

**A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO:  
POSSIBILIDADES DO PENSAMENTO DE JÜRGEN HABERMAS.**

**Francisco Bertino de Carvalho\***

**RESUMO**

As modificações na estrutura das sociedades pós-modernas exigiram a reformulação dos conceitos sociais, políticos e jurídicos das instituições existentes na sociedade, em especial do Estado. A jurisdição, concebida originalmente na visão de Montesquieu como uma atividade técnica de revelação de significados da legislação, não pode mais ser compreendida nesta restrita dimensão. A importância do direito na construção das relações sociais, assim como da jurisdição na efetividade do direito, especialmente por força da necessidade de superação efetiva do paradigma do positivismo, implica na busca de critérios de legitimação da atividade jurisdicional encontrada nas sociedades pós-modernas. Dentre as propostas surgidas para reconstruir a concepção do direito, destaca-se a idéia da ação comunicativa de Jürgen Habermas. A partir de uma sintética exposição dos elementos significativos no pensamento do doutrinador em referência, em especial da proposta de substituição da razão prática pela razão comunicativa, bem como da ação comunicativa, apresenta-se, de forma resumida, a crítica de Jürgen Habermas ao positivismo, ao realismo, a teoria da argumentação de Ronald Dworkin, a concepção do doutrinador da escola de Frankfurt sobre legitimação do direito, validade e fundamentação do direito, e, ao final, sobre a legitimação da jurisdição. Em suma, analisa-se a hipótese de legitimação da jurisdição no pensamento de Jürgen Habermas.

**PALAVRAS-CHAVE:** JURISDIÇÃO. LEGITIMIDADE. JÜRGEN HABERMAS.

**ABSTRACT**

The changes in the postmodern societies structures have claimed for the reformulation of social, politics and legal concepts, of the institutions that exist in the society, especially in the State. The jurisdiction, in the original vision of Montesquieu was only a technical

---

\* Advogado, Procurador do Município do Salvador, Mestre em Direito Econômico pela UFBA, Doutorando em Direito Público pela UFBA e Professor de Direito Processual Civil.

activity for the revelation of the law's meanings, what cannot longer be understood in this restricted dimension. The law importance for the social relations construction, as how the jurisdiction for right effectiveness, specially because of the necessity to overrule the positive law doctrine, demands a search for the legitimation criterions of the jurisdictions activities, found on the postmodern societies. Among the propositions raised to rebuilt the concept of law, has standed out the idea of communicative action sustained by Jürgen Habermas. From a resumed exposition of Jürgen Habermas's significative thought, especialy of the proposition to replace practical rationality for the communicative rationality and communicative action, shows, in a concised way, the Jürgen Habermas's criticism about the positive law doctrine, the realism, the Ronald Dworkin's argumentation theory, the opinion from the professor of the Frankfurt school, about of right's legitimation, validity and grounds of law, and, at last, about legitimation of jurisciction. In abstract, follows an analysis of Jürgen Habermas's thoughts about the hipothesis legitimation of jurisdiction.

**KEY WORDS:** LEGITIMITY. JURISDICTION. JÜRGEN HABERMAS.

## **INTRODUÇÃO.**

As modificações na estrutura das sociedades pós-modernas exigiram a reformulação dos conceitos dos conceitos sociais, políticos e jurídicos das instituições existentes na sociedade, em especial no Estado. O ideal original da Revolução Francesa que disseminava uma sociedade civil igualitária, fraterna e livre, tanto em suas relações entre particulares, quanto, e principalmente, em suas relações com o Poder Público, projetou um Estado que veio a ser transformado substancialmente no decorrer do Século XX pelas (re)evoluções sociais que marcaram o que Eric Hobsbawm designou por “Era dos Extremos”<sup>1</sup>.

As mudanças afetaram toda a sociedade e inteiramente o Estado. Com a prestação jurisdicional não foi diferente. A jurisdição, concebida originalmente na visão de Montesquieu como uma atividade técnica de revelação de significados da legislação não mais pode ser compreendida nesta dimensão restrita. A importância, do direito na construção das relações sociais, e da jurisdição na efetividade do direito, especialmente

---

<sup>1</sup> HOBBSAWM, Eric J.. **A era dos extremos: o breve Século XX - 1914/1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

por força da necessidade de superação efetiva do paradigma do positivismo, implica na busca de critérios de legitimação da atividade jurisdicional encontrada nas sociedades pós-modernas.

Dentre as propostas surgidas para reconstruir a concepção do direito, destaca-se a idéia da ação comunicativa de Jürgen Habermas que, aplicada ao direito, se apresenta como uma alternativa de legitimação de sua atuação nas sociedades pós-modernas.

O pensamento de Habermas, assim, é o prisma de análise de uma possibilidade de legitimação da nova atividade jurisdicional própria do momento atual.

### **NOVOS PARADIGMAS DA ATIVIDADE JURISDICIONAL.**

A visão originária de jurisdição apresentada por Montesquieu não resiste mais à complexidade das sociedades modernas, nem ao fenômeno contemporâneo da juridicização da vida, que, juntos, abarrotam o Poder Judiciário de questões para as quais é totalmente insuficiente a atividade de “*pronunciar as palavras da lei*”.

A crescente complexidade social, política, econômica, religiosa da sociedade e a desagregação inevitável diante da massificação, transformaram o papel do direito e da Justiça como elementos essenciais à própria integração das sociedades, ampliando e modificando seus critérios de legitimação. Não se pode hoje imaginar um Juiz como mero tradutor da vontade da lei aos casos concretos, simplesmente porque não é mais isso que o Judiciário faz, nem é isso que se quer que ele faça.

A solução do positivismo também se revela anacrônica. Apresentada a decisão judicial como integrante do sistema normativo, criadora de norma, ainda que individual, propagando-se que “*a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação jurídica*” (KELSEN, 1998, p. 265) sua explicação como mero ato de vontade do Estado legitimado apenas pela competência estabelecida na lei deixa a desejar.

O anacronismo da proposta positivista evidencia-se diante do surgimento de uma realidade para a qual se tornou inadequada. O que se quer dizer é que o positivismo não está capacitado para explicar o direito que se criou no Estado Intervencionista do Bem-Estar, nem para o constitucionalismo surgido após a Segunda Guerra Mundial, nem para a dimensão político-jurídica assumida pelos direitos fundamentais nas sociedades contemporâneas, nem para o processo de integração supranacional.

A evolução do constitucionalismo e das formas de controle da constitucionalidade das normas, desconhecidas na época da formulação original da Teoria Pura do Direito, a

inegável integração dos direitos fundamentais ao ordenamento, com seus conteúdos principiológicos e axiológicos, a excessiva juridicização da vida e o conseqüente alargamento do “mundo jurídico”, a ampliação da distância entre o desenvolvimento tecnológico e a capacidade de criar normas gerais dos órgãos estatais legitimados para as produzir, entre vários outros fatores que marcam a mudança dos paradigmas de existência do próprio direito na sociedade, implicaram na total alteração do objeto das decisões judiciais e, simultaneamente, na incapacidade do modelo positivista acompanhar esta evolução fornecendo um resultado satisfatório.

Dada a proibição do *non liquet* (art. 126 do CPC), o Poder Judiciário é obrigado a julgar, sendo-lhe defeso alegar lacuna ou obscuridade na lei, aplicando, na falta de normas legais, a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

O magistrado brasileiro, para usar o exemplo próximo, mas que não difere muito dos demais países, poderá abordar em suas sentenças a compatibilidade de uma lei com a Constituição Federal ou do Estado Federado, a amplitude do significado do princípio da dignidade da pessoa humana para decidir a adoção de crianças por pessoas do mesmo sexo, o parentesco civil de uma criança gerada no ventre de uma mulher (casada ou não) com a carga genética de outros pais “biológicos”, a materialidade e a territorialidade de uma ofensa a norma penal perpetrada no ambiente da internet, entre várias outras hipóteses que podem resultar da diversidade característica da vida humana nas sociedades pós-modernas.

Nenhum destes casos pode ser resolvido sob a ótica do positivismo, nem mesmo o da compatibilidade da norma geral com a Constituição, pois nesta hipótese, usando a analogia escolhida pela obra clássica do positivismo, não se estaria decidindo dentro da moldura, mas em alguns casos até sobre a forma da própria moldura. O positivismo é incapaz de socorrer o magistrado na missão de julgar com a qual o mesmo depara-se atualmente todos os dias. Nem a inatividade e a apatia do Judiciário de Montesquieu, nem a discricionariedade emoldurada do juiz positivista revelam-se soluções adequadas para a atuação do Poder Judiciário no direito construído a partir da segunda metade do Século XX.

A sociedade mudou, o Estado mudou, o Poder Judiciário e a jurisdição também. A adaptação da doutrina de Montesquieu ao Estado Democrático de Direito é fruto da

evolução do constitucionalismo contemporâneo e ultrapassa, em muito, o pensamento original do ideólogo francês.

A idéia do Poder Judiciário autônomo, independente, e criador do direito individual evoluiu juntamente com a sociedade e próprio conceito de Estado, inclusive para atender, ao mesmo tempo, a uma maior complexidade social que revelou inviável a criação prévia de um ordenamento jurídico pleno, capaz de elucidar todas as possíveis controvérsias, e à transformação radical experimentada na evolução histórica do conceito de lei que abandonou sua acepção original de norma geral e abstrata destinada a orientar e regular a conduta humana com neutralidade, para tornar-se um “fato político”, um instrumento de governo utilizado pelo poder político para realização de sua própria política<sup>2</sup>.

A evolução das instituições sociais e políticas transformou todas as funções do Estado, afastando-as das concepções originais de Montesquieu, e, no caso do Poder Judiciário, dando especial relevo à suas atribuições<sup>3</sup>, inclusive na qualidade de guardião da Constituição. As atribuições do Poder Judiciário na solução dos litígios tiveram que ser gradativamente ampliadas para viabilizar sua utilização instrumental.

Por outro lado, a lei deixou de ser um ente racional pretensamente equidistante com inspiração ética e filosófica, para amoldar-se a uma racionalidade “político-tecnológica” tornando-se ele próprio também parte de um “processo de governo”<sup>4</sup>. O Poder Judiciário teve paulatinamente modificada sua atuação inicial de árbitro desinteressado para solucionar conflitos entre terceiros, para órgão de administração da justiça e, portanto, diante da mudança no conceito de lei, instrumento de garantia da legalidade, de eficácia da política<sup>5</sup>. Ainda há quem sustente a visão tradicional e ainda atribua ao Judiciário apenas a missão de aplicar contenciosamente a lei a casos particulares<sup>6</sup>, mas

---

<sup>2</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 1, p. 26.

<sup>3</sup> “Nos derradeiros anos aumentou a influência do Poder Judiciário. Se, a princípio, era um órgão de pouca influência, e praticamente subordinado aos demais órgãos, hoje não somente é um órgão distinto mas poderoso.” (FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 473.)

<sup>4</sup> A ingenuidade iluminista de tentar reduzir o político ao jurídico fora suplantada pela instrumentalização política do jurídico.

<sup>5</sup> “Na verdade, o crescimento avassalador do Estado moderno está intimamente ligado ao monopólio da produção e aplicação do direito, portanto, à criação do direito, seja em nível legislativo, seja no nível jurisdicional”(SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 1, p. 23.)

<sup>6</sup> LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915, p. 1.

também há quem afirme que o Poder Judiciário “*assegura, por suas decisões, a soberania da justiça, isto é, a realização dos direitos individuais nas relações sociais*”<sup>7</sup>, concorre para o equilíbrio da sociedade<sup>8</sup> por meio de uma fórmula consagrada constitucionalmente<sup>9</sup> comprometida com o Estado Democrático de Direito e os princípios que o fundam<sup>10</sup>.

Colocado o Poder Judiciário no centro deste quadro de constantes mudanças no mundo, na sociedade, nos indivíduos, na cultura, no direito, no Estado, fica evidente, como visto, que a função jurisdicional deve assumir um novo posicionamento capaz de dar à prestação da atividade a dimensão que se espera da instituição.

É preciso, assim, compreender a jurisdição e encontrar a condição de sua legitimação e, diante da dimensão do pensamento de Jürgen Habermas, a análise de sua proposta de legitimação para o direito, legislado e decidido nos tribunais faz-se necessária.

#### **A INSERÇÃO DO PENSAMENTO DE JÜRGEN HABERMAS.**

Habermas, sociólogo e filósofo alemão da segunda geração da escola de Frankfurt, publicou, em 1981, a Teoria da Ação Comunicativa, por meio da qual busca recuperar o ponto de contato entre teoria e prática (preocupação genuinamente marxista e frankfurtiana). A principal questão que ele coloca é: “*porque as teorias fracassam frente a prática?*”

A própria universalidade do saber está sustentada, e deve ser avaliada com base nos interesses que lhe motivam, e não na suposta “*imparcialidade do método científico*”. Habermas valoriza a razão prática como forma de oposição à dominação da razão técnica e propõe o diálogo engajado como legitimador do conhecimento produzido pelo método da ação comunicativa.

---

<sup>7</sup> MENDES, João. **O processo criminal brasileiro** apud FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 472.

<sup>8</sup> “O Poder Judiciário concorre para a harmonia e o equilíbrio da sociedade. O seu objetivo é traduzir a realidade efetiva do direito, aplicando a justiça nas relações humanas.” (FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 472).

<sup>9</sup> “Difícilmente poderia supor-se um Estado de Direito sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente. É uma fórmula consagrada pela doutrina contemporânea. A prática das Constituições não a repeliu: ao contrário, a consolidou. (idem, p. 472)

<sup>10</sup> “Ao Poder Judiciário cumpre assumir com firmeza a sua função e o seu compromisso com a democracia e com a cidadania, atribuição que lhe foi conferida pela soberania popular, pela via do Poder Constituinte Originário como guardião da Constituição para preservar os Princípios Fundamentais, fundadores do Estado Democrático de Direito”. (COSTA, Maria Isabel Pereira da. **Constitucionalismo ou neoliberalismo: o que interessa a quem?**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 21)

ELEMENTOS SIGNIFICATIVOS DO PENSAMENTO DE HABERMAS. A compreensão da contribuição que o pensamento de Habermas pode oferecer para a abordagem de uma visão crítica da jurisdição contemporânea requer uma introdução a alguns conceitos trabalhados pelo mesmo que podem ser utilizados nesta abordagem.

**Da razão prática à razão comunicativa.** A razão comunicativa de Habermas traz uma alternativa ao paradigma da filosofia que se estruturou na modernidade, o da filosofia do sujeito ou da consciência, caracterizado por um racionalismo individualista por meio do qual o indivíduo é o centro de convergência de toda moralidade, politicidade e conhecimento.

Nas palavras do próprio Habermas<sup>11</sup>, a própria razão prática teria sido absorvida pelo sujeito. No campo jurídico, o filósofo alemão associou a pretensão de normatividade imediata da razão prática ao jus racionalismo e sustentou sua impossibilidade de atender as demandas das complexas sociedades pós-modernas<sup>12</sup>.

Diante da pretensão de resgatar uma solução preservadora da racionalidade, Habermas propõe, face à viragem lingüística<sup>13</sup>, a integração social por meio da linguagem, em substituição a solidariedade mecânica<sup>14</sup> e, assim, concebe a integração social, nas sociedades secularizadas, como um momento eminentemente lingüístico<sup>15</sup>.

**A ação comunicativa.** Da idéia de uma sociedade concebida a partir da linguagem, Habermas introduz o “agir comunicativo” por meio do qual o entendimento a partir da

---

<sup>11</sup> A modernidade inventou o conceito de razão prática como faculdade subjetiva. Transpondo conceitos aristotélicos para premissas da filosofia do sujeito, ela produziu um desenraizamento da razão prática, desligando-a de suas encarnações nas formas de vidas culturais e nas ordens da vida política. (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. de Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtstaats. 4ª ed. Trad. por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, V. I, p. 17)

<sup>12</sup> (idem, p. 19)

<sup>13</sup> [...] é através do *medium* lingüístico que a razão comunicativa se distingue da razão prática. A razão prática está associada a um padrão interpretativo que se entende a partir da singularidade. Mesmo quando busca a pluralidade, o modelo é o sujeito, ampliadas suas dimensões. [...] Por outro lado, a razão comunicativa insere-se no telos do entendimento a partir do *medium* lingüístico (MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. Belo Horizonte: UFMF/FAFICH, 1999, pp.108-109)

<sup>14</sup>“Enquanto a linguagem é utilizada apenas como *medium* para a transmissão de informações e redundâncias, a coordenação da ação passa através da influência recíproca de atores que agem uns sobre os outros de modo funcional. Tão logo, porém, as forças ilocucionárias das ações de fala assumem um papel coordenador na ação, a própria linguagem passa a ser explorada como fonte primária da integração social.” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. de Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtstaats. 4ª ed. Trad. por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, V. I, p. 36)

<sup>15</sup> “A prática ritual inquestionada, em sociedades de solidariedade mecânica, é substituída por um sistema normativo e jurídico estabelecido conscientemente pelo grupo, através do entendimento mútuo e do consentimento geral.” (ROUANET, Bárbara Freitag. **Dialogando com Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005, p. 41)

lógica do melhor argumento se torna a fonte primária de integração social. Em outras palavras, a ação comunicativa dirigida, prioritariamente, a um efetivo entendimento, produz a expectativa de que, pelo consenso atingido, se possa alcançar a adesão dos atores no diálogo à solução compartilhada.

Habermas refuta uma instância plenamente ideal (na qual os conceitos existam em sua pureza e integralidade) cuja inexistência busca superar pela legitimação advinda do diálogo engajado de uma comunidade ilimitada de intérpretes. O resultado deste processo de criação de uma resposta legítima não a tornará definitiva nem absoluta, pois sua objeção é esperada e pretendida pelo procedimento que propõe, mas será capaz de ser um elemento de integração social na medida em que apresente os argumentos suficientes para provar sua legitimidade, mesmo que circunscrita a um momento histórico e um espaço geográfico.

Se o consenso é atingido com maior facilidade nas sociedades pequenas e simples, nas sociedades secularizadas, isto é, que abandonaram a preponderância do fator religioso ou da tradição institucionalizada, tornando-se extremamente complexas e plurais, introduz-se a possibilidade e a realidade do dissenso<sup>16</sup> para o qual Habermas propõe, mesmo reconhecendo o risco da opção pelo agir estratégico<sup>17</sup>, o agir comunicativo como única solução<sup>18</sup>.

O direito, em sua dimensão intersubjetiva (por pressupor uma comunidade de seguidores), então, surge para institucionalizar padrões comportamentais e, assim, garantir a coesão social, por meio da utilização da força, obstaculizando inclusive atuações estratégicas.

---

<sup>16</sup> “devido à dificuldade de se canalizar as tomadas de posição entre diferentes alternativas possíveis.” (MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. Belo Horizonte: UFMF/FAFICH, 1999, p.131)

<sup>17</sup> “a necessidade crescente de integração, nas modernas sociedades econômicas, sobrecarrega a capacidade de integração do mecanismo de entendimento disponível, quando uma quantidade crescente de interações estratégicas, imprescindível para a estrutura social, são liberadas. Num caso de conflito, os que agem comunicativamente encontram-se perante a alternativa de suspenderem a comunicação ou de agirem estrategicamente – de protelarem ou de tentarem decidir um conflito não solucionado. Parece haver uma saída através da *regulamentação normativa de interações estratégicas*, sobre as quais os próprios se *entendem*. (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. de Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtsstaats. 4ª ed. Trad. por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, V. I, p. 46)

<sup>18</sup> “uma vez que, através dele, toda integração social dar-se-á por meio de uma linguagem intersubjetivamente compartilhada que acopla critérios públicos de racionalidade.” (MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. Belo Horizonte: UFMF/FAFICH, 1999, p.131)

**A crítica de Jürgen Habermas ao positivismo.** Jürgen Habermas apresenta limitações da proposta positivista argumentando que, para atender a pretensão de independência do direito da política<sup>19</sup>, se contenta com a legitimação da decisão judicial pela competência<sup>20</sup> estabelecida no ordenamento e, em última análise, submete toda questão de fundamentação do direito à – irracional – norma fundamental, terminando por, em nome da segurança jurídica, abrir mão inteiramente da correção<sup>21</sup> e, pior, concedendo indesejável e perigoso arbítrio ao juiz para incutir seus conceitos morais no julgamento, acobertado pelo direito<sup>22</sup>.

**A crítica de Jürgen Habermas ao realismo.** Habermas reconhece a contribuição do realismo no abalo de dogmas da teoria do direito<sup>23</sup>, mas formula ferrenha crítica ao abandono absoluto da razão pela teoria, chegando a concluir pela impossibilidade de separar o direito da política se for adotada a visão do realismo legal<sup>24</sup>, fato que, para o filósofo alemão, amplia a indeterminação jurídica a ponto da pretensão de legitimidade

---

<sup>19</sup> “(c) O positivismo jurídico pretende, ao contrário, fazer jus à função da estabilização de expectativas, sem ser obrigado a apoiar a legitimidade da decisão jurídica na autoridade impugnável de tradições éticas. Ao contrário das escolas realistas, os teóricos Hans Kelsen e H. L. A. Hart elaboram o sentido normativo próprio das proposições jurídicas e a construção sistemática de um sistema de regras destinado a garantir a consistência de decisões ligadas a regras e tornar o direito independente da política”. (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. de Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtsstaats. 4ª ed. Trad. por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, V. I, p. 250)

<sup>20</sup> “Essa legitimação através da legalidade do procedimento da normatização privilegia a procedência, ou melhor, o processo correto da positivação ou da resolução em detrimento da fundamentação racional do conteúdo de uma norma: regras são válidas porque podem ser proclamadas conforme às regras pelas instituições competentes. A legitimação da ordem jurídica em sua totalidade é transportada para o início, isto é, para uma regra fundamental ou regra do conhecimento, a qual legitima tudo, sem ser, porém, passível de uma justificação racional” (idem, pp. 250/251)

<sup>21</sup> “Por isso, a interpretação positivista da prática de decisão judicial faz com que, no final das contas, a garantia da segurança jurídica eclipse a garantia da correção.” (idem, p. 251)

<sup>22</sup> “Na proporção em que o direito vigente não é suficiente para a determinação precisa de um estado de coisas, o juiz deve decidir conforme seu próprio arbítrio. O juiz preenche o seu espaço de arbítrio através de preferências não fundamentáveis juridicamente e às vezes orienta suas decisões por padrões morais, que não são mais cobertos pela autoridade do direito.” (idem, p. 251)

<sup>23</sup> “Os realistas tinham abalado as bases de três dogmas da teoria do direito, a saber: a suposição de que existem direitos; a suposição de que casos atuais podem ser decididos consistentemente em conformidade com o direito vigente; e, com isso, a suposição central de que os juízos dos tribunais são geralmente racionais, ou seja, determinados suficientemente através de vantagens legais, precedentes, doutrinas dominantes, etc.” (idem, p. 265)

<sup>24</sup> Na medida em que o resultado de um processo judicial pode ser explicado pelos interesses, pelo processo de socialização, pela pertença a camadas, por enfoques políticos e pela estrutura da personalidade dos juizes, por tradições fora do sistema jurídico, a prática da decisão não é mais determinada internamente através da seletividade de procedimentos, do caso e do fundamento do direito. A lógica própria do direito, já amolecida na visão da hermenêutica jurídica, ou seja, relativizada através da inserção numa tradição, desaparece agora por completo, sob uma descrição “realista” do processo de aplicação do direito.

Na visão do realismo legal, da Escola do direito livre e da jurisprudência de interesse, não é possível fazer uma distinção clara entre direito e política, lançando mão de características estruturais. (idem, p. 249)

do direito ficar condicionada à vontade do magistrado<sup>25</sup>. Apóia-se na pós-modernidade para, de uma só tacada, acertar a simplificação do positivismo e o utilitarismo do realismo:

“Depois que o direito moderno se emancipou de fundamentos sagrados e se distanciou de contextos religiosos e metafísicos, não se torna simplesmente contingente, como o positivismo defende. Entretanto, ele também não se encontra simplesmente à disposição de objetivos do poder político, como um *medium* sem estrutura interna própria, como é defendido pelo realismo”. (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. de Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtsstaats. 4ª ed. Trad. por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, V. I, p. 259)

Para Habermas, enfim, o positivismo assenta em uma racionalidade impossível e o realismo aposta em uma irracionalidade indesejada.

**A crítica de Jürgen Habermas à teoria da argumentação de Dworkin.** Em sua obra, Habermas se detém mais sobre a proposta de Ronald Dworkin, com a qual procura estabelecer um diálogo na tentativa de expor as incoerências do pensamento de Dworkin e superar as contradições apresentadas com a teoria da ação comunicativa.

Procura expor com fidelidade a crítica da teoria dos direitos ao positivismo, à hermenêutica e ao realismo<sup>26</sup>, assim como ressaltar a posição no sentido da

---

<sup>25</sup> A produção jurídica do passado perde seu domínio sobre decisões atuais, porque estas dependem amplamente da decisão do juiz. A pretensão de legitimidade do direito pode, quando muito, preservar seu sentido, caso o juiz, imitando o político, tome suas decisões voltado ao futuro e inspirando-se em orientações axiológicas que ele tem como racionais. O direito passa a valer, então, como um instrumento do controle do comportamento a ser acionado para fins racionais, isto é, fins políticos fundamentados utilitaristicamente de acordo com o bem estar econômico. (idem, p. 249)

<sup>26</sup> A teoria dos direitos, elaborada por Dworkin, pode ser entendida como a tentativa de evitar as falhas das propostas de solução realistas, positivistas e hermenêuticas, 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. Contra o realismo, Dworkin sustenta a possibilidade e a necessidade de decisões consistentes ligadas a regras, as quais garantem uma medida suficiente de garantia do direito. Contra o positivismo, ele afirma a possibilidade e a necessidade de decisões “corretas”, cujo conteúdo é legitimado à luz de princípios (e não apenas formalmente através de procedimentos). No entanto, a referência hermenêutica a uma pré-compreensão determinada por princípios não deve entregar o juiz à história de tradições autoritárias com conteúdo normativo; ao contrário, esse recurso obriga-o a uma apropriação crítica de uma história institucional do direito, na qual a razão prática deixou seus vestígios. Tribunais decidem sobre que direitos “políticos” pertencem a quem; Dworkin tem em mente os direitos que gozam de validade positiva e merecem reconhecimento sob pontos de vista da justiça. (idem, p. 252)

incorporação dos conteúdos morais (pelo direito positivo<sup>27</sup>) para criticar o comprometimento da teoria com a necessidade de um magistrado cuja existência real é questionável<sup>28</sup> e que, no final, ainda se renderia à uma concepção de conhecimento focada no sujeito, centrada, agora, na figura do juiz<sup>29</sup>, cujo isolamento tornaria tão pouco factível a proposta quanto difícil encontrar nos homens comuns as condições exigidas para a implementação da proposta de Dworkin<sup>30</sup>.

Habermas apresenta dois obstáculos em sua concepção insuperáveis para a proposta de Dworkin: a inviabilidade prática de confiar-se missão reconhecidamente hercúlea a homens comuns, e; a falta de legitimidade de confiar-se, mais uma vez, na solução subjetivista.

### **A CONCEPÇÃO DE HABERMAS DE LEGITIMIDADE DO DIREITO.**

É preciso, por outro lado, expor a proposta do próprio Habermas para legitimação do direito.

**VALIDADE DO DIREITO.** Habermas associa o núcleo do direito moderno ao direito privado<sup>31</sup>, razão de estabelecer a tensão entre facticidade e validade que deve ser estabilizada pelo direito na relação entre coerção (direito imposto pelo Estado) e liberdade (legitimação da coerção por exercer o papel de proteger a liberdade dos indivíduos contra excessos de outros, inclusive do próprio Estado).

---

<sup>27</sup> A teoria dworkiniana dos direitos apóia-se na premissa segundo a qual há pontos de vista relevantes na jurisprudência, porque o direito positivo assimilou inevitavelmente conteúdos morais. (idem, p. 253)

<sup>28</sup> “Dworkin sabe que, para desempenhar essa tarefa, é preciso pressupor um juiz cujas capacidades intelectuais podem medir-se com as forças físicas de um Hércules. O “juiz Hércules” dispõe de dois componentes de um saber ideal: ele conhece todos os princípios e objetivos válidos que são necessários para a justificação; ao mesmo tempo, ele tem uma visão completa sobre o tecido cerrado dos elementos do direito vigente que ele encontra diante de si, ligados através de fios argumentativos”. (idem, p. 263)

<sup>29</sup> As objeções até aqui levantadas contra o sentido e a viabilidade de uma teoria do direito ideal, capaz de proporcionar a melhor interpretação judicial dos direitos e deveres, da história institucional, da estrutura política e de uma comunidade constituída segundo o direito do Estado constitucional, partiram da premissa de que essa teoria possui um único autor – o respectivo juiz, que escolheu Hércules como seu modelo. Ora, as próprias respostas que Dworkin deu, ou poderia dar, a seus críticos levantam as primeiras dúvidas com relação à possibilidade de se manter esse princípio *monológico*. (idem, p. 276)

<sup>30</sup> “O juiz singular tem que conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos. Nesse sentido, F. Michelman critica a concepção monológica de Dworkin acerca do processo de decisão judicial: “What is lacking is dialogue. Hercules... is a loner. He is much too heroic. His narrative constructios are monologous. 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. No one manor 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”.”(idem, p. 278)

<sup>31</sup> “dos direitos subjetivos privados, que foram talhados para a busca estratégica de interesses privados e que configuram espaços legítimos para as liberdades de ação individuais, constituem o núcleo do direito moderno.” (idem, p.47)

O direito, desta forma, teria dois planos de validade, a fática (eficácia social das normas) e a jurídica (apurada no processo legislativo pela resgatabilidade discursiva de seus fundamentos<sup>32</sup>) e, ao substituir as formas arcaicas de sociabilidade, incorpora relevante responsabilidade na integração social.

O plano da validade jurídica requer legitimação que, para Habermas, deve ser racional e operar no processo de legislação<sup>33</sup> no qual deverá haver amplo debate político efetivo, no qual todos tenham a possibilidade de influenciar em busca de um entendimento intersubjetivamente racional, pois só assim o Direito poderá promover-se em fonte fundamental para a integração social.

Habermas, assim, recusa qualquer fundamentação na metafísica<sup>34</sup>, na hermenêutica, na tradição ou na lógica formal para o fenômeno jurídico, cuja validade esteia na construção intersubjetiva e histórica de “melhores argumentos”, fruto de uma dialética contínua<sup>35</sup>. O direito não tem ponto de partida nem de chegada, tem apenas um infundável caminho a percorrer, pautado pelo relevante papel que assume nas sociedades pós-modernas na integração social<sup>36</sup>, cuja solução possível para o filósofo seria exatamente a autolegislação<sup>37</sup>.

---

<sup>32</sup> “no entendimento habermasiano, é a suposição de legitimidade do ordenamento jurídico que garante tanto a validade social quanto a obediência fática aos seus preceitos. Isso porque o ordenamento jurídico carrega uma pretensão à legitimidade, ou seja, carrega uma marca de fundamentação racional oriunda da resgatabilidade racional de suas pretensões de validade. Quando o Direito positivo não se assenta sobre bases legítimas, fica a mercê do puro arbítrio” (MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. Belo Horizonte: UFMF/FAFICH, 1999, p. 138)

<sup>33</sup> “Isto é, com o processo legislativo cercado por cuidados e prescrições em seus procedimentos, temos um fundamento legítimo que aponta para uma base de validade do Direito instituído.” (idem, p. 142).

<sup>34</sup> Sendo a idealidade acoplada a uma facticidade que, em um primeiro momento, pertence à esfera da linguagem, essa tensão instaura-se, com o auxílio do agir comunicativo, no seio da sociedade. Nisso consiste a recusa habermasiana de uma esfera de fundamentação última. Como o conceito de idealidade permanece acoplado ao de facticidade, essa tensão pertence à esfera secular do mundo da vida, mesmo que não fique restrita simplesmente a sua factualidade. É na comprovação factual de suas pretensões que a idealidade recusa uma suposta base metafísica e, acoplando-se ao uso da linguagem orientada pelo entendimento, chega a um agir comunicativo que guarda, em suas entranhas, a necessidade de que suas pretensões de validade estejam ligadas a um contexto histórico. (idem, p. 127)

<sup>35</sup> A tensão ideal que irrompe na realidade social remonta ao fato de que a aceitação de pretensões de validade, que cria fatos sociais e os perpetua, repousa sobre a aceitabilidade de razões dependentes de um contexto, que estão sempre expostas ao risco de serem desvalorizadas através de argumentos melhores e processos de aprendizagem que transformam o contexto. [...] Elas [as pretensões de validade falíveis] permitem entender por que não é possível estabilizar definitivamente expectativas de comportamentos sociais, que dependem de suposições de validade falíveis e precárias. Tal estabilidade é devida a realizações da integração social, as quais afastam constantemente o perigo atual de uma desestabilização através do dissenso fundamentado. (idem, p. 57)

<sup>36</sup> *De um lado*, a garantia estatal da normatização do direito oferece um equivalente funcional para a estabilização de expectativas através de uma autoridade sagrada. [...] o direito moderno permite substituir convicções através de sanções, na medida em que libera os motivos que acompanham a obediência a regras, porém impõe respeito. [...] evita-se uma desestabilização provocado por dissenso fundamentado,

FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO. Habermas encontra a legitimação do direito fora de seu próprio sistema, na sociedade<sup>38</sup> para a qual o mesmo é criado e no momento desta criação<sup>39</sup> por meio da teoria discursiva do direito a ser aplicada no processo legislativo para estabilizar democrática<sup>40</sup> e precariamente<sup>41</sup> a tensão entre autonomia privada dos indivíduos e autonomia pública dos cidadãos, ou seja, entre direitos humanos e soberania política.

Abandona-se, desta maneira, totalmente a referência a padrões inquestionáveis e superiores com os quais as normas guardariam relação de pertinência, como propunha a metafísica. Mesmo a moral se originaria simultaneamente com o direito nos processos discursivos da sociedade, significando a juridicização dos valores morais apenas um

---

na medida em que os destinatários não podem questionar a validade das normas a serem seguidas. Esse 'não-poder' adquire, sem dúvida, um outro sentido, que é racional e teleológico, porque o próprio modo de validade se modifica. Enquanto, no sentido de validade de convicções ligadas à autoridade, a facticidade e a validade se fundem, na validade jurídica ambos os momentos se separam um do outro – a aceitação da ordem jurídica é distinta da aceitabilidade dos argumentos sobre os quais ela apóia a sua pretensão de legitimidade. Essa dupla codificação remete, *de outro lado*, à circunstância de que a positividade e a pretensão à legitimidade do direito também fazem jus à comunicação não circunscrita que expõe, em princípio, todas as normas e valores ao exame crítico. Os membros do direito têm que poder supor que eles mesmos, numa formação livre da opinião e da vontade política, autorizariam as regras às quais eles estão submetidos como destinatários. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. de Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtsstaats. 4ª ed. Trad. por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, V. II, p. 59)

<sup>37</sup> “[...] os limites à autolegitimação do direito são tanto mais estreitos quanto menos o direito, tomado como um todo, pode apoiar-se em garantias metassociais e se imunizar contra a crítica. É verdade que um direito, ao qual as sociedades modernas atribuem o peso principal da integração social, é alvo de pressão *profana* dos imperativos funcionais da reprodução social; ao mesmo tempo, porém, ele se encontra sob uma certa coerção *idealista* de legitimá-los.” (idem, pp. 62-63).

<sup>38</sup> “[...] ou seja, o Direito é, ao mesmo tempo, criação e reflexo da produção discursiva da opinião e da vontade dos membros de uma dada comunidade jurídica.” (MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. Belo Horizonte: UFMF/FAFICH, 1999, pp. 157)

<sup>39</sup> “Ora, o processo democrático da criação do direito constitui a única fonte pós-metafísica da legitimidade. No entanto, é preciso saber de onde ele tira sua força legitimadora.” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. de Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtsstaats. 4ª ed. Trad. por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, V. II, p. 308)

<sup>40</sup> O procedimento jurídico deve compor-se de tal modo que sua abertura para a vontade democrática dos cidadãos assumam ares institucionais, isto é, devem ser institucionalizados procedimentos que afastem a contingência de decisões arbitrárias e que não permitam a constituição de uma normatividade jurídica *autopoietica* (MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. Belo Horizonte: UFMF/FAFICH, 1999, p. 166).

<sup>41</sup> A realização paradoxal do direito consiste, pois, em domesticar o potencial de conflito embutido em liberdades subjetivas desencadeadas, utilizando normas cuja força coercitiva só sobrevive durante o tempo em que forem reconhecidas como legítimas na corda bamba das liberdades comunicativas desencadeadas. (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. de Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtsstaats. 4ª ed. Trad. por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, V. II, p. 325)

alívio para o cidadão que incorpora à sua conduta tais valores<sup>42</sup>. A norma, para permanecer legítima na visão de Habermas, há de ser resgatável (em termos de legitimidade) no instante de sua aplicação.

A garantia de legitimidade, porém, no pensamento de Habermas, está atrelada, como visto, a um processo democrático<sup>43</sup> e racional de elaboração legislativa, capaz de equilibrar as autonomias privada e pública<sup>44</sup>.

Esta meta de democracia participativa seria atingida não apenas pela institucionalização jurídica do procedimento de criação das normas legislativas, mas também de uma igualdade de liberdade comunicativa entre os agentes.

Habermas arrola, dentre os direitos fundamentais, aquele à maior medida possível de igualdade de liberdades subjetivas de ação entre os agentes, que engloba tanto o acesso como igual ao processo legislativo, quanto o direito de ação para proteção dos interesses individuais perante a jurisdição. Da constatação destes direitos fundamentais, acrescidos daqueles essenciais à vida em dignidade, inclusive ecológica, torna-se possível verificar a legitimidade de um ordenamento jurídico.

Não obstante a provocação da jurisdição integre o plexo de direitos fundamentais atinentes à legitimidade do ordenamento, o momento de aplicação não obteve de Habermas a mesma atenção, talvez por que o sociólogo e filósofo alemão não estivesse familiarizado com a criação do direito na decisão judicial.

---

<sup>42</sup> “[...] 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 prático moral.” (idem, p.151)

<sup>43</sup> [...] introduzi um princípio do discurso, que é indiferente em relação à moral e ao direito. Esse princípio deve assumir – pela via da institucionalização jurídica – a figura de um princípio da democracia, o qual passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização. A idéia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma *gênese lógica de direitos*, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equiparar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um *sistema* de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de *modo co-originário*. (idem, p.158).

<sup>44</sup> O nexos interno entre ‘direitos humanos’ e soberania popular, que buscamos aqui, reside, pois no fato de que a exigência de institucionalizar a autolegislação em termos de direito tem que ser preenchida com o auxílio de um código, o qual implica, *ao mesmo tempo*, a garantia de liberdades subjetivas de ação e de reclamação. Inversamente, a repartição igualitária desses direitos subjetivos (e de seu ‘valor equitativo’) só pode ser satisfeita através de um processo democrático que justifica a suposição de que os resultados da formação política da opinião e da vontade são racionais. Deste modo, a autonomia privada e a pública pressupõem-se mutuamente, sem que uma possa reivindicar o primado sobre a outra. (idem, p. 316)

## **A CONCEPÇÃO DE HABERMAS DE LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO.**

Antes de abordar o direito na obra “Direito e democracia: entre facticidade e validade”, Habermas atrelava, como um apêndice, as questões jurídicas às morais, premissa da qual se desvincula na referida obra, a partir da qual o direito passa a assumir um papel central na resolução dos problemas de integração social.

Habermas entende que na sociedade pluralista pós-metafísica, o direito se legitima por meio de seu processo de criação.

Esta legitimação no momento da criação adviria do processo democrático de formação da vontade política, que se atingiria assegurando-se um caráter discursivo ao procedimento (por meio do qual se lhe confere racionalidade).

O direito é, na visão de Habermas, um instrumento de integração social, diretamente quando orienta a conduta intersubjetiva, indiretamente quando fomenta a solidariedade estabilizando as expectativas comportamentais.

As semelhanças entre o direito e o agir comunicativo explicam-se porque o discurso desempenha papel constitutivo na produção e no emprego de normas do direito.

Para Habermas, nem a solução positivista, nem a jusnaturalista, acertam em propor um antecedente hierárquico ao direito, pois crê em uma legitimidade que é extraída do próprio processo de construção do direito.

De acordo com a teoria discursiva, porém, direito e moral se originam simultaneamente, razão pela qual não se pode esperar mais que a moral forneça a fundamentação de legitimidade do direito. Se não há efetivamente uma esfera moral para orientar as ações e fundar as normas jurídicas, a obrigatoriedade (e a legitimação) das normas jurídicas estaria em sua capacidade de resistir aos questionamentos do processo democrático.

A solução do problema, assim, também não estaria na tradição, mas no procedimento discursivo, pois o direito, separado da moral, seculariza-se.

A legitimidade, em última análise, como no pensamento de Kant, está no seio da sociedade, não na estrutura de poder, na prática da liberdade e não da obrigação, porém Habermas rejeita o imobilismo dos contratualistas para acreditar que a dinâmica dos processos discursivos de índole democrática construiriam uma realidade mais legítima para a integração social.

Em outras palavras, apenas a normatividade do melhor argumento adquire obrigatoriedade, ou seja, detém legitimidade suficiente para se impor. Está, assim, no

procedimento democrático o fundamento de validade do direito, fixado no procedimento discursivo, formador da opinião e da vontade discursivas do cidadão.

Para Habermas, segundo sua teoria discursiva do direito, fundamentada na composição entre direitos humanos e soberania do povo, o direito legitima-se pelas razões do melhor argumento, estabilizando a tensão entre facticidade e validade, já que esta última carece de demonstrar sua própria comprovação.

O desligamento do direito da normatividade da razão prática e sua independência da moral traduzem-se na secularização da vida, institucional na medida em que o direito reflita a vontade discursiva dos cidadãos, capacitando-se, assim, para efetivar a liberdade (grande objetivo da tradição).

É importante não deixar de perceber que a proposta do discurso, por buscar a legitimação na sociedade, rejeita a visão anterior da legitimação do poder, no próprio poder e aproxima-se da visão contratualista, da qual se distancia por propor uma dinâmica oposta ao imobilismo próprio da idéia de contrato.

Habermas compreende a reconstrução do direito a partir dos princípios do Estado de Direito, como explicita no Capítulo IV de sua obra *“Direito e democracia: entre facticidade e validade”*, no qual, recusando a possibilidade de reconstrução auto-referencial estável da proposta autopoietica de Nicklas Luhmann, propõe a necessidade do processo de juridicização *“não se limite às liberdades subjetivas e às liberdades comunicativas dos cidadãos”*<sup>45</sup>, devendo estender-se *“simultaneamente ao poder político”*<sup>46</sup>. Habermas sustenta a necessidade de uma legitimação do poder político executivo pelas vias do direito, o que caracterizaria o Estado de Direito.

Na visão de Habermas, os direitos subjetivos originam-se de organismos com competência para os criar em nome da coletividade, cuja garantia, por sua vez, está na existência de uma *“instância central autorizada a agir em nome do todo”*<sup>47</sup> estruturada para manter a identidade da convivência jurídica organizada.

Por outro lado, para o titular dos direitos subjetivos individuais, a concretização dos seus direitos, notadamente fundamentais, está no acesso à uma Justiça independente e imparcial em seus julgamentos, cujo pressuposto é a existência de um tribunal

---

<sup>45</sup> (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. de Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtstaats. 4ª ed. Trad. por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, V. I, p. 169)

<sup>46</sup> (idem, p. 169)

<sup>47</sup> (idem, p. 170)

estruturado que concentre o poder sancionador (sic) “*a fim de proteger e desenvolver o direito nos casos litigiosos, onde se faz mister uma decisão autoritativa*”<sup>48</sup>.

A primeira conclusão é a de que Habermas parte de um conceito de jurisdição convergente com a teoria de Carnelutti, de justa composição da lide, cujas falhas já foram apontadas pelos recentes estudos em teoria geral do processo. Isto, porém, não reduz a importância de sua proposta para uma discussão acerca da legitimidade das decisões judiciais.

Em sua obra Habermas efetivamente concentra-se na legitimação do legislativo, insistindo que o Poder Judiciário “*soluciona conflitos legais apoiando-se*”<sup>49</sup> na base legal fornecida pelo poder legisferante. Entretanto, reconhecer uma “*tensão entre facticidade e validade imanente ao direito*” que “*se manifestar entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas*”<sup>50</sup>.

Habermas, porém, adiante retoma<sup>51</sup> a idéia de que racionalidade da decisão depende da legitimidade da legislação, fundada esta na racionalidade do processo legislativo, ou seja, insiste em concentrar a importância da ação comunicativa apenas na criação da norma geral. A própria jurisdição constitucional é questionada pelo Autor, inclusive em relação à legitimidade de suas decisões<sup>52</sup>. Na obra chega a argumentar no sentido da necessidade de controlar intersubjetivamente a produção jurisdicional por meio da comparação das decisões com os “*standards da prática de interpretação reconhecidos na profissão*”<sup>53</sup>, exigindo do juiz a imparcialidade e a neutralidade cuja impossibilidade é a tônica de sua própria compreensão do conhecimento.

A visão de Habermas sobre a legitimação da jurisdição, desta maneira, não enfoca a produção da norma individual, nem a toma especificamente como objeto da ação comunicativa que canaliza para a produção da norma geral, tanto que, à semelhança de tantos outros estudiosos de processo de inspiração positivista, enxerga no procedimento e na fundamentação inerentes à atividade jurisdicional características meramente formais.

---

<sup>48</sup> (idem, p. 171)

<sup>49</sup> (idem, p. 232)

<sup>50</sup> (idem, p. 245)

<sup>51</sup> (idem, p. 297)

<sup>52</sup> (idem, p. 298)

<sup>53</sup> (idem, p. 279)

Assim, a força revolucionária da proposta da ação comunicativa não foi posta, ao menos pelo próprio Habermas, sobre a jurisdição em si, dada a aceitação pelo autor de diferenças típicas da produção jurídica feita nos tribunais que exigiriam inclusive a observância de regras de tradição<sup>54</sup>.

### **CONCLUSÃO.**

A inovadora abordagem proposta por Jürgen Habermas para uma compreensão do direito como elemento de integração social, simultaneamente agente e resultado de um processo de diálogo constante em permanente curso dentro da comunidade aberta de intérpretes é limitada pelo próprio autor ao processo de criação das normas gerais.

Assim, o avanço conseguido na compreensão dos mecanismos pelos quais o direito é criado, perpetuado e modificado nas complexas e multifacetadas sociedades pós-modernas restringiu-se, entretanto, por opção do doutrinador da escola de Frankfurt, ao direito legislado.

Desta forma, não sendo a jurisdição atual uma atividade exclusivamente voltada à tradução do ordenamento e aplicação do direito posto nos casos concretos, falta no pensamento de Habermas elementos suficientes para legitimar a atividade jurisdicional como criadora e construtora do direito, pois, para o jurisfilósofo, a ação comunicativa deve ser aplicada apenas na atividade legislativa.

No pensamento de Jürgen Habermas, em função dos limites impostos pelo próprio doutrinador da escola de Frankfurt, portanto, não se encontra uma proposta de legitimação da atividade jurisdicional prestada na pós-modernidade com característica criativa e construtora do direito elemento de estruturação das relações sociais, políticas e jurídicas nas comunidades do Século XXI.

Assim, não obstante a significativa modificação na jurisdição decorrente das transformações sociais, políticas e jurídicas experimentadas especialmente após a segunda metade do Século XX, seu conceito, sua justificativa sócio-política, e, sobretudo, suas condições de legitimação no Estado Democrático de Direito permanecem questões em aberto.

---

<sup>54</sup> (idem, p. 279)

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Trad. por Alfredo Fait. 4<sup>a</sup> ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- COSTA, Maria Isabel Pereira da. **Constitucionalismo ou neoliberalismo: o que interessa a quem?**. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Legitimidade na Constituição de 1988**. [s.l.] : [s.e.] [s.d.].
- FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 7<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. de Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechitsstaats. 4<sup>a</sup> ed. Trad. por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HOBBSAWM, Eric J.. **A era dos extremos: o breve Século XX - 1914/1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução por João Baptista Machado. Tradução de: Reine rechtslehre. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.
- LLOYD, Dennis. **A idéia de lei**. Tradução por Álvaro Cabral. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MIRANDA, Francisco C. Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade: Os três caminhos**. 2. ed.. São Paulo: Editora Saraiva, 1979.
- MONREAL, Eduardo Novoa. **O direito como obstáculo à transformação social**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. Belo Horizonte: UFMF/FAFICH, 1999.
- PEREIRA JR., Jessé Torres. **Controle Judicial da administração pública: da legalidade estrita à lógica razoável**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

ROUANET, Bárbara Freitag. **Dialogando com Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 1.

SOUZA, Luís Antônio Francisco de. **A crise da esfera pública e das teorias do contrato social numa ordem global**. In: BUENO, Roberto (Organizador). Dilemas da globalização: teoria liberal e ordem jurídica no mundo contemporâneo. São Paulo: Cultural Paulista, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia**. Tradução por: Marina Gascón. Tradução de Il Diritto mitte. Legge diritti giustizia. 3a. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999.