

**UMA ANÁLISE SOBRE O DIREITO E
A DECISÃO JURÍDICA NA PERSPECTIVA DE JÜRGEN HABERMAS**

**AN ANALYSIS ABOUT THE LAW AND
THE LEGAL DECISION IN THE JÜRGEN HABERMAS' S PERSPECTIVE**

CANDIDA JOELMA LEOPOLDINO¹

RESUMO: Em busca de bases teóricas para a análise e discussão da problemática da decisão jurídica e seus fundamentos de validade, coube ao presente estudo uma verificação sobre o direito e a eficácia da decisão jurídica na perspectiva do doutrinador alemão Jürgen Habermas, trazendo o seu posicionamento sobre o assunto. Assim, iniciou-se a contextualização do assunto trazendo elementos introdutórios sobre a ideologia do filósofo, bem como algumas de suas considerações a respeito do próprio direito e o que ele considerada como direito moderno. Na sequência, integrando algumas linhas do pensamento de Ronald Dworkin , Hart e Carlos Santiago Nino, foram apresentadas outras perspectivas sobre o direito, bem como ao final, foi realizada uma verificação sobre a efetivação da decisão jurídica de acordo com Habermas, como o tema principal.

Palavras – chaves: Habermas; direito moderno; decisão jurídica.

ABSTRACT : Searching theoretical basis for the analysis and discussion about the decision and its legal foundations of validity, this study aims to analyze the effectiveness of the law and the legal decision from the German author Jürgen Habermas's perspective, bringing his position about this matter. So, the study started with the contextualization and bringing introductory elements about the philosopher's ideology, as well as some of his remarks about the law and what he consider as "modern law". Further, with Ronald Dworkin, Hart and Carlos Santiago Nino's thought, other perspectives about law were presented as well as in the end, it was realized a verification about the legal decision effectiveness according to Habermas, as the main theme.

Key - words: Habermas; modern law; legal decision.

¹ Advogada e professora do Curso de Direito do Instituto Federal do Paraná - *Campus* de Palmas. Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Em busca de bases teóricas para a análise e discussão da problemática da decisão jurídica e seus fundamentos de validade, coube ao presente estudo a abordagem do direito e da eficácia da decisão jurídica na perspectiva do doutrinador alemão Jürgen Habermas, trazendo o seu posicionamento sobre o assunto.

Dentre as obras selecionadas, a pesquisa realizada sugeriu uma concentração na exposição na obra “*Direito e Democracia: entre facticidade e validade*”, obra em que Jürgen Habermas aborda a tensão existente entre os elementos fáticos e a questão da validade no âmbito do direito, contrapondo sua posição diante do pensamento do norte- americano R. Dworkin.

Tem-se de pronto que para Habermas o direito é o meio possível de legitimação racional das normas e no que tange à decisão jurídica, a correta seria possível diante de uma reconstrução racional da aplicação do direito.

Uma decisão correta seria possível através da reconstrução racional da aplicação do direito por meio da sua teoria discursiva e procedimental da ação comunicativa. O juiz interpreta os argumentos e as provas aduzidas estrategicamente pelas partes como elementos de um procedimento discursivo que permite chegar a uma sentença.

Para tanto o presente estudo traz ainda algumas outras acepções de direito, à exemplo do definido por Hart e Dworkin, principalmente na atuação da figura do Juiz Hércules.

2 A IDEOLOGIA HABERMASIANA E AS SUAS CONCEPÇÕES ACERCA DO DIREITO (MODERNO)

Inicialmente importante destacar que as pesquisas de Jürgen Habermas, alemão, ainda vivo², englobam desde a hermenêutica jurídica; críticas ao positivismo; o pensamento de Weber e Marx, mas principalmente analisa de forma especial o tecnicismo e cientificismo, elementos esses que poderiam reduzir o conhecimento humano ao domínio da técnica e das ciências empíricas, limitando o campo de atuação da razão humana a todo conhecimento que fosse objetivo e prático. (DOMINGUEZ, 2012)

² Filósofo, nascido no ano de 1929, tendo se destacado como assistente de Theodor W. Adorno e Gadamer, trabalhando no Instituto de Pesquisa Social de Frankfurt (a chamada Escola de Frankfurt), no qual foi considerado o mais brilhante representante da nova geração. A referida instituição foi conhecida por desenvolver uma teoria crítica da sociedade, integrando a filosofia e a sociologia.

Percebe-se, outrossim, que nas discussões travadas por Habermas há sempre alguma característica da herança da Escola de Frankfurt³, ou seja, abordagens sobre as teorias críticas da sociedade, das ciências e do próprio presente. O autor também abordou em algumas obras as ciências sociais⁴ e, em especial, dedicou-se a estudar o Direito, fato que dará embasamento teórico para a presente pesquisa.

O tema do Direito em Habermas – especialmente desenvolvido em *Facticidade e Validade*, pode ser focalizado como uma das formas de colonização da *lebenswelt*⁵ pelos sistemas, neste âmbito, o Direito desempenha uma função de *juridicização*, i.e “torna jurídicos” certos domínios que não eram objecto dessa regulação. Não obstante, o papel do Direito na sociedade não se reduz a este aspecto “menos positivo. (DOMINGUEZ, 2012)

Por esta razão, Habermas apresenta dois diferentes tipos ou funções do Direito, a saber: a) o primeiro deles é o como “*Direito-Instituição*”, o qual tem por função criar as condições necessárias para assegurar o desenvolvimento da interação entre os indivíduos e da sua livre subjetividade. Isso se dá em razão de dois fatores: os princípios constitucionais e legais sobre o direito à privacidade, e o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como essencial e, conseqüentemente, da igualdade que esta implica. O segundo é o *Direito-Médium*” que é aquele universo de normas jurídicas que contribuem para o funcionamento dos sistemas. Deste modo, será este “*Direito-Médium*” que, ao operar como mediador na colonização da *lebenswelt* pelos sistemas, está a prejudicar a esfera da subjetividade. (DOMINGUEZ, 2012)

Outrossim, para ele direito é o moderno normatizado, como sendo aquele que possibilita a troca de convicções através de sanções, na medida em que os motivos que acompanham a obediência a regras, porém, impõe respeito. (HABERMAS, 2003, p.70).

³ Foi no cenário alemão de 1924 que surgiu um movimento conhecido como a Escola de Frankfurt, encabeçado pelo Theodor W. Adorno, Walter Benjamin, Herbert Marcuse e Max Horkheimer, que acreditavam na teoria de Marx, sobre o Materialismo Histórico e esperavam poder conciliar a teoria marxista à realidade, na qual o povo e o governo poderiam ter uma convivência harmônica. Esta Escola ficou conhecida por desenvolver uma “teoria crítica da sociedade”, a qual seria um modo de fazer filosofia integrando os aspectos normativos da reflexão filosófica com as realizações explicativas da sociologia, sempre de forma crítica, buscando o entendimento e promovendo a transformação da sociedade. A Teoria Crítica baseou-se em quatro grandes momentos, do qual o último foi encabeçado por J. Habermas. Sua preocupação central era a reformulação da teoria suprimindo eventuais lacunas deixadas pelos seus fundadores. (WIGGERSHAUS, Rolf: **A Escola de Frankfurt. História, desenvolvimento teórico, significação política**. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002)

⁴ Especialmente na obra: Habermas, Jürgen. **La lógica de las ciencias sociales**. Madrid: Tecnos, 1990.

⁵ Em inglês “*lifeworld*”, o “*mundoexperimentado, vivido*”. O conceito de mundo de vida rompe com o modelo de uma totalidade que se compõe de partes. Configura-se como uma rede ramificada de ações comunicativas que se difundem em espaços sociais e épocas históricas. O mundo da vida não pode ser tido como uma organização superdimensionada, na qual os membros se filiam, nem como uma associação ou liga, na qual os indivíduos se inscrevem, nem como uma coletividade que se compõe de membros. (HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia : entre facticidade e validade**. V1. p. 111.)

Tal direito se apresenta como a vontade à ocorrência da fundamentação sistemática, à interpretação obrigatória e à imposição. Os seus membros têm que poder supor que eles mesmos, numa formação livre da opinião e da vontade política, autorizariam as regras as quais eles são destinatários. (HABERMAS, 2003, p.59)

O direito sobreviveria à autonomia, baseando-se nela e na liberdade individual.

El derecho moderno se inspira en la idea de autonomía: los hombres sólo actúan como sujetos libres cuando no obedecen sino a las leyes que ellos mismos se han dado, basadas en convicciones comunes obtenidas en la comunicación y en la libre discusión. (HABERMAS, 1998, p. 123)

Para o referido autor o direito seria, então, o único meio possível de legitimação racional das normas, havendo a necessidade de participação em uma argumentação racional nos discursos emanados da atividade legislativa, observando-se os princípios determinados.

O direito é um sistema de saber e, ao mesmo tempo, um sistema de ação. Ele tanto pode ser entendido como um texto de proposições e de interpretações normativas, ou como uma instituição, ou seja, como um complexo de reguladores da ação. (...) De outro lado, as instituições jurídicas, distinguem-se de ordens institucionais naturais através de seu elevado grau de racionalidade; pois, nelas, se incorpora um sistema de saber mantido dogmaticamente, isto é, articulado, trazido para um nível científico e interligado com uma moral conduzida por princípios. (HABERMAS, 2003, p.110-111)

O instituto se adapta especialmente à integração social de sociedade econômica que, em domínio de ação neutralizados do ponto de vista ético, dependem das decisões descentralizadas de sujeitos. *Esse sistema normativo age sobre a tensão entre facticidade e validade à qual está submetida a moralidade pós-tradicional aliviando o indivíduo do peso da decisão prática.* (HABERMAS, 2003, p.111) Entretanto, ele não pode satisfazer apenas às exigências funcionais de uma sociedade complexa, devendo levar em conta também as condições precárias de uma integração social que se realiza, em última instância, através das realizações de entendimento de sujeitos que agem comunicativamente, isto é, através de aceitabilidade de pretensões de validade. O direito moderno tira dos indivíduos o fardo das normas morais e as transfere para as leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação. (HABERMAS, 2003, p.114)

O autor acredita ainda que o direito faz parte da “superestrutura” da base econômica e não representa apenas uma forma do saber cultural, como a moral, pois forma, simultaneamente, um componente importante do sistema de instituições sociais. Como

anteriormente citado, é um sistema de saber e ao mesmo tempo, um sistema de ação. O sistema jurídico, atualmente autônomo, não consegue mais manter uma troca direta com seus mundos circundantes, nem influir neles de modo regulatório e que não pode mais ter funções de orientação na sociedade como um todo.

Assim, em uma sociedade crescentemente funcionalizada, um número cada vez maior de pessoas adquire direitos de acesso e de participação cada vez mais amplos num número cada vez maior de subsistemas. E

[...] o direito moderno conseguirá estabilizar as expectativas de comportamento de uma sociedade complexa, que inclui mundos de vida- termo anteriormente citado e conceituado- estruturalmente diferenciados e subsistemas funcionalmente independente, se eles assumirem a função de lugar- tenente de “*societal community*” que se transformou numa sociedade civil, mantendo a pretensão de solidariedade herdada, na forma de pretensão de legitimidade digna de fé. (HABERMAS, 2003, p.105)

Entretanto, vale dizer que somente os direitos políticos de participação fundamentam a colocação reflexiva do direito de um cidadão. O sistema dos direitos exige a realização simultânea e complementar, tanto da autonomia privada, como da cidadã, pois ambas são co- originárias do ponto de vista do normativo, e se completam mutuamente. (HABERMAS, 2003, p.40)

Por fim, cabe também verificar que para o autor os direitos humanos e o princípio da soberania do povo formam as ideias em cuja essência ainda é possível justificar o direito moderno e que o elo de ligação entre este (princípio da soberania do povo) e aqueles (direitos humanos), reside no conteúdo normativo de um modo de exercício da autonomia política, que é assegurado através da formação discursiva da opinião e da vontade, não através de forma das leis gerais. (HABERMAS, 2003, p.133 e 137)

Outrossim, “o sistema dos direitos não pode ser reduzido a uma interpretação moral dos direitos, nem a uma interpretação ética da soberania do povo, porque a autonomia privada dos cidadãos não pode ser sobreposta e nem subordinada à sua autonomia política”. (HABERMAS, 2003, p.138)

Falar de Direito em Habermas também é lembrar da *Teoria da Ação Comunicativa* e pensar, ou mesmo associá-la à hermenêutica jurídica, parte da ciência jurídica que diz respeito ao sistema de regras para a interpretação das leis e normas.

Em princípio, diz-se que a Ação Comunicativa⁶ é a expressão da razão comunicativa, que para o autor proporciona as inter-relações entre os fatos e as normas estabelecidas para os mesmos. Para ele, o binômio validade- eficácia representa uma condição essencial para o direito, pois além de manter a inter-relação citada, de forma descentralizada de condições, ela também sustenta a imposição do Direito

A ação comunicativa teoriza a razão comunicativa como um modelo no qual a razão não está pronta e nem acabada, mas se constrói a partir da argumentação e entendimento entre os indivíduos. Segundo tal teoria, a razão implica no questionamento e transformação constantes sobre todas as proposições, com o objetivo de chegar a um consenso, a um entendimento (HABERMAS, 2003, p.25). A razão é, assim, interpessoal e não subjetiva. (SIEBENEICHLER, 1989, p. 67)

Aliando-se a tais conceitos, Habermas tratou da ética discursiva, que nada mais é que a aposta na veracidade da linguagem e em sua capacidade de levar ao entendimento interpessoal.

A ética do Discurso não dá nenhuma orientação conteudística, mas sim, um procedimento rico de pressupostos, que deve garantir a imparcialidade da formação do juízo. O Discurso prático é um processo, não para a produção de normas justificadas, mas para o exame da validade de normas consideradas hipoteticamente. (HABERMAS, 1989, p. 148)

Outrossim, ao analisar o Direito em Habermas não se pode olvidar de citar (apenas) os estudos desenvolvidos na área da hermenêutica jurídica, cujo objeto consiste em estudar a sistematização dos processos que devem ser utilizados para que se realize uma interpretação adequada e correta sobre um fato concreto.

⁶ Introduzida pela primeira vez na obra “Teoria da Ação Comunicativa”, publicada em 1981, a ação comunicativa pode ser definida, em termos gerais, como a teoria da sociedade moderna fundamentada por métodos da sociologia, filosofia social e filosofia da linguagem. (SIEBENEICHLER, Flávio Bueno. **Jürgen Habermas- razão comunicativa e emancipação**. p. 148) Para Habermas a linguagem serve como garantia da democracia, uma vez que a própria democracia pressupõe a compreensão de interesses mútuos e o alcance de um consenso. Contudo, para seja democrática, no pensamento habermasiano, é necessário que a comunicação seja clara. O autor entende que havendo a distorção de palavras e de sua compreensão, não é possível uma comunicação efetiva, um consenso, uma prática efetiva da democracia. O uso correto das palavras, transforma-se em um instrumento de uma ciência que, deixando de ser acesso a conhecimentos verdadeiros, torna-se meio de dominação e poder da Natureza e dos próprios seres humanos. Surge então, a razão comunicativa, como instrumento de democracia. Ela, além de compreender a esfera instrumental de conhecimentos objetivos, alcança a esfera da interação entre sujeitos, marcada por simbolismo e subjetivismo, experiências pessoais e a contextualização dialógica de agentes lingüísticos. Entretanto, apesar das críticas, a Teoria da Ação Comunicativa propõe um retorno ao diálogo construtivo, capaz de alcançar um conhecimento mais profundo do que o alcançado pela relação entre o “sujeito o objeto”. Observa-se também que na prática, a Ação Comunicativa não se limita apenas à busca do consenso da democracia, mas também pode ser instrumento para pedagogia, filosofia e muitos outros campos da ação humana. (SIEBENEICHLER, F. B. **Obra citada**, p. 140 e 154)

Cumpra observar também que interpretação e hermenêutica são coisas distintas, visto que a primeira, é a aplicação da segunda. A interpretação é única (exceto quando usada para fins didáticos), na prática ela não pode ser fracionada; possui como objeto de estudo as palavras, frases, proposições e enunciados e a partir de tais conceitos, ela é aplicada nos diversos problemas de ordem sintática, semântica e pragmática.

Assim, partindo do pressuposto de que a linguagem, especialmente a escrita, garante a democracia aos povos, ela também justifica a presença de um Direito imposto por uma autoridade sobre uma pessoa, cidade ou nação. O filósofo entende que a validade desse Direito reside no fato de que o destinatário que a norma se sujeita é também criada por ele, e que *sua eficácia depende de uma interpretação do magistrado, coerente com cada situação real e concreta*. (HABERMAS, 1989, p.178). A produção de direito legítimo através de uma política deliberativa configura, pois um processo destinado a solucionar problemas [...] a fim de programar a regulação de conflitos e persecução de fins coletivos. (HABERMAS, 2003, p.45)

Desta forma, na verdade, os intérpretes do Direito (magistrados, legisladores e demais aplicadores do Direito) guiam-se pelas próprias avaliações do sistema interpretado, a fim de enfraquecer as tensões sociais na medida em que neutraliza a pressão exercida pelos problemas de distribuição de poder, de recursos e de benefícios escassos.

3. O DIREITO E ALGUMAS DE SUAS OUTRAS ACEPÇÕES

Muito embora o objetivo do presente estudo seja de fato as noções do direito (moderno) para Habermas, importante destacar que esta definição ainda causa inquietação e desorientação aos juristas, uma vez que a referida dificuldade pode, inclusive, estar relacionada com a concepção e relação entre linguagem e realidade.

Em razão da conotação afetiva do termo fica impossível não o relacioná-lo com valores morais e desta forma há uma vasta corrente que defende que o direito está relacionado com a moral e assim o conceito de direito sofre influência da moral (NINO, 2010, p. 17).

Contudo, nem toda relação do direito com a moral é relevante para a conceituação de “direito”, mas existem algumas que merecem ser mencionadas, conforme se posicionou no texto Carlos Santiago Nino (2010, p. 17-18), citando como exemplo de que:

1) As normas de todo o sistema jurídico refletem de fato os valores e aspirações morais da comunidade em que vigoram ou dos grupos de poder que participam (...); 2) As

normas de um sistema jurídico devem adequar-se a certos princípios morais e de justiça válidos em termos universais, independentemente de serem aceitos ou não pela sociedade em que tais normas se aplicam; 3) As normas de um sistema jurídico devem reconhecer e tornar efetivos os padrões morais vigentes na sociedade, qual for a validade de tais padrões do ponto de vista de uma moral crítica ou ideal; 4) Não é possível formular uma distinção conceitual taxativa entre as normas jurídicas e as normais morais vigentes em uma sociedade; [...] 8) Se uma regra constitui uma norma de um sistema jurídico, ela tem força moral obrigatória, seja qual for sua origem e conteúdo, e deve ser aplicada pelos juízes e obedecidas pelas pessoas; 9) A ciência jurídica deve encarar a tarefa de formular princípios de justiça aplicáveis a diferentes situações juridicamente relevantes e avaliar até que ponto as normas jurídicas vigentes satisfazem tais princípios e podem ser interpretadas de modo que se ajustem a suas exigências; 10) Para reconhecer um sistema normativo como uma ordem jurídica ou uma regra como uma norma jurídica, não basta constatar que o sistema ou a regra em questão satisfazem certas condições fácticas, mas deve-se determinar também sua adequação aos princípios morais e de justiça; um sistema ou uma regra que não se ajustem a tais princípios não podem ser classificados como jurídicos.

Importante ressaltar que as teses acima que defendem uma relação entre direito e moral são independentes entre si e até muitas vezes não são compatíveis, inclusive algumas são de natureza fática e apenas pretendem descrever o que acontece na realidade, enquanto que outras são do tipo valorativo e pretendem estabelecer o que deve ou não ser feito, bem como existem ainda as que sevem para caracterizar ou definir certas noções como a de sistema jurídico ou norma jurídica.

Destarte, um dos objetos do estudo de Hart⁷ foi fornecer uma teoria sobre “o que é direito”, ao mesmo tempo geral e descritiva. Geral por não estar ligada a nenhum tipo de cultura jurídica concreta e descritiva na medida em que é moralmente neutra sem propósito de justificação. Para tanto, Hart traz conceitos de regras que impõem deveres, regras que conferem poderes, regras de reconhecimento, regras de alteração, aceitação de regras, afirmações internas, externas e de validade jurídica.

Para Hart o conceito de regra jurídica está no centro da concepção de Direito, de tal modo que o Direito se estrutura como uma união de regras primárias e secundárias, [...] mas sim como um sistema jurídico. (BARZOTTO, 1999, p.113)

Essas regras primárias seriam as regras de comportamento e as regras secundárias seriam aquelas que conferem poderes ou regras que se referem a outras regras. Hart, em razão da regra de reconhecimento, a qual aponta como jurídicas as regras produzidas pelo Estado, fecha o direito sobre si mesmo, excluindo a tentativa de identificá-los a elementos fáticos ou

⁷ Hart na obra o “Conceito de Direito” teve a intenção de responder às críticas severas de Ronald Dworkin e como elemento central, aduzia que as teses estavam erradas e colocava em xeque a concepção de sua teoria jurídica.

valorativos. Assim, tem-se que essa concepção de Direito é tipicamente positivista e por essa norma de reconhecimento em Hart, não há a capacidade de reconhecer os princípios adotados pelo Direito, especialmente os não positivados. (DWORKIN, 2007, p.64-65)

A teoria jurídica de Hart, descritiva e geral, é diferente da concepção de Dworkin de teoria jurídica, denominada por ele como “*Teoria Geral do Direito*”, concebida como uma teoria de avaliação e justificação dirigida a uma cultura jurídica concreta, o direito norte-americano. Isto implica que, para Dworkin os princípios não são apenas parte de uma teoria do direito, mas partes implícitas do próprio direito.

Hart refere que a diferença de sua teoria jurídica e das concepções de Dworkin, é que este traz percepções diferentes sobre o direito, como decisões políticas passadas e, justifica a coerção, gerando três formas de teoria jurídica: convencionismo, pragmatismo jurídico e o direito como integridade. Ele admite o direito como sendo constituído por diversos usos lingüísticos, o que permite interpretações diferentes por parte de seus usuários.⁸ A linguagem natural e, por conseguinte, a linguagem jurídica não se apresenta de forma inequívoca, devido os inúmeros significados dos signos lingüísticos e jurídicos, o tal limite é chamado por Hart de textura aberta da linguagem. (KOZICK, 2009, p. 147)

Dworkin, ao criticar Hart, por fim, menciona que o direito não é incompleto, mas sim, imagem dele pelo positivista. A concepção interpretativa inclui o direito explícito (referências às fontes sociais) e implícitos (os princípios que melhor se ajustam ao direito explícito). Logo o direito nunca é incompleto, o juiz não tem oportunidade de sair do direito e exercer o poder de criação do direito.

4. A DECISÃO JURÍDICA NO PENSAMENTO DE J. HABERMAS

Na obra citada de Habermas⁹, o filósofo-autor procura determinar uma forma de implementação de direitos básicos - e a partir deste pressuposto demonstrar a legitimidade dos direitos positivos - no contexto da estrutura da razão comunicativa, sendo estas, então, para o autor as categorias de direitos *in abstracto* que geram o próprio código jurídico: (HABERMAS, 2003, p. 159)

⁸ No aspecto interno, é analisada a forma com a qual o grupo encara o comportamento, já do ponto de vista externo, o observador do direito pode assumir diferentes posições, inclusive podendo dizer as sanções daqueles que desrespeitem a regra. É neste ponto de vista interno que vai posicionar-se o participante diante do sistema jurídico.

⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia : entre facticidade e validade. Volume 1.**

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;
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) até (4).

Ao verificar os sistemas jurídicos modernos, há a necessidade de duas análises: uma sob o prisma do sistema de ação – sentido mais amplo do direito, como sendo um sistema parcial, capaz somente de estabilizar as expectativas de comportamento; e outra sob o prisma do sistema de direito – mais estrito, como sendo aquele que abrange todas as interações, inclusive aquelas que não se orientam pelo direito, podendo produzir novo direito e também reproduzir o já formado.

No sentido mais estrito, o direito aplica-se por normas secundárias, que constituem e transmitem as competências da normatização, da aplicação e da imposição do direito, funções estas que distinguem os poderes concernentes ao Estado, à legislação, a justiça e à administração.

Observa-se também que, em uma sociedade como a nossa, há várias instituições envolvidas na produção e reprodução do direito, as quais preenchem simultaneamente tais e demais funções.

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 por tribunais. (HABERMAS, 2003, p. 243)

Assim, é possível perceber que em domínios organizados formalmente, como economia e o Estado, todas as interações e decisões são conduzidas pelo direito, ao passo que

em domínios como a família e a escola, o direito somente surge em caso de conflito para a proteção de seus interesses. Antes do conflito, não existe sequer consciência do direito.

Los tipos de derecho sirven en general a Weber como hilos conductores para el análisis de los tipos de dominación legítima; y en tal análisis el derecho moderno queda puesto hasta tal punto en conexión funcional con la dominación burocrática de instituto racional que representa el Estado, que la específica función sociointegrativa del derecho ya no recibe la atención que merece. (HABERMAS, 1998, p. 137-138)

Habermas entende que a teoria do direito, ao contrário das teorias filosóficas do direito, guia-se nos limites das ordens jurídicas concretas, pois retira seus dados do direito vigente, de leis, casos procedentes, doutrinas, fontes históricas, etc. Ela leva em consideração diversas perspectivas, tais como a do jurista especializado, do legislador político, da administração e dos próprios membros do direito (clientes ou cidadãos).

Para Ronald Dworkin *apud* Habermas (2003, p. 245), a teoria do direito continua sendo a teoria da jurisdição e do discurso jurídico.

Assim, vislumbra-se que o processo judicial torna-se ponto de partida para a análise do sistema jurídico, em razão de que todas as relações jurídicas apontam para pretensões reclamáveis judicialmente.

O direito vigente necessita, então, além de possibilitar expectativas de comportamentos sancionados pelo Estado (segurança jurídica), garantir processos racionais de normatização e aplicação do direito com legitimidade.

Ao se falar em decisão jurídica, estas duas garantias precisam existir simultaneamente, pois não é suficiente tornar pretensões conflitantes em pretensões jurídicas e decidi-las perante um tribunal (*los tribunales deciden acerca de qué es de derecho y qué nos es de derecho, acerca del justo y el injusto* (HABERMAS, 1998, p. 211)), é necessário também para preencher a função social da ordem jurídica e da legitimidade do direito, que os juízos tenham em mente que a decisão seja consistente e que sua aceitação seja racional.

Observa-se, entretanto que nem sempre é possível a existência pacífica destas duas condições, sendo necessário introduzir dois outros critérios na prática da decisão jurídica.

O primeiro diz respeito ao princípio da segurança jurídica, o qual exige decisões tomadas conscientemente da forma da ordem jurídica determinada. Neste momento o direito surge como um “*emaranhado intransparente de decisões pretéritas do legislador e da justiça ou de tradições do direito consuetudinário*”. (HABERMAS, 2003, p. 246)

O outro critério relaciona-se à pretensão à legitimidade da ordem jurídica que implica decisões, as quais devem ser racionalmente fundamentadas e não somente baseadas em casos semelhantes, para que possam ser aceitas pelos membros do direito.

Da mesma forma como ocorrem com as leis, as decisões jurídicas são, novamente nas palavras de Dworkin *apud* Habermas, “*criaturas da história e da moral: o direito de propriedade, que um indivíduo tem na sociedade burguesa, depende não somente da prática, mas também da justiça de suas instituições políticas*”. (HABERMAS, 2003, p. 247)

Como problema fundamental da racionalidade da jurisprudência, o autor propõe a seguinte questão: como a aplicação de um direito pode ser feita internamente e fundamentada racionalmente no plano externo, a fim de garantir simultaneamente a segurança jurídica e a correção?

Com o propósito de responder à pergunta acima, J. Habermas (2003, p.248-251) propõe a abordagem de três alternativas para tratamento desta questão:

a) Pela hermenêutica: Propõe um modelo baseado na idéia de uma pré-compreensão valorativa, estabelecendo uma relação preliminar entre norma e estado de coisas. A racionalidade de uma decisão deveria medir-se, em última instância, pelos *standards* dos costumes que ainda não se coagularam em “normas”, pelas “sabedorias jurisprudenciais que antecedem a lei”. Princípios exercendo funções de redução da indeterminação do processo de compreensão. Há, por outro lado, a crítica a essa alternativa, uma vez que falta de base convincente para validade das decisões, pois encontra uma difícil complicação na formação de um processo universal: o pluralismo da sociedade e o concurso de múltiplos interesses e forças religiosas.

b) Pelo realismo: Diferentemente da pré-compreensão baseada em aspectos históricos e tradicionais, o realismo propõe a formatação do direito como instrumento do controle do comportamento a ser acionado para fins racionais. A crítica, por seu turno, diz que acarretaria na renúncia à pretensão de estabilizar as expectativas de comportamento, que é a função do direito.

c) Pelo positivismo: A legitimação da ordem jurídica em sua totalidade é transportada para o início, isto é, para uma regra fundamental ou regra de conhecimento, a qual legitima tudo, sem ser, porém, passível de justificação racional; ela tem que ser assimilada faticamente como parte de uma forma de vida histórica, portanto conforme o costume.

Da mesma forma como nas hipóteses anteriores, a crítica diz que o positivismo não resolve o problema da fundamentação de decisões seletivas inevitáveis. Hart propõe a

possibilidade de que nestes casos a decisão se dê com base no arbítrio (discricionariedade) do julgador. Entretanto tal liberdade está condicionada a restrições e ao direito pré-existente, ou seja, o poder discricionário é exercido de forma intersticial. O juiz não inova o ordenamento como o faz o poder legislativo, mas atua de forma limitada pelo direito pré-existente e nas lacunas do ordenamento jurídico. (HART, 2009, p. 87)

Para Hart o dever do juiz está em fazer o melhor juízo moral, e a questão objetiva dos juízos morais deve ser deixada em aberto pela teoria jurídica. Logo o positivismo moderado não pode ser caracterizado como uma teoria em que os princípios e valores morais podem estar entre os critérios de validade jurídica, pois é uma questão em aberto para que os tribunais criem o direito em harmonia com a moral.

Com o propósito de correção das falhas apontadas nas propostas de solução acima, Dworkin elaborou sua Teoria do Direito, na qual *“entrega a solução do problema a uma teoria pretensiosa, a qual permite, especialmente em casos difíceis, fundamentar as decisões singulares a partir do contexto coerente do direito vigente racionalmente reconstruído”* (HABERMAS, 2003, p. 261)

Em uma análise simplificada, Dworkin basicamente propõe a construção de uma teoria do direito que não se confunda com uma teoria da justiça, substituindo a construção filosófica de uma ordem social fundada em princípios da justiça pela

procura de princípios e determinações de objetivos válidos, a partir dos quais seja possível justificar a ordem jurídica concreta em seus elementos essenciais, de tal modo que nela se encaixem todas as decisões tomadas em casos singulares, como se fossem componentes coerentes. (HABERMAS, 2003, p. 263)

Como bem afirma Habermas em sua obra chave do trabalho, tal tarefa exige capacidade intelectual comparável às forças de Hércules, razão pela qual adota este herói mitológico como designação do julgador: o “juiz Hércules”¹⁰.

Sua metodologia de julgamento (do juiz Hercules) também parte da tensão interna entre faticidade e validade, o que lhe permite desenvolver uma teoria sobre a possibilidade de se prolatar uma única sentença correta para cada caso que

¹⁰ Hércules é o juiz “de capacidade e paciência sobre-humanas”, “criterioso e metódico”, que Dworkin imagina capaz de resolver casos difíceis a partir do direito como integridade; a supra-humanidade possibilita que coloque sua interpretação à prova da vasta rede de estruturas e decisões políticas da comunidade (personificada), questionando-se sobre a coerência que pudesse justificar essa rede como um todo. Considerando os precedentes, formará opinião com coerência tal que também pudesse ter sido utilizada pelos juízes que lhe entregaram os precedentes da maneira que se apresentam. Todos os casos serão difíceis para Hércules, mesmo quando a resposta for óbvia; “casos fáceis” serão apenas “casos especiais de casos difíceis”: não precisaremos fazer perguntas quando já conhecermos as respostas.

ingresse no tribunal [...] sem recorrer ao poder discricionário dos juízes, mas considerando somente o próprio direito vigente. (DURÃO, 2012 e HABERMAS, 2003, p. 249)

O juiz Hércules deve julgar mediante uma interpretação construtiva do ordenamento jurídico, pois os princípios morais e os objetos políticos, quando, pela mão do legislador, adentrarem no mundo jurídico, transformam-se em princípios jurídicos e assim, em cada caso, deve o juiz decidir qual princípio aplicar. Dois seriam, então, os componentes de que dispõe o juiz Hércules nesta tarefa: (i) o conhecimento de todos os princípios e objetivos válidos; e (ii) visão completa dos elementos do direito vigente, ligados através da argumentação.

Sua atuação seria preencher a lacuna pela variação e hierarquização dos princípios e objetivos e, de outro lado, pela necessidade de classificar criticamente o direito positivo e de corrigir erros. O juiz reconstruiria o direito para compatibilizar as *decisões racionalmente construídas do passado com a pretensão à aceitabilidade racional do presente, ou seja, reconcilia história com justiça*. (HABERMAS, 2003, p. 264)

Diferentes dos legisladores, que não precisam justificar as regras que aprovam em razões de princípio (mas de política), os juízes não têm liberdade política e devem elaborar regras de responsabilidade não reconhecidas anteriormente com base em princípios, apresentando os argumentos que demonstram esses direitos/deveres “novos” aplicados ao tempo do caso. Problemas de adequação devem ser resolvidos como questão especial de moral política, e Hércules decidirá dando voz e efeito prático às convicções sobre moral amplamente difundidas na comunidade, acreditando que indica o caminho para a uma história política melhor – posto que os repertórios jurídicos são atos da comunidade personificada.

A prática de Hércules implica que suas opiniões sobre adequação irradiem do caso em apreciação para outras áreas do direito, em círculos concêntricos, e cada vez mais distantes, ignorando a prioridade local em determinadas circunstâncias. Essa prática promove uma interpretação construtiva da compartimentalização do direito – condenada pela integridade, mas não ignorada -, ignorando limites acadêmicos em benefício da percepção da “lei coerente como um todo”, buscando a melhor luz para tal prática de divisão do direito em ramos diversos, estimulando a atitude de protesto que a integridade favorece ao permitir que o direito seja interpretado dentro de limites práticos que parecem naturais e intuitivos tanto para as pessoas comuns como para os juízes sob grande pressão.

Por outro lado, a principal crítica relacionada por Habermas à teoria elaborada por Dworkin está posicionada no fato de se apresentar de forma monológica, ou seja, Hércules está sozinho na tarefa a ele atribuída. Falta-lhe diálogo.

O questionamento seguinte seria quem e o que poderia suavizar a excessiva carga nos ombros do juiz Hercules? A proposta assinalada por Habermas propõe que seja uma teoria da argumentação jurídica, que não se limite ao acesso lógico-semântico ao discurso jurídico, mas que conduza a um “*acordo racionalmente motivado*”.

Dworkin diz que o ordenamento jurídico se originou gradativamente ao longo de séculos de história jurídica e que assim sendo, seria possível, a partir do ponto de vista do juiz, *chegar à melhor sentença para cada caso com base no próprio direito positivo entendido*. (DURÃO, 2012)

Este posicionamento é veementemente rebatido por Habermas, pois uma única sentença correta para cada caso seria impossível mesmo se fossem permitidas infinitas revisões dela no futuro. *A teoria do discurso prático conduz a uma interpretação aporética do direito, pois quanto mais aumenta a racionalidade da sentença, mais aumenta também a sua indeterminação*. (HABERMAS, 2003, p. 278-279)

A ausência de coerção durante o processo e as condições igualitárias na análise dos argumentos são de fundamental importância para que a “decisão”, ou melhor, o consenso, seja atingido de forma exclusivamente racional, pela ponderação argumentativa livre e logicamente coerente.

É exatamente neste ponto que parece surgir o pilar fundamental de construção da solução habermasiana: o consenso decorrente de um processo de argumentação puro, apoiado na racionalidade procedimental e não somente ligado à busca de validade no âmbito lógico-semântico, mas também no aspecto prático.

Uma decisão correta seria possível através da reconstrução racional da aplicação do direito por meio da sua teoria discursiva e procedimental da ação comunicativa. O juiz interpreta os argumentos e as provas aduzidas estrategicamente pelas partes como elementos de um procedimento discursivo que permite chegar a uma sentença. (DURÃO, 2012)

A única coerção admissível neste processo é o comprometimento cooperativo de “*interpretação e avaliação de todas as contribuições em todas as perspectivas, também na de cada um dos virtuais participantes*”.

Adicionalmente, por intermédio do reconhecimento dos conteúdos morais como referido naturalmente ao direito gerado democraticamente, complementa-se a idéia de uma base ético-discursiva para a decisão jurídica.

Tem que ainda que para Dworkin (2007, p. 243), a integridade orienta juízes a identificar direitos/deveres criados pela “comunidade personificada” e expressá-los em forma coerente de justiça e equidade. As proposições jurídicas serão verdadeiras se decorrentes dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que entreguem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. Por isso, essa concepção de direito é mais interpretativa que o convencionalismo e o pragmatismo, que servem à demonstração das práticas jurídicas e recomendam (pós-interpretação) estilos/programas de deliberação judicial “como” interpretação – não “de” interpretação. O direito como integridade tanto é “fonte” como “produto” de interpretação abrangente da prática jurídica; coloca-se como “origem” e “continuidade” das interpretações detalhadas que recomenda.

Afirma, por fim, a possibilidade de extração de uma decisão jurídica que atenda aos critérios de correção e legitimidade, por intermédio do discurso, através da eleição de argumentos válidos e suficientes para garantir a aceitabilidade racional da decisão. Seria necessária, então, uma reconstrução racional do ordenamento jurídico.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A fundamentação de validade da decisão jurídica segundo a teoria elaborada por Habermas é baseada em seu Princípio do Discurso, cujo teor resume-se no fato de que “*são válidas as normas de ação com as quais poderiam concordar, enquanto participantes de discursos racionais, todas as pessoas possivelmente afetada*”.(HABERMAS, 2003, p. 321)

Tal princípio basicamente exprime a idéia de que o consenso obtido pelo processo argumentativo racional, por ele proposto, seria a garantia de atendimento aos critérios de segurança jurídica e correção.

A segurança jurídica seria atendida pelo atingimento da expectativa de conduta desejada pelo Estado quando da formulação da norma de ação, enquanto a correção estaria atendida no reconhecimento pelos “participantes virtuais” da argumentação jurídica de que aquela é a única solução jurídica correta (acordo racionalmente motivado).

Uma primeira questão parece surgir da análise deste raciocínio é se este consenso seria sempre alcançável. E a resposta a esta questão pode vir da própria definição de

procedimento argumentativo ideal, que se baseado exclusivamente na organização coerente das proposições fundamentando uma solução, sempre permitiria o alcance de uma posição consensual. Entretanto, a resposta a este questionamento parece imediatamente sugerir uma próxima questão: tal procedimento argumentativo real é factível no contexto real, para determinadas realidades sociais ou universal?

Em uma primeira análise, o contexto social brasileiro parece sugerir alguns óbices à aplicação completa desta teoria: primeiramente, temos em nosso sistema representativo, um contexto histórico e econômico, cuja influência na motivação da formulação legislativa não há como ser negada. Desta forma, a questão da igualdade necessária para o desenvolvimento do processo argumentativo nem sempre pode ser verificada e conseqüentemente o consenso decorrente pode não representar os almejados critérios de segurança jurídica e correção.

Outro problema parece merecer também uma abordagem investigativa: a neutralidade pretendida na teoria do discurso sugerida por Habermas é possível? Analisar racionalmente argumentos sem influência de preconceitos, aspectos subjetivos e emocionais?

Este é o singelo convite à reflexão acerca dos pensamentos que entendemos relevantes para a análise dos caminhos de fundamentação da decisão jurídica, elaborados por um filósofo que indubitavelmente contribuiu consistentemente para uma revolução do pensamento jurídico.

6. REFERÊNCIAS

APEL, Karl-Otto, OLIVEIRA, Manfredo Araújo e MOREIRA, Luiz. **Com Habermas, contra Habermas: Direito, Discurso e Democracia**. São Paulo: Landy Editora, 2004.

ARAGÃO, Lucia Maria de Carvalho. **Razão Comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasiliense, 1992.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

DOMINGUEZ, Sofia Alen. **Jürgen Habermas**. Artigo publicado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Publicado em 05 de fevereiro de 2005. Disponível em www.fd.unl.pt. Acesso em 14 de agosto de 2012.

DURÃO, Aylton Barbieri. **É possível prolatar uma única sentença correta para cada caso?** Disponível em www.conpedi.org.br/manaus/.../Aylton%20Barbieri%20Durao.pdf. Acesso em 31 de agosto de 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios; São Paulo: Martins Fontes, 2007

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasiliense, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia : entre facticidade e validade. Volume 1**. 2 ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasiliense, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia : entre facticidade e validade. Volume 2**. 2 ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasiliense, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidade y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso**. Madrid, Trotta , 1998.

HABERMAS, Jürgen. **La lógica de las ciencias sociales**. Madrid; Tecnos, 1990.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KOZICK, Kátya. In **Dicionário da filosofia do direito**. Coordenador: Vicente de Paulo Barreto. Editora Unissinos. São Leopoldo, 2009.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

SIEBENEICHLER, Flávio Bueno. **Jürgen Habermas- razão comunicativa e emancipação.** Rio de Janeiro: Tempo Brasiliense, 1989.

SLATER, Phil. **Origem e Significado da Escola de Frankfurt.** Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

WIGGERSHAUS, Rolf: **A Escola de Frankfurt. História, desenvolvimento teórico, significação política.** Rio de Janeiro: DIFEL, 2002.