
Habermas e a tentativa procedimental de superação da discricionariedade judicial

Habermas and the procedural attempt to overcome judicial discretion

*Anderson Vichinkeski Teixeira¹
Rafael Wagner Radke²*

Resumo: Partindo de uma breve abordagem do lugar de fala do pensamento habermasiano dentro do processo evolutivo das tradições jusnaturalistas e juspositivistas, o presente artigo busca analisar as possíveis contribuições da teoria do direito de Jürgen Habermas para a limitação da discricionariedade judicial. A relação entre legitimidade política e

-
- 1 Doutor em Teoria e História do Direito pela Università degli Studi di Firenze (IT), com estágio de pesquisa doutoral junto à Faculdade de Filosofia da Université Paris Descartes-Sorbonne. Estágio pós-doutoral em Direito Constitucional junto à Università degli Studi di Firenze. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Editor-chefe da RECHTD – Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. Professor visitante na Universidad de la República de Uruguay. Advogado e consultor jurídico. E-mail: andersonvteixeira@hotmail.com / www.andersonteixeira.com
 - 2 Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Ambiental pela Universidad Castilla – La Mancha (Espanha). Advogado. E-mail: rafa_radke@hotmail.com

autonomia do direito será explorada no sentido de se verificar a viabilidade da hipótese teórica proposta nesta pesquisa.

Palavras-chave: Habermas; teoria discursiva do direito; legitimidade democrática; jurisdição constitucional; discricionariedade judicial.

Abstract: Starting from a brief approach of the place of Habermas' thinking inside the evolutionary process of natural law and legal positivism traditions, the article seeks to analyze the possible contributions of Jürgen Habermas' theory of law to the limitation of judicial discretion. The relationship between political legitimacy and autonomy of law will be explored in order to verify the feasibility of the theoretical hypothesis proposed in this research.

Keywords: Habermas; discursive theory of law; democratic legitimacy; constitutional jurisdiction; judicial discretion.

1. Introdução

Desde os primórdios das primeiras civilizações humanas muitas teorias foram elaboradas na tentativa de justificar/explicar o domínio dos homens sobre as coisas e sobre outros homens. Desde a antiguidade grega e sua orientação axiológica a partir da ordem natural das coisas e do cosmos, passando pelo medievo com o domínio da religião, até a chegada da modernidade e o engrandecimento da figura do sujeito, digladiam-se diferentes concepções de direito que centram seus respectivos fundamentos de legitimidade em ordens axiológicas tão distantes quanto incomponíveis em uma única teoria abrangente: o *kosmos*, a *civitas caelestis*, a razão humana. Viver e pensar o hoje,

com seu viés solipsista e cada vez mais individualista, não pode deixar de levar em conta essa complexa evolução do pensamento humano, que, ao longo de milênios, produziu tantas e tão diferentes concepções. Em comum, nota-se que grande parte desse pensamento jurídico ocidental se desenvolveu ao lado da evolução de outra ciência muito cara ao Direito: a Filosofia.

Dentro dessa evolução da teoria e filosofia do direito, um grande passo foi constatado no período subsequente ao final da Segunda Guerra Mundial. Naquele momento histórico constatou-se que a teoria jurídica preponderante – o positivismo – havia falhado na sua missão de normatizar e humanizar as condutas, pois serviu de base teórico-jurídica para os sistemas responsáveis pela barbárie de duas guerras de enormes proporções em um espaço de tempo extremamente curto. Além disso, assistiu inerte a genocídios e milhares de mortes, a crueldades nunca antes documentadas pela historiografia e a ascensão de regimes antidemocráticos no seio da Europa – i.e., no berço da cultura ocidental e solo mãe da democracia.

Muito influenciado por esse turbilhão de problemas ocorridos na Europa da Segunda Guerra Mundial, começaram a borbulhar teorias – tanto jurídicas quanto filosóficas, mas que se influenciam mutuamente – procurando entender e apresentar soluções à crise do positivismo. Em sua grande maioria, interpretavam o mundo e o ser humano de uma forma pessimista, sobretudo nas correntes filosóficas francesas do pós-Segunda Guerra. Na contramão dessa tendência, entretanto, surge Jürgen Habermas, filósofo oriundo da segunda geração da Escola de Frankfurt; ele enxerga a realidade de maneira um pouco mais otimista, buscando adequar a filosofia da linguagem, anteriormente trabalha amiúde por ele, ao pensamento jurídico.

No presente artigo tomaremos como matriz teórica uma contribuição que Habermas elabora, em um momento de grandeza e maturidade intelectual no campo filosófico, o seu intitulado *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, do ano de 1992. Nessa obra, específica sobre a problemática do direito, Habermas procura destrinchar todos conceitos fundamentais, na sua ótica, necessários para fundamentar, legitimar e humanizar o Direito nas sociedades pós-convencionais. Se o título da presente pesquisa foca na discricionariedade judicial, é porque se entende ser esta mero corolário da evolução de um fenômeno que precisa ser devidamente compreendido, no caso em tela, à luz do pensamento habermasiano.

Em meio a muitas das questões trabalhadas por Habermas em *Direito e Democracia*, pode-se desde já referir aquelas que serão, em maior ou menor medida, debatidas nas próximas páginas deste artigo: a relação entre direito e moral, a autonomia pública e a autonomia privada dentro de uma práxis democrática, a função do direito nas sociedades pós-convencionais e a atuação da jurisdição constitucional com base nos parâmetros de uma teoria discursiva.

Pretende-se retomar aqui a teoria procedimental de Jürgen Habermas acerca do Direito, uma das mais debatidas nos presentes dias e que ainda não foi completamente compreendida e recepcionada pelo meio jurídico – não somente o meio acadêmico –, mas que, sem sombra de dúvida, é um trabalho de profunda solidez teórica e que merece a devida atenção, pois enriquece sobremaneira os campos da teoria e da filosofia do direito.

Para tanto, iniciar-se-á o artigo com uma breve introdução ao referido autor de base, dando especial destaque para a sua posição no conflito entre as tradições jusnaturalistas e juspositivistas. Na sequência, será apresentada a sua teoria

discursiva e suas possibilidades de aplicação e recepção no contexto brasileiro. Por fim, trabalhar-se-á com a jurisdição constitucional dentro do pensamento do filósofo alemão com fins de superação/limitação da discricionariedade judicial.

2. Breves apontamentos sobre o pensamento habermasiano entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico

Desde os primórdios da história da humanidade, o ser humano sempre buscou justificar o direito e a sua razão de existir. Inicialmente, os gregos – primeiro povo ocidental a pensar o problema filosófico em si – trabalhavam com uma legitimação natural dos direitos, ou seja, tratava-se de uma justificação dos direitos como inerentes a uma posta ordem natural das coisas, mas que, em última instância, vinculava-se ao *kosmos* e à vontade dos deuses. (STRAUSS, 1953, p. 115-151) Nesse modelo, havia uma percepção de direito que era anterior ao próprio direito positivo, no sentido de que este não poderia contrariar àquele, sob pena de violar a ordem natural das coisas, além de violentar a justiça (*dikaiosyne*) e a prudência (*phronesis*), grandes máximas do pensamento jusnaturalista, especialmente com Aristóteles.

Tal concepção remonta à ideia de bem como realização última do ser humano, de modo que, para saber o que é bom, deve-se buscar a natureza humana. Assim, é uma teoria que justifica o direito pelo viés de uma ordem suprapositiva de valores que indicaria o caminho certo a ser seguido. O direito natural não é um conjunto de direitos subjetivos oriundos da condição humana em si, senão o objetivo de justo ou devido, predeterminado por um mundo harmonioso, ordenado por uma razão universal, onde a ordem natural das coisas determinava o papel de cada pessoa na sociedade.

Em última análise, relaciona-se com o paradigma metafísico, então vigente sobre uma ordem cosmológica do mundo, a crença no mundo transcendente que assujeitaria o mundo terreno. Aristóteles cria, portanto, a teoria do motor móvel e imóvel, como forma de explicar o mundo e seu sentido, denominando-a filosofia primeira. (STEIN, 2014, p. 27)

Com o passar da história, essa teoria se desenvolveu até o medievo, onde alterou-se, em breve síntese, o polo metafísico de legitimação do direito: não mais era considerada a ordem natural-cosmológica do mundo, mas sim o transcendental como um ser divino. Substituiu-se, assim, uma concepção cosmológica por uma teológica, instaurando Deus – infinito em sabedoria e onipotente – como o Ser que determina o andamento do mundo. (VILLEY, 2005, p. 204-206) Esse pensamento tem aquele que pode ser considerado seu maior representante em Tomás de Aquino, que sintetiza na ideia de lei eterna o ideal para o qual os homens deviam buscar reger a sua sociedade. Diante disso, de um modelo ideal surgiria o modelo real.

Entretanto, com o giro antropocêntrico observado ao final da Idade Média, desde Descartes a Kant, tal concepção parece ruir em seus fundamentos. Estes autores passaram a trabalhar com a ideia de plenipotência do sujeito singular. (Ver STRECK, 2011) O sujeito conhece o mundo a partir dos seus olhos e ele passa a ser o limite de tudo, inclusive do próprio componente transcendental. O racionalismo ocidental promove um processo de desencantamento pelo qual as tradicionais concepções religiosas do mundo cedem espaço ao primado do racional presente no interior das diversas *formas de vida* hodiernas, resultando, segundo Habermas, no primado de uma subjetividade unilateral. (HABERMAS, 1988, p. 23-24)

A crise do direito natural e a ascensão do racionalismo moderno acabam por fortalecer o positivismo jurídico como teoria filosófica abrangente, objetivando definir o que é e o que deve ser o direito. (Ver PAULSON, 2011, p. 101-137) Assim, esse projeto se caracteriza pela convicção acerca da possibilidade de que se alcance uma ciência do direito que tenha por objeto a produção legislativa emanada pela autoridade política. Portanto, o direito desvincula-se de qualquer amarra transcendental, passando a ser o seu próprio sujeito assujeitador. Liberta-se também, por consequência, da rigidez das amarras de caráter moral, as quais passam a compor universo estranho ao mundo jurídico.

Todavia, é importante referir que, não obstante a existência de muitas versões de positivismo – em especial o exegético e o normativista –, deve-se notar, como refere Streck (2011), que sua principal característica é uma aposta na supremacia do sujeito e sua subjetividade. Seja, em sua primeira fase, na supremacia do legislador para positivizar todos os fatos do mundo como bem entender ou, após o reconhecimento da impossibilidade de tal premissa, no reconhecimento da zona subjetiva de interpretação, local onde o juiz poderia escolher – de forma solipsista – o caminho a ser tomado. Pode-se dizer que os maiores representantes teóricos desta segunda fase do pensamento positivista são Herbert Hart e Hans Kelsen. Em outras palavras, inicialmente o legislador poderia ser solipsista e, após isso, o juiz também começou a se ver livre de qualquer controle.

Ocorre que, com base em tal pensamento, duas guerras mundiais foram travadas no seio da Europa. O reconhecimento do afastamento entre direito e moral, a ausência de direitos humanos universais, o solipsismo do sujeito que acabou por gerar um conflito de poder sem precedentes, foram algumas das causas que levaram à

Segunda Guerra Mundial e ao reconhecimento da falência dessa teoria do direito como teoria jurídica abrangente.

Assim, insurgindo-se seja contra o pensamento jurídico positivista como contra o jusnaturalista, bem como criticando as justificações das metafísicas clássica e moderna, Jürgen Habermas passa a desenvolver a sua teoria – na filosofia e no direito – com base em elementos que se buscará sintetizar abaixo.

3. A teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas

3.1. Breve histórico da filosofia habermasiana

Passado o horror da Segunda Guerra Mundial, com bombardeios atômicos, mortes e caos no planeta, começa a ser moldado o cenário contra o qual Jürgen Habermas se insurge e teoriza sobre. Seu projeto inicia a partir da filosofia da linguagem – sempre tendo um viés antisolipsista, pois o vê com muito pessimismo. Para ele, a vida em comunidade e o respeito em sociedade se sobrepõem ao solipsismo do sujeito individual e onipotente em relação ao mundo, em uma clara separação entre sujeito e objeto.

O filósofo alemão externou desde cedo a sua preocupação – oriunda dos horrores presenciados por ele durante a guerra – com a comunicação, o respeito e, principalmente, as formas de integração das sociedades plurais que preponderavam no mundo. Seu ponto principal era como conviver com a multiculturalidade vigente, já que até então o mundo não soubera lidar com essa questão.³ Tal preocupação perpassa toda a sua obra, com especial presença

3 Para um maior estudo da análise habermasiana acerca dos direitos humanos, ver Machado e Negri (2011).

em *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, inclusive quando questiona: “como integrar socialmente mundos da vida em si mesmos pluralizados e profanizados, uma vez que cresce simultaneamente o risco de dissenso nos domínios do agir comunicativo desligado de autoridades sagradas e instituição fortes?” (HABERMAS, 2002a, p. 46)

A solução para esse problema se dá, justamente, a partir da razão comunicativa,⁴ substitutiva da razão kantiana, em uma tentativa de limitar o solipsismo do sujeito e de normatizar a vida em sociedade e em comunidade, em um mundo pós-convencional.⁵ Habermas reconhece, ademais, que todos esses processos só podem ocorrer em um mundo dependente da linguagem; ou seja: reconhece que o ser humano é dependente da linguagem para sua vida. Verifica-se que o local de fala de Habermas é situado *a posteriori* ao giro linguístico, em oposição à visão anterior, que percorreu grande parte da história ocidental humana:

A tradição de pensamento sempre pressupôs uma isomorfia entre a realidade e a linguagem: porque há uma essência comum a um determinado tipo de objeto é que a palavra pode designá-los e assim aplicar-se a diferentes objetos que possuem essa essência.

- 4 A racionalidade comunicativa possui um caráter mais amplo “porque não inclui só o uso cognitivo da linguagem, mas também o ético e o expressivo, tem como critério de racionalidade o fato de que todas as suas manifestações possíveis ela tem que ser passível de fundamentação e de crítica, ou seja, de resolução, desempenho argumentativo, discursivo.” (DUTRA, 2005, p. 56)
- 5 A própria moral deve ser pensada, de acordo com Habermas (1989), em termos pós-convencionais. Esta é apoiada em razões intersubjetivas sobre a justiça de determinada situação que justificam o seu cumprimento, sem uma força estatal que a torne obrigatória. No mundo pós-convencional, portanto, a universalidade da moral não pode mais ser justificada por determinadas formas de vida (religião, metafísica), mas sim deve ser justificada a partir do princípio de universalização como um meio de integração social em sociedades com profundas divergências em relação às formas de vida, nas quais a moral fornece razões intersubjetivamente construídas para agir de determinada forma.

A palavra designa, precisamente, não a coisa individual, mas o comum a várias coisas individuais, ou seja, sua essência. Para a metafísica clássica, o conhecimento verdadeiro consiste na captação da essência imutável das coisas, o que, precisamente, é depois comunicado pela linguagem [...] Já que a linguagem não passa de um reflexo, uma cópia do mundo, o decisivo é a estrutura ontológica do mundo que a linguagem deve anunciar. (OLIVEIRA, 2001, p. 120-121)

Habermas percebe que as sociedades pré-modernas não possuem a complexidade que é tão visível nas sociedades que as sucederam. Naquelas, havia uma certa homogeneidade de modos de vida, de crenças e de convicções, baseada na tradição e na forte presença de elementos transcendentais. A comunicação entre os integrantes dessas sociedades ocorria em contextos tradicionais compartilhados por seus membros, o que, desse modo, permitia um certo consenso convencional sobre o sentido do mundo. Em virtude da homogeneidade de costumes e crenças, esses contextos e seus símbolos culturais correspondiam a mitos, a ritos, a objetos especialmente significativos, a fenômenos naturais aos quais se atribuíam significados específicos e à linguagem verbal em si, entre outras coisas. (CATTONI DE OLIVEIRA; LOPES, 2006, p. 167)

Nas sociedades modernas, porém, não há mais aquela homogeneidade de costumes e crenças. Muito pelo contrário, em seu lugar, aparece o pluralismo de modos de vida e de sistemas de credos e convicções. Os diversos símbolos acabam por desaparecer, uma vez que só eram capazes de estabelecer uma comunicação a partir do momento em que se pudesse pressupor que todos compreendiam e aceitavam, da mesma maneira tradicional, as ideias responsáveis por conferir dado significado a cada um dos elementos simbólicos. Diante desse quadro de perda de significados tradicionalmente compartilhados, a linguagem aparece como

o único elemento a resistir com força comunicativa, em razão do seu caráter transcendente de contexto. (CATTONI DE OLIVEIRA; LOPES, 2006, p. 167)

Após alguns trabalhos precedentes, Habermas finalmente formula a sua teoria discursiva, que, por sua vez, compatibiliza a sua proposta com a filosofia da linguagem, “de forma a enquadrar-se em uma linha de pensamento alternativa ao irracionalismo e suas objeções à razão como parâmetro de civilização”. (CRUZ, 2008, p. 132) Desse modo, Habermas se insere no grupo de filósofos cujo local de fala é posterior ao giro linguístico⁶, e o procedimento discursivo é a alternativa teorizada por ele contra o solipsismo do sujeito.

Posteriormente, é importante destacar que o autor reviu alguns pontos da sua obra, em especial o tratamento dado à verdade,⁷ quando procurou compor o seu pensamento com as reflexões de Karl Popper. Tais alterações foram mantidas também em suas obras posteriores, com especial destaque para o seu *opus magnum* jurídico, onde o autor congrega todos os conhecimentos teóricos de sua filosofia e procura aplicá-los à teoria e filosofia do direito. Para os propósitos deste artigo, deve-se atentar para a questão procedimental. Conforme dito acima, Habermas sempre se insurgiu contra o solipsismo e demonstrou uma descrença em relação ao indivíduo, de modo que a sua teoria procedimental discursiva sobre a linguagem é o grande salto para a fuga da metafísica clássica e de crenças religiosas transcendentais,⁸ até por ser esse um dos objetivos comuns dos autores que trabalham com a filosofia da linguagem.

6 Para mais informações sobre o giro linguístico, ver Oliveira (2001).

7 Para mais informações sobre a referida alteração conceitual, ver Habermas (2004).

8 A metafísica clássica remete aos tempos gregos ao passo que a metafísica transcendental teve seu apogeu durante a idade média.

Segundo Habermas (1988, p. 383), a ação comunicativa é a maneira de garantir a integração social das sociedades plurais, pois se baseia em uma razão comunicacional que se afirma na “force de la cohésion inhérente à l’entente intersubjective et à la reconnaissance réciproque; elle circonscrit par là même l’univers d’une forme de vie communautaire.” O conceito de mundo da vida, vinculado à fenomenologia, inspira uma nova racionalidade e uma esfera pública, que tem como base teórica a pragmática da linguagem, a partir do instrumental sobretudo de Austin, além de Wittgenstein e da própria fenomenologia. É no mundo da vida⁹ que surgem práticas dialógicas que suscitam integração social, reprodução cultural e socialização. (BUNCHAFT, 2014, p. 162) Essas práticas, porém, precisam ser reguladas de alguma forma.

Desse modo, verifica-se na modernidade a coexistência de sociedades complexas, plurais, cujos membros encontram na linguagem ordinária o principal meio comunicativo. Interações linguísticas partem de certos pressupostos comunicativos que constituem condições ideais, embora imanentes, de comunicação. Qualquer consenso obtido nessas interações pressupõe certas condições para um discurso racional. A impossibilidade de poderem contar com visões de mundo homogêneas e apoiadas em justificações transcendentais, leva os indivíduos, ao fundarem uma comunidade política, a tomarem o direito moderno como

9 Sobre o conceito de mundo da vida em Habermas, que é diferente, por exemplo, dos pensados por Husserl e Heidegger, assim define Delamar Dutra (2005, p. 77-81): “[...] podemos definir o mundo vivido como um horizonte de auto-evidências culturais e linguísticas. O mundo vivido é o horizonte, o pano de fundo, onde se processa a racionalidade comunicativa [...] O mundo vivido é um ‘acervo de padrões de interpretação transmitidos culturalmente e organizados linguisticamente.’ Veja-se, assim, que o mundo da vida é um ambiente intersubjetivo, não privado.

única forma de auto-organização político-social. Acaba competindo a esta ser, ao mesmo tempo, capaz de não se apoiar em tradições que modernamente se apresentam como particulares a cada sujeito ou grupo, e assegurar sua força normativa sobre eles. Em outras palavras, em sociedades complexas, o único modo de se estabelecer uma comunidade política que abranja legitimamente sua pluralidade é o recurso ao *medium* do direito moderno. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 62)

Destarte, é evidente que, para o filósofo alemão, o direito é um meio linguístico de integração social. Contudo, para que o mesmo seja legítimo, devem ocorrer algumas condições democráticas, tendo em vista que Habermas não admite um direito fora de um regime democrático, ou nega que a mera produção de leis, por regimes autoritários, possa ser considerado direito. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 13) Durante os seus estudos, atenta-se para o fato de que o poder comunicativo era limitado para coordenar a vida em sociedades plurais. Desse modo é que aparece o direito, em sua trajetória, como o meio legítimo de integração social.

Assim, mostra-se importante salientar, novamente, o aspecto procedimental da teoria habermasiana – tanto a filosófica como a jurídica – no sentido de se constituir em um dos grandes eixos conectores para a correta compreensão de ambas.

3.2 A teoria discursiva e a produção legítima do direito

Inicialmente, é de singular importância trabalhar o paradigma procedimentalista, uma vez que é a partir deste que Habermas elabora sua teoria do direito.¹⁰ Contudo, deve-

10 Deve-se ter a noção de que o paradigma aqui trabalhado já pressupõe a

se ter a noção de que o modelo aqui estudado já pressupõe a superação do paradigma epistemológico da filosofia da consciência pelo giro linguístico, o que, por si só, já traz um aspecto mais democrático e menos individualista e solipsista ao sujeito, agregando consideráveis reflexos ao pensamento jurídico.

Em linhas gerais, o paradigma procedimentalista parte da perspectiva de legitimidade do direito a partir da política, o que significa dizer que a política (por meio do Poder Legislativo, essencialmente) é quem se converte no instrumento de atuação do direito. Só é legítimo, dentro dessa perspectiva, o direito que houver passado pelo crivo daquele poder.

A corrente procedimentalista, que tem como expoentes, entre outros, Antoine Garapon, John Hart Ely e, obviamente, Jürgen Habermas, trabalha, em breve síntese, com o pensamento de que somente o procedimento legitimaria o direito, no sentido de que deve ser aberto a todos o espaço para influir nos processos políticos de formação de vontade. Sobre isso escreve Luiz Werneck Vianna: “A igualdade somente daria bons frutos quando acompanhada de uma cidadania ativa, cujas práticas levassem ao contínuo aperfeiçoamento dos procedimentos democráticos, pelos quais o direito deveria zelar, abrindo a todos a possibilidade de intervenção no processo de formação da vontade majoritária.” (VIANNA; CARVALHO; CUNHA MELO; BURGOS, 2014, p. 23)

Do exposto se extrai que o Poder Legislativo passa a representar a democracia, em seu sentido mais amplo, vinculada estritamente à soberania do povo, devendo desta

superação do paradigma epistemológico da filosofia da consciência pelo giro linguístico, o que por si só já traz um aspecto mais democrático e menos individualista e solipsista ao sujeito – trazendo consigo consideráveis reflexos ao mundo do direito.

forma institucionalizar o direito legítimo de acordo com os anseios populares.

A política, na perspectiva levantada pelos procedimentalistas, constitui-se como um processo de argumentação racional, e não somente de poder, direcionado para um acordo acerca de uma forma boa e justa, ou ao menos aceitável, de ordenar os aspectos da vida que se referem às relações sociais e à natureza social das pessoas, tarefas para as quais o Poder Judiciário só pode ser mobilizado por razões que lhes são trazidas segundo a relação do “direito com a lei”, restringido assim sua atividade pela legalidade imposta ao funcionamento do ordenamento jurídico. É, por fim, um paradigma fundado com uma separação mais clara entre os poderes, onde a interferência de um sobre os outros não é vista como salutar.

Pode-se dizer, a partir do pensamento habermasiano, que o procedimentalismo é o grande eixo que liga a teoria discursiva filosófica de Habermas com o direito, uma vez que é por meio da razão comunicativa que o referido autor busca se afastar do solipsismo do sujeito. Pode-se, inclusive, acrescentar que uma é dependente da outra, no sentido da busca deste filósofo por uma maior aplicabilidade prática dos seus trabalhos teóricos, ou seja, ambas devem coexistir para materializar a razão comunicativa.

Dentro desse modelo, portanto, Habermas preocupa-se principalmente com a legitimação do direito, já que o entende como meio linguístico e argumentativo de integração social nas sociedades pós-convencionais. Ademais, cumpre ressaltar que ele não admite que exista direito, minimamente legítimo, fora de regimes democráticos. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 13)

Contudo, inserido no paradigma da filosofia da linguagem, articula sua teoria, no intuito de se distanciar

da discricionariedade. Essa pretensão fica evidente quando da sua crítica à jurisprudência dos valores,¹¹ uma vez que:

dependendo do contexto, qualquer elemento particular da ordem jurídica pode ser interpretado de modo diferente a partir da compreensão da 'ordem de valores da lei fundamental'. Esta antecipação de sentido do todo, guiada por princípios, instaura um escalonamento entre a ordem legal e princípios legitimadores, trazendo uma grande insegurança para o direito. (HABERMAS, 1997, p. 211)

Para tanto, ele parte da tentativa de superação dos outros modelos de democracia, trabalhados por ele, enquanto paradigmas estatais, isto é: "horizontes históricos de sentido". (HABERMAS, 2002a, p. 114) São eles: paradigma liberal – que se foca, basicamente, nos direitos individuais – e republicano – onde se destaca a intervenção estatal, no sentido de cumprir os seus deveres para com a comunidade –, aceitando, por fim, o paradigma deliberativo, no sentido particular habermasiano de uma recomposição teórica, entre as autonomias pública e privada, mediante a articulação discursiva de um autoentendimento dentro da comunidade.¹²

Nesse sentido, sustenta que os cidadãos "só podem fazer um uso adequado de sua autonomia pública quando são independentes o bastante, em razão de uma autonomia privada que esteja equanimemente assegurada; mas também o fato de que só poderão chegar a uma regulamentação capaz de gerar consenso, se fizerem o uso adequado da autonomia política enquanto cidadãos [...]". (HABERMAS, 2002b, p. 293) Somente por intermédio de um paradigma deliberativo

11 A jurisprudência dos valores é uma teoria de interpretação constitucional desenvolvida na Alemanha após a Segunda Guerra Mundial que diz que a constituição possui uma ordem concreta de valores e a atividade do intérprete deve pautar-se na busca pelo descobrimento destes nos casos concretos.

12 Para um aprofundamento do pensamento de Habermas e sua descrição dos modelos republicano e liberal, ver Habermas (1995).

é que Habermas entende como possível a composição dos dois quesitos centrais dos modelos anteriores: a soberania popular e os direitos humanos.

Dentro do paradigma procedimentalista, portanto, a relação estratégica se manifesta na formação da opinião e da vontade, em uma rede articulada, entre a democracia deliberativa e a representativa. Habermas esclarece que o conceito de democracia deliberativa deve ser entendido como um campo de influência, de onde se disseminam convicções práticas, e não como um campo alternativo de constituição do poder. Tais convicções práticas são a legítima expressão de soberania do povo, dentro de uma prática discursivo-deliberativa, as quais só podem gerar o poder político; ou seja: assumir uma forma autorizada mediante procedimentos institucionalizados de formação democrática da opinião e da vontade.

Assim, conforme salienta Luiz Werneck Vianna: “Nesse modelo são centrais os direitos comunicativos e de participação de uma livre e ativa cidadania [...] uma vez que o exercício de uma competência legislativa por parte do judiciário é tratado pelo autor como discricionário” (VIANNA; CARVALHO; CUNHA MELO; BURGOS, 2014, p. 28), já que interfere sobre o processo racional de formação legislativa que “sob condições da divisão dos poderes no Estado, não se encontra à disposição de órgãos aplicadores do direito.” (HABERMAS, 1997, p. 186) Sendo assim, a chave normativa, para a concepção de justiça, na perspectiva habermasiana, seria a autonomia, e não o bem-estar, no sentido de que os cidadãos devem se reconhecer como autores do seu direito, e não somente destinatários. Segue-se que a invasão da política pelo direito, mesmo que reclamada em nome da liberdade, levaria à perda da liberdade, ao paternalismo estatal e à privatização da cidadania.

Destarte, por meio de um processo político democrático legítimo é que se dá a legitimação do direito. Esta assegura, por sua vez, a autonomia privada dos cidadãos que formam a própria sociedade democrática, sendo essa a chave central do procedimentalismo habermasiano:

[...] a produção de direito legítimo e através das quais se reproduz, voltam-se para as estruturas abstratas de reconhecimento mútuo, as quais formam uma espécie de pele que cobre, através do direito legítimo, a sociedade geral. Uma ordem jurídica é legítima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, pois ambas são co-originárias; ao mesmo tempo, porém, ela deve sua legitimidade e formas de comunicação nas quais essa autonomia pode manifestar-se e comprovar-se. A chave da visão procedimental do direito consiste nisso. (HABERMAS, 1997, p. 146-147)

Portanto, o espaço público é visto, democraticamente, como uma criação de procedimentos por meio dos quais todos os afetados, seja por normas sociais gerais ou por decisões políticas coletivas, possam ter voz ativa diante da formulação, estipulação e aplicação; construindo, assim, a estrutura comunicacional do agir orientado para fins de entendimento. (HABERMAS, 1997, p. 92)

Nesse sentido, legitimar-se-ia o direito que conseguisse a aceitação racional, por parte de todos os membros da sociedade, numa formação discursiva da opinião e da vontade institucionalmente diferenciada, mantendo, dessa forma, a necessária tensão entre a facticidade e a validade, que remete à ideia de autolegislação. Em outras palavras, sem a facticidade, o direito não consegue justificar a sua obrigatoriedade; e, sem a validade, o direito se transformaria numa retórica vazia sobre bem e justiça, incapaz de coordenar as relações em sociedade. Desse modo, o direito não poderia ser justificado e legitimado, se uma das duas não se encontrar presente, pois o direito não pode se distanciar

da sua teleologia, tampouco pode se diluir na política.

Em suma, para Habermas, o direito seria o *medium* linguístico por meio do qual o poder comunicativo se transforma em poder institucionalizado e legítimo para a resolução dos problemas de integração social nas sociedades pluralizadas. (DUTRA, 2005, p. 192)

4. A jurisdição constitucional e o seu papel dentro da teoria do direito de Habermas

Habermas parte da ideia de que o princípio democrático, constituído sob a perspectiva de um Estado democrático plural, é elemento essencial para a formação de um direito que possa ser considerado legítimo por aqueles que são os seus destinatários. Desse modo, segundo o filósofo, seria evitável e controlável os excessos por parte do Poder Judiciário, no que concerne à criação judicial de normas. Somente assim, na visão habermasiana, é que seria possível superar a filosofia da consciência e a discricionariedade judicial inerente ao positivismo.

A partir dessa concepção antisolipsista, Habermas vê a jurisdição constitucional com muita parcimônia, sempre conjecturando a ideia de legitimidade democrática com o procedimentalismo, de forma que cabe à jurisdição constitucional resguardar os procedimentos e proteger direitos fundamentais. Sobre isso, Maria Eugênia Bunchaft (2007, p. 185) refere que o filósofo alemão é cético em relação à jurisdição constitucional por esta ser de difícil composição com o princípio democrático, uma vez que “somente o poder comunicativo dos cidadãos pode ser capaz de influenciar as instâncias de representação política, consideradas legítimas representantes da soberania popular.” Segue a autora, na mesma referência, afirmando que, para evitar uma posição

paternalista do tribunal constitucional, Habermas entende que este “deve se restringir a zelar pelos pressupostos comunicativos e condições procedimentais necessárias à conexão entre autonomia pública e privada. Assim, os diferentes grupos sociais devem influenciar, não apenas no processo através do qual as leis são debatidas e criadas, como também no seu processo de concretização.”

Assim, na visão habermasiana restaria ao tribunal constitucional a função de evitar uma posição paternalista, no sentido de impor suas convicções sobre vida boa aos demais membros da comunidade. Não é por outra razão que Habermas defende uma elevada autonomia do direito, não aceitando concepções morais, políticas ou de outra ordem, que não tenham sido as decididas em deliberação da comunidade. Ao direito e à jurisdição constitucional, por consequência, competem os discursos de aplicação, não de justificação.¹³

Tal ideia decorre da sua proposta de um modelo de democracia constitucional que não se fundamenta, nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que assegurem a formação democrática da opinião e da vontade, capazes de acomodar a autonomia pública e privada. Assim, nem mesmo a constituição pode ser interpretada como uma ordem suprapositiva de valores,

13 Habermas pega emprestada de Klaus Günther a ideia da dupla natureza da ética do discurso, dividida em argumentos de justificação e argumentos de aplicação: o primeiro encontra-se ligado a própria ideia da validade moral da norma que fornece razões para o seu cumprimento, por meio da universalização de condutas abstratas criadas de forma imparcial, no sentido procedimental segundo o qual a norma deve obter a concordância de todos os envolvidos na sua produção; o segundo diz respeito à concretização das normas que integram o mundo jurídico. Isso é feito mediante um exame coerente das características da situação sob análise e de todas as normas envolvidas no caso para aplicar então alguns dos pressupostos coercitivos do direito, se necessário. Sobre isso, ver Günther (2011).

pois apenas garante as condições procedimentais, para o exercício da democracia.

Isso significa dizer que, em outras palavras, no pensamento habermasiano o poder interpretativo e argumentativo do juiz não é ilimitado; em última análise, o ativismo judicial deve ser visto com as devidas reservas, sobretudo porque, em uma democracia, ninguém que possui uma função política pode fazer o que bem entender ou impor convicções morais particulares a uma determinada comunidade política. A judicialização da política é algo até natural, dentro de um Estado e de uma democracia que não se mostrem capazes de cumprir devidamente as suas funções. Isso não significa, todavia, que o juiz deve tomar para si, de forma absolutamente arbitrária, o poder de alterar a situação corrente, passando por cima da lei, da separação dos poderes e, em especial, da Constituição – esta que é seu limite maior.¹⁴

Para o filósofo oriundo da Escola de Frankfurt, a separação das funções estatais exige uma assimetria na relação dos Poderes de Estado: em sua atividade, o Executivo subjaz ao controle parlamentar e judicial, ficando excluída a possibilidade de inversão dessa relação. Contudo, os tribunais constitucionais não podem ser compreendidos como guardiões de uma ordem suprapositiva de valores substantivos, expressão de uma determinada tradição ético-

14 O debate sobre ativismo judicial e judicialização da política é muito frutífero e extenso, mas, por não ser o objeto cerne a ser aqui tratado, optou-se por não desenvolvê-lo de forma mais aprofundada. Todavia, deve-se fazer uma distinção conceitual fundamental: judicialização da política é um fenômeno que não depende da vontade do julgador, pois é consequência da complexização social. De outra sorte, o ativismo judicial seria uma questão de postura do julgador, no sentido de que ele escolhe ir além dos limites semânticos constitucionais e parte para uma interpretação arbitrária e, portanto, inadequada. Para maiores estudos, ver Tassinari (2013), Teixeira (2012), Roosevelt III (2006) e Barroso, (2003).

política, como pretende a tradição republicano-comunitarista, porquanto isso seria um pensamento não compartilhado pela comunidade, ou seja, um julgamento ilegítimo.

Essa limitação das atividades da jurisdição constitucional é tão latente, no pensamento do autor, que ele chega a questionar a validade do controle abstrato de normas pelo Judiciário, pois poderia haver uma incompatibilidade entre a ideia de concretização dos valores materiais constitucionais e o princípio da separação de poderes. (BUNCHAFT, 2007, p. 185) Isso ocorre porque Habermas considera inerente ao controle abstrato de leis uma inaceitável incompatibilidade entre o tribunal constitucional e as prerrogativas do legislador, entre um órgão contramajoritário e a decisão legítima da soberania popular, dentro de um processo comunicativo corretamente realizado. Em caso contrário, “ao deixar-se conduzir pela ideia de realização de valores materiais, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária”. (HABERMAS, 1997, p. 297)

Contudo, Habermas admite que o tribunal constitucional deva exercer uma função contramajoritária para a defesa de direitos fundamentais violados: o que é ainda mais relevante quando se percebe que o Judiciário possui sim uma função contramajoritária necessária, que, em muitos casos, o obriga a proteger as minorias vitimadas pela omissão estatal. Assim, o dogma de que não há forma alguma de legitimidade sem o suporte das urnas encontra limites na afirmação de que “uma parcela do poder público deve, por sua natureza, revestir cidadãos independentes do sufrágio político, e comprometidos tão-só com a ordem legal [...]”. (REZEK, 1987)

Em suma, segundo a teoria habermasiana, os juízes, tanto da jurisdição ordinária como da constitucional, não estão autorizados a emendar a obra do legislador, uma vez

que não foram legitimados para a produção e alteração normativa: devem, em primeiro lugar, assegurar que esta produção seja condizente com a democracia deliberativa; em segundo, tornar tais normas efetivas quando em face de omissões estatais.

Considerações finais

A partir de uma teoria que objetiva superar paradigmas, tanto no direito como na filosofia, tidos por Habermas como insuficientes para os problemas apresentados pelas sociedades plurais e multiculturais, é que o referido autor desenvolve toda a sua produção teórica de forma abrangente e intrigante.

Os atuais Estados constitucionais têm como característica uma pluralidade de pensamentos, concepções e formas de vida. Diante dessa constatação, parece ser evidente que sempre surgirão conflitos e dissensos políticos, pois estes são uma mera manifestação de divergências ocorridas no seio de uma sociedade.

Jürgen Habermas, indivíduo marcado pelo peso de ter vivenciado a Segunda Guerra Mundial, busca propor um sistema em condições de integrar as comunidades e as diferentes formas de vida de modo a tornar possível a existência de um respeito mútuo entre os cidadãos. Tendo partido de um contexto filosófico posterior ao giro linguístico, sua obra objetiva apresentar possibilidades para a limitação do solipsismo do sujeito, evitando os inerentes males que isto pode ocasionar.

Desse modo, com a sua teoria discursiva do direito, Habermas propõe um instrumental teórico voltado a solucionar os problemas de integração social a partir desse *medium* linguístico dotado de poder coercitivo.

Ademais, seguindo a trilha procedimental do seu sistema de racionalidade comunicativa, trabalha o direito também dentro daquela perspectiva.

Já no tocante à jurisdição constitucional, parte da ideia de que esta deve ser limitada, assim como todos os demais sujeitos da comunidade, pois seria essa a única forma de se evitar o solipsismo.

A significância e singular atualidade desta teoria discursiva mostra-se marcante sobretudo na superação do positivismo e da razão vigente na filosofia da consciência. Essas duas, mas não somente elas, estão entre as maiores contribuições de Habermas para o pensamento jurídico, provando que a filosofia tem muito ainda a agregar ao direito.

Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Esfera pública, reconhecimento e minorias: o diálogo Habermas-Fraser. *Scientia Iuris*, v. 18, n. 1, 2014, p. 153-180.

_____. A integração do conceito de patriotismo constitucional na cultura política brasileira. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 30, 2007, p. 177-199.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *Direito, Política e Filosofia: Contribuições para uma teoria discursiva*

da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____.; LOPES, David Francisco. Breves contribuições para uma reflexão sobre o poder constituinte e a legitimidade do direito na modernidade no marco do debate jusfilosófico e teórico-constitucional contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 49, 2006, p. 161-180.

_____. *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional: o projeto constituinte do Estado democrático de direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DUTRA, Delamar José Volpato. *Razão e consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*. 2. ed. Florianópolis: Editora da UFSC.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de: Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2004.

_____. Sobre a coesão interna entre Estado de Direito e Democracia. In: Id. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002b.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume I. Tradução de: Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002a.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume II. Tradução de: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. Três modelos normativos de democracia. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 36, 1995, p. 39-53.

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de: Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. *Le discours philosophique de la Modernité*. Paris: Gallimard, 1988.

MACHADO, Joana de Souza; NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila. Direito, dignidade humana e o lugar da justiça: uma análise da utopia realista de Habermas. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Vol. 103, 2011, p. 183-203.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2001.

PAULSON, Stanley L. A ideia central do positivismo jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Vol. 102, 2011, p. 101-137.

REZEK, Francisco. Prefácio. In: BAUM, Laurence. *A Suprema Corte Americana*. Traduzido por Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1987.

ROOSEVELT III, Kermit. *The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions*. New Haven: Yale University Press, 2006.

STEIN, Ernildo. *Às voltas com a metafísica e a fenomenologia*. Ijuí: Editora Unijuí, 2014.

STRAUSS, Leo. *Droit naturel et histoire*. Paris: Flammarion, 1953.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma explicação hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2013, p. 121-141.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites de atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, Vol. 8, n. 1, 2012, pp. 37-57.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; CUNHA MELO, Manuel Palacios; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Recebido em 02/03/2017
Aprovado em 30/08/2017

Anderson Vichinkeski Teixeira

Escola de Direito da UNISINOS

PPGD, Sala 4A425

CEP: 93.022-000 São Leopoldo/RS, Brasil

E-mail: andersonvteixeira@hotmail.com

Wagner Radke

Escola de Direito da UNISINOS

PPGD, Sala 4A425

CEP: 93.022-000 São Leopoldo/RS, Brasil

E-mail: rafa_radke@hotmail.com