



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

EDER FERNANDES MONICA

**A POSSIBILIDADE DE UMA ÚNICA SENTENÇA CORRETA
PARA CADA CASO**

Londrina
2008

EDER FERNANDES MONICA

**A POSSIBILIDADE DE UMA ÚNICA SENTENÇA CORRETA
PARA CADA CASO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Londrina
2008

Catálogo na publicação elaborada pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da Universidade Estadual de Londrina.

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

M744p Monica, Eder Fernandes.

A possibilidade de uma única sentença correta para cada caso /
Eder Fernandes Monica. – Londrina, 2008.
167f.

Orientador: Luiz Fernando Bellinetti.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2008.

Bibliografia: f. 162-167.

1. Direito – Filosofia – Teses. 2. Hermenêutica (Direito) – Teses.
3. Sentenças (Direito Processual) – Teses. 4. Direito processual – Teses. I. Bellinetti, Luiz Fernando. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 340.12

EDER FERNANDES MONICA

**A POSSIBILIDADE DE UMA ÚNICA SENTENÇA CORRETA
PARA CADA CASO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti
Universidade Estadual de Londrina

Prof. Dr. Elve Miguel Cenci
Universidade Estadual de Londrina

Prof. Dr. Jayme Gasparoto
UNIVEM

Londrina, 25 de fevereiro de 2008.

Aos meus pais

Ao meu irmão

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus orientadores Dr. Luiz Fernando Bellinetti e Dr. Aylton Barbieri Durão

Ao professor Elve Miguel Cenci

Ao Marcelo

À Carol, Simone, Flavia e Francielle

Ao Francisco

MONICA, Eder Fernandes. **A possibilidade de uma única sentença correta para cada caso**. 2008. 155f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2008.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo geral estudar a problemática da aplicação do direito. Com base na teoria discursiva de Jürgen Habermas, apresenta-se como seria possível uma institucionalização dos discursos jurídicos no âmbito do direito processual a partir da teoria procedimental do direito. A pergunta acerca da possibilidade de uma única sentença correta é utilizada como fio condutor para analisar como a teoria do direito contemporânea tentou resolver o problema da tensão entre segurança jurídica e decisão justa. Num primeiro momento é estudado o debate entre Herbert Hart e Ronald Dworkin, importante para que se entenda as bases conceituais da teoria dos princípios de Dworkin. A partir da idéia de direito como integridade e do juiz Hércules, os adeptos da teoria da argumentação jurídica se propuseram a desenvolver uma teoria que superasse o solipsismo judicial, lançando mão de uma compreensão intersubjetiva de legitimação do direito. Neste sentido, tanto as teorias de Robert Alexy, quanto as de Klaus Günther são estudadas como saídas para uma legitimação democrática do direito. Em continuidade, é apresentada a teoria discursiva de Jürgen Habermas, bem como as suas críticas e apreensões das teorias trazidas no trabalho. Em um último momento são analisados os institutos do direito processual brasileiro a partir da crítica e proposta de Habermas para o estado democrático de direito. Neste aspecto, questões processuais como conceito de jurisdição, autonomização do direito de ação, o instituto da prova, direitos transindividuais, princípios processuais entre outros, são interpretados discursivamente. Somente com a readequação de tais institutos, bem como do ordenamento jurídico como um todo, é que se poderá dar uma resposta afirmativa à pergunta acerca da possibilidade de uma sentença correta para cada caso.

Palavras-chave: Teoria discursiva do direito. Sentença. Direito processual. Jürgen Habermas.

MONICA, Eder Fernandes. **The possibility of a unique correct sentence for each case.** 2008. 155p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2008.

ABSTRACT

The present work has for general objective to study the problem of the application of the law. With base in Jürgen Habermas' discursive theory, shows up as it would be possible an institucionalization of the juridical speeches in the ambit of the processual law starting from the theory procedimental of the law. The question concerning the possibility of an only correct sentence is used as conductive thread to analyze as the theory of the contemporary law it tried to solve the problem of the tension between juridical safety and just decision. In a first moment it is studied the debate between Herbert Hart and Ronald Dworkin, important so that understand each other the conceptual bases of the theory of the beginnings of Dworkin. Starting from the idea of law as integrity and of judge Hercules, the followers of the theory of the juridical argument intended to develop a theory that overcame the judicial solipsism, throwing hand of an understanding intersubjetive of legitimation of the law. In this sense, so much Robert Alexy's theories, as the one of Klaus Günther are studied as exits for a democratic legitimation of the law. In continuity, Jürgen Habermas' discursive theory is presented, as well as its critics and apprehensions of the theories brought in the work. In a last moment the institutes of the Brazilian processual law are analyzed starting from the critic and proposal of Habermas for the democratic state of law. In this aspect, procedural subjects as jurisdiction concept, autonomization of the action right, the institute of the test, transindividuals laws, beginnings procedurals among other, is discursive interpreted. Only with the readequation of such institutes, as well as of the juridical ordering as a whole, it is that one can give an affirmative answer to the question concerning the possibility of a correct sentence for each case.

Keywords: Discursyve theory of the law. Sentence. Procedural law. Jürgen Habermas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 O DEBATE HART x DWORKIN	13
1.1 O CONCEITO DE DIREITO DE HART	13
1.1.1 A teoria de Hart	13
1.1.2 A regra de reconhecimento	19
1.1.3 A textura aberta das regras e a discricionariedade judicial	24
1.2 LEVANDO OS DIREITOS À SÉRIO	27
1.2.1 A crítica de Dworkin a Hart e a superação do positivismo.....	28
1.2.2 O exercício literário	34
1.2.3 O direito como um conceito interpretativo	40
1.2.4 O direito como integridade	46
1.2.5 A estrutura do modelo de direito de Dworkin.....	52
1.2.6 O juiz Hércules	61
2 A TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO E A SUPERAÇÃO DO SOLIPSISMO	
JUDICIAL	64
2.1 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ALEXY	64
2.1.1 A crítica de Alexy a Dworkin.....	64
2.1.2 O direito como um modelo de regras, princípios e discurso.....	69
2.1.3 A teoria do discurso e a argumentação jurídica	70
2.1.4 A argumentação jurídica.....	72
2.1.5 A única decisão correta como uma idéia regulativa	78
2.1.6 A tese do caso especial.....	80
2.2 JUSTIFICAÇÃO E APLICAÇÃO: A PROPOSTA DE KLAUS GÜNTHER.....	82
2.2.1 A crítica de Günther a Alexy.....	82
2.2.2 A teoria do direito de Günther	85
3 INDETERMINAÇÃO DO DIREITO E RACIONALIDADE DA JURISDIÇÃO	100
3.1 A APROPRIAÇÃO DEONTOLÓGICA DA TEORIA DE DWORKIN E A CRÍTICA À TESE DO	
CASO ESPECIAL.....	101
3.2 A TEORIA DE HABERMAS	109

3.2.1 O aspecto histórico-teórico da teoria de Habermas	109
3.2.2 A gênese lógica dos direitos fundamentais	113
3.4 O SISTEMA DOS DIREITOS	118
3.5 A SEPARAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL E OS DISCURSOS DE APLICAÇÃO	122
4 A INSTAURAÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL DE DISCURSOS JURÍDICOS..	126
CONCLUSÃO	148
REFERÊNCIAS.....	150

INTRODUÇÃO

Desde a metade do século passado se desenvolveram inúmeros modelos teóricos que tentaram analisar a estrutura dos argumentos jurídicos e estabelecer padrões para avaliação da argumentação racional, tanto no âmbito da correção formal, como no da retidão material ou racionalidade das premissas. Conforme aponta Velasco¹, tais teorias deveriam dar conta de alguns problemas acerca da prática da decisão judicial: por um lado há a questão da carência de informação factual no momento de decidir um caso – as chamadas “lacunas de conhecimento” – e a ausência ou falta de previsão normativa – as “lacunas de lei ou de reconhecimento” –; por outro lado tais teorias devem lidar com a falta de coerência dos ordenamentos legais positivos, nos quais há a possibilidade de conflitos ou dilemas. Outra questão também apontada por Velasco é a de no mundo jurídico abundarem casos que aparentemente permitem mais de uma saída e requerem uma única resposta configurada como solução prática. A tentativa deste trabalho é a de demonstrar que a partir de uma visão discursiva do direito é possível se chegar a uma única decisão correta para cada caso. Mas para isto, uma nova compreensão do direito é necessária.

Dentro da teoria do direito inúmeras foram as tentativas de resolver o problema de sua aplicação. O positivismo jurídico pretendeu garantir a consistência das decisões por meio de regras e tornar o direito independente da política. Não há fundamentos de validade suprapositivos e a legitimidade das decisões jurídicas não deve apoiar-se na autoridade impugnável de tradições éticas. Para Kelsen, norma é aquilo que provém de outra norma e tem um sentido deontológico. Ela não tem nenhuma relação com o fato. O fato (valor) não vira norma. Ela não está no plano da realidade. Hart já não pensa assim, pois não é um positivista lógico. Os costumes são normas e também são um jogo que nós jogamos. A norma tem um sentido cognitivo e outro deontológico. É algo que deve ser, mas que efetivamente também é. Para Hart as normas têm que ser efetivamente realizadas. Elas devem ser usadas de fato, pois norma sem eficácia não tem validade. O direito é linguagem, só que, por não usar a linguagem formal, acaba caindo na ambigüidade. Nos “hard cases”, casos em que não se sabe como se joga, não há regra. Estes casos acabam

¹ VELASCO, 2000: 122.

dependendo do poder discricionário dos juízes e não há, dessa maneira, como se chegar a uma única decisão correta para cada caso no momento do julgamento.

Seguindo-se a corrente da hermenêutica jurídica, é falha a idéia da regra regulando a sua própria aplicação. A interpretação começa numa pré-compreensão valorativa, que estabelece uma relação preliminar entre norma e estado de coisas. Esta pré-compreensão, que inicialmente é difusa, torna-se mais precisa quando a norma e o estado de coisas constituem-se ou concretizam-se reciprocamente. Insere-se a razão no complexo histórico da tradição, sendo que a pré-compreensão do juiz é determinada através dos “topoi” de um contexto ético tradicional. Esse recurso a um “ethos” dominante foi alvo de crítica pelo realismo jurídico, que afirmou que a hermenêutica jurídica não oferece uma base convincente para a validade de decisões jurídicas em meio a uma sociedade pluralista, na qual diferentes situações de interesses e de forças religiosas concorrem entre si. O fundamento da norma para os realistas encontra-se em elementos extrajurídicos. Assim, a prática da decisão não é mais determinada internamente através da seletividade de procedimentos, do caso e do fundamento do direito. Então, não é possível fazer uma distinção clara entre direito e política e o direito passa a ser um instrumento do controle do comportamento a ser acionado para fins racionais.

Dworkin, por sua vez, partindo da problemática já levantada por Hart, tenta resolver os problemas que este deixou ao fazer uma crítica ao positivismo, e às outras correntes, voltando à idéia de que dentro do ordenamento jurídico há mecanismos capazes de dar uma resposta correta para cada caso. A sua teoria foi uma tentativa de se resolver o problema da tensão entre o princípio da justiça e o da segurança jurídica. A partir de uma visão substancialista, Dworkin lança mão do juiz Hércules para desenvolver uma interpretação construtivista do direito. Ele concorda com os realistas quando estes afirmam que a constituição é uma “colcha de retalhos” e concorda em partes com a afirmação de que o direito é política. As leis são feitas a partir de critérios políticos e não há nada de ilegítimo nisso. Mas o direito não usa argumentos da política, mas sim os seus próprios argumentos. Desse modo, haveria a possibilidade de decisões consistentes ligadas a regras, as quais garantem uma medida suficiente de garantia do direito. Já contra o positivismo, Dworkin objeta que é possível haver decisões corretas cujo conteúdo é legitimado a partir de princípios. E contra a hermenêutica, ele afirma que a pré-compreensão determinada por princípios não deve entregar o juiz à história de tradições autoritárias. En-

tretanto, os seus críticos o acusaram de desenvolver uma teoria que se apóia em um princípio solipsista, sobrecarregando o juiz com a tarefa hercúlea da reconstrução monológica racional do direito vigente. As objeções que foram levantadas contra o princípio solipsista de Dworkin abriram caminho para uma teoria intersubjetivista do discurso jurídico, que se apóia numa teoria da argumentação jurídica para assumir o “fardo” das exigências ideais feitas a Hércules.

Para Robert Alexy os valores, quando transformados em normas, não perdem a característica axiológica. A ordem objetiva de valores tem que irradiar-se pelo ordenamento, mas as normas continuam sendo valores. Com uma interpretação procedimentalista da aplicação do direito, Alexy vai mostrar que a solução do problema da sentença correta para cada caso necessita, além da distinção entre regras e princípios, ser complementada por discursos jurídicos de aplicação de normas. Assim, o problema da racionalidade da decisão judicial resolve-se com um procedimento discursivo capaz de oferecer uma resposta correta para as questões. Klaus Günther assume o conceito normativo de coerência de Dworkin e alivia o discurso jurídico do peso das questões de fundamentação levando para o momento da aplicação o peso de se analisar a adequação da aplicação das normas.

Entretanto, Habermas faz uma crítica tanto a Alexy, quanto a Günther, pois entende que ambos autores encaram o discurso jurídico como um caso especial da aplicação do discurso moral, o que não faz jus à relação complexa entre justiça e legislação. Habermas, com a sua teoria do discurso aplicada no direito, tentará superar e resolver os problemas apresentados até agora. Para ele, Dworkin levou às últimas conseqüências uma teoria do direito que se fez idealista, sobrecarregando demais o juiz com a tarefa da interpretação construtiva. Com uma compreensão procedimentalista do direito gera-se uma interpretação do direito baseada em um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos. Assim, a teoria discursiva do direito apóia-se num conceito forte de racionalidade procedimental, onde a fundamentação se desenrola argumentativamente, gerando um acordo não-coercitivo sobre as pretensões de validade, com os argumentos relevantes vindo à tona para serem analisados e aceitos ou rejeitados no jogo da argumentação. Há uma disputa regulamentada entre os argumentos, num procedimento que visa à busca cooperativa da verdade. Há um convencimento mútuo da validade das normas e da teoria construída. Para saber se as normas podem encontrar o as-

sentimento de todos os atingidos, assume-se a perspectiva intersubjetivamente ampliada da primeira pessoa do plural na prática da argumentação.

Nesse sentido, a velha idéia de que o processo de decisão judicial era determinado exclusivamente pelos textos legais e que as controvérsias eram todas resolvidas mediante a rígida aplicação das regras deu lugar a pesquisas acerca de uma lógica jurídica baseada numa lógica não necessariamente dedutiva e voltada especificamente para o discurso jurídico. A teoria da argumentação jurídica apresentou-se como um instrumento idôneo para abordar os problemas relativos à ação humana, pressupondo que existe a possibilidade de eleição razoável baseada na deliberação.

O objetivo do presente trabalho é percorrer o caminho trilhado pelos adeptos da teoria da argumentação jurídica desenvolvida com base na teoria discursiva. Mas é fundamentalmente a partir dos estudos de Habermas a respeito da indeterminação do direito e da racionalidade da aplicação judicial que se procurará demonstrar a possibilidade de se chegar a uma única sentença correta para cada caso. A pergunta acerca dessa possibilidade é o fio condutor que levará às sugestões de como uma teoria discursiva poderia ser aplicada no âmbito da teoria do direito, demonstrando meios para uma institucionalização dos discursos jurídicos.

O debate entre Herbert Hart e Ronald Dworkin é a primeira parte do trabalho, pois a teoria de Dworkin é essencial para todo o desenvolvimento da teoria da argumentação jurídica aqui apresentada. Num segundo momento, a crítica ao solipsismo judicial, em que incorreu a teoria de Dworkin, é o ponto no qual a teoria da argumentação jurídica se apóia para estruturar uma legitimação por um viés intersubjetivista de fundamentação do direito. Neste sentido, o debate entre Robert Alexy, Klaus Günther e Jürgen Habermas são estudados de forma a apresentar as propostas sobre a teoria discursiva do direito de vertente habermasiana. Em um último momento e como conclusão ao trabalho, algumas propostas de modificação do entendimento acerca dos institutos do direito processual serão postas à prova, pois são a tentativa de uma aplicação da teoria discursiva no âmbito estritamente processual e a demonstração de que com a institucionalização de discursos jurídicos por meio do direito processual é possível uma única sentença correta para cada caso.

1 O DEBATE HART x DWORKIN

1.1 O CONCEITO DE DIREITO DE HART

1.1.1 A teoria de Hart

Em *The concept of law* Hart não pretende expor o que é direito em qualquer sistema jurídico particular, nem mesmo deseja que a sua teoria seja um guia para a decisão judicial. O seu intento é o de oferecer uma teoria explicativa do que seja o direito em um sentido geral e descritivo. O aspecto geral se expressa no fato de que a teoria de Hart não se liga a um sistema jurídico específico, mas pretende propor uma teoria clarificadora do direito, sendo este uma forma complexa de uma instituição social de caráter normativo ou governada por regras que possuem a mesma estrutura e expressão genérica em diferentes culturas e épocas. Por outro lado, a teoria é descritiva no sentido de que é moralmente neutra e não tem propósitos justificativos, pois não pretende justificar ou legitimar com base em fundamentos morais as formas e estruturas que aparecem nesta teoria geral do direito². Sendo Hart um filósofo analítico³, a sua preocupação é descrever e clarificar a estrutura geral do pensamento jurídico e analisar o significado dos termos que são usados na teoria do direito. As distinções terminológicas são esclarecidas mediante um exame do uso típico das expressões relevantes e do modo como estas expressões dependem de um contexto social como fundamento⁴. Além desta preocupação analítica, Hart se propõe a reformular o positivismo jurídico, especialmente por meio da sua crítica à teoria positivista de John Austin, elaborando uma versão mais complexa acerca do direito do que a versão deste filósofo.

² PÁRAMO, 1988: 348; HART, 2000: 11-2.

³ Hart entende que o propósito maior da filosofia analítica, em sua vertente jurídica, é a de entender melhor o direito, por meio de um exame cuidadoso da linguagem em que o direito se formula. Filiando-se ao positivismo analítico inglês, Hart aborda as noções recorrentes do discurso jurídico: o direito é um fenômeno lingüístico; e a linguagem é a condição de existência do direito (TAMAYO Y SALMORÁN, 2000: XIX).

⁴ HART, 1968: prefácio.

Uma das características do positivismo jurídico é a identificação das regras que são adotadas como jurídicas por meio de um teste de reconhecimento, ou teste de *pedigree*⁵. John Austin elaborou a sua versão deste teste fundamental por meio de uma corrente de definições de termos interligados. Primeiro definiu obrigação como o estar subordinado a uma regra, sendo que regra é uma ordem de caráter geral e ordem é a expressão do desejo de que outras pessoas comportem-se de um modo específico, desejo que é sustentado pelo poder e pela vontade de fazer valer esta expressão em caso de desobediência. O autor da ordem geral será um soberano⁶, que é uma pessoa ou grupo de pessoas ao qual as outras pessoas habitualmente obedecem, mas que não tem o hábito de obedecer a ninguém. Entretanto, o soberano não pode prever todas as situações que possam ocorrer e por isso não pode antecipar todas as regras possíveis. Desse modo, algumas regras necessariamente serão vagas ou pouco claras. Nestes sistemas, os juízes terão poder discricionário para criar novas ordens sempre que estes casos de vaguidade ocorrerem, e o soberano poderá ou anular essas criações ou as confirmar, mesmo que tacitamente⁷.

Para desenvolver a sua noção de direito e demonstrar as insuficiências da teoria de Austin, Hart faz crítica ao modelo do direito como ordens coercitivas do soberano ao questionar a idéia de que o soberano é aquele que não presta obediência a ninguém. Assim, Hart questiona esta posição do soberano, indagando se este *status* juridicamente ilimitado do legislador supremo é necessário para a existência do direito⁸ e se é verdadeira a afirmação dos defensores desta tese, de que a existência do direito implica a existência do soberano⁹. A objeção levantada é a de que “a existência de um soberano não submetido a limitações jurídicas, [...] não é uma condição ou pressuposto necessário para a existência do direito”, pois esta concepção desconfiguraria o caráter do direito em muitos estados modernos, que não precisam da idéia de um soberano ilimitado para afirmarem a existência do direito¹⁰. Os sistemas jurídicos modernos possuem restrições constitucionais ao poder de legislar e regras como critérios para decidir acerca da validade dos atos legislativos. Desse modo,

⁵ DWORKIN, 2002: 28.

⁶ É por isto que Alexy diz que Austin define o direito como “a totalidade das ordens de um soberano respaldadas por sanções” (ALEXY, 2004: 25).

⁷ DWORKIN, 2002: 29.

⁸ HART, 1968: 63-4.

⁹ *Ibid.*, 83.

¹⁰ *Ibid.*, 85.

devem ser satisfeitas certas condições para criar um direito válido e mesmo que se limite juridicamente a autoridade legislativa, ela é suprema no sistema¹¹.

Em continuidade à crítica, Hart toma por base as distinções que podem ser feitas entre os deveres do direito penal e os do direito dos contratos e da responsabilidade civil extracontratual¹². Afirma que nos sistemas jurídicos modernos não se pode defender a tese de que o soberano não está sob a autoridade das próprias ordens, pois ao serem instituídas tais leis – no caso as leis penais –, verifica-se que elas também se aplicam a quem as sanciona, e não simplesmente aos súditos. Por outro lado, há tipos de normas jurídicas que são de tipo diferente das normas penais: há aquelas que conferem poderes jurídicos para decidir litígios ou legislar e aquelas que conferem poderes jurídicos para criar ou modificar relações jurídicas¹³. Nem todas as normas ordenam fazer ou não fazer algo¹⁴. Em conseqüência, não se pode interpretar o direito como se este fosse um conjunto de ordens apoiadas somente em ameaças ditadas pelo soberano ou pelos subordinados a este¹⁵. Por este motivo, as proposições jurídicas não são verdadeiras apenas em função da autoridade de pessoas que comumente são obedecidas, mas o são, principalmente, porque há “convenções sociais que representam a aceitação, pela comunidade, de um sistema de regras que outorga a tais indivíduos ou grupos o poder de criar leis válidas”¹⁶.

Ao identificar a insuficiência da teoria do soberano de Austin, Hart justifica a utilização de regras secundárias de reconhecimento¹⁷ para a identificação de regras primárias de obrigação, pois em sistemas jurídicos modernos há uma situação social mais complexa, em que não há somente um único critério para identificar o que seja direito – o fato de ter sido sancionado pelo soberano –, mas há uma variedade de “fontes” de direito, com critérios múltiplos para a sua identificação¹⁸. Com isso, Hart demonstra que os elementos que foram usados para construir a concepção do direito como ordens coercitivas do soberano, “não incluem, nem tampouco

¹¹ Ibid., 86-8.

¹² Ibid., 300 (nota).

¹³ Ibid., 99.

¹⁴ Ibid., 33.

¹⁵ Ibid., 31-2, 99.

¹⁶ DWORKIN, 2003: 42.

¹⁷ Estas regras de reconhecimento podem incorporar como critérios de validade jurídica a conformidade com princípios morais ou valores substantivos, e por isto Hart chama o seu positivismo de “sua-ve”, em contraposição ao positivismo de “meros fatos”, que verifica a validade de uma regra jurídica somente por meio de um teste de *pedigree* (HART, 2000: 26, 36-7).

¹⁸ HART, 1968: 125-6.

podem produzir mediante sua combinação, a idéia de regra”, que é necessária para elucidar a forma do direito. Esta idéia de regra não é simples e, conforme a crítica apresentada, as regras podem ser de dois tipos: as que impõem deveres (*duty-imposing rules*) e as que conferem poderes (*power-conferring rules*)¹⁹. O que Hart vai sustentar é que as diferenças entre tais regras têm uma importância crucial para a teoria jurídica, sendo que a união destas será a melhor maneira de se entender o direito, ou, nas palavras de Hart, a “chave” para entender o direito²⁰.

O primeiro tipo é o básico, ou primário, que prescreve aos seres humanos um dever de fazer ou de omitir certas ações, mesmo que estes não queiram praticá-las. Tal ato de prescrever tem por conteúdo “ações que implicam movimento ou mudanças físicas”²¹. Para que se justifique a inclusão das regras secundárias, Hart aponta três insuficiências deste tipo básico – a falta de certeza, o caráter estático e a ineficiência da pressão social para se fazer cumprir as regras. Em primeiro lugar, aponta que nas sociedades complexas haverá a necessidade de procedimentos que solucionem as dúvidas em relação a quais seriam essas regras primárias e qual o alcance preciso de cada regra determinada; também deve haver uma maneira de adaptar deliberadamente as regras às circunstâncias cambiantes, eliminando as antigas ou introduzindo novas regras; e por último, é imprescindível que haja um órgão especial com faculdades para determinar definitivamente e com autoridade os casos de violação das regras. Estas insuficiências levarão Hart a entender as regras secundárias como um complemento às regras primárias de obrigação, por se apresentarem como um remédio a essas insuficiências²², e por este motivo as regras secundárias vão depender, em certo sentido, das regras do primeiro tipo, estabelecendo que os seres humanos podem, “fazendo ou dizendo certas coisas, introduzir novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar regras anteriores, ou determinar de diversas maneiras o efeito delas, ou controlar sua atuação”, prevendo atos que criam ou modificam os deveres ou obrigações²³. O direito, então, não se esgota em normas de conduta, mas serve também à organização e à regulação e controle do poder estatal por meio das regras secundárias, que dotam as instituições estatais de poderes e faculdades e estabelecem normas de organização para a criação de pro-

¹⁹ Ibid., 101.

²⁰ Ibid., 300 (nota).

²¹ Ibid., 101-2.

²² Ibid., 115-6.

²³ Ibid., 101-2.

cedimentos para o desenvolvimento das atividades da administração estatal e da justiça²⁴. Estes dois tipos de regras, a primária e a secundária, e a ação recíproca entre elas ajudará Hart na busca de uma definição para o direito.

A insuficiência da pressão social para se fazer cumprir as regras é remediada por regras secundárias que outorgam poder a uma autoridade para exercer a faculdade de determinar se em uma ocasião particular ocorreu a transgressão de uma regra primária. Estas regras são chamadas de “regras de adjudicação”²⁵ (*rules of adjudication*), identificadoras tanto dos indivíduos que podem julgar, quanto do procedimento a ser seguido nesse julgamento. Elas vão definir um grupo de conceitos jurídicos ligados diretamente à tarefa de julgar: os conceitos de juiz ou tribunal, de jurisdição e de sentença²⁶. Como remédio para a insuficiência da qualidade estática do regime de regras primárias, Hart apresenta um tipo de regras secundárias que permite a um indivíduo ou a um grupo de pessoas introduzir novas regras primárias e deixar sem efeito as regras anteriores. Tal tipo é chamado por Hart de “regras de mudança”²⁷, que dá base para as idéias de criação e derrogação de normas jurídicas por via legislativa²⁸. E contra a falta de certeza do regime das regras primárias, o remédio que Hart apresenta é a introdução de uma “regra de reconhecimento” (*rule of recognition*), que

especificará alguma característica ou características cuja posse por uma regra sugerida é considerada como uma indicação afirmativa indiscutível de que se trata de uma regra do grupo, que há de ser sustentada pela pressão social que este exerce²⁹.

²⁴ HABERMAS, 2005: 212.

²⁵ Adjudicação, na tradição do *common law*, é o ato de decidir ou resolver uma controvérsia jurisdicionalmente, isto é, o juízo ou resolução de um tribunal (TAMAYO Y SALMORAN, 2000: XXVI, nota 45). Já no direito executório brasileiro, é um termo técnico processual que consiste na “transferência do bem penhorado ao patrimônio do exequente, para satisfação de ser crédito”. É um dos modos pelos quais se faz a expropriação, ou seja, é uma alienação forçada (DINAMARCO, 2004b: 573). Para Tamayo y Salmoran, a palavra correspondente no espanhol seria *judicación*, que significa “ação de julgar”, ponto sobre o qual o juiz deve se pronunciar (2000: XXVI, nota 45). Segundo Dutra, em sentido amplo, o termo “adjudicação” poderia ser traduzido para o português como “jurisdição” (DUTRA, 2005: 75), no sentido de que esta é a atividade que o juiz realiza ao apreciar o caso e pronunciar a sua decisão.

²⁶ HART, 1968: 120-1.

²⁷ *Ibid.*, 118-9.

²⁸ Dentro das regras de mudança há também regras que conferem poderes aos indivíduos para variar as posições iniciais que lhes atribuem as regras primárias. Por meio delas o direito oferece algumas facilidades aos indivíduos, como o outorgamento de testamento, a celebração de contratos, ou transferência de propriedade. A diferença entre tais regras e as regras de mudança propriamente ditas é que naquelas, em comparação com estas, os indivíduos exercem uma forma limitada de poder legislativo (HART, 1968: 119-20).

²⁹ HART, 1968: 117.

Esta combinação entre regras primárias de obrigação e regras secundárias de reconhecimento, mudança e adjudicação é a “medula” do sistema jurídico apresentado por Hart, podendo ser considerada como um termo médio entre posições extremas nas quais a teoria jurídica tem se baseado para tentar mostrar como o direito deve ser compreendido, que por um lado mostram o direito com base na simples idéia de uma ordem respaldada por ameaças, e por outro na noção de direito fundada numa idéia complexa de moral. A relação do direito com esses opostos é importante e necessária. Entretanto, ela não deve ser exacerbada para que não se corra o perigo de se exagerar nas “conexões e afinidades e obscurecer as características especiais que distinguem o direito de outros meios de controle social”. Por este motivo Hart entende a sua teoria como possibilitadora de relações múltiplas entre o direito, a coação e a moral, pois não sobrecarrega nenhum destes elementos. Apesar da idéia de união entre regras primárias e secundárias apresentar estas virtudes, e mesmo Hart entendendo-a como uma condição suficiente para explicar seu conceito de direito e de sistema jurídico, o autor não sustenta que a palavra “direito” tenha que ser definida nos termos desta união, mas sim que o intento da sua teoria é o de oferecer uma elucidação do conceito de direito, pois esta não pode por si só iluminar todos os problemas que por ventura serão levantados³⁰.

1.1.2 A regra de reconhecimento

Para Hart os verdadeiros fundamentos do direito encontram-se na aceitação³¹, por parte da comunidade, de uma regra-mestra fundamental, a regra de reconhecimento, que determinará quem terá a autoridade de criar leis. Esta regra é o meio encontrado por Hart para possibilitar a unidade do ordenamento jurídico, que especificará as “fontes” do direito e fornecerá critérios gerais para a identificação de suas regras. Esta regra é, portanto, o critério de identificação do sistema que estabelecerá os critérios últimos de validade jurídica, ou seja, é a norma que fixará com

³⁰ Ibid., 121, 123 e 263.

³¹ DWORKIN, 2003: 42.

caráter último quais são as regras que os juízes têm o dever de aplicar. Desse modo, ela se localiza no momento da aplicação e por isso esse critério último de identificação do “direito válido” é aquele efetivamente usado pelos órgãos de aplicação. Este critério não é meramente definicional³², mas sim uma norma genuína (de conduta), que dá aos juízes o dever de aplicar as normas que satisfaçam esse processo de aplicação³³.

A localização da regra de reconhecimento no momento de aplicação manifesta o ponto de distanciamento entre Hart e Kelsen. Como afirma Alexy, a função da regra de reconhecimento de Hart possui um *status* de tipo totalmente distinto, pois sua existência é um fato social³⁴. Com relação à teoria de Kelsen, essa regra juridicamente última se localiza em algum momento da criação do direito e por isso é denominada de norma fundamental³⁵; diferentemente, a regra de reconhecimento de Hart localiza-se no momento da aplicação do direito, estabelecendo quais são as normas que os juízes têm o dever de aplicar. A questão da existência da regra de reconhecimento e qual seria o seu conteúdo é tratada por Hart como uma questão empírica, pois é extraída de uma prática efetiva dos tribunais e funcionários do sistema ao identificar o direito que aplicarão. Já a norma fundamental de Kelsen, segundo a interpretação de Hart, é qualificada de hipótese jurídica, como uma regra última postulada no sistema, tendo sempre o mesmo conteúdo, que é o de simplesmente afirmar que se deve obedecer à constituição ou àqueles que estabeleceram a primeira constituição³⁶.

³² BULYGIN, em suas análises, oferece uma interpretação alternativa da teoria de Hart ao chegar à conclusão de que a regra de reconhecimento deve ser interpretada como uma regra conceitual e não como uma norma de conduta. Para Bulygin, Hart crê que há uma norma que primeiramente obriga a aplicação das normas que reúnem certas características e assim, desta norma se extrai o critério conceitual que define quais normas pertencem ao sistema. Nesse sentido, há uma obediência primeira dos juízes a esta regra de reconhecimento, que impõe, ao menos, uma obrigação ou dever. Entretanto, segundo Bulygin, para poder determinar que deveres estabelecem as normas jurídicas deve-se ter primeiro um critério conceitual que nos permita identificar tais normas. Assim, os juízes usarão a mesma regra de reconhecimento, o que equivale dizer que utilizam os mesmos critérios de validade de normas jurídicas, pois “usar” essa regra significa empreender uma prática de identificação, o que leva Bulygin a acreditar que o dever dos juízes não pode ser imposto pela regra de reconhecimento, pois esta é uma regra conceitual. Dessa forma, a regra de reconhecimento para este autor está excluída do sistema jurídico, porque necessita de critérios “meta-sistemáticos” para a sua caracterização (BULYGIN, 1991; MANERO, 1991; CARACCILO, 1991).

³³ MANERO apud BULYGIN, 1991: 271-2.

³⁴ ALEXY, 2004: 26.

³⁵ Segundo Alexy, uma norma fundamental, no sentido de Kelsen, é uma norma que fundamenta a validade de todas as normas de um sistema jurídico, exceto ela mesma (ALEXY, 2004: 96).

³⁶ Hart apresenta algumas diferenciações nas notas do capítulo VI (HART, 1968: 310-11).

Segundo Caracciolo³⁷, a identidade de um sistema jurídico definido está diretamente relacionada a uma determinada localização de espaço e tempo, e ela depende, conforme a teoria de Hart, de critérios de identificação para se saber quais normas pertencem a esse sistema. Na busca dessa identidade pode-se reconhecer dois tipos de normas: as “normas independentes” e as “normas dependentes”. As independentes são “aquelas cujo pertencimento ao sistema não depende de sua relação com outras normas, e cumprem um papel semelhante aos enunciados primitivos de um sistema teórico”. Já as dependentes são, ao inverso, as que cujo pertencimento depende de sua relação com outras normas do sistema. A expressão “regra última” utilizada por Hart, que a identifica com a regra de reconhecimento, é semelhante, para o autor, à noção de norma independente, por causa do seu aspecto neutro na medida em que é um procedimento teórico de identificação das normas, tendo um papel justificatório de normas e condutas dentro de um ponto de vista interno ao sistema, pois obriga os juízes, ao menos nos sistemas jurídicos contemporâneos, a resolver os conflitos jurídicos mediante a aplicação de suas normas. Conseqüentemente, cumprindo a regra de reconhecimento a função de norma independente, as restantes normas pertencem então ao sistema por sua relação com esta regra.

Quando uma regra satisfaz todos os requisitos estabelecidos na regra de reconhecimento, ela é uma regra válida, e, portanto, é uma regra do sistema³⁸. Esses requisitos estão em ordem de subordinação e primazia relativas, sendo que um deles, a regra de reconhecimento, é supremo em relação aos outros e por isto é chamado de “regra última” (*ultimate rule*), pois não está subordinado a critérios de validade jurídica estabelecidos por outras regras. Se é levantada a questão de se uma certa regra é juridicamente válida, deve-se usar um critério de validade fornecido por alguma outra regra para resolver o problema. Por meio de uma “complexa cadeia de validade”³⁹, que vai da regra particular à regra fundamental, uma regra fará referência a outra de maior nível, até que se alcance o ponto em que devemos parar nossas investigações acerca da validade. É nele que se encontra a regra de reconhecimento, que não pode ser tratada nem como válida, nem como inválida⁴⁰. É

³⁷ CARACCILO, 1991: 297-8.

³⁸ HART, 1968: 129.

³⁹ DWORKIN, 2002: 34.

⁴⁰ Manero, ao analisar a regra de reconhecimento, traz a consideração de que ela é juridicamente última no sentido de que a pergunta pelo fundamento do dever de obedecê-la não pode ser respondi-

a única regra em um sistema jurídico cuja obrigatoriedade depende de sua aceitação. Ela proporciona critérios para se resolver questões que surgem “dentro” de um sistema de regras, dando base para o estabelecimento de critérios para a averiguação da validade das normas. Ela só existe como uma prática complexa dos tribunais, funcionários (*officials*) e particulares (*private individuals*) ao identificarem o direito referindo-se a certos critérios⁴¹.

Para Hart há duas condições necessárias e suficientes mínimas para a existência de um sistema jurídico⁴². Trata-se de um “enunciado bifronte” que, por uma parte, é satisfeito pelos cidadãos ordinários e, por outra, pelos funcionários do sistema (*judicial participants*). Assim, para a primeira condição ser cumprida, as regras de conduta válidas segundo o critério de validade último do sistema têm que ser geralmente obedecidas. Não há a necessidade de que toda a população obedeça às normas de um sistema jurídico como se estas fossem corretas e apropriadas, pois nem toda pessoa que obedece deve pensar que o que está fazendo é correto tanto para ela quanto para os outros, o que exclui a obrigação de se obedecer às regras sob o prisma do ponto de vista interno, que aceita as regras como pautas ou critérios de conduta para todos aqueles a quem são aplicados. Em lugar disso os cidadãos podem se limitar a obedecer a regra por medo da ameaça de pena pelo seu descumprimento. Por serem poucos estes que somente obedecem por medo de castigos é que se poderá afirmar que o direito é eficaz, pois a grande maioria dos submetidos ao direito o aceitam por um “reconhecimento livre”⁴³.

Já a segunda condição para a existência de um sistema jurídico, que é satisfeita pelos funcionários, exige destes que aceitem as regras como um critério comum e público de decisões judiciais corretas, e não como algo que cada juiz simplesmente obedece por sua conta, e quando ocorrerem desvios, estes devem ser apreciados criticamente como falhas. Os funcionários devem agir em unidade para

da juridicamente, o que não exclui o fato de que ela possa ser respondida de algum outro modo. Seguindo autores como Raz e Nino, que também analisam esta questão, o autor afirma que a aceitação da regra de reconhecimento por parte dos juízes só pode justificar-se por razões morais. Em consequência desta resposta, poderia objetar-se qual seria o motivo de obedecermos às regras morais. A saída encontrada por estes autores e trazida por Manero é que por convenção chamamos “morais” às razões justificatórias operativas de maior hierarquia, sendo que estas razões de índole moral permitirão a exclusão de qualquer outro tipo de razões nas situações de aplicabilidade e que isto é uma “regra de prioridade” que vai impedir a desintegração da nossa razoabilidade prática (MANERO, 1991: 289-90).

⁴¹ HART, 1968: 132-7.

⁴² Ibid., 142-6.

⁴³ HÖFFE, 2001: 139.

que não haja uma divisão dentro do próprio poder judicial e se rompa a harmonia oficial, identificadora da regra de reconhecimento do sistema⁴⁴. Portanto, a existência da regra de reconhecimento dependerá da conduta dos juízes⁴⁵, pois tal regra é um costume judicial. Joseph Raz afirma que esta regra é uma regra consuetudinária praticada pelos funcionários do sistema, pois para determinar se um sistema está em vigor é preciso que os órgãos oficiais apliquem suas regras. Mas o fato destes órgãos aplicarem e praticarem a regra de reconhecimento não implica que os funcionários considerem que aquela esteja moralmente justificada. Ao se dizer que uma regra deve ser seguida, somente se exige que ela seja tida como válida, ou seja, que se acredite que os sujeitos normativos estão justificados a segui-la, e não que os praticantes desenvolvam alguma crença a respeito da justificação moral dessa regra⁴⁶.

Hart afirma que a regra de reconhecimento raras vezes é formulada expressamente em um sistema jurídico. A sua existência, desse modo, irá se mostrar na maneira em que as regras particulares são identificadas, tanto pelos tribunais e outros funcionários, que são revestidos de autoridade para a atividade de criação e aplicação das regras, quanto pelos próprios destinatários destas. Esta identificação é característica de um ponto de vista interno ao sistema, no qual as pessoas participantes (*insiders*) manifestam a aceitação das regras por meio de um vocabulário próprio, distinto das expressões e manifestações feitas por um observador (*outsider*),

⁴⁴ HART, 1968: 151-2.

⁴⁵ Alguns autores mostram-se de acordo em apontar um aspecto de circularidade na teoria de Hart, no que concerne à relação entre as regras de reconhecimento e as regras de adjudicação. Nesse sentido, para se poder determinar, por um lado, o conteúdo da regra de reconhecimento de um sistema jurídico há a necessidade de se saber previamente quem são os juízes do dito sistema, o que só pode ser feito por meio das regras de adjudicação do próprio sistema. Por outro lado, as regras de adjudicação do sistema só são encontradas se recorrermos à sua regra de reconhecimento. Assim, autores como Eugenio Bulygin, Carlos Nino, Neil MacCormick e Juan Manero se propuseram a romper este círculo ao analisar o conceito de juiz, sendo que os três últimos intentaram buscá-lo recorrendo a caracterizações “meta-sistemáticas” (MANERO, 1991: 290). Nino vai caracterizar o juiz em termos puramente fáticos, sendo aquele que de fato pode determinar o exercício do monopólio coativo estatal em casos particulares; MacCormick proporá uma definição normativa, mas não em termos de normas jurídicas identificadas como válidas conforme a regra de reconhecimento, mas com base em regras sociais de dever. Já Manero entende que o conceito de juiz é definido pelo poder normativo de decidir as controvérsias mediante decisões autoritativas ou obrigatórias, sendo que desse modo a caracterização adequada do status normativo do juiz faz referência às suas competências ou poderes, imunidades, sujeições ou deveres (BULYGIN, 1991a: 275-6). Por fim, Bulygin acreditará que o círculo se romperá se a regra de reconhecimento for interpretada como um critério conceitual de identificação das normas que formam parte de um ordenamento jurídico, não dependendo do que os juízes fazem ou deixam de fazer (BULYGIN, 1991b: 316).

⁴⁶ RAZ, 1991: 170.

possuidor de um ponto de vista externo ao sistema. Para Hart⁴⁷ a manifestação feita por um participante assume a forma de um enunciado interno (*internal statement*), que é usado com naturalidade por quem aceita a regra de reconhecimento e a aplica por reconhecer como válida alguma regra particular do sistema. Já quem se manifesta desde um ponto de vista externo produz um enunciado externo ao sistema (*external statement*), simplesmente enunciando o fato de que os participantes aceitam a regra de reconhecimento, sem que ele mesmo a aceite⁴⁸. Se formos utilizar o exemplo de um jogo, poderíamos dizer que adotam o ponto de vista interno tanto o árbitro quanto os jogadores, ou seja, os sujeitos do jogo; e o ponto de vista externo é o dos expectadores, que não participam da ação do jogo e, por isso, não estão obrigados a obedecer as regras do jogo, contemplando-o como algo que sucede, como um fenômeno no qual não participam⁴⁹.

1.1.3 A textura aberta das regras e a discricionariedade judicial

Segundo Hart, há casos nos tribunais em que nem as leis, nem os precedentes, nos quais estão contidas as regras, permitem uma única solução. Assim, nesses casos, o juiz fará sempre uma escolha, optando entre possíveis significados alternativos das palavras de uma lei, ou entre interpretações discrepantes acerca do que um precedente “expressa”. Com isso Hart vai contra o entendimento de que os juízes simplesmente deduzem o direito a partir de regras claras preexistentes, sem que a sua escolha intervenha nesse processo. Desse modo, para Hart, todas as regras possuem uma área de penumbra, que gera incertezas e leva o juiz a ter que escolher entre alternativas possíveis⁵⁰.

Assim,

⁴⁷ HART, 1968: 127-8.

⁴⁸ A perspectiva do participante e a do observador é interpretada da seguinte forma por Alexy: adota a perspectiva do participante aquele que, em um sistema jurídico participa em uma argumentação acerca do que neste sistema jurídico está ordenado, proibido e permitido ou autorizado. Já o observador é aquele que não pergunta qual é a decisão correta em um determinado sistema jurídico, mas como se decide de fato em um determinado sistema jurídico (ALEXY, 2004: 31).

⁴⁹ ROBLES, 1998: 378.

⁵⁰ HART, 1968: 15.

todas as regras importam reconhecer ou classificar casos particulares como exemplos de termos gerais, e frente a qualquer regra é possível distinguir casos centrais claros, aos que ela sem dúvida se aplica, e outros casos nos quais há tantas razões para afirmar como para negar que se aplica. É impossível eliminar esta dualidade de um núcleo de certeza e uma penumbra de dúvida, quando se trata de colocar situações particulares sob regras gerais⁵¹.

O núcleo de certeza é a área do sistema de regras de condutas que é satisfatoriamente controlada *ab initio* por regras que exigem ações específicas e que só apresentam uma periferia de textura aberta. A certeza se dá pelo fato de que certas ações têm uma importância prática tão definida que as condutas exigidas já estão pacificadas no meio social, não gerando dúvidas relevantes quanto ao modo de considerá-las. Muitos poucos fatores farão com que nestes casos seja necessário um reexame da valoração da conduta a ser tomada⁵². Essa textura aberta significa que há áreas de conduta que são abertas para serem desenvolvidas pelos tribunais nas circunstâncias do caso particular, como modo de sopesamento dos interesses em conflito, cujo peso varia de caso a caso. Mas a orientação dos funcionários e dos particulares se dá com base em regras determinadas, que não exigem destes uma nova valoração cada vez que se depararem com uma situação nova. Mesmo que surjam incertezas a respeito da aplicabilidade de uma regra a um caso concreto, não se anula o fato de que o sistema pauta a sua unidade sobre este núcleo de certeza⁵³.

Hart demonstra que o direito tem duas necessidades que devem ser conciliadas. Uma delas é a de que certas regras possam ser aplicadas com segurança pelos próprios particulares a si mesmos, sem precisarem de uma nova diretiva oficial, ou de sopesarem questões sociais. A outra é a necessidade de deixar abertas para solução ulterior, por meio de uma escolha oficial, questões que somente podem ser adequadamente apreciadas e resolvidas quando se está diante de um caso concreto. Os legisladores não podem ter o conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que possam ocorrer, e por isso é necessário que a regulamentação seja feita por meio de critérios ou pautas gerais, pois não se pode exigir que a cada ocasião particular uma nova diretiva oficial seja produzida. Em

⁵¹ *Ibid.*, 152-3.

⁵² *Ibid.*, 166.

⁵³ *Ibid.*, 168-9.

conseqüência desta incapacidade humana de antecipar o futuro, as regras devem ter um caráter indeterminado, que nas diversas teorias do direito ou é ignorado ou é exacerbado. Entretanto, há casos em que a indeterminação atinge um grau tão alto que a única saída é procurar uma nova decisão oficial. A autoridade que proferirá esta decisão tem que atuar de forma discricional⁵⁴ para eliminar esta “indeterminação da situação jurídica”⁵⁵, pois neste caso não haverá uma única solução que consiga conciliar os interesses em conflito⁵⁶, sendo o direito, nestes casos, fundamentalmente “incompleto”⁵⁷. Mesmo os “cânones de interpretação” não poderão eliminar as incertezas destes casos difíceis de serem resolvidos, pois são regras gerais para o uso da linguagem e empregam termos gerais que também requerem interpretação⁵⁸. Segundo Habermas, neste caso o juiz irá decidir com base em preferências não fundamentáveis juridicamente, orientando sua decisão por critérios morais não acobertados pela autoridade do direito⁵⁹. Pela doutrina positivista de Hart, somente o direito positivo é direito e, por isso, neste âmbito de abertura dos casos que são “dúvidosos” o juiz terá que decidir com base em pautas não jurídicas ou extrajurídicas⁶⁰, o que incluiria decidir com base em princípios morais⁶¹. Se as regras não determinam o que deve ser decidido, então o juiz deve decidir sem vinculação jurídica alguma, seguindo critérios extrajurídicos⁶².

Esse conceito de textura aberta do direito apresentado por Hart é que permitirá a superação do problema da indeterminação do direito, resultante da incapacidade do homem de prever todos os casos possíveis futuros, deixando um vasto campo para uma atividade criadora dos intérpretes⁶³. Essa imprecisão dos limites das regras jurídicas e o poder discricional que é conferido aos juízes para resolver os casos que estão na área de vaguidade é um ponto de similaridade entre Hart e John Austin.

⁵⁴ Parte da teoria jurídica, denominada por Dworkin de “corrente nominalista”, argumenta que os juízes sempre possuem poder discricional, mesmo que estes estejam diante de uma regra clara, pois eles são os árbitros definitivos da lei. Mas os positivistas, como Hart e Austin, vão afirmar que somente às vezes o juiz deve formar o seu próprio juízo ao aplicar padrões jurídicos, e quando uma regra é clara ele não poderá atuar discricionariamente (DWORKIN, 2002: 54).

⁵⁵ HABERMAS, 2005: 279.

⁵⁶ HART, 1968: 160-4.

⁵⁷ Id., 2000: 29.

⁵⁸ HART, 1968: 158.

⁵⁹ HABERMAS, 2005: 272.

⁶⁰ ALEXY, 2004: 74.

⁶¹ Ibid., 80.

⁶² Ibid., 165-6.

⁶³ HART, 1968: 159-60.

Alguns teóricos contrários a esta atividade criativa dos juízes a considerarão como uma atividade legislativa, porque acreditam que as regras devem ser tão detalhadas a ponto da sua aplicabilidade em um caso particular estar sempre resolvida de antemão, não necessitando o juiz fazer escolha entre alternativas possíveis, pois a sua tarefa seria somente a de subsumir o fato à norma. Mas para Hart os extremos na atividade judicial devem ser evitados e por isso os juízes ao interpretar não estão limitados a escolher entre uma escolha cega e arbitrária, por um lado, e uma dedução “mecânica”⁶⁴, por outro⁶⁵. Essa atividade está pautada pela razoabilidade na medida em que os juízes não têm a intenção (ou pelo menos não deveriam ter) de cometer injustiças ou de atentar contra princípios morais estabelecidos. Assim, a decisão dos juízes é uma escolha entre valores morais por meio de “virtudes” judiciais características que permitem afirmar que esta atividade judicial não é uma atividade legislativa. Para Hart as virtudes são as seguintes: (a) imparcialidade e neutralidade ao examinar as alternativas; (b) consideração dos interesses de todos os afetados; (c) e uma preocupação por desenvolver algum princípio geral aceitável como base razoável da decisão. Por ser sempre possível que haja uma pluralidade de princípios que sejam aceitáveis, não se pode “demonstrar” que uma decisão é a única correta; mas é possível que esta decisão seja aceita como o “produto razoável de uma escolha imparcial bem informada”⁶⁶. Portanto, para Hart, nem sempre é possível se chegar a uma única sentença correta para cada caso, o que levaria o julgador a atuar de modo discricionário quando não existe uma regra que regule determinada situação.

1.2 LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO

O tema dos princípios é um dos mais discutidos na teoria do direito. Dworkin foi um dos primeiros teóricos do direito a trabalhar este tema profundamente

⁶⁴ Ibid., 160.

⁶⁵ Hart divide o mundo das concepções jurídicas em dois: por um lado está o formalismo (*formalism*) e por outro o ceticismo ante as regras (*rule-sceptism*). O primeiro consistiria em uma exagerada confiança na regra escrita, sobretudo na lei, de modo que a decisão derivaria dela, como um exercício mecânico. O segundo afirma que as regras são simplesmente as decisões dos tribunais e um prognóstico das mesmas (ROBLES, 1998: 379-82).

⁶⁶ HART, 1968: 253.

e de forma inovadora, abrindo espaço para novas perspectivas. Mas este trabalho parece dever⁶⁷ também a Hart, pois foi por meio da oposição à corrente dominante da época e da sua identificação com a teoria de Hart que Dworkin pôde desenvolver a sua teoria dos princípios. De forma resumida, a crítica ao positivismo e à discricionariedade judicial é apresentada da seguinte forma por Dutra:

Dworkin combate a discricionariedade do juiz, defendida pelo positivismo para a aplicação do direito nos casos difíceis, sob o argumento que isto significa uma aplicação retroativa do direito, atentando contra o uso legítimo da coerção por parte do Estado que deve presumir o prévio conhecimento da lei, além de implicar numa forma de legislação não democrática. Tal discricionariedade é evitada pela introdução de princípios no direito, os quais já estariam positivados, de tal forma que quando usados para resolver um caso difícil, evitariam o problema da aplicação retroativa da lei. Ademais, no caso de dois ou mais conjuntos de princípios a disputarem a resposta correta para o caso, a dimensão da moralidade evitaria o arbítrio do juiz na escolha entre uma ou outra formulação dos princípios⁶⁸.

1.2.1 A crítica de Dworkin a Hart e a superação do positivismo

No livro “Levando os direitos a sério” Ronald Dworkin critica o desenvolvimento que Hart deu para a parte conceitual da filosofia analítica⁶⁹. A crítica se volta, num sentido mais amplo, ao próprio positivismo jurídico, ao qual, na interpretação de Dworkin, tanto Austin quanto Hart estão filiados⁷⁰.

Com o objetivo de desenvolver a sua crítica ao positivismo jurídico, Dworkin faz um esboço sumário da doutrina positivista, apresentando três teses que a resumem. A primeira tese defende que há um teste para se descobrir quais regras fazem parte do direito. Dessa maneira, o conjunto das regras de uma comunidade, que é denominado “direito”, será identificado e distinguido com o auxílio de critérios

⁶⁷ ATIENZA, et al., 1991: 101.

⁶⁸ DUTRA, 2006b: 14.

⁶⁹ DWORKIN, 2002: XI.

⁷⁰ Ibid., 27.

específicos, de testes de *pedigree* verificadores das normas válidas da comunidade. A outra tese é a do poder discricionário do juiz (*judicial discretion*), baseada na equiparação entre o conjunto das regras e “o direito”, de modo que se algum caso não for acobertado por uma dessas regras, então ele não poderá ser resolvido mediante a “aplicação do direito”, mas por um tipo de discricionariedade do julgador. A última tese refere-se ao conceito de obrigação jurídica e ressalta que quando o juiz decide mediante sua discricção, ele não faz valer um direito jurídico, pois uma pessoa só tem obrigação jurídica quando o seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa⁷¹.

A partir da análise das versões de Austin e de Hart, Dworkin mune-se de material para organizar a sua crítica ao positivismo. Os casos difíceis (*hard cases*), aqueles casos nos quais não existe uma solução inequívoca aplicando as regras convencionais existentes, são o “campo de provas”⁷² por meio do qual Dworkin submete o positivismo a exame, pois, para ele, os positivistas, ao lidarem com tais casos, acabam recorrendo a padrões que não operam como regras, mas como “princípios, políticas e outros tipos de padrões”⁷³. Em outras palavras, os casos difíceis são o “pressuposto”⁷⁴ para se recorrer aos padrões que não são regras. Isto oferece recursos para Dworkin fazer distinção entre regras e princípios, a qual o leva a encontrar meios para propor uma nova saída à questão dos casos difíceis. Princípios são todos aqueles padrões que não são regras, são uma classe de normas que não são criadas deliberadamente, mas cuja existência se vê presente no processo de solução dos casos difíceis. Eles mantêm uma relação interna com as regras vigentes na medida em que as informam, as justificam e guiam a interpretação da totalidade do material jurídico⁷⁵.

Assim, quando o julgador recorre a estes padrões, ele apela a um outro tipo de padrão, que são os princípios jurídicos, de natureza lógica diferente quando comparados com as regras jurídicas. Estes dois conjuntos de padrões, tanto os princípios quanto as regras, são para “decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas”, mas apresentam uma distinção na natureza da orientação que oferecem. Como aponta Dworkin, as regras são aplicáveis ao

⁷¹ *Ibid.*, 28

⁷² PÉREZ, 2003: 350.

⁷³ DWORKIN, 2002: 35-6.

⁷⁴ PALOMBELLA, 2005: 329.

⁷⁵ PÉREZ, 2003: 351.

modo do “tudo-ou-nada”, ou seja, ou ela é válida e neste caso a resposta que ela estipula deve ser aceita, ou ela não é válida e neste caso em nada contribui para a decisão, pois a sua resposta não deve ser aceita⁷⁶.

Os princípios não funcionam deste modo. Eles, contrariamente às regras jurídicas, não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas, pois não pretendem estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. Eles vão enunciar uma razão para conduzir o argumento em uma certa direção, mas mesmo assim precisam de uma decisão particular. Outros princípios poderão argumentar em sentido contrário, fazendo com que o princípio em questão não prevaleça. Entretanto, isto não significa que o princípio não está no sistema, mas sim que ele não foi relevante para o caso particular e foi então afastado para dar lugar a um outro que forneça uma melhor justificação. Isso demonstra uma outra diferença entre regras e princípios: é que estes possuem uma dimensão de peso – ou importância – que as regras não têm. Quando os princípios se inter cruzam, o julgador deve levar em conta a força relativa de cada um, sendo que esta atividade nunca será mensurada de modo preciso. Por outro lado, as regras, mesmo que umas sejam funcionalmente mais importantes do que outras, acabam se anulando dentro do sistema, pois quando estão em conflito, uma suplanta a outra, porque somente uma delas pode ser válida. A validade é auferida recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Pode ser dada por meio de outras regras que estipulam a anterioridade, a superioridade ou a especificidade como critérios de precedência entre as regras⁷⁷.

Assim, a distinção entre princípios e regras acaba alterando o conceito de obrigação jurídica, que está na base de sustentação do conceito de direito dos positivistas. Quando Dworkin reconhece os princípios jurídicos como tipos particulares de padrões, diferentes das regras, ele distingue duas orientações diferentes a serem adotadas em relação a eles. A primeira trata os princípios da mesma maneira que as regras jurídicas, o que os faz terem obrigatoriedade de lei e serem observados pelos juízes e juristas ao decidirem sobre obrigações jurídicas, pois o direito é composto tanto por regras quanto por princípios. Em contrapartida, a outra orientação nega que os princípios possam ser obrigatórios como as regras o são, e os juízes, nos casos em que vão além das regras que estão obrigados a aplicar, estão, na

⁷⁶ DWORKIN, 2002: 39.

⁷⁷ Ibid., 40-3.

verdade, trabalhando com princípios extrajurídicos e por isso não estão obrigados a aplicá-los⁷⁸. Neste caso, se entendermos que os princípios são exteriores ao direito, devemos analisar esta orientação em consonância com a segunda tese do positivismo, apresentada por Dworkin como a tese do poder discricionário⁷⁹.

O conceito de poder discricionário (*judicial discretion*), para Dworkin, só é aceitável quando ligado ao contexto de alguém ser, em geral, “encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade”. É, portanto, um conceito relativo, existindo somente em relação a alguns padrões característicos do contexto. Apesar deste conceito, para fazer crítica ao positivismo, Dworkin identifica, com o objetivo de esclarecer melhor a sua análise, dois sentidos para o poder discricionário, um fraco e um forte, que vão diferenciar-se no fato do julgador se limitar ou não se limitar pelos padrões da autoridade no caso.

Se o contexto não é por si só esclarecedor, porque alguns padrões ou são vagos ou são de difícil caracterização nos casos particulares e necessitamos de uma complementação por parte da pessoa que julga, a qual irá usar seu discernimento na aplicação dos padrões já estabelecidos pela autoridade e não meramente aplicá-los mecanicamente, estamos diante de um sentido fraco de poder discricionário. Um segundo caso de sentido fraco se refere ao problema da revisão da decisão. Um funcionário público, em virtude de sua posição hierárquica, terá o poder de decidir um caso sem que sua decisão seja revista ou cancelada por outro funcionário. Aqui a questão é sobre quem tem a palavra final na decisão do caso. Mesmo o julgador tendo padrões previamente dados para a sua decisão, ela será a definitiva no caso que analisará. Entretanto, quando em certos assuntos o julgador não estiver limitado pelos padrões da autoridade em questão, ocorre então o sentido forte do termo “poder discricionário”. Isto não quer dizer que o funcionário pode agir com licenciosidade e que esteja imune a críticas, pois a sua decisão deve se pautar em padrões de bom senso, equidade, racionalidade e eficácia; todavia a sua decisão não será controlada por um padrão formulado especificamente ao caso pela autoridade⁸⁰.

Para os positivistas, quando se está diante de uma regra clara e estabelecida, o juiz não tem poder discricionário para decidi-la, mas quando a regra

⁷⁸ Ibid., 46-7.

⁷⁹ Ibid., 49-50.

⁸⁰ Ibid., 50-4.

não está estabelecida, ele o terá. Esta maneira de ver o poder discricionário é questionada por Dworkin, pois ele entende essa afirmação, a de que “quando não há regra clara disponível deve-se usar o poder discricionário para julgar”, como tautológica e, além do mais, isso nada teria de relevante para a solução do problema de como explicar os princípios jurídicos. Primeiramente, ele não aceita que os positivistas possam defender um sentido fraco para o poder discricionário. Alguns autores, como Hart, argumentam que determinadas regras do direito são vagas, ou seja, possuem uma “textura aberta” e isto seria uma razão, segundo Dworkin, para suspeitarmos que neste caso “poder discricionário” estaria sendo empregado no sentido fraco do termo, pois daria margem para se afirmar que os juízes “devem formar o seu próprio juízo ao aplicar padrões jurídicos”. Por outro lado, Dworkin serve-se da sua divisão de sentidos do poder discricionário para encontrar um sentido forte deste termo na teoria de Hart. Ao tratar do poder discricionário dos juízes, Hart pensa que estes não estão vinculados a padrões preestabelecidos para o julgamento, mas empregam padrões tipicamente utilizados pelos juízes na hora de julgar. Estes padrões típicos podem ser entendidos, conforme Dworkin, não como uma subordinação a regras preestabelecidas, mas como uma referência aos ditames da equidade, racionalidade e bom senso, característicos do sentido forte de poder discricionário. Desse modo, Dworkin aponta que os positivistas, algumas vezes, defendem sua doutrina no sentido forte de poder discricionário. Este sentido é o que terá relevância para a análise dos princípios, pois é uma reformulação da segunda orientação que nega aos princípios a mesma obrigatoriedade das regras. Se os juízes não resolvem o caso com base nas regras à disposição, ele possui poder discricionário por não estar “obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei”⁸¹.

Ao delimitar os sentidos do poder discricionário, Dworkin enumera vários argumentos positivistas que poderiam ser oferecidos em apoio ao sentido forte e aponta as insuficiências de cada um deles. O principal argumento apresentado por Dworkin contra o poder discricionário é que os juízes, ao se utilizarem de tal poder para resolver um caso, estão legislando novos direitos jurídicos (*new legal rights*) para serem aplicados retroativamente ao caso⁸². Por estes motivos o autor rejeita a tese do poder discricionário e, em consequência, a segunda orientação acerca dos princípios, que nega que haja a mesma força obrigatória para os princípios e para as

⁸¹ Ibid., 54-6.

⁸² Ibid., 127.

regras. A primeira orientação, que equipara princípios e regras em sua força obrigatória, será a adotada por Dworkin na busca de uma saída para solucionar o problema dos casos difíceis no direito. Além da rejeição da tese do poder discricionário, a adoção desta primeira orientação levará também à recusa ou modificação da primeira tese positivista, a proposição de que o direito é identificado por meio de testes de reconhecimento, pois se os princípios são reconhecidos como direito, ou rejeitamos a tese da regra suprema ou a alteramos a fim de encontrar um modo de formular um teste capaz de reconhecer quais princípios farão parte do sistema⁸³.

Ao mesmo tempo em que demonstra algumas tentativas de modificação da regra de reconhecimento de Hart, Dworkin mostra que esta regra não funciona para o reconhecimento dos princípios, por estes serem originários da compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros do legislativo ou judiciário e pelo público ao longo do tempo e que se sustentam por meio da manutenção dessa compreensão. Toda esta base de existência dos princípios não pode ser reduzida a uma fórmula de reconhecimento de um princípio como jurídico, e talvez nem se poderia falar em validade de um princípio, pois o termo validade é mais apropriado para regras, que trabalham com um conceito de “tudo-ou-nada”, não se coadunando com a dimensão de peso dos princípios. Os próprios padrões em que se apóia a argumentação em favor de um princípio são também princípios em constante transformação, desenvolvimento e mútua interação⁸⁴. Como afirma Dworkin:

Esses padrões dizem respeito à responsabilidade institucional, à interpretação das leis, à força persuasiva dos diferentes tipos de precedente, à relação de todos esses fatores com as práticas morais contemporâneas e com um grande número de outros padrões do mesmo tipo. Não poderíamos aglutiná-los todos em uma única “regra”, por mais complexa que fosse. Mesmo se pudéssemos fazê-lo, o resultado teria pouca relação com a imagem de uma regra de reconhecimento, tal como concebida por Hart⁸⁵.

Também não poderíamos dizer que o conjunto dos princípios constitui a regra de reconhecimento ou a última instância do direito, pois isso seria o mesmo que afirmar que o “direito é o direito”. De qualquer modo, a tarefa de arrolar todos os princípios em vigor seria fadada ao fracasso, por serem controversos, inume-

⁸³ Ibid., 63-4.

⁸⁴ Ibid., 65-6.

⁸⁵ Ibid., 65.

ráveis e de se transformarem tão rapidamente que uma possível catalogação dos princípios estaria sempre obsoleta⁸⁶.

Dworkin conclui que a primeira tese do positivismo deve ser abandonada, pois nenhuma regra suprema conseguirá ser adaptada a ponto de tornar possível o reconhecimento dos princípios⁸⁷. Entretanto, em um texto posterior a estas análises⁸⁸, em que estuda algumas críticas feitas às suas conclusões à respeito da teoria de Hart, Dworkin revê esta questão e a retifica dizendo que a sua intenção era de afirmar que para a regra de reconhecimento de Hart poder identificar os princípios ela deveria ser tão complexa a ponto de não ser possível enunciá-la na forma de uma regra simples – Dworkin também ressaltou que Hart nunca chegou a afirmar que o seu teste fundamental deveria ser simples.

Por último, a terceira tese do positivismo, a que sustenta que uma obrigação jurídica existe somente quando uma regra de direito estabelecida impõe tal obrigação, é alterada por Dworkin para possibilitar que uma obrigação jurídica seja imposta por uma constelação de princípios, do mesmo modo que assim o é pelas regras. Se os princípios são tratados como direito, a terceira tese deve ser abandonada, fundamentando este abandono no fato de que as razões que sustentam a existência de tal obrigação, baseada em princípios, é maior do que as razões contra a existência dela⁸⁹.

1.2.2 O exercício literário

Por meio de um exercício particular de crítica literária, Dworkin sugere como um positivista poderia responder, tendo como base a premissa de que não é possível chegar a uma resposta correta nos casos difíceis, a algumas perguntas a respeito da interpretação de partes controversas do livro *David Copperfield*, de Charles Dickens. Supondo as prováveis respostas que as diversas vertentes do positivismo poderiam dar às controvérsias, Dworkin apresenta uma forma de prática literária que lhe permite oferecer uma resposta que seja a melhor interpretação para os

⁸⁶ Ibid., 69-70.

⁸⁷ Ibid., 69.

⁸⁸ Ibid., 93-4.

⁸⁹ Ibid., 70-1.

casos controversos, o que derrubaria o pressuposto positivista de que não é possível uma resposta correta a estas questões. O seu objetivo é trasladar esta prática literária ao direito, mostrando que somente será possível solucionar os desacordos entre os juristas se o direito for de natureza interpretativa, no sentido de oferecer a melhor interpretação da prática jurídica de uma comunidade.

O exercício literário consiste em supor que um grupo de estudiosos de literatura pretendessem discutir David Copperfield como se este fosse uma pessoa real. Assim, o grupo supõe serem verdadeiras algumas proposições referentes a David – como o caso dele ter assistido aulas em *Salem House*, de ter sido um aluno aplicado etc. – que poderiam ser regidas pelas seguintes regras⁹⁰:

- (1) Qualquer proposição sobre David deve ser afirmada como “verdadeira” se Dickens a disse, ou se disse alguma outra coisa que teria sido incoerente caso Dickens a negasse.
- (2) Qualquer proposição pode ser negada como “falsa” se Dickens a negou, ou se disse alguma outra coisa que teria sido incoerente caso Dickens a dissesse.

Nestas regras estão estabelecidas condições de verdade para as proposições sobre David, o que equivale dizer que, segundo a primeira regra, uma proposição é verdadeira se descreve um enunciado que pertence à novela de Dickens, ou se descreve enunciados que são a conseqüência lógica de algumas proposições pertencentes à novela; e segundo a outra regra, uma proposição é falsa se descreve um enunciado cuja negação pertence à novela, ou se descreve enunciados cujas negações são conseqüência lógica de algumas proposições que pertencem à novela. Dessa maneira, pode-se afirmar que os valores de verdade das proposições sobre David pressupõem a existência de determinados enunciados na novela. Entretanto, se esta não diz explícita ou implicitamente nada acerca de um determinado fato referente a David, então, com base na primeira regra, sucede-se que as proposições referentes a tais fatos carecem de valor de verdade, porque não são verdadeiras e, com base na segunda regra, tampouco são falsas, pois na novela elas não foram nem negadas, nem estão em choque com algo afirmado por Dic-

⁹⁰ DWORKIN, 2005: 199.

kens⁹¹. Esta forma de exercício literário tem por base um tipo específico de positivismo jurídico, no qual as proposições de direito só poderão ser negadas ou afirmadas se algum legislador legítimo ou as afirmou ou as negou, ou outras que a elas se vinculam⁹², ou seja, uma proposição jurídica é verdadeira se uma norma de determinado tipo foi promulgada, explícita ou implicitamente, e é falsa se alguma autoridade promulgou uma norma, explícita ou implicitamente, em sentido oposto. Se ambas as coisas não ocorreram, a proposição carece de valor de verdade⁹³.

A partir deste exercício, Dworkin demonstra que é ambígua a tese de que em alguns casos uma questão de direito não tem nenhuma resposta. Ele distingue duas versões dessa tese, que fornecem, cada uma à sua maneira, uma resposta a esta questão. Ambas as versões negam uma tese muito comum entre os juristas, denominada por Dworkin de “tese da bivalência” (*bivalence thesis*), segundo a qual certos conceitos jurídicos, como os de contrato válido, responsabilidade civil e crime, são conceitos “dispositivos”, ou seja, se um conceito é válido em determinada situação, os juízes têm o dever de decidir positivamente, ou em um certo sentido, mas se ele não é válido, os juízes devem decidir negativamente, ou no sentido oposto. Para estes juristas, uma pessoa é responsável ou não o é pelo dano que causou; se ela o for, é dever dos juízes condená-la a reparar os danos, mas se não o for, eles têm o dever de não condená-la. No mesmo sentido, supõem que uma determinada conduta constitui ou não constitui um crime; se constituir, há o dever de considerar a pessoa que a realizou como culpada, mas se não constituir, a pessoa deve ser inocentada. Em conseqüência, a tese da bivalência sempre apresentará uma resposta certa para as questões, mesmo que seja incerto e controvertido qual a seja. Por este motivo, as duas versões do positivismo apresentadas por Dworkin negam a tese da bivalência, mas divergem no caráter do argumento apresentado⁹⁴.

A primeira versão afirma que tanto pode ser falso que um contrato é válido, como que não o é; falso tanto que uma pessoa é responsável por um dano, como que não o é; e, do mesmo modo, falso tanto que um determinado ato constitui um crime, como que não o constitui. Para esta versão, ambas as proposições podem ser falsas por não esgotarem o espaço lógico que ocupam, deixando espaço para

⁹¹ MORESO, 1997: 195.

⁹² DWORKIN, 2005: 203.

⁹³ MORESO, 1997: 195-6.

⁹⁴ DWORKIN, 2005: 175-7.

uma terceira possibilidade que é independente destas proposições⁹⁵. Desse modo, seria errado dizer que uma das partes tem direito a uma decisão, pois os juízes terão um espaço no qual lhes será permitido emití-la, ou seja, o poder discricionário dos juízes é previsto legalmente porque neste espaço o juiz não tem o dever de decidir em favor de uma ou de outra parte, mas a permissão de aplicar aquilo que pensa ser a coisa certa a fazer. Há entre cada conceito dispositivo e sua aparente negação um espaço que é ocupado por um conceito distinto que por uma imprecisão semântica não tem um nome específico. Assim, “não responsável” não é a negação de “responsável”, bem como “não é crime” não é a negação de “é crime”. A lei pode estipular circunstâncias em que alguém que causou um dano seja simplesmente “vulnerável à responsabilidade”, ou prever circunstâncias em que um ato seja somente encarado como “criminoso”, ou seja, uma terceira possibilidade⁹⁶ entre os dois conceitos dispositivos⁹⁷.

Diante disso, verifica-se que essa primeira versão não é válida para o exercício literário, pois não consegue obedecer a nenhuma das regras do exercício. Se tomarmos por base esta versão, a afirmação de que David teve uma relação homossexual poderia ser tão falsa como a afirmação de que ele não a teve. Mas se considerarmos qualquer conceito usado para descrever pessoas, de modo que, se for verdade que uma pessoa tenha um atributo, será falso que ela não o tenha, e se for falso que ela o tenha, será verdadeiro que ela não o tenha, chegaremos à conclusão de que se for verdadeiro que David teve um caso homossexual, então deve ser falso, pelas regras, que ele não o teve, e vice-versa. Portanto, a lei do meio excluído nos permite concluir que se David fosse uma pessoa real, para qualquer atributo que lhe fosse atribuído seria verdadeiro que David ou o tinha ou não o tinha, ou seja, seria incoerente Dickens negar algo depois de tê-lo afirmado⁹⁸.

A segunda versão do positivismo também não aceita a tese da bivalência, pois nega que uma das possibilidades disponíveis seja sempre válida, porque pode não ser verdade que uma delas o seja. Mas ela não supõe, como a primeira versão, que exista uma terceira possibilidade ou um espaço lógico entre as proposições, como, por exemplo, entre as proposições de que um contrato é válido e de

⁹⁵ Ibid., 177.

⁹⁶ Dutra apresenta exemplos no direito brasileiro dessa primeira versão: a assinatura de um contrato por pessoa relativamente incapaz e sem assistência, ou a assinatura por uma pessoa absolutamente incapaz (2006: 15).

⁹⁷ Ibid., 179-81.

⁹⁸ Ibid., 199-200.

que não o é. O juiz teria, neste caso, um poder discricionário não por previsão afirmativa da lei, mas por ausência. Como a lei nada estipula, o juiz deve fazer o que puder, por sua própria conta⁹⁹.

Esta segunda versão é válida para o exercício literário, pois muitas proposições sobre David não poderiam ser afirmadas como válidas, nem negadas como falsas. Dickens nunca chegou a afirmar que David teve um caso homossexual e, se o negasse, não estaria em contradição com o que disse. E ele também não negou o caso e, se o afirmasse, isso não seria incompatível com o que disse. Essa versão difere-se da primeira porque não supõe que a proposição de que um contrato é válido e a proposição de que não o é podem ser ambas falsas, mas porque demonstra que uma proposição pode não ser nem verdadeira nem falsa com base em asserções garantidas por regras básicas, como as do exercício literário. Assim, os participantes não negarão nem afirmarão uma proposição quando possuírem informações suficientes para ter a certeza de que, pelas regras básicas do exercício jurídico, a proposição não é nem verdadeira nem falsa. Essas regras são as do tipo específico de positivismo em que se baseia o exercício literário. Por meio delas, uma proposição de direito pode ser afirmada como verdadeira “se o soberano emitiu um comando de certo tipo, ou se os funcionários adotaram certos tipos de regras de certa maneira, ou algo assim”. Esta mesma proposição só poderá ser negada como falsa “se o poder soberano ordenou o contrário, ou se os funcionários adotaram uma regra contrária”¹⁰⁰.

Dworkin entende ser possível distinguir muitas variantes das regras do exercício literário ao serem escolhidas regras básicas menos rigorosas. Dentre as variantes, Dworkin dá destaque a uma forma que, na sua opinião, melhor satisfaz a crítica literária. As regras dessa forma estipulam que

uma proposição adicional sobre David pode ser afirmada como verdadeira (ou negada como falsa) se ela ajustar-se melhor (ou pior) que sua negação às proposições já estabelecidas, porque explica de maneira mais satisfatória por que David era o que era, disse o que disse ou fez o que fez segundo as proposições já aceitas¹⁰¹.

⁹⁹ Ibid., 178-80.

¹⁰⁰ Ibid., 200-1.

¹⁰¹ Ibid., 202-3.

Do mesmo modo que no exercício literário, a tarefa jurídica pode receber variantes com “regras básicas progressivamente menos estritas de afirmação e negação das proposições de direito”. Assim,

podemos imaginar uma tarefa [...] na qual os participantes afirmam (ou negam) proposições que se ajustam melhor (ou pior) à teoria política que oferece a melhor justificativa para proposições de direito já estabelecidas¹⁰².

Dworkin entende que se esta variante for utilizada no exercício jurídico, é pouco provável que não se tenha uma resposta correta para qualquer questão específica do direito. Mas antes de concluir a sua análise acerca do exercício literário, Dworkin enfrenta o argumento que para ele é o mais influente a favor da tese contrária à resposta correta, denominado de “tese da demonstrabilidade” (*demonstrability thesis*). Para esta tese, só se pode demonstrar a veracidade de uma proposição depois que todos os fatos concretos (*hard facts*) – fatos físicos e fatos relativos ao comportamento (incluindo os pensamentos e atitudes) das pessoas – que possam ser relevantes para sua veracidade sejam conhecidos e estipulados. Se esta tese é válida, ela oferece um argumento conclusivo em favor da segunda versão da tese de nenhuma resposta correta. Para Dworkin esta tese só se sustenta se acreditarmos que nenhuma proposição pode ser verdadeira a menos que algum fato concreto prove a sua veracidade. Se não há mais nada no mundo além destes fatos concretos que possam provar a veracidade de uma proposição, a tese da demonstrabilidade é válida, pois o âmbito das respostas possíveis foi esgotado. Mas, se por outro lado, for possível supor que há alguma outra coisa no mundo, além destes fatos concretos, que possa provar a veracidade das proposições, então a tese da demonstrabilidade é falsa¹⁰³.

Neste ponto Dworkin sugere uma ampliação de nosso “mobiliário ontológico”¹⁰⁴ ao supor que há, além dos fatos concretos, fatos morais. Esta suposição não é uma tentativa de provar a existência de fatos morais, mas a de sustentar que há um tipo de fatos que estão por trás dos fatos concretos. Voltando à analogia literária, o autor verifica que a melhor forma de prática literária é a que postula a existência de determinados fatos de consistência narrativa. O fato de se supor que David

¹⁰² Ibid., 203.

¹⁰³ Ibid., 204-5.

¹⁰⁴ MORESO, 1997: 197.

era uma pessoa real serve somente para dar argumentos para a melhor reconstrução da novela. As suposições acerca de fatos além dos fatos concretos é algo interno à prática literária e não supõe que há, fora desta prática, um mundo metafísico-literário no qual, por exemplo, possa ser comprovada uma possível relação homossexual de David. A tarefa consiste em simplesmente considerar se a verdade das proposições permite uma melhor compreensão da novela. Do mesmo modo, se pegarmos a escravidão como exemplo, verificaremos que ela é injusta não porque há algum fato moral “transcendente” ou “metafísico” que exija este tipo de posicionamento, ou porque as pessoas pensam que é injusta ou têm convenções que assim a declare, mas apenas porque não seria coerente dizer o contrário, ou seja, esta proposição ajusta-se melhor que sua negação às proposições já estabelecidas, por ser a explicação mais satisfatória dentre as possíveis. Portanto, se a injustiça da escravidão se sustentar por fatos que vão além dos fatos concretos, então é plausível defender a existência de tais fatos, mesmo que não possamos prová-los do mesmo modo como são provados os fatos concretos¹⁰⁵.

A conclusão a que chega Dworkin a respeito da analogia entre o sistema jurídico e o exercício literário foi resumida por ele da seguinte forma:

Uma proposição de direito [...] é verdadeira se a melhor justificativa que se pode fornecer para o conjunto de proposições de direito tidas como estabelecidas fornece um argumento melhor a favor dessa proposição que a favor da proposição contrária, [...] mas é falsa se essa justificativa fornece um argumento melhor a favor dessa proposição contrária¹⁰⁶.

1.2.3 O direito como um conceito interpretativo

O exemplo da escravidão é usado por Dworkin para ilustrar que a sua teoria não recorre a pressupostos metafísicos para fundamentar a possibilidade de uma única resposta correta, o que fica manifesto quando rejeita duas formas de

¹⁰⁵ DWORKIN, 2005: 205-6.

¹⁰⁶ *Ibid.*, 211.

ceticismo na interpretação: o interior e o exterior. Em seguida, a distinção entre conceito e concepção e o entendimento de que a natureza do direito é interpretativa servem para Dworkin combater as teorias semânticas do direito, que procuram regras básicas da lingüística que todos devem observar para se fazerem entender. Assim, Dworkin apresenta o direito como um conceito interpretativo, pois, como aponta Dutra¹⁰⁷, “o problema nos casos difíceis não é a falta de norma, mas a voz incerta das normas”¹⁰⁸.

O ceticismo interior se interessa pela substância das afirmações que contesta, apoiando-se na solidez de uma atitude interpretativa geral, que para ele é a certa, “para por em dúvida todas as possíveis interpretações de um objeto de interpretação específico”¹⁰⁹. Nesse sentido, a afirmação de que a escravidão é injusta não tem argumentos mais fortes em seu favor, na discussão moral, do que a afirmação de que a escravidão é justa¹¹⁰. Já o ceticismo exterior é uma teoria metafísica e não uma posição interpretativa ou moral. Ele não contesta nenhuma afirmação moral ou interpretativa específica, mas sim a posição ou a classificação filosófica dessas afirmações, pois, para ele, não há como comprová-las ou testá-las e assim os valores morais não fariam parte dos “fundamentos” do universo¹¹¹. Dessa maneira, se alguém afirmar que a escravidão é injusta, não está afirmando algo sobre a realidade, mas está projetando suas opiniões sobre o mundo¹¹².

Dworkin entende, como os cétricos exteriores, que não seria defensável uma argumentação que tentasse provar a injustiça do mesmo modo que se prova algum enunciado da física, pois os juízos morais não são descrições de algum domínio moral específico da metafísica. O único tipo de justificativa que se poderia defender é um tipo de argumento moral autônomo que desse uma nova compreensão para as afirmações “objetivas” feitas sobre a escravidão. Por este motivo, elas não serviriam para fornecer um fundamento metafísico, mas para enfatizar ou qualificar o seu conteúdo, o que estabeleceria distinção entre as verdadeiras afirmações morais e o que seriam meras exposições de preferências pessoais. Por outro lado, a

¹⁰⁷ DUTRA, 2006b: 13.

¹⁰⁸ Como exemplo de um caso difícil no Brasil, Dutra aponta um julgado do STF em 1984, que consistiu em saber se a cegueira como impedimento para exercer o cargo de juiz era discriminatória ou não. O STF decidiu que a cegueira não é discriminatória, pois ela impossibilita o desempenho pleno das funções específicas do juiz. [RE 100001 / DF: DJ, 29/08/86, p. 15187]. Cf. DUTRA, 2006b: 13.

¹⁰⁹ DWORKIN, 2003: 96-7.

¹¹⁰ MORESO, 1997: 199.

¹¹¹ DWORKIN, 2003: 97-8.

¹¹² *Ibid.*, 102.

afirmação de que a escravidão é injusta é interna à moral e não sobre ela. Não se poderia defender que ela é injusta sem defender que esta é a resposta certa à questão da escravidão. Portanto, não há diferença importante de categoria ou posição filosófica entre estas duas afirmações. Se o ceticismo exterior não oferecer razões para se repudiar a primeira afirmação, também não oferecerá razões para repudiar ou modificar a segunda. Assim, esta forma de ceticismo em nada desafia a objetividade dos juízos de valor de uma determinada classe e por isto não pode ameaçar nenhum projeto interpretativo¹¹³.

Já o ceticismo interior é um desafio maior a ser superado por Dworkin. Para este tipo de ceticismo, se há divergência quanto a qual interpretação é a melhor, nenhuma das interpretações possíveis pode ser a melhor, por não haver “padrões objetivos de equidade e justiça que um observador neutro pudesse utilizar para decidir-se” por uma delas¹¹⁴. Portanto, a teoria de Dworkin de que é possível chegar a uma única resposta correta estaria errada se os céticos interiores tivessem razão. Em um momento posterior será analisada a concepção de direito como integridade, que se estiver certa oferecerá uma resposta melhor do que o ceticismo interior, que deverá ser rejeitado.

Dworkin afirma que os desacordos entre os juristas não se dão no âmbito das convenções lingüísticas que articulam o significado de algo, mas o desacordo é com referência às diversas concepções que diversas teorias oferecem do conceito desse algo. Com a diferenciação entre conceito e concepção, o autor pode apresentar a natureza do direito como interpretativa, sendo esta a única capaz de dar conta adequadamente dos desacordos entre os juristas¹¹⁵, e combater o “agulhão semântico” produzido pelas teorias semânticas. Para Dworkin, os principais desacordos que existem entre os juristas não são aqueles puramente verbais e semânticos. Eles existem, mas não são os mais relevantes. Quando o autor defende o direito como uma prática interpretativa, ele mostra que os desacordos não são sobre fatos, que são resolvidos por provas intersubjetivas, nem sobre idéias de justiça, pois uma sociedade democrática permite ideologias distintas, mas a divergência ocorre com relação ao que exige o direito. O desacordo não é sobre a semântica das normas nem sobre os fatos, mas sobre o fundamento que justifica a coação do estado.

¹¹³ Ibid., 99-102.

¹¹⁴ Ibid., 317.

¹¹⁵ MORESO, 1997: 198.

Estes casos são evidentes quando o juiz se depara com um caso difícil, no qual ele se encontra com a questão de até que ponto a coação do estado deve ser utilizada e como ela deve ser justificada. O texto por si só nada diz. Por este motivo, o conceito interpretativo de direito é uma arma poderosa para enfrentar este desafio¹¹⁶.

Com o exemplo das divergências acerca da prática da cortesia, Dworkin aponta que as pessoas concordam com proposições mais genéricas e abstratas sobre a cortesia, mas divergem quanto aos refinamentos mais concretos ou as subinterpretações dessas proposições abstratas e não sobre as convenções lingüísticas que articulam o significado de cortesia. Dentro desta análise, todos podem concordar que a cortesia, em seu aspecto mais abstrato, é, por exemplo, uma questão de respeito, o que possibilitaria a afirmação de que o respeito faz parte do “próprio significado” da cortesia. A ligação “conceitual” entre cortesia e respeito permite afirmar que, para uma determinada comunidade, “o respeito oferece o conceito de cortesia, e que as proposições antagônicas sobre as verdadeiras exigências do respeito são concepções desse conceito”. É importante ressaltar que alguém que negasse essa ligação entre respeito e cortesia poderia até ser colocado “à margem da comunidade do discurso útil, ou pelo menos habitual, sobre a instituição”, mas não poderia ser culpado de autocontradição ou de usar erroneamente a palavra “cortesia”. Portanto, no nível abstrato há um acordo que tem por base idéias distintas que são incontestavelmente usadas em todas as interpretações, como a idéia da ligação entre respeito e cortesia; no nível mais baixo, “a controvérsia latente nessa abstração é identificada e assumida”, situando-se aí as diversas concepções acerca desta ligação. É importante destacar que o acordo é produzido temporalmente, pois se mantém graças a um pacto feito em uma determinada comunidade e em um determinado momento, podendo ser questionado e refeito a qualquer instante¹¹⁷.

Depois de descartar a prática do direito oferecida pelas teorias semânticas e de responder às diversas formas de ceticismo na interpretação, Dworkin pode, como no exemplo da cortesia, defender que o direito é um conceito interpretativo, sendo que para isso é necessário haver suficiente consenso inicial sobre quais práticas são práticas jurídicas, de tal modo que os advogados “discutam sobre a melhor interpretação a ser aplicada” aos mesmos dados. Cada momento tem a sua determinada prática interpretativa, que exige um acordo pré-interpretativo,

¹¹⁶ CALSAMIGLIA, 1992: 158-60.

¹¹⁷ DWORKIN, 2003: 86-8.

que é contingente e local. É nesse sentido que podemos afirmar que a prática do direito tem uma estrutura estabelecida e compartilhada, expressa na legislatura, nos tribunais, agências e organismos administrativos, que formam o sistema jurídico de uma comunidade. Há uma identificação pré-interpretativa do direito que é quase consensual e há também paradigmas jurídicos considerados verdadeiros que dificilmente seriam contestados por argumentos de peso¹¹⁸.

Certamente há muitas divergências acerca da melhor interpretação do direito, pois cada juiz fundamenta sua interpretação em suas próprias convicções sobre o “sentido” da prática do direito. No entanto, há um grande número de forças que atenua essas diferenças e conspira a favor da convergência. Toda comunidade tem seus paradigmas de direito que não podem ser contestados sem que sejam encarados como uma corrupção ou ignorância acerca do direito – um juiz que negasse que as leis de trânsito fazem parte do direito seria um exemplo disto. Além destes paradigmas, há diversos fatores de unificação da prática do direito: os precedentes, que não podem ser ignorados na sua interpretação; o meio intelectual de modo geral e a linguagem que reflete e protege esse meio ajudam a restringi-la; o característico conservadorismo do ensino jurídico formal e o processo de seleção dos juristas para as tarefas judiciárias e administrativas, que aumentam a sua pressão centrípeta¹¹⁹.

Em contrapartida a estes fatores de unificação, há forças centrífugas que vão contra a estagnação do direito, promovendo o seu desenvolvimento e o adequando às mudanças da comunidade. Não é repudiável que juízes pertençam a tradições políticas diferentes e antagônicas que afetam a interpretação que fazem do direito. Ao contrário, é importante que o direito se mostre “sensível às fricções e tensões de suas fontes intelectuais”. Certas soluções interpretativas são muito populares em determinada época e são consideradas estabelecidas para propósitos práticos. Mas estes paradigmas são alterados quando outras questões passam a ser objeto de debates e controvérsias, pois esse padrão de acordo e desacordo é temporário. Conseqüentemente, uma nova imagem de jurisdição é produzida pela influência desses fatores contrafactuais embaixadores de novas interpretações do direito¹²⁰.

¹¹⁸ Ibid., 113-5.

¹¹⁹ Ibid., 109-10.

¹²⁰ Ibid., 110-3.

Com a demonstração desse aspecto pré-interpretativo do direito e com base na diferenciação entre conceitos e concepções, Dworkin apresenta uma formulação do conceito central do direito que permitirá identificar os argumentos acerca do direito como “dotados de determinada estrutura, como argumentos sobre concepções rivais do mesmo conceito”¹²¹. Assim, Dworkin sugere que o escopo do direito seria o de estabelecer uma relação de justificação entre as decisões políticas do passado e a coerção atual¹²², ou seja, se o direito existe, ele provê uma justificativa para o uso do poder coletivo contra cidadãos ou grupos individuais¹²³. Com base neste escopo, Dworkin apresenta três concepções antagônicas do direito, denominadas por ele de “convencionalismo”, “pragmatismo jurídico” e “direito como integridade”. Questionando-se acerca da justificação da coação do estado, elas tentam escapar do antigo debate entre duas teorias semânticas: por um lado, o positivismo, que diferencia o direito e a moral por regras semânticas que todos aceitam para usar a palavra “direito”; e por outro, o direito natural, que insiste na união, por meio de regras semânticas, entre o direito e a moral¹²⁴.

Para o convencionalismo, a tarefa do juiz consiste simplesmente na aplicação do direito, não em “modificá-lo para adequá-lo à sua própria ética ou política”. Assim, a força coletiva só deve ser usada quando alguma decisão política do passado a autorizou explicitamente. O conteúdo de decisões políticas do passado torna-se explícito e incontestável por meio de convenções jurídicas, como as que estipulam a competência e o modo pelo qual as instituições elaborarão as leis. A prática jurídica é uma questão de respeitar e aplicar essas convenções, aplicação que se dá pela interpretação. Entretanto, o direito por convenção nem sempre é completo, pois novos problemas que nunca foram resolvidos pelas instituições podem surgir, ou seja, a extensão explícita das diversas convenções jurídicas não contém absolutamente nada de decisivo. Os juízes, nestes casos, devem julgar da melhor maneira possível, usando padrões extrajurídicos, mas nenhuma das partes tem direito a obter ganho de causa em virtude de decisões passadas, pois estas não existem para o caso em questão. Desse modo, os juízes devem enfrentar suas “novas responsabilidades legislativas” e, por isso, a sua

¹²¹ Ibid., 115.

¹²² Ibid., 122.

¹²³ Ibid., 134.

¹²⁴ Ibid., 122.

decisão é discricionária, é novo direito que depois, por meio do precedente, será transformado em direito antigo¹²⁵.

O pragmatismo nega que as decisões políticas do passado, por si só, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do estado. Afirma que as pessoas não têm direito, a não ser à decisão judicial que for melhor para a comunidade como um todo, sem considerar nenhuma decisão política tomada no passado, ou seja, têm direito à decisão que “melhoram o bem-estar social”¹²⁶. Em conseqüência, elas não tem o direito de exigir o poder estatal em seu benefício, nem o direito de não ter o poder estatal sendo usado contra elas em virtude de decisões passadas. O direito só existirá se ele não for prejudicial à comunidade. Desse modo, a justificativa para o uso do poder estatal está na justiça ou qualquer outra virtude da decisão atual, o que torna o futuro da comunidade “mais promissor, liberado da mão morta do passado e do fetiche da coerência pela coerência”. Os juízes podem, portanto, modificar as regras estabelecidas no passado se acreditarem que com tal mudança irão favorecer o interesse geral, mesmo que com essa mudança possam provocar algum dano à autoridade das instituições políticas. É possível que eles diverjam sobre qual decisão seria de fato a melhor para o futuro, mas por não estipular quais noções de boa comunidade são bem fundadas ou atraentes, o pragmatismo os estimula a decidir e agir segundo seus próprios pontos de vista, por acreditar que esta postura servirá melhor à comunidade do que outra que exija somente coerência com decisões anteriores¹²⁷.

Com o pragmatismo é mais difícil, em relação ao convencionalismo, prever o modo como os tribunais vão se comportar. Mas em contrapartida, os juízes estão livres para mudarem as regras quando pensam que isto será mais importante que qualquer mal que a mudança pudesse causar. Ambas concepções tentam produzir o melhor equilíbrio entre a previsibilidade e a flexibilidade do direito, mas Dworkin acredita que o pragmatismo, por ter uma estratégia melhor, é mais flexível e adaptável do que o convencionalismo, que se ajusta mal às práticas jurídicas¹²⁸. Apesar disto, nas palavras de Calsamiglia¹²⁹, Dworkin sustenta que ambas concepções não levam os direitos à sério e acabam dotando o juiz de um poder

¹²⁵ Ibid., 141-5; 158.

¹²⁶ CALSAMIGLIA, 1992: 163.

¹²⁷ DWORKIN, 2003: 180-1; 185-7.

¹²⁸ Ibid., 181-3.

¹²⁹ CALSAMIGLIA, 1992: 163.

criativo de direito sem legitimação suficiente, pois violam alguns princípios fundamentais da sociedade democrática, como a irretroatividade das leis, a segurança jurídica, a certeza do direito e a inalienabilidade dos direitos. Nenhum bem-estar coletivo pode fundamentar a violação de um direito, pois este triunfa frente àquele. É por isto que Dworkin defende que a melhor reconstrução da noção interpretativa de direito se dá somente com o direito como integridade, que é uma concepção mais complexa e satisfatória do que as anteriores.

1.2.4 O direito como integridade

A integridade (*integrity*) é um valor abstrato que opera em todo o sistema político e jurídico. Mas ela opera diferenciadamente nos variados âmbitos¹³⁰. Por uma questão prática, Dworkin divide as exigências da integridade em dois outros princípios, que especificam o mandamento do tratamento não arbitrário¹³¹. O primeiro é a integridade aplicada no âmbito legislativo, exigindo que a legislação seja criada em observância aos seus princípios, restringindo o âmbito de ação dos legisladores; e o segundo é o princípio da integridade aplicado no julgamento (*principle of integrity in adjudication*), que exige dos juízes, até onde for possível, que tratem o sistema jurídico “como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios”, interpretando as normas desse conjunto a fim de descobrir as que são “implícitas entre e sobre as normas explícitas”¹³². Esse segundo princípio é o que nos oferece, de forma mais significativa, a terceira concepção de direito de Dworkin¹³³.

Ao tratar da integridade política, Dworkin distingue-a de outras virtudes políticas, como a justiça, a equidade (*fairness*) e o devido processo (*due process*)¹³⁴. Elas não se confundem pois a integridade é uma exigência de qualquer

¹³⁰ PÉREZ, 2003: 354.

¹³¹ GÜNTHER, 2004: 408.

¹³² DWORKIN, 2003: 261.

¹³³ Para uma análise do princípio da integridade política aplicado na legislação, conferir Dworkin, *O império do direito*, cap. VI.

¹³⁴ A equidade caracteriza-se por exigir uma forma correta de distribuição do poder político em seus diferentes ramos e vertentes. A justiça liga-se à exigência de que o conteúdo distributivo das decisões adotadas pelos poderes públicos seja moralmente defensável. Já o devido processo requer procedimentos para resolver, de forma não arbitrária, as pretensões dos cidadãos nas distintas esferas de

dessas virtudes políticas por ser uma questão de coerência entre os princípios que regem um determinado instituto, mas isto não significa que a integridade seja necessariamente superior às outras virtudes¹³⁵. Assim, a integridade requer que o estado aja de acordo com um conjunto único e coerente de princípios, mesmo que os seus cidadãos estejam divididos quanto à exata natureza dos princípios corretos¹³⁶.

Se não podemos exigir que o governo [*government*] chegue a respostas corretas sobre os direitos de seus cidadãos, podemos ao menos exigir que o tente. Podemos exigir que leve os direitos a sério, que siga uma teoria coerente sobre a natureza desses direitos, e que aja de maneira consistente com suas próprias convicções¹³⁷.

Os princípios que a comunidade ou o estado adotam são diferentes daqueles de quaisquer de seus dirigentes ou cidadãos enquanto indivíduos¹³⁸ e estes dirigentes devem tratar os cidadãos como “reunidos e vinculados numa associação de princípios”¹³⁹, supondo-se que a comunidade possui um “substrato”¹⁴⁰ de princípios que a justifica¹⁴¹. Nesse sentido, deve haver uma personificação profunda da comunidade ou do estado, como se esses realmente fossem alguma “forma especial de entidade”¹⁴², como se ele tivesse “uma única voz”¹⁴³, com influência e responsabilidade morais, engajada na manutenção da coerência dos seus princípios¹⁴⁴. Entretanto, a integridade não é apenas uma questão de coerência, não é somente a exigência de que uma instituição deva repetir suas próprias decisões anteriores; é, ao mesmo tempo, mais e menos, pois o ideal de

decisão pública (DWORKIN, 2003: 203). Para uma melhor caracterização das diferenças, conferir (CALSAMIGLIA, 1992: 164 em diante.)

¹³⁵ DWORKIN, 2003: 262.

¹³⁶ Ibid., 203.

¹³⁷ Id., 2002: 286.

¹³⁸ Id., 2003: 208.

¹³⁹ Ibid., 315.

¹⁴⁰ CALSAMIGLIA, 1992: 169.

¹⁴¹ É importante ressaltar que Dworkin não está defendendo que este substrato tenha alguma sustentação metafísica, pois as valorações e os princípios que uma sociedade defende coletivamente são dinâmicos, sendo que seus significados variam ao largo da história (CALSAMIGLIA, 1992: 168).

¹⁴² Esta personificação não se baseia em alguma teoria metafísica e nem tenta tratar o estado ou a comunidade como uma pessoa real. É somente uma forma de raciocínio sobre as “responsabilidades das autoridades e dos cidadãos, que encontra sua expressão natural na personificação da comunidade e não pode ser reproduzida, por uma tradução redutiva, na forma de exigências às autoridades e cidadãos, individualmente” (DWORKIN, 2003: 205).

¹⁴³ DWORKIN, 2003: 263.

¹⁴⁴ Ibid., 204.

expressar um “sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção” pode exigir o afastamento de decisões tomadas anteriormente¹⁴⁵.

Se a integridade como virtude política é aceita por uma comunidade, esta adquire uma forma especial por promover sua autoridade moral para assumir e mobilizar o monopólio de força coletiva, legitimando o poder coercitivo do estado¹⁴⁶. Esse modelo de comunidade é composto por pessoas que aceitam ser governadas por princípios comuns, gerados numa arena de debates, e não apenas por regras criadas por um acordo político conciliador entre as concepções de justiça e equidade particulares. Os membros dessa comunidade de princípios (*principled community*) admitem que seus “direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas”, mas dependem “do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam”. Desse modo, geram-se responsabilidades ligadas à cidadania: os cidadãos devem respeitar e manter um profundo e constante compromisso com os princípios de equidade e justiça vigentes em sua comunidade, que podem ser diferentes dos princípios de outras comunidades. Por isto, uma comunidade baseada em princípios nem sempre é justa, pois sua concepção pode ser falha, do mesmo modo que em qualquer outra comunidade. Mas a exigência de integridade pressupõe que todas as pessoas são dignas e devem ser tratadas “com o mesmo interesse, de acordo com uma concepção coerente do que isso significa”, o que leva Dworkin a entender que o modelo de princípios é o que melhor satisfaz as condições da “verdadeira comunidade” em comparação com outros modelos de comunidade possíveis¹⁴⁷, pois, conforme salienta Günther,

uma comunidade estruturada por condições concretas de reconhecimento mútuo não permite outras decisões a respeito do que deva ser considerado correto e justo, senão aquelas que possam ser justificadas por princípios aceitos por todos¹⁴⁸.

Contra o convencionalismo, o direito como integridade nega que o direito seja simplesmente uma questão de coerência com decisões passadas e uma questão de “descobrimento” do direito que já existe. Nega também, contra o

¹⁴⁵ Ibid., 263-4.

¹⁴⁶ Ibid., 228.

¹⁴⁷ Ibid., 254-7.

¹⁴⁸ GÜNTHER, 2004: 409.

pragmatismo, que o direito seja só um programa instrumental, que se volta para o futuro, pelo qual os juízes “inventam” o melhor direito. Para Calsamiglia¹⁴⁹, a integridade exige limitações ao enfoque pragmatista porque a justiça não é o único valor importante no direito. Ela existe em consonância com outras virtudes. Tendo o direito uma natureza interpretativa, ele tanto pode voltar-se para o passado, quanto para o futuro; tanto é descoberto pelos juízes, como é inventado; ou ainda ele pode ser nenhuma dessas opções. As duas primeiras concepções oferecem-se como interpretativas, mas, segundo Dworkin, essas concepções não são, em si, programas de interpretação. Ambas não poderão interpretar a prática jurídica em sua totalidade, pois estão limitadas ou pelo passado, ou pelo futuro. Podem surgir problemas interpretativos ao longo do processo, mas são ligados a questões pontuais e não ao direito como um todo¹⁵⁰.

O direito como integridade não exige coerência de princípio com as etapas históricas do direito da comunidade; ele somente volta-se para o passado na medida em que o enfoque contemporâneo assim o determina. A história é justificada e contada se for digna de ser contada no presente, por ser atraente para oferecer um futuro honrado. Nesse sentido, o direito é construtivo, pois não se prende a uma lei somente porque ela é lei ou foi instituída por um legislador passado. O que sustenta o direito é o conjunto dos princípios justificadores e não a norma¹⁵¹. Em síntese, o modelo de integridade apresentado pode ser tido como sinônimo de “interpretação construtiva” e de “coerência” ou “consistência”¹⁵². Dessa maneira supera-se a dicotomia entre encontrar e inventar a lei. O juiz, ao interpretar uma tradição, considera-a como uma longa história que ele tem de continuar, “de acordo com suas opiniões sobre o melhor andamento a ser dado à história em questão”¹⁵³. Os futuros juízes, a partir disto, se depararão com uma nova tradição, que inclui o que foi feito por aquele juiz. E assim se constrói a “cadeia do direito”¹⁵⁴, na qual cada juiz tenta interpretar o melhor direito possível ao seu tempo, sempre a partir das interpretações passadas, em continuidade a uma suposta unidade do direito reunidora dos melhores princípios comuns capazes de serem encontrados¹⁵⁵ por

¹⁴⁹ CALSAMIGLIA, 1992: 171-2.

¹⁵⁰ DWORKIN, 2003: 271-3.

¹⁵¹ CALSAMIGLIA, 1992: 171.

¹⁵² DUTRA, 2006: 17.

¹⁵³ DWORKIN, 2003: 286.

¹⁵⁴ *Ibid.*, 274-6.

¹⁵⁵ *Ibid.*, 314.

meio de interpretações “mais refinadas e concretas” de uma mesma prática jurídica¹⁵⁶.

O caso *Elmer* foi usado por Dworkin para demonstrar a noção de interpretação construtiva e consiste no seguinte. Em 1982 Elmer assassinou seu avô por envenenamento em Nova Iorque por medo de que ele alterasse seu testamento e o deixasse sem nenhum bem. O crime foi descoberto, Elmer foi declarado culpado e condenado a alguns anos de prisão. O questionamento que se faz é o seguinte: Elmer estaria legalmente habilitado a receber a herança deixada por seu avô no último testamento? Se Elmer tivesse morrido antes de seu avô, a herança ficaria com suas filhas. Diante da situação, elas processaram o inventariante do espólio, exigindo que o patrimônio a elas fosse destinado, e não a Elmer, argumentando que como ele havia matado o testador, seu pai, a lei não lhe dava direito a nada. O problema é que no âmbito penal a pena não cominava a perda da herança e no âmbito civil do direito das sucessões não havia previsão que excluísse Elmer da sucessão por indignidade. Se a herança lhe fosse retirada, o judiciário estaria criando direito, pois não havia norma expressa no ordenamento que assim prevesse. O julgamento foi desfavorável a Elmer, perdendo o caso por cinco votos contra dois, com a justificativa de que os juízes “deveriam interpretar uma lei de modo a poderem ajustá-la o máximo possível aos princípios de justiça pressupostos em outras partes do direito”. Se é admissível que os legisladores tenham uma intenção genérica de respeitar os princípios tradicionais de justiça e tendo em vista que uma lei faz parte de um sistema compreensivo mais vasto, a lei deve ser interpretada visando o direito como um todo de modo a conferir a maior coerência possível a esse sistema¹⁵⁷.

Para dar conta desta complexa estrutura da tarefa jurídica, Dworkin utilizou um juiz imaginário denominado de “Hércules”, que será objeto de maior análise em um momento posterior. Por hora, é importante destacar que a integridade exige sempre uma decisão que seja a melhor dentre as possíveis, “aquela que conseguir formar o contexto de justificação coerente mais abrangente”, sempre dentro do contexto de igual tratamento de todos os membros da comunidade política¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Ibid., 489.

¹⁵⁷ DWORKIN, 2003: 20-5.

¹⁵⁸ GÜNTHER, 2004: 411.

Essa concepção de direito como integridade derruba os argumentos dos céticos interiores, pois torna possível que se chegue a uma decisão correta para os casos difíceis. Do mesmo modo, esta concepção oferece argumentos para rebater uma linha do pensamento jurídico estadunidense, o movimento dos “Estudos Jurídicos Críticos” (*Critical Legal Studies Movement – CLS*), que para Dworkin parece ser uma tentativa de reativar o antigo movimento do “Realismo Jurídico”, tendo por base de suas investigações, assim como Dworkin, a perspectiva de participante do próprio juiz. Habermas aponta que o realismo jurídico questionou três dogmas da teoria do direito: (a) a suposição de que existem direitos; (b) a suposição de que os casos atuais podem ser decididos consistentemente de acordo com o direito vigente; (c) e a suposição de que as decisões judiciais são racionais, ou seja, que são determinadas pelas leis vigentes, pelos prejuízos, pela doutrina dominante etc¹⁵⁹. Os estudos do CLS vêm em complemento a estes questionamentos ao entender que as decisões judiciais são quase sempre “vagas, ambíguas ou incompletas e, com freqüência, também incompatíveis ou mesmo incoerentes”, o que os leva a concluir que o direito não existe, o que existe é apenas retórica que os juízes utilizam para mascarar decisões que, na verdade, são ditadas por preferências ideológicas ou de classe. Para eles não há respostas certas, mas somente respostas diferentes a difíceis questões jurídicas. Quando o juiz julga um caso difícil o seu discernimento será subjetivo e a resposta dada é apenas o que parece ser certo a um determinado juiz em um determinado momento¹⁶⁰. A decisão judicial é, inevitavelmente, fruto da convicção política do juiz e o direito sempre é o reflexo de uma ideologia ou poder.

Mas para Dworkin esta é uma visão muito “romântica” do direito. O CLS afirma que o direito é instinto, pois o juiz, ao julgar, deve misturar analogia, ciência, sabedoria política e consciência do seu papel de julgador, e por isto a sua tarefa é uma arte e não uma ciência. Em sentido oposto, Dworkin entende que é preciso que o direito seja disciplinado como “ciência” para que a estrutura do “instituto” jurídico difira das convicções que as pessoas possam ter sobre o governo e a justiça¹⁶¹.

¹⁵⁹ HABERMAS, 2005: 284.

¹⁶⁰ DWORKIN, 2003: 13-4.

¹⁶¹ Ibid., 14.

1.2.5 A estrutura do modelo de direito de Dworkin

A partir, principalmente, da recusa à teoria positivista, Dworkin apresenta um modelo mais complexo de teoria do direito a partir de uma noção mais sofisticada de normas, ou seja, de um sistema que se baseia em regras e princípios. Assim, quando o autor desenvolve uma teoria fundada em princípios, ele carrega o ônus de provar que ela é compatível com uma formulação democrática do poder, que possa dar conta de duas questões principais: a da democracia e a da anterioridade das leis¹⁶². Nos casos difíceis Dworkin acredita ser possível defender uma teoria que resolva a questão com base no pressuposto de que mesmo quando não haja regra alguma para regulá-la, uma das partes pode, mesmo assim, ter o direito de ganhar a causa. Por isto, mesmo nos casos difíceis, o juiz não teria à sua disposição um poder discricionário, mas sim um dever de descobrir os direitos das partes, ao invés de inventar novos direitos (*new legal rights*) para serem aplicados retroativamente. Esta descoberta não é uma tarefa mecânica, pois os juristas e juízes sensatos irão divergir freqüentemente sobre os direitos jurídicos¹⁶³. Todavia, é razoável dizer que o processo tem por finalidade “descobrir, e não inventar, os direitos das partes interessadas”¹⁶⁴.

Os tribunais, então, devem decidir acerca de quem tem e quais são os direitos das partes. A existência dos direitos – sua validade positiva¹⁶⁵ – é sustentada, nas palavras de Habermas¹⁶⁶, por uma “razão prática historicamente encarnada”, ou seja, por uma razão que se desenrola através da história e é articulada na forma de uma “norma fundamental” que exige igual consideração e respeito a todos. Para Habermas, esta norma fundamental goza do *status* de um “direito natural” que todos os homens e mulheres possuem “à igualdade de consideração e respeito” e o possuem “não em virtude de seu nascimento, seus méritos, suas características ou excelências, mas simplesmente enquanto seres humanos capazes de elaborar pro-

¹⁶² DUTRA, 2005: 77-9.

¹⁶³ DWORKIN, 2002: 127-8.

¹⁶⁴ *Ibid.*, 430.

¹⁶⁵ DUTRA, 2005: 73.

¹⁶⁶ HABERMAS, 2005: 273.

jetos e fazer justiça”¹⁶⁷. Evitando qualquer conotação jusnaturalista, esta fundamentação dos direitos também pode ser entendida como uma “explicitação do sentido deontológico dos direitos fundamentais em geral”¹⁶⁸. Desse modo, não se cai no círculo no qual a hermenêutica jurídica se encontra, ou seja, no recurso a um *topoi* historicamente fundado em um *ethos* advindo da tradição, pois o juiz, por meio da interpretação construtivista, apropria-se criticamente “dos vestígios que a razão prática deixou na história institucional do direito”¹⁶⁹, o que fornece uma “compreensão deontológica das pretensões jurídicas de validade”¹⁷⁰.

Assim, de alguma forma, os direitos – dentre os quais o fundamental é o de igual consideração e respeito a cada indivíduo, em todas as decisões políticas – foram assimilados pelo direito positivo e é tarefa do juiz encontrá-los e “reconstruir os seus vestígios”. Esta é uma defesa dos direitos *ex ante*, pois se a teoria dos direitos de Dworkin fosse uma concepção de direito *ex post*, ela não conseguiria dar conta de duas questões: a da irretroatividade, pois se o direito fosse aplicado retroativamente geraria prejuízo às partes, atentando ao princípio da segurança jurídica e ao “princípio do prévio conhecimento do direito como condição de imputabilidade”; e à questão do princípio da democracia, pois, no caso de uma aplicação *ex post*, o juiz estaria criando uma lei para o caso e esta competência ele não possui¹⁷¹.

Para Dworkin, por trás da questão referente a se os juízes criam novas regras ao decidirem os casos não cobertos por elas está o ideal de que a tarefa dos juízes deveria se limitar somente à aplicação do direito criado pelo legislativo e que em hipótese alguma eles poderiam criar um novo direito. Para Dworkin, os juízes não criam novos direitos, não são delegados do poder legislativo e nem estão legislando ao decidirem casos difíceis. Este pressuposto se baseia na distinção entre argumentos de princípios e argumentos de política (*policy*)¹⁷². “Política” é o padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. Já “princípio” é um padrão que deve ser observado, não porque promoverá ou assegurará uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma “exigência

¹⁶⁷ DWORKIN, 2002: 281.

¹⁶⁸ HABERMAS, loc. cit.

¹⁶⁹ DUTRA, loc. cit.

¹⁷⁰ HABERMAS, 2005: 276.

¹⁷¹ DUTRA, 2005, loc. cit.

¹⁷² DWORKIN, 2002 pp. 128-9.

de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”¹⁷³, ou seja, o princípio descreve o direito devido¹⁷⁴. Nesse sentido, os argumentos de política tentam justificar uma decisão mostrando que mesmo que os beneficiados não tenham direito ao benefício, a decisão favorável promoverá um objetivo coletivo da comunidade¹⁷⁵.

Assim, servem para “justificar uma decisão política”, mostrando que ela “fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”. Os argumentos de princípio também servem para justificar uma decisão política, mas mostram que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo, ou seja, demonstra que eles têm direito ao benefício. Algumas argumentações sobre decisões políticas poderão ficar fora do âmbito de abrangência destes dois tipos de argumentos, mas ainda assim os princípios e as políticas são os “fundamentos essenciais da justificação política”¹⁷⁶.

Dentro desta distinção, os direitos subjetivos são entendidos por Dworkin como trunfos contra as decisões resultantes da vontade da maioria ou contra os fins coletivos. Estes trunfos foram, de alguma forma, assimilados pelo direito positivo e valem contra qualquer pretensão de fins utilitaristas. De modo algum se pode afirmar que estes direitos são absolutos, mas, conforme a interpretação de Habermas, “todo direito impõe ao cálculo custo-benefício na realização de fins coletivos determinadas restrições que, em última instância, se justificam pelo princípio de igual respeito a todos”¹⁷⁷. Portanto, os argumentos de princípio podem ou devem prevalecer sobre as considerações de objetivos políticos quando estes se mostrarem “gananciosos”¹⁷⁸ em uma relação de competência entre ambos, porque ao judiciário cabe-lhe apartar-se das tendências majoritárias expressas em argumentos de política, que são próprias do órgão legislativo, para resguardarem os direitos individuais, que são trunfos dos sujeitos contra metas coletivas. Por este motivo, os juízes não devem argumentar com base em considerações de políticas, perseguindo os interesses da comunidade em termos de

¹⁷³ Ibid., 36-7.

¹⁷⁴ Ao elucidar e distinguir direitos e objetivos, Dworkin não tenta demonstrar que direitos os homens e as mulheres realmente têm, ou se eles os têm, mas o que ele intenta é descobrir quais os direitos que uma teoria política específica pressupõe que homens e mulheres tenham (DWORKIN, 2002: 142).

¹⁷⁵ DWORKIN, 2002: 452.

¹⁷⁶ Ibid., 129-30.

¹⁷⁷ HABERMAS, 2005: 273-4.

¹⁷⁸ RUF, 1998: 233.

bem-estar coletivo, pois a sua decisão é em termos de princípios, que dão suporte aos juízes para que estes garantam e “adjudiquem” os direitos¹⁷⁹.

Se os tribunais decidirem casos cotidianos, nos quais somente são aplicados os termos inquestionáveis da lei, a justificação ocorre sempre pelos argumentos de princípios, mesmo que a lei em si tenha sido gerada por uma política. E para não cair na tese de que os juízes legislam nos casos difíceis, Dworkin defende a tese dos direitos (*rights thesis*), segundo a qual as decisões judiciais, diante de tais casos, também devem ser justificadas por argumentos de princípios e não de políticas¹⁸⁰. Os juízes irão decidir por meio da confirmação ou negação dos direitos concretos, direitos estes que são jurídico-institucionais¹⁸¹. Eles são institucionais porque a decisão da autoridade é regida sempre por restrições institucionais, não ficando o juiz livre para aplicar as suas convicções pessoais, ou para legislar num contexto de “textura aberta” de regras imprecisas, como Hart apontou¹⁸². Ao decidir um caso difícil, o julgador deve mostrar qual decisão é a exigida por uma teoria geral que justifique melhor o direito a ser aplicado levando em conta o seu aspecto institucional¹⁸³. E são jurídicas porque, nos casos difíceis, quando os conceitos são contestados, o juiz deve decidir com base em direitos jurídicos que são uma função especial dos direitos políticos, ou seja, o juiz, ao julgar, deve aceitar as práticas estabelecidas de seu sistema jurídico, que está baseado numa teoria política geral justificadora destas práticas¹⁸⁴. De forma sintética, este ideal de tomar decisões a respeito de normas jurídicas em consonância com uma teoria política que seja coerente está identificado no conceito de integridade¹⁸⁵.

Neste ponto encontra-se uma outra diferenciação feita por Dworkin com relação à integridade. O direito é governado por meio da aplicação da integridade “institucional”¹⁸⁶, que exige dos juízes e intérpretes que trabalhem sob a base de uma “teoria política” articuladora das exigências derivadas das três virtudes: justiça, equidade e devido processo. Assim, o direito contemporâneo e concreto é determinado por esta integridade. É o direito que o juiz é obrigado a colocar em vigor. Em contrapartida, o legislador e o teórico do direito podem desentender-se

¹⁷⁹ PALOMBELLA, 2005: 330.

¹⁸⁰ DWORKIN, 2002: 131-2.

¹⁸¹ *Ibid.*, 158.

¹⁸² *Ibid.*, 160.

¹⁸³ *Ibid.*, 163.

¹⁸⁴ *Ibid.*, 164-5.

¹⁸⁵ GÜNTHER, 2004: 407.

¹⁸⁶ O termo também é utilizado como integridade inclusiva.

acerca das restrições formais e procedimentais impostas pela equidade e pelo devido processo e investigarem a solução de um caso somente à luz dos princípios de justiça. Neste nível há uma avaliação mais abstrata, o que leva Dworkin a classificar a integridade como “pura”, dando um destaque especial à justiça por esta ser menos contingente que as duas outras virtudes, que são ligadas a uma determinada instituição. Busca-se, com a integridade pura, a melhor justificativa para o direito contemporâneo a partir de uma perspectiva que vai além da perspectiva de uma instituição em particular¹⁸⁷. Percebe-se neste ponto uma certa tensão entre o direito atual – fixado pela integridade institucional – e o seu próprio aperfeiçoamento – exigido pela integridade pura –, e entre o que é a teoria do direito de uma comunidade do que é a sua teoria da justiça, que serve de pano de fundo para aquela¹⁸⁸.

Feita esta distinção, percebe-se que a integridade institucional fornece os fundamentos políticos para que a decisão judicial não seja apenas a que certos grupos políticos desejariam, como se o juiz estivesse decidindo com base em fundamentos de política partidária, mas para que encontre o seu fundamento em certos princípios de moralidade política tidos como corretos e que não se resumem a grupos específicos. Assim, neste sentido amplo, as decisões tomadas pelos juízes são políticas, pois ligam-se a uma teoria geral da política de uma sociedade, mas os julgamentos devem sempre se basear em argumentos de princípio. Isto ajuda Dworkin a se posicionar entre duas opiniões sobre como os juízes deveriam decidir os casos controversos. Por um lado estão aqueles que categoricamente determinam que os juízes não devem tomar suas decisões baseando-se em fundamentos políticos; por outro estão os que sustentam que as decisões judiciais são inevitável e corretamente políticas, e neste aspecto os juízes atuam como legisladores nos “interstícios” de decisões já tomadas pelo legislativo. Com a distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política, Dworkin apresenta uma visão mais restritiva do que esta última, mas menos restritiva do que a primeira¹⁸⁹.

Ainda tratando da questão referente a se os juízes tomam decisões políticas, Dworkin apresenta duas concepções diferentes sobre o Estado de Direito. Uma delas é denominada de concepção “centrada no texto legal” (*rule-book-thesis*),

¹⁸⁷ DWORKIN, 2003: 482-5.

¹⁸⁸ PÉREZ, 2003: 356-7, nota 20.

¹⁸⁹ DWORKIN, 2005: 3-6.

e a outra, de concepção “centrada nos direitos” (*right-thesis*). Para a primeira, o poder do estado deve sempre ser exercido em conformidade com regras que estão explicitadas num conjunto de normas públicas à disposição dos cidadãos. Essas regras só poderão ser mudadas com base em outros tipos de regras que regulam o modo como ocorrerá a mudança, sem que ocorra um comprometimento com a justiça substancial, pois esta é um ideal que não faz parte do ideal do Estado de Direito. A concepção centrada nos direitos, por outro lado, não fará distinção entre o Estado de Direito e a justiça substancial, exigindo, como parte do ideal do direito que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique. Nesse sentido, pressupõe-se que os cidadãos têm direitos morais e políticos, ou seja, outros direitos que não somente os declarados pelo direito positivo, e por isto estes direitos devem ser reconhecidos no ordenamento jurídico, sendo que o seu não reconhecimento pode ser alvo de críticas por parte da sociedade¹⁹⁰.

Com relação ao modo como os juízes devem resolver os casos difíceis, a concepção centrada no texto argumenta que eles nunca deverão tomar uma decisão judicial com base em um julgamento político. A sua tarefa é decidir tais casos tentando descobrir o que “realmente” está no texto jurídico, pois as regras algumas vezes “falam com voz incerta”. Desse modo, a melhor compreensão ocorrerá se os juristas procurarem técnicas mais apuradas para melhorar a compreensão do texto. Três técnicas podem ser apontadas como as de maior destaque. A primeira orienta os juízes no sentido de tentar desenvolver teorias semânticas para explicar o significado das expressões. Outra técnica utiliza-se de questões de psicologia de grupo para entender que os legisladores receberam uma autorização da população para decidirem determinadas questões – aqui, o foco volta-se para a intenção do legislador quando vota a lei, ou seja, para o que ele pretendia fazer com aquela lei. E a terceira orientação acredita que os juristas, diante de um caso difícil, deveriam se perguntar, com base em outras decisões já tomadas pelo legislativo, o que os legisladores teriam decidido caso fossem forçados a votar tal questão, ou seja, qual seria a sua vontade “latente”. Desse modo, cada uma destas técnicas pretende “retificar” o texto jurídico, melhorando-o no sentido de “registrar mais fielmente a vontade das várias instituições”. É certo que os juízes poderão divergir ao darem uma resposta aos casos difíceis, mas as técnicas da

¹⁹⁰ Ibid., 6-9.

concepção centrada no texto fornecerão mecanismos para que eles tragam à tona, na sua mais alta integridade, a vontade dos legisladores responsáveis ao invés de fazerem um julgamento político acerca do que os legisladores deveriam ter feito¹⁹¹, pois somente os legisladores são autorizados, segundo o argumento da democracia, a tomarem decisões políticas, por serem funcionários eleitos pela comunidade¹⁹².

Em termos gerais, a crítica de Dworkin à concepção centrada no texto pode ser resumida na queixa de que os juízes, ao escolherem a melhor técnica para encontrar as intenções ou a história legislativa, acabam, de fato, fazendo julgamentos políticos camuflados por uma roupagem democrática, e por isto é falho o entendimento de que esta concepção é mais favorável ao argumento de que é ofensivo para a democracia que questões políticas sejam decididas por tribunais e não por funcionários eleitos¹⁹³. A suposta neutralidade das questões de semântica muitas vezes encobrem as convicções pessoais do juiz, o que não ocorreria se uma doutrina jurídica francamente política fosse adotada. Por aquelas não terem uma forma política, acabam não fazendo discriminação entre os tipos de julgamentos políticos que influenciarão as respostas que os juízes lhes dão¹⁹⁴.

O argumento da democracia, que supõe ser o legislativo eleito o mais apto a decidir questões sobre os direitos dos cidadãos, também é questionado por Dworkin. O autor não se convence de que as decisões legislativas sobre direitos têm mais probabilidade de serem corretas que as decisões judiciais e apresenta vários argumentos para provar que os legisladores não estão institucionalmente numa posição melhor que a dos juízes para decidirem questões sobre direitos. Mesmo sendo verdade que os cidadãos possuem um senso de ilegitimidade acerca das decisões políticas feitas pelo judiciário, Dworkin acredita que se uma nova concepção de Estado de Direito, que pudesse reconhecer que tais decisões são compatíveis com a democracia, fosse desenvolvida, nenhum problema acarretaria ao aspecto de legitimidade das decisões. Para ele, a razão pela qual a maioria das pessoas quer que decisões sobre direito sejam tomadas pelo legislativo é de equidade entre os poderes do estado, pois “se todo o poder político fosse transferido para os juízes, a democracia e a igualdade do poder político seriam destruídas”. Entretanto, nenhuma democracia proporciona a igualdade genuína de poder político

¹⁹¹ Ibid., 10-4.

¹⁹² Ibid., 17.

¹⁹³ Ibid., 25.

¹⁹⁴ Ibid., 36.

e a equidade não seria afetada se apenas uma pequena parte das decisões políticas fossem transferidas ao judiciário. Ao contrário, o ideal democrático da igualdade de poder político, na visão de Dworkin, seria promovido¹⁹⁵.

Para a concepção centrada nos direitos, numa democracia as pessoas têm um direito moral *prima facie* de exigir dos tribunais os direitos que o legislativo aprovou, e por este motivo o texto jurídico sempre será relevante para a resolução dos casos, por ser fonte dos direitos morais. Assim, a maioria dos casos são facilmente resolvidos porque está claro o que o legislativo lhes concedeu. Entretanto, o texto jurídico nem sempre é exaustivo e não se configura na fonte exclusiva de tais direitos. Segundo Dworkin, os cidadãos possuem “direitos de fundo” (*background-rights*) que devem sempre estar acessíveis a eles no tribunal¹⁹⁶. Em seu aspecto mais essencial, os direitos são de natureza moral, “inacessíveis à alteração positivadora”, ou seja, não são derivados de um “ato legiferante ou judicativo, mas do direito ao respeito e consideração iguais”, enraizado nos princípios fundamentais legitimadores de uma comunidade. Por este motivo, os juízes não deveriam criar novos direitos diante dos casos difíceis, mas sim descobrir quais os direitos que sempre existiram, ainda que implícitos¹⁹⁷.

Dessa maneira, quando surgem casos difíceis, sobre os quais o texto jurídico nada diz, ou se as palavras do texto estão sujeitas a interpretações conflitantes, o correto seria perguntar qual das interpretações possíveis melhor se ajustaria a estes direitos morais de fundo das partes. O texto jurídico seria a representação das tentativas da comunidade de captar os direitos morais e, neste sentido, é um ponto de partida para qualquer análise jurídica. O juiz, ao decidir um caso difícil, deverá estruturar algum princípio que para ele capta, num nível abstrato, os direitos morais das partes com relação ao caso em questão. Mas este princípio só pode ser aplicado se for compatível com a legislação no sentido de que ele não deve conflitar com os “outros princípios que devem ser pressupostos para justificar a regra que está aplicando ou com qualquer parte considerável de outras regras”. Desse modo, os juízes que adotam a concepção centrada nos direitos não recorrem a qualquer princípio que julgam importante para o caso, mas àqueles que não conflitam com o repertório legal de sua jurisdição. Podem acontecer casos em que

¹⁹⁵ Ibid., 26-32.

¹⁹⁶ Ibid., 14-5.

¹⁹⁷ GÜNTHER, 2004: 410.

os princípios aplicáveis ao caso sejam compatíveis com a legislação, mas que sejam contrários entre si, o que abre possibilidade para dois juízes diferentes não chegarem à mesma conclusão acerca de um caso difícil porque defendem visões diferentes em relação aos direitos morais de fundo dos cidadãos. Assim, ambas as respostas são compatíveis com a legislação considerada como um todo e os juízes acreditam que o seu princípio é o correto, ou pelo menos o mais acertado. Neste aspecto, a sua decisão é uma decisão política, que certamente seria condenada pela concepção centrada no texto¹⁹⁸. Mas a vantagem da concepção centrada nos direitos que Dworkin apresenta é que ela exige que as respostas políticas dadas sejam “explícitas e fundadas em princípios, para que seu apelo e compatibilidade com princípios mais geralmente endossados possam ser testados”¹⁹⁹.

1.2.6 O juiz Hércules

O juiz “Hércules” foi inventado por Dworkin para dar conta das exigências complexas da interpretação do direito. Ele é a “personificação teórica”²⁰⁰ da tarefa que um juiz que adota o direito como integridade deve realizar²⁰¹. Quando uma análise preliminar de um caso é feita e não se tem certeza de qual interpretação possível deve prevalecer no caso, o juiz depara-se com um caso difícil²⁰². Então ele

¹⁹⁸ DWORKIN, 2005: 15-6.

¹⁹⁹ Ibid., 36.

²⁰⁰ PÉREZ, 2003: 355.

²⁰¹ Bellinetti afirma que dificilmente as convicções do julgador poderão ser dissociadas de suas convicções pessoais. Mas isto não anula a tentativa de se realizar uma visão ideal da jurisdição, na qual o julgador se limitaria a declarar o direito preexistente no ordenamento. Entretanto, tal aspiração é utópica, pois exigiria uma capacidade impossível de ser adquirida pelos juízes (BELLINETTI, 1994: 66-7), o que se assemelharia muito ao juiz Hércules de Dworkin. Este direito preexistente seria, para Bellinetti, o direito natural, oriundo da própria natureza, do universo, passível de apreensão pelo ser humano (BELLINETTI, 1994: 58).

²⁰² Dworkin ressalta que a distinção entre casos fáceis e casos difíceis no direito não é tão clara como parece ser e por isso para o direito como integridade os casos fáceis são apenas casos especiais dos casos difíceis, ou seja, são casos que possuem uma interpretação tão óbvia e sem desvios que acabam levando sempre a esta conclusão (DWORKIN, 2003: 317). O método que Hércules usa para os casos difíceis é o mesmo utilizado para os casos fáceis. Mas pelo fato das respostas a estes casos fáceis serem evidentes – ou pelo menos parecem sê-lo – não se sabe absolutamente se há alguma teoria em operação (DWORKIN, 2003: 423).

deve escolher, entre as interpretações aceitáveis, qual a que melhor se adequa, do ponto de vista da moral política, à estrutura das instituições e decisões da comunidade²⁰³. O juiz Hércules, que tem “capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas” e “aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição”²⁰⁴, é o modelo de juiz da concepção do direito como integridade, e, por este motivo, serve como guia aos juízes que aceitam esta concepção e que procuram encontrar “algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas” e chegar à “melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade”²⁰⁵ para solucionar o caso em questão.

O julgamento de Hércules, por basear-se na integridade, deve observar e considerar as diferentes dimensões de interpretação e os diferentes aspectos destas, bem como as convicções à respeito da equidade, justiça e devido processo, visando fundir isto tudo na opinião geral de que a interpretação que levar em conta todos os aspectos considerados tornará o histórico legal da comunidade o melhor possível segundo o ponto de vista da moral política²⁰⁶.

Mesmo que o direito tenha uma estrutura emaranhada e descontínua, Hércules deve encará-lo como se ele fosse um “tecido sem costuras” (*seamless web*). As suas decisões serão instâncias justificadas por argumentos de princípios, e não por argumentos de política. Assim, os precedentes – as decisões anteriores de direito costumeiro – são justificados por princípios que apliquem coerentemente os direitos como um todo, para que se possa afirmar que a decisão tomada é compatível com princípios estabelecidos, ou seja, que ela é equânime (*fair*), compatíveis com outras decisões que o tribunal têm se proposto a sustentar²⁰⁷. Nenhum juiz real poderia realizar esta tarefa de interpretar plenamente todo o direito que rege a sua comunidade. É por isto que Dworkin imagina um juiz hercúleo, “dotado de talentos sobre-humanos e com um tempo infinito a seu dispor”²⁰⁸, como um norte para o trabalho dos juízes reais. Por estes serem falhos, novas reflexões poderão surgir nos novos casos e por isto os métodos ou princípios seguidos em uma decisão são suscetíveis de serem abandonados “em favor de uma análise mais

²⁰³ DWORKIN, 2003: 306.

²⁰⁴ Id., 2002: 165.

²⁰⁵ Id., 2003: 305.

²⁰⁶ Ibid., 489.

²⁰⁷ Id., 2002: 180-2.

²⁰⁸ Id., 2003: 294.

sofisticada e profunda quando a ocasião assim o exigir²⁰⁹, sempre com vistas a uma decisão que melhor se adeque ao conjunto dos princípios de um comunidade em um determinado momento. Hércules é útil por ser mais reflexivo e autoconsciente do que qualquer juiz verdadeiro possa ser, mostrando a estrutura oculta das sentenças, deixando-as abertas ao estudo e à crítica²¹⁰.

Do mesmo modo, quando o juiz Hércules se depara com a tarefa de justificar uma lei, ele tem que escolher alguma teoria sobre a intenção da lei em questão que melhor realize esta tarefa²¹¹. Ele irá se perguntar qual interpretação dessa lei mostrará mais claramente o desenvolvimento político que a inclui e a envolve²¹². A idéia do propósito ou da intenção da lei, para Hércules, é o resultado da integridade, é a adoção de uma “atitude interpretativa com relação aos eventos políticos que incluem a aprovação da lei” e não uma evidência de um “estado de espírito” que se esconde na lei. A história que Hércules interpreta tem início antes da lei ser aprovada e termina no momento em que deve decidir o que ela declara para o agora²¹³, dentro da perspectiva da melhor interpretação do processo legislativo como um todo.

Hércules enfoca criticamente o direito positivo e corrige seus possíveis erros, podendo introduzir variações na hierarquia dos princípios e objetivos, pois a sua proposta é a de descobrir o conjunto coerente de princípios que justifica em termos de equidade (*fairness*) a história institucional do sistema jurídico, que se configura justa quando é vista como o resultado de um processo contínuo de aprendizagem. Portanto, o juiz que adota a integridade deve trabalhar pressupondo que o direito de uma comunidade é fruto de um “legislador racional”, de modo que para cada caso é possível se chegar a uma resposta correta, assistindo às partes o direito que lhes cabe²¹⁴. Diante do dever institucional de resolver todos os casos litigiosos e com a suposição de que sempre haverá uma solução para os casos, o direito não admite lacunas e não permite antinomias. Essa obrigação dada aos juízes de decidir todos os casos, obriga-os a desenvolver uma teoria “omnicomprensiva” do direito, de proporções “hercúleas”²¹⁵, que reconcilia as

²⁰⁹ Ibid., 308.

²¹⁰ Ibid., 316.

²¹¹ Id., 2002: 165-71.

²¹² Id., 2003: 377.

²¹³ Ibid., 380.

²¹⁴ HABERMAS, 2005: 282-3.

²¹⁵ PÉREZ, 2003: 355.

“decisões racionalmente reconstruídas do passado com a pretensão de aceitabilidade racional no presente”, ou seja, soluciona o problema de harmonização entre a história, que carrega em si o marco da segurança, e a justiça, que só pode ser averiguada no presente²¹⁶.

²¹⁶ HABERMAS, 2005: 283.

2 A TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO E A SUPERAÇÃO DO SOLIPSISMO JUDICIAL

2.1 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ALEXY

A preocupação de Robert Alexy é a de encontrar mecanismos racionais de ponderação que possam substituir teorias decisionistas do direito e o conceito de discricionariedade postulado pelo positivismo jurídico²¹⁷, sem cair numa teoria solipsista do direito. A tese central de Alexy é de que o argumentar jurídico não se diferencia radicalmente do argumentar moral ou do prático em geral. A particularidade encontra-se no fato de Alexy não partir das argumentações reais tal como ocorrem nas diversas instâncias jurídicas, mas elabora uma teoria geral da argumentação prática e depois a estende ao mundo jurídico, sendo que a teoria geral do discurso prático racional de Habermas é o paradigma para a teoria da argumentação jurídica.

2.1.1 A crítica de Alexy a Dworkin

Dworkin respondeu afirmativamente à pergunta acerca da existência de uma única resposta correta para todo caso jurídico introduzindo, nesta discussão, o modelo de regras e princípios. Se as regras não determinam uma única resposta correta, os princípios servirão como meio de fechamento do sistema jurídico, permitindo que se chegue sempre a uma resposta correta. Alexy intervém nesse modelo de Dworkin em dois pontos específicos. Primeiramente, ele ataca a teoria dos princípios de Dworkin, mostrando que os critérios utilizados para a distinção entre regras e princípios não afetam o seu núcleo. Em seguida, Alexy propõe, alternativamente, uma reconstrução da teoria dos princípios por meio de uma teoria da argumentação

²¹⁷ GALUPPO, 2002: 175.

jurídica, sendo que a união entre estas duas constituirá a base de uma teoria do direito na qual se insere uma versão fraca da tese da única resposta correta²¹⁸.

O núcleo da diferença entre regras e princípios é o que vai marcar as diferenças entre Alexy e Dworkin. Tanto regras quanto princípios podem ser concebidos como normas, porque ambos “dizem o que deve ser”, havendo entre eles somente uma distinção de classe. O critério primordial de distinção é o da generalidade, segundo o qual os princípios são normas de um grau de generalidade relativamente alto, ao passo que as regras são de grau relativamente baixo²¹⁹. Para Dworkin, as regras são aplicadas no modo “tudo-ou-nada”, ou são válidas e, por isto, estabelecem conseqüências jurídicas, ou não são válidas, sendo então insignificantes para a decisão. Já os princípios, mesmo que sejam aplicáveis ao caso, não determinam de modo decisivo, pois somente proporcionam razões em favor de uma ou de outra decisão. Nos casos de colisão entre princípios, eles não são aplicados do modo “tudo-ou-nada”, pois têm uma “dimensão de peso” que dá ao princípio, quando comparado a outro, um valor decisório derivado de seu peso relativamente maior. Mas isto não leva à invalidação do princípio com peso relativamente menor. O que ocorre é o seu afastamento para dar lugar a um outro princípio de melhor justificação²²⁰.

Portanto, esta maneira de resolução dos conflitos entre regras e as colisões entre princípios oferece o critério de distinção entre regras e princípios de Dworkin. Alexy aceita um conceito de princípio similar²²¹ ao de Dworkin, mas o “manejo”²²² que ele faz do mesmo varia. Para Alexy, o modelo de Dworkin é demasiado simples²²³ e o modo de colisão entre os princípios apresentado por Dworkin não chega ao núcleo da distinção entre regras e princípios. O ponto decisivo da distinção é que os princípios são requisitos de otimização²²⁴ e, como normas, requerem que algo seja realizado em sua maior amplitude possível dentro das possibilidades jurídi-

²¹⁸ ALEXY, 1988: 139-40.

²¹⁹ Id., 2002: 83.

²²⁰ DWORKIN, 2002: 39-43.

²²¹ ATIENZA, 2005: 174.

²²² Id., 2001: 674.

²²³ ALEXY, 2002: 99.

²²⁴ Juan Ruiz Manero e Manuel Atienza desenvolveram uma concepção dos princípios jurídicos que pode ser considerada como uma mediação entre a teoria de Alexy e a de Dworkin e Habermas. Nesta concepção, os princípios podem dividir-se em princípios em sentido estrito e diretrizes, sendo que somente estas devem ser consideradas como mandatos de otimização. A idéia é que seja estabelecida, dentro da categoria geral dos princípios, a distinção entre razões de fins e razões de correção e defender a prioridade das razões de correção (os princípios em sentido estrito) frente às de fim (as diretrizes). Cf. ATIENZA, et al.: 1991.

cas e fáticas²²⁵. Isto implica que os princípios possuem uma “estrutura teleológica”²²⁶ e que além disso podem regular os bens coletivos, ao contrário da posição de Dworkin que entende os direitos como “trunfos”²²⁷. Os princípios não são normas vagas, são “mandatos de otimização” que podem ser cumpridos em diferentes graus, sendo que este cumprimento depende tanto das possibilidades fáticas quanto das possibilidades jurídicas, que estão determinadas não só por regras, mas também por princípios opostos. Isto implica que os princípios necessitam ser ponderados.

Na colisão entre princípios ocorre uma “relação de precedência condicionada”²²⁸: o princípio que têm precedência restringe as possibilidades jurídicas do princípio que foi deslocado, sendo que este, mesmo deslocado, continua fazendo parte do ordenamento jurídico, pois em outro caso pode ocorrer a inversão dessa relação de precedência. Os pesos relativos dos princípios opostos é que vão determinar a relação de precedência entre eles. Por outro lado, as regras são normas que exigem o seu cumprimento pleno, são “mandatos definitivos”, ou seja, as regras são normas que contêm “determinações”²²⁹. Se uma regra é válida, então ela é obrigatória em sua plenitude, determinando tanto dentro do campo do possível faticamente quanto do juridicamente possível. Não são suscetíveis de ponderação e a subsunção é para elas a forma característica de aplicação do direito. Assim, o núcleo da distinção está no grau de cumprimento: se é exigida a maior medida possível de cumprimento em relação com as possibilidades fáticas e jurídicas, se trata de um princípio; se somente é exigida uma determinada medida de cumprimento, então se trata de uma regra²³⁰.

Portanto, regras e princípios serão aplicados na forma de subsunção e ponderação, respectivamente. Na ponderação, para se estabelecer a realização de algo na “maior medida possível” é necessário confrontar um princípio com os princípios opostos ou com os princípios que respaldam as regras opostas. Num caso de colisão de princípios são relevantes duas ou mais disposições jurídicas, que são razões *prima facie* para a solução de um caso concreto. A ponderação vem a ser o modo de se resolver esta incompatibilidade entre normas. Mas ela não é uma “articulação sistemática material” de todos os princípios jurídicos que de um modo hie-

²²⁵ ALEXY, 2002: 86.

²²⁶ GÜNTHER, 2004: 314.

²²⁷ ATIENZA, 2001: 674.

²²⁸ ALEXY, 2002: 92.

²²⁹ Ibid., 87.

²³⁰ Id., 1988: 143-4; Id., 2004: 162-4.

rárquico resolve todas as possíveis colisões entre eles. Ao contrário, ela é uma estrutura composta por três elementos, a lei de ponderação, a fórmula de peso e as cargas de argumentação – ou de prova –, mediante as quais é fundamentada uma relação de prioridade condicionada entre os princípios colidentes, estabelecendo qual deles deverá determinar a solução do caso concreto²³¹.

Esta tarefa de otimização dos princípios serve para Alexy atacar a tese positivista de separação entre direito e moral. Tal tarefa tem dois aspectos: quanto à sua forma, ela é jurídica; e quanto ao seu “aspecto de fundo” ela é moral²³². Ao ir contra a tese positivista da não vinculação entre direito e moral, Alexy entende os princípios como valores com características deontológicas por estarem inseridos no sistema jurídico. Desse modo, há uma ligação entre o discurso jurídico e a moral que faz com que os princípios não sejam simplesmente normas vagas, mas normas que carregam em si uma tarefa de otimização decorrente de sua constituição valorativa.

O modo de resolver os problemas de colisão entre princípios demonstra que há uma “coincidência estrutural”²³³ entre princípios e valores. Eles são a mesma coisa, só que, dependendo do modo como são vistos, assumem ora um caráter *deontológico*, ora um caráter *axiológico*. Toda colisão entre princípios pode ser expressada como uma colisão entre valores e vice-versa. Um enunciado sobre valores pode ser reformulado em enunciado sobre princípios, e os enunciados sobre princípios, em enunciados sobre valores, sem que haja perda de conteúdo²³⁴. Na colisão entre princípios se expressa o aspecto deontológico, ligado à procura do que é devido de maneira definitiva, ou seja, do que é ordenado, permitido, ou proibido. Já na colisão entre valores se está diante do aspecto axiológico, no qual se questiona o que é definitivamente o melhor ou o pior, o bom ou o mau. Apesar dessa coincidência estrutural, dentro de uma teoria do sistema jurídico é preferível que se defenda uma teoria dos princípios. O conceito de princípio, por expressar claramente o “caráter de dever-ser”²³⁵ do direito, não está carregado por suposições problemáticas advindas do conceito de valor²³⁶, como a vinculação com uma ontologia, ou a

²³¹ PULIDO, 2003: 225-7.

²³² ALEXY, 1988: 144.

²³³ Id., 2004: 164; Id., 1988: 145.

²³⁴ Id., 2002: 138-9.

²³⁵ Ibid., 147.

²³⁶ Para um estudo mais detalhado das objeções à teoria dos valores, conferir ALEXY, 2002 p. 147 em diante.

dependência de uma certeza epistemológica acerca de uma faculdade específica para a intuição de valores. Assim, “princípios são normas que ou valem ou não valem. O problema de seu conhecimento é um problema de conhecimento das normas; o de sua aplicação, um problema de aplicação das normas”²³⁷.

A teoria dos princípios contém duas variações. A primeira é uma versão fraca, que não contém nada sobre a relação de prioridade entre os princípios, mas somente pontos que devem ser tomados em consideração para o resultado. Este seria um catálogo de pontos-de-vista ou de *topoi*. Já a versão forte contém em seu catálogo, além dos princípios, “todas as relações de prioridade abstratas e concretas entre eles”. Em decorrência, este catálogo poderia determinar de modo inequívoco a decisão em cada um dos casos. Segundo Alexy, esta segunda versão é a defendida por Dworkin²³⁸. Entretanto, para o autor, esta versão forte somente seria possível se o peso dos valores ou dos princípios e suas intensidades de realização pudessem ser expressados de maneira calculável em uma escala numérica. Mas ela “fracassa diante dos problemas de uma medição dos pesos e das intensidades de realização dos valores ou princípios”²³⁹. Contra este fracasso Alexy aponta, a partir da versão fraca, uma teoria dos princípios que ofereça algo mais do que uma coleção de pontos de vista ou *topoi*. Para isto, a versão fraca deveria conter três elementos: (1) um sistema de condições de prioridade; (2) um sistema de estruturas de ponderação; e (3) um sistema de prioridades *prima facie*. Este complemento a esta versão fraca permite a Alexy apresentar um modelo de direito baseado em regras, princípios e discurso.

O sistema de condições de prioridade é regido por uma lei de colisão válida para todas as colisões de princípios: “As condições sob as quais um princípio prevalece sobre outro formam o suposto de fato de uma regra que determina as conseqüências jurídicas do princípio prevalecente”²⁴⁰. Estas condições, ou seja, as regras que se correspondem com a lei de colisão, fornecerão informações referentes ao peso relativo dos princípios. Mas isto se afasta da possibilidade de se construir uma teoria que determine uma decisão para cada caso, pois a cada caso novas combinações de características são possíveis. Apesar desta impossibilidade, esse sistema de condições permite um “procedimento de argumentação que não existiria

²³⁷ ALEXY, 2004: 165.

²³⁸ Id., 1988: 144-5.

²³⁹ Id., 2004: 170.

²⁴⁰ Id., 2002: p. 94.

sem os princípios”²⁴¹, que faz estas soluções de colisões entre princípios num caso concreto terem importância para casos novos, não excluindo, assim, o princípio da universalidade²⁴².

Já o sistema de estruturas de ponderação resulta do caráter dos princípios como mandatos de otimização. Em decorrência da lei da ponderação, os princípios exigem a mais completa realização possível, em relação às possibilidades fáticas e jurídicas. As possibilidades fáticas são otimizadas por meio dos princípios de adequação e necessidade. Já as possibilidades jurídicas, são otimizadas pelo princípio de proporcionalidade em sentido estrito, que é expressado na seguinte lei de ponderação: “quanto maior for o grau de não realização ou de afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”²⁴³. Esta estrutura também não oferece um procedimento de decisão que conduza a uma única resposta, mas disponibiliza uma estrutura de argumentação racional que não é possível nem para um simples catálogo de *topoi*, nem para um puro sistema de regras²⁴⁴. Por último, as prioridades *prima facie* estabelecem cargas de argumentação, criando uma certa ordem no campo dos princípios. Uma prioridade que foi estabelecida num caso presente pode ser alterada num caso futuro, mas a “carga de prova”²⁴⁵ da modificação deve ser assumida por quem pretenda alterá-la.

2.1.2 O direito como um modelo de regras, princípios e discurso

O modelo de regras, princípios e discurso de Alexy é uma tentativa de desenvolver um modelo completo, que se refira ao âmbito da aplicação das regras e princípios. Para Alexy, tanto as regras quanto os princípios não regulam por si mesmos sua aplicação e por isto o modelo de regras e princípios não é completo, necessitando assim de um “terceiro nível”, um procedimento que assegura a máxima racionalidade prática ao direito, e por isto é preferível aos demais²⁴⁶. A partir dos dois primeiros níveis, ou seja, o das regras e princípios, é possível chegar a este

²⁴¹ Id., 2004: 170-1; Id., 1988: 146-7.

²⁴² ATIENZA, 2005: 175.

²⁴³ ALEXY, 2002: 161.

²⁴⁴ Id., 2004: 171-2; Id., 1988: 147-8.

²⁴⁵ ATIENZA, 2005: 175.

²⁴⁶ ALEXY, 2004: 172-4.

terceiro nível no qual uma decisão é fundamentada racionalmente. A teoria da argumentação jurídica será a responsável pela elaboração de um procedimento que assegure a racionalidade da aplicação do direito. Este procedimento fará com que uma ponderação seja racional somente se o enunciado de prioridade entre princípios opostos for fundamentado racionalmente. Deste modo, o problema da racionalidade da ponderação passa a depender da possibilidade de uma fundamentação racional dos enunciados de prioridade²⁴⁷. Isto elimina um possível caráter de subjetividade dos juízos de valor, pois não se pode chegar a uma resposta precisa para toda questão moral por meio de uma teoria moral material, mas somente por meio de teorias morais procedimentais “que formulem regras ou condições da argumentação prática racional”. A teoria moral procedimental adotada neste caso é a do discurso prático racional desenvolvida por Habermas²⁴⁸, que é reinterpretada e sistematizada por Alexy ao campo específico do direito²⁴⁹.

Alexy apresenta esta teoria do discurso como um “sistema de regras do discurso e de princípios do discurso, cuja observância assegura a racionalidade da argumentação e de seus resultados”. Com este sistema de regras o autor pretende formular uma espécie de “código da razão prática” que complemente as regras específicas do discurso jurídico e que seja “a base para a sua justificação e crítica, no marco de uma justificação e crítica do sistema jurídico em seu conjunto”²⁵⁰.

2.1.3 A teoria do discurso e a argumentação jurídica

A teoria do discurso faz uma interpretação teórico-discursiva do conceito de razão prática de Kant²⁵¹, o que permite a retomada do projeto iluminista de tentativa de criar um “fundamento normativo da convivência humana e da autocompreensão do indivíduo e da sociedade”²⁵². A base da concepção kantiana de racionalidade está na idéia de universalidade. Sendo a teoria do discurso uma teoria pro-

²⁴⁷ Id., 2002: 158-9.

²⁴⁸ Id., 2004: 174-5.

²⁴⁹ ATIENZA, 2005: 150.

²⁵⁰ ALEXY, 1988: 150.

²⁵¹ Para um estudo da reformulação discursiva da moral kantiana, conferir DUTRA, 2002, *Kant e Habermas: a reformulação discursiva da moral kantiana*.

²⁵² ALEXY, 2004: 133.

cedimental, a sua concepção de racionalidade será a de uma racionalidade procedimental universalista. Nesse contexto, uma norma será correta somente se puder ser o resultado de um determinado procedimento, que é o procedimento de argumentação fundado na idéia de um discurso racional. Para que um discurso seja racional, ele precisa satisfazer as condições do argumentar prático-racional, que podem ser resumidas em um sistema de regras do discurso. Assim, segundo a teoria do discurso, a razão prática define-se como a faculdade que permite se chegar a juízos práticos que estejam de acordo com este sistema de regras²⁵³. A linguagem será o campo pelo qual transitará esta racionalidade prática, que assumirá a característica dialógico-consensual-comunicativa, que habilitará a razão para a busca da “verdade” no campo teórico e também se legitimará na busca da “correção” de normas e juízos de valor²⁵⁴.

A partir desse conceito amplo de razão, Habermas sustenta que as questões práticas podem ser decididas racionalmente²⁵⁵. Para Habermas, o saber tem uma estrutura proposicional: “as opiniões podem ser expostas explicitamente em forma de enunciados”²⁵⁶. Desse modo, ele desenvolve uma argumentação que o permite demonstrar que a sua teoria é capaz de superar a filosofia da consciência, própria da época iluminista. Contra a “racionalidade cognitivo-instrumental”, que é ligada a um saber guiado por ações teleológicas, no qual o saber proposicional é “manipulado instrumentalmente”²⁵⁷, Habermas oferece o paradigma da “racionalidade comunicativa”, que é um conceito mais amplo do que o da racionalidade instrumental e que converte a linguagem num processo de comunicação intersubjetivo, sem coações²⁵⁸. Nesse processo busca-se o entendimento, que é o processo cooperativo de interpretação que tem por objetivo a convicção intersubjetiva no que concerne a coordenação, motivada por razões, das ações dos participantes dessa interação, ou seja, a obtenção de uma definição da situação que possa ser intersubjetivamente reconhecida. Dentro de uma atuação comunicativa, os sujeitos entendem-se sempre no horizonte do “mundo da vida”, que é formado por “convicções de fundo, mais ou menos difusas, mas sempre aproblemáticas”, nas quais se acumulou o trabalho de interpretação realizado pelas gerações passadas. O mundo da vida ser-

²⁵³ Ibid., 136-7.

²⁵⁴ VIGO, 2003: 206.

²⁵⁵ ATIENZA, 2005: 150.

²⁵⁶ HABERMAS, 1999: 24.

²⁵⁷ Ibid., 29.

²⁵⁸ Ibid., 27.

ve como “contrapeso conservador” para evitar o dissenso que surge em todo processo de entendimento que já esteja em curso²⁵⁹.

Mas além dele conservar o resultado dessas elaborações históricas, ele também é, ao inverso, o meio onde a ação incide sobre o mundo da vida, objetivando a sua reprodução. Neste âmbito inverso, há três componentes estruturais: a *cultura*, a *sociedade* e a *pessoa*. Na cultura encontra-se a provisão do saber que abastece os participantes da comunicação com interpretações quando necessitam se entender sobre algo no mundo. Já na sociedade estão estruturados ordenamentos legítimos nos quais há a regulação do pertencimento dos participantes da comunicação a grupos sociais, o que assegura a solidariedade. E, por fim, na pessoa estão as competências que tornam um sujeito capaz de linguagem e ação, fazendo-o apto a participar de processos de entendimento que os leva a afirmar a sua própria identidade²⁶⁰.

Com este conceito ampliado, o de racionalidade comunicativa, Habermas reconstrói as competências universais comunicativas ligando os “conceitos paradigmáticos” de mundo da vida e de sistema. A racionalização do mundo da vida possibilita uma integração social que é movida pelo processo de comunicação orientado ao entendimento, gerador de coordenadas de ação. Mas essa mesma racionalização, por liberar a ação comunicativa²⁶¹ da obrigatoriedade das prescrições normativas da tradição, abre espaço para o desenvolvimento de novos mecanismos coordenadores da ação, que desligam a ação social dos processos de entendimento²⁶². Estas ações passam a ser coordenadas por dois valores instrumentais: o dinheiro e o poder²⁶³. A racionalidade comunicativa é substituída pela racionalidade estratégica²⁶⁴ e dois subsistemas de ação teleológica são criados: a economia e a política. Estes dois subsistemas se desligam do mundo da vida e acabam desenvolvendo uma racionalidade própria, que independe de processos comunicativos e que têm como *medium* de controle o dinheiro e o poder, o que gera crises no mundo da vida desencadeadas em perda de legitimação e motivação.

²⁵⁹ Ibid., 103-4.

²⁶⁰ HABERMAS, 1987: 196.

²⁶¹ Na ação comunicativa os participantes de uma interação buscam entender-se sobre uma situação de ação para poder assim coordenar de comum acordo seus planos de ação e com eles suas ações (HABERMAS, 1999: 124). Ela se contrapõe à ação estratégica, que é uma ação orientada ao êxito e que se orienta conforme um cálculo de custo/benefício.

²⁶² HABERMAS, 1987: 216 em diante.

²⁶³ Ibid., 241-3.

²⁶⁴ Ibid., 255.

O *medium* do entendimento é a linguagem, pois ela é constitutiva do mundo da vida. A linguagem apresenta dois componentes, um locutório e outro ilocutório. Esta diferenciação permite a Habermas deslocar²⁶⁵ o conceito de verdade do nível semântico, ou seja, do nível da verdade enquanto referida ao sentido das proposições e das normas, ao nível pragmático, no qual a verdade se refere aos atos que se realizam ao se dizer algo – afirmações, promessas, mandatos etc. O componente locutório tem por conteúdo uma proposição, ou seja, o que é dito, o objeto do entendimento. Já o componente ilocutório é usado pelo falante para se referir a algo objetivo, subjetivo ou normativo/social. Estes três mundos referentes são um sistema de coordenadas que todos supõem em comum por meio do qual os contextos da situação podem ser ordenados para que se alcance um acordo acerca do que pode ser tratado, em cada caso, como um fato, como uma vivência subjetiva ou como uma norma válida²⁶⁶.

Os participantes podem fazer afirmações sobre estados de coisas do mundo objetivo, ou seja, constatam que algo é verdadeiro; podem também expressar o seu estado interno de consciência, que se refere ao mundo subjetivo e exige a sinceridade do falante; ou ainda podem questionar as normas de ação do mundo social por meio de atos de fala regulativos. E por último, todo ato de fala exige uma pretensão de inteligibilidade, para que o falante e o ouvinte possam entender-se entre si. Sendo que tanto a moral quanto o direito pertencem, para Habermas, ao mundo social, conseqüentemente as normas jurídicas vão se exprimir em atos de fala regulativos, que pretendem ser retos²⁶⁷.

As ações reguladas por normas encarnam um saber prático-moral. Podem ser questionadas sob o aspecto da retidão. Quando tal pretensão de retidão se torna problemática, pode, como a pretensão de verdade, converter-se em tema e ser examinada discursivamente. Quando se produzem perturbações no uso regulativo da linguagem podem recorrer-se ao discurso prático como forma de prosseguir, com outros meios, a ação consensual. Nas argumentações prático-morais os participantes podem examinar tanto a retidão de uma determinada ação em relação com uma norma dada, como também, em um segundo passo, a retidão de essa norma mesma. Esse saber se transmite em forma de representações morais e jurídicas²⁶⁸.

²⁶⁵ ATIENZA, 2005: 151.

²⁶⁶ HABERMAS, 1999: 103-4.

²⁶⁷ DURÃO, 2005: 6.

²⁶⁸ HABERMAS, 1999: 427.

Quando se trata de uma interação ordinária, estas pretensões de validade são aceitas de forma “mais ou menos ingênua”. Entretanto, quando elas são problematizadas – ou questionadas – se passa do nível da ação comunicativa ao nível do discurso²⁶⁹. Portanto, na teoria do discurso há duas formas diferentes de comunicação, a ação e o discurso. Na ação as condições de validade implícitas nos atos de discurso são reconhecidas tacitamente, sem que se questione a veracidade das afirmações feitas no ato de discurso ou se o estado de coisas que nela se expressa existe. Se surgirem dúvidas, elas serão questionadas no âmbito do discurso, no qual as afirmações sobre a verdade, agora problemáticas, são analisadas em sua justificação²⁷⁰. Quando o falante tem que fornecer razões para fundamentar o fato de que suas asserções são verdadeiras, trata-se de um discurso teórico; e quando o falante tem que dar razões para fundamentar que uma determinada ação é correta, trata-se de um discurso prático²⁷¹.

2.1.4 A argumentação jurídica

Argumentação vem a ser o tipo de fala no qual os participantes poderão tematizar as pretensões de validade que se tornaram duvidosas e as aceitarão ou recusarão por meio de argumentos. A força de um argumento é medida em sua capacidade de motivar os participantes do discurso a aceitar a pretensão de validade em litígio²⁷². Assim, para Habermas, argumentos são razões que resgatam uma pretensão de validade que é resultado de uma motivação racional dos participantes da argumentação, levando-os a aceitar como válidas proposições normativas ou descritivas. Para além de uma simples justificação interna dos juízos do direito, uma teoria da argumentação jurídica fornece uma estrutura para a construção e análise de argumentos, na qual se analisa as “qualidades constitutivas da validade de um juízo” que são procuradas “não apenas na dimensão lógico-semântica da cons-

²⁶⁹ ATIENZA, 2005: 152-3.

²⁷⁰ ALEXY, 2001: 94.

²⁷¹ ATIENZA, 2005: 153.

²⁷² HABERMAS, 1999: 37.

trução de argumentos e da ligação lógica entre proposições, mas também na dimensão pragmática do próprio processo de fundamentação²⁷³.

Habermas mostra que as teorias clássicas da verdade não puderam resolver os problemas associados com o conceito de verdade, e, alternativamente, propõe a sua teoria do consenso. Nela, a verdade das afirmações dependerá do acordo potencial das pessoas envolvidas, o que se contrapõe à teoria da correspondência da verdade, que faz a verdade de uma afirmação depender da existência de fato do estado das coisas às quais a sentença dá expressão. O problema apontado por Habermas nesta teoria é a pergunta acerca do que deve contar como fato, pois eles só existem em dependência de uma representação feita pelas sentenças verdadeiras, ou seja, eles dependem da linguagem. Sendo assim, eles não existem no mundo. Os direitos são uma “construção social que não pode ser hipostasiada em fatos”²⁷⁴. Uma teoria do consenso seria então a melhor maneira de solucionar este problema, fazendo com que ao invés da justificação de uma afirmação depender da verdade do que é afirmado, seja a verdade do que está sendo afirmado dependente da justificação da afirmação, ou, nas palavras de Alexy, “um fato é o que é discursivamente justificável em estados de afirmação”²⁷⁵.

Dentro desta perspectiva, os argumentos possuem uma natureza pragmática que exige a verificação, no momento de se avaliar a sua qualidade, do papel que desempenham no interior do “jogo” da argumentação e de como eles podem contribuir para a solução do problema de se decidir se uma pretensão de validade controvertida deve ser aceita ou não. Assim, quando se dispõe de um conceito de racionalidade procedimental, as propriedades semânticas das razões são complementadas pelo dispositivo do discurso, que é o meio no qual o potencial de motivação racional que as boas razões comportam é atualizado²⁷⁶.

Nesse sentido, “correção” será a aceitabilidade racional que se apóia em argumentos. Por meio de uma fundamentação desenvolvida argumentativamente é que se poderá preencher as condições de validade de um juízo. Dentro desta racionalidade procedimental, não há um “fim natural” no encadeamento dos argumentos. Um argumento “substancial” estará aberto a revisões quando novas informações e melhores argumentos forem encontrados. A argumentação só poderá ser concluí-

²⁷³ Id., 2005: 297.

²⁷⁴ Ibid., 298.

²⁷⁵ ALEXY, 2001: 91-5.

²⁷⁶ HABERMAS, 2005: 299.

da quando os argumentos se encontrarem condensados num “todo coerente” que permite um “acordo não-coercitivo sobre a aceitabilidade da pretensão de validade controvertida”. Os argumentos moverão, num sentido não psicológico, os participantes da argumentação a tomarem uma posição afirmativa. Sob a suposição de um processo interminável de argumentação, os participantes visam a uma meta, uma “linha-limite”, na qual se forma o “acordo racionalmente motivado” que servirá como uma decisão definitiva para aquele momento. As motivações para o acordo se dão com base nos argumentos e informações relevantes que estão disponíveis naquele determinado instante. Com um procedimento aberto à falibilidade, ou seja, que comporta a reversibilidade das perspectivas dos participantes, permite-se um “progresso cumulativo de um processo de aprendizagem”, o qual não se encerra em um dado instante, mas está se desenvolvendo *in the long run*, ou seja, no decurso de uma busca cooperativa da verdade. Esta busca se dá dentro de uma prática guiada por condições ideais de situação de fala que imunizam os falantes contra repressões e desigualdades, para que eles possam tematizar uma pretensão de validade que se fez problemática.

Esta “exigência de levar o indivíduo a sério”²⁷⁷ resguarda um espaço de prática argumentativa que intenta obter, ao se procurar as melhores razões e informações, um “assentimento universal” com relação à controvérsia. O assentimento virá dentro de “uma perspectiva intersubjetivamente ampliada da primeira pessoa do plural” que irá assumir em si, de modo não coercitivo, as perspectivas de compreensão de todos os participantes. Para esta assunção, praticada de forma comum e generalizada, é que se desenvolve uma teoria da argumentação²⁷⁸. Esta teoria não tem o poder de garantir a “bondade” dos argumentos. Parte-se da premissa de que os participantes estão em condições de distinguir as “boas” das “más” razões, ou seja, eles possuem uma “faculdade de juízo” para participarem da argumentação. Mas isto não significa que eles não poderão participar do procedimento argumentativo se não possuírem tal condição ideal²⁷⁹.

O procedimento da argumentação é guiado pelas regras do discurso, que podem ser classificadas dentro de dois grupos, segundo Alexy²⁸⁰: o das regras que se referem diretamente à estrutura dos argumentos e o das regras cujo

²⁷⁷ ALEXY, 2004: 141.

²⁷⁸ HABERMAS, 2005: 297-300.

²⁷⁹ ALEXY, 2004: 139-40.

²⁸⁰ *Ibid.*, 137-8.

objeto imediato é o procedimento do discurso. As do primeiro grupo podem ser dos tipos seguintes: regras de não contradição, regras que garantem a universalidade no sentido de um uso coerente dos predicados utilizados, as que garantem uma clareza linguístico-conceitual, a verdade das premissas empíricas utilizadas, a completude dedutiva dos argumentos, a consideração das conseqüências, ponderações, entre outras. O segundo grupo de regras é acrescentado a este, pois uma teoria do discurso não pode se limitar somente a uma criação de consenso. Neste grupo, se inserem regras que se referem ao próprio procedimento do discurso, que objetivam assegurar a imparcialidade da argumentação prática e, conseqüentemente, a formação prática de juízos que nela se baseia. Alexy elenca as mais importantes regras que expressam o caráter universalista da concepção teórico-discursiva da racionalidade prática:

1. Todo falante pode participar no discurso;
2. (a) Todos podem questionar qualquer asserção;
(b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso;
(c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades;
3. Nenhum falante pode ser impedido através de uma coação dentro ou fora do discurso de exercer os direitos estabelecidos em (1) e (2).

Desse modo, se estas regras são válidas, vale também a condição de aprovação universal:

Uma norma pode encontrar aprovação universal em um discurso somente se as conseqüências de seu cumprimento geral para a satisfação dos interesses de cada indivíduo podem ser aceitas por todos sob a base de argumentos²⁸¹.

Esta perspectiva de uma suposta aprovação universal recupera, segundo Habermas, a norma fundamental de Dworkin, a de igual consideração e respeito²⁸², que será tratada mais adiante.

²⁸¹ Ibid., 138.

²⁸² HABERMAS, 2005: 302.

2.1.5 A única decisão correta como uma idéia regulativa

A teoria do discurso, segundo Alexy²⁸³, alcança importância prática somente se estiver inserida em uma teoria do direito, pois das regras criadas pelo discurso não se pode extrair motivações que levem os participantes a cumpri-las. Por isto há a necessidade de regras dotadas de sanção que só podem existir dentro de um sistema de direito. Além disso, Alexy também aponta o fato de que o sistema de regras da teoria do discurso não oferece um procedimento que permita obter em todas as ocasiões um exato resultado. Portanto, ela não é uma “teoria de decisão definida”²⁸⁴. Nela não se busca aquilo que é correto, mas um procedimento de argumentação que proporcione condições de se chegar ao melhor resultado²⁸⁵. Por isto o processo judicial seria o meio apto a fechar esta “lacuna de racionalidade”²⁸⁶, sendo razoável se recorrer a procedimentos que limitem o alcance, de um modo racional, do que é discursivamente possível. Assim, “o caráter ideal da teoria do discurso implica a necessidade do direito”²⁸⁷. Segundo o autor, os motivos para a necessidade de um discurso de tipo especial seriam:

- (a) As regras do discurso não contêm determinação alguma a respeito dos pontos de partida do procedimento. Os pontos de partida são as respectivamente existentes convicções normativas e as interpretações dos interesses dos participantes;
- (b) As regras do discurso não prescrevem todos os passos da argumentação;
- (c) Uma série de regras do discurso é realizável somente aproximadamente²⁸⁸.

Segundo Vigo, na perspectiva de Alexy as instituições jurídicas estão sob exigências morais e não se desvinculam totalmente destas. Pelo contrário, elas servem para suprir as deficiências e conservar o ideal de se chegar a uma resposta correta, mesmo diante das limitações e imperfeições da realidade. Todo o ob-

²⁸³ ALEXY, 2004: 150-1.

²⁸⁴ Dentro da teoria de Alexy é possível que duas soluções contraditórias sejam ambas corretas. Por isto, Atienza afirma que Alexy leva em conta o fenômeno do dissenso, sendo que este é menos tolerável no direito do que em outras instituições sociais, o que leva Alexy a justificar discursivamente o direito (ATIENZA, 2005: 186).

²⁸⁵ ALEXY, 2003: 165.

²⁸⁶ ATIENZA, 2005: 164.

²⁸⁷ ALEXY, 2003: 167.

²⁸⁸ Id., 1988: 151.

jetivo de Alexy é o de criar um sistema jurídico estruturado no sentido de “assegurar o máximo possível as exigências da razão prática”, requerendo a moral para a justificação do direito²⁸⁹. Desse modo, apesar da teoria do discurso não poder conduzir em todos os casos a uma única decisão correta, Alexy acredita que sob uma suposição ideal é possível uma única decisão correta para cada caso²⁹⁰. Independentemente de existir ou não essa possibilidade, os participantes de um discurso devem acreditar que a sua resposta é a única correta. Desse modo, a idéia de única resposta é uma idéia regulativa.

A idéia regulativa da única resposta correta não pressupõe que exista para cada caso uma única resposta correta. Só pressupõe que em alguns casos se pode dar uma única resposta correta e que não se sabe em que casos é assim, de maneira que vale a pena procurar encontrar em cada caso a única resposta correta. As respostas encontradas, neste intento, sobre a base do nível da regra e dos princípios, de acordo com os critérios da argumentação jurídica racional, que incluem os da argumentação prática geral, também respondem, mesmo não sendo as únicas respostas corretas, às exigências da razão prática e, neste sentido, são ao menos relativamente corretas²⁹¹.

Com a teoria do discurso, Alexy pode dar conta de justificar uma teoria moral procedimental que formula regras ou condições da argumentação prática racional. O sistema de regras e princípios do discurso assegurará a racionalidade da argumentação e seus resultados, e é baseado em postulados de racionalidade prática procedimental de caráter ideal. Todavia, sob condições reais, estes postulados são realizados de maneira aproximativa e por isto, para Alexy, não se pode ter uma certeza absoluta em todos os casos. A razão prática, desse modo, é efetivada de modo aproximado e somente garante uma correção relativa. Os três níveis do sistema de direito de Alexy, ou seja, as regras, os princípios e o discurso, proporcionam uma contribuição necessária para a racionalidade do sistema jurídico e as deficiências que eles apresentam são compensadas reciprocamente²⁹².

²⁸⁹ VIGO, 2003: 216-7.

²⁹⁰ Atienza acredita que as regras do discurso jurídico elaboradas por Alexy não podem servir como critérios para a solução dos casos difíceis (ATIENZA, 2005: 198-9).

²⁹¹ ALEXY, 1988: 151.

²⁹² Id., 2004: 175-6.

2.1.6 A tese do caso especial

Ao se assumir a distinção entre regras e princípios no direito, inevitavelmente se assume também que o sistema jurídico combinará a subsunção com a ponderação. Conseqüentemente, o discurso jurídico estará determinado por estruturas que são as mesmas que a do discurso prático geral. Por esta razão, o discurso jurídico não pode ser concebido como um “âmbito com direito próprio, separado e distinto de outros âmbitos da razão”²⁹³.

Por trás desta questão da tese do caso especial está a relação entre direito e moral. Segundo o próprio Alexy, a sua teoria não separa direito e moral. Ao assumir esse viés não positivista, o autor tenta resolver algumas questões problemáticas do direito incluindo nele a moral. Quando se está diante de um caso difícil e não se possui razões autoritativas para a decisão, a moral, enquanto inserida no direito, participa na justificação desta decisão judicial, ajudando a realizar a pretensão de correção dentro do marco institucional do direito. Um outro aspecto que a moral inserida no direito pretende resolver é a questão dos limites do direito. Neste ponto, o argumento da injustiça, que não considera como direito a injustiça extrema, resolve-se pelo apelo a razões morais, estabelecendo assim uma relação necessária entre o direito e a justiça. Mas, por outro lado, a inclusão da moral no direito acaba gerando alguns problemas que só são resolvidos quando se tem uma estrutura autoritativa e institucionalizada do direito. Os debates morais tendem a ser intermináveis e indeterminados e na vida social é difícil se alcançar um consenso mediante o discurso. Por razões de necessidade prática, é imprescindível que se chegue a uma decisão com relação às questões debatidas. Um outro problema a ser resolvido é o de se o conhecimento moral – ou a justificação moral – pode existir de alguma maneira. Mediante a incorporação da moral pela via da pretensão de correção, o direito poderia resolver este problema do conhecimento e da justificação moral²⁹⁴.

O discurso prático geral é limitado por algumas razões: as regras de racionalidade não podem ser cumpridas de forma integral, nem todos os passos da argumentação são passos fixos e as pré-concepções em que se baseiam os discursos são mutáveis. Diante disto, não há a garantia de que a concordância seja alcan-

²⁹³ Id., 2003: 154.

²⁹⁴ Ibid., 157-9.

çada em todos os assuntos e nem se pode afirmar que o acordo obtido é final e irreversível. Os limites do discurso prático geral, desse modo, demonstram a necessidade de um discurso complementar, o que justifica a criação de um discurso de tipo jurídico²⁹⁵ que terá como base o discurso prático geral, mas que a ele não se identifica em todo ou a ele se reduz²⁹⁶. O discurso jurídico será, então, um caso especial²⁹⁷ do discurso prático geral pelos seguintes motivos:

- (a) as discussões jurídicas se preocupam com questões práticas, isto é, com o que deve ou não ser feito ou deixado de fazer;
- (b) essas questões são discutidas com a exigência de correção;
- (c) e são “um caso especial” por acontecerem sob limites do tipo descrito²⁹⁸.

Tanto a exigência de correção quanto a estrutura das regras e formas são pontos de correspondência entre o discurso jurídico e o discurso prático. A exigência de correção dos discursos jurídicos é distinta da que está presente nos discursos práticos gerais. Enquanto nesta há a exigência de que a afirmação seja absolutamente racional, no discurso jurídico a exigência de correção pode ser racional apenas no contexto da ordem jurídica em vigor. A racionalidade da argumentação jurídica vai ser relativa à racionalidade da legislação²⁹⁹. Assim, a argumentação jurídica, de modo geral, é caracterizada por se relacionar com a lei válida e, por isto, nem todas as questões estão abertas ao debate, pois as discussões ocorrem com limitações³⁰⁰.

Portanto, embora o discurso jurídico ocorra em condições especiais e venha em socorro do discurso prático geral, a sua insuficiência não é eliminada por completo. Um procedimento que elimine a incerteza não é possível. Mas o fato de a certeza não ser atingível não nega o caráter científico da jurisprudência ou a sua natureza de atividade racional. O caráter racional da jurisprudência advém da sua conformidade às condições, critérios ou regras constitutivas do caráter racional do discurso jurídico. Este discurso deve estar de acordo com as regras que a argumen-

²⁹⁵ Id., 2001: 200-1.

²⁹⁶ Ibid., 271.

²⁹⁷ Atienza destaca que David Richards acusa Alexy de ter separado demasiadamente o discurso jurídico e o discurso prático geral. Para Richards, o discurso jurídico não teria que partir dos materiais jurídicos dados. Nele a razão prática tem um papel central e não é independente de tais materiais (ATIENZA, 2005: 183-4).

²⁹⁸ ALEXY, 2001: 212.

²⁹⁹ Ibid., 269.

³⁰⁰ Ibid., 212-3.

tação tem de seguir e com as formas que a argumentação tem que assumir enquanto argumentação jurídica racional. Assim, o resultado do discurso jurídico pode ser chamado de “correto”. As incertezas que podem ocorrer no discurso prático geral e também, mesmo que de modo diminuído, no discurso jurídico não inabilitam a teoria do discurso a operar como critério de correção. Além do mais, excetuando-se o âmbito do discursivamente necessário, um julgamento quanto à correção de uma decisão será sempre provisório e aberto à contestação. Em resumo, a teoria do discurso possibilita um critério específico que garante a “racionalidade dos procedimentos de tomada de decisão, bem como para as decisões geradas por eles”, oferecendo uma maior chance de se chegar “a uma decisão que também seria o resultado em condições ideais”³⁰¹.

2.2 JUSTIFICAÇÃO E APLICAÇÃO: A PROPOSTA DE KLAUS GÜNTHER

Seguindo a mesma linha de investigação da teoria da argumentação jurídica, Günther preocupa-se em dar uma resposta “cabal e articulada”³⁰² à necessidade de se completar dos discursos de fundamentação por meio da consideração contextualizada própria dos discursos de aplicação. Para a garantia da correção de um juízo singular, um princípio distinto do princípio de universalização, que rege os discursos de fundamentação, deve ser introduzido. É por isto que Günther dedica-se a demonstrar qual o “sentido” da adequação na aplicação, ou seja, de que forma deve ser feito o trânsito da teoria à prática.

2.2.1 A crítica de Günther a Alexy

Günther sintetiza a tese do caso especial de Alexy da seguinte maneira. O problema da insegurança resultante da não possibilidade de sempre se chegar a um resultado certo fundamentado racionalmente é resolvido situando o dis-

³⁰¹ Ibid., 272-3.

³⁰² VELASCO, 2000: 128.

curso jurídico no marco de um ordenamento jurídico vigente. O “espaço de insegurança” se instala quando se contrasta o discurso com a necessidade fática de decidir. Esta necessidade é derivada de fatores que não pertencem à estrutura do discurso, como a escassez de tempo, o estado incompleto do saber e a dupla contingência. Assim, por meio de uma “restrição institucional”, a “necessidade de decisão” é satisfeita por um “procedimento que limite o espaço do possível discursivamente da maneira mais racional possível”, no qual as decisões são tomadas sob condições crescentemente restritivas. Apesar destas diferenças, Alexy ressalta que o discurso jurídico também se guia por uma pretensão de correção e preserva alguns dos princípios, regras e formas da argumentação do discurso prático geral, o que mostra que há entre ambos os tipos de discurso uma coincidência parcial e estrutural. Por estes motivos, Alexy acredita que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral.

Diante desta tese do caso especial, Günther levanta duas críticas a Alexy com o objetivo de demonstrar que a argumentação jurídica é, na verdade, um caso especial do discurso prático moral de aplicação, e não simplesmente do discurso prático geral, como queria Alexy. Num primeiro momento, Günther ataca a idéia de que a pretensão de correção, no sentido da ética discursiva, é característica dos discursos jurídicos.

Para Alexy³⁰³, a pretensão de correção dos discursos jurídicos não exige que a afirmação normativa proposta seja absolutamente racional, mas somente que elas possam ser racionalmente justificadas no contexto da ordem jurídica vigente. Günther então ressalta que, ao contrário disto, a pretensão de correção prática, no sentido da ética discursiva, se refere à validade de uma norma ou ao seu reconhecimento geral. Uma fundamentação racional que se funda no marco de um ordenamento jurídico vigente não pode ser uma fundamentação de validade, pois a argumentação jurídica pressupõe a validade das normas ou do ordenamento jurídico em sua totalidade. Em decorrência, os argumentos jurídicos não podem formular uma pretensão de validade em relação a uma norma polêmica. Se pudessem, o discurso seria referente a interpretações e não a normas e seria sem sentido “fundamentar a correção prática da interpretação de uma norma prática correta”. Por Alexy reconstruir a lógica da argumentação jurídica com base no modelo do discurso de

³⁰³ ALEXY, 2001: 213.

fundamentação, ele corre o risco de apagar a distinção que há entre a norma e suas interpretações. O outro problema que Günther levanta e que tem relação com essa reconstrução sobre a base do modelo do discurso de fundamentação é que as regras e formas que estão presentes no discurso prático geral não se cumprem no discurso jurídico – como queria Alexy ao afirmar uma coincidência estrutural de regras e formas de ambas classes de discursos – pois não atendem aos requisitos do princípio de universalização – que é a única regra que caracteriza o discurso de fundamentação³⁰⁴ –, nem no âmbito da justificação interna, nem no da externa, em decorrência das restrições específicas do direito em relação ao discurso prático geral. Não atendendo a tais requisitos o discurso jurídico padece de discursividade, restando-lhe somente uma estrutura monológica. Günther destaca que mesmo algumas regras e normas do discurso jurídico figurem também no discurso prático, não se encontra aí uma “coincidência de classe” que permita qualificar o discurso jurídico como um “caso especial”³⁰⁵:

Se o princípio da universalização da ética discursiva não só é necessário, mas também suficiente para o pertencimento de um tipo de argumentação ao discurso prático geral, o discurso jurídico não pode tratar-se de um caso especial, porque a única regra que constitui o discurso de fundamentação como tal não existe no discurso jurídico, e tampouco pode existir³⁰⁶.

Diante destas insuficiências levantadas contra a teoria de Alexy, Günther propõe que elas sejam resolvidas considerando o discurso jurídico como um caso especial do discurso moral de aplicação, nos quais já se pressupõe as normas como válidas. Assim, não se trata de uma restrição do discurso prático geral, porque não se trata da validade das normas, mas sim de uma restrição que se encontra em outro nível, ou seja, no nível dos discursos jurídicos de aplicação, que devem produzir decisões em “condições de tempo escasso e de saber incompleto”³⁰⁷. Assim, o discurso de aplicação não se caracteriza pela existência de uma pretensão de correção, pois a correção – ou validade – das normas são pressupostas. O que ele exigirá

³⁰⁴ ATIENZA, 2005: 196.

³⁰⁵ GÜNTHER, 1995: 296-300.

³⁰⁶ Ibid., 300.

³⁰⁷ Ibid.

é que a aplicação das normas seja apropriada, ou seja, que leve em conta, de forma imparcial, todas as circunstâncias do caso³⁰⁸.

2.2.2 A teoria do direito de Günther

Seguindo a teoria discursiva do direito, Günther parte do ideal de uma norma perfeita para fundamentar a necessidade da diferenciação entre fundamentação e aplicação das normas, ou seja, de que as razões de ações contêm não apenas uma dimensão de validade, mas também uma dimensão de aplicação, justificando, por meio do princípio da interpretação coerente, a pretensão de uma aplicação adequada de uma norma válida.

Na proposta de Günther o princípio de universalização servirá para reformular as teses do imperativo categórico de Kant, adaptando-o às inovações trazidas pela virada lingüístico-pragmática e tendo por base a ética do discurso, que desvincula o agir ético de uma determinação monológica das prescrições de condutas. Segundo a formulação de Habermas, o princípio de universalização é o que requer, para que uma norma seja válida, a aceitabilidade, por parte de todos os envolvidos, das conseqüências e dos efeitos colaterais advindos do cumprimento dessa norma. Em um primeiro momento, esse princípio parece pressupor a consideração de todas as situações de aplicação no momento de fundamentação das normas. Mas Günther, ao distinguir entre fundamentação e aplicação, sugere duas versões do princípio de universalização, das quais a versão mais “fraca” permite-lhe descrever o momento de aplicação de uma norma como um complemento ao procedimento de fundamentação, que não necessitaria, nesse caso, fundamentar uma norma referindo-se às situações de sua aplicação³⁰⁹.

Toda norma contém uma referência situacional, por mínima que seja. Cada norma refere-se, pelo seu simples conteúdo semântico, a situações, ou, mais precisamente, ostenta sinais de descrição de uma situação³¹⁰. Hare sustenta que o princípio de universalização semântico é o critério de justificação da norma.

³⁰⁸ ATIENZA, 2005: 196.

³⁰⁹ GÜNTHER, 2004: 35-37.

³¹⁰ Ibid., 39-40.

Por meio dele a identidade (semântica) entre a “situação de aplicação descrita na norma e a situação de aplicação do caso concreto justifica as conseqüências prescritas na norma”. Neste aspecto, a transição entre a situação de aplicação descrita na norma e as conseqüências previstas na mesma tem um caráter empírico³¹¹. Hare, ao fazer tal interpretação, liga a avaliação da qualidade moral de uma norma a uma “comparação entre diversas situações e características situacionais, que fazem parte de sua extensão semântica”³¹².

No caso, a hipótese da norma deve ser aplicada “em situações que sejam diferentes, mas suficientemente semelhantes”³¹³, e a fundamentabilidade da norma se encontra na sua submissão a um procedimento hipotético de teste “consistente em examinar se aceitaríamos esta mesma norma também em outras situações”³¹⁴. Para Günther, esta interpretação dá a impressão de que, com a fundamentação, resolve-se igualmente o problema da aplicação. Além disto, o autor aponta a existência de um problema de limite cognitivo concernente ao exame da situação na perspectiva do outro implicado, que acaba se transformando num “teste egocêntrico”³¹⁵. Como alternativa a esta interpretação semântica, Günther sustenta que, por meio de uma interpretação discursiva do princípio da universalidade, a transição entre a situação de aplicação descrita na norma e as conseqüências previstas na mesma é de caráter normativo³¹⁶. Assim, o sentido pleno do princípio de universalização “só se exaure quando uma norma proposta pode ser aceita conjuntamente por todos, a partir da perspectiva de cada um individualmente”. Em conseqüência, a formulação de Hare a este princípio deixa-o sem o *status* de princípio moral, sendo relevante apenas na sua aplicação a discursos³¹⁷.

Günther busca subsídio na ética do discurso de Habermas para afirmar que o princípio moral de que as normas podem ser universalizadas por meio do princípio de universalização exige que “todos se coloquem mutuamente na posição da respectiva alteridade e avaliem, em conjunto, se a norma corresponde ao interesse comum”. Essa dimensão dialógica do princípio de universalização, em que todos fariam a aplicação em conjunto, exclui uma aplicação monológica do princípio

³¹¹ SORIANO, 1998: 194.

³¹² GÜNTHER, 2004: 49.

³¹³ Ibid., 37.

³¹⁴ Ibid., 43.

³¹⁵ Ibid., 49.

³¹⁶ SORIANO, 1998: 194.

³¹⁷ GÜNTHER, 2004: 50.

e requer a execução de uma argumentação prática em forma de um discurso³¹⁸. No lugar da validade de uma norma depender de critérios isentos de interesses, “fixados em uma generalidade supra-objetiva e definida especificamente de um modo qualquer”, importa ao princípio de universalização o interesse de cada indivíduo. A partir da multiplicidade de diversos interesses, que podem conflitar entre si, torna-se necessária a constituição de um interesse comum. Quando se contrapõem os interesses de cada indivíduo e a aceitação em conjunto por todos os indivíduos, garante-se que os interesses da maioria ou de um determinado grupo não sejam decisivos. O que se pede é que cada um dos indivíduos coloque-se na perspectiva dos demais, para que se tenha conhecimento do interesse de cada um, encontrando-se então o interesse comum. Por este motivo, o princípio de universalização não pode ser aplicado monologicamente³¹⁹.

Numa interpretação extensiva do princípio da universalização, uma norma só seria considerada na situação específica em que fosse possível sua aplicação, referindo-se a isto todos os interesses dos indivíduos. Nesse sentido, o problema da aplicação estaria solucionado, pois decide-se que a norma é válida – que pode ser aceita por todos os afetados, por ser do interesse comum de todos – e que ela é adequada nas situações individuais passíveis de sua aplicação³²⁰. Diante desta interpretação, Günther propõe a seguinte “versão forte” do princípio de universalização, que explicita a idéia de imparcialidade de forma completa³²¹:

Uma norma é válida e, em qualquer hipótese, adequada, se em cada situação especial as conseqüências e os efeitos colaterais da observância geral desta norma puderem ser aceitos por todos, e considerados os interesses de cada um individualmente³²².

As condições ideais da fundamentação discursiva de normas válidas estão na base do ideal de uma norma perfeita. Para que uma norma seja válida ela deve ser a expressão de um interesse geral de ser seguida, que decorre da consideração recíproca dos interesses de cada um dos afetados pela incidência dessa norma. A reciprocidade apóia-se na força da convicção das razões apresentadas para a aprovação da norma, exigindo o cumprimento de determinadas condições ideais de

³¹⁸ Ibid., 50-1.

³¹⁹ Ibid., 63.

³²⁰ Ibid., 63-4.

³²¹ Id., 1995: 37.

³²² Id., 2004: 65.

argumentação para que se assegure uma motivação fundamentada somente na força dessas razões. Tais condições são baseadas em regras de consistência semântica e lógica, e também em regras que ordenam a participação livre e igual de todos os afetados. Se essas condições são atendidas, pode-se falar que houve um “consenso motivado racionalmente de modo não coativo”³²³. Para que os participantes do discurso possam prever as conseqüências e efeitos do seguimento da norma, eles têm que fazer uma descrição completa das implicações da aplicação desta norma. Isso só será possível, segundo Günther, se eles dispuserem de um “saber ilimitado e de um tempo infinito”. Uma norma assim fundamentada seria perfeita (*perfect*):

[A norma perfeita]... poderia regular sua própria aplicação, porque todas suas possíveis aplicações individuais teriam sido tema do discurso e a adequação de sua aplicação pertenceria ao significado de sua validade. Qualquer situação individual, na qual o interesse de um indivíduo pudesse ser afetado pelo seguimento geral de uma norma concreta, já teria sido considerada no discurso de fundamentação. Os participantes no discurso teriam a certeza de que não haveria nenhuma situação na qual o seguimento da norma lesionaria um interesse generalizável³²⁴.

Apesar do ideal de norma perfeita ser um requisito suposto, satisfeito de modo contrafático, ele é problemático no âmbito da aplicação das normas por exigir que os participantes disponham de um saber e tempo ilimitados e que cumpram com as restantes condições idealizantes da argumentação. Assim, Günther defende a tese de que a fundamentação imparcial da validade de uma norma é diferente da aplicação imparcial a um caso particular, por acreditar ser irrealista a necessidade de se prever todas as colisões possíveis de interesses em todos os casos particulares³²⁵.

A crítica de Günther volta-se contra a versão forte do princípio de universalização por acreditá-la muito ideal, pois exige uma condição em que “conseguiremos prever todas as situações nas quais a norma for aplicável. Tal condição requer um saber que abranja todos os casos de aplicação de uma norma, coincidindo o “juízo sobre a validade da norma com o juízo sobre a adequação”, saber este que não se encontra disponível. Segundo o autor, Habermas chamou a atenção pa-

³²³ Id., 1995: 278.

³²⁴ Ibid., 279.

³²⁵ Ibid.

ra uma versão mais fraca deste princípio, onde as conseqüências e os efeitos considerados serão somente aqueles que “previsivelmente resultarem da observância geral da norma”. A aplicação fica condicionada ao conhecimento que se pode auferir no momento dado. Não podemos prever todos os interesses dos possivelmente afetados, em todas as situações de aplicação, mas só tomamos conhecimento de nossos próprios interesses conforme forem interpretados no momento atual. Mas qualquer pessoa cujo interesse for possivelmente afetado pela aplicação da norma poderá participar do procedimento de validação, que não se refere a todas as situações previsíveis, mas sim “às conseqüências e aos efeitos colaterais previsíveis no momento atual”, relevantes para os interesses atuais de cada indivíduo possivelmente afetado³²⁶. Diante desta ponderação de Habermas, Günther sugeriu uma “versão fraca” do princípio de universalização:

Uma norma é válida se as conseqüências e os efeitos colaterais de sua observância puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, conforme os interesses de cada um, individualmente³²⁷.

Nesta versão não se perquire exatamente quais características são relevantes para os interesses de todos os afetados no momento da aplicação, o que gera o risco de se perder o sentido de imparcialidade. Mas o sentido de validade de uma norma pode ser resgatado em duas direções: por um lado, uma norma é válida se os interesses de todos os afetados é supostamente observado em todas as situações; por outro, a norma adequada para a aplicação pode ser aceita por todos os afetados em diferentes circunstâncias. Na fundamentação importará somente a norma, sem a questão da aplicação em cada situação específica. Ao contrário, na aplicação o que importa é a adequação a todas as características da situação. Só que não são todas as situações que devem ser consideradas, pois o necessário é que em uma única situação sejam examinadas todas as características. Por isso, a adequação pressupõe uma restrição da versão forte do princípio de universalização, na qual “a decisão a respeito da validade de uma norma não implica qualquer decisão a respeito de sua adequação em uma situação, e vice-versa”³²⁸. Isto justifica uma ver-

³²⁶ Id., 2004: 66-7.

³²⁷ Ibid., 67.

³²⁸ Ibid., 68-71.

são mais fraca, que se complementa por um discurso de aplicação, com o fim de esgotar o sentido pleno da idéia de imparcialidade³²⁹.

É necessário destacar que, para Günther, não é possível abdicar da razão prática na análise dos casos de conflito moral e jurídico³³⁰. Nesse sentido, os discursos de aplicação também estão inseridos no âmbito da razão prática, o que leva Günther a empenhar-se em mostrar “se e de que modo a aplicação de normas é possível como discurso”³³¹. Essa tarefa é baseada em uma “lógica da argumentação de adequação”³³² que demonstrará com quais meios argumentativos uma descrição completa da situação será aproveitada para a resolução dos casos de colisão.

*

Em algumas situações há normas generalizáveis que podem colidir com outros interesses generalizáveis, ou seja, normas generalizáveis podem colidir entre si quando, em razão das circunstâncias do caso, somente se puder cumprir uma delas. Se pegarmos como exemplo duas normas como: (N1) *Deve-se manter as promessas*; (N2) *Deve-se ajudar àqueles que se encontram em caso de necessidade*; verificaremos que, mesmo havendo a possibilidade de colisão no âmbito da aplicação destas normas – como no caso específico demonstrado por Günther de alguém prometer ir a uma festa, mas ser chamado a prestar auxílio a um amigo que se encontra em uma situação de socorro – ambas podem ser generalizadas e a validade de uma não exclui a validade de outra. Assim, uma possível colisão não é relevante para argumentar sobre a validade das normas elencadas. No exemplo dado, reconhece-se a validade tanto do preceito de prestar ajuda quanto de manter as promessas, mesmo que existam situações de colisão. Desse modo, pode-se argumentar que nem em todas as situações em que a ajuda seja solicitada deve-se cumprir ao mesmo tempo uma promessa, e nem em toda situação na qual prometemos algo estamos obrigados concomitantemente a prestar ajuda. E também podemos afirmar que os necessitados de ajuda têm um interesse em que sejam mantidas as promessas e vice-versa. Günther chama esse caso de colisão como “colisão externa”, por somente ser identificada em situações de aplicação. Mas, por outro lado,

³²⁹ Ibid., 75.

³³⁰ Ibid., 19.

³³¹ Ibid., 75.

³³² Ibid., 335.

pode haver casos em que uma das normas lesiona um interesse generalizável, o que afetaria a validade da norma. Se uma norma como (N3) *sempre que te proporcione uma vantagem, está permitido não manter uma promessa* for seguida, então nos casos de colisão somente uma norma será generalizável, lesionando os interesses dos outros afetados, independentemente da situação de aplicação. Desse modo, em qualquer situação um interesse comum será lesionado, pois só se poderá generalizar um dos dois interesses que colisionam entre si, por meio de uma “decisão excludente”. Este segundo caso é chamado por Günther de “colisão interna”, porque neste caso as colisões são identificadas independentemente das situações de aplicação³³³.

Feita esta diferenciação entre colisões externas e colisões internas, Günther³³⁴ delimita o conceito de validade das normas somente à “reciprocidade da consideração de interesses sob condições que se mantêm iguais”, retirando deste conceito a adequação da aplicação da norma sob qualquer circunstância. A exigência de se considerar todas as circunstâncias de cada situação³³⁵ é dividida em duas etapas. Se a validade de uma norma depende apenas de um seguimento geral da norma sob as circunstâncias que são de interesse comum, então é importante que as descrições da situação limitem-se somente a estas circunstâncias. Sendo assim, numa primeira etapa, para a averiguação da validade não é necessária uma descrição completa das situações. Deixa-se para uma segunda etapa a descrição íntegra da situação, a qual considerará as suas circunstâncias variáveis, liberando o conceito de validade de adequar a aplicação de uma norma sob qualquer circunstância. Em conseqüência, as normas válidas só serão aplicáveis *prima facie*³³⁶ a uma determinada situação que ainda não foi prevista no processo de fundamentação³³⁷.

Na aplicação destas normas *prima facie* há a complementação das circunstâncias que se mantêm iguais pela consideração das circunstâncias variáveis em cada situação por meio de um discurso de tipo especial, denominado de “discurso de aplicação”. Em vez de se questionar acerca da validade de uma norma, o par-

³³³ Id., 1995: 279-82.

³³⁴ Id., 1995: 282-4.

³³⁵ Esta exigência de se considerar as circunstâncias de um caso concreto não diz respeito aos elementos fáticos, mas aos *morais*, ou seja, aos aspectos que por um ponto de vista moral se destacam para a descrição do caso concreto (SORIANO, 1998: 200).

³³⁶ Normas de aplicabilidade *prima facie* são aquelas que mandam fazer algo apenas por meio de uma suposição genérica e estão em contraposição àquelas que mandam fazer algo de modo absoluto ou definitivo (GÜNTHER, 2004: 305).

³³⁷ HABERMAS, 2005: 288.

ticipante se preocupa com a sua “referência à situação”³³⁸, por meio de uma “recontextualização” da norma válida, à luz de um interesse comum, com a “consideração adequada de todos os sinais característicos especiais de qualquer situação nova que surja no espaço e no tempo” ao momento de serem aplicadas³³⁹. A atividade de aplicação seria, portanto, aquela que se volta para a solução de um conflito de normas válidas por meio da descrição de um caso concreto, em seus aspectos relevantes, com o objetivo de determinar qual das normas em conflito é a adequada ao caso. Nesse sentido, justificação e aplicação são “duas formas discursivas complementárias”³⁴⁰, pois, conforme aponta Habermas, a validade das normas, por si só, não garante a justiça no caso particular³⁴¹.

De forma sintética, Soriano resume a lógica do discurso de aplicação em três fases: (a) na primeira há a exigência de que as proposições que descrevem uma situação sejam verdadeiras; (b) na segunda, deve haver a completa descrição da situação e a justificação da eleição de alguns aspectos em detrimento de outros; (c) e na terceira exige-se a consistência semântica, ou seja, a coincidência entre a situação contida na norma e a situação de aplicação descrita³⁴².

A descrição completa da situação é submetida a um “esgotamento normativo”³⁴³, no qual todas as razões *prima facie* relevantes são destacadas para que se chegue às razões definitivas para o caso, fundadas nos argumentos levantados no momento de se adequar a aplicação das normas. Desse modo, esta descrição completa opera como uma “força heliotrópica”³⁴⁴ capaz de atrair a norma adequada para a resolução do caso, fechando a “lacuna” que ficou aberta no processo de fundamentação imparcial devido à imprevisibilidade das situações futuras³⁴⁵. Pressupõe-se que a validade das normas *prima facie* é estabelecida pelo compartilhamento de um “conjunto determinado de razões normativas válidas” dado de antemão:

³³⁸ GÜNTHER, 1995: 287.

³³⁹ Id., 2004: 79.

³⁴⁰ SORIANO, 1998: 198-9.

³⁴¹ HABERMAS, 2005: 288.

³⁴² SORIANO, 1998: 200-1.

³⁴³ GÜNTHER, 2004: 348.

³⁴⁴ DUTRA, 2006a: 25.

³⁴⁵ HABERMAS, 2005: 288.

[os participantes]... já estão seguros de sua reconhecibilidade e estão de acordo com o que querem ou não querem desde o ponto de vista racional sob a consideração de circunstâncias que permanecem iguais. Ao dispor do mesmo sistema de regras válidas, examinam implicitamente que razões devem ser pressupostas como válidas em um discurso de aplicação e, portanto, consideradas como normas aplicáveis *prima facie* [...] ³⁴⁶.

Com a introdução da reserva *prima facie*, um juízo particular não se torna justificável somente com a invocação da aplicabilidade de uma norma válida. Deve-se também mostrar que há compatibilidade desta norma com todas as outras normas aplicáveis *prima facie* em dada situação, cabendo aos participantes do discurso o dever de fundamentar uma restrição ou suspensão de uma razão válida que seria aplicável ao caso, pois em cada situação há várias normas de aplicação *prima facie* válidas, mas só uma é justificada como adequada ³⁴⁷.

Portanto, aquele que propõe que uma norma é aplicável *prima facie* não está defendendo a sua validade, mas a adequação de sua aplicação a um juízo particular. A contestação feita pelo oponente não recairá sobre a razão normativa dessa norma, mas sim sobre a sua “força em apoio de um juízo particular” ³⁴⁸. Essa argumentação a respeito da adequação é feita a partir de uma “descrição completa da situação”, permitidora de uma “atuação seletiva”, que elege determinados pontos da situação como relevantes frente a outros sob a base de uma “tematização” que possibilita a visão de quais normas colidem umas com as outras numa situação de aplicação ³⁴⁹.

A colisão de normas ocorre justamente porque somos obrigados a examinar todos os aspectos de uma situação. Neste sentido, é necessário que a colisão seja resolvida por meio de regras que estabeleçam, entre as normas que estão em colisão, uma espécie de “relação de consideração” ³⁵⁰. Assim, é no discurso de aplicação que ocorre o problema de colisão, pois ao serem examinadas todas as circunstâncias de uma situação as normas poderão colidir, demonstrando que a coli-

³⁴⁶ GÜNTHER, 1995: 286-7.

³⁴⁷ Ibid., 284-5.

³⁴⁸ Ibid., 287.

³⁴⁹ Ibid., 288.

³⁵⁰ Id., 2004: 302.

são é um problema de adequação e não de validade das normas³⁵¹. Nas palavras de Habermas:

Se da “colisão” das normas sopesadas no processo de interpretação se quisesse inferir uma “contradição” no próprio sistema normativo, confundiríamos a “validade” de uma norma supostamente justificada sob o aspecto da fundamentação, com a “adequação” de uma norma, que é o que deve ser submetido a exame no discurso de aplicação³⁵².

A um juízo particular diferentes justificações são cabíveis. Entretanto, somente uma delas cumpre o critério da adequação. Ao examinarmos a situação, todos os seus aspectos devem ser considerados, bem como quais normas de aplicabilidade *prima facie* podem ser introduzidas no discurso de aplicação. O participante do discurso que quiser defender a adequação de determinada norma assume a carga de argumentação para esta defesa, demonstrando não a validade da norma, mas sim que sua interpretação das normas aplicáveis em uma descrição completa da situação é coerente. Conforme o exemplo de Günther, uma argumentação pode chegar ao seguinte resultado com relação à colisão entre N1 e N2 na situação de se escolher entre o cumprimento da promessa de ir a uma festa ou prestar socorro a alguém que necessita de ajuda: (Na1) *para ajudar alguém que de repente se encontra em um caso de extrema necessidade, não devemos manter uma promessa insignificante*. O proponente deste resultado deve argumentar o porquê dele ser a única justificação adequada do enunciado normativo particular (Np1) *deve-se ajudar a* γ³⁵³.

A fundamentação apresentada somente será convincente se este proponente se aproveitar de outros sinais característicos da situação que não foram demonstrados pelo outro participante e que fundamentam uma “diferença relevante”³⁵⁴ capaz de fazer com que a alegação inicial seja afastada. Já este outro participante, se quiser preservar a sua afirmação, deverá oferecer razões para refutar os sinais trazidos por seu oponente³⁵⁵. Em todo caso, as normas apresentadas como

³⁵¹ Id., 2004: 312.

³⁵² HABERMAS, 2005: 289.

³⁵³ GÜNTHER, 1995: 289-90.

³⁵⁴ Id., 2004: 337.

³⁵⁵ Ibid., 347.

válidas para o caso devem formar um “sistema coerente ideal”³⁵⁶ que permitirá uma justificação adequada, ou melhor, uma solução que seja a resposta correta.

Para Günther, a única justificação adequada é o resultado da “melhor teoria de todos os princípios aplicáveis”. Com essa afirmação, o autor vai contra as teorias que defendem que as normas ou os interesses colidentes devem ser “ponderados” uns com os outros, ou contra as que defendem as normas resultantes como expressão de decisão de preferências. A melhor teoria de todos os princípios aplicáveis

deveria explicitar detalhadamente o significado destes princípios. A norma que oferece aquela relação de prioridade não deveria aparecer como a realização ótima dos fins que concorrem em referência a todas as possibilidades, mas como o esgotamento ótimo do sentido normativo de ambos os princípios sob a consideração de todas as circunstâncias³⁵⁷.

Não há como se excluir o fato de que qualquer indivíduo, com base nas mesmas normas, pode chegar a diferentes juízos sobre o que é adequado a uma determinada situação. Entretanto, se os participantes de um discurso se pautarem por uma teoria uniforme por meio da qual compartilhem entre si princípios válidos e normas, chegarão a um resultado que é uma empresa comum dos mesmos implicados, evitando assim um tratamento arbitrário e uma aplicação unilateral e parcial dos princípios³⁵⁸.

O ideal de uma norma perfeita é alcançado indiretamente por meio da diferenciação conceitual entre validade e adequação, que são dois “critérios de correção complementários”³⁵⁹, pelos quais os participantes podem averiguar as conseqüências e os efeitos do seguimento das normas em condições de um “saber disponível em um espaço de tempo limitado”³⁶⁰. Por este procedimento uma norma é aplicada como se tivéssemos previsto a situação de aplicação sob requisitos ideais e por isto podemos afirmar que ela é a única adequada a uma determinada situação.

³⁵⁶ Id., 1995: 293.

³⁵⁷ Ibid., 291.

³⁵⁸ Ibid., 291-2.

³⁵⁹ SORIANO, 1998: 198.

³⁶⁰ GÜNTHER, 1995: 282-4.

Desse modo, no domínio da aplicação a coerência do sistema é “recuperada”³⁶¹, de modo que “a razão prática não se contradiz”³⁶².

Este ideal de um sistema coerente de todas as normas válidas também não é alcançado faticamente. No momento de aplicação cada norma válida é complementada por todas as outras normas aplicáveis em uma situação, o que sempre leva a uma mudança do seu significado, ou seja, a uma “interpretação diferente do conjunto de todas as normas válidas”. Assim, dentro deste contexto de permanente imprevisibilidade das situações, a coerência é dependente da história, pois não é possível que se construa um conjunto coerente de princípios para ser aplicado a todos os possíveis casos de colisão. Para reduzir a indeterminação dessa subordinação à história, Günther vai buscar nos paradigmas, que contém descrições generalizadas de situações de uma determinada classe, um “contexto de fundo” que auxilie na construção da coerência da interpretação dos princípios. Nos casos típicos de colisão já possuímos uma apreciação da situação que nos permita dispor de uma ordem sistematizada da qual extraímos, sem maiores problemas, a solução para tais casos. Os paradigmas trazem soluções já encontradas, dentro de determinada forma de vida, para resolver a relação entre os princípios de liberdade e igualdade. Os participantes dos discursos encontram nos paradigmas um conjunto já ordenado de princípios aplicáveis *prima facie* que oferece uma base de argumentação para que possam buscar a coerência de seu discurso de adequação³⁶³.

Nesse contexto, os enunciados da dogmática, os precedentes, as regras, os princípios da interpretação, assim como os princípios práticos gerais e as argumentações empíricas servem como instrumentos hábeis para a redução da complexidade das condições ideais do discurso, por serem “carecedores de fundamentação”³⁶⁴. Com isto, uma “atuação seletiva” de quais normas *prima facie* devem ser aplicadas à situação é facilitada pelo uso de tais instrumentos pela via discursiva de uma “interpretação coerente de todas as normas aplicáveis *prima facie*”³⁶⁵.

Entretanto, essa “descarga” proporcionada pelos paradigmas aos participantes pode resultar numa “fonte de prejuízos” se tais paradigmas forem encarados como imodificáveis ou como a única fonte de resposta para cada caso de coli-

³⁶¹ DUTRA, 2006a: 25.

³⁶² GÜNTHER, 1995: 293.

³⁶³ Ibid., 293-4.

³⁶⁴ Id., 2004: 340.

³⁶⁵ Id., 1995: 300-1.

são. É por isto que os paradigmas devem ser passíveis de crítica, carregando em si uma carga de falibilidade aberta à possibilidade de serem modificados quando não conseguirem mais manter, com relação à validade das normas particulares, a reciprocidade de consideração de interesses e quando, no que concerne à relação de coerência entre as normas particulares, a “descrição generalizada da situação que serve de base já não é mais compatível com uma descrição completa da situação”³⁶⁶.

Portanto, nem sempre questionamos os princípios e os juízos que usamos. Por aceitá-los como dados, desde logo podemos produzir “resultados moralmente substanciosos”. Entretanto, quando deparamo-nos com uma situação inédita e inabitual, em que o questionamento torna-se inevitável, a analisamos com nossas orientações teóricas e morais, que podem levar à necessidade de mudarmos o conjunto de nossos princípios e até mesmo a teoria moral que os ordena sistematicamente, ou seja, a nossa “ética”. Os juízos morais que antes eram válidos para uma situação, acabam resultando incompatíveis com princípios que seriam aceitos como válidos em outras circunstâncias. As possíveis situações com as quais podemos nos deparar são imprevisíveis e por isso os significados dos princípios acabam mudando continuamente, o que afeta também as nossas reflexões morais intuitivas. Dentro deste contexto, acabamos emitindo juízos intuitivos referentes a uma situação concreta que podem conter “elementos de surpresa e de inesperabilidade”. O princípio da coerência, ao se referir à relação entre juízos morais particulares e princípios, serve como procedimento de validação e como método construtivo para a confrontação destes princípios com nossos juízos admitidos intuitivamente. Para que haja um estado de “equilíbrio” entre nossos juízos intuitivos e os princípios, essas duas classes de enunciados normativos devem ser revisadas e modificadas, uma à luz da outra, até que o equilíbrio seja encontrado. Assim, o princípio da coerência cumpre função análoga a um “juízo moral reflexivo”, que conduz à adequação de um juízo moral à situação concreta³⁶⁷.

Como em outras teorias, o princípio da coerência cumpre, na teoria de Günther, a função de justificação das interpretações das normas. Para o autor, a teoria da interpretação coerente de Dworkin, a qual propõe a justificação coerente de uma interpretação normativa como uma condição suficiente para a única resposta

³⁶⁶ Ibid., 294-5.

³⁶⁷ Ibid., 274-7.

correta, é a que mais se aproxima de seu modelo de argumentação. Diante dos *hard cases* a tarefa do juiz é descobrir, por meio de um “sentido de adequação”, os direitos relevantes, ou melhor, os “argumentos principiológicos”, distintos das regras, que são sopesados entre si apenas na dimensão de ponderação, o que não os faz perder a sua validade. Günther aponta que a vantagem da teoria de Dworkin consiste em “explicar a idéia de uma consideração imparcial de todos os sinais característicos relevantes de uma situação”, não se restringindo somente à interpretação das leis, mas buscando uma harmonização que leva em conta o direito como um todo – as disposições do direito escrito, as do direito consuetudinário, os casos precedentes, os objetivos políticos, a Constituição – e que justifique o desenvolvimento de princípios convincentes com a consideração de todos os aspectos relevantes. Este é o ideal da integridade, que lida com os outros princípios fundamentais de uma comunidade política, como equidade, justiça e devido processo, visando a uma coerência entre eles, o que exige a compatibilidade de uma decisão com virtualmente todos os princípios³⁶⁸.

Dentro deste ideal, a resolução das colisões são resolvidas por meio da melhor interpretação de todos os princípios e direitos considerados, formadora do contexto de justificação coerente mais abrangente³⁶⁹. Entretanto, Günther aponta que a exigência de coerência de Dworkin é elevada a uma tarefa infinita que só é satisfeita por um juiz de capacidades sobre-humanas, como o juiz Hércules. Como meio de suavizar esta complexidade, Günther propõe a reconstrução do princípio de coerência como uma “regra de argumentação para os discursos de aplicação”, o que exclui sua aplicação monológica. E em consequência da restrição do princípio de coerência ao discurso de aplicação, um enunciado normativo particular só será passível de coerência se apoiar-se em uma norma válida e na sua aplicação adequada³⁷⁰. O modelo de direito como integridade, que representa o direito a igual consideração e respeito, ostenta, para Günther, um “conteúdo universalista” que acaba ultrapassando a proposta de Dworkin, que restringia os princípios a serem considerados ao contexto de uma comunidade política. O ideal da integridade é melhor re-

³⁶⁸ Id., 2004: 404-7.

³⁶⁹ Ibid., 411.

³⁷⁰ Id., 1995: 301-2.

construído, na proposta de Günther, no âmbito de uma fundamentação procedimentalizada de argumentação³⁷¹.

Por fim, contra as teorias de coerência moral que se utilizam do critério de coerência para justificar a validade das normas, o critério de coerência de Günther tão somente se resume às argumentações de adequação, enquanto que nos discursos de fundamentação ele não pode ser utilizado como argumento³⁷². Portanto, a tarefa da coerência cumpre, de maneira limitada, o papel de fundamentação da correção ou validade dos nossos juízos e princípios morais, pois depende, para considerar os princípios como corretos, da consideração de todos os aspectos moralmente relevantes do caso particular³⁷³.

Tanto o princípio da coerência quanto o da adequação, por se reportarem aos discursos de aplicação, não possuem critérios materiais, pois estes correspondem a um discurso de justificação. São critérios formais que resumem uma relação: “a que deve existir entre a norma, o resto de normas que *prima facie* eram aplicáveis a um caso e, finalmente, a completa descrição da situação”³⁷⁴. Um conceito procedimental de adequação e uma aplicação procedimental do princípio de coerência devem se abrir para critérios materiais, que são tema de uma argumentação de adequação, mas estes não podem comprometer a consideração de todos os sinais característicos situacionais, como no caso dos mandamentos de otimização de Alexy³⁷⁵ que comprometem a decisão com uma suposta norma que goza de precedência diante das outras³⁷⁶.

³⁷¹ Id., 2004: 412.

³⁷² Ibid., 357.

³⁷³ Id., 1995: 277.

³⁷⁴ SORIANO, 1998: 202.

³⁷⁵ Em decorrência do conceito de princípios como mandamentos de otimização, tudo o que ocorresse num caso como valor deveria ser incorporado no procedimento de ponderação sem que se fosse possível um questionamento contínuo desse valor, por não ser admissível a crítica dos valores à luz de princípios (GÜNTHER, 2004: 321-2).

³⁷⁶ GÜNTHER, 2004: 352.

3 INDETERMINAÇÃO DO DIREITO E RACIONALIDADE DA JURISDIÇÃO

O problema acerca da possibilidade de se chegar a uma única sentença correta para cada caso é retomado por Habermas, que intenta uma “reconstrução racional da aplicação do direito por meio de sua teoria discursiva e procedimental da ação comunicativa”³⁷⁷. A integração social – promovida pelas relações de solidariedade resultante do entendimento recíproco entre os indivíduos no mundo da vida – é possível quando ela se dá por meio do sistema jurídico, que permite aos cidadãos tanto usarem a racionalidade estratégica, pela qual os cidadãos obedecem a lei por temor da coerção e a analisam estrategicamente calculando o custo/benefício de sua transgressão, quanto a racionalidade comunicativa, pela qual os cidadãos agem por respeito à lei, pois estão convencidos de sua legitimidade. É neste ponto que reside a tensão entre faticidade e validade. Os cidadãos podem considerar o direito “como um fato social dotado de vigência quando agem orientados pelo êxito na medida em que comparam os custos e benefícios da ação a partir da coação das sanções previstas na lei”, ou podem considerá-lo como válido à medida que o direito possibilita um agir orientado para o entendimento recíproco segundo a racionalidade comunicativa, o que leva a um “consenso motivado racionalmente através do reconhecimento da validade da lei”³⁷⁸.

No direito moderno, essa tensão pode ser interna ou externa. A tensão externa manifesta-se nos momentos de inércia que dificultam a produção e a aplicação do direito legítimo, bem como nas relações internacionais³⁷⁹. A interna se manifesta em três níveis: na norma jurídica, no sistema de direitos e no estado democrático de direito. No nível da norma, os destinatários do direito têm a possibilidade de obedecê-la por temerem a coerção, proveniente ou da vigência social (faticidade) ou da convicção que procede do reconhecimento de sua legitimidade (validade). Já no nível do sistema de direitos dá-se a possibilidade ao cidadão de fundamentar o sistema de direitos através da auto-legislação democrática empreendida por eles próprios, ou a eles é dada a liberdade subjetiva de escolherem os motivos da aprovação segundo uma orientação estratégica. Dentro disto, o direito deve ga-

³⁷⁷ DURÃO, 2005: 1.

³⁷⁸ Id., 2006: 104-5.

³⁷⁹ Id., 2005: 1-2.

rantir tanto a autonomia pública, quanto a privada dos cidadãos³⁸⁰. E por último, no estado democrático de direito a tensão se manifesta quando o direito assume a função de ser um pólo normativo que confere de legitimidade às decisões políticas tomadas na forma de lei, e a política tem a função de pólo instrumental, com a capacidade de exercer poder e impor a lei aos cidadãos³⁸¹.

Mas é a tensão entre faticidade e validade manifestada na aplicação do direito que terá mais destaque para a questão da única sentença correta, pois os juízes, para julgar, devem levar em consideração tanto a “faticidade proveniente do princípio da segurança jurídica, o qual exige que a decisão esteja determinada pelo direito vigente”, quanto a necessidade de se atender ao princípio da justiça, pois a “decisão deve garantir retidão para as partes envolvidas”. Por acreditar que a teoria de Dworkin sobre a metodologia de julgamento do juiz Hércules também parte da tensão interna entre faticidade e validade, Habermas a utiliza numa compreensão deontológica capaz de dar conta da tarefa de reconstrução racional do direito vigente³⁸².

3.1 A APROPRIAÇÃO DEONTOLÓGICA DA TEORIA DE DWORKIN E A CRÍTICA À TESE DO CASO ESPECIAL

Habermas encontra na teoria da integridade de Dworkin um núcleo procedimental que lhe permite uma reconstrução da atividade judicial sob um viés intersubjetivo e, ao aceitar a compreensão deontológica do direito de Dworkin e adaptar as considerações dos autores da teoria da argumentação jurídica à sua concepção da relação entre direito e moral, Habermas fundamenta a sua proposta para uma interpretação intersubjetiva da teoria do direito.

A teoria da integridade, na perspectiva de Dworkin, permite ao juiz reconstruir racionalmente o direito vigente a partir da idéia de que a jurisdição e o legislador tomam de empréstimo as suas atribuições do ato fundacional da comunidade representado na Constituição e da prática dos cidadãos que participam do pro-

³⁸⁰ Id., 2006: 107-8.

³⁸¹ Ibid., 116.

³⁸² Id., 2005: 2.

cesso constitucional. Neste sentido, os juízes devem personificar as aspirações da sociedade, mesmo quando se encontram em desacordo. A integridade deve ser mantida às custas da exigência de que os juízes possuam conhecimentos e habilidades profissionais para chegarem a uma única solução correta que produza uma socialização autônoma de cidadãos orientados por princípios. Habermas entende que precisamente esta exigência da integridade é que deveria liberar Hércules da solidão de uma construção teórica monológica. Por Dworkin entender o direito como um meio de integração social e como um meio que permite a conservação da auto-compreensão de uma comunidade solidária, Habermas aponta que na teoria da integridade encontra-se um núcleo procedimental pelo qual a ação comunicativa funciona como um mecanismo para a “ampliação das relações concretas de reconhecimento e para a conversão delas em relações de reconhecimento recíproco articuladas na forma abstrata de direito”. Portanto, neste núcleo situa-se uma prática argumentativa que exige de todos os participantes a assunção das perspectivas de todos os demais. Habermas ressalta que o próprio Dworkin chega a reconhecer este “núcleo procedimental do princípio de integridade juridicamente assegurada quando vê fundado o igual direito a liberdades subjetivas de ação no direito a iguais liberdades comunicativas”. As exigências normativas deveriam então deslocar-se do ideal de personalidade de um juiz virtuoso para uma prática de argumentação que assume as exigências impostas a Hércules, ancorando as exigências ideais feitas à teoria do direito no ideal político de Peter Häberle de uma “sociedade aberta dos intérpretes da constituição”, que é uma das saídas que Habermas encontra para esse deslocamento³⁸³. Nas palavras de Dutra, apesar dos elementos básicos da teoria de Dworkin mostrarem-se corretos, como a “prioridade do justo sobre o bem e a defesa de uma aplicação do direito que satisfaz aos predicados da legitimidade e segurança”, a operacionalização solipsista do juiz Hércules acaba sendo criticável sob o prisma da teoria do discurso³⁸⁴.

Habermas aponta que o solipsismo judicial só será superado por meio da reconstrução da prática de interpretação ocorrida dentro de uma teoria do direito, fundamentando os princípios do procedimento de decisão em uma teoria da argumentação jurídica que assumiria a carga das exigências ideais até então postas sobre Hércules. Tal teoria deve ser um processo cooperativo de formação, material-

³⁸³ HABERMAS, 2005: 293-5.

³⁸⁴ DUTRA, 2006a: 21.

zado num discurso jurídico que satisfaça tanto ao ideal regulativo da única decisão correta, quanto ao da falibilidade da prática correta de decisão³⁸⁵.

As propostas de Alexy e de Günther foram tentativas de construir uma teoria da argumentação neste sentido. Entretanto, Habermas apresenta algumas objeções a ambas as teorias, principalmente no que concerne à tese do caso especial, defendida de modo diferenciado pelos dois autores. Habermas ressalta que é quase óbvio que a teoria discursiva do direito seja orientada pelo modelo que representa a ética do discurso. Todavia, ele ressalta que da “primazia heurística” dos discursos morais, e também da exigência de que os discursos jurídicos não devam contradizer os discursos morais, não se conclui que os discursos jurídicos devam ser entendidos como um subconjunto das argumentações morais³⁸⁶. A teoria do caso especial sugere “uma subordinação errônea do direito à moral, ainda não liberada totalmente das conotações do direito natural”³⁸⁷. Nesse sentido, Habermas apresenta quatro objeções levantadas contra a tese do caso especial. Três delas ligam-se à teoria de Alexy, e a última refere-se às modificações feitas por Günther na teoria de Alexy.

(a) Uma primeira objeção feita a Alexy refere-se às limitações da ação das partes no agir forense do tribunal. Conforme Neumann, as partes se conduzem no processo muito mais com o objetivo de conseguirem um resultado que lhes seja favorável, do que com o de chegarem a um juízo justo ou correto. Por isso, o mote de sua ação é a satisfação de seus interesses, e não a busca cooperativa da verdade³⁸⁸, pois agem estrategicamente³⁸⁹ no processo. Habermas rebate esse argumento afirmando que os implicados no processo, independentemente da motivação para suas ações, contribuem para um discurso que fornecem elementos para a convicção imparcial do juiz³⁹⁰. Segundo Dutra, a isto Neumann objetou que Habermas trata as partes não como participantes do discurso, mas como fontes de informação das quais o juiz serve-se para decidir. Assim, se as partes só providenciam informações, o juiz é o único participante deste discurso de estrutura monológica, o que contraria as idéias da teoria discursiva do direito³⁹¹. Alexy³⁹² argumenta contra

³⁸⁵ HABERMAS, 2005: 296-7.

³⁸⁶ Ibid., 302.

³⁸⁷ Ibid., 305.

³⁸⁸ ATIENZA, 2005: 193.

³⁸⁹ DUTRA, 2006a: 23.

³⁹⁰ HABERMAS, 2005: 303.

³⁹¹ DUTRA, 2006a: 23.

Neumann que a questão envolve uma complexidade maior do que a apresentada. Para o juiz operar com correção, todos os pontos relevantes deverão ser ouvidos, de ambas as partes. Isto, juntamente com a possibilidade de revisão das sentenças, consegue dar ao direito uma interpretação discursiva do processo judicial. Com relação a esta objeção, Dutra conclui que o modelo lhe parece ser defensável nos moldes apresentados³⁹³.

(b) A segunda objeção trata da questão da indeterminação do procedimento discursivo, incapaz de produzir uma resposta correta para cada caso. A proposta de Alexy de resolver este problema por meio da caracterização dos discursos jurídicos como subconjunto dos discursos práticos morais que estão ligados ao direito vigente e também da complementação das regras gerais do discurso com regras e formas especiais de argumentação não logra êxito segundo Habermas, pois ele não conseguiu provar a tese da subjugação simplesmente referindo-se a semelhanças estruturais das regras e formas de argumentação³⁹⁴.

(c) Na terceira objeção, Alexy é questionado acerca da fundamentação dos discursos jurídicos. Pela fundamentação não ser “correta” no mesmo sentido que a dos juízos morais, a racionalidade da argumentação jurídica pressuporia a racionalidade da legislação. Se isso não se cumprir, é falha a consonância entre direito e moral apregoada por Alexy, pois ela estaria fadada ao relativismo e, por causa disto, sempre seria posta em questão. Dutra aponta que a racionalidade da legislação não estaria disponível devido às “vicissitudes da política e ao amálgama de razões da legitimidade do direito”³⁹⁵. Contra isto, Habermas acredita que uma tarefa análoga à que Dworkin fez quando teorizou sobre uma reconstrução racional do direito vigente seria apta a escapar a esta objeção. Nas suas palavras, “a decisão jurídica de um caso particular só pode ser correta se se ajusta a um sistema jurídico coerente”³⁹⁶.

(d) A quarta objeção levantada por Habermas é a proposta de Günther de retomar a idéia de coerência de Dworkin, fazendo distinção, dentro do discurso prático moral, entre o aspecto de fundamentação e o aspecto de aplicação, sendo o discurso jurídico um caso especial do discurso moral de aplicação. Desse

³⁹² ALEXY, 2001: 324.

³⁹³ DUTRA, 2006a: 24.

³⁹⁴ HABERMAS, 2005: 303-4.

³⁹⁵ DUTRA, loc. cit.

³⁹⁶ HABERMAS, 2005: 304.

modo, o discurso jurídico é aliviado do peso das questões de fundamentação. Ao analisar esta proposta, Habermas vai entender que apesar de sua “elegância”, ela simplesmente desloca o sentido da coerência do sistema jurídico, que deve ser justificado idealmente. Apesar de não abandonar a tarefa de reconstruir racionalmente o direito vigente com vistas a se chegar a uma só decisão correta para cada situação de aplicação, a teoria de Günther se alimenta de um flexível conjunto de princípios e objetivos que se inserem no discurso de aplicação segundo uma ordem transitiva e referente ao próprio caso. As relações estabelecidas entre as normas válidas mudam “em função da constelação de características relevantes de um caso a ser decidido”. Ao se fazer divisão entre fundamentação e aplicação, toda norma válida torna-se indeterminada, aplicável apenas *prima facie*, refletindo nos “graus de liberdade de um conjunto móvel de princípios” que só se determinarão após a fixação da norma adequada com a situação. Desse modo, a cada nova situação, a mesma norma pode mudar de significado devido a uma interpretação distinta do conjunto de todas as normas válidas, o que mostra a sua dependência da história. Então, para Habermas, essa teoria coerencial do direito só poderia evitar a “indeterminação que supostamente se seguiria da estrutura contraditória do direito vigente”, tornando-se ela mesma indeterminada, o que não asseguraria a segurança jurídica devido ao “movimento ondulatório” ao qual o sistema de regras ficaria exposto em cada nova interpretação coerente, gerando uma interpretação retroativa do direito vigente³⁹⁷. E para que se emita um juízo adequado e único para o caso, deve-se ter como pressuposta a validade das normas estabelecidas pelo legislador. Este juízo deve assumir, no momento de resolução dos casos de colisão, que as normas válidas formam um sistema ideal e coerente que permita apenas uma solução para cada caso no momento da aplicação. Esta suposição contrafática só poderá manter o seu “valor heurístico” se no mundo do direito vigente estiver presente um “fragmento de razão” que lhe sustente. Esta reconstrução avaliativa de Günther é feita nos moldes da teoria coerencial de Dworkin. Entretanto, Habermas objeta que tal reconstrução não pode ser feita nos moldes de um caso especial³⁹⁸, pois “se o sistema jurídico tivesse que ser reconstruído nos termos do discurso moral, a possibilidade de uma justificação racional estaria ameaçada”³⁹⁹ porque a ordem jurídica é permeada de contingências e

³⁹⁷ Ibid., 290-1.

³⁹⁸ Ibid., 304-5.

³⁹⁹ DUTRA, 2006a: 27.

a dimensão da validade das normas, devido a esta maior complexidade, não pode apoiar-se somente em argumentos morais, mas também em razões de outro tipo⁴⁰⁰. Portanto, a teoria da coerência é abandonada por Habermas, porque ela é um “postulado elementar de racionalidade” que precisa ser complementado por pessoas e procedimentos, e por isto é demasiada a separação entre fundamentação e aplicação feita por Günther⁴⁰¹.

Quando tomamos por base uma teoria procedimental e dela partimos, a legitimidade das normas jurídicas se mede pela racionalidade do procedimento democrático que caracteriza a atividade política de produção de normas. Este procedimento [...] é mais complexo que o do discurso moral porque a legitimidade das leis não só se mede pela retidão dos juízos morais, mas também, entre outras coisas, pela disponibilidade, pertinência, relevância e seleção de informações, pela fecundidade na elaboração dessa informação, pela adequação das interpretações da situação e dos delineamentos dos problemas, pela racionalidade das eleições que se fazem, pela autenticidade das valorações fortes e, sobretudo, pela *fairness* dos compromissos alcançados⁴⁰².

Neste ponto, Habermas faz uma dupla operação⁴⁰³. Por um lado, ele desconecta os discursos jurídicos do âmbito dos discursos morais, sejam eles discursos morais de fundamentação, ou discursos morais de aplicação; por outro, a racionalidade jurídica é tornada mais complexa, pois nela adentram não somente razões morais, mas pragmáticas, éticas e também os compromissos resultantes de negociações. Pela dimensão de validade das normas jurídicas terem se complexificado, a retidão das decisões jurídicas não pode mais ser assimilada com a validade dos juízos morais, o que torna a tese do caso especial indefensável. Com isto, Habermas leva em conta uma diferenciação paralela entre direito e moral produzida no nível pós-convencional de fundamentação⁴⁰⁴. Mas antes desta distinção ser tratada com mais propriedade, cabe ainda fazer referência à distinção que Habermas encontra entre as teorias de Alexy e Dworkin.

O grau de cumprimento do mandato de otimização não pode ser obtido da norma, pois ela não o estabelece e nem pode estabelecê-lo. Assim, dentro do faticamente possível, a aplicação dos princípios impõe uma ponderação de valo-

⁴⁰⁰ HABERMAS, 2005: 304-5.

⁴⁰¹ DUTRA, 2006a: 20-1.

⁴⁰² HABERMAS, 2005: 305.

⁴⁰³ DUTRA, 2006a: 27.

⁴⁰⁴ HABERMAS, 2005: 305-6.

res que se orienta para um fim. Sendo que nenhum valor pode pretender primazia incondicional sobre outros valores, a operação de ponderação na interpretação do direito vigente se transforma numa “realização concretizada de valores”, orientada pelo caso concreto⁴⁰⁵. A objeção vai contra a idéia de que a ponderação é um procedimento racional, porque ela é “uma figura retórica que permite níveis de subjetividade ilimitados”. No âmbito conceitual, a ponderação só pode ocorrer ao preço de se afastar da correção, da objetividade e da justificação.

O resultado apresentado pelo processo de ponderação não pode ser justificado⁴⁰⁶ e neste sentido Habermas chama a interpretação que se pauta pelo discurso da ponderação de valores de “frouxa”⁴⁰⁷. Alexy responde a estas críticas demonstrando qual é a estrutura da ponderação, a partir da “lei da ponderação”. Esta estrutura é fragmentada em três partes: na primeira se estabelecem os graus de insatisfação ou detrimento de um primeiro princípio; na segunda é estabelecida a importância de se satisfazer o princípio oposto; e na terceira, se estabelece se a importância de satisfazer o segundo princípio justifica o detrimento ou a insatisfação do primeiro princípio. Assim, para que as objeções de Habermas não sejam plausíveis, Alexy precisa mostrar que é possível a formulação de juízos racionais acerca destas três partes, ou seja, sobre a intensidade de interferência, os graus de importância e a relação entre os elementos anteriores⁴⁰⁸. A idéia do princípio de coerência de Günther é possível, para Alexy, somente se houver ponderação. A ponderação supõe um “mais ou um menos”⁴⁰⁹, faltando para ela a estrutura binária que é constitutiva para a validade das normas. Para Habermas isto faz com que os direitos fundamentais deixem de ter um caráter deontológico para ter um caráter teleológico, perdendo a característica de “trunfos”, no sentido de Dworkin. Para Habermas, a idéia de ponderação, que abarca também a idéia de otimização, destrói a estrutura deontológica dos direitos fundamentais e por isso, carece de um critério de racionalidade.

Contra a proposta de Alexy de interpretar os princípios como mandatos de otimização, Habermas resgata a compreensão deontológica dos princípios de Dworkin e a adapta no sentido da teoria do discurso. Princípios são normas de ordem superior que têm um sentido deontológico e obrigam todos os seus destinatários.

⁴⁰⁵ Ibid., 327.

⁴⁰⁶ ALEXY, 2006: 3-5.

⁴⁰⁷ HABERMAS, 2005: 327.

⁴⁰⁸ ALEXY, 2006: 5.

⁴⁰⁹ ATIENZA, 2001: 676.

rios a praticar um comportamento que preenche expectativas generalizadas. São de validade binária, sendo ou válidas ou não válidas. Sua validade deontológica tem o sentido absoluto de uma obrigação universal e incondicional, sendo que o devido deve ser bom para todos por igual. Princípios distintos não podem contradizer-se uns aos outros se pretendem validade para o mesmo círculo de destinatários, pois têm que guardar uma relação de coerência entre si, formando um sistema. Já os valores possuem um sentido teleológico: em determinadas coletividades alguns bens são considerados desejáveis e podem ser adquiridos ou realizados mediante uma ação endereçada a este fim. Relações de preferência são fixadas para determinar quais bens são mais atrativos que outros. Eles são apreciados conforme o hábito, cultura ou forma de vida específica, que indicam o que é bom para “nós” ou para “mim”. Assim, há uma relação de competência entre os valores, que buscam um reconhecimento intersubjetivo dentro de uma cultura ou forma de vida, constituindo configurações flexíveis e tensas. Ao se distinguirem no âmbito lógico, princípios e valores acabam sendo aplicados de modo diferenciado⁴¹⁰.

Com os princípios se pode dizer o que é obrigatório fazer e a ação correta será aquela que se apresentar como boa a todos por igual; enquanto que com os valores só podemos dizer qual é o melhor comportamento ou o mais recomendado, sendo a ação correta aquela que for boa para “nós”. É por isto que Habermas entende que há distinção quando Dworkin fala de princípios jurídicos deontológicos e quando Alexy fala de princípios como bens jurídicos otimizáveis⁴¹¹. É certo que os conteúdos teleológicos também entram no direito, mas ao se definir o direito por um sistema de direitos “domesticam-se” as orientações axiológicas e os objetivos do legislador por meio de uma estrita primazia dos pontos de vista normativos. Entretanto, para as teorias que pretendem uma validade universal para os valores ou bens supremos, esta distinção terminológica entre princípios e valores resulta supérflua, pois os bens e valores são transformados em entidades em si. Entretanto, Habermas entende que nas condições do pensamento pós-metafísico, tais teorias não encontram respaldo para se manterem, porque os valores e bens presumivelmente universais adquiriram uma forma tão abstrata atualmente que assumiram uma

⁴¹⁰ HABERMAS, 2005: 328-9.

⁴¹¹ Sobre a crítica que Habermas faz à doutrina da ponderação, Dutra destaca que para se posicionar contra a tese do caso especial, Habermas tem que negar a doutrina da ponderação. Mas para manter a sua crítica à doutrina da ponderação, ele parece defender a tese do caso especial. Dutra apresenta algumas maneiras de resolver esse aparente problema. Cf. DUTRA, 2006a: 37.

forma deontológica, como no caso dos princípios da dignidade humana, da solidariedade, da auto-realização e da autonomia. Nesse contexto, a transformação conceitual de direitos fundamentais em valores fundamentais gera um mascaramento teleológico dos direitos, sendo que nos contextos de fundamentação os princípios e os valores assumem papéis diferentes, no tocante à lógica da argumentação⁴¹².

3.2 A TEORIA DE HABERMAS

3.2.1 O aspecto histórico-teórico da teoria de Habermas

A partir da premissa de que a necessidade de legitimação do direito não pode ser mais estabelecida lançando-se mão da tradição e da eticidade consuetudinária, Habermas busca subsídios para uma nova proposta de fundamentação do sistema de direitos ao explicitar aquilo que ele chama de “potencial de racionalidade liberado” desde fins do século XVIII, fazendo uma abordagem histórico-teórica para uma meditação sistemática sobre a autonomia privada e pública em geral⁴¹³. Tanto o direito natural clássico, quanto o direito natural cristão refletiam um *ethos* de sociedade global, que interligavam as diferentes ordens sociais, ou seja, na dimensão vertical, recobriam os motivos e orientações da ação, e na dimensão horizontal interligavam os membros normativos da eticidade, da política e do direito. Este engate é rompido no “impulso do desenvolvimento”, no qual ocorre a “racionalização do mundo da vida”. As tradições culturais e os processos de socialização sofrem uma espécie de pressão de reflexão advinda de seus próprios atores.

As práticas consuetudinárias diferenciam-se e tornam-se simples convenção, passando pelo filtro da reflexão e da formação autônoma do juízo. Assim, dois tipos distintos de discurso são criados: no âmbito ético são desenvolvidas as questões referentes à auto-realização das pessoas; já no âmbito moral, as questões referentes à auto-determinação. Tais modificações foram fruto dos desenvolvimentos filosóficos da segunda metade do século XVIII, dos quais a ética recebeu um

⁴¹² HABERMAS, 2005: 329-30.

⁴¹³ Ibid., 160-4.

novo sentido subjetivista. As histórias de vida individuais e as tradições e formas de vida compartilhadas sofreram um processo de reflexão modificadora, fruto de uma crescente literatura autobiográfica confessional e de autopesquisa, como as de Rousseau, Kierkegaard e Sartre. Exige-se uma apropriação consciente e autocrítica da própria história individual, substituindo as instruções exemplares para uma vida virtuosa e os modelos bem sucedidos de conduta de vida.

A partir desta “interioridade radicalizada”, os discursos ético-existenciais ou clínicos tornam-se possíveis e inevitáveis, o que leva a conduta pessoal de vida e a tradição cultural para a dimensão dos discursos de auto-entendimento, que permitem o questionamento do modo como nos apropriamos das tradições que compartilhamos intersubjetivamente, não mais ancoradas nas auto-interpretações religiosas ou metafísicas. Na história a cultura e os povos encontram um novo *medium* de autoconscientização, o que fornecerá base para, no século XIX, florescer a figura de uma identidade pós-tradicional, ancorada no historicismo e no nacionalismo. Porém, uma virada para um dogmatismo histórico-nacionalista acarretou a dissolução desse meio de autoconscientização, pois foi inevitável um pluralismo de modos de ler as tradições, que ocasionou novas discussões de auto-entendimento. Com a irrupção destas reflexões, provoca-se o florescimento e independência dos projetos de vida individuais, e o pluralismo de formas de vida coletivas. A consciência normativa modifica-se, porque as máximas, estratégias de ação e regras já não mais se legitimam nos contextos da tradição.

É por isto que Habermas entende que essa necessidade de legitimação só vai ser suprida, nas condições do pensamento pós-metafísico, com a regulação imparcial dos conflitos de ação. Sem as cosmovisões metafísicas ou religiosas, as orientações práticas só podem ser obtidas, em última instância, através de argumentações e da busca de entendimento. Mas o direito, quando se emancipa de seus fundamentos sagrados ou metafísicos, passa a receber um outro tipo de pressão, pois a sociedade passa a se concentrar mais no sistema jurídico por este assumir funções de integração. As fontes de legitimação do direito já não podem ir contra as idéias de justiça e os ideais de vida pós-tradicionais, compatibilizando os princípios morais de justiça e da solidariedade universal, e os princípios éticos de uma conduta de vida auto-responsável, projetada conscientemente, tanto de indivíduos, quanto de coletividades.

Conforme expõe Velasco, estas mudanças fundamentais caracterizaram o trânsito à modernidade e provocaram o desmoronamento da unanimidade das sociedades, principalmente européias, com respeito tanto à visão e ao sentido do mundo, quanto aos fundamentos e princípios normativos reguladores da vida em comum. O desmoronamento dos referenciais normativos unitários possibilitou uma diferenciação progressiva entre direito e moral, que constituiu um dos “progressos” mais evidentes da modernidade⁴¹⁴.

Os direitos humanos e a soberania do povo, surgidos na conjuntura das teorias do direito natural racional, foram idéias desenvolvidas nesse contexto de procura de novas formas de fundamentação substitutivas das que anteriormente se fixavam na substancia normativa de um *ethos* ancorado em tradições metafísicas e religiosas. Neste mesmo sentido, só que no âmbito da dogmática do direito civil alemão, as idéias de direitos subjetivos e de direitos objetivos serviram também como tentativas de explicação da gênese do direito ancoradas em novas fundações. A hipótese do contrato social foi importante para o desenvolvimento dos princípios fundantes do estado civil e dos direitos individuais fundamentais. Seus primeiros esboços podem ser encontrados na Grécia Clássica, com os sofistas. Já na época do Renascimento e da Reforma Protestante, Althusius procurava defender a possibilidade de haver uma liberdade religiosa fundada em direitos naturais. John Locke retoma esta idéia e constrói a teoria dos direitos humanos fundados na personalidade moral dos indivíduos, direitos estes que são anteriores ao contrato social e ao estado civil. Em Tocqueville se vê a implicação desta idéia quando ele procura argumentos para a proteção das minorias contra os abusos do estado. Este evoluir conceitual da idéia de direitos humanos caminha ao lado da idéia de autonomia privada. Com relação à soberania popular, desde Hobbes, com a idéias de renúncia em favor de um soberano, já se encontra a perspectiva de que a soberania não pode ser limitada por nenhum direito anterior. Em Rousseau, a autolegislação é advinda da vontade geral. Nesse aspecto e em contraposição à autonomia privada, privilegia-se, na soberania popular, a autonomia pública dos cidadãos.

Na dogmática do direito civil alemão se desenvolveram os conceitos de direito subjetivo e de direito objetivo. Com Savigny e Puchta, a Escola Histórica do Direito, fazendo uma interpretação da fundamentação do direito a partir da auto-

⁴¹⁴ VELASCO, 2000: 92.

nomia moral dos sujeitos empreendida por Kant, criou a suposição de que a pessoa moral possui direitos fundamentais inalienáveis, independentes da vontade do legislador e constitutivos de esferas de liberdade de ação, liberdades estas que devem ser resguardadas contra os demais sujeitos e contra o próprio Estado. Assim, os direitos subjetivos fundam-se na autonomia moral dos sujeitos, o que mostra a prevalência da autonomia privada frente à autonomia pública dos cidadãos. Ao contrário, depois da fundamentação dos direitos subjetivos a partir da vontade do legislador, a autonomia pública é alçada a primeiro plano e os direitos objetivos é que vão fundar os subjetivos. Com o positivismo de Kelsen, houve a desvinculação entre o direito e a moral, justificando aquele a partir de um procedimentalismo assentado sobre uma premissa fática, fazendo com que os direitos subjetivos sejam reduzidos a liberdades subjetivas de ação autorizadas pelo direito objetivo.

Diante desta consideração histórico-teórica, Habermas defende a tese de que tanto as idéias de direitos humanos e soberania popular, quanto as idéias de direito subjetivo e direito objetivo, ocultam o nexos interno entre autonomia pública e autonomia privada. Assim, ele desenvolve a tese de que a autonomia privada não pode ser imposta à autonomia pública, nem pode ser instrumentalizada para fins políticos. Sob a base de uma regulação da convivência humana por meio do direito positivo legítimo, Habermas encontra os direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente a partir de uma gênese lógica dos direitos. Conforme expõe Velasco, esta atribuição mútua decorre do objetivo de buscar uma concepção procedimental de fundamentação, não absoluta ou de caráter monológico, devido às restrições pós-metafísicas do pensamento contemporâneo. Enquanto desprovidos de pontos fixos de fundamentação, os cidadãos só podem buscar uma acepção do termo “fundamentação” que receba o reconhecimento intersubjetivo não apoiado numa objetividade de fundo ontológico⁴¹⁵.

⁴¹⁵ VELASCO, 2000: 72.

3.2.2 A gênese lógica dos direitos fundamentais

Segundo Velasco, Habermas, ao referir-se ao núcleo da noção de direitos humanos, emprega a fórmula “o direito de todos os indivíduos a iguais liberdades de ação”, sendo que nesta se incluem os dois valores tradicionalmente associados a dito conceito: as idéias de liberdade e igualdade. Esta não é uma idéia inovadora, mas com ela Habermas submete a exame a autocompreensão normativa do estado democrático de direito, baseando-se na formulação kantiana de que o único e originário direito humano é o “direito a iguais liberdades subjetivas”. Por meio de uma reconstrução conceitual da gênese lógica do sistema de direitos, Habermas tenta desenvolver uma fundamentação racional que não tenha o caráter de uma fundamentação última⁴¹⁶.

Com o caráter pós-metafísico da cultura moderna, não se tem mais um fundamento último ao qual recorrer, o que gera uma constante problematização das convicções compartilhadas socialmente e um pluralismo de formas de vida concorrentes e incomensuráveis, o que exige algum tipo de regulação normativa integradora cuja validade seja defensável de maneira argumentativa e pública. Desse modo, Habermas apresenta dois elementos para a sua teoria: por um lado, enquanto meio de integração social funcionalmente imprescindível há a “forma jurídica” das normas, que leva ao sistema jurídico a “facticidade”, ou potência de força coercitiva que respalda as normas jurídicas; e por outro lado, como critério de justificação e fonte de legitimação social, há o “princípio do discurso”, que gera pretensão de validade intersubjetiva, inerente às normas jurídicas enquanto instrumentos regulativos de uma interação remetida em última instância à linguagem. A peculiar articulação entre estes dois elementos, que em princípio parecem ser contraditórios, mediante os quais opera o direito positivo nas sociedades modernas traduz-se em uma situação de constante tensão, com o perigo de se cair para um dos extremos. Esta é a

⁴¹⁶ A questão da fundamentação última foi debatida entre Apel e Habermas que divergiram, dentro da corrente da ética do discurso, com relação à possibilidade e alcance da fundamentação última da pragmática transcendental e se sua aceitação significaria uma recaída na metafísica dogmática. Apel mantém a possibilidade de uma fundamentação última, ainda que matizada, pois para ele existem pressupostos pragmático-transcendentais da práxis comunicativa que são necessários. Já Habermas, quando recorre ao termo “fundamentação”, está se referindo a um sentido “fraco” deste, procurando razões em favor de uma pretensão apoiada com evidências e argumentos, apta a defendê-la contra a crítica, mas não no sentido forte de fundar uma pretensão em uma base irrefutável. Cf. VELASCO, 2000: 68-72.

idéia diretora desenvolvida por Habermas, que entende que todo o sistema jurídico é concebido como a esfera de compromisso entre a facticidade, entendida como legalidade, e a validade, entendida como legitimidade⁴¹⁷. O princípio do discurso de Habermas cumpre a mesma função de filtro crítico que os critérios de racionalidade prática do Iluminismo, e em particular do imperativo categórico kantiano. A diferença se caracteriza por sua formulação procedimental e a introdução de uma chave intersubjetiva, fazendo com que o princípio do discurso se articule com os feitos próprios de um princípio de validade normativa⁴¹⁸.

Este princípio do discurso é exposto por Habermas da seguinte forma: “São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”⁴¹⁹. Habermas insiste no fato de que a fundamentação comunicativa ou discursiva das normas sociais, como são os direitos fundamentais, devem ser separadas de qualquer forma de filosofia da consciência e desenvolverem-se para além do monólogo do “eu-consigo-mesmo” ou dos falsos diálogos de caráter monológico. A fundamentação deve submeter-se àquelas intuições normativas que fazem do diálogo intersubjetivo um diálogo “honrado”. Essas intuições são recolhidas, de maneira procedimental, no princípio discursivo concebido como princípio regulativo. Desse modo, o princípio discursivo cumpre as funções próprias de um critério de aceitabilidade das normas de ação⁴²⁰.

Há sérios problemas práticos resultantes da implementação das máximas morais de ação decorrentes, entre outras razões, da sua indeterminação cognitiva e da sua debilidade motivacional. Depois do “desmoronamento” histórico das formas tradicionais de integração social, foi importante encontrar estruturas operativas que favorecessem ou, ao menos, possibilitassem a convivência e a cooperação social. Nesse sentido é que a técnica jurídica se mostrou como meio apto a tal tarefa, pois é através da linguagem do direito que se pode circular na sociedade mensagens com conteúdo normativo. A estes enunciados normativos se confere uma forma jurídica proporcionadora de uma indispensável estabilidade funcional, sendo que esta capacidade da forma jurídica de conceder segurança aos sujeitos sociais não pode ser fundamentada nem em termos epistêmicos, nem normativos,

⁴¹⁷ VELASCO, 2000: 157-9.

⁴¹⁸ Ibid., 159.

⁴¹⁹ HABERMAS, I, 2003: 142.

⁴²⁰ VELASCO, 2000: 159.

mas só pode ser explicada funcionalmente como complementação de uma moral pós-convencional de caráter abstrato, individualista, cognitivista e procedimental. A forma jurídica é um mero marco categorial vazio de conteúdo normativo, que gera validade abstrata (a generalidade semântica da lei) e capacidade de coerção própria do direito formal⁴²¹.

Quando o princípio do discurso toma forma jurídica ele se transforma em “princípio da democracia”, pois as leis jurídicas são válidas quando puderem encontrar assentimento de todos os membros da comunidade jurídica em um processo discursivo de criação do direito que a sua vez tenha sido instituído legalmente. Assim, a justificação do sistema dos direitos não repousa nas qualidades lógico-semânticas da lei geral, tal como pressupunha a filosofia da consciência, buscando uma gramática formal, abstrata e descontextualizada, mas procede das condições pragmáticas dos discursos que se fazem valer pela força coativa do melhor argumento. Ao se aplicar o princípio do discurso precisamente a esse meio institucional denominado “direito” é possível obter, dedutivamente, o “sistema dos direitos”. Com a forma jurídica haverá a estabilização das expectativas sociais de conduta e com o princípio do discurso haverá a oportunidade de se verificar a legitimidade das normas de ação. Estes são os meios suficientes para que se introduza, *in abstracto*, todas as categorias de direitos que dão lugar ao código de direito em si, fixando o estatuto das pessoas jurídicas⁴²².

À diferença dos direitos fundamentais justificados teoricamente pelo processo de positivação do direito natural de cunho racionalista, historicamente contingentes e a todo momento revisáveis pelo legislador constitucional, Habermas afirma que seu sistema de direitos não é arbitrário e nem convencional, pois é suscetível de dedução lógica e, portanto, de ser configurado de modo abstrato e anterior ao seu processo de positivação. O autor enfatiza que o sistema dos direitos não se apresenta ao legislador constitucional com esse caráter suprapositivo tão próprio do direito natural racionalista, nem desempenha as funções ideológicas que dita corrente de pensamento jurídico cobria de fato apelando ao caráter ontológico, de pretensão naturalista, de seus fundamentos. Habermas não se baseia em uma concepção pré-política da natureza humana e dos direitos inerentes à mesma, o que não o leva a reconhecer alguns direitos naturais previamente existentes. Os direitos humanos

⁴²¹ Ibid., 159-60.

⁴²² Ibid., 160.

são entendidos em qualquer caso somente como parte integrante do direito estabelecido, ou seja, do ordenamento instituído democraticamente. São direitos em sentido jurídico, com independência de seu conteúdo moral. O processo de fundamentação dos direitos é tido dentro de uma relação comunicativa entre sujeitos reais, o que leva a exclusão de uma fundamentação objetivista e monológica dos direitos⁴²³.

Para que não se confunda com uma gênese histórica, Habermas vai chamar este processo de “gênese lógica dos direitos”, concebido como um processo circular no qual os direitos de autonomia privada do sujeito e os direitos de participação política do cidadão se constituem mutuamente em um processo legislativo democrático, sem que se possa assinalar preferência alguma entre ambas as classes de direitos, pois tanto a autonomia privada quanto a pública são igualmente originárias. Elas são mutuamente complementárias, pois precisam uma da outra para sua realização. Este é o núcleo sistemático de toda a teoria discursiva do direito, qual seja, a gênese lógica de um sistema de direitos a partir do entrecruzamento do princípio discursivo e a forma jurídica⁴²⁴. Habermas, através dessa argumentação, quer fundamentar um sistema dos direitos que faça jus à autonomia privada e pública dos cidadãos⁴²⁵.

A autonomia jurídica que é exercida nos discursos jurídicos tem que permitir tanto a autonomia privada quanto a autonomia pública dos cidadãos, pois, no processo legislativo de produção de normas jurídicas estão à sua disposição tanto a liberdade subjetiva de ação como a liberdade comunicativa. A liberdade subjetiva de ação reside na faculdade dos cidadãos de eleger racionalmente os motivos para seguir a lei, enquanto que a liberdade comunicativa consiste na capacidade de julgar as pretensões de validade dispostas pelos sujeitos na linguagem ordinária⁴²⁶. O *medium* do direito pressupõe direitos que definem o *status* de pessoas jurídicas como portadoras de direitos em geral. Esses direitos são talhados segundo a liberdade de arbítrio de atores singularizados e tipificados, isto é, respeitando as liberdades de ação subjetivas, admitidas condicionalmente. Por um lado há a liberação dos atores da obrigação de agirem orientados pelo entendimento e, por outro, há a coordenação da ação por intermédio de leis coercitivas que limitam os espaços de opção a partir de fora. Gera-se um valor posicional fundamental de direitos que garantem e

⁴²³ Ibid., 160-1.

⁴²⁴ Ibid., 161.

⁴²⁵ HABERMAS, 2003: 154.

⁴²⁶ DURÃO, 2002: 112-3.

compatibilizam entre si as liberdades subjetivas imputáveis individualmente, uma autonomia privada que também pode ser descrita com liberação das obrigações da liberdade comunicativa⁴²⁷. É neste sentido que Habermas entende o princípio kantiano de direito às liberdades subjetivas de ação, que faz com que seja constituído um código jurídico na figura de direitos subjetivos, os quais imunizam os sujeitos jurídicos contra a imputação da liberdade comunicativa⁴²⁸.

A idéia da autolegislação de civis exige que os submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, possam se entender também enquanto autores do direito. Somente a normatização politicamente autônoma permite aos destinatários do direito uma compreensão correta da ordem jurídica em geral. O direito legítimo só se coaduna com um tipo de coerção jurídica que salvaguarda os motivos racionais para a obediência do direito. Não deve haver uma obrigação para isto, devendo ser facultado renunciar ou não, conforme o caso, ao exercício da liberdade comunicativa e à tomada de posição em relação à pretensão de legitimidade do direito⁴²⁹. O princípio do discurso, que recebe uma formulação neutra com relação à moral e ao direito, não é suficiente para expressar a idéia de autolegislação dos cidadãos, porque somente afirma que as normas de ação em geral podem ser avaliadas de modo imparcial e seguidas com discernimento. Ele necessita de especificações ulteriores para dar conta da legitimidade das normas jurídicas. Pelo fato das normas jurídicas admitirem a autonomia pública e privada dos cidadãos, o princípio do discurso deve entrecruzar-se com a forma jurídica a fim de gerar o princípio da democracia. Este possibilita um tipo de discurso legislativo através do qual os cidadãos podem escolher atuar segundo a liberdade subjetiva ou a liberdade comunicativa. Os discursos jurídicos realizados através do princípio da democracia permitem a dedução do conjunto de direitos fundamentais do sistema jurídico⁴³⁰.

Conforme expõe Durão, o processo circular segundo o qual o código jurídico e o procedimento de produção dos direitos – ou seja, o próprio princípio da democracia – se constituem co-originariamente é a gênese lógica dos direitos fundamentais. Os discursos jurídicos surgem do entrelaçamento do princípio do discurso com a forma jurídica, o que significa que os cidadãos devem participar do processo legislativo dispostos tanto a atuar segundo a liberdade subjetiva, quanto pela

⁴²⁷ HABERMAS, 2003: 154-5.

⁴²⁸ Ibid., 156-7.

⁴²⁹ Ibid., 157-8.

⁴³⁰ DURÃO, 2002: 113-4.

liberdade comunicativa; por conseguinte, na medida em que produzem as normas jurídicas do sistema de direitos, constituem, em primeiro lugar, os direitos fundamentais que lhes garantem o exercício da liberdade subjetiva de ação e depois os direitos fundamentais que possibilitam a institucionalização da produção de direitos, ou seja, o próprio princípio da democracia expressado nos direitos fundamentais de participação e comunicação. Como uma gênese lógica de direitos que se realiza passo a passo, o sistema de direitos é constituído também gradualmente à medida em que os direitos fundamentais se deduzem a partir do discurso jurídico, de tal modo que inicialmente os direitos fundamentais são obtidos em abstrato desde fora, pois o sistema de direitos, no qual se produzem efetivamente as normas do direito, ainda não se realizou. Somente ao final do processo, quando se deduzem os direitos fundamentais que permitem a produção do direito legítimo, chega-se à perspectiva concreta segundo a qual as normas do sistema jurídico podem ser justificadas desde o interior do próprio sistema jurídico⁴³¹.

3.4 O SISTEMA DOS DIREITOS

Após a explicação do que seria a gênese lógica, Habermas levanta a questão de quais seriam os direitos que se derivariam destes elementos mencionados. Segundo o autor, tratar-se-iam de direitos mínimos no sentido de básicos e imprescindíveis para a vida em comum entre os homens, ou seja, os direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo. Tais direitos deveriam ser analisados primeiramente na perspectiva de alguém que não está participando, ou seja, na perspectiva de um teórico⁴³². Assim, por meio do conceito de “forma jurídica”, que estabiliza as expectativas sociais de comportamento, e do princípio do discurso, à luz do qual é possível examinar a legitimidade das normas de ação em geral, fornecem-se meios suficientes para introduzir as categorias de direi-

⁴³¹ Ibid., 114-5.

⁴³² HABERMAS, 2003: 154.

tos que geram o próprio código jurídico, uma vez que determinam o *status* de pessoas de direito⁴³³:

(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação⁴³⁴.

Esta primeira categoria de direitos satisfaz às exigências da formulação kantiana do princípio geral do direito, que estabelece que uma ação é conforme ao direito quando permite a liberdade de arbítrio de cada um coexistir com a liberdade de todos segundo uma lei universal. Desse modo, somente são legítimas aquelas regulações que satisfazem estas condições de compatibilidade dos direitos de um com os iguais direitos de todos. O conceito de lei explicita a exigência, já compreendida no conceito de direito, de um igual tratamento: na forma de uma lei geral e abstrata, a todos os sujeitos correspondem direitos iguais⁴³⁵. A sua vez, estes direitos exigem, como correlatos necessários, as seguintes categorias jurídicas:

(2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status* de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito⁴³⁶.

(3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual⁴³⁷.

Conforme expõe Velasco, ninguém como Hannah Arendt contribuiu tanto para destacar a importância teórica e, sobretudo, prática desta segunda categoria de direitos. Devido ao tratamento dado às minorias durante o período de entreguerra, a autora estava convencida de que somente a admissão em um corpo político determinado (o direito a pertencer a algum tipo de comunidade organizada) asseguraria ao indivíduo o reconhecimento efetivo de qualquer outro direito. Este direito geral de toda pessoa a ser considerada como sujeito de direitos ocupa também um lugar central no sistema de direitos proposto por Habermas. O “direito a ter direitos”, segundo fórmula utilizada por Arendt, seria o primeiro direito em sentido lógico, a

⁴³³ Ibid., 158-9.

⁴³⁴ HABERMAS, 2005: 188.

⁴³⁵ VELASCO, 2000: 162-3.

⁴³⁶ HABERMAS, 2005: 188.

⁴³⁷ Ibid., 188.

condição de possibilidade dos direitos humanos. Em virtude deste estatuto básico o indivíduo é objeto da proteção do ordenamento jurídico e se erige em titular do resto dos direitos. Mas a prioridade lógica desta categoria não deve ser entendida como um direito prévio ao estabelecimento do direito positivo no sentido entendido pelo pensamento jusnaturalista⁴³⁸.

O termo cidadania é que define o estatuto de membro pleno de uma comunidade política. No atual vocabulário político tal noção se encontra intimamente associada ao termo jurídico de nacionalidade e com freqüência somente denota a condição de membro de um estado soberano reconhecido pelo direito internacional. Conforme expõe Velasco, em um estado democrático, auto-concebido como associação de cidadãos livres e iguais, essa compreensão formal do termo resulta insuficiente. A noção democrática de cidadania tem que se configurar mais como um princípio igualitário de pertinência a uma comunidade política, com a assunção de responsabilidades e prerrogativas imputáveis a todos os seus membros. A integração dos indivíduos deve descansar em um consentimento outorgado, ao menos, implicitamente e só cabe qualificar a aceitação do vínculo social como voluntária se puder ser renovada, suspendida ou retomada livremente⁴³⁹.

O terceiro grupo é o que atribui aos sujeitos garantias de defesas e de proteção jurisdicional ante as possíveis ofensas aos direitos. Com o princípio do discurso podem ser fundamentados os direitos fundamentais de acesso à administração da justiça. Eles asseguram a todas as pessoas idêntica proteção jurídica, igual direito a ser ouvido, igualdade na aplicação do direito, igual trato perante a lei, entre outros⁴⁴⁰. Para Habermas, estas três categorias de direitos nascem da aplicação do princípio do discurso ao *medium* do direito enquanto tal, isto é, às condições da formalização jurídica de uma socialização horizontal em geral. Ainda não podem ser interpretados como direitos liberais de defesa, uma vez que regulam apenas as relações entre os civis livremente associados, antes de qualquer organização objetiva ou jurídica de um poder do estado contra o qual os civis precisam proteger-se. E esses direitos fundamentais garantem a autonomia privada de sujeitos jurídicos somente na medida em que esses sujeitos se reconhecem mutuamente em seu papel de destinatários de leis, erigindo desse modo um *status* que lhes possibilite a pre-

⁴³⁸ Ibid., 163.

⁴³⁹ Ibid., 163-4.

⁴⁴⁰ Ibid., 164.

tensão de obter direitos e de fazê-los valer reciprocamente⁴⁴¹. Mesmo que estas categorias processuais tenham mostrado uma indubitosa eficácia nas sociedades ordenadas, podem resultar insuficientes ou até inoperantes ali onde os indivíduos não podem exercer ativamente os denominados direitos políticos. É por isto que Habermas acrescenta uma quarta categoria jurídica que se refere a estes direitos⁴⁴².

(4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo⁴⁴³.

Neste ponto, os membros da sociedade que proclama e faz seus estes direitos já não são considerados como meros sujeitos de direito, ou seja, como destinatários de uma lei à qual estão obrigados a obedecer enquanto súditos. Os indivíduos adquirem a condição de co-legisladores, isto é, de co-autores do ordenamento jurídico. Assim, ser um cidadão, em sentido estrito, é participar simultaneamente no papel de autor e de destinatário do direito. Ao mesmo tempo em que está submetido ao dever geral de obediência, goza de um estatuto através do qual pode tomar parte, de modo mais ou menos direto, no processo de elaboração das normas jurídicas, assim como reclamar seus direitos à administração pública e fazê-los valer ante outros cidadãos. Somente mediante o desfrute e exercício destes direitos o sujeito jurídico alcança a plena condição de cidadão de uma comunidade política⁴⁴⁴.

Um exercício completo das quatro categorias de direitos requer, portanto, condições de relativa simetria entre as posições sociais de todos os cidadãos. Ninguém pode atuar de forma autônoma no âmbito político se não tem garantidas as condições materiais para desenvolver sua autonomia privada. Alcançar essa situação nas sociedades capitalistas somente é possível mediante a articulação de uma nova categoria de direitos que assegure as condições fáticas de utilização dos direitos fundamentais iguais. Esta é a tarefa dos direitos de prestação próprios do Estado Social⁴⁴⁵. É por este motivo que Habermas introduz a sua quinta categoria de direitos fundamentais.

⁴⁴¹ HABERMAS, 2003: 159.

⁴⁴² VELASCO, 2000: 164.

⁴⁴³ HABERMAS, 2005: 189.

⁴⁴⁴ Ibid., 164-5.

⁴⁴⁵ Ibid., 165.

(5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4)⁴⁴⁶.

Esta quinta categoria corresponde ao núcleo do estado social e democrático de direito. A ordem de apresentação das cinco categorias de direitos reproduz a periodização histórica do estado de direito, que primeiramente atribuiu os direitos civis, que amparam o sujeito jurídico privado frente às intervenções ilegais do estado nas esferas da liberdade; depois os direitos políticos, que garantem ao cidadão sua presença participativa no processo democrático de tomada de decisões; e direitos sociais, que asseguram ao cidadão-cliente do estado de bem-estar o desfrute da segurança social e assistência sanitária e educativa⁴⁴⁷. Para Habermas o código jurídico de um estado de direito somente se configura como tal a partir da articulação do direito a iguais liberdades subjetivas de ação e incorporando, além disso, como correlatos necessários, os direitos de pertinência e o sistema de garantias judiciais. Estes direitos são de tal modo constitutivos do ordenamento jurídico que, na realidade, não há direito legítimo sem estes direitos. Não se apela como base da legitimidade a critérios formais ou organizativos, mas diretamente a princípios de grande entalhe normativo⁴⁴⁸.

3.5 A SEPARAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL E OS DISCURSOS DE APLICAÇÃO

Segundo Dutra, especialmente no que concerne à crítica dirigida à tese do caso especial e à doutrina da ponderação, a posição de Habermas pode ser resumida da seguinte forma:

- (a) O direito não está numa relação de subordinação à moral, mas de complementaridade;
- (b) O direito não pode contrariar a moral;
- (c) Deve-se levar a sério a distinção entre direito e moral;

⁴⁴⁶ HABERMAS, 2005: 189.

⁴⁴⁷ Ibid., 162.

⁴⁴⁸ Ibid., 167.

- (d) O elemento constitutivo deve aparecer com mais força no direito do que na moral, no seu conteúdo, no seu sentido de validade e no modo de legislação;
- (e) Os conteúdos morais, na medida em que são traduzidos para o código do direito, devem passar por uma transformação jurídica de seu significado;
- (f) O princípio do discurso deve ser neutro em relação ao direito e à moral, apesar de seu conteúdo normativo comum, a saber, a imparcialidade⁴⁴⁹.

A diferenciação entre direito e moral fica isenta de caracterizações ontológicas, mas também não cai em um reducionismo positivista, porque ao mesmo tempo em que se diferenciam, se complementam. Conforme aponta Velasco, o intento de Habermas não foi tanto o de distinguir entre normas jurídicas e morais, mas o de mostrar “como se relacionam ambos universos normativos em uma sociedade moderna com uma configuração pós-metafísica e pós-convencional”, pois não é possível uma taxativa separação entre os dois sistemas normativos⁴⁵⁰. Ao se tratar de uma relação complementar, não pode haver nenhuma subordinação hierárquica do direito à moral, mas sim uma comum participação na razão prática, pois precisam “cobrir o espaço livre deixado pela dissolução da eticidade tradicional na vida cotidiana”⁴⁵¹.

O sistema jurídico moderno diferenciou-se progressivamente de uma moralidade material concreta, mas, em realidade, mantém claros vínculos com uma moral pós-metafísica de caráter universalista. Com respeito à outra parte implicada na relação direito-moral, é preciso ter em conta que o discurso moral moderno – pós-convencional, isto é, baseado em princípios gerais – versa não sobre a totalidade das questões práticas, mas somente sobre aquelas que considera acessíveis a uma discussão racional e a uma posterior fundamentação⁴⁵².

Ao relegar a moral ao âmbito das questões referentes à justiça, é possível para a teoria do discurso fazer distinção entre o momento de validade das normas e o momento da decisão dos atores, ou seja, entre fundamentação e aplicação. O momento da validade está fora das mãos do indivíduo em particular, pois ela

⁴⁴⁹ DUTRA, 2006a: 34-5.

⁴⁵⁰ VELASCO, 2000: 97-8.

⁴⁵¹ *Ibid.*, 106.

⁴⁵² *Ibid.*, 110.

somente se resolve na esfera de um “intercâmbio lingüisticamente mediado entre diferentes sujeitos” e formado por requisitos procedimentais exigidos numa situação comunicativa. Mas para que uma norma determine diretamente seu pertencimento e aplicabilidade a um caso particular, é necessário, segundo Habermas, uma “habilidade prática que precede a razão prática” e que não está submetida às regras do discurso. Assim, o discurso prático de fundamentação de normas é complementado com um discurso que se volta para as questões de aplicação⁴⁵³.

Com a delimitação das diferenças entre direito e moral e as correlatas implicações no tratamento das normas, Habermas acredita que a sua proposta traz duas conseqüências para o âmbito do direito⁴⁵⁴:

(a) Em primeiro lugar, evita-se uma introdução posterior dos discursos especializados na fundamentação e aplicação das leis como se esses fossem casos especiais dos discursos morais de aplicação e fundamentação. Ao invés disto, eles se referem desde o princípio ao direito democraticamente estabelecido e, quando não se tratam só do trabalho de reflexão próprio da dogmática jurídica, eles vêm também juridicamente institucionalizados.

(b) Em decorrência, os discursos jurídicos não se referem somente a normas jurídicas, pois estão inseridos no próprio sistema de direitos e podem assim apelar a estratégias argumentativas que compensarão as suas contingências, ou seja, a sua falibilidade e a incerteza nas decisões resultantes dos exigentes pressupostos comunicativos dos discursos racionais cumpridos de forma aproximativa.

Como aponta Dutra, seria estranho conceber que o direito venha complementar a moral como um meio de atenuar sua “insuficiência motivacional, sua fraqueza institucional e, principalmente, sua indeterminação cognitiva”, e que a moral venha socorrer o direito nos momentos em que ele não consegue resolver as questões de aplicação. Para ser coerente com a teoria de Habermas, temos que observar o contrário: “é o direito que vem em socorro da moral e não a moral em socorro do direito”. Portanto, a moralização do direito é recusada “não só por uma divisão de trabalho entre ambas, mas porque a moral, dadas as suas exigências, não consegue ofertar uma determinação para a prática”⁴⁵⁵.

⁴⁵³ Ibid., 112-4.

⁴⁵⁴ HABERMAS, 2005: 306.

⁴⁵⁵ DUTRA, 2006a: 28.

Com todo este aparato, a jurisdição torna-se capaz de resolver a tensão entre a legitimidade e a positivação do direito especificando-se como um problema de decisão correta e ao mesmo tempo consistente. Mas esta mesma tensão volta a produzir-se no âmbito pragmático da prática das decisões judiciais, pois as exigências ideais a que está sujeito o procedimento argumentativo devem ser harmonizadas com as “restrições impostas pela necessidade fática de regulação”. Habermas vai compensar essa tensão fazendo com que o direito aplique-se a si mesmo em forma de normas organizativas que não se limitam à produção de competências da jurisdição em geral, mas também introduza discursos jurídicos como componentes dos processos judiciais.

As normas relativas à ordem do processo institucionalizam a prática da decisão judicial de maneira que a sentença e sua fundamentação possam se entender como resultado de um jogo argumentativo programado de forma especial. E novamente se entrelaçam procedimentos jurídicos com procedimentos argumentativos, não devendo interferir o estabelecimento que se faz de discursos jurídicos em termos de direito processual com o lado interno da lógica desses discursos. Pois o direito procedimental ou processual não regula a argumentação normativo-jurídica como tal, somente assegurando no aspecto temporal, social e objetivo o marco institucional para decursos de comunicação que assim ficam livres, quer dizer, que livremente se produzem, os quais só obedecem à lógica interna dos discursos de aplicação⁴⁵⁶.

Ao ficar desabrigado do “domínio moral” e não podendo recorrer a um “procedimento discursivo exigente, devido ao caráter manifestadamente interessado da contenda judicial, no caso concreto”, as ordens processuais são o esteio no qual Habermas compensa estas debilidades do discurso jurídico. Nas palavras de Dutra, Habermas vislumbra um elemento de racionalidade no “entrecruzamento entre o ordenamento processual, o desempenho de seus comandos pelo interesse estratégico das partes e a argumentação racional”. As limitações institucionais advindas do direito processual, ao mesmo tempo em que não determinam os argumentos que podem ser aceitos, nem o curso que a argumentação deve seguir, garantem um espaço interno no qual os argumentos e discursos de aplicação podem se desenvolver livremente⁴⁵⁷.

⁴⁵⁶ HABERMAS, 2005: 307.

⁴⁵⁷ DUTRA, 2006a: 28-9.

4 A INSTAURAÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL DE DISCURSOS JURÍDICOS

A tensão entre faticidade e validade, conforme apresentada por Habermas, é imanente ao direito e manifesta-se na jurisdição como tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas. Assim, dentro do direito processual, esta tensão pode também ser manifesta nas tarefas de se chegar à satisfação da pretensão, o que levaria à pacificação do conflito, mas ao mesmo tempo esta pacificação deve ser legítima, ou seja, o julgador precisa decidir de modo correto para o caso. Somente desta maneira é que o processo poderá propiciar às partes o “acesso à justiça”, pois, conforme expõe a doutrina jurídica brasileira, acesso à justiça não significa uma mera “admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo”⁴⁵⁸. Conforme Cintra, Grinover e Dinamarco, um efetivo acesso à “justiça” se dá quando o sistema jurídico propicia condições para que o maior número possível de pessoas demandem e se defendam adequadamente. Isto inclui a superação de dificuldades econômicas “que impeçam ou desanimem as pessoas de litigar ou dificultem o oferecimento de defesa adequada”⁴⁵⁹, como o oferecimento de justiça integral e gratuita; e inclui também a eliminação do impedimento de litigar para defesas de interesses transindividuais, como no caso da “Lei da Ação Civil Pública” (Lei 7.347/85) que elenca os casos em que algumas entidades podem pleitear judicialmente em prol de interesses coletivos ou difusos. O nexos interno entre autonomia pública e autonomia privada e como ele se processa no interior do sistema de direitos é o modo como Habermas fundamenta o direito de acesso à “justiça”, que somente será efetivo se as condições necessárias para o ingresso ao sistema jurídico forem estendidas ao maior número possível de pessoas. Os cidadãos só poderão usufruir dos instrumentos processuais se puderem contar com direitos políticos que garantam este desfrute. E as condições de relativa simetria entre os cidadãos serão adquiridas somente se forem garantidas as condições materiais para desenvolver sua autonomia privada.

No direito processual brasileiro, autores como Dinamarco, Grinover e Cintra entendem que a pacificação é o escopo magno da jurisdição e, por consequência, de todo o sistema processual. Entendem que hoje prevalecem as idéias do

⁴⁵⁸ CINTRA, et al., 2002: 33.

⁴⁵⁹ Ibid., 34.

estado social, que almeja realizar plenamente os valores humanos, dentro de um objetivo-síntese que é alcançar o “bem-comum”, sendo que a projeção particularizada deste bem-comum na jurisdição é a “pacificação com justiça”⁴⁶⁰. Cabe ressaltar que os conceitos de valores humanos e de bem-comum possuem uma outra conotação na teoria de Habermas, bem como o entendimento acerca da prevalência do estado social na sociedade atual. Em exposição que se verá adiante, esta doutrina tem raiz nos estudos de Chiovenda a respeito da função do processo como atuador do direito material.

Na doutrina processual, Aroldo Plínio Gonçalves⁴⁶¹ ponderou que esta concepção do escopo do processo ser a pacificação com justiça é imprecisa, pois a finalidade do processo não pode ser confundida com a finalidade da medida jurisdicional imposta pelo provimento. O direito material a ser atuado é somente aquele constatado pelo correto procedimento e através do contraditório, caso contrário não há como atuar um direito inexistente, pois este só virá a ser no caso concreto, no momento de aplicação de uma norma. O jurista também acrescenta que afirmar que a finalidade do processo é pacificar com justiça suscita uma questão imediata: “os direitos garantidos no processo não se confundem com o direito material que será objeto de exame na sentença”. Não se pode estabelecer como finalidade do processo a valoração da justiça do direito material, pois “a atuação do direito poderá ser valorada como justa, se justo for o direito a ser atuado”.

Para que os cidadãos tenham acesso a uma ordem jurídica justa, que ao mesmo tempo garanta a segurança jurídica e decisões corretas, a ordem jurídica deve possuir princípios e garantias que permitam um integral acesso à justiça, sendo que dentro do âmbito especificamente processual, devem ser oferecidos, além da mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo, a garantia de observância das regras do devido processo legal, bem como a garantia da participação plena das partes na formação do convencimento do juiz que julgará a causa. Para ir mais além, o direito deve proporcionar e garantir condições para uma participação ativa nos procedimentos de produção de normas nos mais diversos níveis. Nesse sentido, Calmon de Passos assevera:

⁴⁶⁰ Ibid., 24-5.

⁴⁶¹ GONÇALVES, 1992: 175-7.

Torna-se, pois, fundamental institucionalizar-se o que provisoriamente pode ser denominado *status activus processualis*, concebido como o reconhecimento do direito fundamental de se participar, ativa e responsabilmente, nos procedimentos que objetivam produzir normas jurídicas, em todos os seus níveis, bem como na institucionalização das respectivas estruturas organizativas⁴⁶².

Diante disto, é necessário uma revisitação dos institutos processuais para que se consiga uma técnica processual mais adequada, capaz de atender aos anseios de uma sociedade pós-convencional e pluralista. A teoria discursiva possui potencial para abastecer novos caminhos e visões que possam responder a estes anseios. Com a pergunta acerca da possibilidade de uma única sentença correta para cada caso, podemos visualizar no campo específico da filosofia do direito as diversas correntes que se desenvolveram ao longo do tempo e que tentaram solucionar a questão da fundamentação e aplicação das normas.

A proposta de Habermas com a sua teoria foi apresentar uma possibilidade de superação da dicotomia entre segurança jurídica e decisão justa e que não recorresse a fundamentos últimos. Com uma compreensão procedimentalista do direito, e sabendo-se possível chegar a uma única sentença correta para os casos, pelo menos *in the long run*, ou seja, enquanto for mantido o acordo referente à decisão, o juiz da teoria discursiva tem que conceber sua interpretação construtiva do direito, como a apresentada por Dworkin, como um empreendimento comum, sustentada pela comunicação pública dos cidadãos, o que levaria a um maior acesso à justiça e uma maior legitimidade das decisões, sem que se perca em termos de segurança. Em vez de um juiz com privilégios cognitivos, buscar-se-ia um processo que fosse aberto ao entendimento de todos. Não seria suficiente uma autolegitimação fática dos juízes apenas, como propuseram muitas teorias que se desenvolvem fundadas na esperança de uma melhor formação dos juízes. Isto recairia numa prática de especialistas do direito, que não proporcionaria uma intensa abertura democrática.

Um processo discursivo não visaria a um “fim natural”, à busca de um suposto direito natural passível de ser intuído pelos homens. O que há é um acordo não coercitivo, uma ordem de argumentos por enquanto coerentes, constituído de modo provisório, numa legítima busca cooperativa da verdade. Os direitos pro-

⁴⁶² PASSOS, 2001: 58.

cessuais devem ser aptos a garantir a cada sujeito a pretensão a um processo equitativo. As questões levadas ao processo são expostas a uma “clarificação” discursiva, permitindo aos atingidos adquirirem a segurança de que no processo só serão decisivos para a sentença judicial os argumentos que forem relevantes e não arbitrários. É por isto que Habermas afirma que as qualidades constitutivas da validade de um juízo devem ser procuradas não apenas na dimensão lógico-semântica da construção de argumentos e da ligação lógica entre proposições, mas também na dimensão pragmática do próprio processo de fundamentação. A correção de juízos normativos não pode ser explicada no sentido de uma teoria da verdade como correspondência, pois direitos são uma construção social que não pode ser hipostasiada em fatos.

Ao concluir o capítulo referente à indeterminação do direito e a racionalidade da aplicação judicial⁴⁶³, Habermas dá alguns apontamentos genéricos de como poderia se desenvolver uma teoria discursiva no direito. Recorrendo ao direito processual civil e penal alemão, a partir de um levantamento feito por Günther, Habermas mostra como sua teoria pode se estruturar com a instauração jurídico-processual dos discursos jurídicos. Num primeiro momento, ele analisa os aspectos da realização de uma atividade “legitimamente argumentativa”⁴⁶⁴, sob a perspectiva do olhar imparcial do juiz. Já num outro momento, ele analisa os aspectos institucionais para a garantia de um ordenamento aberto a uma legitimação democrática. Com base nestes apontamentos, algumas questões específicas do direito processual brasileiro serão analisadas sob o viés da teoria discursiva.

O debate acerca da função do processo tem por pano de fundo as discussões da dogmática do direito civil alemão, na disputa entre direitos objetivos e direitos subjetivos. Na origem da discussão podem-se verificar duas escolas diferentes acerca do ordenamento jurídico. De um lado estão aqueles que acreditam ser a função do ordenamento a de fazer atuar as normas abstratas, declarando o direito que preexiste no ordenamento. É a chamada teoria dualista do ordenamento jurídico. Para Chiovenda, o ordenamento jurídico estaria cindido entre direito material, que ditaria as regras abstratas que se tornariam concretas no momento em que o fato enquadrado nas suas previsões ocorresse, sem qualquer participação do juiz, e

⁴⁶³ HABERMAS, 2005: cap. V.

⁴⁶⁴ DUTRA, 2006a: 29.

direito processual⁴⁶⁵. Assim, o julgador somente declararia o direito aplicável ao caso concreto, ou, conforme expõe Chiovenda, a jurisdição seria a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição da atividade alheia pela dos órgãos públicos, ou afirmando a existência da vontade da lei, ou tornando-a efetiva na prática. Por esta idéia, a norma concreta nasceria antes e independentemente do processo⁴⁶⁶. Esta concepção procura se adaptar a essa noção declaratória de jurisdição, tendo esta a função de “atuar” o direito⁴⁶⁷. Ela é resultante da “concepção pura de positivismo”⁴⁶⁸, a que resume o direito ao sistema legal e aos princípios a ele inerentes. Neste caso, a sentença seria um ato de mera inteligência do juiz⁴⁶⁹. Dinamarco assim define esta concepção dualista:

A corrente dualista afirma que no universo do direito de origem germânica a ordem jurídica divide-se em dois planos muito bem definidos, o substancial e o processual, cada qual com funções distintas. O direito material é composto por normas gerais e abstratas, cada uma delas consistente numa tipificação de fatos e fixação da consequência jurídica desses fatos: sempre que ocorre na vida concreta algum fato que se enquadre no modelo definido naquela previsão legal, automaticamente se desencadeia a *sanctio juris* estabelecida no segundo momento da norma abstrata. Direitos subjetivos, obrigações e relações jurídicas constituem criação imediata da concreta ocorrência dos fatos previstos nas normas: a sentença não os cria nem concorre para sua criação⁴⁷⁰.

Bellinetti elenca como adeptos dessa corrente os seguintes processualistas: Chiovenda, Liebman, Fazzalari, Dinamarco, Theodoro Jr., Arruda Alvim, Moacir Amaral Santos, Alfredo Rocco, entre outros⁴⁷¹.

Do outro lado está a concepção unitária do ordenamento jurídico, na qual o juiz faria mais do que simplesmente declarar o direito, pois teria também uma função constitutiva. O direito objetivo não disciplinaria sempre todos os conflitos de interesses. Por isto, o processo seria necessário para a complementação dos comandos da lei. A cisão entre direito material e direito processual, aqui, não seria tão nítida: “o processo participa da criação de direitos subjetivos e obrigações, os quais

⁴⁶⁵ CINTRA, et al., 2002: 39.

⁴⁶⁶ Ibid., 133.

⁴⁶⁷ BELLINETTI, 1994: 71.

⁴⁶⁸ Ibid., 61-2.

⁴⁶⁹ Ibid., 102.

⁴⁷⁰ DINAMARCO, 2004a: 132.

⁴⁷¹ BELLINETTI, 1994: 62.

só nascem efetivamente quando existe uma sentença⁴⁷². Neste sentido é que Carnelutti entendeu por lide, num primeiro momento de seus estudos, qualquer conflito de interesses que for regulado pelo direito e que busca uma composição justa feita nos termos do direito. O escopo do processo seria a “justa composição da lide”, estabelecendo qual norma de direito material disciplina o caso, dando razão a uma das partes⁴⁷³. Suas raízes estão nas doutrinas positivistas críticas do positivismo puro, tendo Kelsen como o principal expoente⁴⁷⁴. Dinamarco assim a define:

O ordenamento jurídico seria unitário se processo e direito material se fundissem numa unidade só e a produção de direitos subjetivos, obrigações e concretas relações jurídicas entre sujeitos fosse obra da sentença e não da mera ocorrência de fatos previstos em normas gerais⁴⁷⁵.

Para Bellinetti, os defensores desta corrente são: Couture, Binder, Capograssi, Mortara, Pekelis, Ascarelli, Allorio, Satta, Carnelutti, Calamandrei, Michelli, Bulow, José da Silva Pacheco, Frederico Marques⁴⁷⁶.

Por trás dessa discussão também está aquela a respeito da evolução do conceito de direito de ação. Pela teoria imanentista, que remonta à Savigny, a ação seria o direito de pedir em juízo o que nos é devido. A ação e o processo seriam meros capítulos do direito substancial e a ação era vinculada ao direito subjetivo material. Com a polêmica entre Windscheid e Muther, foi admitido um direito de agir que poderia ser exercido contra o estado e contra o devedor. A partir disto, as teorias processualistas desenvolveram a idéia de que o direito de ação era autônomo em relação ao direito material, sendo um “direito subjetivo público oponível ao estado”⁴⁷⁷. À teoria concreta filiou-se Chiovenda, pela qual formulou a tese da ação como direito potestativo⁴⁷⁸. O direito de ação é um direito autônomo, embora não seja um direito subjetivo. Dirige-se contra o adversário e configura o poder jurídico de dar condições para que a vontade concreta da lei atue. Ela seria, em resumo, um direito que pertence a quem tem razão, contra quem não a tem. Nesse sentido, a

⁴⁷² CINTRA, et al., 2002: 39.

⁴⁷³ Ibid., 133.

⁴⁷⁴ BELLINETTI, 1994: 62.

⁴⁷⁵ DINAMARCO, 2004a: 132.

⁴⁷⁶ BELLINETTI, loc. cit.

⁴⁷⁷ GONÇALVES, 1992: 137.

⁴⁷⁸ Com Chiovenda se estabeleceu a concepção de que o direito de ação seria um direito subjetivo de natureza potestativa, e a de que o processo seria uma relação jurídica e um instrumento de atuação da lei (GONÇALVES, 1992: 137).

ação seria um direito autônomo e concreto. Já seguindo a linha de pensamento daqueles que entendem a ação como direito autônomo, mas abstrato, o direito de ação independeria da existência efetiva do direito material invocado. Haveria ação mesmo quando uma sentença negasse a pretensão do autor, sendo necessário para a caracterização do direito de ação apenas que o autor mencione um interesse seu protegido em abstrato pelo direito⁴⁷⁹.

É importante verificar que somente com a desvinculação do direito de ação em relação ao direito subjetivo material é que foi possível a atribuição de garantias de defesa e de proteção jurisdicional ante possíveis violações de direitos. Nesse sentido, a teoria discursiva procurou fundamentar um direito de acesso à justiça que assegurasse a todas às pessoas idêntica proteção jurídica, igual direito de ser ouvido, igualdade na aplicação do direito, igual trato perante a lei etc. Com a conjugação do direito a iguais liberdades subjetivas de ação, do direito de pertencimento a uma comunidade jurídica e do direito de ação é que se estabelece, para Habermas, o código do direito, que deve ser neutro e livre de qualquer ingerência material⁴⁸⁰.

A maioria dos processualistas brasileiros define a natureza jurídica da ação como um direito de natureza pública, que tem por conteúdo o exercício da jurisdição e de natureza constitucional.

A garantia constitucional da ação tem como objeto o direito ao processo, assegurando às partes não somente a resposta do Estado, mas ainda o direito de sustentar as suas razões, o direito ao contraditório, o direito de influir sobre a formação do convencimento do juiz – tudo através daquilo que se denomina tradicionalmente *devido processo legal* (Art. 5º, inc. LIV, CF)⁴⁸¹.

Nas palavras de Calmon de Passos:

Erigiu-se o direito de ação, cuja autonomia fora teorizada no século XIX, à categoria de direito fundamental, cujo objeto passou a ser o dever do estado-juiz de prestar sua atividade jurisdicional com vistas a produzir o direito aplicável ao caso concreto, fazendo-o não de modo arbitrário ou pretensamente racional, mas sim com obediência irrestrita a quanto disposto como *devido processo constitucional*⁴⁸².

⁴⁷⁹ CINTRA, et al., 2002: 249-53.

⁴⁸⁰ HABERMAS, 2005: 191.

⁴⁸¹ CINTRA, et al., 2002: 255.

⁴⁸² PASSOS, 2001: 59.

Para Calmon de Passos, é o processo que deve condicionar o produto, e não o contrário⁴⁸³. Como o direito não é algo dado aos homens pela natureza, mas por eles produzido⁴⁸⁴, foi importante todo esse processo de autonomização do direito de ação. O processo deixou de ser visto como um mero instrumento do direito material e é por isto que se critica a tese de uma instrumentalidade do processo no sentido de submissão ao direito material, dando ao processo um caráter secundário, de dependência. Segundo Bedaque, o direito processual tem a finalidade de garantir que a norma substancial seja atuada, ou seja, o direito processual atua quando o direito material não fosse realizado espontaneamente⁴⁸⁵. Seria um instrumento cuja utilidade é medida em função dos benefícios que ele possa trazer para o titular de um interesse protegido pelo ordenamento jurídico material. Assim, a natureza instrumental do direito processual impõe que os seus institutos sejam concebidos em conformidade com as necessidades do direito substancial⁴⁸⁶.

Dinamarco entende que o sistema processual deve guardar “perene correspondência” com a ordem constitucional, no sentido de acompanhar as “opções políticas do constituinte, as grandes linhas ideológicas abrigadas sob o pálio constitucional”. O processo deve ser o espelho e salvaguarda dos “valores individuais e coletivos que a ordem constitucional vigente entende de cultivar”. Para fundar a sua teoria da instrumentalidade do processo, o autor se baseia num conceito de justiça de conteúdo substancial e efetivo e num conceito de estado que busca ser o provedor dos seus cidadãos, que preza pelo bem-estar coletivo por meio de uma prática “declaradamente intervencionista”, que age sobre a ordem econômica e social, “buscando sua modelagem segundo os objetivos da ideologia aceita”⁴⁸⁷. Nesse sentido, o processo teria uma forte vinculação com as nuances políticas de cada período, pois tem uma estrutura teleológica que se manifesta nos escopos do processo⁴⁸⁸. Os fins da jurisdição não seriam apenas jurídicos, mas também sociais – pacificação com justiça e educação – e políticos – a participação, a afirmação da autoridade do estado e de seu ordenamento⁴⁸⁹.

⁴⁸³ Ibid., 57.

⁴⁸⁴ Ibid., 59.

⁴⁸⁵ BEDAQUE, 2003: 11.

⁴⁸⁶ Ibid., 16-7.

⁴⁸⁷ DINAMARCO, 2003: 33-5.

⁴⁸⁸ Id., 2004a: cap. IV.

⁴⁸⁹ Aroldo Plínio Gonçalves desenvolve uma crítica a respeito dos escopos meta-jurídicos do processo no item 9.6 do seu livro “Técnica processual e teoria do processo” (GONÇALVES, 1992: 179-88).

O processo, então, ficaria preso ao *ethos* de uma comunidade e a um conceito substancial de justiça, que são alvos de crítica da teoria discursiva, no que concerne à relação entre direito e poder e direito e moral, e por não atentar à divisão habermasiana entre discursos morais, éticos e pragmáticos. Por trás disto também encontra-se a teoria de Luhmann acerca da “legitimação pelo procedimento”, também alvo de crítica de Habermas, ao entender que o processo não é apenas um rito para se justificar uma sentença e que esta teoria é incapaz de apontar as condições de legitimidade do direito atual. Entretanto, tal debate entre Habermas e Luhmann não foi tratado neste trabalho.

Para Calmon de Passos, se os juristas contemporâneos atentassem para a importância dos estudos a respeito da linguagem, não dariam tanta ênfase à instrumentalidade do processo, ou a ênfase seria diferente. O direito é linguagem, e linguagem é também o direito aplicado ao caso concreto, que assume a forma de uma decisão judicial ou administrativa. Não dá para se dissociar o direito de seu processo de enunciação, pois direito pensado e o processo do seu enunciar são uma só coisa. Se direito é linguagem, o processo nada mais é que a linguagem que dá concreção ao direito. Assim, para ser rigoroso com os termos, Calmon de Passos conclui que “falar de ‘instrumentalidade’ em dogmática é utilizar-se palavra de todo inadequada”, por se tratar de um reducionismo simplificador ao ser identificada a instrumentalidade com o processo. O processo deve proporcionar a oportunidade para que as pessoas possam se “revelar”, pois esta é a estrutura do discurso e da ação, e não se constituir em meio de propagação de uma “verdade pressuposta”. Por isso, falar de instrumentalidade no nível da comunicação, do discurso, da ação, “ou é imaturidade de reflexão, por déficit filosófico, ou manipulação ideológica perversa, por déficit de solidariedade”. O direito está situado no mundo da ação e do discurso, no qual procuramos dar sentido e significação ao nosso agir. Assim, se formos usar a palavra instrumentalidade no processo teremos que dar a ela significado diferente do que aquele utilizado em nível de interação do homem com a natureza⁴⁹⁰. A instrumentalidade do processo deve ser entendida como o meio para os destinatários do processo formarem e aplicarem o seu próprio direito e disso não se conclui que “a técnica se desenvolve pela técnica e para a técnica”⁴⁹¹.

⁴⁹⁰ PASSOS, 2001: 62-5.

⁴⁹¹ GONÇALVES, 1992: 168-70.

A instrumentalidade técnica do processo [...] não poderia, jamais, significar a técnica se desenvolvendo para se produzir a si mesma. A instrumentalidade técnica do processo está em que ele se constitua na melhor, mais ágil e mais democrática estrutura para que a sentença que dele resulta se forme, seja gerada, com a garantia da participação igual, paritária, simétrica, daqueles que receberão os seus efeitos⁴⁹².

O que se quer afirmar é que o processo vai muito mais além do que ser um instrumento para a realização das opções políticas do legislador, transformando-se num legítimo meio discursivo que não se confunde com a simples realização de uma presumida vontade da lei ou de um “papel-missão do juiz” chamado a “julgar com justiça”⁴⁹³. As críticas da teoria discursiva ao solipsismo judicial já expressaram isto. A respeito da vocação do juiz⁴⁹⁴, Aroldo Plínio Gonçalves comenta:

No início do século XX [...] o direito processual civil estava dando os primeiros passos para consolidar sua autonomia. Compreende-se que toda ânsia pela justiça no processo fosse projetada no papel que se reservava ao juiz. Se o direito processual, que seria o direito do exercício da jurisdição, ainda estava se construindo, não havia então base para se discutir a função jurisdicional, dentro das disciplinas jurídicas, e a alternativa encontrada foi o desvio do problema para o “papel-missão do juiz”. Não se percebia que o juiz fala pelo estado, porque está investido da função que é do estado e que os membros da sociedade precisavam de maior proteção, no processo, do que a projetada na consciência do juiz. Hoje a sociedade pede mais do direito. Ela necessita de bons juízes, mas não transfere para a consciência do julgador a medida de seus direitos⁴⁹⁵.

Uma interpretação discursiva das teses de Elio Fazzalari seria uma oportunidade de aclarar melhor o problema aqui discutido. Fazzalari entende o processo como espécie do gênero procedimento⁴⁹⁶, sendo que haverá processo sempre onde houver o procedimento realizado em contraditório entre aqueles que se revelarem interessados, pois sofrerão os efeitos do processo. Assim se busca uma “simétrica paridade” na participação das partes e nos atos que preparam o provimento. Este modelo teria a vantagem de expandir o “arquetipo” do processo jurisdicional

⁴⁹² Ibid., 171.

⁴⁹³ Ibid., 177.

⁴⁹⁴ No direito brasileiro inúmeros autores pronunciaram-se a favor de um papel intervencionista do juiz no processo. Cf. HERKENHOFF, 2001, principalmente o capítulo II, intitulado “O juiz no universo do processo: seu papel intervencionista, a missão de velar pela dignidade da justiça”.

⁴⁹⁵ GONÇALVES, 1992: 178.

⁴⁹⁶ Ibid., 112.

a outros campos, como no das soluções de controvérsias que não necessariamente precisam recorrer ao judiciário para buscarem uma solução, como nas deliberações internas dos partidos políticos, de sindicatos, de associações, sociedades comerciais etc. Quando a divergência não puder ser resolvida nesses espaços, como no caso de questionamento do próprio procedimento, buscar-se-ia o processo judicial, com todas as suas garantias específicas, que seria o meio para a discussão de tais questões, por se revelar como a “estrutura mais completa para que sejam reunidos e ordenados coerentemente” os aspectos que se circunscrevem a esta atividade do poder⁴⁹⁷.

Outro ponto favorável das teses de Fazzalari é que a situação substancial, de direito material, não é condição prévia para a instauração do processo jurisdicional civil. Aroldo Plínio Gonçalves argumenta que, mesmo a lei processual brasileira exigindo que a inicial contenha os fatos e fundamentos jurídicos do pedido, bem como o pedido e suas especificações, pode-se afirmar que a situação de direito material não é pressuposto do processo civil no direito brasileiro. Ademais, sob o prisma constitucional, não se pode subtrair da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito (Art. 5º, XXXV, CF), o que garante o direito de acesso ao judiciário, independentemente da prévia constatação da existência do ilícito, da lesão ou da ameaça a direitos. A situação de direito substancial comparecerá nos atos do processo, mas não como pressuposto desses, mas como objeto de alegações e provas, como “conteúdo do contraditório”⁴⁹⁸.

A existência do direito para o qual se pleiteia a tutela pode ser confirmada ou negada pelo provimento, sem que se necessite indagar sobre a existência útil ou inútil do processo. Este cumprirá sua finalidade ao chegar a seu final com a participação das partes, participação revestida da garantia do contraditório, quer se confirme a existência do direito, da lesão ou da ameaça, caso em que não se poderá negar a tutela, quer se verifique a inexistência do direito, da lesão ou da ameaça, quando o provimento será emitido, mas a medida jurisdicional requerida será rejeitada⁴⁹⁹.

Habermas⁵⁰⁰ afirma que em relação às restrições sociais e temporais do processo pode-se dizer que no aspecto temporal, mesmo não havendo uma

⁴⁹⁷ Ibid., 115-6.

⁴⁹⁸ Ibid., 157-9.

⁴⁹⁹ Ibid., 165.

⁵⁰⁰ HABERMAS, 2005: 307-8.

estipulação com relação à duração máxima dos processos, os prazos impedem que as questões em litígio sejam tratadas dilatoriamente e fiquem à mercê das vontades das partes em dar andamento ao processo. Pelo aspecto social, a distribuição dos papéis sociais no processo estabelece uma simetria entre os pólos da ação. Isso seria um pouco mais do que a noção de que as partes apenas “colaboram”⁵⁰¹ com o juiz no processo e que estejam sempre em posições contrapostas⁵⁰², numa luta de ações e reações, de ataques e defesas⁵⁰³. Esta simetria entre os pólos da ação é que proporcionará uma solução “que faça justiça a ambos os participantes do conflito e do processo”⁵⁰⁴. Nesse sentido é que o direito ao contraditório se mostra como a garantia de participação, em simétrica paridade, daqueles aos quais se destinam os efeitos da sentença, ou seja, aos que são chamados de interessados⁵⁰⁵. Mas esta garantia não se confunde com “participação coativa”⁵⁰⁶. O contraditório seria uma oportunidade, e não uma obrigatoriedade, o que vai ao encontro das idéias de Habermas a respeito dos espaços de liberdade estratégica dentro do direito.

No que concerne às provas, os ônus vêm distribuídos de forma mais ou menos unívoca entre as partes e encontra-se estruturado de modo “agonístico”⁵⁰⁷, como se fosse uma espécie de competição entre as partes que perseguem seus próprios interesses. Se é tarefa do juiz decidir o litígio, deve haver critérios que o permita resolver a controvérsia quando os fatos principais não estão provados. Mesmo se tratando de espaços de ação estratégica, esta estrutura está organizada de forma tal que permita a apreensão e tematização de todos os fatos e meios relevantes para a constituição do estado de coisas, estabelecendo-se assim como uma norma de julgamento. Nesse sentido é que Marinoni afirma que o ônus da prova dirige-se, em princípio, ao juiz, e também às partes, pois orienta sua conduta processual em face da prova:

⁵⁰¹ LIEBMAN, 2003: 45.

⁵⁰² Ibid., 94.

⁵⁰³ CALAMANDREI, 1973: XX.

⁵⁰⁴ CINTRA, et al., 2002: 33.

⁵⁰⁵ GONÇALVES, 1992: 120.

⁵⁰⁶ Ibid., 159.

⁵⁰⁷ DUTRA, 2006a: 29.

O ônus da prova é uma regra de conduta para as partes, porque assinala quais os fatos que a cada uma interessa provar, para que se tornem certos e sirvam de fundamento à sua pretensão ou exceção. De outra parte, é uma regra para o julgador ou regra de juízo, porque indica como deve sentenciar quando não encontrar a prova dos fatos⁵⁰⁸.

A idéia de prova está ligada à tentativa de racionalização da descoberta da verdade. O juiz, no processo, tem por função a “reconstrução dos fatos” que a ele são apresentados e a aplicação a estes das regras abstratas do ordenamento jurídico positivo. Entretanto, esta função foi encarada de diferentes formas no decorrer evolutivo da ciência processual. Por muito tempo esta função esteve ligada a uma simples idéia de o juiz ser a “boca da lei”, cabendo-lhe, segundo Marinoni⁵⁰⁹, um juízo de “concreção da regra aos fatos”, extraíndo-se a “conseqüência aplicável ao conflito, disciplinando-o na forma como preconizada pelo legislador”. É certo que a função da prova é de suma importância para o processo. Conforme expunha Chiovenda⁵¹⁰, o magistrado só terá condições de determinar qual a regra abstrata que deve ser aplicada ao caso concreto se ele souber como as coisas se passaram, ou seja, como os fatos se desenvolveram. A norma fica condicionada à verificação de determinados fatos⁵¹¹. Toda a vez que se verifica os fatos ou grupos de fatos previstos pela norma, a norma que antes representava uma vontade geral, abstrata, hipotética, passa a atuar a vontade concreta da lei, pois nasce, na verificação da ocorrência do fato previsto pela lei, uma vontade particular que está propícia a atuar no caso determinado. Marinoni⁵¹² aponta que é por causa desta idéia que Chiovenda define jurisdição como aquela que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei. Chiovenda, preso ao espírito de sua época, afirma que a interpretação é obra somente da doutrina e que ao juiz cabe-lhe apenas aplicar a regra. A importância da verdade no processo levou Chiovenda a dividir o processo de conhecimento entre a demanda e a sentença, processo este que seria composto por uma série de atos que objetivariam dar ao juiz condições de se pronunciar em relação à demanda⁵¹³. Marinoni⁵¹⁴ também aponta que Liebman⁵¹⁵ conceitua o termo “julgar” como a valo-

⁵⁰⁸ MARINONI, 2004: 310.

⁵⁰⁹ Ibid., 290.

⁵¹⁰ CHIOVENDA, 2002: 18-9.

⁵¹¹ Ibid., 22.

⁵¹² MARINONI, 2004: 291, nota 4.

⁵¹³ CHIOVENDA, 1998: 72.

⁵¹⁴ MARINONI, 2004: 292.

ração de determinado fato que ocorreu no passado feita com base no direito vigente e determinadora da norma concreta que regerá o caso.

Este entendimento de que a tarefa do juiz é a de aplicar o direito objetivo ao caso concreto faz imprescindível “a reconstrução dos fatos a fim de que a hipótese prevista na norma seja adequadamente aplicada”. A adequabilidade estaria na “maior ou menor aproximação da hipótese descrita na regra com a realidade descoberta”. É pó isto que Marinoni afirma que a verdade material (ou substancial) seria, nessa linha histórica, o escopo básico da atividade jurisdicional. Este ideal de “busca incessante da verdade absoluta”, ou nas palavras de Carnelutti, a busca da “essência material do fato”⁵¹⁶, legitimaria a função judicial e serviria como “válvula regulatória” de sua atividade, “na medida em que a atuação do magistrado somente será legitimada dentro dos parâmetros fixados pela verdade por ele reconstruída no processo”⁵¹⁷. Apesar de para muitos esta idéia de verdade substancial já estar superada, a maioria dos processualistas modernos ainda têm como pressuposto que a verdade é uma concordância entre um fato da realidade sensível e a idéia que fazemos dele, fruto de uma filosofia vinculada ao paradigma do objeto⁵¹⁸. Marinoni conclui que o conceito de verdade no processo é intimamente ligado à idéia de verdade que se tem nos demais ramos do conhecimento:

[...] a questão da verdade (e, assim, da prova) deve orientar-se pelo estudo do mecanismo que regula o conhecimento humano dos fatos. E, voltando, os olhos para o estágio atual das demais ciências, a conclusão a que se chega é uma só: a noção de verdade é, hoje, algo meramente utópico e ideal (enquanto absoluto). [...] Em essência, o que se pretende dizer, na realidade, é que, seja no processo, seja em outros campos científicos, *já se poderá afirmar, com segurança absoluta, que o produto encontrado efetivamente corresponde à verdade*. Realmente, a essência da verdade é intangível (ou ao menos a certeza da aquisição desta)⁵¹⁹.

Marinoni constata assim que a prova não é assunto versado exclusivamente pelo direito processual e, por isto, o seu conceito, sua função e suas parti-

⁵¹⁵ LIEBMAN, 2003: 4.

⁵¹⁶ CARNELUTTI, 1973: 168.

⁵¹⁷ MARINONI, 2004: 292-4.

⁵¹⁸ Ibid., 292.

⁵¹⁹ Ibid., 294-5.

cularidades devem ser informadas por elementos das mais diversas ciências, ingressando no direito processual com visão e regime particulares⁵²⁰.

Como assevera Marinoni, a reconstrução dos fatos passados é influenciada por vários aspectos subjetivos, como os das pessoas que assistiram os fatos, ou os do julgador, que receberá e construirá o seu convencimento a partir das narrações ou provas de outra espécie. A respeito desta questão, Marinoni afirma que o perceptor de uma informação sempre altera o seu conteúdo, pois o absorve à sua maneira, acrescentando-lhe caracteres pessoais que acabam distorcendo a realidade. Desse modo, o julgador jamais poderá excluir a possibilidade de que as coisas podem ter acontecido de maneira diversa da que lhe é apresentada. Além disto, outras particularidades acabam contribuindo para a não apreensão da verdade absoluta, porque no processo também se encontram limites legais para a atividade probatória, excluindo alguns meios de provas que podem afetar outros interesses⁵²¹, ou como afirmava Chiovenda, no interesse da paz social, a lei traça limites à pesquisa da verdade⁵²².

No direito processual brasileiro ainda encontramos muitas ligações do conceito de prova com o entendimento passado à respeito do que seria a verdade. Assim, Manuel Galdino da Paixão Júnior, seguindo um vocábulo romano, *ex facto oritur jus*, afirma que até hoje as coisas são assim⁵²³. Para o autor, o vocábulo verdade significa a correspondência do fato descrito nos autos e o acontecimento efetivamente ocorrido⁵²⁴. Em resposta a esta idéia, Marinoni traz para o direito probatório brasileiro uma aplicação dos estudos da teoria discursiva, procurando avaliar a questão da verdade por meio do procedimento utilizado para se chegar a ela. A partir da premissa de que “não é objetivo concreto do juiz *encontrar* a verdade (absoluta) no processo”, o autor conclui que a função da prova é de ser um meio “retórico” indispensável ao debate judiciário: “O processo deve ser visto como palco de discussões; a tópica é o método da atuação jurisdicional e o objetivo não é a reconstrução do fato, mas o *convencimento* dos demais sujeitos processuais sobre ele”. A razão vai centrar-se na comunicação e não na reflexão isolada de um só sujeito, sendo que o verdadeiro e o falso não se originarão nas coisas, nem na razão indivi-

⁵²⁰ Ibid., 305.

⁵²¹ Ibid., 297-8.

⁵²² CHIOVENDA, 2002: 63.

⁵²³ PAIXÃO JR., 2002: 244.

⁵²⁴ Ibid., 248.

dual, mas no procedimento. A verdade, nesse contexto não absoluto, vai ser, ao menos para os participantes, o resultado do processo, atingido após o discurso, sendo algo provisório, prevalecendo apenas enquanto se verificar o consenso, e para uma situação específica e concreta⁵²⁵.

Com base na teoria discursiva, Marinoni pode então questionar a vinculação da idéia de prova com o passado, como se fosse possível, por meio da reconstrução dos fatos passados, apresentar ao juiz meios que o convença sobre a efetiva ocorrência de tais fatos. Para o autor, “é impossível o restabelecimento dos fatos pretéritos”. Assim:

Conclui-se, então, [...] que qualquer dos conceitos acima ofertados, enquanto relacionados a paradigmas já superados do conhecimento, não se prestam para uma definição real e adequada do conceito de prova. Insta, assim, buscar nova dimensão para situar este conceito, apta a fazer frente às premissas anteriormente expostas sobre a forma do conhecimento, conforme verificadas pela filosofia atual⁵²⁶.

A prova assumirá, deste modo, a função de “fundamento para a escolha racional” da hipótese que irá servir de conteúdo para a decisão judicial, sendo apta a justificar a escolha de uma das teses trazidas pelas partes ao processo. Por isso, Marinoni entende que a prova pode ser definida como um meio retórico que vem regulado pela lei e tem por destino o convencimento do juiz acerca da validade das proposições apresentadas no processo. É importante ressaltar que essa desvinculação da prova com a verdade não quer dizer que o juiz não deva pautar-se pela meta de perseguir sempre uma verdade ideal no processo. Entretanto, é necessário estar ciente das limitações que se têm quando se trata do instituto da prova no processo, pois é impossível se chegar ao encontro da “verdade”⁵²⁷.

Dentro deste contexto, a prova não se destinará a provar fatos, mas as “afirmações de fato”⁵²⁸. A alegação é que pode estar em consonância com o que se passou, e não o fato, pois este não pode ser qualificado como verdadeiro ou falso, pois ou ele existe ou não existe. Somente as alegações sobre um fato é que serão passíveis de serem qualificadas como verdadeiras ou falsas. E se tratando de uma teoria que privilegia a argumentação dentro do processo, cabe ressaltar algu-

⁵²⁵ MARINONI, 2004: 298-301.

⁵²⁶ Ibid., 307.

⁵²⁷ Ibid., 307-8.

⁵²⁸ Ibid., 308-9.

mas regras que auxiliam no processo argumentativo, como a que exige que ao processo sejam trazidos somente os fatos pertinentes e relevantes para a solução do litígio, pois só estes serão objeto de prova, e a regra que permite que no processo sejam alegados somente os fatos principais, pois os fatos secundários podem ser apreciados pelo juiz ainda que não tenham sido afirmados pela parte interessada.

Marcelo Cattoni, munido também do arsenal teórico proporcionado pela teoria discursiva do direito, critica algumas dicotomias criadas pela doutrina jurídica. Uma delas é a dicotomia que se produziu na doutrina processualista brasileira, com base na lição de autores alemães, entre direito constitucional processual – o conjunto de normas constitucionais que estruturam o direito processual – e direito processual constitucional, ou, simplesmente, processo constitucional – processo através do qual a jurisdição constitucional é exercida⁵²⁹. Esta distinção surgiu, segundo Cattoni⁵³⁰, no contexto histórico de criação de uma jurisdição constitucional concentrada do direito tradicional continental europeu. Seguindo a teoria kelseniana, o legislativo e a corte constitucional estão autorizados a interpretar a constituição; os cidadãos e o juiz comum não. Estes devem presumir a constitucionalidade dos atos normativos e das leis, segundo o entendimento da corte constitucional. Parafraseando Peter Häberle⁵³¹, neste caso poderíamos falar de uma sociedade fechada dos intérpretes da constituição, sociedade esta que, para Cattoni,

⁵²⁹ Segundo o autor, a distinção poderia ser resumida da seguinte forma: o direito constitucional processual seria formado a partir dos princípios basilares do devido processo e do acesso à justiça, e se desenvolveria através de princípios constitucionais referentes às partes, ao juiz, ao ministério público, enfim, os princípios do contraditório, da ampla defesa, da proibição das provas ilícitas, da publicidade, da fundamentação das decisões, do duplo grau, da efetividade, do juiz natural etc. Já o direito processual constitucional seria formado a partir de normas processuais de organização da justiça constitucional e de instrumentos processuais previstos nas constituições, afetos à garantia da constituição e à garantia dos direitos fundamentais, controle de constitucionalidade, solução de conflitos entre os órgãos de cúpula do estado, resolução de conflitos federativos e regionais, julgamentos de agentes políticos, recurso constitucional, *habeas corpus*, amparo, mandado de segurança, *habeas data* etc. (OLIVEIRA, 2001: 183). No direito processual brasileiro há alguns autores que tratam especificamente desta divisão. Manuel Galdino da Paixão Júnior, no capítulo IV do seu livro “Teoria geral do processo” trata do direito processual constitucional (PAIXÃO JR., 2002); José Cretella Neto apresenta, no capítulo IV de seu “Fundamentos principiológicos do processo civil”, quais são os princípios constitucionais do processo civil (CRETELLA NETO, 2002); Nelson Nery Júnior é outro processualista que tem uma obra específica sobre o tema, intitulada “Princípios do processo civil na Constituição Federal (NERY Júnior, 1999).

⁵³⁰ OLIVEIRA, 2001: 185.

⁵³¹ HÄBERLE, 1997.

criou a doutrina das normas constitucionais programáticas, dos direitos fundamentais em sentido objetivo, que equiparou os direitos a bens negociáveis, que inspirou a doutrina dos escopos metajurídicos do processo, que criou a jurisprudência dos valores⁵³².

As razões que Cattoni levanta para ir contra esta divisão são duas:

Por um lado, se o direito constitucional é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, posto que estabelece os processos através dos quais todas as demais normas são produzidas, quer da perspectiva legislativa, quer da perspectiva da aplicação jurisdicional, não há direito processual que não deva ser, nesse sentido, constitucional. Por outro lado, no Brasil, apesar de vozes discordantes, o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e dos atos normativos é fundamentalmente difuso e incidental, como exigência constitucional basilar no esteio da melhor tradição democrática e constitucional brasileira⁵³³.

Cattoni leciona que tanto no Brasil, quanto nos Estados Unidos, todo cidadão pode ser considerado como intérprete da constituição: “qualquer cidadão tem o direito de desobedecer a comandos estatais inconstitucionais e qualquer juiz deve pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade desses comandos”. Esse direito a desobedecer presume-se do fato de que a decisão judicial acerca da inconstitucionalidade é declaratória e com efeitos retroativos, resultado de um “reconhecimento institucional de um direito concreto a desobedecer”⁵³⁴. Com base na afirmação de José Luiz Quadros de Magalhães de que no Brasil toda jurisdição é jurisdição constitucional, Cattoni aponta que segundo o ordenamento jurídico brasileiro o controle de constitucionalidade pode ser dado como preliminar de mérito em qualquer processo, podendo o cidadão se opor ou argüir uma inconstitucionalidade, sendo que todo juiz ou tribunal, em qualquer instância, pode e deve apreciar a constitucionalidade de lei ou ato normativo de qualquer espécie.

⁵³² OLIVEIRA, 2001: 185.

⁵³³ Ibid., 184.

⁵³⁴ Ibid., 185.

A ação direta de inconstitucionalidade, o mandado de segurança, o *habeas corpus*, o mandado de injunção, nada mais são do que meios processuais especiais, complementares e, como tais, devem ser compreendidos como formas de concretização do mais amplo modelo do direito à tutela jurisdicional. A atividade jurisdicional que se desenvolve através deles não cria um *estado de exceção* e nem mesmo o Supremo Tribunal Federal deve assumir o papel de uma corte constitucional kelseniana ou de presidente do *Reich* schmitiano. A cidadania não precisa de tutores⁵³⁵.

Em conclusão, para Cattoni, mesmo que se admita a existência de um processo constitucional enquanto disciplina de estudo, qualquer processo é constitucional e por isto não se deve levar tão a sério a distinção apresentada, a ponto de se distinguir intimamente o que se relaciona ao processo e o que se relaciona à constituição.

Com o mesmo arsenal teórico, Cattoni ainda discute alguns entendimentos da doutrina processualista brasileira acerca dos direitos transindividuais. Assim, a distinção que poderia haver entre direitos individuais, coletivos, sociais e difusos é apenas de natureza lógico-argumentativa, pois é só no momento da aplicação das normas que se verificará com precisão qual tipo de direito se trata, inclusive sendo possível a utilização dos mais variados meios processuais, individuais ou coletivos, para a tutela desses direitos⁵³⁶. Para o autor, tal perspectiva seria mais ampla do que a teoria da interdependência dos direitos, a qual reconhece a interdependência entre os direitos humanos, não os considerando apenas pelo enfoque histórico-cronológico, marcado pela classificação dos direitos em gerações, mas buscando compatibilizar os direitos uns em relação aos outros⁵³⁷. Isto porque neste caso “não se trata simplesmente de uma aplicação ponderada, proporcional ou compromissória de normas constitucionais, semanticamente consideradas, que pretende restringir ou otimizar o exercício dos direitos”. Tal tipo de aplicação de normas é guiada por uma compreensão axiológica dos direitos, compreensão rejeitada por Habermas por confundir e reduzir “a aplicabilidade ou adequabilidade de uma norma à justificação ou extensão da sua validade ou vigência jurídicas”. Nenhuma predeterminação material pode dar prioridade a determinados pontos-de-vista normativos,

⁵³⁵ Ibid., 184.

⁵³⁶ Ibid., 189-90.

⁵³⁷ Ibid., 187.

em detrimento de outros, porque a adequabilidade de um discurso de aplicação só é procedimentalmente justificada em cada caso concreto⁵³⁸.

Se partirmos de uma compreensão procedimentalista do direito, em que qualquer proposição jurídica é fruto de interpretação, sobre o pano de fundo de visões paradigmáticas concorrentes, não se pode predefinir o *conteúdo* ou a *extensão total* de um dispositivo normativo, que ganha sentido a cada novo caso concreto, predeterminando-se materialmente a argumentação. É necessário, mais uma vez, romper com uma teoria material do direito e dos direitos que estabelece um modelo padrão, fixo, para a sua *efetivação*, até mesmo porque a dinâmica de uma sociedade democrática e pluralista não coaduna com visões privilegiadas e excessivamente concretas do que seja vida, liberdade, igualdade, segurança, trabalho ou até mesmo dignidade humana⁵³⁹.

O sistema processual brasileiro é vantajoso nesse sentido, pois o meio coletivo não exclui o individual e vice-versa, havendo entre eles uma “inter-relação” explicitada na Lei 8.078/90, sendo que os direitos individuais homogêneos, coletivos, e difusos não estão estabelecidos num catálogo fechado. Com base no Art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, só poderemos determinar o tipo de direito transindividual por meio de uma argumentação jurídica de aplicação com vistas ao caso concreto. Se assim não for, as possibilidades de acesso à jurisdição serão reduzidas e se nos prendermos a um catálogo fechado dos direitos transindividuais negaremos de antemão a tutela jurisdicional, pois somente no caso concreto se saberá a respeito da correta categorização de tais direitos⁵⁴⁰. Nesse sentido:

A definição legal adotada pelo legislador brasileiro parece ser suficientemente precisa e ampla para cobrir todas as situações nas quais o tratamento coletivo aos direitos de grupo é necessário. [...] As definições dos direitos de grupo enumerados nas leis sobre ações coletivas são somente categorias gerais⁵⁴¹.

Se o direito processual for estruturado deste modo, ou seja, instaurando jurídico-processualmente os discursos jurídicos, demarca-se institucionalmente um espaço interno para o livre processamento de razões nos discursos de aplicação. Os procedimentos que se dão antes da audiência oral – ou do saneamento do

⁵³⁸ Ibid., 190.

⁵³⁹ Ibid.

⁵⁴⁰ Ibid., 191-2.

⁵⁴¹ GIDI, 2004: 65.

processo – servem para definir o objeto de disputa, delimitando-se claramente os casos⁵⁴². Seguindo a exemplificação de Dutra⁵⁴³, no caso do sistema processual brasileiro pode-se sugerir os seguintes dispositivos: o Art. 5º, LIV da Constituição Federal, que dispõe sobre o devido processo legal; o mesmo artigo em seu inciso LV estabelece como direito individual o contraditório e a ampla defesa.

A relação circular que há no processo entre normas jurídicas e estado de coisas, ou seja, entre variantes de interpretação e relações com fatos, é atenuada pela divisão entre questões de fato e questões de direito, fazendo com que as normas permaneçam “atrás dos bastidores” até que os fatos sejam estabelecidos por meio das diligências probatórias encenadas na interação entre as partes do processo. O direito processual compreende o discurso jurídico acerca dos fatos provados ou tidos por verdadeiros quando o tribunal tem que expor e fundamentar seu juízo perante os implicados no processo e ante a opinião pública, fundamentação esta que compreende os fatos que se julga e os motivos da decisão. Os juízes são livres para formar o seu convencimento, pois os procedimentos não normatizam as razões que devem ser consideradas admissíveis, nem tampouco o percurso que a argumentação deve seguir⁵⁴⁴.

No caso brasileiro, o Art. 93, III, da Constituição Federal estatui que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. O Art. 157 do Código de Processo Penal dispõe sobre a formação da livre convicção do juiz na apreciação da prova e o Artigo 381, III preceitua que a sentença deverá indicar os motivos de fato e de direito em que se funda a decisão. Já o Código de Processo Civil, em seu Art. 131, preceitua sobre a livre apreciação da prova pelo juiz, que deve se ater aos fatos e circunstâncias constantes nos autos, indicando na sentença os motivos para a formação do seu convencimento. Sobre os prazos, o Art. 192 traz que os prazos peremptórios não podem ser reduzidos ou prorrogados pelas partes. Sobre o objeto, o Art. 286 estabelece que ele deve ser certo ou determinado, delimitando os casos em que ele pode ser genérico.

Conforme José Cretella Neto, a publicidade dos atos judiciais é a garantia democrática de controle do uso da autoridade judiciária, permitindo a todos acompanhar a “distribuição da justiça”. Para o autor, além da função de fiscalização,

⁵⁴² HABERMAS, 2005: 307-8.

⁵⁴³ DUTRA, 2006a: 29-30.

⁵⁴⁴ HABERMAS, 2005: 308-9.

a publicidade tem também uma função educativa, o que facilitaria a divulgação das “idéias jurídicas” e elevaria o “grau de confiança da comunidade na administração da justiça”⁵⁴⁵. Entretanto, isto ainda guarda uma profunda idéia de uma comunidade guiada por sábios, a qual deve dar a sua anuência às decisões das autoridades somente sob uma perspectiva de “acompanhamento e fiscalização”, encontrando nisto também uma função educativa que levaria uma pretensa “verdade dos sábios” aos cidadãos, para que estes a apreendam e a sigam. O conceito de publicidade a ser empregado pela teoria discursiva busca não impor uma “prestação jurisdicional de elevado nível”⁵⁴⁶ aos cidadãos, mas sim chamá-los a participar, fiscalizar e decidir o direito, numa verdadeira sociedade dos intérpretes do direito.

E por fim, o resultado do processo pode ser reexaminado pelas sucessivas instâncias superiores. Para Habermas, esta possibilidade de revisão institucionalizada serve para duas coisas: à proteção individual do direito sob o duplo ponto de vista da justiça no caso singular; e à uniformização na aplicação do direito e seu aperfeiçoamento, por meio da concentração da jurisdição em tribunais cada vez mais altos até chegar ao tribunal supremo. As partes têm o direito de obter decisões corretas e justas mediante a revisão das sentenças. Essa simples possibilidade de revisão já é um fator que força os tribunais a fundamentarem cuidadosamente a sua decisão. Para que o sistema jurídico seja eficiente e substitua a autotutela⁵⁴⁷, as partes devem estar seguras de que obterão uma decisão correta. Em síntese, “o tribunal tem que decidir cada caso particular mantendo a coerência da ordem jurídica em conjunto”⁵⁴⁸. No sistema brasileiro, cabe ao Supremo Tribunal de Justiça esta tarefa. O recurso especial é possibilitado quando a decisão à qual se recorre dá à lei federal uma interpretação que seja divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal, conforme o Art. 105, III, c, da Constituição Federal. Ao supremo Tribunal Federal cabe função análoga, quando a Constituição Federal, em seu Art. 102, II, a, atribui-lhe a função de uniformização da jurisprudência em face da Constituição Federal, por meio de recurso extraordinário.

⁵⁴⁵ CRETELLA NETO, 2002: 100-1.

⁵⁴⁶ *Ibid.*, 101.

⁵⁴⁷ A autotutela seria aquela vigente numa comunidade na qual ou não haveria direito, ou o direito não estaria acima da vontade dos particulares. Não havendo o direito, inexistiria um órgão estatal com soberania e autoridade para cumprir o direito, nem ao menos existiriam leis. Assim, aquele que pretendesse algo, deveria buscá-lo “com sua própria força e, na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão (CINTRA, et al., 2002: 21).

⁵⁴⁸ HABERMAS, 2005: 309.

CONCLUSÃO

Em sua teoria do direito, Dworkin parte do pressuposto de que todo caso possui uma resposta correta. Isto é o que garantiria a integridade de um sistema jurídico. Entretanto, para se chegar a esta resposta, Dworkin exige um juiz nas dimensões do juiz Hércules. A teoria discursiva do direito de Habermas pretendeu construir uma teoria do direito de viés intersubjetivo que pudesse dar uma sentença correta a cada caso, mantendo a segurança jurídica e a correção da decisão. O intuito deste trabalho foi apresentar a crítica de Habermas à teoria do direito contemporânea, bem como mostrar como seria um sistema processual que fosse estruturado com o objetivo de institucionalizar os discursos jurídicos. Assim, dentro do âmbito processual, se partirmos de uma perspectiva discursiva, é necessária a reforma do direito processual para torná-lo efetivamente discursivo. Foi por isto que na última parte do trabalho foram levantadas algumas hipóteses de como deveriam ser interpretados alguns institutos do direito processual.

Na sociedade atual existe uma pluralidade de modos de vida que são concorrentes entre si. Não é mais defensável uma teoria que imponha verdades absolutas como fundamento para o direito, ou seja, que pressuponha fundamentos metafísicos ou de ordem naturalística ou de ordem teológica para as normas de ação. É por isto que o direito deve buscar os princípios de sua justificação dentro do interior da própria realidade jurídica. A teoria procedimental de Habermas propõe um novo caminho para a compreensão do estado democrático de direito indicando dentro do campo da teoria do direito condições pragmáticas de comunicação para que os discursos jurídicos de justificação e aplicação se realizem. Um direito processual que queira ser um meio comunicativo de realização da liberdade do homem, no qual todos possam se expressar e se encontrar, não pode se comprometer com verdades impostas por uma comunidade de sábios do direito. Somente a partir de uma prática intersubjetiva de produção do direito se poderá garantir a legitimidade das decisões.

Mas para que os discursos jurídicos possam ser efetivamente institucionalizados, não caindo numa mera “formalização” de procedimentos, o direito como um todo precisa ser reformulado. É por isto que os efeitos dos argumentos levantados pelos teóricos da teoria discursiva devem ser analisados no âmbito do ordenamento jurídico em geral, tanto no nível constitucional, quanto no infraconstitu-

cional. Assim, uma análise das discussões acerca da jurisdição constitucional se faz imprescindível, pois a prática da interpretação discursiva também deve operar no âmbito da divisão de poderes do estado de direito, encarando também o problema do ativismo judicial e das discussões acerca de uma justiça que não se imiscua em tarefas legislativas. Isso leva também ao problema da racionalidade do processo legislativo, que não se encontra à disposição dos órgãos da aplicação do direito. Por isso, a relação entre justiça e legislação é um ponto de referência para o tratamento da questão, a qual tenta equilibrar a distribuição de competências entre legislador democrático e justiça.

A sugestão de Peter Häberle de uma sociedade dos intérpretes da constituição deveria ser alargada para a noção mais vasta de uma sociedade dos intérpretes do direito, como inicialmente apontada por Habermas, mas por ele não desenvolvida, o que daria maior legitimidade ao direito e o tornaria mais discursivo, pois a prática da decisão judicial não se apoiaria somente no ideal da personalidade de um juiz. Em auxílio a esta proposta, a idéia de “patriotismo constitucional”, que não foi tratada neste trabalho, é sugerida por Habermas como um conceito-síntese de uma democracia deliberativa e participativa, que proporcionaria um consenso constitucional que “apenas formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos, entenderem-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los”.

Desse modo, uma única sentença correta para cada caso não é uma utopia nem uma imposição de verdades últimas. Ela é o resultado de uma nova análise do direito, que superaria a dicotomia entre segurança jurídica e decisão correta, dentro de um sistema jurídico reconfigurado para uma sociedade pluralista e democrática.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *DOXA*. 1988, 5, pp. 139-151.

_____. *Teoria da argumentação jurídica*. [trad.] Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo : Landy, 2001. p. 355.

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*. [trad.] Ernesto Garzón Valdés. Madri : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 607.

_____. Justicia como corrección. *DOXA*. 2003, 26, pp. 161-71.

_____. La naturaleza de la filosofía del derecho. *DOXA*. 2003, 26, pp. 147-59.

_____. *El concepto y la validez del derecho*. [trad.] Jorge M. Seña. 2.ed. Barcelona : Gedisa, 2004. p. 208.

_____. Ponderación, control de constitucionalidad y representación. [A. do livro] Robert ALEXY e Roberto VÁZQUEZ. *Jueces y ponderación argumentativa*. Cidade do México : Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, 1, p. 88.

ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. *DOXA: Cuadernos de filosofía del derecho*. 2001, 24, pp. 671-87.

_____. *Las razones del derecho - Teorías de la argumentación jurídica*. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 246.

ATIENZA, Manuel e MANERO, Juan Ruiz. Sobre principios y reglas. *DOXA: Cuadernos de filosofía del derecho*. 1991, 10, pp. 101-20.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3.ed. rev. amp. São Paulo : Malheiros, 2003.

BELLINETTI, Luiz Fernando. *Sentença civil: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo : RT, 1994. p. 160.

BULYGIN, Eugenio. *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos*. In Doxa nº 9, 1991a.

_____. *Regra de reconhecimento: ¿Norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero*. Doxa 9, 1991b.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. [trad.] Santiago Sentis Melendo. Vol. I. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973. p. 421.

CALSAMIGLIA, Albert. ¿Por que es importante Dworkin? *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 1985, pp. 159-65.

_____. El concepto de integridad en Dworkin. *DOXA*. 1992.

CARACCIOLO, Ricardo A. *sistema jurídico y regla de reconocimiento*. Doxa 9, 1991.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. [trad.] Santiago Sentis Melendo. Vol. I. 2.ed. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. [trad.] Paolo Capitanio. Vol. I. 3.ed. Campinas : Bookseller, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 18. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2002. p. 352.

CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro : Forense, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo : Malheiros, 2003. p. 413.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. 4. ed. rev. atual. São Paulo : Malheiros, 2004a. p. 708.

_____. *Instituições de direito processual civil – Execução forçada*. V. IV. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004b.

DURÃO, Aylton Barbieri. *Derecho y democracia. La crítica de Habermas a la filosofía política y jurídica de Kant*. Tese de doutoramento. Valladolid: Universidad de Valladolid, 2002.

_____. É possível prolatar uma única sentença correta para cada caso? *Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI*. novembro de 2005. Disponível em <http://conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Aylton%20Barbieri%20Duraao.pdf>.

_____. A tensão entre faticidade e validade no direito segundo Habermas. *Ethic@*, Florianópolis, V.5, n.1, p. 103-130, Jun/2006.

DUTRA, Delamar José Volpato. Da problemática na aplicação do direito: a recepção habermasiana da teoria do direito de Dworkin. *Dissertatio*. 21, inverno de 2005, pp. 61-88.

_____. A teoria discursiva da aplicação do direito: o modelo de Habermas. *Veritas*. março de 2006a, Vol. 51, 1, pp. 18-41.

_____. Justiça como integridade: Dworkin e o princípio da coerência na aplicação do Direito. *Phronesis* (PUCCAMP), v. 8, p. 11-32, 2006b.

DWORKIN, Ronald. The model of rules. *The University of Chicago Law Review*. n. 45, V.35, 1967, p.14-46.

_____. Hard cases. *Harvard Law Review*. n.6, V.88, abril de 1975, p. 1057-1109.

_____. No right answer? *Harvard Law Review*. n. 1, V.53, abril de 1978, p. 1-32.

_____. *Levando os direitos a sério*. [trad.] Nelson Boeira. São Paulo : Martins Fontes, 2002. p. 568.

_____. *O império do direito*. [trad.] Jefferson Luiz Camargo. São Paulo : Martins Fontes, 2003. p. 513.

_____. *Uma questão de princípio*. [trad.] Luís Carlos Borges. 2. São Paulo : Martins Fontes, 2005. p. 593.

ETCHEVERRY, Juan Bautista. *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente: un estado de la cuestión*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte : Mandamentos, 2002. p. 232.

GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil*. Cidade do México : Universidade Nacional Autónoma de Mexico, 2004.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro : Aide, 1992. p. 219.

GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. *DOXA*. 1995, pp. 271-302.

_____. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. [trad.] Cláudio Molz. São Paulo : Landy, 2004. p. 423.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da constituição*. [trad.] Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: crítica de la razón funcionalista*. [trad.] Manuel Jimenez Redondo. Vol. II. Madrid : Taurus, 1987. p. 618.

_____. *Teoría de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social*. [trad.] Manuel Jiménez Redondo. Vol. I. Madri : Taurus Humanidades, 1999. p. 517.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I, 2.ed. Tradução: Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. [trad.] Manuel Jiménez Redondo. 4. ed. Madrid : Trotta, 2005. p. 689.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *El concepto de derecho*. Trad. Genaro R. Carrió. 2.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

_____. *Post scriptum al concepto de derecho*. Trad. Rolando Tamayo Y Salmoran. Mexico: Instituto de Investigaciones Juridicas, 2000.

HERKENHOFF, João Batista. *O direito processual e o resgate do humanismo*. 2.ed. Rio de Janeiro : Thex, 2001. p. 164.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Vol. I. Tocantins : Intelectos, 2003.

MANERO, Juan Ruiz. *Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales. Respuesta a Eugenio Bulygin*. Doxa 9, 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENDHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 3.ed. rev. atual. amp. São Paulo : RT, 2004. p. 860.

MORESO, José Juan. 1997. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 256.

NERY Júnior, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo : RT, 1999.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Uma justificação democrática da jurisdição constitucional brasileira e a inconstitucionalidade da Lei nº 9.686/99. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. 2001, Vol. 36, pp. 177-207.

PAIXÃO JR., Manuel Galdino da. *Teoria geral do processo*. Belo Horizonte : Del Rey, 2002.

PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. [trad.] Ivone C. Benedetti. São Paulo : Martins Fontes, 2005. p. 387.

PÁRAMO, Juan Ramón de. *Entrevista a H. L. A. Hart*. Doxa 5, 1988.

PASSOS, J. J. Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*. 2001, Vol. 102, pp. 55-67.

PÉREZ, María de Lourdes Santos. Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. *DOXA: Cuadernos de filosofía del derecho*. 2003, pp. 347-84.

PULIDO, Carlos Bernal. Estructura y límites de la ponderación. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 2003, 26, pp. 225-38.

ROBLES, Gregorio. *Hart: algunos puntos críticos*. In: DOXA 21, Vol 2., p. 371-402, 1998.

RUF, Pablo López. Dos modelos de adjudicación. *DOXA* . 1998, Vol. II, 2.ed, pp. 229-235.

RAZ, Joseph. *Razón práctica y normas*. Trad. Juan Ruiz Manero. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

SORIANO, Leonor M. Moral. ¿Qué discurso para la moral? Sobre la distinción entre aplicación y justificación en la teoría del discurso práctico general. *DOXA*. 1998, Vol. I, 21, pp. 193-208.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *H.L.A. Hart y La teoría jurídica analítica (Estudio Preliminar)*. In: HART, H.L.A. *Post scriptum al concepto de derecho*. Trad. Rolando Tamayo y Salmoran. Mexico, Instituto de investigaciones jurídicas, 2000.

VELASCO, Juan Carlos. *La teoría discursiva del derecho: Sistema jurídico y democracia en Habermas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

VIGO, Rodolfo. Balance de la teoría jurídica discursiva de Robert Alexy. *DOXA*. 2003, pp. 203-224.