciertamente nuestra práctica de delegar determinadas cuestiones a los tribunales para su decisión final refleja una desconfianza en la toma de decisiones democráticas. Pero es una desconfianza en las personas: no confiamos en los votantes comunes o sus representantes para estas cuestiones; preferimos a los jueces. No es una desconfianza en el principio de la mayoría, ya que seguimos aplicando este principio.” WALDRON, Jeremy. *Deliberación, desacuerdo y votación*, in KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald (orgs.) *Democracia Deliberativa y Derechos Humanos*. Madrid: Gedisa, 2004, (249-267), p. 255.

5.6 Estudo de Casos.

Os casos a seguir comentados brevemente servem para exemplificar os parâmetros de interpretação que seriam compatíveis com os princípios endossados pela teoria discursiva do direito. Neles será possível perceber exemplos de interpretações com referencia a princípios que adotam as seguintes características: (i) o direito como prática interpretativa com referencia a princípios (Dworkin), (ii) o modo como são articuladas as pretensões de segurança jurídica e correção normativa, e (iii) o minimalismo e ATI (Sunstein)

5.6.1 STF – 2ª turma. HC nº 73662-9.

No direito brasileiro o tipo penal “estupro” é definido do seguinte modo: CPB, art. 213: “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça” e CPB, art. 224: “presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 anos.” Além disso, a legislação penal estabelece que o estupro é crime hediondo (lei 8.702/90), com o que torna-se impossível a concessão, ao réu, de benefícios tais como a fiança, graça ou anistia (CR/88, art. 5º, XLIII).

No HC nº 73662-9 a segunda turma do STF deparou-se com um típico “caso difícil”. Um homem de 29 anos de idade fora condenado pela prática do estupro, no caso “presumido”, por haver mantido relações sexuais com uma adolescente que à época contava com 12 anos de idade. A princípio parece ser um caso de aplicação da hipótese do CPB, artigos 213 e 224, e esta foi a decisão adotada pelas instâncias judiciais antes que o caso fosse remetido ao STF. No entanto, a segunda turma do tribunal, por maioria, reviu a condenação imposta ao réu recusando-se a aplicar os mencionados dispositivos, numa decisão paradigmática.

Naturalmente o caso apresentava algumas peculiaridades. A “vítima” possuía aparência física de pessoa de idade superior, cerca de 16 anos segundo várias testemunhas. Mais que isso, também pelo seu modo de vida fazia crer a todos que não possuía apenas 12 anos de idade. Já havia mantido relações sexuais com outras pessoas e com o próprio réu em outra oportunidade, e em todos estes casos tratou-se de relações consensuais, como ela própria havia confessado em juízo sempre que questionada. A própria ação penal fora promovida contra sua vontade, por exclusiva imposição paterna,

com quem aliás não mantinha boa convivência. Prova disso é que apenas quatro anos após o fato, objeto da ação, é que realizou a denúncia. Nesta época o réu já havia constituído família, possuía emprego estável e era pai de um filho menor de idade.

Apoiado nestas características da situação o ministro Marco Aurélio, relator do acórdão, desenvolveu argumentos que, embora razoáveis sob muitos aspectos, são exemplos adequados do ativismo judicial que a teoria do discurso deveria rejeitar. Trata-se neste caso de rejeitar os fundamentos com os quais o ministro pretende defender sua decisão específica, embora esta possa ser sustentada com argumentos mais modestos – o que na verdade ocorreu por ocasião do voto do ministro Francisco Rezek.

O ministro Marco Aurélio apresentou sua decisão como resultado de duas espécies de considerações complementares: uma interpretação técnica dos artigos do CPB, e uma atenção especial às características peculiares dos fatos, estes descritos com recurso a argumentos morais. Seus argumentos são desenvolvidos a partir da seguinte estrutura elementar: a hipótese de violência presumida “cede à realidade”, e isto devido à “modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas.”⁸⁸¹ O aspecto mais dogmático do argumento (justificação interna) consiste em sustentar que a presunção penal em questão é relativa, e não absoluta⁸⁸²: ela poderia ser afastada diante de circunstâncias muito especiais. Afirmar que tais circunstâncias ocorrem precisamente neste caso (justificação externa) é a segunda parte de seu argumento, e é aqui que o ministro concentra sua atenção. A radical peculiaridade a situação não resulta porém de uma descrição dos fatos que meramente recolhe dados empíricos disponíveis nos autos.

E o que torna esta situação tão peculiar a ponto de afastar a presunção de violência? Em primeiro lugar o ministro interpreta os fatos de modo a ressaltar a “vida promíscua” que possuía a vítima, o que somado à sua aparência física tornaria bastante razoável não apenas supor que possuía idade maior como também absurda a condenação de alguém por praticar com ela ato sexual consentido. Como veremos adiante, é duvidoso que tal argumento seja de muita valia pois, como perceberam os ministros da minoria, aceitando esta tese de Marco Aurélio o tribunal estaria endossando um juízo moral amplo e bastante questionável sobre a vítima: praticar ato sexual de três ou cinco vezes a torna “promíscua”? Em segundo lugar, e aqui reside o ponto forte de seus

⁸⁸¹ BRASIL. STF. HC 73662-9, p. 316.

⁸⁸² Neste caso apoia sua tese em argumentos doutrinários tais como: “se o agente está convicto, se crê sinceramente que a vítima é maior de quatorze anos não ocorre a presunção. Não existe crime, porque age de boa-fé.” NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**, 4ª ed. vol. 3, p. 221.

argumentos, Marco Aurélio ressalta a revolução de costumes resultante da intensa divulgação de informações, o acesso irrestrito à mídia – especialmente televisiva – faz com que as crianças passem a conviver precocemente com assuntos referentes à sexualidade, e de modo bastante corriqueiro. Deste modo, haveria uma total discrepância entre o que hoje ocorre e o desconhecimento de tais assuntos pelas crianças de 12 anos de idade à época da promulgação do CPB (no início dos anos 1940): “nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades (...)”⁸⁸³ Embora o ministro faça questão de ressaltar que a massificação de informação acerca do tema, que gera a precocidade, nem sempre permita o surgimento concomitante de maturidade e lucidez. Ainda assim, da acelerada mudança de padrões culturais e da conseqüente instabilidade de valores, resulta que normas jurídicas como estas perdem razão de ser:

(...) já não socorre à sociedade os rigores de um Código ultrapassado, anacrônico e, em algumas passagens, até descabido, porque não acompanhou a verdadeira revolução comportamental assistida pelos hoje mais idosos. (...) Ao fim, cabe uma pergunta que, de tão óbvia, transparece à primeira vista como que desnecessária, conquanto ainda não devidamente respondida: a sociedade envelhece; as leis, não? Ora, enrijecida a legislação – que, ao invés de obnubilar a evolução dos costumes, deveria acompanhá-la, dessa forma protegendo-a – cabe ao intérprete da lei o papel de arrefecer tanta austeridade, flexibilizando, sob o ângulo literal, o texto normativo, tornando-o, destarte, adequado e oportuno, sem o que o argumento da segurança transmuda-se em sofisma e servirá, ao reverso, ao despotismo inexorável dos arquiconservadores de plantão, nunca a uma sociedade que se quer global, ágil e avançada – tecnológica, social e espiritualmente.⁸⁸⁴

Que o extremado formalismo na interpretação de normas jurídicas em casos controversos possa acobertar a parcialidade cultural de tribunais, esta é uma tese recorrente e a favor da qual poderiam ser oferecidos sólidos argumentos. Aqui não se trata de rejeitá-la como tese, e nem mesmo recusar sua aplicação neste caso concreto. Mais que isso, o mesmo poderia ser dito sobre a máxima “cessam as razões, cessa o direito”, a qual parece suportar alguns destes argumentos. No entanto a questão é que do modo como são construídos os argumentos do ministro Marco Aurélio, apoiado em formulações de fato ao extremo complexas e juízos morais controversos (embora razoáveis), as conseqüências desta decisão poderiam ser muito mais amplas e problemáticas do que poderia parecer à primeira vista. Se adotados tais fundamentos para a decisão o tribunal estaria declarando-se competente para empreender uma ampla

⁸⁸³ BRASIL. STF. HC 73662-9, p. 317.

⁸⁸⁴ BRASIL. STF. HC 73662-9, p. 318

revisão da validade jurídica de normas jurídicas em virtude de algo como a considerável evolução dos costumes ocorrida nas últimas décadas. Deste modo aceitaria a tese segundo a qual “as leis envelhecem” sempre que seja possível demonstrar que “a sociedade envelhece”, e que o tribunal nestes casos não deveria flexibilizar os textos jurídicos de modo para adequá-lo a tal desenvolvimento. Ora, já foi mencionado que Habermas endossa alguns princípios interpretativos apresentados por Sunstein, entre eles os de que “obsolete statutes are kept consistent with changing developments of law, policy, and fact” e “irrationality and injustice, measured against the universe of regulatory statutes, though their application will vary with the statutory function.” No entanto a aplicação de tais princípios deve ser dosada de modo a evitar a concessão, aos tribunais, de um extenso poder legislativo, para o qual afinal não possui legitimidade. E um extenso poder de revisão é exatamente o que parece resultar dos fundamentos fornecidos pelo ministro Marco Aurélio, que acredita ser necessário, para justificar a inocência do réu, afirmar que “a condenação do paciente não interessa, a esta altura, à sociedade.”⁸⁸⁵ Isso configura um claro judicial cujas conseqüências poderiam ser imprevistas. Mais: atrai para si objeções que poderiam ser evitadas, ao menos neste caso concreto.

São problemas assim que tornam o voto do ministro passível de ser atingido por argumentos levantados pela minoria da turma. O ministro Celso Mello por exemplo: “a afirmativa no sentido de que a menor era leviana não me parece suficiente para retirar-lhe a proteção da lei penal. Leviana talvez o seja, porque imatura, não tem, ainda, condições de discernir livremente.”⁸⁸⁶ O fato mesmo de que a menor havia declarado não estar preocupada em engravidar, proteger-se contra doenças sexualmente transmissíveis etc. parece suportar a tese de que sua “leviandade” consistia mesmo no resultado da falta de “maturidade” para os atos que praticava. Ora, isso chama a atenção para o fato de que não seria recomendável impedir que leis penais protejam as etapas da formação psicogentética das crianças e adolescentes, o que justificaria negar validade aos atos sexuais consensuais dos menores de 14 anos. Ora, ainda que transformações culturais realmente tenham ocorrido, é difícil rejeitar completamente a razoabilidade de toda e qualquer regulamentação jurídica desta espécie de eventos. E muito embora a legislação penal possa ser acusada de antiga e “ultrapassada”, tais juízos carecem da objetividade que o ministro Marco Aurélio parece pensar que possuem. Aceitos os

⁸⁸⁵ BRASIL. STF. HC 73662-9, p. 320

⁸⁸⁶ BRASIL. STF. HC 73662-9, p. 333.

fundamentos de seu voto e a consequência seria que a legislação simplesmente não comporta proteção desta espécie. E contra isso a minoria da turma pode recordar os termos do laudo pericial lavrado pelos psicólogos que avaliaram a vítima e atestaram não ser ela portadora de doenças mentais, mas sim de excessivo narcisismo e exibicionismo, estando “emocionalmente perturbada, esforçando-se para manter a integridade do seu ego.”⁸⁸⁷ Se estas podem ser consequências possíveis da sexualidade precoce seria de todo absurdo e “ultrapassado” rejeitar a normatização jurídica desta matéria? E este não é um caso de juízo cuja competência pertenceria ao legislativo?

Os argumentos lançados especialmente pelo ministro Francisco Rezek – e em parte pelo ministro Maurício Corrêa – são capazes de evitar as objeções levantadas pela minoria e apoiar a decisão do ministro Marco Aurélio evitando porém seus inconvenientes. Eles podem ser apontados como uma espécie de minimalismo judicial compatível com a teoria discursiva do direito. Rezek profere um voto abertamente minimalista. Em primeiro lugar ele rejeita o juízo bastante amplo de Marco Aurélio quanto à natureza já “ultrapassada” da proibição de atos sexuais de mulheres menores de 14 anos, afirmando que tais regulamentações são em tese possíveis e necessárias. Na medida em que se trata de resguardar os processos de formação das estruturas de personalidade, coibindo a prática de atos sexuais que seriam precoces ainda hoje, embora não sendo mais um fenômeno raro. Deste modo em nada seria possível ao STF opor-se a uma legislação penal que criasse “uma figura mais flexível e abrangente, que enquadrasse condutas reprováveis como (...) as várias formas de abuso resultante da falta de escrúpulos, como o envolvimento consentido com menor de 14 anos.”⁸⁸⁸ Em segundo lugar, insiste que no caso concreto a condenação do réu implicaria inevitavelmente a caracterização de crime hediondo, o que seria uma “tese jurídica de extremo risco”, segundo a qual nenhuma outra consideração seria necessária em casos assim a não ser a pura e simples consideração da idade da vítima:

Proclamássemos essa tese e o resultado seria, eventualmente, classificar como crime hediondo aquela situação em que uma jovem às vésperas de completar 14 anos, mas com pleno desenvolvimento físico e vida sentimental precoce, decide iniciar sexualmente um jovem que acaba de completar 18 anos, de quem gosta e cuja timidez de algum modo a comove. Essa situação, não tão rara, seria entretanto, pelos defeitos da nossa ordem jurídica, classificada como estupro, vítima a moça, criminoso hediondo o rapaz.⁸⁸⁹

⁸⁸⁷ BRASIL. STF. HC 73662-9, p. 345

⁸⁸⁸ BRASIL. STF. HC 73662-9, p. 324.

⁸⁸⁹ BRASIL. STF. HC 73662-9, p. 324

Rezek recusa endossar teses similares àquelas sustentadas por Marco Aurélio. Não há um apelo a considerações quanto à mudança nos padrões culturais nas últimas décadas, menos ainda que sustentem ser de competência do tribunal essa ampla espécie de revisão da moralidade pública. O enfoque é dirigido às características bastante particulares da situação, de modo a demonstrar o absurdo que resultaria de uma interpretação literal neste caso. Mais importante: Rezek cuida de destacar a excepcionalidade da decisão em questão, especialmente quanto ao fato de que, além da completa ausência de constrangimento da vítima, o réu e a vítima eram pessoas em idêntica situação social, sem relação hierárquica ou similar que pudesse caracterizar um comportamento remotamente similar ao constrangimento.⁸⁹⁰ Com isso, por um lado é rejeitado um princípio segundo o qual deveria ser afastada a presunção de violência sempre que o réu provasse tratar-se a vítima de alguém que aparenta possuir idade maior que 14 anos.⁸⁹¹ Por outro lado rejeita um argumento que “lança cidadãos comuns, acaso irresponsáveis ou pouco escrupulosos, mas seguramente incapazes de cometer um verdadeiro crime de estupro, na categoria dos criminosos hediondos.”⁸⁹²

Estes seriam exemplos de uso dos princípios interpretativos suportados pela teoria discursiva, que recomendam levar em conta fatos sociais relevantes quando da interpretação de uma legislação obsoleta, embora sem endossar juízos morais “perfeccionistas”. Também a postura de excessiva deferência é rejeitada, já que não se satisfaz em deferir ao legislador a competência para, querendo, alterar a legislação penal em questão. Especialmente a fundamentação do ministro Rezek é capaz de promover a deliberação política na medida que não encerra o debate sobre a pertinência de legislar sobre a punição a atos sexuais praticados com menores de 14 anos e a proteção da formação psicológica das crianças.

⁸⁹⁰ “Volto a dizer que poderia, numa situação vairante desta dos autos, entender que houve algum constrangimento, e que por isso, em razão da idade da vítima, presumiremos a violência, se qualquer elemento circunstancial contribuísse nesse sentido. Por exemplo, se não fosse o réu um jovem operário, tão simples quanto a vítima sob todos os aspectos, exceto a menoridade dela; se houvesse uma relação hierárquica qualquer; se fosse ele o chefe, o tutor, o parente, o empregador, o professor, o filho do patrão, o guru, o astro pop, o líder da banda... Nada disso. O que temos aqui é uma hipótese de sexo entre dois jovens (ela jovem demais) não vinculados por nenhum fator que pudesse, de algum modo, contaminar a vontade de um deles, significando uma forma, ainda que incomum, de constrangimento.” BRASIL. STF. HC 73662-9, p. 326

⁸⁹¹ Também o ministro Maurício Corrêa, embora seu compromisso neste caso com uma posição minimalista seja menos explícito ressalta que “a jurisprudência é construída em cada caso concreto, e por isso mesmo não estou generalizando este meu entendimento para a incidência a outras hipóteses, como precedente *erga omnes*, reservando-me, evidentemente, na análise de novo julgamento de que eventualmente venha a participar, para traduzir minha visão, quem sabe sobre outro ângulo, que é aqui restrita a tal quaestio, ressalva essa que faço questão de anotar.” BRASIL. STF. HC 73662-9, p. 330.

⁸⁹² BRASIL. STF. HC 73662-9, p. 326.

5.6.2 União civil entre homossexuais.

Outro exemplo extraído da jurisprudência recente de tribunais brasileiros e que poderia ilustrar as virtudes de uma postura “minimalista” promotora da democracia deliberativa trata da questão sobre a extensão, às uniões civis entre casais de homossexuais, dos direitos explicitamente concedidos às uniões heterossexuais. A CR/88, art. 226, §3º⁸⁹³, e a Lei nº 9.278/96, art. 1º, estabelecem que é reconhecida como entidade familiar a união estável mantida entre um homem e uma mulher. E o recém promulgado CCB, art. 1.723, determina: “É reconhecida como entidade familiar a união estável **entre o homem e a mulher**, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.” (grifamos)

Em virtude das expressões utilizadas na norma constitucional e nos dispositivos jurídicos subsequentes, os quais reconhecem a união entre “o homem e a mulher”, os tribunais brasileiros negaram-se durante anos a reconhecer a existência de “uniões civis” entre homossexuais para efeitos patrimoniais, previdenciários etc. Os argumentos contrários ao reconhecimento apelam a uma espécie de deferência judicial aos juízos políticos feitos pelo legislador bastante compatível com o modelo defendido por Ely. Em primeiro lugar reconhece que tanto a Constituição como a legislação infra-constitucional mencionam explicitamente a exigência de que seja o casal heterossexual para que possam ser concedidos os benefícios típicos da união de fato. Ora, trata-se de uma questão política e moralmente controversa, a saber, se o ordenamento jurídico deveria permitir casamentos e uniões civis entre casais homossexuais, e tal juízo deveria ser realizado nos termos do procedimento democrático.⁸⁹⁴ Note-se que não se trata aqui de proibir a opção sexual de adultos, pois esta é garantida inclusive constitucionalmente: uma vez que todos, inclusive os homossexuais, possuem acesso irrestrito aos canais de deliberação pública, nenhuma deficiência de legitimidade atinge a legislação em questão, a qual, por constitucional, goza de forte presunção de legitimidade. Trata-se afinal de uma definição sobre a natureza da estrutura familiar, e

⁸⁹³ CR/88, art. 226, § 3º: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável **entre o homem e a mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.” (grifamos)

⁸⁹⁴ recorde-se a posição de Ely quanto a legitimidade da proibição das praticas sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo.

para tal tema seria recomendável aguardar alguma manifestação legislativa explícita, o que até o momento não ocorreu.⁸⁹⁵

Nos últimos anos porém, paulatinamente a jurisprudência de nossos tribunais alterou sua orientação e passou a reconhecer os direitos das uniões civis entre casais homossexuais, utilizando argumentos que poderiam ser melhor defendidos sob uma perspectiva minimalista e promotora da democracia deliberativa. Muito embora as decisões judiciais costumeiramente apelem a considerações de amplo teor histórico (destacando a recorrência da homossexualidade nas sociedades) ou tecendo juízos acerca da correta definição da família moderna (a qual deveria ser definida em termos “edonistas” ao invés de econômicos – Fachim) a estrutura central do argumento possui um aspecto mais modesto. Em suma, são estes os passos adotados: (i) em primeiro lugar é possível construir uma analogia entre as disposições jurídicas sobre a união civil entre “o homem e a mulher” e as uniões entre homossexuais, já que sob todos os aspectos relevantes há similitude: estabilidade da conviência, partilha econômica das despesas fundamentais, contribuição para uma vida estável, afeto entre o casal, adaptação recíproca dos interesses pessoais em benefício de um projeto de vida comum – o que justifica a proteção judicial etc. (ii) O segundo passo afirma que embora a própria Constituição mencione apenas “o homem e a mulher”, não há nela – e na legislação infra-constitucional – nada que explicitamente proíba o reconhecimento das uniões civis entre heterossexuais: “não há possibilidade de se extrair do texto constitucional qualquer proibição no sentido de que sejam disciplinados os efeitos jurídicos decorrentes das uniões entre pessoas do mesmo sexo.”⁸⁹⁶ (iii) O terceiro passo consiste num típico exemplo de interpretação construtiva com referencia a princípios: são identificadas normas constitucionais (princípios) cuja melhor interpretação seria capaz de suportar a analogia do passo nº (i). Certamente o significado destes princípios é “construído” na medida em que não está inteiramente disponível no conteúdo semântico das normas interpretadas. Não há algo como um significado previamente disponível para expressões como “dignidade da pessoa humana” (CR/88, art. 1º, III), um dos princípios aos quais se recorre para sustentar a pertinência da analogia. Princípios como este e o da igualdade (CR/88, art. 5º) são interpretados em conjunto

⁸⁹⁵ A então deputada federal Marta Suplicy (PT-SP) foi a primeira a apresentar projeto de lei ordinária federal (nº 1.151) regulamentando a união civil entre pessoas do mesmo sexo, o qual foi retirado em favor de substitutivo apresentado pelo deputado federal Roberto Jefferson (PTB-RJ), o qual posteriormente apresentou novo projeto de lei (nº 5.252) o qual não mais faz qualquer referencia ao sexo das “pessoas” membros da união civil, com o que tornar-se permitida a união entre homossexuais.

⁸⁹⁶ PARÁ. Tribunal Regional Eleitoral, REO 993.

com o Art. 3º (“constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”) de modo a afirmar que se interpretamos a Constituição de modo coerente faz sentido concluir que as uniões civis entre homossexuais dispõem da mesma espécie de direitos que aqueles explicitamente atribuídos aos heterossexuais. Algumas decisões tem reconhecido argumentos semelhantes:

RELAÇÃO HOMOERÓTICA. UNIÃO ESTÁVEL. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. ANALOGIA. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO. VISÃO ABRANGENTE DAS ENTIDADES FAMILIARES. REGRAS DE INCLUSÃO. PARTILHA DE BENS. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.723, 1.725 E 1.658 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas.⁸⁹⁷

UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. DIREITO SUCESSÓRIO. ANALOGIA. Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a Justiça colmate a lacuna legal fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada. Embargos infringentes acolhidos por maioria⁸⁹⁸.

Conferindo forte apoio a esta argumentação construtiva encontra-se uma idéia que, embora nem sempre esteja explícita, traduz a principal preocupação da teoria discursiva do direito. A secular discriminação a que têm sido submetidos os homossexuais faz com que sua própria capacidade de articulação política de suas demandas seja prejudicada e sofra várias espécies de obstáculos. Neste sentido adquire plausibilidade a afirmação de que a ausência de regulamentação explícita deve ser considerada “omissão do legislador” a ser superada mediante o uso da analogia apoiada em princípios. Os tribunais devem evitar construir seus argumentos amparados em

⁸⁹⁷ RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Apelação Cível nº 70005488812, Sétima Câmara Cível, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 25/06/2003

⁸⁹⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Embargos Infringentes nº 70003967676, 4º Grupo Cível, Relator: Desª Maria Berenice Dias, julgado em 9 de maio de 2003.

extensas considerações sobre a natureza da família ou a presença recorrente do homossexualismo nas sociedades: basta aqui a constatação de que se trata de um grupo abertamente tratado como “cidadãos de segunda classe”.

5.6.3. O IPTU progressivo.

Um caso interessante e que exemplifica o problema aqui mencionado, diz respeito à possibilidade de que os municípios estabeleçam o IPTU com alíquotas progressivas em razão do valor venal do imóvel, a chamada “progressividade fiscal” do IPTU. O problema surgiu quando, a partir do final dos anos 1980, especialmente municípios administrados por partidos de esquerda, pretenderam estabelecer por meio de lei municipal impostos cujas alíquotas fossem fixadas de modo progressivo de modo tal que incidissem em percentual mais elevado sobre imóveis localizados em áreas mais nobres e valorizadas, reduzindo a zero a alíquota para os imóveis localizados em bairros sabidamente mais pobres. Deste modo, ao invés de um mesma alíquota incidindo proporcionalmente sobre o valor dos imóveis, pretendiam estabelecer categorias diferenciadas de alíquotas do mesmo modo como ocorre, por exemplo, no imposto sobre a renda. Além do apoio no princípio da função social da propriedade e no chamado “princípio da capacidade contributiva”⁸⁹⁹, a legislação municipal encontrava apoio no seguinte dispositivo:

CR/88. Art. 156. Compete aos Municípios instituir imposto sobre: I – propriedade predial e territorial urbana; (...) § 1º (redação anterior à EC nº 29/2000): o imposto previsto no inciso I (IPTU) poderá ser progressivo, nos termos de lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade.

Este certamente é um caso de norma constitucional típica dos estados que possuem um poder de intervenção no domínio econômico inconcebível para aqueles que apoiam teorias econômicas como as que suportam a decisão *Lochner*. No entanto, muito embora tratem-se de matérias tão distintas, o STF adotou neste caso uma espécie de ativismo judicial bastante similar e decidiu serem inconstitucionais as leis municipais que estabeleçam o IPTU progressivo.⁹⁰⁰ O tribunal apoiou sua decisão especialmente

⁸⁹⁹ CR/88. Art. 145. (...) § 1º. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

⁹⁰⁰ STF. RE 153.771 (1996)

numa espécie de “interpretação sistemática” da Constituição, a qual envolvia os já citados artigos 145 e 156, de modo a restringir a possibilidade de progressividade à hipótese prevista no art. 182, § 4º:

CR/88. Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (...)§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: (...) II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana **progressivo** no tempo; (grifo meu)

A interpretação sistemática adotada pelo STF limitava a competência dos municípios para fixar alíquotas progressivas no caso do IPTU apenas à hipótese de “progressividade extra-fiscal”, ou seja, nos casos em que o proprietário do imóvel não cumprir o estabelecido no plano diretor no município, o qual pode destinar áreas do município especialmente para atividades comerciais, fixar limites às edificações etc. O mais impressionante contudo é o fato de que a decisão do STF utilizou a expressão “funções sociais da cidade” (CR/88. Art. 182, *caput*) como ponto de apoio à construção do seu argumento, e a partir daí atinge a conclusão de que esta disposição deve funcionar como uma “especificação” da determinação de que lei municipal poderá estabelecer o IPTU progressivo “de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade” (CR/88. Art. 156, § 1º). Além disso o tribunal considerou que a expressão “sempre que possível” deveria ser interpretada não como uma permissão ao juízo político para, quando as características concretas da situação permitirem adotar a progressividade, mas sim como uma limitação do poder legislativo através de categorias da doutrina do direito tributário: para impostos “reais” a progressividade não é permitida (exceto quanto a própria Constituição explicitamente o permita), para impostos “pessoais” é permitida. É importante observar a decisão adotada pelo STF pois ela exemplifica precisamente que as permissões concedidas à administração pública, e que são características dos Estados de Bem-Estar social, não precisam necessariamente levar a modelos interpretativos que recomendam um grande ativismo judicial, ao menos não necessariamente ou por motivos de promoção de ideais democráticos:

IPTU. Progressividade. No sistema tributário nacional é o IPTU inequivocamente um imposto real. Sob o império da atual Constituição, não é admitida a progressividade fiscal do IPTU, quer com base exclusivamente no seu artigo 145, § 1º, porque esse imposto tem caráter real que é incompatível com a progressividade decorrente da capacidade econômica do contribuinte, quer com arrimo na conjugação desse dispositivo constitucional (genérico) com o artigo 156 § 1º (específico). A interpretação sistemática da Constituição

conduz inequivocamente à conclusão de que o IPTU com finalidade extrafiscal a que alude o inciso II do § 4º do artigo 182 é a explicitação especificada, inclusive com limitação temporal, do IPTU com finalidade extrafiscal aludido no artigo 156, I, § 1º. Portanto, é inconstitucional qualquer progressividade em se tratando de IPTU, que não atenda exclusivamente ao disposto no artigo 156, § 1º, aplicado com as limitações expressamente constantes dos §§ 2º e 4º do artigo 182, ambos da Constituição Federal. STF. RE 153.771.

Em assuntos desta natureza não são muitas as matérias que podem permitir conclusões “inequívocas”, quanto mais quando resultado de interpretações “sistemáticas”. Em todo caso, o exemplo não apenas é esclarecedor quanto aos riscos do ativismo judicial como também no que diz respeito à pertinência da adoção, pelo tribunal, de posturas minimalistas mesmo no que diz respeito a dispositivos jurídicos que permitem uma intervenção do Estado nas relações de propriedade privada. Para que os municípios pudessem estabelecer a progressividade do IPTU foi necessário promulgar a EC nº29, modificando a redação do § 1º do art. 156 para expressamente reconhecer a possibilidade de progressividade fiscal.⁹⁰¹ E mesmo após a promulgação da EC não faltou quem pretendesse que a própria emenda sofria de inconstitucionalidade, entre outros motivos por que “soterra a exegese do Supremo Tribunal Federal. A indigitada emenda tripudia sobre o sentido, o conteúdo e alcance que a Excelsa Corte deu ao princípio da capacidade contributiva.”⁹⁰² O modo como Barreto compreende as conseqüências das interpretações empreendidos pelo Tribunal é o melhor exemplo de como é possível pretender transformar Cortes constitucionais em instâncias legislativas superiores ao parlamento: conceitos abertamente controversos, como os que definem o caráter “pessoal” ou “real” dos impostos, possuiriam – segundo Barreto – uma validade superior às normas resultantes do exercício da competência constituinte derivada.

5.7. A compreensão procedimentalista do direito.

Se for possível conjugar o argumento minimalista com os princípios da teoria do discurso será possível também desenvolver de modo mais concreto as idéias que Habermas apresenta sob a forma de um paradigma jurídico “procedimental” (PJP), ao

⁹⁰¹ CR/88. Art. 156. § 1º: sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá: I – ser progressivo em razão do valor do imóvel; e II – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.

⁹⁰² BARRETO, Aires B. **IPTU: progressividade e diferenciação**. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 76, 2002, pp. 07-11.

qual ele opõe os paradigmas jurídicos “liberal” (PJL) e “social” (PJS).⁹⁰³ Para Habermas os paradigmas jurídicos formam um ao mesmo tempo um índice precioso para a compreensão do modo como uma dada sociedade realiza sua particular interpretação do sistema dos direitos e dos princípios do Estado de direito, apoiada em teorias sociais implícitas, e também uma fonte de argumentos capaz de auxiliar a “concretização” deste sistema de direitos nos processos políticos e no exercício da jurisdição.⁹⁰⁴ A importância decisiva que este conceito ocupa em FG é que com ele é possível desenvolver uma idéia de Wieacker, a qual exerce em Habermas uma influência decisiva: “os grandes períodos da história jurídica foram sempre constituídos por épocas nas quais a imagem do direito dos juristas estava consciente ou inconscientemente em consonância com a imagem da sociedade dominante nesse tempo”.⁹⁰⁵ Este ponto é chave para uma correta compreensão do conceito de PJP pois com ele o que Habermas pretende é exatamente articular conceitualmente uma “imagem do direito dos juristas” com uma “imagem da sociedade” especialmente adequada às sociedades nas quais vigoram Estados democráticos de direito. Se o PJL e PJS representam concepções exemplares sobre a realização do sistema de direitos especialmente vinculadas, respectivamente, às sociedades do capitalismo liberal de fins do século XIX e aos Estados de Bem-Estar social da “época de ouro” do capitalismo⁹⁰⁶, por sua vez com o PJP Habermas pretende “reforçar os contornos” de um novo paradigma do direito. Este pretende expressar, de modo conceitualmente mais rigoroso, algumas transformações surgidas nos Estados democráticos: “eu parto da idéia de que os sistemas jurídicos do final do século XX, nas democracias de massas dos Estados sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do direito.”⁹⁰⁷ Neste ponto Habermas parece seguir de perto a análise

⁹⁰³ Como foi ressaltado anteriormente, paradigmas jurídicos podem ser definidos como: “um conjunto integrado de suposições de pano-de-fundo cognitivas e normativas acerca da relação que o direito deve estabelecer entre o Estado e a sociedade, e a forma que deve ser adotada pela regulação jurídica.” “(...) an integrated set of cognitive and normative background assumptions about the relationship the law should establish between the State and Society, and the form legal regulation must take.” COHEN, Jean. **Regulating Intimacy: a new legal paradigm**. Princeton: OUP, 2002, p. 143. Para o conceito de paradigma, cf. KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1994, esp. Pp. 218-232.

⁹⁰⁴ Cf. TrFG I p. 241. “(...) os especialistas interpretam as proposições normativas em dois contextos: o do corpo jurídico tomado como um todo e o da pré-compreensão dominante na sociedade atual. Deste modo, a interpretação do direito constitui também uma resposta aos desafios de determinada situação social, percebida de certa maneira.” TrFG II p. 123.

⁹⁰⁵ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2ª ed. trad. António Hespanha. Lisboa: FKG, 1993, p. 716-717.

⁹⁰⁶ Para utilizar a expressão de Eric Hobsbawm, especialmente as décadas seguintes ao fim da Segunda Guerra Mundial. Cf. HOBBSAWM, Eric. **Era dos Extremos: o breve século XX**. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

⁹⁰⁷ TrFG I p. 242.

de Sunstein sobre algumas conseqüências imprevistas do crescimento dos Estados reguladores⁹⁰⁸, a qual embora rejeitando os programas de “retorno” a uma organização estritamente liberal da economia afirma a necessidade de mudanças no modo como as intervenções estatais tem sido operadas, com a finalidade de lhes conferir maior efetividade econômica e legitimidade democrática.

No entanto, a relação que os três paradigmas mantêm entre si em FG não é inteiramente clara. Menos problemática é a definição dos dois primeiros paradigmas. Não é possível neste tópico do presente trabalho reproduzir a extensa bibliografia acerca da matéria⁹⁰⁹. O que importa ressaltar é que, em FG, Habermas pouco ou nada pretende acrescentar à explicações que costumeiramente são fornecidas acerca destas duas compreensões exemplares do direito. O PJI é inicialmente identificado com o “direito formal burguês”,⁹¹⁰ ao passo que o PJS representa a concepção do “direito materializado do Estado social”⁹¹¹. Também quanto às patologias identificadas em cada um, nenhuma novidade: o PJI sofre de uma “cegueira social”⁹¹², dado que é incapaz de perceber que as desigualdades existentes numa sociedade de mercado podem fazer com que os direitos subjetivos formalmente iguais apenas sirvam para encobrir e preservar um estado de desigualdade faturalmente existente, e até mesmo para bloquear possíveis iniciativas no sentido de reverter tais desigualdades.⁹¹³ Por sua vez, o PJS apresenta uma simétrica “cegueira” em consistente na sua incapacidade da máquina burocrática de perceber as “limitações impostas à autodeterminação” dos clientes dos Estados de bem-estar social, bem como à eficácia das regulações em determinadas áreas econômicas.⁹¹⁴

⁹⁰⁸ Cf. SUNSTEIN, Cass. **After the Rights Revolution: reconceiving the regulatory State.**

⁹⁰⁹ Para uma acurada análise dos aspectos jurídicos da passagem dos Estados liberais aos Estados “sociais”, cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito.** Coimbra: Almedina, 1997. MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo.** 4ª ed. Lisboa: Caminho, 1987. CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista,** pp. 26-32. OFFE, Claus. *A Democracia Partidária Competitiva e o “Welfare State” Keynesiano: fatores de estabilidade e desorganização,* in OFFE, Claus. **Problemas Estruturais do Estado Capitalista.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, pp. 356-386. Cf. também WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno,** pp. 591-722. SUNSTEIN, Cass. **After the Rights Revolution: reconceiving the regulatory State.**

⁹¹⁰ TrFG I 242. “O direito privado clássico considerava a autodeterminação individual, no sentido da liberdade negativa de fazer ou não fazer o que se deseja, garantida suficientemente através dos direitos da pessoa e da proteção jurídica contra delitos, através da liberdade de contratos (especialmente para a troca de bens e de serviços), através do direito à propriedade, que incluía o direito de utilizar e de dispor, inclusive no caso, de herança, e através da garantia institucional do casamento e da família.” TrFG II p. 134.

⁹¹¹ TrFG I p. 242.

⁹¹² TrFG II p. 125

⁹¹³ Neste sentido, as decisões da *Suprem Court* no caso *Lochner* e do STF no RE 153.771 (IPTU progressivo) são exemplos de manifestações de ativismo judicial apoiado num PJI.

⁹¹⁴ Cf. TrFG II p. 125.

Aquilo que há de propriamente inovador em sua análise diz respeito ao modo como tenta articular algumas respostas que têm sido elaboradas a estas “disputas entre paradigmas”, mas precisamente aqui deve ser levantada uma questão.⁹¹⁵

O que ocorre é que Habermas não é inteiramente claro quanto ao significado do desenvolvimento desta disputa entre paradigmas e sua pretendida substituição pelo PJP. Ao menos duas acepções desta disputa parecem poder competir em FG, as quais certamente são compatíveis em diversos aspectos mas não o são necessariamente em todos. Em primeiro lugar, a disputa pode ser apresentada na forma de uma progressiva superação e auto-correção de paradigmas, a qual pode ser histórica e empiricamente verificada, representando o PJP a versão historicamente mais desenvolvida e contemporânea; em segundo lugar, o PJP pode é apresentado como uma espécie de compreensão reflexivamente mais elevada capaz de mediar uma disputa entre PJP e PJS, os quais, possuindo um status de saber meramente intuitivo, permanecem ainda hoje fornecendo argumentos para as disputas quanto à concretização do sistema de direitos. Em ambos os casos não seria correto interpretar os conceitos de “paradigma jurídico”, fornecidos por Habermas, como se PJP fosse um “paradigma jurídico do Estado Democrático de Direito”, por oposição aos paradigmas do “Estado Social” e do “Estado Liberal”,⁹¹⁶ dado que também PJP e PJS são *interpretações* historicamente particulares dos princípios do sistema de direitos e do Estado democrático de direito. Para Habermas PJP e PJS são interpretações – em alguma medida – equivocadas de tais princípios, mas com isso já não é possível vincular apenas PJP à idéia de Estado de Direito. A novidade acrescentada pelo PJP é sua interpretação procedimental do Estado democrático de direito. Acrescente-se que, se tal paradigma começou a formar-se nas últimas décadas do século XX, seria destituída de valor científico – por inteiramente falsa – uma classificação que fixasse neste período o surgimento históricos do “estados democráticos de direito”.⁹¹⁷

⁹¹⁵ “(...) as conseqüências que extraio do paradigma procedimentalista do direito e utilizo para a compreensão da “crise do Estado de direito” não são originais. Mesmo assim, esse caminho permite que certas tendências de reforma, que ainda são discutidas ou que já foram aprovadas, adquiram uma certa coerência.” TrFG II p. 188-9.

⁹¹⁶ Como é feito em CARVALHO NETTO, Menelick de. **Requisitos Pragmáticos da Interpretação Jurídica sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito**, pp. 475-486

⁹¹⁷ Para uma interpretação distinta, que evita tais equívocos, cf. GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas**, especialmente pp. 203-218.

Mas embora seja possível articular estas duas formas de explicação como aspectos distintos de uma mesma tendência mais geral, não é inteiramente claro como Habermas pretende fazê-lo exatamente. Segundo ele:

O direito formal burguês e o direito materializado do Estado social constituem os dois paradigmas jurídicos mais bem-sucedidos na moderna história do direito, continuando a ser fortes concorrentes. Interpretando a política e o direito à luz da teoria do discurso, eu pretendo reforçar os contornos de um terceiro paradigma do direito, capaz de absorver os outros dois. Eu parto da idéia de que os sistemas jurídicos surgidos ao final do século XX, nas democracias de massas dos Estados sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do direito.⁹¹⁸

Os indícios de que sua interpretação parece seguir a primeira acepção encontram-se na menção a “o” direito formal burguês e “o” direito materializado do Estado social. Muito embora a consolidação de ambas espécies de ordens jurídico-estatais seja em parte dependente de teorias sociais implícitas, e em parte tenha também ajudado a constituir algumas destas suposições paradigmáticas, as ordens estatais do capitalismo liberal de fins do sec. XIX e os Estados de bem-estar do século XX não são exatamente “paradigmas”, menos ainda jurídicos. São instituições concretas, formas específicas assumidas pelas relações entre administração pública, mercado e sociedade civil, e seu desenvolvimento pode ser explicado como faz o próprio Habermas em TKH, numa direção de progressiva superação histórica⁹¹⁹. Assim, é possível fazer menção à superação do direito formal-burguês (e com isso do PJJ) pelo direito materializado dos Estados de bem-estar (ou seja, pelo PJS), e o que Habermas efetivamente faz quando afirma que “o modelo do Estado social surgiu da crítica reformista ao direito formal burguês”⁹²⁰, menciona a “substituição do modelo jurídico liberal pelo Estado social”⁹²¹, e explica esta mudança pelo fato de que a crítica a PJJ revela que as suposições teóricas nas quais se apoiava estavam empiricamente equivocadas, como por exemplo a ausência de “condições não discriminatórias para a percepção das liberdades”⁹²². De modo semelhante é explicada a substituição do PJS pelo PJP, a qual resulta do progressivo esclarecimento das conseqüências indesejadas das regulações dos Estados de bem-estar, muito embora já não seja dado retroceder às formas organizacionais do Estado liberal: “as causas que levaram às regulamentações do Estado social não se eliminam

⁹¹⁸ TrFG I p. 242.

⁹¹⁹ Cf. TrTKH II pp. 502 e ss. Cf. cap. 3 do presente trabalho.

⁹²⁰ TrFG II p. 138

⁹²¹ TrFG II p. 133

⁹²² TrFG II p. 139

simplesmente através de desregulações.”⁹²³ Mais que isso: a idéia que subjaz ao PJP é continuar o modelo do Estado social “num nível de reflexão superior”⁹²⁴

A questão que pode ser levantada é como uma tal descrição que ressalta a progressiva auto-correção de paradigmas e a vincula à superação de formas de Estado concretas, pode ser compatibilizada com a citada afirmação de que PJP e PJS continuam ainda hoje a ser “fortes concorrentes”. Certamente é possível que, mesmo num estado que já não apresenta as características liberais do século XIX, existam decisões adotadas por funcionários públicos (magistrados) que compartilham visões de mundo similares a PJP, o que novamente pode ser exemplificado pelos casos *Lochner* e pela decisão do STF quanto ao IPTU progressivo. Mas afinal, o PJP corresponderia a uma forma de Estado nascida da progressiva correção das deficiências dos Estados de bem-estar ou seria uma concepção situada no mesmo nível teórico que suas concorrentes? Nesta segunda acepção há uma mais marcante distinção entre o PJP e os demais paradigmas, os quais são apresentados como pré-compreensões ainda hoje concorrentes, porém com um status de saber meramente implícito que o PJP já não mais possui. Além disso, tanto PJP quanto PJS apresentam ainda a deficiência de preservar uma “imagem produtivista” da sociedade, o que é evitado pelo PJP.⁹²⁵ Isso ocorre devido ao fato de que a disputa entre PJP e PJS “fez com que a compreensão paradigmática do direito perdesse o caráter de saber regulador intuitivo, que serve apenas como pano de fundo.”⁹²⁶ Agora, a teoria do direito já é capaz de problematizar explicitamente os diversos paradigmas:

Hoje em dia, a doutrina e a prática do direito tomaram consciência de que existe uma teoria social que serve como pano de fundo. E o exercício da justiça não pode mais permanecer alheio ao seu modelo social. E, uma vez que a compreensão paradigmática do direito não pode mais ignorar o saber orientador que funciona de modo latente, tem que desafiá-lo para uma

⁹²³ TrFG II p. 152.

⁹²⁴ TrFG II p. 148.

⁹²⁵ “Os dois paradigmas compartilham a imagem produtivista de uma sociedade econômica apoiada no capitalismo industrial, cujo funcionamento, segundo uma das interpretações, preenche a expectativa de justiça social através da defesa autônoma e privada de interesses próprios; segundo a outra interpretação, isso acarreta a destruição da expectativa de justiça social. Os dois paradigmas concentram-se nas implicações normativas do funcionamento social de um *status* negativo protegido pelo direito e procuram saber se é suficiente garantir a autonomia privada através de direitos à liberdade ou se a *emergência* ou surgimento da autonomia privada tem que ser assegurada através da garantia de prestações sociais. Em ambos os casos, perde-se de vista o nexo interno que existe entre autonomia privada e autonomia do *cidadão* – e, com isso, o sentido democrático da auto-organização de uma comunidade jurídica. Entretanto, **a disputa entre os dois paradigmas, que ainda perdura**, limita-se à determinação dos pressupostos fáticos para o *status* de pessoas do direito em seu papel de destinatárias da ordem jurídica. Todavia, elas somente serão autônomas na medida em que puderem se entender também como autoras do direito, ao qual se submetem enquanto destinatárias.” TrFG II p. 146.

⁹²⁶ TrFG II p. 125.

justificação autocrítica. Após esse lance, a própria doutrina não pode mais evadir-se da questão acerca do paradigma “correto”.⁹²⁷

E assim, tendo se tornado “reflexiva”, a disputa entre paradigmas “pôs fim à predominância natural” seja de PJP seja de PJS, sendo necessário agora recorrer a uma avaliação “caso a caso” para decidir sobre os meios e dimensões para garantir simultaneamente os espaços de autonomia pública e privada.⁹²⁸ Disto resultam duas observações importantes, as quais permitem esclarecer o sentido da compreensão procedimentalista de Habermas e compreender como é possível vinculá-la a um modelo minimalista de jurisdição. Em primeiro lugar, nesta segunda acepção, PJP é uma “compreensão paradigmática correta”, a qual já conta com as imagens sociais do direito fornecidas por outros “paradigmas” articulados de modo mais concreto: o PJP torna tais disputas mais “reflexivas”. Porém, e isto é fundamental, esta concorrência entre paradigmas não pode mais ser compreendida como representações teóricas dos profissionais diretamente envolvidos no funcionamento das instituições judiciárias, como advogados, juízes e promotores. Habermas rechaça enfaticamente esta possibilidade em virtude do risco que ela acarreta: que sob o manto de formulações teóricas, ao extremo rebuscadas, especialistas em direito possam assumir um status de oligárquico em virtude de seu saber tecnicamente privilegiado. Ao invés de uma disputa entre profissionais da filosofia ou da técnica jurídica, a concorrência entre paradigmas é essencialmente política:

(...) a disputa pela compreensão paradigmática correta de um sistema jurídico que se reflete como parte na totalidade de uma sociedade é, no fundo, uma disputa política. No estado democrático de direito, esta disputa atinge todos os envolvidos, não podendo realizar-se apenas nas formas esotéricas de um discurso de especialistas, isolado da arena política. Pois, graças às prerrogativas de decisão e graças às suas experiências e conhecimentos profissionais, a justiça [poder judiciário] e a doutrina jurídica participam de modo privilegiado dessa disputa pela melhor interpretação; porém elas não têm autoridade científica para impor uma compreensão da constituição, a ser assimilada pelo público dos cidadãos.⁹²⁹

Um exemplo de como seria possível verificar esta espécie de imposição é a reivindicação de Aires Barreto, como foi possível observar acima no debate sobre a

⁹²⁷ TrFG II p. 129.

⁹²⁸ “(...) é preciso estabelecer [limites] entre os espaços da autonomia privada e pública. Pode-se interpretar a querela histórica que opõe os paradigmas jurídicos do liberalismo e do Estado social como uma disputa sobre essa demarcação e, deste modo, sobre os respectivos critérios da igualdade de tratamento. Entrementes, **ao tornar-se reflexiva, essa disputa pôs fim à predominância natural de qualquer um desses paradigmas.** Por isso, é preciso decidir caso a caso, se e em que condições o tratamento jurídico igual das pessoas, privada e publicamente autônomas, exige uma equiparação fática.” TrFG II p. 154.

⁹²⁹ TrFG I p. 131.

progressividade do IPTU.⁹³⁰ É por isso que o PJP pode reivindicar uma espécie de “formalismo” que o distingue de PJI e PJS, já que “não antecipa mais um determinado ideal de sociedade, nem uma determinada visão de vida boa ou de uma determinada opção política.”⁹³¹ Assim,

(...) o novo paradigma submete-se às condições da discussão contínua, cuja formulação é a seguinte: na medida em que ele conseguisse cunhar o horizonte da pré-compreensão de todos os que participam, de algum modo e à sua maneira, da interpretação da constituição, toda transformação histórica do contexto social poderia ser entendida como um desafio para um reexame da compreensão paradigmática do direito. Esta compreensão, como aliás o próprio Estado de direito, conserva um núcleo dogmático, ou seja, a idéia da autonomia, segundo a qual os homens agem como sujeitos livres na medida em que obedecem às leis que eles mesmos estabeleceram, servindo-se de noções adquiridas num processo intersubjetivo. Contudo, esta idéia é “dogmática” num sentido *sui generis*. Pois nela se expressa uma tensão entre facticidade e validade, a qual é “dada” através da estrutura lingüística das formas de vida sócio-culturais, as quais *nós*, que formamos nossa identidade em seu seio, não podemos eludir.⁹³²

Mas sendo assim, também o PJP deve ser considerado um paradigma apenas “num sentido *sui generis*” pois sua formulação é normativa num sentido único, se comparado aos seus concorrentes. O PJP assume a dimensão de um conjunto de princípios e exigências, formulados explicitamente, com os quais podemos submeter à crítica as formulações intuitivamente já disponíveis em compreensões paradigmáticas situadas no nível de PJI e PJS. É por isso a exigência que mais o distingue dos demais paradigmas é da participação de todos os concernidos na formulação pública de seus interesses e soluções de problemas, uma demanda de “democratização progressiva” a qual expressa a idéia, mencionada no prefácio a FG, de que a “democracia radical” é necessária à manutenção de um Estado de direito em sociedades complexas e secularizadas. Segundo tal exigência:

(...) seria preciso (...) que a proteção jurídica coletiva não se resumisse a aliviar o indivíduo através de uma representação competente, mas o *engajasse* na percepção organizada, na articulação e na imposição de seus próprios interesses. Se se quiser impedir que a tutela por parte do Estado social se alastre ainda mais por este caminho, é necessário que a pessoa envolvida experimente a organização da proteção do direito como um processo político e que *ela mesma* participe na construção do contrapoder articulando os interesses sociais.⁹³³

Claro está que com isso o PJP não pode pretender servir de guia à tarefa jurisdicional de solução de casos jurídicos controversos do mesmo modo que

⁹³⁰Cf. BARRETO, Aires B. **IPTU: progressividade e diferenciação**. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 76, 2002, pp. 07-11

⁹³¹ TrFG II p. 190.

⁹³² TrFG II p. 190.

⁹³³ TrFG II pp.149-150.

pretendiam PJP e PJS. Enquanto formulação de uma exigência de democratização progressiva PJP vincula-se a uma recomendação de precedência aos juízos legislativos formulados nos procedimentos políticos deliberativos, embora esta – sendo precedência – possa ser afastada nas condições em que as condições deliberativa da política estejam em jogo. Não se trata de rejeitar sistematicamente, para toda sorte de casos, o ativismo judicial encarnado no tribunal Warren, adotando dogmaticamente uma postura de deferência irrestrita para com resultados majoritários de processos políticos formalmente corretos. Trata-se de manter uma postura algo equidistante, que não endossa “por princípio” nem o ativismo de Warren nem a excessiva deferência para com resultados dos processos políticos empíricos. Afinal,

A discussão sobre o tribunal constitucional – sobre o seu ativismo ou auto-modéstia – não pode ser conduzida *in abstracto*. Quando se entende a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexos interno entre autonomia privada e pública, é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade; tal jurisprudência é até exigida normativamente.⁹³⁴

⁹³⁴ TrFG I pp. 346-347

CONCLUSÃO

Nos capítulos anteriores foi possível perceber a existência de ao menos dois problemas distintos que no entanto atingem igualmente a filosofia do direito. Em primeiro lugar, a mencionada tese da “incomensurabilidade” das teorias filosóficas sobre a interpretação de normas jurídicas e sua justificação legítima. Trata-se de uma situação concreta que resulta da intensa produtividade e elevado brilhantismo que possuem as inúmeras vertentes teóricas da filosofia do direito: a proliferação e argumentos, verdadeiramente novos e/ou “reconstruídos”, torna impossível – para efeitos práticos – que qualquer jurista, vinculado às atividades quotidianas da profissão, disponha de conhecimento razoavelmente sólido sobre a *totalidade* destas abordagens, as quais, repita-se não cessam de surgir ou serem renovadas. Com isso certamente não se pretende endossar qualquer postura *anti-teórica*, que terminasse por rejeitar de plano a pertinência dos estudos filosóficos e sua natural tendência à abstração, dado que tais procedimentos efetivamente podem muitas vezes proporcionar argumentos esclarecedores sobre o assunto. Seria ademais no mínimo pitoresco que tal rejeição fosse a conclusão de um trabalho que trata, precisamente, de *filosofia do direito*. No entanto, que argumentos filosóficos e disputas entre vertentes teóricas possam – em muitos casos – contribuir para o esclarecimento, a crítica normativa, a rejeição a práticas injustas etc. – isso não afasta ainda o problema: não sabemos ainda quais são os tribunais e juristas aptos a decidir questões mezinhas da jurisprudência decidindo também – com a necessária segurança – sobre disputas que permanecem cada vez mais controversas, e isso precisamente no local onde estão situados os profissionais nesta classe de divergências, e que dispõem do tempo necessário para levar a cabo tal tarefa: as universidades e centros de pesquisa. Bastaria mencionar disputas como as que existem entre as vertentes da filosofia hermenêutica e analítica, ou entre os que afirmam e rejeitam a vinculação de argumentos morais ao exercício da jurisprudência, para perceber a dimensão real do problema: a dificilmente abarcável quantidade de argumentos atinge até mesmo aqueles que pretendem afirmar a existência de similitudes geralmente desconsideradas entre tais abordagens. No entanto, um dos objetivos do presente trabalho foi também chamar a atenção para teses (também elas inevitavelmente

filosóficas, como é o caso em Waldron e Sunstein) segundo as quais a incomensurabilidade das teorias filosóficas do direito não deve impedir a reflexão filosófica, mas sim levá-la a considerar a questão da capacidade funcional dos tribunais (suas deficiências e virtudes) antes de recomendar explicitamente algum método interpretativo mais abrangente. Além disso, o fato de que sejam incomensuráveis não impede que permaneçam estimulando linhas de pesquisa e permitindo propostas de solução de problemas específicos, embora impeça que o poder judiciário possa simplesmente pretender legitimamente estar apto a endossar alguma abordagem específica, chamando para si a competência de “tutor filosófico” do processo legislativo.

Em segundo lugar porém, se é aceita a tese de que a “progressiva democratização do Estado de direito” é uma condição mesma de sua existência, ou se ao menos são rejeitadas versões moral e epistemicamente céticas – o faz Habermas ao endossar uma espécie de construtivismo moral e realismo epistêmico – a tese da incomensurabilidade não poderia mais servir de argumento definitivo para endossar dogmaticamente a total deferência para com juízos legislativos. Se alguma espécie de qualidade *deliberativa* é exigida como condição de legitimidade para o resultado dos processos políticos então é possível rever leis e atos administrativos, ainda que democraticamente aprovados, ao menos em hipóteses nas quais tal qualidade lhes falte. E tal situação é agravada na medida em que não apenas a “progressiva democratização” do Estado de direito, mas a consolidação de instituições democráticas já existentes, é atingida por problemas sociais nas dimensões em que ocorre no Brasil. Uma série de fatores que, entre nós, certamente contribuíram para o estabelecimento de um ambiente favorável ao ativismo judicial ao menos entre juristas dispostos a endossar expectativas democráticas e socialmente reformistas (ainda que genericamente), possui um caráter contextual. Em primeiro lugar, a promulgação da CR/88 e seu catálogo de direitos fundamentais forneceu um instrumento precioso para aqueles que pretendem levar a cabo demandas políticas e sociais pela via judicial. Não é possível aqui discutir o quanto há realmente de inédito dos direitos fundamentais surgidos com a nova carta em relação a constituições anteriores. De todo modo, uma constituição que estabelece normas como a que determina que o valor do “valor do salário mínimo “atenderá às necessidades básicas do trabalhador e sua família” (CR/88, art. 7º) fornece um suporte objetivo aos que pretendem ampliar, pela via judicial, a proteção jurídica a setores socialmente fragilizados. No mínimo sua pretensão já não pode ser considerada absurda ou privada de qualquer base jurídica. Em segundo lugar, o período de estabilidade institucional que

já se iniciara antes mesmo de 1988 e que desde então consolidou-se⁹³⁵ pode ser caracterizado de diversas maneiras, dentre elas pela considerável isenção como tem ocorrido o acesso aos postos na magistratura e ministério público em seus níveis estadual e federal, mediante concurso público, com a progressiva consolidação de padrões de ação burocrática também eles incomuns em nossa história. Mas, em terceiro lugar, este quadro institucionalmente virtuoso tem convivido com desigualdades sociais imensas e duradouras. O que seria possível argumentar contra tais fatos? O cultivo de expectativas demasiado elevadas quanto às virtudes deliberativas do judiciário pode perfeitamente conviver com uma espécie de privatismo cívico: as possibilidades transformadoras da política são rejeitadas ao mesmo tempo em que as esperanças são depositadas numa imagem idealizada do poder transformador que possuem os tribunais. Mas se por um lado é verdade que tribunais possuem – e devem seguir possuindo – *algum* poder de promover a deliberação pública e corrigir desigualdades sociais que se pretende injustas, por outro lado uma sociedade na qual os cidadãos são ensinados a esperar dos tribunais, como fórum legitimamente privilegiado, a solução desta classe de problemas, pode de maneira paradoxal estar contribuindo para tornar menos “discursivas” as instituições políticas, dentre elas os próprios tribunais. Mais que isso: ainda que fosse aceita a tese de que o procedimento político deve ser desvalorizado devido a algo como a “má qualidade dos representantes”, isso não tornaria o próprio poder judiciário isento dos mesmos problemas, e menos ainda não seria uma garantia de que tais juízes estariam agora aplicando “teorias corretas” e juízos morais e/ou políticos legítimos.

Mas em que uma reflexão sobre a obra de Jürgen Habermas pode efetivamente contribuir para tal discussão? O presente trabalho desenvolve as suposições de que ela permite (1) uma importante perspectiva política para uma jurisprudência comprometida ativamente com o estado democrático de direito (versão reformista). Poucas são as abordagens do direito (e que pretendem vincular-se com discussões jurídicas mais concretas) com tamanho apoio em categorias sociológicas e filosóficas

⁹³⁵ No momento em que este trabalho é concluído qualquer cidadão brasileiro com idade pouco superior a trinta anos e que tenha acompanhado atentamente a vida pública nacional desde seus 15 anos pode afirmar que, durante todo esse período, jamais deparou-se com o pronunciamento público de algum oficial das forças armadas na ativa sobre assuntos político partidários, que pudessem caracterizar minimamente alguma forma de indevida ingerência sobre assuntos públicos. Para um país que entre 1930 e 1986 vivera 37 anos sob regime ditatorial (1930-1945, 1964-1986) e 22 sob regime constitucional democrático (1945-1964) e que no decorrer deste período de 56 anos havia registrado ao menos sete tentativas de sublevação ou golpes de estado (uma delas particularmente “bem sucedida”), este fato singular é forte indício de inédita estabilidade.

quanto essa, e menos ainda com esta finalidade política; (2) uma visão mais realista da prática jurídica impõe restrições às expectativas e esperanças mais utópicas de uma jurisprudência amplamente filosófica e moralizante.

Com a publicação de FG em 1992 foi possível esperar que uma série de abordagens filosóficas e sociológicas fossem postas a serviço de uma teoria do direito com pretensões práticas democratizantes. Nesta obra, a idéia de que “não se pode ter nem manter um Estado de direito sem democracia radical” é o mote a guiar sua abordagem: pretende explicitar os pressupostos normativos dos Estados democráticos de direito, elucidar o modo como podem ser fundamentados, extrair conclusões capazes de guiar a prática de auto-correção dos Estados democráticos e progressiva realização destes princípios. No entanto, muito embora em FG os principais problemas aqui levantados tenham sido identificados, não é simples superar a distância que há entre os princípios filosóficos nela levantados e conclusões de teor mais empírico capazes de orientar a ação, percurso que tampouco está isento de mal-entendidos. É certo que o objetivo central da compreensão procedimentalista do direito é “proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático”⁹³⁶ mas até que ponto isso permite resolver as questões que surgem quando se pretende interpretar de modo coerente os argumentos levantados por Habermas nos capítulos 5 e 6 de FG? Ora, como foi possível perceber, no capítulo 6 de FG trata-se de reivindicar para o tribunal constitucional um papel de guardião das qualidades discursivas do procedimento político de legislação, as quais permitem o surgimento da legitimidade a partir da legalidade; por sua vez no capítulo 5 de FG trata-se de “reconstruir” algumas teses interpretativas levantadas por Ronald Dworkin, procedimentalizando o modelo do juiz “Hércules”, com o objetivo de assim de compreender o modo como é possível compatibilizar as pretensões conflitantes de segurança jurídica e correção normativa no exercício da jurisprudência. Mas como é possível compatibilizar estas duas abordagens, um modelo construtivista de Dworkin “reconstruído” e um procedimentalismo de Ely “agudizado republicanamente”, os quais são ao menos a primeira vista conflitantes? Como é possível compatibilizar o endosso de uma concepção particularmente auto-contida de jurisdição constitucional, como é a exposta por Ely, com a idéia (afirmada por Habermas 10 anos após a publicação de FG) de que

(...) la interpretación de la constitución es un proceso de aprendizaje a largo plazo, cosa que siempre mueve al tribunal supremo a corregir sus propias

⁹³⁶ TrFG II p. 183.

decisiones. En el caso de que las circunstancias históricas varíen y surjan nuevas razones morales que afecten al derecho existente, los principios constitucionales – ellos mismos fundamentados moralmente – exigen que el derecho siga las asunciones morales.⁹³⁷

No presente trabalho pretendeu-se extrair de algumas teses fundamentais da obra de Habermas um modo de desenvolver suas intuições apresentadas em FG de modo tal que delas possam ser extraídas algumas conseqüências práticas mais explícitas. Assim, dentre outros aspectos, nos capítulos anteriores foi possível perceber que:⁹³⁸

- Os conceitos fundamentais da teoria do discurso, especialmente a definição das categorias de ação social e as regras do discurso racional (cap. 1), e os princípios (D) e (De) e o conceito de democracia deliberativa (cap. 2), levam Habermas a reivindicar, como critério capaz de auferir a legitimidade de normas jurídicas, uma espécie de procedimento cujas exigentes características normativas contrastam com o procedimento no sentido de Ely.
- Habermas afirma a tese sociológica do modelo de sociedade em “dois níveis” (cap. 3), explicado pela relação complementar entre os conceitos de “mundo da vida” e “sistema” implica uma dupla exigência: evitar os riscos de “idealização do mundo da vida” e de “conservadorismo”, que pode resultar na unilateralidade da perspectiva hermenêutica do participante no mundo da vida; e a tese do risco de “falso realismo”, o qual “subestima a eficácia social dos pressupostos normativos das práticas jurídicas existentes”⁹³⁹, que pode resultar da unilateralidade da perspectiva do observador da teoria dos sistemas. É necessário compreender corretamente de modo simultâneo (i) o sentido performativo das práticas de interação social e instituições etc. e (ii) os limites funcionais impostos aos sistemas sociais de ação.
- Seus argumentos quanto ao debate acerca dos procedimentos discursivos de aplicação de normas morais e jurídicas (cap. 4) afirmam que o exercício da atividade jurisprudencial necessita conjugar as pretensões de “segurança jurídica” e “correção normativa” muito embora deva ser rejeitada a tese de que discursos de aplicação de normas jurídicas possam ser compreendidos como um “caso especial” da razão

⁹³⁷ HABERMAS, Jürgen. **El Futuro de la Naturaleza Humana: ¿hacia una eugenia liberal?** p. 46, n. 21.

⁹³⁸ A seguir as referências entre parênteses indicam os capítulos do presente trabalho

⁹³⁹ TrFG I p. 11.

prática, bem como a tese de que tais questões possam ser resolvidas mediante o exercício de um “cálculo de ponderação”.

- Aceita a tese de que “em muitos casos e em todos os níveis da jurisprudência, entram em jogo princípios que envolvem uma interpretação construtiva do caso particular, no sentido de Dworkin”⁹⁴⁰, princípios que envolvem inclusive argumentos morais, inclusive adotando o modelo do direito como integridade como um índice capaz de auxiliar a compreensão do modo como a jurisprudência deve compatibilizar as pretensões de segurança jurídica e correção normativa (cap. 5).
- Por fim, Habermas aceita as críticas que apontam os riscos que resultam da adoção de modelos de interpretação jurídica demasiadamente condescendentes para com as limitações do poder judiciário, dentre estes modelos o mítico juiz “Hércules” de Dworkin (cap. 5).

Mas ainda assim, permanece um problema para aqueles que pretendem desenvolver os argumentos de Habermas para aplicá-los a “casos difíceis”: justificar normativamente o caráter radical-democrático de uma interpretação procedimental dos princípios do Estado democrático de direito ainda não produz parâmetros de ação suficientemente concretos. Afinal, se para a compreensão procedimentalista do direito é legítima e necessária a intervenção do tribunal quando estão em jogo as qualidades deliberativas do procedimento democrático, não seria possível ampliar consideravelmente a hipótese de casos nos quais a intervenção seria justificável mediante os princípios da concepção habermasiana, bastando para isso mostrar que o processo legislativo empírico não correspondeu, em alguma medida essencial, às condições normativas exigentes da teoria do discurso? E não seria isso então uma contradição com os argumentos levantados contra os riscos de “juridificação” resultantes da adoção de modelos demasiado ativistas? Tal contradição permaneceria uma possibilidade se não fossemos capazes e desenvolver os argumentos de Habermas numa direção que apontasse parâmetros mais concretos para auxiliar a decisão judicial em casos difíceis. E um modo de fazê-lo é reconstruir seus argumentos seguindo os passos seguintes:

⁹⁴⁰ TrFG I p. 303.

- a) Habermas aceita o modelo de interpretação construtiva de Dworkin, no qual a referência a princípios, inclusive de procedência moral, pode desempenhar um papel importante.
- b) A definição deste processo de interpretação construtivo com o auxílio da mítica figura do juiz “Hércules” (Dworkin), acarreta risco de juridificação do mundo vivido, devendo portanto ser evitado. O mesmo ocorre caso tal processo de interpretação construtiva comporte a “ponderação de princípios” e a “tese do caso especial” (Alexy);
- c) Assim, muito embora a interpretação construtiva deva ser mantida, ela deve ser “aliviada” de uma sobrecarga de competências morais. Para isso, pode ser corrigida seguindo um modelo procedimental o qual, nas formulações mais recentes, remonta a Ely.
- d) “Aliviar” a interpretação construtiva da referência a princípios não é “eliminar” tal referência: não é menos importante evitar o risco que resulta do próprio modelo procedimental de Ely, o qual não é suficientemente deliberativo. Para realçar tais virtudes comunicativas, seu modelo deve ser “agudizado republicanamente”.
- e) Se é aceito (i) o modelo de interpretação construtiva com referência a princípios e também é aceita (ii) a necessidade aliviar a sobrecarga moral deste modelo mediante o recurso aos procedimentos democráticos de deliberação, então a teoria do discurso pode recorrer à idéia de um “minimalismo” interpretativo que visa promover a democracia deliberativa (Sunstein). Ao fazê-lo a teoria do discurso não apenas se beneficia de uma abordagem jurisprudencial, tornando-se capaz de apresentar resultados empíricos, como também fornece argumentos acadêmicos capazes de suportar uma prática jurisprudencial minimalista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASOS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 73662-9. Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 03/04/2005

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl nº 467, rel. Min. CELSO DE MELLO. Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 03/04/2005

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 153.771 (1996) Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 03/04/2005

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa. Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 03/04/2005

E.U.A. Corte Suprema. *Brown versus Board of Education of Topeka* 374 U.S. 483 (1954)

E.U.A. Corte Suprema. *Lochner versus New York* 1485 U.S. 45 (1905)

E.U.A. Corte Suprema. *Marbury versus Madison* 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)

E.U.A. Corte Suprema. *Plessy versus Ferguson* 163 U.S. 537 (1896)

E.U.A. Corte Suprema. *West Coast Hotel Co. versus Parrish* 300 U.S. 397 (1937)

PARÁ. **Tribunal Regional Eleitoral**, REO 993.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Apelação Cível nº 70005488812, Sétima Câmara Cível, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 25/06/2003. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 01/03/2005

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Embargos Infringentes nº 70003967676, 4º Grupo Cível, Relator: Desª Maria Berenice Dias, julgado em 9 de maio de 2003. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 01/03/2005

Bibliografia.

AARNIO, Aulis. *Las Reglas en Sério*. In Aarnio, Aulis; Valdés, Ernesto G.; Jyrki UUsitalo (orgs.) **La normatividad del derecho**, ps. 17-35

AARNIO, Aulis. **Reason and Authority: a treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics**. Cambridge: Dartmouth/Arshgate, 2002.

AARNIO, Aulis; Valdés, Ernesto G.; Jyrki UUsitalo (orgs.) **La normatividad del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1997.

ABOULAFIA, Mitchell; BOOKMAN, Myra; KEMP, Catherine (orgs.) **Habermas and Pragmatism**, Londres: Routledge, 2002.

ALBERTON, Genacéia da Silva. **Ação Comunicativa e Jurisdição: uma contribuição habermasiana**. Revista dos Tribunais, vol. 826. 2004. pp. 58-68.

ALEXY, Robert. **Constitutional Rights, Balancing, and Rationality**. Ratio Juris. Vol. 16, n° 2, 2003 (131-40)

ALEXY, Robert. **El Concepto de la Validez y Otros Ensayos**. Barcelona: Gedisa, 1994.

ALEXY, Robert. **Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales**. Revista Española de Derecho Constitucional, n° 66 (2002), pp. 13-65.

ALEXY, Robert. *Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse*. In ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (orgs). **Habermas on Law and Democracy**. Berkeley: UCP, 1998. ps. 226-233..

ALEXY, Robert. **Justification and Application of Norms**. Ratio Juris. Vol. 6 n° 2 julho 1993 (157-170).

ALEXY, Robert. **On the Structure of Legal Principles**. Ratio Juris, vol. 13, n° 3, 2000 (294-304).

ALEXY, Robert. **Sistema Jurídico y Razon Practica**. In ALEXY, Robert. El Concepto y la Validez del Derecho. Gedisa: Barcelona, 1994, ps. 159-177.

ALEXY, Robert. **Teoría de la Argumentación Jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. **The Special Case Thesis**. Ratio Juris, vol. 12. n° 4. (374-84).

ALEXY, Robert. **Una Concepcion Teórico-Discursiva de la Razon Practica**. In ALEXY, Robert. El Concepto de la Validez y Otros Ensayos. Barcelona: Gedisa, 1994.

ALTMAN, Andrew. **Legal Realism, Critical Legal Studies and Dworkin**. In Philosophy and Public Affairs. Vol. 15, n° 3, 1986 (205-235).

ANTUNES, José Engrácia. *Prefácio*, in TEUBNER, Günther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Lisboa: Kalouste Gulbenkian, 1989.

APEL, Karl-Otto. *A Ética do Discurso diante da problemática jurídica e política: podem as próprias diferenças de racionalidade entre moralidade, direito e política ser justificadas normativo-racionalmente pela ética do discurso?* in MOREIRA, Luiz (org.) **Com Habermas, Contra Habermas: Direito, Discurso e Democracia**, pp. 105-143.

APEL, Karl-Otto. *Fundamentação normativa da “Teoria Crítica”*: recorrendo à *eticidade do mundo da vida*, in MOREIRA, Luiz (org.) **Com Habermas, Contra Habermas: Direito, Discurso e Democracia**. Belo Horizonte: Landy, pp. 23-77

APEL, Karl-Otto. *O Problema do Emprego Lingüístico Francamente Estratégico na Perspectiva Transcendental-Pragmática*, in MOREIRA, Luiz (org.) **Com Habermas, Contra Habermas: Direito, Discurso e Democracia**, pp. 109-104.

APEL, Karl-Otto. **Teoría de la Verdad y Ética del Discurso**. Barcelona: Paidós, 1998.

ARAGÃO, Lúcia Maria de Carvalho. **Razão Comunicativa e Teoria Social Crítica em Jürgen Habermas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

ARATO, Andrew; ROSENFELD, Michel. **Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges**. Los Angeles: UCP, 1998.

ARAÚJO, Cícero. WAIZBORT, Leopoldo. **Sistema e Evolução na Teoria de Luhmann**. In *Lua Nova*, nº 47, 1999, (179-200)

ARENDT, Hannah. **Da Revolução**. Brasília: Ática/UnB, 1988.

ARENDT, Hannah. **La Condición Humana**. Barcelona: Paidós, 1993.

ARENDT, Hannah. **Lições sobre a Filosofia Política de Kant**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.

ARENDT, Hannah. **Sobre a Violência**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

ARROYO, Juan Carlos Velasco. **La Teoría Discursiva del Derecho: sistema jurídico y democracia en Habermas**. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, 2000.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica**. Belo Horizonte: Landy, 2000.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Sobre Principios y Reglas**, DOXA, vol. 10, 1991, (101-120)

AUDARD, Catherine. *O Princípio da Legitimidade Democrática e o Debate Rawls-Habermas*, in ROCHLITZ, Rainer. **Habermas e o Uso Público da Razão**, pp. 81-112.

AUSTIN, J.L. **Quando Dizer é Fazer**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed., revista. São Paulo: Malheiros, 2004.

BAL, Peter. **Discourse Ethics and Human Rights in Criminal Procedure**, in DEFLEM, Mathieu (Org.). **Habermas, Modernity and Law**, ps. 71-100

BARRETO, Aires B. **IPTU: progressividade e diferenciação**. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 76, 2002, pp. 07-11.

BAYNES, Kenneth. *Deliberative Democracy and the limits of Liberalism*, in BAYNES, Kenneth. SCHOMBERG, René von. **Discourse and Democracy: essays on Habermas's Between Facts and Norms**, pp. 15-30.

BAYNES, Kenneth. SCHOMBERG, René von. **Discourse and Democracy: essays on Habermas's Between Facts and Norms**. New York: State University of New York, 2002.

BAYNES, Kenneth. **The Normative Grounds of Social Criticism: Kant, Rawls and Habermas**. Nova York: SUNY, 1992.

BELLO Filho, Ney de Barros. **Sistema Constitucional Aberto**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BELLUZZO, Luiz Gonzaga. **Finança Global e Ciclos de Expansão**, in FIORI, José Luís (org.). Estados e Moedas no desenvolvimento das nações. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, ps. 87-118.

BENHABIB, Seyla. **Critique, Norm, and Utopia: a study of the foundations of critical theory**. New York: CUP, 1986.

BERGER, Peter. LUCKMANN, Thomas. **A Construção Social da Realidade**. Petrópolis: Vozes, 2000.

BERTEN, André. *Republicanism e Motivação Política* in MERLE, Jean-Christophe Merle; MOREIRA, Luiz. **Direito e Legitimidade**. Belo Horizonte: Landy, 2003, pp.21-36.

BIX, Brian. **Law, Language and Legal Determinacy**. Oxford: Clarendon, 1993.

BLACKBRUN, Robin (org). **Depois da Queda: o fracasso do comunismo e o futuro do socialismo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

BLEICHER, Joseph. **Contemporary Hermeneutics: hermeneutics as method, philosophy and critique**. Routledge: Londres, 1980.

BOOKMAN, Myra. *Forming Competence: Habermas com reconstructing worlds and context-transcendent reason*, in ABOULAFIA, Mitchell; BOOKMAN, Myra; KEMP, Catherine (orgs.) **Habermas and Pragmatism**, Londres: Routledge, 2002, ps. 65-80.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei nº 10.406/02. Disponível em Disponível em www.brasil.gov.br. Acesso em 01/03/2005

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Lei nº 5.172/66. Disponível em Disponível em www.brasil.gov.br. Acesso em 01/03/2005

BRASIL. **Lei de Introdução ao Código Civil**. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942. Disponível em www.brasil.gov.br. Acesso em 01/03/2005

BRINK, David. **Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review**. In *Philosophy and Public Affairs*, 1988, vol. 17, nº 2, ps. 105-148.

BURGOS, Marcelo Baumann; MELO, Manuel Palácios Cunha; VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAMPBELL, Tom. *Legal Positivism and Deliberative Democracy*, in FREEMAN, M. D. A. (org.) **Current Legal Problems**, 1998, vol. 51 (65–92), p. 90.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: SAFe, 1988

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: SAFe, 1993.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **Requisitos Pragmáticos da Interpretação Jurídica sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito**, pp. 475-486

CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann; MELO, Manuel Palácios Cunha; VIANNA, Luiz Werneck. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999

COHEN, Gerald A. **Self-Ownership, Freedom and Equality**. Cambridge: CUP, 1995.

COHEN, Jean. ARATO, Andrew. **Sociedad Civil y Teoría Política**. México: FCE, 2000.

COHEN, Jean. **Regulating Intimacy: a new legal paradigm**. Princeton: OUP, 2002

COHEN, Joshua. **Reflections on Habermas on Democracy**. *Ratio Juris*, vol. 12, nº 4, 1999, (385-416)

COLEMAN, Jules. *Negative and Positive Positivism*, in FEINBERG, Joel. COLEMAN, Jules (orgs.) **Philosophy of Law**. 6ª ed. New York: Woodsworth, 2000, pp. 95-107.

DAHL, Robert. **A preface to democratic theory: How does popular sovereignty function in America?** Chicago: UCP, 1956.

DALLMAYR, Fred. *Hermeneutics and the Rule of Law*, in LEYH, Gregory (org.). **Legal Hermeneutics: history, theory, and practice**. Berkeley: UCP, 1992 (3-22).

DEFLEM, Mathieu. Introduction: law in Habermas's theory of communicative action, in DEFLEM, Mathieu (Org.). **Habermas, Modernity and Law**. London: SAGE, 1996, ps. 01-22.

DONOHUE, Brian. **Judicial Hegemony: Dworkin's Freedom's Law and the Spectrum of Constitutional Democracies**. Ratio Juris, vol. 15, nº 3, 2002 (267-282)

DOWNS, Anthony. **Uma Teoria Econômica da Democracia**. São Paulo: Edusp, 1999.

DRYZEK, John. Critical Theory as Research Program. In WHITE, Stephen (org.). **The Cambridge Companion to Habermas**. New York: CUP, 1995, ps. 97-119.

DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

DURKHEIM, Emile. **O Suicídio**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

DUTRA, Delamar Volpato. BORGES, Maria de Lourdes. DALL'AGNOL, Darlei. **Ética**. Rio de Janeiro: DP & A, 2002

DUTRA, Delamar Volpato. *Controle de constitucionalidade e Separação de Poderes em Habermas* in DUTRA, Delamar Volpato. PINZANI, Alessandro (orgs.) **Habermas em Discussão**. Florianópolis: NEFIPO, 2005, pp. 80-94

DUTRA, Delamar Volpato. **Da revisão do conceito discursivo de verdade em Verdade e Justificação**, .

DUTRA, Delamar Volpato. **Kant e Habermas: a reformulação discursiva da moral kantiana**, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

DUTRA, Delamar Volpato. **O Mundo Vivido**. In PIZZI, Jovino; KAMMER, Marcos (orgs.). *Ética, Economia e Liberalismo*. Pelotas: EDUCAT, 1998, p. 105.

DUTRA, Delamar Volpato. **Razão e Consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia**. 2ª ed. Florianópolis: Ed. UFSC, 2005.

DWORKIN, R. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the moral reading of the american constitution**. New York: HUP, 1997.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ELSTER, Jon. **El cambio tecnologico**: investigaciones sobre la racionalidad y la transformación social. 3ª. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

ELSTER, Jon. **Peças e Engrenagens das Ciências Sociais**. São Paulo: Relume Dumará, 1994.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**. Cambridge: HUP, 1980.

ELY, John Hart. **On Constitutional Ground**. Princenton: PUP, 1996.

ESSER, Josef. **Princípio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado**. Barcelona: Bosh, 1961

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constitution for the United States of América** (1787). Disponível em <http://www.constitution.org/constit .htm>, acesso em 10/04/2004.

FALLON Jr, Richard H. **A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation**, in Harvard Law Review, vol. 100, nº 6, 1987, pp. 1189-1286

FARIA, Cláudia Feres. **Democracia Deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman**. Lua Nova, nº 49, 2000, pp. 47-68.

FERRARA, Alessandro. **Of Boats and Principles: reflections on Habermas's "Constitutional Democracy"**. Political Theory, vol. 29, nº 6, 2001, 782-791

FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**. Nova York: OUP, 1980.

FISCHER III, William; HORWITZ, Morton; REED, Thomas (orgs) **American Legal Realism**, New York: OUP, 1993.

FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FREEMAN, M. D. A. (org.). **Legal Theory at the End of the Millennium**. Current Legal Problems 1998, vol. 51. Londres: OUP, 1998

FREEMAN, Samuel. *Democracia e Controle Jurídico da Constitucionalidade*, in **Lua Nova**. Nº 32, 1994, p. 181-199.

FROOMKIN, A. **Habermas@Discourse.Net: toward a critical theory of cyberspace**. In Harvard Law Review, vol. 116, nº 3, ps. 749-843.

FURTADO, Celso. **O Capitalismo Global**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Vozes: Petrópolis, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II: complementos e índice**. Petrópolis: Vozes, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GARCIA AMADO, Juan António. **Filosofia Hermeneutica y Derecho**. Disponível em «<http://www.geocities.com/jagamado>», acesso em 20/01/2004, (1-24)

GARGARELLA, Roberto. **John Rawls, Public Reason, and the Role of the Judiciary**. *Rechtstheorie*, nº 28 (1997), pp. 523-530.

GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: SAFe, 1988.

GIDDENS, Anthony. **As Conseqüências da Modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 4ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

GRABOWSKI, Andrzej. **Sonderfallthese: its critique and interpretation**. In *Rechtstheorie*, nº 34, 2003 (371-392).

GUNTHER, Klaus. **A Normative conception of Coherence and Discursive Theory**. *Ratio Juris*. Vol.2 nº 2. 1989 (155-66).

GUNTHER, Klaus. **Critical Remarks on Robert Alexy's "Special Case Thesis"**. *Ratio Juris*, Vol. 12, nº 4, (1999), pp. 374-384.

GÜNTHER, Klaus. **The Sense of Appropriateness**. New York: HUP, 2001

GÜNTHER, Klaus. **Un Concepto Normativo de Coherencia para una Teoria de la Argumentacion Juridica**. *Doxa*, nº 17/18, 1995, pp. 274-302

HÄBERLE, Peter. **Hermeuêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Porto Alegre: SAFE, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade** (organização Patrick Savidan). São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *A Revolução e a Necessidade de Revisão na Esquerda: o que significa socialismo hoje?* In BLACKBRUN, Robin (org). **Depois da Queda: o fracasso do comunismo e o futuro do socialismo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, ps. 45-72.

HABERMAS, Jürgen. **A short Reply**. *Ratio Juris*. (1999)Vol. 12, nº 4, pp. 445-53.

HABERMAS, Jürgen. **Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Aspectos de la Racionalidad de la Accion**, in *Teoria de la Accion Comunicativa: complementos y estudios previos*, ps.

HABERMAS, Jürgen. **Comentários à Ética do Discurso**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999

HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Constitutional Democracy: a paradoxical union of contradictory principles**. *Political Theory*, vol. 29, nº6, 2001, 766-781.

HABERMAS, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica: para a crítica da hermenêutica de Gadamer**. Porto Alegre: L&PM, 1987, ps. 82-83.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**, 2 vols., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **El Futuro de la Naturaleza Humana: hacia una eugenesia liberal?** Barcelona: Paidós, 2002.

FREITAG, B. R. ; ROUANET, S. P. ; HABERMAS, J. . Entrevista com Jürgen Habermas. Caderno Mais da Folha de São Paulo, São Paulo, 31 de Março de 1995.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung: beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.

HABERMAS, Jürgen. **La Inclusión del Outro: estudios de teoría política**. Barcelona: Paidós, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **La Lógica de las Ciencias Sociales**. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1990.

HABERMAS, Jürgen. **La Reconstrucción del Materialismo Histórico**. Madrid: Taurus, 1981.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoría da sociedade burguesa**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HABERMAS, Jürgen. O Conceito de Poder em Hannah Arendt, in FREITAG, Barbara. ROUANET, Sérgio Paulo (orgs). **Habermas**, 3ª ed. São Paulo: Ática, 1993, (100-118).

HABERMAS, Jürgen. *Observaciones sobre el Concepto de Acción Comunicativa*, in HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa: complementos y estudios prévios**, (479-507).

HABERMAS, Jürgen. **On Law and Disagreement: some comments on “interpretative pluralism”**. *Ratio Juris*, vol. 16, nº 2, 2003, pp. 187-94.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamiento Postmetafísico**. Madrid: Taurus, 1990.

HABERMAS, Jürgen. **Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío**. Madrid: Cátedra, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Que Significa Pragmática Universal?** in Teoría de la Acción Comunicativa: complementos y estudios previos, ps. 299-368.

HABERMAS, Jürgen. RAWLS, John. **Debate sobre el Liberalismo Político**. Barcelona: Paidós, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Reply to Symposium Participants, Benjamin N. Cardozo School of Law*. In ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. **Habermas on Law and Democracy**, (381-452).

HABERMAS, Jürgen. *Reply to Symposium Participants. In ARATO, Andrew; ROSENFELD, Michel. Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*. Los Angeles: UCP, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa**, 2 vols. Madrid: Taurus, 1987.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría y Praxis: estudios de filosofía social**. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Teorías de la Verdad*, in HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa: complementos y estudios previos**, ps. 113-158

HABERMAS, Jürgen. **Verdad y Justificación: ensayos filosóficos**. Madrid: Trotta, 2002.

HAMILTON, Alexander. JAY, John. MADISON, James. **The Federalist Papers**, (1787) disponível em <http://www.constitution.org/fed/federa00.htm>, acesso em 10/04/2004

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**, 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

HOBBSAWM, Eric. **Era dos Extremos: o breve século XX**. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

HOLMES, Oliver Wendell. *Lochner versus New York*, 198 U.S. 45 (1905), voto divergente.

HONNETH, Axel. **Jürgen Habermas: percurso acadêmico e obra**. In Revista Tempo Brasileiro, nº 138, (9-32), 1999

HUNTINGTON, Samuel. **O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.

INGRAM, David. **Habermas e a Dialética da Razão**. 2ª ed. Brasília: UnB, 1994.

- IRIGARAY, L. **Is The Subject of Science Sexed?** *Cultural Critique*, 1, 1985. ps. 73-88.
- KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**, 3ª ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.
- KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 1995.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 1989.
- KAUFMANN, Arthur. **Concepcion Hermenéutica del Método Jurídico**. *Persona y Derecho*, nº 35, 1996, (11-38).
- KAUFMANN, Arthur. **Entre jusnaturalismo y positivismo: hacia la hermeneutica juridica**, in *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, nº 17, (1977).
- KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**, Lisboa: Gulbenkian, 2004.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KELSEN. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KEMP, Catherine; BOOKMAN, Myra; ABOULAFIA, Mitchell (orgs.) **Habermas and Pragmatism**, Londres: Routledge, 2002.
- KENNEDY, Duncan. **Form and Substance in Private Law Adjudication**. *Harvard Law Review* vol. 89 (1976), pp. 1685-1778
- KETTNER, Mathias. **The Disappearance of Discourse Ethics in Habermas's *Between Facts and Norms***. In SCHOMBERG, René Von; BAYNES, Kenneth (orgs). *Discourse and Democracy: essays on Habermas's *Between Facts and Norms**. New York: SUNY, 2002, (201-218)
- KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald (orgs.) **Democracia Deliberativa y Derechos Humanos**. Madrid: Gedisa, 2004
- KYMLICKA, Will. **La Política Vernácula: nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía**. Barcelona: Paidós, 2003
- LA TORRE, Massimo. **Theories of Legal Argumentation and Concepts of Law: an approximation**, *Ratio Juris*, vol. 15 nº 4, 2002 (377-402)
- LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência: análise de uma «recepção»**. Fragmentos: Lisboa, 1989.
- LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência: o alcance da recepção da hermenêutica filosófica para uma concepção de “jurisprudência de valoração”**.

Revista Jurídica da Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, nº 6, 1986, pp. 61-83.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**, 3ª ed. Lisboa: Gulbenkian, 1997

LEYH, Gregory (org.). **Legal Hermeneutics: history, theory, and practice**. Berkeley: UCP, 1992.

LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

LUHMANN, Niklas. **Legal Argumentation: an analysis of its form**. In *The Modern Law Review*, vol. 58, 1995, (285-298).

LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales: lineamientos para una teoria general**. Mexico: Anthropos, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Sociedad y Sistema: la ambición de la teoria**. Barcelona: Paidós, 1990.

MACCARTHY, Thomas. **La Teoria Critica de Jürgen Habermas**. Madrid: Tecnos, 1987.

MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**, ed. revista. Oxford: OUP, 1994.

MADISON, James. HAMILTON, Alexander. JAY, John. **The Federalist Papers**. New York: Penguin, 1987 [1788].

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARX, Karl. **O 18 de Brumário de Louis Bonaparte**, in MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Obras Escolhidas**, Lisboa: Avante!, 1982 (413-512), p. 417.

MATURANA, Humberto. VARELA, Francisco. **Autopoiesis and Cognition: the realization of life**. Dordrecht: Reidel, 1981.

MATURANA, Humberto. VARELA, Francisco. **Autopoietic Systems**. Illinois: Urbana, 1975.

MATURANA, Humberto. VARELA, Francisco. **De Maquinas y Seres Vivos**. Santiago: Editorial Universitária, 1973.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. *Novos Estudos CEBRAP*, nº 58, 2000 (183-202)

MAUS, Ingeborg. *Liberties and Popular Sovereignty: On Jürgen Habermas's Reconstruction of the System of Rights*, in **Discourse and Democracy: essays on Habermas's Between Facts and Norms**, pp. 89-128.

MCMAHON, Christopher. **Why There is No Issue Between Habermas and Rawls**, *The Journal of Philosophy*, vol. XCIX, nº 3, 2002, pp. 111-29.

MELO, Manuel Palácios Cunha; VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

MERLE, Jean-Christophe Merle; MOREIRA, Luiz. **Direito e Legitimidade**. Belo Horizonte: Landy, 2003.

MICHELMAN, Frank I. **Brennan and Democracy**. New Jersey: PUP, 1999

MICHELMAN, Frank I. **Constitutional Legitimation of Political Acts**. *The Modern Law Review*, vol. 66, nº 1, 2003 (1-15).

MICHELMAN, Frank I. **Human Rights and the Limits of Constitutional Theory**. *Ratio Juris*, vol. 13, nº 1, 2000 (63-76).

MICHELMAN, Frank I. **Law's Republic**. *The Yale Law Journal*, vol. 97, nº 8 (1988), pp. 1493-1537.

MICHELMAN, Frank I. **Morality, Identity and "Constitutional Patriotism"**. *Ratio Juris*, vol. 14, nº 3, 2001, (253-71)

MICHELMAN, Frank I. *The Problem of Constitutional Interpretive Disagreement: can "discourses of application" help?*. In ABOULAFIA, Mitchell; BOOKMAN, Myra; KEMP, Catherine (orgs) **Habermas and Pragmatism**, pp. 113-138.

MICHELMAN, Frank I. **The Supreme Court, 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government**. In *Harvard Law Review*, vol. 100, nº 1, 1986 (4-77).

MICHELMAN, Frank. *Family Quarrel*, in ROSENFELD, Michel. ARATO, Andrew. **Habermas on Law and Democracy**, (309-321).

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. 3ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MOREIRA, Luiz; MERLE, Jean-Christophe Merle. **Direito e Legitimidade**. Belo Horizonte: Landy, 2003.

MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. 4ª ed. Lisboa: Caminho, 1987.

MUÑIS, Joaquín R.-Toubes. **Legal Principles and Legal Theory**, Ratio Juris, vol. 10, nº 3, 1997 (267-87).

MUNNICH, Geert. *Rational Politics?* In SCHOMBERG, René Von; BAYNES, Kenneth (orgs). **Discourse and Democracy: essays on Habermas's *Between Facts and Norms***, pp. 185-200.

NAFARRATE, Javier Torres. **Galáxias de Comunicação: o legado teórico de Luhmann**. In Lua Nova, nº 51, 2000, (144-161).

NAGEL, Thomas. **A Última Palavra**. Lisboa: Gradiva, 1999.

NETTO, Antônio Delfin. **O Câmbio dá o Tom**. Entrevista a Amália Safatle e Luiz Gonzaga Belluzzo. Carta Capital, 29/12/2004, ps. 24-27.

NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**, 4ª ed. vol. 3.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra: Almedina, 1997.

OFFE, Claus. *A Democracia Partidária Competitiva e o "Welfare State" Keynesiano: fatores de estabilidade e desorganização*, in OFFE, Claus. **Problemas Estruturais do Estado Capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, pp. 356-386.

PARÁ. Tribunal Regional Eleitoral, REO 993.

PARSONS, Talcott. **Social Systems**. New York: Free Press, 1964

PAVLAKOS, Georgios. **The Special Case Thesis: an assessment of R. Alexy's discursive theory of law**. Ratio Juris. Vol. 11 nº 2, 1998 (126-54)

PECZENIK, Aleksander. **On Law and Reason**. Dordrecht: Kluwer, 1989.

PERELMAN, Chaim. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação: a Nova Retórica**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERRY, Michael J. **The Constitution in the Courts: law or politics?** New York: OUP, 1994.

PERRY, Michael J. *Why Constitutional Theory Matters to Constitutional Practice (and Vice Versa)*, in LEYH, Gregory (org.). **Legal Hermeneutics: history, theory, and practice**. Berkeley: UCP, 1992 (241-268).

PERRY, Michal J. **The Idea of Human Rights: four inquires**. New York: OUP, 1998.

PINZANI, Alessandro. DUTRA, Delamar Volpato (orgs). **Habermas em Discussão**. Anais do Colóquio Habermas realizado na UFSC (Florianópolis, 30 março-1º de abril de 2005). Florianópolis: Nefipo, 2005

PINZANI, Alessandro. *O Conceito de Poder em Habermas: uma comparação com Arendt e Luhmann*, in PINZANI, Alessandro. DUTRA, Delamar Volpato (orgs) **Habermas em Discussão**, pp. 176-183. RASMUSSEN, David. **Reading Habermas**. Cambridge: Basil Blackwell, 1990.

RAWLS, John. HABERMAS, Jürgen. **Debate sobre el Liberalismo Político**. Barcelona: Paidós, 1998.

RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. Trad. Catherine Audard. São Paulo: Martins Fontes, 2000

RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000

RAWLS, John. **Political Liberalism**. Nova York: CUP, 1996.

RAWLS, John. **Themes in Kant's Moral Philosophy**, in "Immanuel Kant: critical assessments" org. Ruth R. Chadwick, vol. III, London: Routledge, ps. 11-41. A este ponto voltaremos em seguida.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RAZ, Joseph (org.). **Practical Reasoning**. Oxford: OUP, 1978

REHG, William. **Insight and Solidarity: a study in the discourse ethics of Jürgen Habermas**. Berkeley: UCP, 1994.

REHG, William. **Moral Discourse as Reflection: coments on James Swindal's Reflection Revisited**. In Philosophy & Social Criticism, vol. 29, nº 2, ps. 127-136.

RIBEIRO, Paulo Jorge. STROZENBERG, Pedro (orgs.). **Balcão de Direitos: resoluções de conflitos em favelas do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Mauad, 2001.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Apelação Cível nº 70005488812, Sétima Câmara Cível, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 25/06/2003

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Embargos Infringentes nº 70003967676, 4º Grupo Cível, Relator: Desª Maria Berenice Dias, julgado em 9 de maio de 2003

ROCHLITZ, Rainer (org.) **Habermas: o uso público da razão**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

ROCHLITZ, Rainer. *Filosofia Política e Sociologia em Habermas*, in ROCHLITZ, Rainer (org.) **Habermas: o uso público da razão**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, pp. 137-168.

ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. **Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges**. Los Angeles: UCP, 1998.

ROSS, W. D. **The Right and the Good**. Idianápolis: Hackett, 1988

ROSS, Willian David. **The Right and the Good**. Indianapolis: Hackett, 1988 [1930].

ROUANET, Luiz Paulo. *A Complementaridade entre Rawls e Haberma na etapa da deliberação*, in PINZANI, Alessandro. DUTRA, Delamar Volpato (orgs). **Habermas em Discussão**. Anais do Colóquio Habermas realizado na UFSC (Florianopolis, 30 março-1º de abril de 2005). Florianópolis: Nefipo, 2005, pp. 169-175

SANDEL, Michael. **Democracy's Discontent: America in search of a public philosophy**. Cambridge: HUP, 1996

SANTOS Jr, Orlando Alves dos. RIBEIRO, Luiz César de Queiroz. AZEVEDO, Sérgio de (orgs). **Governança Democrática e Poder Local: a experiência dos conselhos municipais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, Fase, 2004.

SANTOS, B. S. **Para Um Novo Senso Comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. São Paulo: Cortez, 2000.

SCHOMBERB, René von; BAYNES, Kenneth. **Discourse and Democracy: essays on Habermas's Between Facts and Norms**.

SCHROTH, Ulrich. *Hermenêutica Filosófica e Jurídica*, in KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, (381-408).

SCHWABE, Jürgen (org.). **Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2003.

SEARLE, J. **Expressão e Significado: estudos da teoria dos atos de fala**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

SEARLE, J. **Speech acts: an essay in the philosophy of language**. Londres: Cambridge Univ. Press, 1969.

SEARLE, John. **La Construcción de la Realidad Social**. Barcelona: Paidós, 1995.

SEARLE, John. **Mente, Linguagem e Sociedade: filosofia no mundo real**. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

SEARLE, John. Prima Facie Obligations. In RAZ, Joseph (org.). **Practical Reasoning**. Oxford: OUP, 1978, (81-90)

SEARLE, John. **Razones para Actuar**. Oviedo: Nobel, 2000, p. 223

SENNETT, Richard. **A Corrosão do Caráter: consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo**. Rio de Janeiro: Record, 1999.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. Revista dos Tribunais, n.º. 798, 2002, pp. 23-50.

SITTON, John. **Habermas and Contemporary Society**. New York: Palmgrave, 2003.

SKIRBEKK, Gunnar. **The Discourse Principle and Those Affected**. Inquiry, n.º 40, 1996 (63-72).

SMITH, Carole. **Autopoietic Law and the “Epistemic Trap”: a case study of adoption and contact**. Journal of Law and Society, vol. 31, n.º 3, 2004, (318-344).

SOKAL, A.; BRICMONT, J. **Imposturas Intelectuais: o abuso da ciência pelos filósofos pós-modernos**. Rio de Janeiro: Record, 1999.

SUNSTEIN, Cass. **After Rights Revolution: reconceiving the regulatory state**. Cambridge: CUP, 1990.

SUNSTEIN, Cass. **Beyond the Republican Revival**. The Yale Law Journal, vol. 97, 1988, pp. 1539-1590

SUNSTEIN, Cass. **Designing Democracy: what Constitutions Do**. Oxford: OUP, 2001.

SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**. New York: OUP, 1996.

SUNSTEIN, Cass. **One Case at Time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: HUP, 2001.

SUNSTEIN, Cass. *Practical Reason and Incompletely Theorized Agreements*. In FREEMAN, M. D. A. (org.). **Legal Theory at the End of the Millennium**. Current Legal Problems 1998, vol. 51. Londres: OUP, 1998, (267-298).

SUNSTEIN, Cass. **Radicals in Robes: why extreme Right-wing courts are wrong for américa**, New York: Basic Books, 2005

SUNSTEIN, Cass. **The Partial Constitution**. Cambridge: HUP, 1997.

SUNSTEIN, Cass. VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. *Michigan Law Review*, 2003, 101, vol. 4, (885-951).

SWINDAL, James. **Discourse, Reflection and Commitment**. Philosophy & Social Criticism, vol. 29, n.º 2, ps. 147-161.

TEBBIT, Mark. **Philosophy of Law: an introduction**. Routledge: Londres, 2000.

TEUBNER, Günther. **El Derecho como Sujeto Epistémico**: hacia una epistemología constructivista del Derecho. In *Doxa*, nº 25, 2002, (533-571)

TEUBNER, Günther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Lisboa: Kalouste Gulbenkian, 1989.

THAYER, James B. *The Origin and Scope of The American Doctrine of Constitutional Law*, **Havard Law Review**, vol. 7, nº 3 (1893), pp. 129-156.

TOULMIN, Stephen. **Os Usos do Argumento**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. 3ª ed. Vol. 1. New York: Foudations Press, 2000.

TRIBE, Laurence H. **The Pluzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories**. *Yale Law Journal* , vol. 89, 1980, 1063.

TUGENDHAT, Ernst. **Lições Sobre Ética**. Trad. Grupo de doutorandos da UFRGS sob a responsabilidade de E. Stein. Petrópolis: Vozes, 1997.

TUSHNET, Mark. **Does Constitutional Theory Matter?** A Comment. *Texas Law Review* 65, vol. 4, (777-788).

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away From the Court**. PUP: Princenton, 1999.

TUSHNET, Mark. *The Warren Court as History: an interpretation*, in TUSHNET, Mark (org). **The Warren Court in Historical and Political Perspective**. Harlottesville: University Press of Virginia, 1993, pp. 1-34.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. *Deliberación, desacuerdo y votación*, in KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald (orgs.) **Democracia Deliberativa y Derechos Humanos**, pp. 249-267.

WALDRON, John. **Law and Disagreement**. Oxford: OUP, 1999.

WALZER, Michael. **Politics and Passion: toward a more egalitarian liberalism**. New Haven: YUP, 2004.

WALZER, Michael. **The Communitarian Critique of Liberalism**. *Political Theory*, vol. 18, nº 1, 1990, pp. 6-23.

WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**. 12ª ed. São Paulo: Pioneira, 1997.

WEBER, Max. **Economia y Sociedad**. 2ª ed. México: Fondo de Cultura, 1992.

WELLMER, A. **A Controvérsia Acerca da Verdade: pragmatismo sem idéias reguladoras**. In *Tempo Brasileiro* n° 138, Julho-setembro de 1999, ps. 55-74.

WHITE, Stephen. **The Recent Work of Jürgen Habermas: reason, justice and modernity**. Cambridge: CUP, 1988.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**, São Paulo: Nova Cultural, 1996.

ZIEGERT, Klaus. **The Tick Description of Law: an introduction to Niklas Luhmann's theory of operatively closed systems**. *Vienna Working Papers in Legal Theory, Political Philosophy, and Applied Ethics*, n° 25, 2001 (1-44).