

A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da Teoria do Discurso de J. Habermas*

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia**

Introdução

O presente artigo resulta do estudo desenvolvido em nossa Dissertação de Mestrado onde procuramos defender o controle judicial difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos. Verificamos que o controle difuso no Brasil sofria problemas tanto externos como internos ao próprio sistema. Quanto às pressões externas, após a Emenda Constitucional nº3/93, passando pela regulamentação da Ação Declaratória de Constitucionalidade e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (lei n. 9.868/99), e a regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (lei n. 9.882/99), acompanhamos um processo de inclusão em nosso ordenamento de institutos vindos de fora que, para além de contrastar com a nossa tradição constitucional, promovem uma inaceitável centralização no que toca à arguição de inconstitucionalidade. Internamente, recentes alterações legislativas (e.g., art. 481, §§ 1º, 2º e 3º do art. 482 e o art. 557 do CPC) têm dificultado (e às vezes, inviabilizado) a possibilidade de conhecimento pleno em torno da Arguição Incidental de Inconstitucionalidade.

Para mostrar a importância do controle difuso de constitucionalidade — numa sociedade aberta de intérpretes da Constituição (HÄBERLE, 1997) — na garantia de que as interpretações não-oficiais feitas nas arenas de discussão pública não institucionalizadas (ou pelo menos não formalizadas) possam penetrar os canais institucionalizados através dos mecanismos de circulação oficial do poder, isto é, passando pelo Legislativo, mas também alcançando o Judiciário, procuramos reconstruir os paradigmas constitucionais da modernidade¹ chegando até o paradigma do Estado Democrático de Direito. Ao mesmo tempo, discutimos o papel do Judiciário em cada um desses paradigmas através do resgate de algumas das Escolas de Interpretação inseridas em cada um deles. Assim, mostramos que, no que toca ao constitucionalismo, pode-se falar em três paradigmas: o do Estado Liberal, Estado Social, e Estado Democrático de Direito. Com isso pudemos repassar

* Publicado em: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. (coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 301-357.

** Mestre e Doutorando em Direito Constitucional pela UFMG. Professor de Direito Processual Civil na Faculdade Estácio de Sá – Belo Horizonte. E-mail: abahia@dir.mest.ufmg.br.

¹ Valemo-nos da noção de **paradigma**, a partir de Thomas Kuhn (*In*: “A Estrutura das Revoluções Científicas”), o qual salienta a historicidade e descontinuidade do conhecimento científico pela alteração de paradigmas. Transpondo para o Direito, Habermas (1998:263) defende que as diferentes conformações que as ordens jurídicas possuem não se devem apenas à forma como foram consagrados os direitos fundamentais, nelas “se reflejan también paradigmas jurídicos distintos”. Assim, no que tange aos princípios do Estado de Direito e dos Direitos Fundamentais, um paradigma jurídico mostra como aqueles não de ser compreendidos no interior de

rapidamente as diferentes formas como os princípios de **liberdade e igualdade** foram lidos e relidos ao longo da história do constitucionalismo, bem como seus desdobramentos sobre a atividade jurisdicional. Ao final, no paradigma do Estado Democrático de Direito, mostramos como a Teoria Discursiva de Habermas se coloca como a mais adequada, dada a atual complexidade e (des)integração social, que, se apenas pode ser mediada pelo meio que representa o Direito Positivo, no seio do Estado de Direito, estes pressupõem a co-originalidade das autonomias pública e privada, idéia central que move Habermas no seu “Facticidade e Validade” (cf. HABERMAS, 1998:61).

São estas algumas das discussões que aqui trazemos no intuito de mostrar a compreensão habermasiana quanto à compreensão do papel do Judiciário da aplicação/interpretação do Direito. A questão acerca da posição do juiz no processo envolve a compreensão mesma dos limites da interpretação do Direito, pois se questiona principalmente qual postura deve o juiz ter em face de um caso que lhe é dado decidir. Isso nos remete à clássica questão: o juiz simplesmente cria ou descobre o direito? Cabe aqui também questionar acerca da separação dos poderes, sobre a diferença entre a atividade do juiz e a do legislador.

1. Do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito

1.1. O Estado Liberal e as Escolas da Exegese, Histórica e Positivista

O primeiro paradigma constitucional da modernidade corresponde ao que se convencionou chamar de **Estado Liberal**, que, dentro do espírito da época (séculos XVIII-XIX), evocava três princípios fundamentais: igualdade, liberdade e propriedade². Como pressuposto para a afirmação da igualdade está a formação da semântica em torno de um novo termo: **indivíduo**, um conceito tipicamente moderno, fruto de um sem número de estruturas novas ou remodeladas ao final da Idade Média, como resposta aos problemas que não podiam mais ser resolvidos ali. Estamos diante de uma sociedade que se viu, pela primeira vez, *deslumbrada* com a declaração da igualdade de todos (fim dos privilégios de nascimento) e liberdade de cada um definir os rumos de sua vida de acordo somente com os ditames dos princípios que a sua razão podia alcançar³.

uma dada comunidade jurídica (cf. CARVALHO NETTO, 2001:15ss e 2003:145ss, CATTONI DE OLIVEIRA, 2002:81ss e HABERMAS, 1998:263ss e 469ss).

² Até a Idade Média, a referência a uma base legitimante transcendental havia mantido unidos os homens em torno de um mesmo clã, *polis*, reino, etc. O Iluminismo, contudo, veio *subverter* essas idéias. Refuta-se tudo o que não pode ser apreendido racionalmente. Crê-se que a razão, compartilhada por todos, pode conhecer e dominar todas as coisas. Os postulados do racionalismo acabaram com uma estrutura milenar de castas que estratificava as comunidades. A afirmação de que todos eram seres racionais levou à afirmação da igualdade e da liberdade de cada um; a isso se somou a idéia de que todos eram proprietários, ao menos, do próprio corpo.

³ Claro que estes indivíduos são a burguesia e os “proletários” (isto é, “os proprietários ao menos do próprio corpo”, como diria Marx), o que implica reconhecer que, em uma sociedade que se orgulhava tanto da liberdade e igualdade de oportunidades, conviveram homens livres e escravos durante longo tempo (além do que, a

O Estado pretendia dar à *burguesia* uma liberdade quase total para agir segundo seus próprios interesses. Assim, o Estado (notadamente o Executivo) deveria se abster a cumprir apenas as funções públicas essenciais (e.g., poder de polícia). Por isso a burguesia vê nas leis uma insuportável restrição à sua liberdade e à sua propriedade. A atuação estatal deve se restringir àquele mínimo necessário a garantir os direitos conquistados por aquela, isto é, garantir sua maior liberdade possível. Essa era a função da Constituição, desde o paradigma liberal, manter uma separação entre indivíduos que buscavam livremente seus próprios interesses e o Estado, que visava o bem comum (cf. HABERMAS, 1998:318). Isso se deu pelo próprio pano de fundo subjacente à noção que os liberais possuíam de Estado.

Quanto ao **Judiciário**, sobre ele ainda pesa grande desconfiança (principalmente na Europa), reminiscência de uma época em que este agia como simples *longa manus* dos reis e demais nobres. Por isso no que toca à **interpretação** os liberais desenvolveram um sistema que, mais do que antes, mantinha o juiz absolutamente *preso* à lei. Por isso, a interpretação se restringia ao esclarecimento de algum ponto onde houvesse obscuridade (*in claris cessat interpretatio*). Já que os Códigos elaborados à época com o auxílio da razão “absoluta” positivaram todo o conteúdo do Direito Natural (Racional), sendo, portanto, a ordenação completa da sociedade, não havia possibilidade de o aplicador não encontrar ali a regra adequada à solução do caso (através do processo de subsunção); poderia haver, no máximo, alguma obscuridade que daria campo aos “comentadores” clarificarem (cf. CARVALHO NETTO, 2000:479).

Surge então, logo após a edição do Código Civil francês (1804), a **Escola Exegética**. Os exegetas se propunham a estudar o Código crendo que seus comentários poderiam *fixar* o sentido das regras ali constantes⁴.

Outro produto da época (opondo-se ao Direito Natural) e que se desenvolveu no final do século XVIII, foi a **Escola Histórica**. Os historicistas eram contrários aos exegetas por valorizarem o costume, o *Volksgeist*, como o principal elemento do Direito, chamando, assim, a atenção para o aspecto evolutivo do mesmo. Eles se posicionaram contra a concepção de uma razão a-histórica, contudo terminaram caindo no mesmo objetivismo iluminista sem qualquer preocupação com a empiria, com o caso concreto (nesse sentido FÉRNANDEZ-LARGO, 1992:21-25).

Maior atenção, contudo, deve ser dada a uma outra “escola” que veio a se tornar

despeito da afirmação da igualdade, apenas podiam votar e ser votados, indivíduos com renda superior a um certo mínimo).

⁴ A Escola Exegética dominou todo o século XIX. De qualquer forma, uma crítica a ela já pode ser vista em Savigny: admitir que apenas haja interpretação quando houver uma “imperfeição acidental da lei” é considerar aquela como um *remédio* a um mal, remédio este que deve perder sua utilidade à medida que as leis se tornem mais perfeitas (cf. ESPÍNOLA e ESPÍNOLA FILHO, s/d:109).

dominante no cenário de todo o Direito: o **Positivismo Jurídico**. Animados pelos desenvolvimentos das ciências naturais, acreditou-se que, trazendo para as ciências humanas “o método” desenvolvido para aquelas, poder-se-ia obter iguais resultados, isto é, pela *objetividade*, pelo *rigor metódico* e pela absoluta separação entre sujeito, objeto e método. Os positivistas negam qualquer fundamento metafísico ao Direito, tanto uma transcendência religiosa quanto aquela própria do Direito Natural Racional⁵. Direito é apenas aquele posto (positivado) pelo Estado, logo, a Ciência do Direito tem por fim apenas a **norma** (cf. FÉRNANDEZ-LARGO, 1992:26)⁶.

A dogmática jurídica que discorria a partir do Direito positivado consolidava *leis* (cânones) de interpretação, aplicação e complementação daquele, como as clássicas regras de resolução de antinomias (sempre aparentes): “lei superior derroga inferior”, “lei posterior derroga anterior” e “lei especial derroga lei geral”; e ainda, os vários métodos para solução das lacunas do ordenamento (lacunas estas igualmente aparentes): método gramatical, lógico, histórico, sistemático, teleológico, etc. O Ordenamento Jurídico apenas poderia ser interpretado para a resolução de antinomias e lacunas acaso existentes através de um sistema de auto-integração, isto é, a completude e harmonia do sistema de regras garantir-se-ia desde dentro, sem recorrer a elementos estranhos ao Direito. O positivismo prega que se o aplicador possui “dúvidas” quanto à *justiça* da aplicação da regra ao caso concreto, isto é um falso problema, ou, no máximo, um problema de “Política do Direito”⁷.

Já no final do século XIX a profunda desigualdade econômica e social entre as pessoas gerada por uma exploração sem precedentes na história, provocou reações. Prolavam revoltas de operários, os sindicatos lutavam por reconhecimento de condições mínimas de trabalho. No meio rural camponeses eram expulsos de suas fazendas e obrigados a procurar trabalho nas cidades, que cresciam sem infra-estrutura, o que agravava os problemas. Ao mesmo tempo, as idéias de Karl Marx e Engels se difundiam e logo começariam a se reunir as “Internacionais Socialistas”. Mais tarde, o sucesso da Revolução Russa (1917) gerou o temor em outros países de que em seu território ocorressem revoluções como aquela.

Diante de tais pressões, os Estados Liberais foram obrigados a ceder, editando leis que, *e.g.*, diminuía a jornada de trabalho (ao menos para mulheres e crianças), que permitiam o funcionamento de sindicatos (proibidos durante muito tempo); e também ações positivas, no melhoramento estrutural das cidades e até a ampliação do direito de voto

⁵ Em razão disso, até mesmo (neo)positivistas como Hans Kelsen e H. L. A. Hart (*infra*), mostram a condição específica das normas jurídicas num sistema de regras e acentuam o fechamento do sistema jurídico, refratário a princípios extrajurídicos (cf. HABERMAS, 1998:271).

⁶ Como afirma HABERMAS (1998:271-272), a legitimidade da ordem jurídica, segundo os positivistas, advém da legalidade, isto é, da correta observância das normas que tratam da produção de outras normas.

⁷ Veja-se, no entanto, as críticas de Dworkin (1997:50 e 2001:218) e Alvaro R. S. Cruz (2000:21).

(acabando aos poucos com o voto censitário). Começava-se a difundir a idéia de que o mero elenco de direitos não era suficiente para garantir igualdade e liberdade *reais* e o efetivo acesso à propriedade. Reclamava-se a materialização daqueles direitos consagrados em “Declarações” ou mesmo constitucionalmente; percebe-se que, além de se afirmar a igualdade, seria necessário reconhecer as diferenças e proteger o mais fraco.

1.2. Estado de Bem-Estar Social. O Quadro de Intérpretes de Hans Kelsen

As conseqüências políticas e econômicas da 1ª Guerra Mundial cuidam de *sepultar* definitivamente o Estado Liberal e fazer surgir uma nova fase no constitucionalismo, a do **Estado Social**, que implicou numa releitura do que até então se entendia por “liberdade, igualdade e propriedade” (no sentido de sua *materialização*), e faz nascer o que tradicionalmente se denominam “direitos sociais”⁸. As Constituições desse período são documentos extensos, “programáticos” e elaboradas por sujeitos que possuíam consciência de que o mero elenco de direitos não possui o condão de fazer com que os mesmos fossem observados. Por isso criam-se mecanismos processuais de controle da atividade legislativa, na tentativa de *proteger* a Constituição (à parte o caso americano, é a partir da Constituição de Weimar que surge e se desenvolve o controle de constitucionalidade). Para tentar cumprir todas as obrigações sociais e econômicas assumidas na Constituição, o Estado passa a intervir nas mais diversas áreas da sociedade (saúde, educação, transportes, economia, etc.) não apenas disciplinando-as exaustivamente, mas participando diretamente através de empresas ou fundações criadas e mantidas por ele. É uma grande mudança, pois o Estado amplia a esfera do “público”.

A preocupação com a materialização dos direitos reflete-se no surgimento de novas teorias acerca da interpretação que não mais *prendam* o juiz a uma aplicação mecânica da norma ao fato; ganham terreno técnicas de interpretação que rejeitam o sentido subjetivo da “vontade do legislador” para buscar o sentido objetivo da lei (cf. CARVALHO NETTO, 2000:481).

Hans Kelsen, um dos maiores publicistas do século XX, aponta sua desconfiança na busca pela vontade do legislador, tal qual, em geral, propunham as teorias anteriores. “Do ponto de vista do Direito Positivo, é indiferente negligenciar o texto para se fixar na presumida vontade do legislador, ou observar estritamente o texto, sem se preocupar com a vontade — normalmente problemática — do legislador” (KELSEN, 1997:36). Kelsen queria

⁸ A esse respeito, no entanto, como salienta Menelick C. Netto (2001:16), na verdade, não é que simplesmente se tenham *aglomerado* direitos de “segunda geração” aos de “primeira”: o que há é uma “mudança de paradigma que redefine o conceito de liberdade e igualdade”. Marcelo A. Cattoni de Oliveira (2002:103ss), esclarece que “a cada nova geração, o certo seria que os direitos não são simplesmente alargados, mas, sim, redefinidos a cada novo paradigma” (*idem*, p. 105). E ainda, que não se pode falar numa distinção ontológica entre aqueles direitos fundamentais; apenas o caso concreto poderá determinar se se trata de direito individual, social, coletivo ou difuso (cf. *ibidem*, p. 110ss).

construir uma Ciência do Direito que fosse “pura” e completa, na medida em que não necessitasse recorrer senão à norma como seu objeto de estudo (deixando de lado, por exemplo, questões como legitimidade para a Política do Direito e a justiça para a Filosofia do Direito). Em uma época em que as Constituições e as leis passaram a tratar dos mais diferentes temas, Kelsen sente a necessidade de *purificar* o Direito de quaisquer elementos morais, econômicos e valorativos que não fossem “Direito” em sentido estrito⁹. Ele encontra na estrutura do “dever-ser” da norma a resposta para a construção de sua Teoria Pura do Direito¹⁰.

Kelsen diferencia interpretações “autênticas” (feitas pelo legislador ou pelo juiz) e “não-autênticas” (feitas pela dogmática). No entanto, apesar de conhecida sua teoria acerca da interpretação “autêntica”, estas denominações não constavam da primeira edição da *Teoria Pura do Direito*, de 1934, nem num texto do mesmo autor sobre interpretação — “Sobre a Teoria da Interpretação” (também do início da década de 30) (cf. CATTONI DE OLIVEIRA, 2001:31). As expressões apenas surgem a partir da edição francesa da Teoria Pura do Direito em 1953, que, ademais, incorpora aquele texto sobre interpretação.

Para Kelsen (1997:31-32) uma Teoria da Interpretação está diretamente relacionada com a estrutura escalonada de normas. Assim, seja qual for o nível hierárquico, a interpretação sempre se relaciona com a *autorização* que um nível superior do ordenamento dá ao nível inferior de produzir atos normativos (para Kelsen, um juiz ao decidir um caso também está produzindo norma, apenas que neste caso, uma norma individual). Pode ocorrer que o juiz, ou o legislador, possuam um campo “maior” para, diante de normais mais gerais, poder *determiná-las*. Essa “margem” pode ter sido intencional (e.g. por um ato de delegação) ou não intencional: é aqui que a questão da interpretação ganha corpo. A “indeterminação não-intencional” da norma a ser aplicada pode advir de alguma ambigüidade nas palavras ou no texto como um todo, de uma diferença entre o que ela diz e o que teria sido a intenção do legislador ou porque há duas normas contrárias regulando a mesma situação (cf. KELSEN, 1997:35).

O jurista austríaco critica a “Jurisprudência Tradicional” que procurava métodos (como os citados acima) que permitissem, com o uso da razão, “descobrir” a única

⁹ Neopositivistas como Kelsen estão preocupados com a neutralidade ascética face ao seu objeto de estudo. Para não necessitar de fundamentos extrajurídicos, partem de um argumento filosófico, uma premissa fundamental que não necessita ser fundamentada; mas que, ao invés, funda todo o resto e será tão mais válida quanto mais coerente for a construção feita a partir dela: é a “Norma Fundamental” (Kelsen) ou a “Regra de Reconhecimento” (Hart).

¹⁰ É importante salientar, no entanto, — haja vista algumas leituras no mínimo equivocadas acerca do autor — que para Kelsen **norma não é lei**. Apesar de trabalhar com o Direito Positivo, ele não cai em tal simplificação. Norma é “esquema de interpretação” que transforma um ato humano ou fato da natureza em algo significativo para o Direito (**é o sentido que se apreende de um texto**). “O juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa” (KELSEN, 1987:4).

interpretação que seria conforme à lei. Segundo ele, essa é uma pretensão que não faz sentido¹¹.

A edição francesa (1953) da “Teoria Pura do Direito” foi, mais do que uma mera tradução, uma reformulação do texto. Ali ele esclarece que a fixação da “moldura” das interpretações possíveis é papel da Dogmática Jurídica, que, como intérprete não-autêntico, *descreve* as possibilidades, sem, no entanto, jamais *fixar a correta*. Esta atividade cabe apenas ao intérprete autêntico, isto é, àquele que cria nova norma aplicando outra superior (cf. CATTONI DE OLIVEIRA, 2001:39). Kelsen reafirma a idéia presente na edição anterior de que a interpretação “não-oficial” poderia apenas *influenciar* o aplicador; as razões de que este se vale para escolher uma ou outra interpretação possível não dizem respeito à Teoria do Direito. Quando vem a lume a edição de 1960 (que é a última “versão”), ocorre, aí sim, uma mudança radical na teoria kelseniana: um “**giro decisionista**”, a partir do qual Kelsen passa a defender que a autoridade que aplica o Direito possui liberdade não apenas para escolher alguma das interpretações possíveis postas na moldura, mas também possui a faculdade de, por ser autorizado pelo Direito, criar direito novo fora do quadro (interpretação nova).

A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva [i.é., feita pela doutrina e colocada na moldura] da mesma norma, **como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa** (KELSEN, 1987:394, grifos nossos).

Aparentemente Kelsen percebe que a Dogmática poderia não ser capaz de inferir *todas* as interpretações possíveis (cf. CATTONI DE OLIVEIRA, 2001:57) e então caso aquilo ocorresse, o aplicador poderia *completar* o trabalho. Ele cede não apenas à impossibilidade de se estabelecer todas as interpretações possíveis, como também à facticidade de que a autoridade não apenas não está vinculada ao que disse a doutrina, mas que, por vezes, age em desconsideração a esta.

Trata-se do recorrente problema de teorias que entendem o Direito como um sistema fechado de regras: havendo colisão entre elas, o juiz há que dar uma decisão do tipo “tudo ou nada”, isto é, em um tal sistema que não considera princípios, as “colisiones de reglas traen consigo una indeterminación de la situación jurídica, que sólo cabe eliminar ya en términos decisionistas” (HABERMAS, 1998:279). Assim, havendo colisão entre regras (ou no caso de haver “lacuna” no ordenamento) e vigendo a máxima do *non liquet*, outra

¹¹ Como salienta Marcelo Cattoni (2001:36), para Kelsen, “[do] ponto de vista do Direito Positivo, não há simplesmente um método de acordo com o qual somente uma das várias leituras de uma norma possa ser distinguida como ‘a correta’”. Essa crítica já importa um avanço frente aos exegetas, pois Kelsen percebe que a norma, como “esquema de interpretação” não se resume ao texto (lei), isto é, que o texto não pode por si regular comportamentos, necessita da Ciência do Direito para que ela estabeleça a moldura de interpretações possíveis.

solução não cabe ao juiz senão decidir com certa margem de discricionariedade¹².

Voltando à descrição do paradigma em que Kelsen e Hart estavam inseridos, percebe-se que, nessa época de “grandes construções” da sociedade através da Política e do Direito, prevaleciam soluções burocráticas que procuravam ofuscar as distinções existentes, como a distinção igualdade/desigualdade, privilegiando apenas um lado, como, *e.g.*, a produção de igualdade material (cf. DE GIORGI, 1998:186). O paradigma do Estado de Bem-Estar começa a se desgastar já a partir dos movimentos de contracultura dos anos 60. Mas é na década de 70, quando a economia sofre uma desaceleração (concomitante à crise do petróleo), que ele entra em xeque. De fato, o Estado Interventor necessita de constante crescimento econômico que propicie grande arrecadação de impostos para que possa executar seus programas sociais. Mas, os acontecimentos dos últimos anos do século passado colocaram por terra as “certezas” até então intocadas do *Welfare State* (cf. HABERMAS, 2001:66 e DE GIORGI, 1998:189). Percebeu-se que a regularidade feita com base em distinções que se apresentavam como sólidas e definitivas, na verdade era **contingencial**.

De toda sorte, há pelo menos mais duas questões importantes que precisam ser destacadas: justamente nos países de *Welfare State* aparentemente melhor sucedidos, a proposta maior (final) não se efetivou, qual seja, a de, a partir de condições materiais dadas pelo Estado, formar cidadãos ativos e autoconscientes de seu papel na esfera pública — a crítica ao clientelismo partiu inicialmente de países onde a fruição de condições de “vida boa” foi, aparentemente, melhor sucedida. Ao contrário da promoção de cidadania (que era, afinal, a meta final do Estado Social), o que se viu foi o Estado tomando para si toda a dimensão do público, deixando os indivíduos na posição (cômoda?) de **clientes**, numa relação paternalista e dependente¹³. Outro ponto é a constatação de que à Política não cabem mais os “grandes projetos ou ideais”, próprios do *Welfare State*¹⁴. Como exemplo

¹² A “tese da discricionariedade” também está presente em H. L. A. Hart, que privilegia a segurança jurídica até chegar ao extremo, paradoxal, de afirmar que, à falta de regra jurídica a ser aplicada a um caso, teria o juiz a faculdade discricionária de decidir conforme um critério pessoal (cf. HABERMAS, 1998:272). Segundo García Figueroa (1999:204), a teoria de Hart “expresa la conveniencia de que exista discreción judicial, [e] formula un juicio positivo acerca de la necesidad de cierta discreción por parte de los operadores jurídicos. (...) En suma, la discreción existe, es bueno que exista y podemos y debemos formular los mejores criterios posibles para ejercerla”. Nesse sentido Cláudio P. de Souza Neto (2002:221ss). “O autor [Dworkin, criticando Hart] destaca que, se o juiz possui o poder de decidir por sua própria vontade as questões que lhe são apresentadas, as noções de autonomia pública, segurança jurídica e separação de poderes ficam prejudicadas” (*idem*, p. 223).

¹³ “[A] outra face de um Estado Social mais ou menos bem sucedido, é aquela democracia de massas que toma traços de um processo de legitimação orientado administrativamente” (HABERMAS, 1990:106). Noutro lugar Habermas (1997:99) defende que “uma liberdade assegurada paternalisticamente significa ao mesmo tempo subtração de liberdade”. Nesse sentido, posições como a de Lênio L. Streck (2001:25-251) parecem ainda debitárias do paradigma do Estado Social, ao sobrecarregarem o Direito.

¹⁴ Cf. Menelick de Carvalho Netto (2004:282): “A Constituição canaliza e viabiliza a democracia, mas se se espera que ela, unicamente por suas normas, possa substituir, apenas a título de exemplo, o tratamento político dos problemas políticos e o cuidado econômico das questões econômicas por imperativos constitucionais cogentes que dispensem o jogo democrático e a condução concreta de políticas econômicas e sociais, terminar-

podemos falar do “fim” (ou ao menos de uma “reformulação”) do modelo de Constituição Dirigente, tal qual proposto por J. J. Gomes Canotilho, isto é, do fim de uma crença segundo a qual a Política, dando cumprimento aos ditames da Constituição, colocar-se-ia na posição de realizar *tecnocraticamente* os grandes projetos que se pressupunham queridos por todos. Aliás, o próprio jurista português, ao publicar a 2ª edição do seu “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”, revê seus postulados (cf. CANOTILHO, 2001 e COUTINHO, 2003).

Percebe-se hoje que **o risco inafastável da democracia é permanecer permanentemente aberta à tematização pública** (aos influxos comunicativos), sob pena de que um fechamento cognitivo e tecnocrático — dadas as atuais circunstâncias de acelerada evolução social — torne suas estruturas obsoletas¹⁵. A sociedade, ao mesmo tempo em que se tornou mais complexa, demanda novas pretensões a direitos a partir de diferentes concepções de *vida boa*, às vezes incompatíveis umas com as outras, e muitas vezes incompatíveis com a concepção dominante cristalizada pelo Estado.

1.3. O Estado Democrático de Direito

Para dar conta dessa nova demanda — que implica numa redefinição do que se entende, e.g., por Estado, soberania popular, democracia e cidadania, público e privado — e como uma alternativa a uma concepção (uma tentativa de *volta*) a um Estado Mínimo, consubstancia-se o paradigma do **Estado Democrático de Direito**. Como dissemos, é um projeto cujo “único conteúdo (...) é a institucionalização aprimorada passo a passo do procedimento de formação racional da vontade coletiva, procedimento que não pode prejudicar os objetivos concretos dos envolvidos” (HABERMAS, 1990:112)¹⁶.

A proposta do Estado Democrático de Direito parte de pressupostos bem distintos dos que o sucederam. Defende-se que o reconhecimento dos direitos individuais representou um avanço para a época; que a busca por sua materialização é importante; mas se percebe que, se o mero reconhecimento formal não é suficiente para garantir a

se-á por pagar o preço do incremento da desestima constitucional a corroer toda a sua potencial força normativa e a gerar a ineficácia de suas normas, produzindo, na prática, efeitos opostos aos almejados”. Como mostra Habermas (2003a:167), a Constituição, se representa um marco histórico (passado), relaciona-se com o tempo também na dimensão do futuro, isto é, de sua realização. O desgaste do paradigma do Estado de Bem-Estar nos mostra os limites do Direito, o limite das normas, que não são capazes de, por si, realizar o que quer que seja.

¹⁵ Como diagnostica Menelick de Carvalho Netto (2004): “**A crise**, para esse tipo de sociedade, para essa móvel estrutura societária, **é a normalidade**” (CARVALHO NETTO, 2004:282, grifos nossos). O pluralismo dessas sociedades pós-tradicionais tornam o “risco” e a “crise” componentes *normais* de suas estruturas em permanente mudança.

¹⁶ O Estado Democrático de Direito pode ser entendido, desde uma perspectiva discursiva, como “a institucionalização jurídica de canais de comunicação público-política a respeito de razões éticas, morais, pragmáticas e de coerência jurídica. É precisamente esse fluxo comunicativo que conformará e informará o processo legislativo de justificação e o processo jurisdicional de aplicação imparcial do Direito democraticamente fundado” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2000:99).

autonomia privada dos cidadãos, sua materialização pura e simplesmente em direitos “sociais” (ou até as sofisticações representadas pelos novos direitos “difusos”) não garante a construção de uma autonomia pública plena. Desde a postura **procedimental** assumida por Habermas, isso vai significar *ler* este paradigma desde a Teoria do Discurso (cf. HABERMAS, 1998:523-524).

Somente através de espaços de discussão pública, formais ou não, em que se assegure igual participação de diferentes grupos, agindo discursivamente é que se poderá lidar com as desigualdades¹⁷. Cidadania é um processo (de participação política) e, tal qual a democracia, um aprendizado. Não há *pré-requisitos* para a cidadania¹⁸.

Para explicarmos melhor os pressupostos decorrentes desse novo paradigma, que cobra de todas as instituições (inclusive, no que nos interessa, do Judiciário) uma nova postura, reconstruiremos a Teoria do Discurso de Habermas, oportunidade em que também traçaremos as contribuições de Dworkin e Günther.

2. A Teoria do Discurso de Jürgen Habermas: por uma nova compreensão da aplicação do Direito

Nos valeremos da **Teoria do Discurso**, de **Jürgen Habermas**, como teoria que reputamos constitucionalmente mais adequada para dar conta dos exigentes pressupostos do novo paradigma¹⁹.

Hans-Georg Gadamer procura resolver a questão acerca da racionalidade da interpretação (do conhecimento) inserindo a razão no contexto histórico da tradição. Ainda que Gadamer vá dar curso a críticas já feitas em sua época quanto ao poder absoluto da razão — mais especificamente ao “método científico” cartesiano de compreensão, pois que não há um método *a priori* de conhecimento válido para todos os casos, mas somente

¹⁷ Contudo, a definição mesma das situações onde deva haver ou não diferenciação (e em que medida), seja para implementar políticas de “materialização de direitos”, seja para proteção de minorias, não será definida burocraticamente pelo Poder Administrativo, mas, discursivamente, por todos os afetados (cf. HABERMAS, 2000:525).

¹⁸ Delineia-se, pois, no novo paradigma, que o cidadão deverá ter a *oportunidade* de *influir* nos centros decisórios e onde o público não se resume ao estatal (mas abrange, outrossim, entidades não-governamentais). O paradigma do Estado Democrático de Direito reclama um “direito participativo, pluralista e aberto” (CARVALHO NETTO, 2000:481).

¹⁹ Para isso, procuraremos reconstruir os antecedentes mais importantes apontados por Habermas, notadamente o giro hermenêutico de Hans-Georg Gadamer bem como as duas Teorias que melhor têm contribuído na atualidade à teoria habermasiana: a construção do Direito como integridade numa comunidade de princípios (R. Dworkin) e a concepção deontológica dos princípios e a separação entre discursos de justificação e de aplicação (K. Günther). Junto a uma breve exposição de cada uma das três teorias, procuraremos mostrar como cada uma delas se colocou frente à questão sobre como é possível obter decisões judiciais racionalmente aceitáveis, que é o foco principal de nosso estudo. Após, traremos os argumentos que levam Habermas à Teoria do Discurso, para, ao final, apresentarmos a resposta deste autor à questão.

construções metodológicas que devem ser construídas e justificadas caso a caso²⁰ — ele não rejeita a possibilidade de um conhecimento racional.

Gadamer possui (entre outros) o mérito de explicitar em termos modernos a idéia de que nenhuma regra pode regular sua própria aplicação e foi ele quem primeiro uniu este momento (da aplicação) com dois outros: a compreensão e a interpretação. Para Gadamer (1999:460), estes três momentos formam um **processo unitário** (cf. GADAMER, 1999:459). Isso representa um ganho imenso para a prática jurídica, pois agora se denota que **não é possível aplicar uma norma sem, ao mesmo tempo, compreendê-la e interpretá-la**. Até então, diz Gadamer (1999:460), “era coisa lógica e natural que a tarefa da hermenêutica fosse a de adaptar o sentido de um texto à situação concreta a que este fala”. Agora não faz mais sentido a questão sobre se pode o juiz *escolher interpretar* (e compreender) a norma, pois é impossível que ele tente aplicá-la sem, ao mesmo tempo, fazer incidir um juízo interpretativo sobre a mesma.

Gadamer salienta a historicidade de todo conhecimento. O passado é compreensível a partir de seu *contraste* com o presente. Aquele elemento da tradição aparece na **linguagem**, pois, como salienta: “A ciência da linguagem é, como uma outra pré-história, a pré-história do espírito humano” (GADAMER, 2000:119). A tradição é um elemento fundamental para a condição hermenêutica; logo, reconhecer o fato de que se está *imerso* nela é o primeiro passo para poder se mover com *liberdade* entre os horizontes²¹.

Já aqui se vê uma sofisticação com relação à exegese e aos positivistas, pela crença que possuíam no texto, por acreditarem que o texto da regra pode regular a vida por si (e não só, mas também que uma norma pode regular **todas** as suas situações de aplicação). Após o giro hermenêutico, tornam-se problemáticas teorias que mantêm uma separação entre aqueles três momentos contidos também na aplicação do Direito (compreensão, interpretação e aplicação) e que defendem que se possa, por exemplo, aplicar uma norma sem interpretá-la, apelando para o brocardo: *in claris cessat interpretatio*²². Aqueles

²⁰ “Em outras palavras, só considero científico *reconhecer o que é*, em lugar de sair à cata do que deveria ser e do que se gostaria que fosse. Nesse sentido, meu pensamento busca ultrapassar o conceito de método da ciência moderna (que conserva sua relativa razão), pensando por princípio e de maneira geral o que *sempre* ocorre” (GADAMER, 2002:457). Nessa esteira, A. Fernández-Largo (1992:12): “La obra entera de Gadamer ha intentado liberar el problema de comprensión de la interminable disputa metodológica y ha conseguido desvelar la radical historicidad y lingüisticidad del mismo acto de la comprensión” (*idem*).

²¹ Nesse sentido Gadamer (1999:415) retoricamente pergunta: “Achar-se imerso em tradições significará realmente em primeiro plano estar submetido a preconceitos e limitado na própria liberdade? Não é certo, antes, que toda existência humana, mesmo a mais livre, está limitada e condicionada de muitas maneiras?”. Logo, não faz sentido falar-se numa razão a-histórica e nem numa garantia absoluta de métodos apriorísticos.

²² Tereza Wambier (2001:42-43) parece ainda defender essa posição: “quando a norma contém termos que se referem obviamente a certos elementos do mundo empírico, não há que se falar em processo interpretativo, como entidade autônoma (...). A interpretação se confunde, nesses casos, com a própria compreensão imediata. Os romanos diziam, a esse propósito, *in claris cessat interpretatio*. (...) Ora, pode suceder que o intérprete nada tenha para interpretar relativamente à fixação de sentido e alcance, como ocorre quando não se precisa traduzir algo. (...) Aliás, às vezes, é isso o que se vê e o que se lê do resultado do trabalho do intérprete: troca de

momentos são indissociáveis; toda aplicação de uma norma envolverá, necessariamente, recurso ao passado, à “tradição”, uma tarefa muito mais complexa que a simples busca semântica ou sintática de significados.

Gadamer explica que a pré-compreensão do intérprete está determinada pelos *topoi* da tradição. Com isso ele quer romper com a separação rígida entre sujeito e objeto — já que antes pontos de partida, agora são *problemáticos*. Ao mesmo tempo, quer mostrar que o que o intérprete faz não é buscar o “sentido original” do texto, mas proceder à renovação da *efetividade histórica* do texto, referindo-se à nova situação na qual procede a interpretação²³. Buscar-se algo como a “intenção originária do legislador” só faz sentido se entendida como um “lugar vazio que se preenche de compreensão, de ocasião em ocasião” (GADAMER, 1999:576)²⁴. A compreensão de um texto não carece que se tenha de entrar na *psique* de seu autor. Ao contrário, Gadamer resgata um conceito da hermenêutica tradicional para formular o que entende por “círculo hermenêutico”²⁵.

A partir daí parte para explicar o processo hermenêutico através do recurso a **horizontes de compreensão**. O horizonte presente se forma pelos *preconceitos* que delimitam nossa capacidade de ver — um “horizonte” representa o “âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de um determinado ponto” (Gadamer (1999:452). Para compreender um outro horizonte, contudo, não é necessário (nem possível) desprender-se de seu horizonte e incorporar aquele. É a partir de nosso próprio horizonte que poderemos ir até o outro, numa relação que, ademais, não é estanque, mas tensa, já que os horizontes não são esferas fechadas, mas, ao invés, posições móveis (cf. GADAMER, 1999:455). A “fusão de horizontes”, como possibilidade, e.g., de se poder compreender hoje um texto que pertence a um horizonte histórico, começa por perceber que este não é algo absolutamente estranho para nós, pois faz parte da mesma **tradição** à qual estamos inseridos. Tendo isso em vista, Gadamer (1999:457) conclui que “*compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes [passado e presente] presumivelmente dados por si mesmos*”. A compreensão de um texto significa, necessariamente, uma co-implicação entre este e o intérprete. Não há um *mergulho* no horizonte no qual o texto está inserido, como se o intérprete pudesse (ou devesse) sair de si mesmo. Mais à frente Gadamer (1999:579) resume o que esteve até então propondo: “Compreender um texto

palavras, para dizer a mesma coisa. (...) [Se] estamos no uso de nossa língua prática, natural, o português, e deparamo-nos com termos (...) desconhecidos (...), [v]amos, por exemplo, ao dicionário”.

²³ “Ningún intérprete puede pretender estar frente a lo texto normativo libre de precomprensiones, pues ello equivaldría a estar fuera de la historia y a hacer enmudecer a la norma” (FÉRNANDEZ-LARGO, 1992:88).

²⁴ Nesse sentido Dworkin (2001:51): “Mas esse é um erro comum e sério [acreditar-se que a intenção original possa ser extraída] porque não há nada semelhante a uma intenção dos constituintes esperando por ser descoberta, mesmo que em princípio. Existe apenas alguma coisa esperando ser criada”.

²⁵ Isto é, compreende-se o todo pelo individual e vice-versa, sendo que ambos movimentos se dão, geralmente, ao mesmo tempo (cf. GADAMER, 1999:436). A compreensão envolve dois movimentos, o movimento do intérprete e o da tradição numa relação em constante formação.

significa sempre aplicá-lo a nós próprios, e saber que, embora se tenha de compreendê-lo em cada caso de uma maneira diferente, continua sendo o mesmo texto que, a cada vez, se nos apresenta de modo diferente”.

Por todo o exposto pode-se compreender porque para ele não há uma separação entre a hermenêutica histórica e a jurídica. Sempre haverá a tensão entre o texto proposto e o sentido que ele possuirá quando de sua aplicação. Ao contrário de um fato histórico, no entanto, uma “lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica” (GADAMER, 1999:461). Gadamer entende, pois, que uma norma só fará sentido *frente ao caso* onde a mesma será aplicada (cf. *idem*, p. 485ss)²⁶. O que é fundamental é compreender a atividade judicial como “una experiencia personal que genera la verdad del aquí y ahora y que no se confunde, sin más con la verdad del texto histórico archivado ni con la del legislador” (FÉRNANDEZ-LARGO, 1992:13, grifos nossos).

Outra resposta à racionalidade das decisões é dada por **Ronald Dworkin**, com sua teoria deontológica das pretensões de validade jurídicas. Dworkin, além de romper com o círculo hermenêutico (propondo uma apreensão mais seletiva da história), não permite que o Direito caia na contingência (como os positivistas) ou esteja à disposição de objetivos políticos (como os realistas) (cf. HABERMAS, 1998:278-279). Pretende que o Direito seja um sistema tal que garanta integridade por parte do legislador e do juiz, que devem atuar de forma a tornar o sistema coerente.

O recurso à **integridade** em Dworkin²⁷ visa promover eficiência (além de coerência interna) ao Sistema do Direito, a partir do recurso aos princípios, que assumem em sua teoria não o caráter de um instrumento hermenêutico de preenchimento de lacunas (como propõem os positivistas — cf. SOUZA NETO, 2002:210ss.), mas de verdadeiras normas, cujo uso torna o sistema mais complexo, abrindo a margem de legitimidade democrática²⁸.

²⁶ “A compreensão histórica da norma pretende renovar a sua efetividade histórica em relação a uma nova situação, e não simplesmente reconstruir a intenção original do legislador (...). A historicidade da norma, igual que em qualquer outro texto, não é uma restrição a seu horizonte, senão que, pelo contrário, é a condição que permite sua compreensão. (...) Isso implica que nenhum intérprete pode pretender reconstruir a intenção do legislador, sem assumir que sua própria pre-compreensão faz, por sua vez, parte desse processo interpretativo, produzindo a cada nova leitura um novo sentido” (LOPES, 1999:297, grifos nossos).

²⁷ O princípio da **integridade** possibilita aos indivíduos de uma comunidade se reconhecerem reciprocamente como livres e iguais (cf. HABERMAS, 1998:285); é um princípio que deve ser observado não apenas pelos cidadãos, mas também pelo legislador; o recurso à integridade ainda diz respeito ao conceito de autolegislação: seria “inconsistente uma lei com a qual o cidadão não se reconheça como seu autor (cf. DWORKIN, 1999:229).

²⁸ Os **princípios**, pois, estão na base de sua teoria acerca da argumentação jurídica. Uma comunidade assim guiada por princípios possui um *plus* frente a comunidades de “mero acidente” ou comunidades “de regras”. Numa comunidade de princípios, os membros “aceitam que são governados por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político”, isto é, eles *percebem* que as regras estipuladas são projeções de um “compromisso comum com princípios subjacentes que são, eles próprios, uma fonte de novas obrigações” (DWORKIN, 1999:253-254). Nessa comunidade a Política é vista como “arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção deve ter de justiça, equidade e justo processo legal” (*idem*, p. 254).

Uma comunidade que aceitar que é governada por princípios e não apenas por regras dadas por “decisões políticas tomadas no passado”, faz com que o conjunto de normas que se reconhece como válidas possa

expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, **sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito** (DWORKIN, 1999:229, grifos nossos).

Os princípios não são dados por *topoi* historicamente comprovados, mas são fundamentados no conceito de “interpretação construtiva” (*infra*), a qual, para ele, busca formular seus conceitos das “práticas sociais”, rejeitando, pois, esquemas vindos das ciências da natureza, tal qual fizeram a maioria das teorias até então expostas, inclusive Kelsen — pois Dworkin, ao invés de negar que cada intérprete possui propósitos (escondendo-os sob o “manto da objetividade”), aceita-os, explicitando, ademais, que cada intérprete possui finalidades distintas que vão orientar as interpretações²⁹. Assim, cada *case* pode ser tratado de forma justa e equânime (num procedimento *fair*) segundo as mesmas normas.

A **integridade** é a medida que garantirá tanto a segurança jurídica quanto aceitabilidade racional à sentença. “Segundo o Direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal” (DWORKIN, 1999:272). Estas proposições jurídicas são *opiniões interpretativas*, que, por isso, devem ser reconstruídas procedimentalmente no presente, voltando-se tanto para o passado (tomado não como dado, mas reflexivamente) quanto para o futuro (como abertura, como possibilidade, mas também como respeito à futuras gerações)³⁰. O “Direito como integridade” exige que os juízes ao decidirem um caso tomem aquele não como uma série de isoladas decisões do passado, mas como um todo. Não que o passado institucional seja um todo coerente, de forma que hoje se tivesse que dar a mesma decisão que se deu ontem ou há cem anos. Ele é retomado, não para se encontrar

²⁹ O recurso à integridade reaparece aqui pois exige que os juízes, na medida do possível, “tratam nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas” (DWORKIN, 1999:261). O juiz deve chegar a uma decisão válida na medida em que compensa a indeterminação do Direito apoiando sua decisão na reconstrução que faz da ordem jurídica, de modo que o Direito vigente possa ser justificado a partir de uma série ordenada de princípios. Esta tarefa, que cabe a todo juiz (de qualquer instância), implica que ele deve decidir um caso concreto tendo em mira “o Direito em conjunto” (através dos princípios), o que nada mais é do que *sua obrigação prévia frente à Constituição* (cf. HABERMAS, 1998:286).

³⁰ Com essa dupla referência ele pretende superar tanto o convencionalismo (a partir do qual um decisão deve ser resultado da comparação com outras em casos similares e/ou de mera aplicação subsuntiva de lei) quanto o pragmatismo jurídico (onde o juiz age instrumentalmente, visando com sua decisão o que seria melhor para o futuro). Segundo Dworkin (1999:273), em ambas doutrinas perde-se o sentido de totalidade do ordenamento jurídico, por isso sua teoria pretende assumir ambas perspectivas.

uma *mens legislatoris* que predetermine sentidos (o passado não é um dado pronto), mas na medida em que é *reconstruído reflexivamente* como abertura para o presente e para o futuro.

“As declarações de direitos são permanentemente construtivas, em virtude de sua própria natureza” (DWORKIN, 1999:274). A interpretação construtiva buscará princípios válidos a partir dos quais seja possível justificar uma ordem jurídica concreta, de modo que nela se encaixem *todas* as decisões *como se* fossem componentes coerentes (retiradas, é claro, aquelas que possuem erros) (cf. DWORKIN, 1999:305), o que, ao final, lhe fornecerá **a única resposta correta** para o caso.

Reconhecendo a dificuldade de uma tal tarefa, Dworkin (1999:87ss) cria a figura do juiz Hércules: um magistrado imaginário que, ao mesmo tempo, conhece todos os princípios e vê os elementos do Direito vigente ligados por “fios argumentativos”³¹. Contudo, saliente-se, tendo em vista algumas críticas feitas a Dworkin nesse ponto, que mesmo o juiz Hércules não é capaz de *definir o Direito*, mas tão só fornecer as respostas que, num certo momento, lhe parecem as melhores (cf. DWORKIN, 1999:287). Não há respostas definitivas, que possam, resolvendo um caso, determinar a solução de quaisquer outros, a interpretação é (sempre) construtiva: ao mesmo fornecer “a única resposta correta” para um caso, isso apenas é possível dada a complexidade do evento posto à decisão, que o torna único; se ele é único, a respectiva decisão não pode ser a criação de um *standard* que determine, *a priori* a solução de qualquer outro caso, ainda que “semelhante”.

Para melhor explicar seu conceito de **interpretação construtiva**, Dworkin fará a famosa analogia entre a atividade do juiz e um romance escrito em cadeia onde cada autor escreve um capítulo da história (e para isso tem de ler os antecedentes e escrever um capítulo que seja novo mas também represente uma continuação) (cf. DWORKIN, 1999:287ss, 1997:51ss e 2001:221ss). Os juízes nesses processos são, ao mesmo tempo, autores (porque acrescentam algo) e críticos (porque interpretam) das tradições que resgatam³². O juiz (tal qual o romancista que escreve o seu capítulo no livro) atua *como se* sua decisão fosse uma *obra sua*, completa e acabada, que dá uma resposta às partes em conflito. Mas, uma decisão é sempre produto de várias mãos (e Dworkin percebe isso muito

³¹ Dworkin (1999:288ss) aplica Hércules para resolver o caso *McLoughlin vs. O'Brian* (cf. *idem*, p. 29ss): Hércules seleciona interpretações possíveis e sobre elas aplica o critério de adequabilidade; depois, as interpretações restantes são confrontadas com decisões judiciais passadas para se saber quais destas parecem ser mais “importantes, fundamentais ou de maior alcance”. Com isso ele coloca cada interpretação “sob sua melhor luz”, para em seguida submetê-las às “duas virtudes” próprias à uma comunidade de princípios: justiça abstrata e equidade política.

³² Não faz, pois, sentido para Dworkin a questão sobre se os juízes *criam* ou *descobrem* o Direito, eles, ao mesmo tempo criam e interpretam (cf. DWORKIN, 1999:271 e 2001:235 e 253). A interpretação não é uma atividade *sui generis*, que apenas se dá quando houver obscuridade. “Devemos estudar a interpretação como uma atividade geral, como um modo de conhecimento, atentando para outros contextos dessa atividade” (DWORKIN, 2001:220).

bem), o juiz é o produto da história institucional de seu cargo; queira ou não, de alguma forma sua decisão é uma continuidade — ainda que sua atitude seja de romper com o passado. O melhor que o juiz pode fazer é tentar fazer com que sua decisão seja o mais **coerente** com essa história, o que não implica, como dissemos, subserviência ao passado, mas integridade. Isso porque o juiz pode chegar à conclusão que os modelos empíricos do passado não são adequados ao caso que ele tem a decidir, sendo necessária uma decisão mais *sofisticada*³³.

Um outro autor central, segundo entendemos, para melhor compreender a Teoria do Discurso de Habermas é **Klaus Günther**. Nos concentraremos na diferença que Günther faz entre “discursos de justificação” e “discursos de aplicação”. Parte ele de um pressuposto semelhante ao de Dworkin: todo caso é único, já que todo evento reconstruído em cada processo é igualmente único. A aplicação adequada de uma norma demanda uma reconstrução discursiva do evento subjacente e do ordenamento, para que se *descubra* qual a norma aplicável. Trata-se de se resolver a relação entre “la *justesse* de la norme (...) et de la *justice* dans le cas d’espèce” (GÜNTHER, 1992:272, sem itálico no original).

O jurista problematiza a posição de **imparcialidade** do aplicador: a imparcialidade está não num suposto distanciamento (como se o juiz pudesse apenas subsumir o caso a uma norma abstrata), mas, num equidistanciamento em relação às partes que deverão reconstruir discursivamente o caso — a participação em contraditório das partes é fundamental, pois serão elas que tentarão reconstruir, tanto quanto possível, um evento que por definição jamais poderá ser perfeitamente refeito, por mais *esforçados* e *sinceros* que sejam autor e réu. Também no que toca ao **ordenamento**, o juiz deve assumir que este não é um dado a partir do qual ele *já* pode partir, mas que o sistema de normas se apresenta

³³ Os postulados de Dworkin são questionados por vários autores. Muitas dessas objeções foram respondidas no seu texto “Direito, Filosofia e Interpretação” (1997:53ss), mencionaremos duas que nos ajudarão a melhor compreender os postulados de Dworkin. Questiona-se que “interpretar algo” é “descrevê-lo como ele é” e não “colocá-lo sob sua melhor luz”. Dworkin responde que a interpretação construtivista é própria dos que se engajam no propósito de resolver uma questão da melhor forma, mas discordam sobre qual a resposta a ser dada (cf. DWORKIN, 1997:58ss). Seria este o caso, *e.g.*, da solução do caso do neto que matou o avô para receber sua herança. Não havia qualquer lei que proibisse um neto assassino de receber os bens nesse caso. Ainda que diferentes pessoas discordem sobre qual a solução a ser dada, todos concordam que uma decisão que privilegie a torpeza do neto não seria aceitável. Com isso mostra que a crença (subjacente à crítica) de que interpretar é apenas “descrever algo” estaria há muito superada (diríamos, desde Gadamer). Não há essa neutralidade descritiva, “a interpretação é teleológica, finalística” (DWORKIN, 1997:62; ver também LAGES, 2001:46). Outra objeção é lembrada por Habermas (1998:285): os partidários do *Critical Legal Studies* questionam a viabilidade de uma teoria como a de Dworkin em uma outra realidade que não a americana. A esta objeção Habermas responde que o conceito de integridade de Dworkin mostra que na modernidade todas as ordens jurídicas são constituídas sob a forma de Estado de Direito — o que implica o igual reconhecimento das autonomias pública e privada de todos —, servindo, pois, como ponto de referência comum a qualquer sociedade organizada sob a forma do Direito. Logo, a teoria de Dworkin não seria menos universal do que as histórias do constitucionalismo e do Estado de Direito.

como uma rede complexa que deve reconstruída³⁴, inclusive com a participação de autor e réu, pois são estes que levantam pretensões a direito que deverão ser levadas em conta pelo aplicador.

Como salienta Günther (1992:269), a imparcialidade é um princípio processual segundo o qual “somente se pode estabelecer que uma norma pode legitimamente ser aplicada em uma situação se são levadas em consideração todas as características que são relevantes em vista de uma interpretação coerente de todas as normas aplicáveis”³⁵. Desde uma perspectiva pós-convencional³⁶, não se exige mais da razão que elabore uma norma que possa prever todos os casos de sua aplicação, deve-se, ao invés, admitir que o ordenamento jurídico é formado por um conjunto de normas que, num caso concreto, são aplicáveis *prima facie*, ainda que apenas uma delas seja adequada.

As afirmações de Günther partem do reconhecimento de um novo paradigma (do Estado Democrático de Direito), que reconhece a complexidade da atual sociedade, onde já não se pode mais legitimamente afirmar uma “unidade compartilhada” quanto a uma determinada forma de vida (cf. GÜNTHER, 1992:271). Nessas sociedades tão complexas, a determinação do Direito requer cada vez mais um esforço maior. Essa tarefa não pode ser simplesmente *ocultada* pelo aplicador. A aplicação do Direito é uma atividade que tem se tornado a cada dia mais complexa — *vis-à-vis*, o trabalho hercúleo do juiz de Dworkin. O aplicador tem diante de si uma grande tarefa: justificar discursivamente o uso de uma determinada norma. Esse agir discursivo pressupõe algumas condições ideais: observância das regras semânticas específicas de cada tipo de argumentação e das regras de organização de uma interação lingüística; garantia da livre e igual participação de todos (que é uma garantia essencial à obtenção de consenso) e garantia de que os participantes tenham conhecimento ilimitado e tempo infinito (cf. GÜNTHER, 2000:86-87)³⁷.

A Teoria da Argumentação de Klaus Günther, segundo o mesmo, visa *completar a*

³⁴ Como definiu Menelick C. Netto (2000:483): “Com toda essa abertura para a complexidade de *toda* situação de aplicação, o aplicador deve exigir então que o ordenamento jurídico apresente-se diante dele, não através de uma única regra integrante de um todo passivo, harmônico e predeterminado que já teria de antemão regulado de modo absoluto a aplicação de suas regras, mas em sua integralidade, como um **mar revolto de normas** em permanente tensão concorrendo entre si para regerem situações” (grifos nossos).

³⁵ Tradução livre de: “on ne peut établir qu’une norme peut légitimement s’appliquer dans une situation que si ont été prises en considération toutes les caractéristiques de la situation qui sont relevantes en regard d’une interprétation cohérente de toutes les normes applicables”.

³⁶ O conceito de uma Justiça Pós-convencional parte da teoria do desenvolvimento moral de L. Kohlberg, estabelecendo uma relação de *complementaridade* entre as perspectivas psicológica e a filosófica (cf. BAGÜÉS, 2003). Sobre sua aplicação à Teoria do Discurso, ver J. Habermas (1989:143ss), Klaus Günther (1993:113ss) e Marcelo A. Cattoni de Oliveira (1998:107ss e 2002:179ss).

³⁷ Caso pudéssemos contar com este último requisito obteríamos uma “norma ideal”, isto é, aquela que pode regular sua própria aplicação, já que pode prever todos os casos de aplicação. Essa é uma idéia bem própria do Iluminismo e, além de improvável, é também desnecessária segundo Günther (e por isso é que ele separa os discursos em discurso de justificação e de aplicação). Restam, pois, aqueles três outros requisitos a partir dos quais se pode reconstruir o ordenamento descobrindo quais normas poderiam, *abstratamente* ser aplicadas (isto é, normas válidas), para depois se verificar qual dentre elas é adequada e assim solucionar o caso.

Teoria da Justificação Dedutiva (lógica), mostrando quando um argumento (formado pela descrição completa de um estado de coisas, uma norma e uma conclusão) é convincente (isto é, aceitável racionalmente) frente a um auditório de pessoas. Mas, mais do que isso, desde a perspectiva da Teoria do Discurso, Günther acrescenta a necessidade de se assegurar que cada um dos que participam do processo argumentativo possam reciprocamente se colocar na posição do outro, sem ficarem numa posição *privilegiada*, de forma a garantir a inteireza do princípio da Universalização³⁸. Segundo Günther (1992:275), as regras dedutivas clássicas são “cegas” à avaliação dos casos particulares, a partir dos quais serão tomados os dados que permitirão chegar à conclusão. Já que não há uma norma ideal, todas as normas padecem da necessidade de serem *completadas* pelos dados do caso concreto para terem condições de aplicação.

O discurso é, então, dividido: discurso de justificação e discurso de aplicação. O **discurso de justificação** cuida saber quais normas no ordenamento são **válidas** (isto é, que protegem adequadamente um interesse universalizável). Segundo o exemplo de Günther³⁹, quando a aplicação de uma norma sempre signifique a violação de um interesse universalizável, tal norma não é válida (o que seria diferente se a mesma, protegendo um interesse, ocasionalmente ofendesse outro interesse universal). Para o discurso de justificação basta a aferição de validade da norma, isto é, a verificação de que há “reciprocidade de interesses em circunstâncias constantes” (GÜNTHER, 2000:90, ver também 1992:278). No discurso de justificação abstrai-se de considerações sobre hipóteses de conflito (aparente) em situações concretas de aplicação. Observa-se no caso hipotético que ambas normas morais representam interesses moralmente universalizáveis, logo, são válidas. Mas dizer que elas são *prima facie* aplicáveis não é suficiente, pois permanece a questão de saber qual deve ser aplicada.

Discursos de aplicação referem-se justamente ao *complemento* (à concretização) que se dá às normas válidas *prima facie* ao se proceder a uma “descrição completa da situação”. Retomando o exemplo sobre qual norma deve prevalecer (se a que manda que as promessas devam ser cumpridas ou a que exige que se ajude um amigo em caso de emergência), já se sabe que ambas são válidas, mas permanece o conflito entre elas. Esse

³⁸ “Todos os afetados podem aceitar as conseqüências e os efeitos secundários de sua observância geral podem ser antecipados para a satisfação do interesse de cada um (e estas conseqüências são preferidas por aqueles que conhecem possibilidades alternativas de regulação)” [tradução livre de: “[a]ll affected can accept the consequences and the side effects its *general* observance can be anticipated to have for the satisfaction of *everyone's* interests (and these consequences are preferred to those of know alternative possibilities for regulation)”] (HABERMAS, *apud* GÜNTHER, 1993:11-12).

³⁹ Günther (2000:89) vale-se de um caso hipotético: “alguém chamado ‘X’ que prometeu a seu amigo Smith que iria à sua festa e ficou sabendo pouco tempo depois que Jones, um de seus melhores amigos, ficara doente e precisava de sua ajuda”. Há aí duas normas (morais), que, *in casu*, aparentemente se chocam: uma que manda que promessas devam ser cumpridas e outra que se deva ajudar o próximo em caso de emergência. A partir disso ele tentará responder à questão: o que “X” deve fazer?

conflito, no entanto, **é aparente**: na verdade, as normas não estão em choque recíproco, a questão é saber qual delas é *adequada* àquele específico caso⁴⁰.

Considerando-se que já se resolveu a questão da validade das normas que são *prima facie* aplicáveis, resta ainda, para que se resolva a questão da adequabilidade, reconstruir o caso, isto é, tomar a pretensão (contrafactual) de reconstruir todas suas características, todas as características que o tornam único (como ressalta HABERMAS, 1998:240). Günther, ao prescrever a necessidade de uma interpretação que considere todas as características de um caso, coloca-se contra o que ele chama de “interpretações tradicionais”, isto é, tanto contra as interpretações “internas” (que levam em consideração tão só uma análise semântica dos termos da norma), quanto face às interpretações “externas” (que tomam como referência precedentes e outras fontes) (cf. GÜNTHER, 2000:92ss). O problema seria que estas interpretações perdem a perspectiva global, *compreensiva*, propagada por aquele autor para que se alcance a solução adequada: quando prescrevem a interpretação de certa norma, *já* previamente selecionaram uma determinada descrição como significante, desconsiderando as demais. Assim, não basta que a descrição seja *verdadeira*, ela também terá de ser **completa**⁴¹. Uma busca pelo significado semântico não é suficiente para que o aplicador possa encontrar a identidade entre uma descrição do caso e uma proposição normativa. Saber qual característica, isto é, qual descrição do estado de coisas deve ser ressaltada (e, logo, qual norma há de ser interpretada) é uma questão que será resolvida discursivamente quando da solução do caso.

De toda sorte, seja qual for a descrição *significativa*, a solução não levará apenas ela em consideração, mas a tomará como fundamento, considerando, inclusive, as demais. Tomando todas as características, os participantes levam a sério o pressuposto de que qualquer interpretação de uma norma deve considerar que outras normas também são

⁴⁰ Como o conflito é aparente, pode-se afirmar que os que defendem a “ponderação de valores” partem de um pressuposto *errôneo*: o gozo de um direito por alguém não pode significar um conflito com o gozo de outro direito por outrem. Quando, *e.g.*, a Corte Constitucional alemã pressupõe um conflito entre princípios constitucionais, para, a partir disso, fazer uma *ponderação*, o que na verdade se está afirmando é que o regular exercício de um possa prejudicar o direito de outrem. A teoria de Günther nos possibilita resolver essa questão mostrando que na verdade apenas um dos princípios é o **adequado** no caso e não o outro (ao se descobrir aquele que é adequado, vê-se que o outro jamais poderia regular o caso). Assim, não é que o Tribunal terá de “otimizar” a aplicação de ambos os princípios ou que aplicará apenas um deles tendo em vista a “hierarquia” entre os mesmos.

⁴¹ “Uma interpretação da situação é completa quando contém todas as descrições significantes (e verdadeiras) do estado de coisas”, contudo, o maior sucesso desse empreendimento dependerá de se verificar se “todos os participantes de um discurso de aplicação partilham conjuntamente a interpretação da situação” [tradução livre, respectivamente, de: “Une interprétation de situation est complète, lorsqu’elle contient toutes les descriptions d’état de chose signifiantes (et que celles-ci sont vraies)” e “tous les participants à une discussion d’application partagent ensemble l’interprétation de la situation”] (GÜNTHER, 1992:281 e 289).

prima facie aplicáveis⁴². Para alcançar esse objetivo devem ser institucionalizados procedimentos que garantam aos participantes do discurso de aplicação a possibilidade de se entenderem sobre a interpretação adequada da situação, afinal, a descrição completa pressupõe uma descrição que tome a perspectiva de argumentação de todos os envolvidos.

Não obstante, para isso não há necessidade de um juiz Hércules. Günther *alivia* o aplicador de uma norma daqueles excessivos encargos de Dworkin pelo recurso ao conceito de **paradigma**, como continente de uma “*interprétation globale cohérente des normes et des interprétations normatives relatives a certaines descriptions généralisées de situation*” (GÜNTHER, 1992:294) — interpretação esta reconstruída discursivamente⁴³. Os paradigmas tornam *óbvias* certas formas de interpretação, certas formas de ver a *realidade* e a normatividade subjacente. A unicidade de cada caso ocorre (também) em função das alterações operadas no seio da sociedade. Se as normas *prima facie* aplicáveis devem ser *completadas* pela descrição completa da situação, percebe-se que diferentes paradigmas provocarão alterações na “matriz” daquelas normas. De fato, para além das razões do legislador, o aplicador deve situar as normas no horizonte no qual elas serão aplicadas. Esse pano de fundo contém uma situação imprevisível (*a priori*), o que força a modificação da interpretação.

Concluindo, podemos ver com Günther que, como a decisão deve ser tomada aqui e agora e para pessoas concretas⁴⁴, o aplicador não tem necessidade de reconstruir toda a história institucional (horizontal e verticalmente), mas se apropriar criticamente de seu *horizonte*, ou, noutras palavras, ele deve esclarecer qual deve ser a maneira de agir na situação *in casu*. Este afazer, como temos salientado, não é solitário, deve haver um igual acesso para cada parte envolvida poder invocar normas válidas a partir de sua interpretação do caso. Há que se garantir a possibilidade de trazer ao processo interpretações divergentes acerca da situação (cf. GÜNTHER, 1992:288 e 296). A **norma adequada**, enfim, será aquela que puder justificar o imperativo singular, já que sua interpretação pode ser justificada por uma interpretação global coerente de todas as normas *prima facie* aplicáveis para aquele caso.

⁴² “Toda justificação de um enunciado normativo deve estar inscrito numa justificação do Direito em sua totalidade. O Direito, ele mesmo, é um ‘conceito interpretativo’” [tradução livre de: “Toute justification d’un énoncé normatif doit être inscrite dans une justification du droit dans sa totalité. Le droit lui-même est un ‘concept interprétatif’”] (GÜNTHER, 1992:287).

⁴³ A “coerência no ordenamento” é vista por Günther como um objetivo a ser buscado (a cada vez) pelos participantes envolvidos numa interação acerca de normas (ver GÜNTHER, 1992:287ss). A coerência não é menos contingente do que a história e a mudança de paradigmas. “Não há inclusive nenhuma interpretação de situação apropriada *sub specie aeternitatis* à qual alguém possa colocar no lugar de todas as outras” [tradução livre de: “Il n’y a donc aucune interprétation de situation appropriée *sub specie aeternitatis* à laquelle quelque’un pourrait procéder à la place de tous les autres”] (*idem*, p. 290).

⁴⁴ O que Günther (1992:284ss) irá denominar “imperativo singular”, isto é, “une manière d’agir dans une

Antes de entrarmos propriamente na proposta habermasiana de interpretação/aplicação do Direito, vamos esclarecer alguns dos supostos colocados principalmente no seu "Facticidade e Validade" (1998).

Na citada obra **Jürgen Habermas** mostra como a "razão prática" recebe a contribuição da Filosofia da História (Hegel), mas acaba superada pela complexidade das sociedades modernas, onde o "indivíduo" não é mais um ponto de partida, mas o começo do problema⁴⁵. O ponto de partida agora é lingüístico, logo intersubjetivo. Como Habermas trabalha com a filosofia da linguagem, com as interações intersubjetivas (fazendo como que uma *ponte* entre esta e uma teoria da sociedade), não pode aceitar uma racionalidade que se concentra no sujeito, por isso, no que toca a questão da integração social, *substitui* a razão prática pela **razão comunicativa**, que pode ser definida como sendo "el medio lingüístico, mediante el que se concatenan las interacciones y se estructuran las formas de vida"⁴⁶. Para promover tais interações, os participantes do discurso assumem algumas condições ideais de fala:

[e]m primeiro lugar, (...) devem pressupor que estão atribuindo idêntico significado aos proferimentos que utilizam, isto é, devem pressupor a generalidade dos conceitos (...). Em segundo lugar, eles devem pressupor que os destinatários estão sendo responsáveis, autônomos e sinceros uns com outros (...). E em terceiro lugar, pressupor que falante e ouvinte vinculam os seus proferimentos a pretensões de validade que ultrapassam o contexto. Essas pretensões de validade são 1) à verdade proposicional (...); 2) à veracidade subjetiva (...); 3) à correção normativa (SALCEDO REPOLÊS, 2003:49-50)⁴⁷.

Em razão disso, há pelo menos duas conseqüências. Por um lado, rompe-se com uma separação rígida entre "real" e "ideal". Como mostra Habermas (1998:96-97 e 1989:82-83), a "realidade" já está permeada de "idealidade". Importa para ele a ocorrência da comunicação, sob as condições do discurso. Segundo Marcelo A. Cattoni de Oliveira (2002:37), quando Habermas, para trabalhar com a Teoria do Discurso, fala numa relação

situation [singular, aqui e agora] et à un individu qui en est le destinataire".

⁴⁵ A racionalidade individualista é posta em cheque. A perspectiva "científica" que separava "sujeito, objeto e método" deve ser repensada. Mais especialmente nas ciências sociais, quaisquer teorias que procurem postular uma normatividade apelando para argumentos "racionais", terão de responder: "qual racionalidade?" (DE GIORGI, 1998:196). Sem querer cair numa negação total da razão e por ainda acreditar num projeto "inacabado" da modernidade, Habermas retoma a razão para sua teoria, mas com outra *leitura*. Sobre o tema ver, e.g., María Fernanda S. Repolês (2003), Manfredo A. de Oliveira (1989:29) e Luiz Moreira (2004:180-181).

⁴⁶ Habermas (1998:65). Em comparação com a razão prática, a razão comunicativa começa por ter a vantagem de não ficar "atribuída al actor particular [Kant] o a un macrosujeto estatal-social [Hegel]" (*idem*). A razão comunicativa, ao contrário da razão prática, não dita às pessoas o que devem fazer, ela possui sim uma série de condições contrafáticas idealizadoras que os participantes no discurso têm de assumir (de pressupor) se querem agir visando o entendimento recíproco. Por isso Habermas marca a diferença frente o dever moral presente na razão prática, afirmando que a razão comunicativa possui uma "coerção transcendental de tipo débil" (HABERMAS, 1998:66).

⁴⁷ A assunção destes pressupostos, no entanto, é contrafática, a saber, não se trata de requerer uma "comunidade ideal de comunicação", mas de assumir certos pressupostos semânticos, sintáticos e pragmáticos da linguagem que visam o entendimento. Caso algum daqueles pressupostos não se verifique, sobre ele terão os participantes de reflexivamente (discursivamente) deliberar (cf. *idem*, p. 50).

de tensão entre realidade e idealidade (e não em separação, oposição),

estar-se-á abandonando a *teoria dos dois mundos*, sem a menor necessidade de se apelar para uma *filosofia da história* e seu *teleologismo*, (...): a realidade já é plena de *idealidade*, em razão dos próprios pressupostos lingüísticos contrafactuais presentes em toda interação comunicativa⁴⁸.

Por outro lado, aquelas condições idealizantes *transportam* os participantes de seus contextos locais. Essa transcendência, no entanto, não significa que eles se coloquem num “reino ideal”, “numa comunidade ideal de fala”, já que a relação entre real e ideal aqui não é tomada como um hiato, como tensão (cf. HABERMAS, 1998:401 e 1989:34), a transcendência é “intramundana”: falante e ouvinte, assumindo os pressupostos de uma ação orientada ao entendimento, transcendem os contextos locais nos quais a interação efetivamente se dá.

Com a perda do monopólio da interpretação pela religião (ou de quaisquer outros referenciais unitários), a **integração social** apenas pode se dar em instâncias que gerem consenso (ou ao menos compromissos racionais⁴⁹). Como dissemos, para que seja promovido o entendimento intersubjetivo é que Habermas recorre à racionalidade comunicativa. Sem um fundamento metafísico (Deus ou a razão iluminista), a integração social das diversas biografias e formas de vida pluralistas apenas pode se dar pelo *medium* da linguagem⁵⁰.

Aquela *força integrativa* não é compatível com uma postura que coloque os participantes como “observadores externos” ou de atores que apenas agem estrategicamente. Os participantes devem assumir a posição de *alguém que quer se entender com outrem sobre algo*, tendo iguais oportunidades de oferecer suas pretensões, para que se chegue a um entendimento racional — por isso, quem assume tal obrigação ilocucionária, reconhece os demais membros da comunidade como **igual** portador dos

⁴⁸ Com isso a Teoria do Discurso não fica presa “a um único ponto de vista disciplinar, mas, pelo contrário, permanece aberta a diferentes pontos de vista metodológicos (participante X observador), a diferentes objetivos teóricos (explicação interpretativa e análise conceitual X descrição e explicação empírica), a diferentes papéis sociais (do juiz, dos políticos, dos legisladores, dos clientes e dos cidadãos) e a diferentes atitudes pragmáticas de pesquisa (hermenêuticas, críticas, analíticas, etc.), a fim de que uma abordagem normativa não perca o seu contato com a realidade, nem uma abordagem objetiva exclua qualquer aspecto normativo, mas permaneçam em tensão” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002:36-37).

⁴⁹ Diferentemente do consenso, que se fundamenta em razões que todos podem aceitar do mesmo modo, um **compromisso** pode ser aceito por cada um por diferentes razões. Em sociedades complexas, onde as regulações normativas afetam interesses diversos de diferentes modos sem que se possa (moralmente) fundamentar um interesse que seja universalizável ou o domínio (ético) de um valor, é necessária a prática da **negociação** que visa à formação de compromissos. A importância dos compromissos está em que, como esclarece Marcelo A. Cattoni de Oliveira (2000:77), “compromissos constituem a maior parte dos processos políticos, sob as condições políticas determinadas pelo pluralismo axiológico, cultural, religioso, dentre outras, nas atuais sociedades”. Não obstante, os compromissos serão aceitos desde que espelhem uma negociação *fair* (cf. HABERMAS, 1998:233-234).

⁵⁰ Pela ação comunicativa “los actores en el papel de hablantes y oyentes, tratan de negociar interpretaciones comunes de la situación y de sintonizar sus respectivos planes de acción a través de procesos de entendimiento, es decir, por vía de una persecución sin reservas de fines ilocucionarios” (HABERMAS, 1998:79-80).

mesmos direitos (cf. OLIVEIRA, 1989:30). Um falante, ao pronunciar uma afirmação, levanta uma pretensão de verdade susceptível de crítica — pretensão esta que o falante deve poder fundamentar, se necessário. Quanto ao conteúdo (a validade) daquela afirmação, o ouvinte pode se posicionar afirmativamente (com um “sim”) ou negativamente (com um “não”). Caso se posicione negativamente, assume o ônus da respectiva fundamentação (cf. *infra*).

O risco de dissenso gerado por aquela tensão, isto é, pelo posicionamento de afirmações e negações frente a pretensões de validade (e pela própria instabilidade gerada pelo caráter contrafático dos pressupostos da comunicação, como vimos) pode ser em parte contornado com o conceito de “**mundo da vida**” (cf. HABERMAS, 1998:83ss e CARVALHO NETTO, 2003:151). É que se todas as pretensões de validade estiverem ao mesmo tempo em discussão, o provável dissenso daí advindo resultará mais em perda que em ganho discursivo, tornando improvável a comunicação e, logo, a integração social. Dessa forma, a ação comunicativa parte de um “horizonte de convicções comunes aproblemáticas” (HABERMAS, 1998:83), em que a tensão entre facticidade e validade não existe, pois ambas dimensões encontram-se fundidas. Quando aquelas convicções não problemáticas deixam de ser *óbvias*, não mais pertencem ao mundo da vida e passam a tema da agenda pública de discussão⁵¹. Convicções até então compartilhadas, terão agora de ser sustentadas ou revisadas mediante razões (que são o meio através do qual se colocam pretensões de validade susceptíveis de crítica).

Nessas sociedades complexas de que fala Habermas, o aumento do dissenso, a pluralização das formas de vida e a individualização das biografias diminuem as zonas de convergência do Mundo da Vida. No processo de *quebra* com o paradigma convencional, a ação comunicativa fica *livre* de amarras tradicionais (religiosas, consuetudinárias, etc.). **Tudo** agora pode ser tematizado (cf. HABERMAS, 2003b:191)⁵².

O “permanecer aberto”, próprio das sociedades complexas, significa predisposição ao risco do dissenso. Todavia, só se produz consenso a partir do dissenso, ao mesmo tempo em que todo consenso é apenas o primeiro passo para um dissenso futuro. Como acentua José E. de Faria (1978:32): “o dissenso é o ponto de partida para a conquista do consenso”. Esse pluralismo é democraticamente inafastável. A partir do momento em que quaisquer temas podem adentrar à esfera pública de discussão — isto é, que não há um consenso substantivo de fundo acerca de um “sentimento de pertencimento” ou do

⁵¹ Quando o assentamento das questões básicas da comunidade jurídica começa a se agitar — quando aumenta a complexidade desta mesma sociedade — surgem novas expectativas de comportamento, a partir de novas biografias individuais. A partir do momento em que convicções de fundo começam a se chocar, a Ação Comunicativa toma seu papel na manutenção (ou na reformulação) da integridade social.

⁵² No entanto, essa “liberalização” também significa que os indivíduos passam a poder agir na persecução de seus próprios interesses. Aí está um problema: “cómo estabilizar la validez de un orden social en el que desde el punto de vista de los actores mismos se establece una clara diferenciación entre la acción comunicativa [que visa ao entendimento intersubjetivo], (...) y las interacciones de tipo estratégico” (HABERMAS, 1998:87)?

“reconhecimento mútuo entre cidadãos” — percebe-se que não é razoavelmente possível “esperar superar o pluralismo de visões conflitivas” (cf. HABERMAS, 2003b:190), já que não há posições juridicamente privilegiadas face às demais. Para tentar *lidar* com o risco do dissenso Habermas aponta duas alternativas: limitar o campo de problematização dado aos participantes no seu agir discursivo, ou assumir que em sociedades complexas em que a Ação Comunicativa assume o papel de promover integração social, ela deve se valer de seus próprios recursos para “domesticar” o risco aumentando-o, isto é, “estableciendo duraderamente discursos” (HABERMAS, 1998:99). Essa segunda alternativa é, *paradoxalmente*, a que parece melhor se conformar à atual condição da sociedade, pois soluciona o problema do risco sem eliminá-lo, mas, ao invés, o expõe à tematização pública.

As questões da integração social e do risco do dissenso, no Direito, estão na base da tensão entre a Facticidade da coerção estatal (externa) e a Validade da força de convicções internas. A tensão entre Facticidade e Validade aqui se mostra na tensão entre coerção fática e validade das normas. Tomando o conceito kantiano de normas como leis coercitivas e leis da liberdade, Habermas (1998:90ss) mostra a tensão entre coerção e liberdade no interior da própria “validade” do Direito Positivo: esta se desdobra em “validez social” (eficácia) e “legitimidade” das normas⁵³.

A saída proposta por ele passa pelo reconhecimento da centralidade do **Direito Positivo** no contexto da integração social (HABERMAS, 1998:99ss). O Direito é o único sistema que na modernidade pode — operacional e legitimamente — promover essa forma de integração⁵⁴. O Direito Positivo possui meios para operacionalizar aquelas duas alternativas acima expostas de afastamento do risco: a da limitação — porque estabiliza expectativas de comportamento, inclusive pelo uso de sanções — e a da deslimitação — já que, em princípio, todas as normas estão sujeitas à crítica através do processo legislativo (e também do controle de constitucionalidade)⁵⁵.

Nesse contexto, apenas com a afirmação de que o destinatário da norma é também um seu feitor é que a imposição do Direito, inclusive através de sanções se pode justificar

⁵³ “La validez social de las normas jurídicas se determina por el grado de imposición, es decir, por la aceptación que cabe esperar en el círculo de los miembros de la comunidad jurídica de que se trate. (...) [E] la legitimidad de las reglas se mide por la desempeñabilidad o resolubilidad discursiva de su pretensión de validez normativa, y en última instancia atendiendo a se han sido producidas en un procedimiento legislativo que quepa considerar racional, o a si por lo menos hubieran podido ser justificadas desde puntos de vista pragmáticos, éticos y morales” (HABERMAS, 1998:92).

⁵⁴ Habermas (1998:102ss) não desconhece que há outras formas de integração, como as sistêmicas promovidas pelo Mercado e pelo Poder Administrativo, que, contudo, não se valem de “energias comunicativas”, mas, ao contrário, se movem a partir de uma racionalidade estratégica. Entre os sistemas sociais autônomos (Mercado e Poder Administrativo) e o Mundo da Vida está o Direito, como dobradiça (HABERMAS, 1998:120), como liame.

⁵⁵ A solidariedade social, diz Habermas (2000:524), não está ligada a algum vínculo ético, mas, no marco pós-tradicional de um Estado de Direito, é **artificial**, já que *produzida* pelo meio do Direito. Assim, a possibilidade de obtenção de consenso pode se dar não porque todos concordem sobre (isto é, compartilhem) certos valores, mas porque concordam sobre a forma (o procedimento) de discordarem (cf. FARIA, 1978:65).

(cf. HABERMAS, 1998:96). O processo de produção do Direito resta, pois, como o autêntico lugar de integração social. Doutra lado, a possibilidade de o Estado impor sanções pelo descumprimento do Direito deriva do pressuposto de legitimidade (como aceitabilidade racional) na positivação do mesmo (ver CATTONI DE OLIVEIRA, 2000). Seu fundamento não é externo, mas autoreferencial⁵⁶. Através do Processo Legislativo o Direito estabiliza as expectativas de comportamento dos cidadãos, expectativas estas apresentadas e debatidas discursivamente. Para que isso ocorra, deve-se levar em conta o **Princípio do Discurso** (ou simplesmente, “D”), um princípio neutro, imparcial, segundo o qual “válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales” (HABERMAS, 1998:172)⁵⁷. Questões éticas, políticas e pragmáticas postas serão, pois, respondidas atendendo-se, em cada um dos correspondentes tipos de discurso, às regras que operacionalizam o Princípio do Discurso (cf. HABERMAS, 2003a:163).

A separação entre os “poderes” se dá em razão do acesso de cada um às diferentes formas de comunicação (e correspondentes razões). A legislação política, por seu papel central, dentro de um procedimento democrático, possui acesso ilimitado a razões normativas e pragmáticas. O **Judiciário**, ao contrário, não pode dispor livremente sobre aquelas razões contidas nas leis; no entanto, elas desempenham um papel decisivo na busca de decisões que mantenham a integridade do ordenamento. Já a Administração

⁵⁶ A solução do (aparente) paradoxo do Direito (que produz a si mesmo e pretende legitimidade) é dada pela relação interna entre aquele e a Política: o Direito se faz impor pela força do aparelho estatal (que atribui força coletivamente vinculante às suas decisões). A Política, através do Direito, obtém forma jurídica (cf. HABERMAS, 1998:201). Isso explica a facticidade do Direito. Sua legitimidade, contudo, surge da outra face daquela relação, isto é, o Direito cobra legitimidade a partir do processo de produção das normas, oferecendo segurança jurídica aos cidadãos (eles podem prever as conseqüências de seus atos).

⁵⁷ Vale aqui lembrarmos a diferença que Habermas faz entre Direito e Moral (e, conseqüentemente, entre os princípios democrático e moral, como especializações do Princípio do Discurso). Com a dessacralização da sociedade, Direito, Moral e Ética diferenciam-se entre si: Direito Positivo, Moral Pós-convencional e Eticidade Dessacralizada (cf. CATTONI DE OLIVEIRA, 2004:530-531). Assim, ainda que Moral e Direito possam tratar dos mesmos temas, o fazem de forma diferenciada. Ambos são sistemas de saber, mas apenas o Direito é sistema de ação. O Princípio Democrático visa a institucionalização de um procedimento legislativo legítimo, produzido discursivamente com a potencial participação de todos (cf. HABERMAS, 1998:175). Este princípio não procura dar conteúdo *a priori* às questões quando propostas, mas apenas diz como pode a formação da opinião e da vontade ser institucionalizada por um sistema de direitos que assegure participação no processo legislativo em condições de igualdade (cf. HABERMAS, 1998:646). Já o Princípio Moral cumpre a função de regra de argumentação para a decisão racional de questões morais: “Toda norma válida tem que preencher a condição de que as conseqüências e efeitos colaterais que previsivelmente resultem de sua observância *universal*, para a satisfação dos interesses de *todo* indivíduo possam ser aceitas sem coação por *todos* os concernidos” (HABERMAS, 1989:147, ver também SALCEDO REPOLÉS, 2003:99). A relação entre Direito e Moral é complementaridade. Num nível pós-convencional, a moral se torna autônoma frente a um substrato tradicional. Como saber cultural, ela perde contato com as instituições que têm o poder coercitivo de imposição de expectativas de comportamento. Para além da internalização individual de seus comandos, a Moral apenas consegue impor coação (externa) valendo-se do meio que é o Direito, isto é, pela assunção que este pode fazer de conteúdos morais — sem que isso implique corromper o código próprio do Direito (cf. CATTONI DE OLIVEIRA, 2002:185).

Pública não pode, ao executar os comandos legais, reconstruir as razões subjacentes⁵⁸.

O Direito Moderno forma seu código (sua *forma* própria) a partir dos dois únicos elementos que restaram após a dissolução do amálgama do Direito com a moral, a ética e a religião: soberania popular (autonomia pública) e direitos humanos (autonomia privada) (cf. HABERMAS, 1990:104). De fato, segundo Habermas, autodeterminação moral (expressão dos direitos humanos) e autorrealização ética (ligada à soberania popular) estão mediadas pelo Direito, constituindo seu código, sendo, portanto, co-originais. A relação interna entre soberania popular e direitos humanos está no modo como é alcançada a formação da opinião e da vontade pública: nem a **autonomia pública** deve se subordinar a pretensos direitos racionalmente universais (como em Kant), nem os **direitos humanos** ficam à mercê de uma “vontade geral ética” (como em Rousseau).

Da relação entre soberania popular (autonomia pública) e direitos humanos (autonomia privada) surge o que Habermas chama de “Sistema de Direitos”: o conjunto daqueles direitos (fundamentais) que os membros de uma comunidade se atribuem reciprocamente *quando decidem* regular legitimamente sua convivência através do Direito Positivo⁵⁹. O meio institucional encontrado na modernidade para fundar esse sistema é a **Constituição** (cf. HABERMAS, 2002:229 e DWORKIN, 2001:49).

O Princípio Democrático toma a autonomia pública para proporcionar legitimidade ao procedimento legislativo, de forma que o reconhecimento que os cidadãos cobram frente às leis não deve se dar *a posteriori*, como um “convencimento” (cf. HABERMAS, 1998:192ss), mas durante o procedimento de formação da opinião e da vontade políticas, tanto nos órgãos legislativos, mas também em âmbitos não institucionalizados. Os cidadãos, ao constituírem seu sistema de direitos, devem considerar, pois, a co-originalidade entre as autonomias pública e privada. Logo, se querem regular sua convivência pelo Direito, têm que criar uma “ordem”, que preveja a qualquer membro (atual ou futuro) desta comunidade uma série de direitos subjetivos⁶⁰. O sistema de direitos, contudo, necessita de um meio

⁵⁸ Cf. Habermas (2002:243ss). A neutralidade do Direito não está numa *pureza* ou *distância* frente a questões éticas, morais ou pragmáticas. Estas devem ser consideradas, notadamente quando da produção do Direito. Sua neutralidade, então, “pode ser explicada pelo fato de que, em sociedades complexas, não se pode mais manter coesa a totalidade dos cidadãos através de um consenso substancial acerca dos valores, mas tão-somente através de um consenso quanto ao procedimento relativo a ações jurígenas legítimas e ao exercício de poder” (*idem*, p. 254 e CATTONI DE OLIVEIRA, 2000:109).

⁵⁹ O sistema de direitos garante aos indivíduos certas liberdades subjetivas de ação segundo as quais eles podem agir em conformidade com seus interesses (cf. HABERMAS, 1998:186). O Direito não pode pretender obrigar os cidadãos a permanecerem todo o tempo na esfera pública de discussão (cf. HABERMAS, 2000:527). Mas garante também a liberdade comunicativa: a possibilidade dos indivíduos tomarem posição frente a uma pretensão de validade levantada por outrem, destinada ao entendimento intersubjetivo. Essa liberdade pressupõe uma atitude performativa (obrigação ilocucionária) dos participantes, que querem se entender sobre algo e pressupõem uma tomada de posição do outro.

⁶⁰ Para a feitura de tal “ordem”, Habermas (2003a:169) apresenta três categorias de direitos que devem ser reconhecidas: “(i) Direitos fundamentais (...), que resultam da configuração autônoma do direito, que prevê a maior medida possível de liberdades subjetivas de ação para cada um. (ii) Direitos fundamentais (...), que

institucionalizado que, em última instância, sirva àquela sociedade de homens livres e iguais, isto é, uma comunidade auto-organizada politicamente: o Estado de Direito possui, desde seu nascimento, o objetivo de garantir institucionalmente a co-originalidade das autonomias pública e privada, buscando a legitimidade de suas decisões no Direito⁶¹.

O Estado de Direito garante, pois, simultaneamente, a institucionalização do uso público das liberdades comunicativas e regula a transformação do Poder Comunicativo em Poder Administrativo (cf. HABERMAS, 1998:245)⁶². Assim, se as decisões vinculantes do Estado são regidas por fluxos comunicativos vindos da periferia, passando pelas “eclusas”⁶³ dos procedimentos democráticos regulados pelo Direito, há que se garantir que esta seja capaz de — e tenha oportunidade para — rastrear e detectar os problemas latentes de integração social subjacentes no meio social para então tematizá-los e, procedimentalmente, introduzi-los no sistema político (cf. HABERMAS, 1998:437ss).

Os procedimentos judiciais, por sua vez, protegem, decidem e estruturam os espaços onde se dá a argumentação (sem, contudo, interferir no conteúdo da argumentação mesma). Assim, esses procedimentos unem dois outros tipos de procedimento: jurídicos e argumentativos, abrindo com isso o espaço do discurso de aplicação a razões éticas, pragmáticas e morais, sem, contudo, *quebrar* o código do Direito. No que toca, então, à **Jurisdição**, segundo Habermas, a tensão entre Facticidade e Validade se manifesta, internamente, quanto ao conteúdo de suas decisões, na tensão entre a segurança jurídica (positividade do Direito) e a pretensão de decisões corretas (legitimidade). Por um lado o

resultam da configuração autônoma do *status* de membro de uma associação livre de parceiros do direito. (iii) Direitos fundamentais (...), que resultam da configuração autônoma do igual direito de proteção individual, portanto da reclamabilidade de direitos subjetivos”. Mas, se além de se reconhecerem direitos, os membros dessa comunidade também pretendem ser autores dos mesmos (autonomia pública), eles precisam de uma quarta categoria de direitos: “(iv) Direitos fundamentais (...), que resultam da configuração autônoma do direito para uma participação, em igualdade de condições, na legislação política” (*idem*).

⁶¹ Pode-se explicar como o Estado de Direito pode cumprir aquela função, mostrando, com Habermas, quais seriam os princípios que o informariam. O primeiro deles é a **soberania popular**, que funciona como ponto unificador entre o Direito e o Estado de Direito, pois fundamenta a participação popular igual na formação da vontade estatal (cf. HABERMAS, 1998:238). Habermas, contudo, não irá cair no extremismo rosseauiano da necessidade inafastável de uma democracia direta. Ele defende menos uma democracia “participativa” do que uma democracia deliberativa. Assim, apesar de defender que as decisões políticas tenham de ser tomadas *face to face* (interações simples), Habermas combina o princípio da soberania popular com o **princípio parlamentar**. Os demais princípios derivam do princípio da soberania popular: princípio da proteção abrangente dos direitos individuais (que remete ao Judiciário), princípio da legalidade da Administração Pública e da Separação entre Estado e Sociedade (cf. *idem*, p. 239ss).

⁶² A arena pública, aliás, se constitui num meio de *aprendizado* democrático de que uma comunidade pode se valer, colocando em prática políticas racionalmente acordadas, experimentando-as e aprendendo com fracassos e vitórias (cf. HABERMAS, 1998:466, 2003a:165 e 2003b:193).

⁶³ Sobre o “modelo de eclusas”, ver Habermas (1997:87). Os espaços da opinião pública constituem-se numa rede de comunicações intersubjetivas, *filtradas* para a formação da **opinião e da vontade pública**. Esses espaços não institucionalizados necessitam, para influir no centro, de pressupostos próprios a uma cultura política (e de socialização) liberal (cf. HABERMAS, 1998:439), até porque são espaços autônomos, em que a formação da opinião e da vontade se dá de forma mais ou menos espontânea (cf. HABERMAS, 1987:113). O procedimento legislativo deve estar, assim, sensível ao torvelinho das discussões travadas nos meios não institucionalizados de formação da opinião pública (Poder Comunicativo).

Direito estabiliza expectativas de comportamento e as impõe coercitivamente. Assim, as decisões judiciais devem restar consistentes com — i.é., tomar como pano de fundo — “el marco del orden jurídico vigente (...), [que é] el producto de todo un inabarcable tejido de decisiones pasadas del legislador e de los jueces, o de tradiciones articuladas en términos de derecho consuetudinario” (HABERMAS, 1998:267). Por outro lado, a decisão deve ser racionalmente aceitável⁶⁴.

A questão da **racionalidade das decisões judiciais** remete-nos a um outro problema muito discutido no Direito: como conciliar o fato de que o Direito estabiliza expectativas de comportamento (facticidade), mas a autonomia pública reclama que o processo de produção daquelas normas seja efetuado de forma legítima (validade). A positividade mostra a contingencialidade (e portanto, artificialidade) do Direito Moderno. Contudo, este não pode ser produto de pura decisão (que o modifica aleatoriamente), deve reclamar para si a pretensão de racionalidade. Já que o Direito pretende legitimidade, não basta o *factum* da decisão judicial, é necessário que esta seja consistente, isto é, conforme o Direito Positivo (justificação interna) e racionalmente aceitável, isto é, fundamentada (justificação externa) (cf. HABERMAS, 1998:267).

Essa questão tipicamente moderna acerca de como uma decisão judicial pode obter racionalidade leva Habermas a reconstruir algumas teorias acerca da argumentação jurídica: a hermenêutica filosófica de Gadamer, o positivismo, a concepção do Direito como integridade em Dworkin e o senso de adequabilidade de Günther. Habermas partirá principalmente daquelas teorias para construir sua teoria da argumentação jurídica. Para isso, são necessários primeiro alguns “reparos” àquelas.

Segundo Habermas (1998:162), a hermenêutica filosófica teve o mérito de se colocar contra aquela doutrina anterior que limitava a aplicação do Direito a um processo de subsunção mecânica. Através do recurso, por exemplo, a “horizontes de compreensão”, a hermenêutica mostrou que a atividade de aplicação envolve um complexo processo de *adequação* entre passado e presente. A crítica de Habermas concentra-se, sem embargo, no recurso de Gadamer a *uma tradição*, pois, em sociedades plurais como a nossa (que portanto, possuem tradições diversas e igualmente válidas), nenhum magistrado pode juridicamente recorrer a um *ethos* reinante. As tradições não são dados, mas apreensões que se pode fazer do passado e que, de fato, hodiernamente são pluralisticamente apreendidas, inclusive para que se decidam quais devem permanecer e quais devem ser

⁶⁴ As discussões acima demonstram que a discussão em torno da posição dos Tribunais num Estado Democrático de Direito é bem mais complexa do que a de simples “aplicador do Direito”. A circulação oficial do poder mostra a precedência do Legislativo na percepção e na própria discussão pública das várias questões surgidas nos vários espaços públicos. Contudo, transparece também que a função dos Tribunais não pode se resumir à mera “subsunção” dos fatos às leis. Por outro lado, se o Judiciário não deve ser mera *bouche de la loi*, não se deve, outrossim perder de vista que ele não é o repositório das “virtudes” de uma comunidade, assumindo uma atitude “ativista” — nos moldes, *e.g.*, da Corte Constitucional alemã (cf. a respeito MAUS, 2000).

eliminadas⁶⁵.

Habermas se volta para a Teoria Construtivista de Dworkin, que, segundo ele, consegue superar tanto a hermenêutica filosófica quanto as teorias positivistas⁶⁶. Dworkin combinaria argumentos extrajurídicos (morais, pragmáticos, éticos) à fundamentação das decisões, sem, contudo, perder de vista o código próprio do Direito. Isso lhe possibilitaria obter racionalidade às decisões judiciais não apenas a partir de uma justificação interna, mas também externa — Dworkin pode fazer isso porque, como vimos, concebe o Direito não como um conjunto de regras, mas de princípios. A partir daí constrói sua Teoria Construtivista. A questão da racionalidade das decisões é resolvida por Dworkin apelando-se para o conceito de integridade, que deve ser buscada pelo juiz caso a caso. Trabalhando com o conceito de unicidade do caso, de um lado e com a reconstrução da história institucional de outro, Dworkin pode concluir pela existência de uma única resposta correta.

Habermas (1998:295), no entanto, questiona o papel “solitário” do juiz “Hércules” de Dworkin, ao pressupor (ainda que metodologicamente) um indivíduo dotado de tal privilégio cognitivo que garanta, sozinho, a integridade da comunidade jurídica. Sua teoria levantaria, a princípio, idealizações tão fortes que apenas um Hércules poderia alcançá-las. Por isso Habermas se questiona: ou as exigências são um *norte* ao qual os juízes devem se dirigir, ou são um falso ideal. Sua resposta é no sentido de que as idealizações de Dworkin provêm antes dos princípios normativos do Estado de Direito que da jurisdição. A obrigação do juiz com a integridade seria (mais uma) concretização da obrigação básica de garantir a integridade da comunidade jurídica artificialmente construída⁶⁷.

Por seu turno, Habermas toma também a Teoria da Argumentação de Klaus Günther, uma teoria que, além de trabalhar com uma concepção muito clara do caráter deontológico das normas (regras e princípios), estabelece as especificidades da distinção entre discursos de justificação e de aplicação de normas. Como vimos, para encontrar essa norma adequada, o aplicador tem de reconstruir todas as interpretações daquele caso. Günther procura *aliviar* o trabalho de Hércules com o recurso a paradigmas. Já nos referimos aos paradigmas jurídicos, inclusive à forma como Günther trabalha com eles. Vale ressaltar,

⁶⁵ A questão das tradições e da possibilidade de sua manutenção (ou não) está inserida no que Habermas chama de a “luta pelo reconhecimento”. Veja-se seu texto: “A Luta por Reconhecimento no Estado Democrático de Direito” (2002:229-267).

⁶⁶ Cf. Habermas (1998:272-273). Dworkin, como vimos, compreende o Direito como um conjunto de normas que não se resume a pura contingência (como postulam os positivistas) nem é um “joguete político” (na crítica realista), mas antes, “el momento de no-disponibilidad o no-instrumentalizabilidad, que se afirma en el sentido deontológico de la validez de los derechos, remite a la dimensión de una obtención de decisiones, racional, regida por principios, siendo sólo una de esas decisiones la ‘decisión correcta’” (*idem*, p. 279).

⁶⁷ Permanece, contudo, a questão acerca do solipsismo do juiz Hércules. Se o Direito deve respeitar o princípio da integridade, logo, o juiz não deve ficar sozinho na realização de sua tarefa. Num processo judicial, com maior razão, a decisão do juiz tem de ser o resultado de um esforço em conjunto daquele com as partes envolvidas (cf. HABERMAS, 1998:293-295), a partir dos postulados do agir comunicativo que pressupõem que a prevalência

contudo, o que Habermas (1998:292-293) aponta: se o recurso a paradigmas torna a tarefa de interpretação menos complexa, não se deve perder de vista algo que Günther parece não se dar conta. Paradigmas, por sua própria característica de fechamento, criam **ideologias** — os paradigmas formam compreensões intersubjetivamente compartilhadas e, nesse sentido, para que estas sejam tidas como *óbvias*, têm de excluir quaisquer outras. Tomando-se os supostos de Günther sobre os paradigmas, chegar-se-ia à errônea conclusão de que, dado um caso, sua solução já estaria mais ou menos “pré-constituída”, pois os participantes do processo *saberiam* de antemão qual a solução adequada (porque partilham o mesmo paradigma)⁶⁸. Nas sociedades contemporâneas, diferentes formas de vida (diferentes paradigmas) convivem, tornando também problemático o recurso a pré-compreensões tidas como compartilhadas por todos. Logo, os **argumentos** (as razões) a partir dos quais uma certa descrição tornar-se-á **significativa** sobre as demais serão uma decorrência da **apropriação reflexiva das várias interpretações de mundo presentes** (cf. CATTONI DE OLIVEIRA, 2002:82 e 109).

Podemos agora, com a **Teoria da Argumentação** de Habermas, procurar superar as questões deixadas por seus antecessores, superando aquele “dilema” supracitado⁶⁹. Em primeiro lugar, sua teoria retira do juiz o *fardo* que pesa sobre o juiz Hércules (sem com isso cair na simplificação de paradigmas “não problemáticos”) e, ao mesmo tempo, leva a sério o pressuposto dworkiniano de abertura para uma fundamentação interna e externa. Desta forma, aquele que queira levar a cabo a interpretação, deve fazê-lo levando em consideração “también la perspectiva de cada uno de los demás potenciales participantes” (HABERMAS, 1998:302). Este é um ponto central, já fizemos menção à importância de, numa interação discursiva, considerar-se a exposição e prevalência do melhor argumento⁷⁰.

do prevalência do melhor argumento. Assim, aquelas exigências ideais à Teoria do Direito apontadas por Dworkin não estarão vinculadas à pessoa do juiz, mas ao contraditório desenvolvido pelas partes.

⁶⁸ “[A] tentativa de se reduzir a complexidade da interpretação jurídica através da reconstrução de um paradigma jurídico concreto (ou, ainda, da determinação nada isenta de problemas de uma ‘ideologia constitucionalmente adotada’ ou de um ‘quadro de valores comuns superiores’), que desde o início já estabelecerá um horizonte histórico de sentido para a prática jurídica, só retiraria em parte dos ombros do juiz a tarefa hercúlea de pôr em relação os traços relevantes de uma situação concreta, apreendida de forma a mais completa possível, com todo um conjunto de normas em princípio aplicáveis” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002:107-108). Uma compreensão procedimentalista do Direito toma estes paradigmas e faz com que os mesmos estejam reflexivamente abertos uns aos outros (só assim a suspeita de ideologia pode ser afastada).

⁶⁹ Isto é, qual, afinal é o papel do Judiciário num Estado Democrático de Direito? Será que deve ser uma posição semelhante ao da Corte Constitucional Alemã? Superego da “Sociedade Brasileira” (cf. MAUS, 2000)? “Censor” dos “excessos” do legislativo? Ou, por outro lado, deve querer manter uma insustentável posição de “neutralidade”?

⁷⁰ Diferentemente de Dworkin (e também de Günther), Habermas acredita que uma decisão judicial, além de ter de cuidar da *qualidade* dos argumentos, deve se preocupar com a **estrutura do processo de argumentação**. Pela própria condição em que se encontram os processos judiciais, há que estabelecer um procedimento tal que crie oportunidades iguais para o fomento de argumentos, livre de qualquer forma de coerção, a despeito de limitado procedimentalmente no tempo (cf. HABERMAS, 1998:353). Assim, toda a questão é saber se as

É a dimensão pragmática (livre jogo e intercâmbio dos argumentos, em que cada parte deve poder se colocar no lugar do outro) que permitirá à racionalidade procedimental se tornar mais complexa, indo além das dimensões sintática e semântica. A tensão entre facticidade e validade no interior da Jurisdição ganha aqui um novo sentido. Não apenas quanto ao conteúdo, isto é, a tensão entre legitimidade e positividade (ver *supra*), mas também no **nível pragmático das decisões**, a tensão que existe entre os pressupostos ideais da argumentação e as restrições impostas pelo procedimento (decorrentes da necessidade de que os procedimentos devem conduzir a uma decisão) (cf. HABERMAS, 1998:307).

A partir das teorias desenvolvidas por Dworkin, Günther (e outros, cf. HABERMAS, 1998:301-302 e 2002:354ss), Habermas chega a duas “teses”, duas condições para que sua teoria da argumentação possa cumprir os dois requisitos que ele mesmo estabeleceu (certeza e aceitabilidade racional): **fundamentação interna** (que pressupõe a concepção do Direito como ordenamento principiológico, formado procedimentalmente pelos mais variados tipos de discurso) e **fundamentação externa** (obtida sob condições comunicativas tais que garantam a prevalência do melhor argumento, dentro das limitações de um processo imparcial)⁷¹.

Pelo exposto, percebe-se que as normas procedimentais assumem, ao lado dos pressupostos pragmático-discursivos, um lugar central na teoria da argumentação habermasiana. Àquelas cabe, pois, não garantir a argumentação como tal, mas **criar o ambiente que a possibilite** ocorrer de forma livre (cf. HABERMAS, 1998:307). A resposta “correta” não se relaciona diretamente com o conteúdo da decisão, mas com a observância da regularidade procedimental que levou à mesma.

O que garante a legitimidade das decisões são antes garantias processuais atribuídas às partes e que são, principalmente, a do contraditório e a da ampla defesa, além da necessidade de fundamentação das decisões. A construção participada da decisão judicial, garantida num nível institucional, e o direito de saber sobre quais bases foram tomadas as decisões dependem não somente da atuação do juiz, mas também do Ministério Público e fundamentalmente das partes e dos seus advogados (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002:78-79)⁷².

idealizações de Dworkin podem ser traduzidas em procedimentos que levem, afinal, à prevalência do melhor argumento, não somente pela ação *insular* de um juiz — que, afinal, se insere em uma comunidade de princípios — mas também e a partir do livre jogo argumentativo entre as partes.

⁷¹ “Por un lado, el discurso jurídico no puede moverse autárquicamente en un universo herméticamente cerrado del derecho vigente, sino que ha de mantenerse abierto a argumentos de otra procedencia, en particular, a las razones pragmáticas, éticas y morales hechas valer en el proceso de producción de normas y, por ende, agavilladas en la propia pretensión de legitimidad de las normas jurídicas. Por otro, la corrección o rectitud de las decisiones jurídicas se mide en última instancia por el cumplimiento de condiciones comunicativas de la argumentación, que posibilitan la imparcialidad en la formación de un juicio” (HABERMAS, 1998:302). Cf. José A. Leite Sampaio (2002:92).

⁷² Manifesta-se aqui a tensão entre a garantia dada aos litigantes de um contraditório amplo e a necessidade de *pacificação* do conflito. Uma questão extremamente atual, quando, em face da insatisfação com a “morosidade da justiça”, pululam leis visando à “simplificação e celeridade” do processo, por vezes às custas do contraditório — como, *e.g.*, recentes alterações do CPC e da CLT sobre o processamento dos Recursos nos Tribunais

As exigentes condições comunicativas têm a incerteza e a falibilidade (presentes nas decisões) compensadas através de normas relativas a procedimentos, tanto no que diz respeito a discursos de justificação quanto a discursos de aplicação, podendo, então, serem cumpridas de modo aproximado, mas, ainda assim, de forma **legítima** (cf. HABERMAS, 1998:306). Um ordenamento que se justifica a partir de princípios depende de uma interpretação construtiva, logo, qualquer “decisión que verse sobre principios va más allá de una interpretación del texto de la ley y ha menester por tanto, de una justificación externa” (HABERMAS, 1998:326). A partir de uma teoria constitucionalmente adequada da aplicação do Direito que tome as normas procedimentais não como mera forma, mas como condição para o desenvolvimento dos argumentos em simétrica paridade, cria-se o *ambiente* para a produção de uma decisão judicial que preencha aqueles dois requisitos estabelecidos referidos acima (correção e consistência).

Com a reconstrução feita com Günther, percebeu-se que discursos de justificação e de aplicação afetam de modo diverso a “compreensão que de si e do mundo” têm os participantes. Discursos de justificação mostram quais normas *prima facie* aplicáveis observam o interesse de todos os possíveis afetados, por igual. Nos discursos de aplicação esse interesse passa a segundo plano, frente aos interesses concretos das partes em litígio. Aqui a questão de se saber qual norma é adequada parte das diferentes interpretações da situação, que, por sua vez, dependerão da “compreensão que de si e do mundo” têm os afetados pelo processo. “De estas distintas interpretaciones de la situación tiene que surgir una descripción del estado de cosas, ya normativamente impregnada, que no abstraiga simplemente de las diferencias de percepción existentes” (HABERMAS, 1998:300), o que não significa puramente *mediação* de interesses, mas prevalência do melhor argumento.

Assim, à **imanência** própria do processo (isto é, que ele representa uma resposta ao caso), a teoria do discurso exige outrossim um segundo nível, uma dimensão de **transcendência**. O procedimento deve ser tal que as perspectivas em concreto das partes sejam correlacionadas com aquelas que fundamentaram o discurso de justificação, de forma a aferir a correspondência entre as perspectivas dos participantes do processo judicial e as dos membros da comunidade jurídica, representados pelo juiz imparcial⁷³. Além de ser uma

Superiores, ou as leis 9.868/99 e 9.882/99 que visam *resolver* o problema da inconstitucionalidade a partir de *uma única* decisão do Supremo Tribunal Federal. Tal entendimento é incompatível com o Estado Democrático de Direito. Veja-se Aroldo P. Gonçalves (1992:125): “a garantia constitucional do contraditório não permite que seja ele violado em nome do rápido andamento do processo”. Este deve se dar em condições de “simétrica paridade” da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados, porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos” (*idem*, p. 115). Em razão do novo paradigma, a questão de definir quem é *parte* no processo moderno tornar-se mais complexa. Veja-se o estudo de Aroldo P. Gonçalves (1995) sobre o novo conceito de parte nas ações coletivas da lei 8.079/90.

⁷³ Por isso a coerência do ordenamento não pode estar só na correção semântica mas também nos pressupostos pragmáticos da linguagem (cf. HABERMAS, 1998:300-301). Como esclarece María F. Salcedo Repolés

resposta àquelas partes, à pretensões a direito levantadas pelas partes, a sentença deve ser tal que quaisquer pessoas que estivessem ali naquele caso obteriam a mesma decisão⁷⁴.

Dessa forma, uma decisão procedimentalmente adequada, desde a Teoria do Discurso, leva a sério a pretensão de legitimidade da decisão, fazendo com que a decisão *correta* seja aquela que, para além de resolver satisfatoriamente o caso sob julgamento — necessariamente fundamentada no livre debate e nas provas trazidas aos autos —, seja capaz de transcender o contexto no qual é proferida⁷⁵.

Referências Bibliográficas:

BAGÜÉS, Olalla. “La Educación Moral como Desarrollo en L. Kohlberg”. Disponível em: <<http://www.lacavernadeplaton.com/>>. 2003. Acesso em 01/12/03.

CANOTILHO, J. J. Gomes. “Prefácio” (à 2ª edição). In: *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001, pp. V-XXX.

CARVALHO NETTO, Menelick de. “Requisitos Pragmáticos da Interpretação Jurídica sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito”. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, vol. 3, 2000, pp. 473-486.

———. “A Contribuição do Direito Administrativo Enfocado da Ótica do Administrado para uma Reflexão acerca dos Fundamentos do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição”. *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, n. 1, março 2001, pp. 11-20.

———. “A Hermenêutica Constitucional e os Desafios Postos aos Direitos Fundamentais”. In: SAMPAIO, José A. Leite (org.). *Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 141-163.

———. “A Constituição da Europa”. In: SAMPAIO, José A. Leite (coord.). *Crise e Desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 281-289.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. “Tutela Jurisdicional e Estado Democrático de Direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção”. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

———. “Devido Processo Legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo”. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

———. “Direito Processual Constitucional”. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

———. “Direito Constitucional”. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

(2003:61), a teoria habermasiana é inovadora nesse sentido, pois supera as teorias analíticas da linguagem. Um argumento para ser tido como válido terá de, além de ser correto sintática e semanticamente, preencher outras três condições: “a da verdade, que se remete a algo no mundo (mundo objetivo), a da veracidade, que se remete à intenção do falante (mundo subjetivo), e a da correção normativa, que é ligada a expectativas socialmente reconhecidas (mundo social)”. Aquelas condições ideais da teoria construtivista de Dworkin que expusemos acima, Habermas (1998:311) as transfere para os pressupostos pragmáticos da argumentação.

⁷⁴ Este tipo de discurso (de aplicação) “exige una constelación de roles en que las partes (...) puedan presentar todos los aspectos controvertidos de un caso ante un juez como representante de una comunidad jurídica encargada de juzgar imparcialmente, y además una distribución de competencias conforme a la que el tribunal ha de justificar su sentencia ante un espacio público jurídico ilimitado en principio” (HABERMAS, 1998:240-241).

⁷⁵ Daí procurar-se uma compreensão mais *adequada* de segurança jurídica: se o Direito não é só um conjunto de regras, a segurança jurídica deve ser entendida como garantia de que direitos procedimentais assegurem às partes “la pretensión a un procedimiento *fair*, el cual no garantiza seguridad de resultado, pero sí la clarificación discursiva de todas las cuestiones de hecho y de derecho que resulten pertinentes. Así, los afectados pueden contar con que en el procedimiento no resulten decisorias para el fallo del juez cualesquiera razones, sino sólo razones relevantes” (HABERMAS, 1998:291).

- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). "Canotilho e a Constituição Dirigente". Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. "Hermenêutica Constitucional e Democracia". Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, n. 5 e 6, vol. 3, 1º e 2º semestres 2000, pp. 17-39.
- . "Um Exame Crítico-Deliberativo da Legitimidade da Nova Ordem Econômica Internacional". In: SAMPAIO, José A. Leite (org.). *Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 451-493.
- DE GIORGI, Raffaele. "Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro". Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1998.
- DWORKIN, Ronald. "Direito, Filosofia e Interpretação". Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, n. 5, jan./jun. 1997, pp. 44-71.
- . "O Império do Direito". São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- . "Uma Questão de Princípio". São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- ESPÍNOLA, Eduardo e ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, vol. 28, Rio de Janeiro: Borsoi, s/d.
- FARIA, José Eduardo de. "Poder e Legitimidade: uma introdução à política do direito". São Paulo: Perspectiva, 1978.
- FÉRNANDEZ-LARGO, Antonio Osuna. "Hermenêutica Jurídica: en torno a la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer". Valladolid: Universidad de Valladolid, 1992.
- GADAMER, Hans-Georg. "Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica". 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- . "Homem e Linguagem". In: ALMEIDA, Custódio L. Silva de; FLICKINGER, Hans-Georg; ROHDEN, Luiz (coords.). *Hermenêutica Filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, pp. 117-127.
- . "Verdade e Método II". Petrópolis: Vozes, 2002.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. "La Tesis del Caso Especial y el Positivismo Jurídico". Revista Doxa, Alicante, n. 22, 1999, pp. 195-220.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. "Técnica Processual e Teoria do Processo". Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- . "A Coisa Julgada no Código de Defesa do Consumidor e o Conceito de Parte". Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 331 (Separata), 1995, pp. 65-73.
- GÜNTHER, Klaus. "Justification et Application Universalistes de la Norme en Droit et en Morale". Archives de Philosophie du Droit, tome 37, 1992, pp. 269-312.
- . "The Sense of Appropriateness". New York: State University of New York, 1993.
- . "Uma Concepção Normativa de Coerência para uma Teoria Discursiva da Argumentação Jurídica". Cadernos de Filosofia Alemã, São Paulo, n. 6, 2000, pp. 85-102.
- HÄBERLE, Peter. "Hermenêutica Constitucional, a sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição". Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. "Mudança Estrutural da Esfera Pública". Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- . "A Nova Intransparência: a crise do estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas". Revista Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 18, setembro 1987, pp. 103-114.
- . "Consciência Moral e Agir Comunicativo". Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- . "Soberania Popular como Procedimento: um conceito normativo de espaço público". Revista Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 26, março 1990, pp. 100-113.
- . "Uma Conversa sobre Questões de Teoria Política". Entrevista a Mikael Carlehedem e René Gabriels. Revista Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 47, março 1997, pp. 85-102.
- . "Facticidad y Validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso". Madrid: Trotta, 1998.
- . "Remarks on Erhard Denninger's Triad of Diversity, Security, and Solidarity". Constellations, Oxford, vol. 7., n. 4, 2000, pp. 522-528.
- . "A Constelação Pós-Nacional: ensaios políticos". São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- . "A Inclusão do Outro". São Paulo: Loyola, 2002.

- . “Era das Transições”. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.
- . “On law and Disagreement. Some Comments on ‘Interpretative Pluralism’”. *Ratio Juris*, Oxford, v. 16., n. 2, June 2003b, pp. 187-194.
- INNERARITY, Daniel. “¿Quiénes Somos ‘Nosotros’? Preliminares para una política de la identidad”. *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, Madrid, n. 113, jul./sep. 2001, pp. 225-235.
- KELSEN Hans. “Teoria Pura do Direito”. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- . “Sobre a Teoria da Interpretação”. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, n. 5, jan./jun. 1997, pp. 31-43.
- LAGES, Cíntia Garabini. “A proposta de Ronald Dworkin em O Império do Direito”. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, vol. 4, n. 7 e 8, 1º e 2º sem. 2001, pp. 36-49.
- LOPES, Ana Maria D’Ávila. “O Papel do Juiz na Hermenêutica Jurídica de Hans-Georg Gadamer”. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG (nova fase)*, Belo Horizonte, n. 36, 1999, pp. 281-301.
- MAUS, Ingeborg. “Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’”. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, novembro 2000, pp. 183-202.
- MOREIRA, Luiz. “Constituição, Direito e Normatividade”. In: SAMPAIO, José A. Leite (coord.). *Crise e Desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 175-187.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo. “A Crise da Racionalidade Moderna: uma crise de esperança”. *Revista Síntese (nova fase)*, Belo Horizonte, n. 45, 1989, pp. 13-33.
- PRADO, José Luiz Aidar. “Brecha na Comunicação: Habermas, o Outro, Lacan”. São Paulo: Hacker/Cespuc, 1996.
- SALCEDO REPOLÊS, María Fernanda. “Habermas e a Desobediência Civil”. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. “A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional”. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática”. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. “Os Meios e Acesso do Cidadão à Jurisdição Constitucional, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Crise de Efetividade da Constituição Brasileira”. In: SAMPAIO, José A. Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (orgs.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pp. 249-294.
- WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. “Controle das Decisões Judiciais por Meio de Recursos de Estrito Direito e de Ação Rescisória — Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.