

A TENSÃO ENTRE SEGURANÇA JURÍDICA E CORREÇÃO NO PROPÓSITO DE UMA TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO A PARTIR DE JÜRGEN HABERMAS

THE TENSION BETWEEN LEGAL SECURITY AND THE CORRECTION IN PURPOSE OF JÜRGEN HABERMAS'S DISCOURSE THEORY OF LAW

Eduardo Seino Wiviurka¹

RESUMO: Tendo por referencial teórico Jürgen Habermas, esta pesquisa analisa como que este filósofo problematiza a tensão entre a segurança jurídica e a correção normativa, tanto no momento da criação de normas quanto em sua aplicação. Para isso, a partir de um enfoque interdisciplinar entre filosofia e direito, promove a interpretação do capítulo cinco da obra “Direito e Democracia”, intitulado “Indeterminação do direito e racionalidade da jurisprudência”. A pesquisa é desenvolvida seguindo Habermas, que parte da análise de como que a questão indicada é tratada tradicionalmente pela teoria do direito, tecendo breves considerações sobre algumas teorias e detendo maior atenção nas reflexões de Dworkin. Após, discorre sobre como que o problema pode ser posto no âmbito da teoria do discurso, realizando mediações para demonstrar possibilidade de uma teoria discursiva do direito.

PALAVRAS-CHAVE: Habermas, Hermenêutica, Segurança Jurídica; Correção; Teoria Discursiva do Direito.

ABSTRACT: Taking for theoretical reference Jürgen Habermas, this research analyzes how this philosopher discusses the tension between legal security and the correction normative, both at the time of the creation of rules and in its application. For this, from an interdisciplinary approach between philosophy and law, promotes the interpretation of chapter five of the book “Law and Democracy”, titled “Indeterminacy of law and rationality of jurisprudence”. This Research is developed following Habermas, that part of the analysis of how the question indicated is traditionally treated by the theories of law, weaving brief comments on few theories and detain further attention in the reflections of Dworkin. After, discusses how the problem can be put under the discourse theory, making the possibility of mediation to demonstrate a discourse theory of law.

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Formação Pedagógica do Professor Universitário pela PUCPR. Bacharel em Direito pelo UNICURITIBA. Advogado.

KEYWORDS: Habermas, Hermeneutics, Legal Security; Correction; Discourse Theory of Law.

1. INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem por objetivo analisar a tensão entre segurança jurídica e correção, problema que será colocado e desenvolvido seguindo os pontos trabalhados por Jürgen Habermas no capítulo cinco da obra “Direito e Democracia”, intitulado “Indeterminação do direito e racionalidade da jurisprudência”.

Dentro da estrutura da obra², o capítulo cinco analisa um aspecto da tensão entre facticidade e validade, que, em uma divisão metódica, possui a seguinte estrutura: em um primeiro momento, em sede de introdução, Habermas coloca o problema da tensão entre segurança jurídica e correção normativa, trabalhando a devida contextualização e justificativa do problema. Em uma segunda etapa, apresenta três teorias jurídicas buscando nelas como que o problema apresentado é resolvido. Em seguida, como terceira parte, Habermas apresenta a proposta teórica de Dworkin, indicando em que sentido ela supera as teorias anteriores propondo uma solução mais adequada ao problema. No entanto, a teoria jurídica de Dworkin também tem limitações perante a teoria do discurso, de modo que, em uma quarta e última parte do texto, Habermas identifica algumas limitações das reflexões de Dworkin e realiza considerações gerais sobre uma *teoria discursiva do direito* propondo uma perspectiva intersubjetiva para o problema colocado. A presente pesquisa organiza-se de forma semelhante à estrutura apresentada, assumindo também a presente introdução, após alguns esclarecimentos metodológicos, a função de indicar o tema proposto por Habermas.

Trata-se de um trabalho interdisciplinar, no qual a questão jurídica da hermenêutica é estudada a partir das reflexões de um dos maiores referenciais filosóficos contemporâneos. Esta pesquisa, para poder centrar-se no capítulo indicado, acaba por realizar uma delimitação dentro do pensamento habermasiano. Isto significa que apenas um aspecto da obra de Habermas será apresentado, cuja compreensão necessita, mesmo que brevemente, o conhecimento de outros conceitos de Habermas, de Filosofia e do Direito.

² Marcos Nobre divide o livro citado do Habermas da seguinte maneira: “Os dois primeiros capítulos têm por objetivo introduzir o conceito de direito no quadro mais amplo da teoria da ação comunicativa, abrindo espaço para o desenvolvimento de uma teoria política. O primeiro capítulo se ocupa primordialmente de apresentar de maneira genérica a tensão entre facticidade e validade no nível lingüístico e no nível interno do direito. O segundo capítulo se ocupa primordialmente da tensão externa entre facticidade e validade, i.e, da consideração mais estritamente sociológica da tensão. Os capítulos III a VI são dedicados à apresentação mais detalhada da tensão interna entre facticidade e validade”. (NOBRE, 2008, p. 29).

Por uma escolha metodológica, questões presentes no texto analisado que guardem uma distância maior em relação ao problema investigado serão deixadas de lado. Isto ocorre em momento que Habermas trabalha com críticas e réplicas de alguns pontos de proposições teóricas.

Interessante também destacar que o texto selecionado para análise concentra as reflexões do Habermas sobre a hermenêutica jurídica, apresentando em linhas gerais como ele reflete o problema das decisões judiciais. Trata-se de uma referência importante que é utilizada por juristas que assumem um enfoque discursivo, em especial por Robert Alexy.

Passando para a aproximação da problematização, inicialmente indica-se que teorias contratualistas e discursivas possuem igualmente uma carga de abstração, mas isso não as impede de criarem teorias racionais do direito. Cada teoria jurídica irá possuir princípios abstratos – mas estes poderão ser encontrados *in concreto* nas constituições e nos sistemas políticos. No entanto, por mais que haja princípios iguais em diversas ordens jurídicas, cada uma irá realizá-los de formas diferentes, respeitando o respectivo contexto social de cada ordem jurídica. A concretização do direito depende, portanto, do modelo de sociedade, do paradigma vigente. Há uma relação entre direito e sociedade que deve orientar o processo de concretização do direito – de forma que situações fáticas idênticas, semelhante ao que ocorre com os princípios, podem ter um tratamento jurídico diferente conforme o paradigma.

Desta aproximação, e no contexto maior da obra, coloca-se o problema da tensão entre a segurança jurídica e a busca de decisões corretas. A segurança jurídica estabiliza as expectativas de comportamento através de da ordem jurídica, propiciando consistência e uma coerência com o passado jurídico de dada sociedade, considerando o respectivo contexto social; mas ao mesmo tempo está deve ser legítima e aceita por seus concernidos, não devendo coerência apenas ao passado, mas sim, para que haja aceitabilidade racional do direito, deve-se emancipar das contingências do contexto de surgimento – só assim uma decisão pode ser considera correta.

Habermas sintetiza o problema da seguinte forma:

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* (HABERMAS, 1997, p. 247).

Para analisar esta questão, há duas classificações importantes. A primeira é sobre os sistemas jurídicos modernos, que podem ser classificados em sentido *amplo* e *restrito*. No

sentido *amplo*, teorizado principalmente por Niklas Luhmann, o direito surge como um sistema de ação, que regula todas as relações, garantindo expectativas de comportamento. Já em sentido *estrito*, o direito abrange todas as interações, inclusive aquelas que não se orientam diretamente pelo direito. Além de estabilizar as expectativas de comportamento, o direito está em constante mudança, havendo uma incessante *produção e reprodução* do direito por diversos agentes.

A segunda classificação provém de Dworkin, que distingue *teorias do direito e teorias da justiça*. Destas ocupa-se a filosofia, e as reflexões realizadas terminam por ter de enfrentar a relação entre idéia e realidade, enquanto aquelas têm por objeto ordens jurídicas concretas, trabalhando com fontes empíricas do direito, devendo considerar características próprias do direito, como a coerção – sendo que o ponto de chegada de uma é o ponto de partida da outra.

Para o problema colocado por Habermas poder ser enfrentado é necessária uma teoria do direito em sentido estrito – sendo esta a classificação de uma *teoria discursiva do direito*, que, por via direta ou indireta, engloba diversos outros sistemas não-jurídicos, com diversos participantes que produzem e reproduzem o direito.

Nota-se também que a tensão problematizada surge no momento da *criação* e da *aplicação* do direito. Em ambos os momentos a consistência e a aceitabilidade devem ser observados. E em ambos os momentos pode-se observar a realização de justificativas *internas* (coerência com o direito) e *externa* (em conformidade com a respectiva sociedade).

Vencida esta introdução, passa-se a analisar como que as teorias jurídicas citadas por Habermas lidam com o problema indicado.

2. A TENSÃO ENTRE SEGURANÇA JURÍDICA E CORREÇÃO NA TEORIA DO DIREITO

Após as teorias que utilizavam como fundamento o Direito Natural terem perdido espaço, ocorrendo o abandono da metafísica, Habermas identifica e considera três teorias jurídicas que trabalham com o problema por ele identificado – cada uma oferecendo uma resposta diferente para a questão

A primeira teoria trabalhada é intitulada “Hermenêutica jurídica”. Ela segue um modelo processual de interpretação. A decisão é precedida por uma *pré-interpretação*, ou *pré-compreensão*, que tem bom objeto verificar a relação da norma e o estado das coisas. Busca-se uma solução racional do problema pela solução da questão consoante o contexto histórico. Em outras palavras, a história funciona como critério de legitimidade. Todos os conceitos

jurídicos, as normas, princípios e regras, não possuem autonomia, e na esteira de uma hermenêutica jurídica tópica, todo elemento jurídico é apenas formal, e acaba por depender de elementos materiais para terem sentido. É em uma situação concreta, no momento da aplicação, que possibilita encontrar o sentido de uma norma através da uma releitura de elementos históricos e sociais. Porém, Habermas entende que este recurso ao *ethos* dominante não é uma solução convincente em sociedades plurais.

A segunda teoria, “Realismo jurídico”, concorda com o valor da hermenêutica, porém reinterpreta a pré-compreensão. Lança um olhar realista para o processo de decisão, no qual o próprio juiz está mergulhado no contexto histórico que o influencia de diversas formas. As influências e condicionantes históricas as quais o juiz está submetido repercute no momento decisório. Por estes elementos estruturais, não é clara a distinção entre a decisão jurídica e uma decisão política. Esta explicação realista, por ter esta percepção da decisão judicial, acaba por priorizar a correção em detrimento da segurança jurídica, sendo que a satisfação simultânea entre tais elementos só é possível dentro de uma teoria se for utilizado suposições idealistas.

O “Positivismo jurídico” é a terceira teoria considerada. Hans Kelsen analisou o direito de forma isolada, sem influências externas, tornando-o *puro* – o que possibilita um estudo sem influências políticas, econômicas ou de qualquer natureza. Desta forma, prioriza-se a segurança jurídica que decorre da observação da estrutura formal do direito. Sob este enfoque formal a legitimidade do direito repousa em sua legalidade, sendo eclipsada a questão da correção normativa. Não obstante isso, diante de *hard cases* para os quais a ordem jurídica não prevê hipóteses normativas, seguindo Herbert L. A. Hart, o juiz teria uma ampla discricionariedade para julgar – o que fica evidente diante da seguinte passagem de Hart “o direito (ou a constituição) é o que os tribunais dizem que é” (HART, 2007, p. 155).

Diante destas teorias, Habermas apresenta uma quarta teoria que apresenta críticas pontuais a estas três e possibilita outra resposta ao problema da tensão entre correção e segurança jurídica. Trata-se da teoria do *direito como integridade* de Dworkin, sob a qual Habermas detém maior atenção ao longo do texto. Em síntese, Dworkin entende que a Hermenêutica jurídica limita muito a autonomia dos tribunais ao considerarem que devem sempre buscar uma perspectiva histórica e social para decidirem, propondo para solucionar isso que seja feita uma *pré-interpretação crítica*; em relação ao Realismo jurídico, entende que a discricionariedade do magistrado não é tão ampla como na política, tendo que observar outros elementos; e por fim, em relação ao Positivismo jurídico, em especial em Hart, tece críticas sobre o processo decisório, propondo uma nova perspectiva para a solução de *hard*

cases, ademais, a neutralidade do positivismo jurídico não é convincente, porque por de trás das decisões são utilizados princípios e argumentos extrajurídicos.

Todas estas refutações e críticas ficarão mais claras a seguir com o desenvolvimento e a apresentação das reflexões de Dworkin sobre o direito, conforme será trabalhado no item seguinte.

3. DIREITO COMO INTEGRIDADE EM DWORKIN

Dworkin pensa sua teoria do direito à luz de uma teoria da justiça. A validade positiva das normas jurídicas encontra uma justificativa racional no âmbito de uma teoria da justiça. Para tanto, realiza a abstração de que a comunidade é ontologicamente anterior à justiça, pois é no interior daquela que esta desenvolverá suas raízes. No interior desta comunidade hipotética, as pessoas aceitariam que são governadas por princípios comuns a todos, conforme Dworkin: “cada um aceita a integridade política como um ideal político distinto, e trata a aceitação geral desse ideal” (DWORKIN, 1999, p. 255).

Nesta perspectiva, lança como norma fundamental a igualdade em liberdades subjetivas de ação³. Este é um direito que não pode ser suplantado, e toda eventual relativização que possa ocorrer se justifica a partir do igual respeito por todos.

Para Dworkin o direito positivo assimilou conteúdos morais, que adentraram a ordem jurídica pelo processo democrático. Esta relação é clara quando se analisa regras primárias que estabelecem obrigações e proibições de comportamento. A reprovação jurídica de um comportamento, sendo passível de punição, possui uma justificativa moral. Outras normas, como as que regem a administração pública, não possuem tal caráter moral – apesar de que estas normas decorrem de programas e objetivos sociais moralmente justificados.

De todo modo, a moral é traduzida para os códigos, sendo introduzida pelo legislador através da comunicação na esfera pública. Esta tradução, diante da diversidade, não implica em uma moralização do direito. Apesar de poder haver simetria entre os conteúdos, direito e moral são diferentes – o que se acentua nas sociedades *pós-convencionais*. Nas palavras de Habermas: “O conteúdo moral de direitos fundamentais e de princípios do Estado de direito se explica pelo fato de que os *conteúdos* das normas fundamentais do direito e da moral, às quais subjaz o mesmo princípio do discurso, se cruzam” (HABERMAS, 1997, p. 256).

³ Dworkin, em um estudo voltado para a igualdade, afirma que: “Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade. A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política – sem ela o governo não passa de tirania.” (DWORKIN, 2005, p. 12).

De todo modo, os indivíduos aceitam como obrigação moral o conteúdo do sistema de regras e princípios resultantes da integridade da comunidade. Esta sistemática acaba por vincular a atividade legislativa e jurisdicional:

A integridade da concepção de equidade de uma comunidade exige que os princípios políticos necessários para justificar a suposta autoridade da legislatura sejam plenamente aplicados ao se decidir o que significa uma lei por ela sancionada. A integridade da concepção de justiça de uma comunidade exige que os princípios morais necessários para justificar a substância das decisões de seus legislativo sejam reconhecidas pelo resto do direito (DWORKIN, 1999, p. 203).

Para fundamentar isto, Dworkin analisa exemplos de solução de *hard cases* com base em *direitos fundamentais* e *objetivos*. Os direitos fundamentais permitem uma justificativa externa, e portanto tendo correção, a partir de elementos que já foram incorporados pelo direito. Já os objetivos oferecem uma justificativa interna, eleitos no momento legislativo, como assegurar as expectativas de comportamento, sendo que a decisão deve guardar coerência interna com a ordem jurídica (sentido no qual os objetivos indicam diretrizes), pois do contrário seria uma decisão política e não jurídica.

A proposta de Dworkin possui um mérito inegável, oferecendo uma formulação forte o suficiente para a comunidade jurídica negar vários postulados do positivismo jurídico. Em casos como *Riggs vs. Palmer*⁴, parece incontestável hoje que a solução dada pelo tribunal foi acertada, e serve muito bem para ilustrar a proposta de Dworkin. Neste caso, a interpretação a partir de um princípio, que por sua vez fundamenta-se em uma concepção de justiça da comunidade política, possibilitou um desfecho coerente com o Direito, assegurando a integridade da concepção de justiça.

Uma interpretação construtivista do direito instrumentaliza tal perspectiva, o que implica em uma abertura do sistema jurídico para elementos metajurídicos. Se o sistema for fechado, na visão deontológica da qual parte Dworkin, uma decisão orientada por princípios verificáveis racionalmente não possuiria uma justificativa externa e por isso careceria de legitimidade. Para que se operacionalize a reconstrução do direito, é necessário o diálogo com o *ethos* social, só assim pode haver uma justificação externa, satisfazendo a necessidade de

⁴ O caso *Riggs vs. Palmer* (julgado pelo Tribunal de Nova York em 1889), era sobre uma pessoa que assassinou outra visando receber sua herança. Na época do caso, inexistia precedente ou alguma norma que negasse a obtenção benéficos de um ilícito cometido. Uma interpretação literal das regras existentes garantiria à assassina o direito à herança. Mas o Tribunal que julgou a questão, realizando uma interpretação a partir dos princípios, olhando a complexidade social, e considerando que seria ilegítimo perante a moralidade pública defender o direito à herança para a assassina, negou o direito à herança.

correção sem assumir um viés retrógrado. Além destes elementos externos, há elementos internos que devem ser considerados na reconstrução, como a história de uma ordem jurídica.

Voltando ao problema investigado, uma decisão judicial pode garantir a segurança jurídica e ser legítima pela coerência externa e interna. Tal justificativa pode ser procedida através da reconstrução do direito, fundamentada em seus princípios e objetivos.

Para proceder esta reconstrução Dworkin lança, em caráter hipotético, a figura do juiz *Hércules*⁵, dotado de onisciência, um ser que conhece todos os elementos externos e internos ao direito. Hércules pode tomar uma decisão considerando todas as fontes do direito e todos os princípios e objetivos políticos externos ao direito.

Hércules é capaz de realizar a melhor interpretação possível de uma ordem jurídica e de uma comunidade, sempre encontrando a melhor aplicação possível do direito, guardando a devida coerência com a comunidade política:

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade (DWORKIN, 1999. p. 305).

Dworkin sustenta que mesmo sem o Hércules, tal reconstrução racional do direito é possível – porém não no nível idealizado. Portanto, juízes podem buscar a melhor interpretação possível, na tentativa de se aproximar o máximo do ideal apresentado. Juízes são limitados, apesar de poderem eleger objetivos e princípios, a ponderação e avaliação operacionalizada será necessariamente limitada. Sobre isto, Habermas apresenta o seguinte conceito de Dworkin:

Interpretação construtivista é uma questão de impor um objetivo sobre um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da maneira ou do gênero ao qual ele é levado para agregar [...] Poderíamos dizer, que toda a interpretação se esforça para tornar um objeto o melhor que ele pode ser, como uma instância assumida por algum empreendimento, e que a interpretação assume diferentes formas em diferentes contextos, só porque diversos empreendimentos envolvem diferentes padrões de valor e sucesso (*apud* Habermas, p. 261)⁶.

⁵ Esta hipótese, por mais metafísica que seja, cumpre sua função ao demonstrar, mesmo que teoricamente, a possibilidade de coerência do direito.

⁶ Tradução nossa. Texto original: “Constructive interpretation is a matter of imposing purpose on an object or practice in order to make of it the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong [...] We would say, that all interpretation strives to make an object the best it can be, as an instance of some assumed enterprise, and that interpretation takes different forms in different contexts only because different enterprises engage different standards of value or success”.

Necessário esclarecer que a validade de uma norma é diferente no momento da fundamentação e na aplicação. A coerência com os princípios de justiça de uma sociedade é manifestada primordialmente na criação da norma. Porém, os mesmos princípios válidos em um primeiro momento, podem colidir com outros princípios no momento da aplicação. Na aplicação, o mais importante é a adequação do princípio ao caso concreto. Os princípios, nos dois momentos, são cruzados pelo processo hermenêutico. Colisão de princípios é um problema próprio da aplicação, de forma que a fundamentação na criação não precisa se preocupar com isto.

Na aplicação, a validade é indeterminável *prima facie*. Porém, através de um resgate da história, pode-se verificar como que a aplicação é comumente feita. A questão é: este tipo de estrutura pode garantir a segurança jurídica? Para cada caso, analisar-se-ia toda a história e toda a ordem jurídica. Neste contexto, o sistema de Dworkin não é menos previsível, no que tange as decisões, do que o positivismo jurídico. Ademais, somente pela suposição ideal de Hércules seria possível realizar tamanha interpretação.

De todo modo, considerando que a correção é tratada pela integridade da comunidade através da interpretação reconstrutiva, sobre a segurança jurídica é oportuna a reflexão de Fuller – que vai além da ordem jurídica para pensar o direito. Para Fuller, na leitura de Habermas, a expectativa de comportamento é um princípio dentre outros. Busca-se de fato a segurança jurídica através das decisões, mas este problema pode ser pensando em outro nível. A segurança jurídica reside na observância das regras processuais que orientam o processo decisório. Ou seja, a segurança reside no procedimento.

Se a decisão esgota da melhor maneira possível o sistema de normas válidas, observando os devidos procedimentos, ocorre a segurança jurídica. Porém, de certo modo, tal tarefa resultaria no sobrecarregamento da jurisdição, mas isso poderia ser reduzido pela compreensão paradigmática prevalecente em dado contexto. Ter o paradigma como pano de fundo proporciona um norte – que oferece segurança jurídica – para a aplicação do direito. Entretanto, uma solução assim ocasionaria a formação de ideologias fechadas para novas interpretações, que considerando a constante evolução da ordem jurídica e social, acabaria por valorizar demasiadamente a segurança jurídica em detrimento da correção. Para resolver isto é necessária a abertura dos paradigmas, conforme Habermas: “isso já é razão suficiente para que uma *compreensão procedimentalista do direito* delineie um nível no qual os paradigmas jurídicos, agora reflexivos, se abram *uns aos outros* e se *comprovem* na pluralidade de interpretações da situação” (HABERMAS, 1997, p.276).

Por fim, Habermas apresenta a seguinte síntese sobre a visão de direito positivo de Dworkin: “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 considerações”(HABERMAS, 1997, p. 261).

Disto posto, Dworkin consegue resolver os problemas das teorias anteriores, realizando importantes justificativas e reflexões que contribuem para a análise do problema. No entanto, a tensão básica apresentada como problema permanece em aberto se afastadas as suposições ideais utilizadas.

4. A PROPOSTA DE UMA TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO

Dworkin, ao eleger Hércules como único juiz, capaz de oferecer a solução correta dentre diversas hipóteses, elege como critério orientador um princípio monológico, sendo cabíveis neste momento as distinções entre o princípio de universalização de Habermas em relação ao imperativo categórico de Kant que são desenvolvidas no âmbito da ética do discurso⁷.

Para fundamentar o direito, Dworkin teoriza a importância dos cidadãos e da aceitabilidade dos princípios por eles, mas no momento de aplicação, Hércules basta a si próprio para julgar, por mais que possa divergir em relação aos cidadãos. Dworkin não consegue lidar com o pluralismo a partir de Hércules. Claro que este juiz ideal poderia realizar o melhor equilíbrio ou ajuste entre as diferentes pretensões legítimas, mas isto não significa que haja um efetivo diálogo e consideração da perspectiva intersubjetiva.

Porém, considerando a questão da integridade que resulta do compartilhamento de princípios, Hércules não poderia ser mantido isolado. Lembra-se que todo juiz singular, apesar das limitações, deve-se orientar pelo ideal que Hércules representa. Para contornar isto, um agir comunicativo é interessante, o que pode ocorrer pela maximização das “condições concretas de reconhecimento através do mecanismo de reflexão do agir comunicativo, ou seja, através da prática de argumentação, que exige de todo o participante a assunção das perspectivas de todos os outros” (HABERMAS, 1997, p. 276).

⁷ A fórmula do Imperativo Categórico de Kant delega ao sujeito individual o papel do legislador universal. Este, isoladamente, deve agir de forma que a máxima de sua ação possa servir de base para uma legislação universal. Esta perspectiva subjetiva é criticada por Habermas que propõe um modelo dialógico para substituir o caráter monológico da ética kantiana. Habermas, no paradigma da linguagem, defende uma ética intersubjetiva, na qual, os sujeitos dialogam entre si para estabelecer os consensos a respeito da moral.

Um paradigma do direito, que pode ser utilizado para propiciar uma maior segurança jurídica, só tem valor se for intersubjetivamente partilhado. Isso vale também para uma compreensão procedimentalista do direito – em especial por trabalhar com a concorrência de diferentes paradigmas. Deste modo, a ideologia do paradigma que serve como pano de fundo termina por ser enfraquecida⁸.

Uma forma de evitar esse ciclo seria através da reconstrução prática da interpretação de uma teoria do direito. É preciso uma teoria da argumentação jurídica, capaz de fundar e aplicar normas jurídicas, que resolvesse os mesmos problemas que Hércules resolveu no plano ideal – eis a pretensão de uma teoria discursiva do direito que Habermas indica após percorrer os passos já expostos.

Os argumentos permitem a sustentação de razões, considerando a observância das condições do discurso, de forma que uma pretensão de validade seja sustentada e debatida pela ação racional de participantes do discurso. O que Habermas propõe é problematizar no contexto de uma teoria da argumentação as questões levantadas, em busca de uma *teoria discursiva do direito*. Isto permite analisar a aceitabilidade racional dos juízos sob o ponto de vista da qualidade dos argumentos e da estrutura do processo de argumentação, e também a validade poderia ser fundamentada na pragmática (HABERMAS, 1997, p. 280-281).

O processo de fundamentação do direito é possível através do discurso, devendo para tanto manter o processo aberto para a participação de outros e permitir que novos argumentos sejam colocados. Este tipo de ação permite atingir uma conclusão interna pela *sistematização* (atingida pelo encadeamento dos diferentes argumentos sustentados).

Pela natureza pragmática dos argumentos, eles devem ser postos e discutidos (em dado contexto social), para verificar sua aceitabilidade racional. Impor uma posição como correta, sem os procedimentos inerentes à ação comunicativa não é mais possível no pensamento pós-metafísico.

Seguindo a mediação da teoria do discurso com o direito, o processo argumentativo deverá respeitar as condições de fala para ser válido (a igualdade, liberdade e ausência de coerção), sempre visando um auditório universal⁹, no qual prevalecem os melhores

⁸ Outra proposta teórica, agora seguindo Fiss, propõe que Hércules fosse posicionado dentro da comunidade de interpretação, sendo mais um autor dentre os demais. Nesse contexto, ele poderia trazer todos os seus conhecimentos, o que tornaria sua situação controlável através de *standards* comprovados (que podem ser entendidos como regras a serem observadas dentro da comunidade de interpretação). De todo modo, o problema de como lidar com a diversidade de opiniões permanece – a menos que haja uma homogeneidade, fica aberta a solução para a fundamentação válida.

⁹ Ao citar *auditório universal* faz-se uma alusão à reflexão de Perelman: “É óbvio que o valor dessa unanimidade depende do número e da qualidade dos que a manifestam, sendo o limite atingido, nessa área, pelo *acordo do auditório universal*. Trata-se evidentemente, nesse caso, não de um fato experimentalmente provado, mas de

argumentos. Para tanto, é preciso assumir uma perspectiva intersubjetiva que é própria do paradigma da linguagem.

Assim, ao voltar para o problema de pesquisa, a fundamentação e a aplicação das normas jurídicas afetam os participantes de forma distinta. Na fundamentação, o interesse de todos está diretamente envolvido, e na aplicação é comum que o interesse de todos figure atrás do interesse das partes diretamente envolvidas. Para mediar esta diferença, o discurso de aplicação deve manter contato com o momento de fundamentação, ou seja, a decisão deve dialogar com a perspectiva social-ontológica que estava presente no momento da fundamentação – podendo assim trabalhar a questão da correção das decisões.

Partindo do que já foi citado, é preciso, primeiramente, promover aberturas no direito para outros argumentos de outras naturezas. Com isto, poder-se-ia medir a correção da decisão pelo preenchimento das condições comunicativas da argumentação. Neste contexto, é importante esclarecer que os discursos jurídicos não constituem parte da argumentação moral¹⁰, tendo uma relação distinta.

Apesar da controvérsia que gira em torno da questão, Habermas entende que o discurso moral é um discurso, dentro outras formas de discursos possíveis, nos quais a legislação se apóia. “A legislação política não se apóia somente, e nem em primeira linha, em argumentos *morais*, mas também em argumentos de outras providencias” (HABERMAS, 1997, p. 290).

Nesta diretriz, a democracia funciona como via procedimental. Mesmo indo além do capítulo objeto de análise, é esclarecedora a seguinte reflexão de Habermas:

A formação da opinião e da vontade política não se realiza apenas na forma dos compromissos, mas também segundo o modelo dos discursos públicos, que visam a aceitabilidade racional das regras, à luz de interesses generalizados, de orientações de valor compartilhadas e de princípios fundamentados.

[...]

Um processo legislativo e de tomada de decisões políticas, instruído de modo discursivo e sem perder de vista o que acabou de ser dito, tem de respeitar tanto as preferências existentes quanto os valores e as normas. Desse modo, esse processo se qualifica muito bem para a tarefa de assumir o papel de fiador político em caso de

uma universalidade e de uma unanimidade que o orador imagina, do acordo de um auditório que deveria ser universal [...]” (PERELMAN, 2005, p. 35)

¹⁰ Sobre isto, é interessante realizar o seguinte esclarecimento “Não se trata, com isso, de recusar uma relação entre moral e direito, pois este só pode ter legitimidade se não ferir princípios morais. Porém, daí não se pode derivar uma hierarquia entre normas morais e jurídicas, visto que tal concepção significaria escapar do horizonte de uma sociedade moderna racionalizada. Tal hierarquia é vista por Habermas como pertencente ao ‘mundo do direito pré-moderno’. Em vez de uma hierarquia, a autonomia moral e o direito positivo devem encontrar-se em ‘*uma relação de complementação*’. Tal relação de complementação só pode ser entendida, por sua vez, de um ponto de vista sociológico, isto é, desde o ponto de vista de uma reconstrução da evolução social.” (REPA, 2010, p. 143).

inadimplência das funções de integração ocorrida num outro ponto (HABERMAS, 2002, p. 164).

Perspectiva esta que necessita de um reconhecimento intersubjetivo:

Presumo que as sociedades multiculturais só poderão manter-se coesas por meio de uma cultura política como essa, que já deu mostras de sua eficiência, se a democracia for compensada não apenas sob a forma de direitos liberais `liberdade e direitos políticos à participação, mas também mediante o gozo profano de direitos sociais e culturais ao compartilhamento (HABERMAS, 2002, p. 142).

A legitimidade da teoria procedimental está na racionalidade do processo democrático que institui a legislação. E neste processo, diferentes ordens de discursos interagem na formação de normas jurídicas. Logo, a validade jurídica não é condicionada a validade moral. Disto decorrem que no momento da aplicação os mesmos discursos podem ser resgatados e utilizados, permitindo assim compensar em parte a falibilidade do direito.

O direito tem seus próprios argumentos processuais jurídicos que não devem intervir na argumentação. O direito formal pode instrumentalizar a argumentação, assumindo uma função reguladora. As discussões jurídicas são reguladas por normas formais que instituem lapsos temporais próprios para a prática de determinados atos. E também restrições materiais, como a necessidade de delimitação do fato que está sendo discutido no processo. É apenas sobre a questão levantada que o Tribunal irá formular juízos e fundamentá-los. Note-se que há um espaço permitindo para as partes, dentro do processo, agirem de forma estratégica. Assumindo o julgador, na posição de um terceiro imparcial, o garantidor da justiça no caso concreto e a uniformidade da aplicação e aperfeiçoamento do direito. Apesar disto, o processo judicial não é orientado pelo discurso racional. As partes nele envolvida querem se favorecer, porém, todos os participantes oferecem argumentos que o juiz imparcial irá sopesar. São nestas questões que reside o discurso propriamente jurídico.

O interesse geral está na eficiência do sistema decisório. Quando uma questão é levada aos tribunais, ela é uniformizada e aperfeiçoada. Deste interesse público resulta que as decisões devem manter coerência com a ordem jurídica em seu todo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ordem de apresentação dos argumentos e o encadeamento das proposições seguiram uma sequência muito próxima da realizada por Habermas no capítulo “Indeterminação do

direito e racionalidade da jurisprudência”, mas apesar disso, foi possível realizar alguns paralelos com outros textos de Habermas e alguns autores citados por ele.

De todo modo, foi possível investigar como que ocorre a busca simultânea pela correção e segurança jurídica em cinco teorias jurídicas distintas. A hermenêutica jurídica e o realismo jurídico priorizam a correção, utilizando como critério elementos sociais e históricos; o positivismo jurídico identifica legitimidade com legalidade, de forma que a segurança jurídica seja acentuada. A teoria do direito como integridade consegue satisfazer ambas as exigências, porém recorre a elementos ideais que não podem ser trabalhados em sociedades pós-tradicionais. Ciente das limitações destas teorias, Habermas tece considerações gerais sobre uma teoria discursiva do direito que conseguiria responder o problema apresentado.

A teoria discursiva do direito, que foi apenas desenhada em linhas gerais, garante a segurança jurídica através da observância das regras procedimentais do direito. O discurso jurídico desenvolve-se de forma que respeita as regras dos processos de argumentação. Já a correção, por sua vez, decorre da aceitação intersubjetiva mediada pela ação comunicativa, na qual o princípio do discurso manifesta-se – que regulamenta juridicamente os fenômenos sociais através de diferentes discursos. Ademais, para além da observância destes pontos, deve-se considerar o caráter reconstrutivista da teoria jurídica, que possibilita, em parte, o acompanhamento da dinâmica social.

Mediar o processo decisório e a criação de normas jurídicas com a questão da correção normativa é pertinente e enriquecedor solucionar *hard cases* próprios da sociedade complexa. Sem entrar no mérito das discussões, problemáticas sociais e possibilidades tecnológicas passam a ser discutidas pelo intermédio do direito. A teoria discursiva do direito apresentada por Habermas, revela perspectivas consistentes que através delas pode-se elevar o grau de legitimidade da fundamentação e da aplicação do direito nas sociedades plurais.

REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Trad. de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad. de George Sperber e Paulo Astor Soethe. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. de Flávio Beno Seibeneichler. vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Trad. de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2008.

NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (organizadores). **Direito e democracia**: um guia para a leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (justiça e direito).

REPA, Luiz. A teoria reconstrutiva do direito. Notas sobre a gênese lógica do sistema de direitos fundamentais em Habermas. **Dois pontos**: justiça, virtude e democracia: da amizade ao reconhecimento, Curitiba, São Carlos. v. 7, n. 2, p. 141-156, out. 2010.