

O LUGAR DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA PÓS-METAFÍSICA DO AGIR COMUNICATIVO

THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION IN POSTMETAPHYSICAL COMMUNICATIVE ACTION THEORY

Eduardo Pimentel de Vasconcelos Aquino¹

João Paulo Allain Teixeira²

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O paradigma: Pós-metafísica do agir comunicativo; 3. A problemática: o que é substância da Constituição?; 3.1 Pensar a constituição: o enfoque pós-convencionalista e a escolha do prolator do discurso; 3.2 A judicialização da Política; 3.3 Substancialismo versus procedimentalismo: o que está por trás?; 3.4 O ideal de legitimidade e o Supremo Tribunal Federal; 4. Da ação ao discurso: um esboço sobre a teoria da argumentação em Habermas; 4.1 O discurso jurídico; 4.2 O diagnóstico habermasiano sobre a crise de legitimidade da jurisdição constitucional; 5. Jurisdição constitucional e "Domesticação do político": a questão da legitimidade; 5.1 Apontamentos críticos sobre a fundamentação do procedimento; 6. Considerações finais; 7. Referências.

RESUMO

A partir da análise da teoria da ação comunicativa, de Jürgen Habermas, e da problemática da "judicialização da Política" no âmbito do "legislar negativamente", percebe-se, que o estarrlecimento do jurista frente a uma jurisdição constitucional aparentemente ilegítima decorre de uma falsa percepção: a de que o soterramento do Estado Social leva ao retorno a um modelo liberal de Estado. Mais: uma concepção de jurisdição constitucional eminentemente substancialista não se coaduna com a superação do paradigma filosófico da consciência. O agir comunicativo, de outro lado, é capaz de resgatar uma moralidade pós-convencional baseada na crítica das regras sociais sob um princípio de reciprocidade. E a consequência é a absorção, aos discursos de fundamentação (legislação) e aplicação (jurisdição), de uma racionalidade comunicativa. A assunção desse novo paradigma resguardaria, tomados os seus pressupostos elementares, a legitimidade da jurisdição constitucional.

Palavras-chave: Agir comunicativo; legitimidade; jurisdição constitucional.

¹ Analista Processual do Ministério Público da União. (epvaquino@gmail.com).

² Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor da Universidade Católica de Pernambuco e da Universidade Federal de Pernambuco. (jpallain@hotmail.com).

ABSTRACT

From the analysis of Jürgen Habermas' s communicative action theory and the judicialization of politics under the negative legislation function, we see, that a apparently illegitimate constitutional jurisdiction stems from a misperception: that the extinction of the welfare state leads to a return to a liberal model of state. Also, a substantialist conception of constitutional jurisdiction is not consistent with overcoming the philosophy of consciousness. The communicative action, on the other hand, is able to rescue a postconventional morality based on the critique of social rules under a principle of reciprocity. The consequence is the emergence of a communicative rationality in the discourse of reasoning (legislation) and application (jurisdiction). The assumption of this new paradigm could safeguard the legitimacy of the constitutional jurisdiction.

Keywords: Communicative action; legitimacy; constitutional jurisdiction.

1. INTRODUÇÃO

O assunto da desnaturalização da democracia em tempos de expansão da jurisdição constitucional vem sendo desnudado há algum tempo, sobretudo nos países de forte tradição constitucional, como Alemanha e Estados Unidos. No Brasil, a discussão fortalece-se ante a crescente tomada de posição do Supremo Tribunal Federal em assuntos antes afetos unicamente aos Poderes Executivo e Legislativo. Os sinais do esgotamento da clássica noção de divisão de poderes são claros.

Diante desse contexto, buscamos enfrentar o significado e as consequências de uma relação interna entre Direito e Política, aduzindo a ideia do alemão Jürgen Habermas, a considerar o Estado (organização, sanção e execução) necessário, dentre outros fatores, "porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implementados"³. Ao mesmo tempo, o autor afirma que "o peso e a abrangência do aparelho do Estado dependem da medida em que a sociedade se serve do *medium* do direito para influir conscientemente em seus processos de reprodução"⁴.

³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 171.

⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 171.

A concepção é a de uma sociedade que reproduz o Direito, através do Direito, *conscientemente*, ajustando, assim, o peso e a abrangência do aparelho estatal, e criando programas a serem implementados. A dependência de uma formação consciente da vontade política pela sociedade, segundo esse modelo, é curial. Por isto, a necessidade de analisar a legitimidade da jurisdição constitucional em relação à formação dessa vontade.

2. O PARADIGMA: PÓS-METAFÍSICA DO AGIR COMUNICATIVO

A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas surgiu a partir de uma retroanálise do pensamento filosófico da modernidade, assumindo a feição de um novo paradigma que veio a influenciar a discussão sobre democracia e divisão de poderes estatais. Em termos básicos, segundo a teoria, a relação interpessoal do "ego" com o "alter" possui um ponto de inflexão que permite ao primeiro referir-se a si mesmo por meio do ângulo de visão do segundo: a consciência de si é agora formada pelo dobrar-se sobre si mesmo a partir do "tu".⁵

Didaticamente, pode-se dizer que a atitude reflexiva leva em conta um ponto de dobra, que é, precisamente, a segunda e terceira pessoas partícipes da comunicação. A atitude reflexiva é bem uma apropriação da perspectiva do outro. Assim, por exemplo, em auto-relação epistêmica, o sujeito cognoscente, por meio dessa reflexão no outro, forma suas opiniões e convicções.⁶

Subjacente a esse novo paradigma está uma concepção de racionalidade em duas vertentes: na interação comunicativa, o sujeito "exprime-se racionalmente" quando se orienta por pretensões de validade lançadas junto a atos de fala; e "é racional" quando detém a possibilidade de realizar uma prestação de contas da sua orientação por pretensões de validade. Este tipo de racionalidade Habermas

⁵ HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 415.

⁶ HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 415 *passim*.

chama de plena responsabilidade: "a plena responsabilidade pressupõe uma auto-relação refletida da pessoa com o que ela pensa, faz e diz [...]"⁷.

Dentre os modelos de ação apresentados por Habermas, dois chamam a atenção: (I) Na ação teleológica, o indivíduo procura realizar um fim desejado adequando os meios necessários para tal: "*El concepto central es el de una decisión entre alternativas de acción, enderezada a la realización de un propósito, dirigida por máximas y apoyada en una interpretación de la situación*"⁸. (II) A ação comunicativa pressupõe dois sujeitos capazes de linguagem e de ação. Ambos buscam um consenso sobre situações para, então, coordenarem planos de ação.⁹ "*El concepto aquí central, el de interpretación, se refiere primordialmente a la negociación de definiciones de la situación susceptibles de consenso*"¹⁰.

A linguagem orientada ao entendimento é considerada o modo original, por sobre o qual parasita o modelo de ação teleológica-estratégica que fixa acordos baseando-se na utilização instrumental-dissimulada da linguagem.¹¹ Explica-se tal posição original do modelo de linguagem orientada ao entendimento por meio da diferenciação realizada por John Langshaw Austin entre atos locucionário, ilocucionário e perlocucionário.

Austin é um dos primeiros a trabalhar com o conceito de ato de fala. A partir de concepções da viragem linguística, afirmou que, ao se emitir uma proposição, não se está somente dizendo, mas fazendo algo com o que se diz. Para o autor, um proferimento pode ser um "fazer", que normalmente não seria descrito como um mero "dizer algo".¹² O "fazer dizendo" é mais do que a ação de dizer. E a esse tipo de proferimento Austin dá o nome de "performativo": "*what are we to*

⁷ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**. São Paulo: Loyola, 2004. p. 102.

⁸ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**. Madrid: Taurus, 1999. v. 1, p. 122-123: "O conceito central é o de uma decisão entre alternativas de ação, endereçada à realização de um propósito, dirigida por máximas e apoiada em uma interpretação da situação" (tradução livre).

⁹ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**. Madrid: Taurus, 1999. v. 1, p. 124 *passim*.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**. Madrid: Taurus, 1999. v. 1, p. 124, destaque original: "O conceito central aqui, o de interpretação, refere-se primordialmente à negociação de definições da situação susceptíveis de consenso" (tradução livre).

¹¹ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**. Madrid: Taurus, 1999. v. 1, p. 374-375 *passim*.

¹² AUSTIN, J. L. **How to do things with words**. Oxford: Oxford University Press, 1962. p. 5.

*call a sentence or an utterance of this type? I propose to call it a performative sentence [...]*¹³.

Para Habermas, *"los tres actos que distingue Austin pueden, por tanto, caracterizarse de la siguiente forma: decir algo; hacer diciendo algo; causar algo mediante lo que se hace diciendo algo"*¹⁴.

As ações estratégicas só têm o seu sentido identificado quando se persegue a intenção do autor. Não basta o significado do proferimento; há que se inferir uma intenção. Buscam-se efeitos com o ato de fala que se orientam pelas perspectivas de êxito.¹⁵

No modelo de ação comunicativa, a linguagem é utilizada como um meio em que o ator age, emite opinião ou manifesta-se sobre algo no mundo. Junto a essa emissão ou manifestação, lança uma pretensão de validade. Seguindo-se o esquema de Habermas, no qual ação é a manifestação simbólica que põe o indivíduo em contato com um mundo, veja-se que um enunciado sobre algo no mundo busca, justamente, planejar ação. O conceito de entendimento, então, adiciona a esse planejar o aspecto de coordenação, isto é, o acordo, com outros indivíduos, sobre a pretensão de validade lançada junto a uma emissão ou manifestação.¹⁶

[...] el actor que en el sentido indicado se oriente al entendimiento, tiene que plantear explícitamente con su manifestación tres pretensiones de validez, a saber: la pretensión

- de que el enunciado que hace es verdadero (o de que en efecto se cumplen las condiciones de existencia del contenido proposicional cuando éste no se afirma sino solo se "menciona");

¹³ AUSTIN, J. L. **How to do things with words**. Oxford: Oxford University Press, 1962. p. 6, destaque original: "Como denominaremos uma proposição ou proferimento desse tipo? Eu proponho chamá-la de proposição performativa" (tradução livre).

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**. Madrid: Taurus, 1999. v. 1, p. 370-371, destaque original: "Os três atos distinguidos por Austin podem, portanto, caracterizar-se da seguinte forma: dizer algo; fazer dizendo algo; causar algo mediante o que se faz dizendo algo" (tradução livre).

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**. Madrid: Taurus, 1999. v. 1, p. 371-372.

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**. Madrid: Taurus, 1999. v. 1, p. 144 *passim*.

- de que el acto de habla es correcto en relación con el contexto normativo vigente (o de que el propio contexto normativo en cumplimiento del cual ese acto se ejecuta, es legítimo), y

- de que la intención expresada por el hablante coincide realmente con lo que éste piensa.¹⁷

Os próprios indivíduos, quando buscam o entendimento, submetem suas emissões e manifestações a critérios de verdade, retidão e veracidade, isto é, ao ajuste ou desajuste entre seus atos de fala e os mundos objetivo, social e subjetivo. Tais são as pretensões de validade dos atos de fala, subjacentes à interação até que sejam, a depender do caso, tematizadas pelo ouvinte. “Ao conteúdo de todo pensamento completo” (juízo), afirma Habermas, “soma-se uma apreciação crítica (validade) do tipo sim/não”¹⁸. A pretensão de validade é a afirmação de que o enunciado, a ação ou a oração de vivência preenchem os requisitos de validade.¹⁹

Em uma comunidade de participantes, cada um possui pensamentos e representações, assim como planos de ações próprios. Quando interagem comunicativamente, considerando o “outro”, engatam e coordenam os vários planos de ações, usando a linguagem como meio, e nisto consiste o agir comunicativo. O engate entre os planos de ações individuais pode formar um sentido (coordenação), diminuindo as possibilidades de escolha.

3. A PROBLEMÁTICA: O QUE É SUBSTÂNCIA DA CONSTITUIÇÃO?

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**. Madrid: Taurus, 1999. v. 1, p. 144, destaque original: “[...] o ator que no sentido indicado oriente-se ao entendimento tem que explicitar com sua manifestação três pretensões de validade, a saber: a pretensão de que o enunciado que faz é verdadeiro (ou de que efetivamente se cumprem as condições de existência do conteúdo proposicional quando este não se afirma, mas apenas se ‘menciona’); a pretensão de que o ato de fala é correto em relação com o contexto normativo vigente (ou de que o próprio contexto normativo em cumprimento do qual esse ato se executa é legítimo); e a pretensão de que a intenção expressada pelo falante coincide realmente com o que este pensa” (tradução livre).

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 29-30.

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 29 *passim*.

3.1 Pensar a constituição: o enfoque pós-convencionalista e a escolha do prolator do discurso

O poder que se conforma como produto da tensão entre forças sociais é autolegitimante, o que se dá, principalmente, por meio do discurso. O poder que surge em um ambiente social complexo reproduz-se na dominação dos corpos, realizada inevitavelmente na base linguística: são discursos que se oficializam, tornam-se instituídos e instituidores, alteram imagens intersubjetivas e, ao cabo, recalcam e manobram desejos.²⁰

Luis Alberto Warat fala de uma retórica dos corpos, querendo descrever o processo de vinculação do desejo pelo poder, no sentido de que a ideologia, por meio do discurso, domina os corpos, manipulando a subjetividade a fim de criar as condições para uma reprodução do discurso do poder. É um cultivo subjetivo, que cria desejo pelo poder instituído.²¹ É uma “transformação da violência física em significativa”²², recalcando, por mecanismos discursivos sofisticados, a potência criativa da subjetividade. Nas palavras do autor: “A instituição social do homogêneo, que violenta o diverso”²³, “A repetição social como sentido”²⁴.

A análise do processo de dominação por intermédio do discurso apenas se faz para expor sua inevitabilidade. É um processo permanente, inerente à mecânica social. Dele não se foge. E tal reconhecimento é imprescindível para a verificação de um modelo de jurisdição constitucional mais consentâneo com um “pós-convencionalismo”.

Entende-se por tal expressão um momento social e histórico que permite aos indivíduos o questionamento das regras sociais, tendo-se em mente um critério

²⁰ WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995. p. 110 *passim*.

²¹ WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995. p. 110 *passim*.

²² WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995. p. 110-115.

²³ WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995. p. 111.

²⁴ WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995. p. 112.

de reciprocidade.²⁵ É nesse sentido que se adota o modelo habermasiano do agir comunicativo, que pressupõe o entendimento linguístico e coloca frente a frente planos de ações individuais a serem produzidos e criticados, até a construção de um sentido pelos participantes na interação societária.

Reconhecer a inevitabilidade da dominação discursiva do poder é, pois, observar que a “substância” da Constituição está impregnada de amarras instituídas. E leia-se Constituição, em época de viragem linguística, como norma (sentido). Assim, a ordem constitucional, o seu conjunto, que vem sendo dinamicamente produzido pelos intérpretes, não deixa de reproduzir dominação. Uma dominação velada, mas corporal, pulsional, que não deixa de ser violência significativa.

A questão não se coloca, pois, na necessidade de erguer as espadas da redenção e lutar contra a dominação dos discursos: estes, para o bem ou para o mal, sempre dominarão, reproduzindo e interiorizando crenças. A questão que se coloca é outra: a quem será dada a palavra? Quem proferirá o discurso de dominação? O executor, o legislador, o judiciário... ou os atores participantes de uma interação comunicativa de nível societário?

Se a questão for respondida e a última opção a escolhida, o problema de como tal palavra chegaria ao Estado é idealmente (mas não concretamente) mínimo. Ou seja, realizada a política publicamente, a porta de entrada ao Estado somente pode ser o Legislativo, instância representativa por excelência.

3.2 A judicialização da Política

Um problema se coloca, então. Já no nível aplicativo do Direito, e particularmente quando o texto é vago ou indeterminado, o sentido construído pelo julgador pode (e vai, mesmo que minimamente) desbordar do sentido proposto pelo legislador e, mais profundamente, pelos participantes na comunicação societária.

²⁵ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 81-82 *passim*.

Dito de outra forma, as noções de que a comunicação não é feita aos moldes de um modelo semiótico clássico (mensagem-codificação-canal-decodificação-mensagem)²⁶, e de que há uma diferença ôntico-ontológica que não deixa pensar ente e ser (aqui: texto e norma) de modo binário²⁷, não se podendo buscar, pois, a *voluntas legis* ou *legislatoris*, mostram uma condição inevitável de judicialização da política.

E, se a interpretação pressupõe compreensão, e esta pressupõe pré-compreensão; e se o momento interpretativo é único (o instante aplicativo);²⁸ então o dizer do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado abstrato de normas é um extrair leis (ou outros atos normativos) do ordenamento realizado na base de uma pré-compreensão restritíssima, que dificilmente coincidirá com o entendimento subjacente à "sociedade aberta dos intérpretes da constituição"²⁹. Por isso, no olhar macroscópico, a função do juiz constitucional (no controle concentrado abstrato de normas) será eminentemente ilegítima se adotado um modelo substancialista puro, e maximamente legítima no modelo procedimentalista.

²⁶ A mera codificação e decodificação de sinais, para a transmissão de mensagens através de um canal entre fonte (falante) e destino (ouvinte), tal como apresenta o modelo semiótico clássico, é insuficiente para a construção de uma teoria da comunicação, porque não leva em conta um âmbito pragmático que é a relação entre os sinais e os seus utilizadores ou intérpretes. Por isso trabalham os pragmaticistas com processos inferenciais, os quais resguardam componentes extralinguísticos tais como as atitudes do falante (o que Austin nomeou como força ilocucionária do ato de fala). Para Dan Sperber e Deirdre Wilson, "o objectivo da pragmática é demonstrar como o significado linguístico se junta com as suposições contextuais durante a compreensão das elocuições" (SPERBER, Dan; WILSON, Deirdre. **Relevância: comunicação e cognição**. Lisboa: Fundação Galouste Gulbenkian, 2001. p. 7). O modelo semiótico clássico é insuficiente na assunção de tais suposições contextuais. A alternativa inferencial veio com o Paul Grice, "cujas 'Lições em Homenagem a William James' (proferidas em Harvard em 1967) esboçaram uma alternativa ao modelo semiótico clássico da comunicação [...]" (SPERBER, D.; WILSON, D. **Relevância: comunicação e cognição**. p. 8).

²⁷ "Eu não vislumbro primeiramente o texto para depois 'acoplar' a respectiva norma. A 'norma' não é uma 'capa de sentido', que existiria apartada do texto. Ao contrário disto, *quando me deparo com o texto, ele já exsurge normado*, a partir de minha condição de ser-no-mundo" (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 220, destaque original).

²⁸ "A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em se basear nisso que 'está' no texto, aquilo que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente, do intérprete. [...] Toda interpretação funda-se no compreender. O sentido é o que se articula como tal na interpretação e que, no compreender, já se prelineou como possibilidade de articulação" (HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 211-215).

²⁹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

3.3 Substancialismo versus procedimentalismo: o que está por trás?

Uma concepção predominantemente substancialista do papel da jurisdição constitucional no controle concentrado abstrato de normas somente alimenta o “judicialismo” acima delineado. Entender que o papel do Judiciário, principalmente em países da modernidade tardia, é o de realizar os “valores gerais”, aparentemente entranhados nas constituições, é entregar a poucas mãos a escolha do sentido dos planos de ações individuais que surgem no seio da sociedade. Dizer que o juiz, no papel controlador das normas em abstrato, estará a pôr em prática o quanto determinado pela Constituição é, *data venia*, postar-se adjunto à hermenêutica clássica (metódica), esquecendo-se da viragem (linguística) que retirou a filosofia de um “beco sem saída”³⁰. Somente entendendo a Constituição como objeto do qual nós, sujeitos, nos apropriamos, para arrancar os valores que consubstanciam sua essência, pode-se sufragar uma tese predominantemente substancialista.

Por outro lado, não se pode dar ao modelo procedimentalista a pureza que muitos deferem. A própria escolha do procedimento ideal, que aduziria os argumentos da minoria, é o reconhecimento de um valor positivado em uma constituição procedimentalista. Este é o mínimo substancial de que se fala: é ingênuo pensar que o modelo procedimentalista não pressupõe uma ordem mínima de valores, ao menos aqueles que resguardam um procedimento ideal.

João Paulo Allain Teixeira denuncia o lado mais paradoxal das escolas críticas do Direito: permanecem, via de regra, no mesmo nível retórico das teorias tradicionais. Rechaçam a pretensão de objetividade do formalismo jurídico, desnudando as relações de poder subjacentes ao discurso oficial, mas são meros contrapontos ideológicos. Dependem, pois, de uma escolha ideológica, que

³⁰ Ernildo Stein, expressando-se de outra maneira, afirma que “No paradigma das filosofias da consciência, o ponto de partida é de certo modo absoluto, o que permite a produção de um observador imparcial dos passos que a consciência realiza através das figuras que se sucedem [...]. No novo paradigma, o *encurtamento hermenêutico* produziu um espaço circular – pré-compreensão (prática)-compreensão – onde é construído o *Dasein* cujas estruturas (existenciais) são articuladas de maneira exploratória, em busca da ‘*situação hermenêutica*’, a partir da qual uma ‘*parada metodológica*’ é praticada para apanhar o *trabalho de ensaio e erro da analítica existencial* para concluir que não há propriamente pressupostos para ancorar o movimento” (STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e Tempo”**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 53-54, destaque original). Também o constructo “jogo de linguagem”, nas *Investigações filosóficas* de Ludwig Wittgenstein, surge nesse movimento inovador que altera o paradigma filosófico (WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Abril Cultural, 1975).

retroalimenta a utilização de uma retórica de efeito.³¹ Por isso, ainda persistiria a tentativa de buscar um “[...] ideal [que] seria então a combinação equilibrada de justiça e segurança”³².

Parece inevitável reconhecer um mínimo de ilegitimidade no modelo procedimentalista: o Supremo Tribunal Federal, na sua restrita representação da sociedade, teria de construir e reconstruir sentidos, para os princípios constitucionais, que resguardem o tipo de procedimento ideal. É isto que se retiraria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, e é bom que se o reconheça. Se se quer salvar uma função de controle concentrado abstrato de normas por uma instância judicial, algum grau de ilegitimidade haverá. É tal graduação que tem de encontrar um ponto de equilíbrio. Perscruta-se, pois, um modelo maximamente procedimentalista e minimamente substancialista, apenas para reconhecer que, em verdade, não há procedimento sem ideologia, nem substancialismo sem autoritarismo.

3.4 O ideal de legitimidade e o Supremo Tribunal Federal

Raciocinar em termos de libertação ideológica, como se em uma luta de classes a vencedora (qualquer que seja) auferisse a sonhada autonomia das amarras de uma ideologia dominante, é encostar-se no vácuo. Forças antagônicas permanecerão sempre em conflito – ou, no modo da racionalidade comunicativa de Habermas, atores sociais sempre procurarão coordenar seus planos de ações – de maneira que um poder, ou uma direção, predominará. Esse processo é permanente e inevitável: na linguagem existem o mundo e o homem; no homem e na linguagem existe a comunicação; nesta, o dissenso (e também o consenso). O habitar do poder ou da direção valorativa nos níveis mais profundos das relações intersubjetivas é ideologia. Esta é, portanto, inevitável. E, na medida em que se formam poder ou direção dominantes, uma ideologia dominante é

³¹ TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Racionalidade das decisões judiciais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 3-4.

³² TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Racionalidade das decisões judiciais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 4.

inevitável. As premissas desse raciocínio levam a concluir que, se ainda se pensa que há possibilidade de libertação ideológica, é porque, contraditória e surpreendentemente, a ideologia dominante nutre-se da afirmação de sua mortalidade.

Nessa base, arrancar as travas do positivismo lógico, que ainda conforma o senso comum teórico dos juristas, não é libertar-se, mas, ao contrário, subordinar-se, deixar-se ferir por outro tipo de violência (significativa), outro tipo de poder, ou, simplesmente, aderir a outro tipo de direção. Dizer que o procedimentalismo estará livre de uma aferição de valores é cair nessa armadilha. Entender, pois, que se poderá chegar a uma jurisdição constitucional legítima no âmbito de um controle concentrado abstrato judicial é procurar o "miolo de pote"³³. Não há essa legitimidade, ao menos não nessa base. O que há é uma idealidade de legitimidade: uma jurisdição constitucional maximamente legítima, que, aí sim, exige uma concepção de constituição como procedimento, para aduzir ao máximo as escolhas da esfera pública, baseadas em uma interpretação aberta da constituição. Procedimento que, contudo, é escolha, e escolha que terá que ser resguardada (no fundo, realizada) pelo Tribunal Constitucional. Esta função, por mais que ilegítima (com que representatividade pode o Supremo dizer qual o procedimento ideal?), é inevitável: os atores sociais compensam-na, entretanto, por terem maiores possibilidades de influir na concretização da Constituição, em comparação com um tribunal que escolhesse, sempre, os valores positivados na Carta Constituinte.

4. DA AÇÃO AO DISCURSO: UM ESCORÇO SOBRE A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO EM HABERMAS

³³ CASTRO JÚNIOR, Torquato da Silva. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**. São Paulo: Noeses, 2009. p. 10: a expressão é utilizada pelo autor para descrever, metaforicamente, o que chama de "pragmática das nulidades": uma teoria do emprego do termo "nulidade" pela dogmática jurídica de tradição romanista. Nas suas palavras: "Há semelhança, realmente, entre a idéia de 'nulidade' e a imagem do 'miolo de pote': em ambos os casos, dá-se nome a uma ausência" (CASTRO JÚNIOR, Torquato da Silva. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**. p. 10, destaque original). É no único intuito de metaforizar a ausência que se utiliza a expressão no presente trabalho.

Segundo Habermas, argumentação é um tipo de fala que tematiza uma pretensão de validade. Os participantes têm de aduzir razões que contenham um nexo interno com a pretensão em tela. A racionalidade de uma argumentação é demonstrada na disposição dos participantes em contraditar o argumento do outro sem dogmática:³⁴ *“Es decir, no dejándose llevar por sus pasiones ni entregándose a sus intereses inmediatos, sino esforzándose por juzgar imparcialmente la cuestión desde un punto de vista moral y por resolverla consensualmente”*³⁵.

Ao ser tematizada uma pretensão de validade lançada dentro da interação intersubjetiva, os participantes defendem seu ponto de vista por meio de argumentação em seus três aspectos: como “processo”, dentro do qual deve ser observada a simetria entre proponente e ouvinte, havendo uma única coerção, qual seja, a do melhor argumento; como “procedimento”, em que os participantes, ao (I) tematizarem uma pretensão de validade que se tornou problemática – e (II) exonerados das pressões da ação e da experiência, adotando uma atitude hipotética – (III) examinam, somente com razões, a pretensão defendida pelo proponente. Finalmente, considerada em seu “objeto”, possui a finalidade de produzir argumentos pertinentes.³⁶

O discurso torna-se um jogo de linguagem conectado à ação, no sentido de que surge do contexto desta – quando os participantes na comunicação tematizam uma pretensão de validade lançada junto a um enunciado, a uma expressão normativa ou a uma oração de vivência – e é capaz de coordená-la – em sendo satisfeitos os aspectos processuais (igualdade entre proponente e ouvinte), procedimentais (tematização, lançamento de hipóteses sem coação e exame por meio de razões) e finalísticos (formação de argumentos) do discurso.

³⁴ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**. Madrid: Taurus, 1999. v. 1, p. 37 *passim*.

³⁵ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**. Madrid: Taurus, 1999. v. 1, p. 37-38: “É dizer, não se deixando levar por suas paixões nem entregando-se a seus interesses imediatos, mas se esforçando por julgar imparcialmente a questão desde um ponto de vista moral e por resolvê-la consensualmente” (tradução livre).

³⁶ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**. Madrid: Taurus, 1999. v. 1, p. 46-47.

4.1 O discurso jurídico

Em sua teoria do discurso jurídico, Habermas inverte a lógica do juiz que concentra a única e verdadeira decisão para a comunidade de participantes que interagem comunicativamente, que constroem planos de ações que se podem generalizar e abstrair em normas legais e judiciais. Nas palavras do autor, “o juiz singular tem que conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos”³⁷. A racionalidade da produção judicial da norma é ditada pela qualidade do argumento (dimensão lógico-semântica e ligação lógica entre proposições) e da estrutura do processo de argumentação: “ela apóia-se num conceito forte de racionalidade procedimental”³⁸.

Essa concepção traz à tona a provisoriedade de uma tomada de postura construída discursivamente. É que, em tempos de pensamento pós-metafísico, o fechamento de uma corrente de argumentos apenas se dá na aproximação a um “valor-limite ideal”, temporariamente sustentável.³⁹ Segundo Habermas, por intermédio do processo de argumentação, “o universal concreto, hegeliano, é sublimado na forma de uma *estrutura* comunicativa purificada de todos os elementos substanciais”⁴⁰. Esse “valor-limite ideal” (Habermas), assim como os “mínimos requisitos de padrões morais” (Teixeira), e a “inevitabilidade de uma ideologia dominante” (acima aludida), em que pese não se identificarem entre si, demonstram a repetição da busca por um critério que afaste o total relativismo.

As normas processuais criam o espaço para inclusão do discurso jurídico dentro do processo judicial. Esse discurso não se refere somente a normas jurídicas, mesmo porque há apenas um espaço criado, no qual são aduzidos argumentos em um lugar que harmoniza as contingências fáticas do processo judicial com as

³⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 278.

³⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 281.

³⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 282.

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 283, destaque original.

idealizações de que todo processo argumentativo racional deve aproximar-se: temporal (tempo ilimitado para adução de informações), social (inclusão universal, para adução de um máximo de informações) e material (inexistência de coerção externa). A única coerção permitida é a coerção “não-coercitiva” consistente na busca pelo melhor argumento.⁴¹

Para Álvaro Ricardo de Souza Cruz, a teoria discursiva de Habermas busca uma decisão correta passando pela “construção de um ideal de uma norma perfeita e, por conseguinte, pelo exame do discurso de fundamentação/justificação do procedimento legislativo”⁴². Nesse ponto, crucial à análise da legitimidade da jurisdição constitucional, passa-se a incorporar um princípio de democracia absolutamente necessário à legitimidade (ideal) das normas, e, por conseguinte, do controle judicial constitucional das mesmas.

Levando em consideração a teoria do discurso jurídico, Habermas pondera que, *a priori*, há sentido em reservar a função de controle concentrado abstrato de normas ao legislador. A criação de um tribunal constitucional com tal prerrogativa exige, segundo o autor, uma grande carga de fundamentação, pois a consideração do aplicador do direito, neste caso, não se subsume às decisões tomadas no processo legislativo, mas a um discurso sobre direitos fundamentais necessariamente aberto e carregado de ideologia.⁴³ O problema é colocado da seguinte maneira:

Nos domínios da ação não-formalizada, a possibilidade de contextualização de uma aplicação de normas, dirigida à totalidade da constituição, pode fortalecer a liberdade e a responsabilidade dos sujeitos que agem comunicativamente; porém, no interior do sistema de direito, ela significa um crescimento de poder para a justiça e uma ampliação do espaço de decisão judicial, que ameaça desequilibrar a estrutura de normas do Estado clássico de direito, às custas da autonomia dos cidadãos. Orientada por normas fundamentais, a jurisprudência precisa voltar seu olhar,

⁴¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 283 *passim*.

⁴² CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 217.

⁴³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 301.

normalmente dirigido para a história institucional da ordem jurídica, para problemas do presente e do futuro [antes afetos, respectivamente, ao executivo e legislativo].⁴⁴

4.2 O diagnóstico habermasiano sobre a crise de legitimidade da jurisdição constitucional

No contexto alemão, Habermas acredita que o estarcimento frente à robusta função que a jurisdição constitucional vem assumindo advém, em última análise, de dois fatores: (I) confusão entre o Estado de Direito e uma de suas interpretações possíveis, qual seja, a liberal; (II) uma falsa autocompreensão metodológica do controle da constitucionalidade.⁴⁵

Quanto ao primeiro fator, alerta-se para o perigo de petrificar o Estado de Direito em um paradigma que, ademais, já se encontra ultrapassado: a interpretação liberal. De outro lado, o Estado social também apresentou sinais de esgotamento. A solução seria a busca de um novo paradigma, com uma nova visão da separação dos poderes estatais. É opinião, todavia, contra a qual Lenio Luiz Streck se opõe:

Evidentemente, a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou *welfare state* tem conseqüências *absolutamente diversas* da minimização do Estado em países como o Brasil, *onde não houve o Estado Social*. O Estado interventor-desenvolvimentista-regulador, que deveria fazer esta função social, foi – especialmente no Brasil – pródigo (somente) para com as elites [...]. É evidente, pois, que em países como o Brasil, em que o Estado Social não existiu, o agente principal de toda política social deve ser o Estado.⁴⁶

Assim, chega à conclusão de que:

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 306, destaque acrescido.

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 309-313.

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 24-26, destaque original.

[...] mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o judiciário, na tese substancialista [sufragada por Streck], deve assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra as maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente [...].⁴⁷

A escolha de Streck pelo substancialismo difere da tese aqui defendida. Afirmar que o juiz poderia, legitimamente, “pôr em evidência a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente na Constituição”, como se o acesso a essa vontade fosse livre de pré-juízos, como se a instância judicial constitucional não fosse restrita, é aduzir uma sociedade “fechada” dos intérpretes da Constituição.

Relativamente ao segundo fator, uma falsa autocompreensão metodológica estanca o julgador e estarrece o jurista: a identificação entre valores e princípios desrespeita uma distinção fundamental entre agir normativo (obrigatório) e agir teleológico (com-respeito-a-fins). As normas fecham um sistema (jurídico) formado por regras e princípios, ambos de cunho deontológico. Os valores, de outra parte, possuem um sentido teleológico, daí se dizer que uma ponderação ocorre, direcionada a um fim, graduando o sistema de escolha valorativa, enquanto o sistema deontológico é binário, comportando um sim ou não, um válido ou inválido.⁴⁸ Nas palavras de Habermas,

[...] normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistema de normas ou de valores deve satisfazer.⁴⁹

O auge do autoengano do jurista, segundo o modelo habermasiano, é confundir princípios e valores, criando uma e a mesma metodologia de aplicação. A questão é perceber que, assim procedendo, não se está a conferir a primazia

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 46.

⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 317 *passim*.

⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 317.

estrita a pontos de vista normativos, quando absorvidos valores para dentro do sistema de direitos. E mais, tal identificação das normas de princípio com valores coloca o juiz constitucional em concorrência com o legislador, na medida em que deve concretizar os valores sedimentados na Constituição, utilizando-os como argumentos a serem compostos e sintetizados quando de uma colisão. A instância jurídica constitucional tornar-se-ia um legislador autoritário.⁵⁰

5. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E “DOMESTICAÇÃO DO POLÍTICO”: A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE

A mudança paradigmática proposta por Habermas tende a suplantar a problemática da ilegitimidade das prescrições jurisprudenciais constitucionais. O que o autor propõe é realmente um resgate: salvar o projeto inacabado da modernidade. Habermas acredita que a comunidade passa por níveis de moralidade que vão desde uma fase pré-convencional até a pós-convencional.⁵¹

Os níveis de moralidade de uma comunidade seguem, guardadas as devidas proporções, o crescimento intelectual de uma criança: na fase pré-convencional, o menor ainda está a aprender a língua materna e social, assim como a comunidade ainda está a construir e assentar os seus valores e padrões; na fase convencional, a criança, assim como a comunidade, absorveu ou assentou seus padrões sociais, agindo e jogando de acordo com eles; por fim, no nível pós-convencional, chega-se ao ponto de criticar as regras do jogo. Neste último caso, a integração de um princípio de reciprocidade é absolutamente essencial: o jovem, assim como os membros da comunidade, pode assumir a posição do outro.⁵²

A entrada na fase pós-convencional – que ajuda a suplantar a tentativa de volta ao paradigma liberal do Estado de Direito, ou de resgate de um Estado

⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 317 *passim*.

⁵¹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 81.

⁵² CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 83.

verdadeiramente interventor (para lembrar Streck) – associada à necessária diferenciação entre valor e princípio a nível de aplicação pelo discurso jurídico são as saídas apontadas por Habermas para a superação de uma falsa dicotomia: a adoção de uma jurisprudência dos valores (que mitiga o princípio da separação dos poderes) ou o retorno ao modelo liberal de Montesquieu (que resgata o princípio clássico da separação em total cegueira ao novo paradigma filosófico).⁵³

A partir do momento em que direitos individuais são transformados em bens e valores, passam a concorrer em pé de igualdade, tentando conseguir a primazia em cada caso singular. Cada valor é tão particular como qualquer outro, ao passo que normas devem sua validade a um teste de universalização. [...] Normas e princípios possuem uma força de justificação maior do que a de valores, uma vez que podem pretender, além de uma *especial dignidade de preferência*, uma *obrigatoriedade geral* [...].⁵⁴

A conclusão a que se chega é a de que os argumentos funcionalistas decorrentes da prática decisória que identifica princípios e valores, por serem “arbitrários e irrefletidos, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários”⁵⁵, fazem crescer o perigo dos juízos irracionais.

Uma jurisprudência orientada por princípios precisa definir qual pretensão e qual ação deve ser exigida num determinado conflito – e não arbitrar sobre o equilíbrio de bens ou sobre o relacionamento entre valores. É certo que normas válidas formam uma estrutura relacional flexível, na qual as relações podem deslocar-se segundo as circunstâncias de cada caso; porém, esse deslocamento está sob a reserva da coerência, a qual garante para cada caso uma única solução correta.⁵⁶

Mas essa crítica de Habermas não esgota o tema. Quando se está a ponderar princípios, no nível da jurisdição controladora em abstrato das normas, não

⁵³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 321 *passim*.

⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 321, destaque original.

⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 322.

⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 323, destaque original.

apenas se os confunde com os valores, mas se está a sopesar, no fundo, um minúsculo conjunto de pré-compreensões que pode resultar na retirada de uma norma do sistema, ali posta mediatamente pela esfera pública, e com uma avaliação da conformidade constitucional produzida por um sem número de membros da sociedade. Esta é a consequência mais insidiosa de uma concepção de jurisdição constitucional que não assuma como função primordial resguardar a abertura à esfera pública, de acordo com um princípio de reciprocidade exurgente de um nível de moralidade pós-convencional. Por isso, Teixeira aproxima-se da tese aqui defendida quando expõe, embora sob outro enfoque, a teoria conciliatória (segurança-justiça) de Aarnio em termos de uma relação necessária entre intérprete, legislador e audiência, que ditará um critério de aceitabilidade geral⁵⁷.

Por tudo isso, a lógica da divisão de poderes subsiste, tomado um novo paradigma da constituição: o maximamente procedimentalista. “Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito”⁵⁸. É o processo legislativo – adutor de um processo comunicativo de nível societário – o qual legitima as leis. O papel do juiz constitucional, em controle concentrado abstrato de normas, é o de manter as condições procedimentais de entrada comunicativa no processo de legislação.

Em discursos de aplicação [de normas jurídicas], as perspectivas particulares dos participantes têm que manter, simultaneamente, o contato com a estrutura geral de perspectivas que, durante os discursos de fundamentação, esteve atrás das normas supostas como válidas. Por isso, as interpretações de casos singulares [...] dependem da forma comunicativa de um discurso constituído de tal maneira [...] que as perspectivas dos participantes e as perspectivas dos parceiros do direito, representadas através de um juiz imparcial, podem ser convertidas umas nas outras.⁵⁹

⁵⁷ TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Racionalidade das decisões judiciais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 93-96.

⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 326, destaque original.

⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 284-285.

A discussão acaba cingindo-se ao método do discurso de aplicação (jurisdição), que parece não levar em conta a preliminaridade do discurso de fundamentação (legislação), nem a natureza deontológica das normas de princípio. É dizer: a pretexto de respeitar os valores absorvidos pela Constituição, aplicando-os sempre (obviamente graduados), afasta-se o próprio sistema jurídico, pela consideração dos princípios como valores, isto é, do deontológico como teleológico. Tal postura, segundo a corrente habermasiana, faz do juiz um legislador autoritário, pois, subtraído do filtro democrático, ainda assim realiza o papel eminentemente político de escolher os fins (valores) e organizar os meios.⁶⁰

Compreendido, porém, esse autoengano metodológico, consistente no afastamento do sistema jurídico a pretexto de aplicá-lo em sua soma de valores, que, ademais, transforma o julgador em legislador, algumas vertentes são abertas, inclusive o universalismo de Habermas, que vem com um novo paradigma (ação comunicativa) salvar os resquícios pós-metafísicos de racionalidade, assumindo o conceito de moralidade pós-convencional dialógica, fundamentadora das normas e da aplicação das mesmas. No primeiro ponto, a comunidade de participantes, interagindo comunicativamente, isto é, emitindo atos de fala consistentes em seus planos de ação individuais, juntamente com pretensões de validade criticáveis, coordenam tais planos de modo a diminuir as possibilidades de escolha e dar um sentido às políticas públicas. No segundo ponto, construídas as políticas públicas e também as normas legais, as escolhas dos participantes não de se fazer presentes no horizonte do julgador, ao aplicar as normas.

5.1 Apontamentos críticos sobre a fundamentação do procedimento

Ao fim e ao cabo, a interpretação que aqui se faz da teoria habermasiana dá conta de apresentar – mesmo que sob o risco de desviar-se do original pensado pelo autor – aquele mínimo substancial de que se falou, quando se perscrutou

⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 284 *passim*.

um modelo de jurisdição constitucional maximamente procedimental e minimamente substancial. Para manter a coerência com a conclusão sobre a inevitabilidade de uma ideologia dominante, que substancializa (processo de coisificação) o imaginário instituído, não se pode abrir mão de analisar o pós-convencionalismo (que aduz um princípio de reciprocidade) a que alude Habermas como um mínimo substancial.

Explica-se: para fundamentar a situação de fala ideal, que traz regras de produção do discurso racional (igualdade de oportunidades, liberdade de expressão, ausência de privilégios e coerção, veracidade), o autor alemão refunde a racionalidade na linguagem orientada ao entendimento, pois os atos de fala ilocucionários, convencionais que são, baseiam-se na inclusão da figura do "outro", sem a qual não se haveria de falar na própria identidade. É a construção de uma racionalidade dialógica, reflexiva, para contrastar com o modelo monológico próprio das filosofias da consciência.

Esse reposicionar a racionalidade (tornando-a intersubjetiva) paraleliza-se com um nível de moralidade dito pós-convencional, baseado no princípio da reciprocidade. Mais imediatamente, é este princípio que fundamenta as regras do discurso racional (situação ideal de fala), e isto pode ser corroborado com a seguinte assertiva de Robert Alexy: "A regra geral de fundamentação está numa relação muito estreita com as condições ideais de fala. Quem fundamenta algo admite *aceitar ao outro* [...], como *interlocutor com os mesmos direitos que ele* [...]"⁶¹. É uma regra de igualdade discursiva entre participantes que obviamente pressupõe que estes percebam um ao outro (isto é, identifiquem-se reciprocamente e coloquem-se no lugar um do outro).

Em que pese estar essa reciprocidade fundada na própria linguagem, Habermas indica que ela não é um dado imutável na história, mas depende de uma concepção de mundo. Assim, analisa a modernidade como uma forma descentrada em relação ao sujeito. Os mundos objetivo e social são autônomos entre si e com relação ao mundo subjetivo. Ao contrário de civilizações

⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005. p. 143, destaque acrescido.

animalistas, que coagulam aquelas três formas em um mundo mitológico, o qual se fecha integralmente em sentido simbólico, o mundo moderno está em parte objetivado, temporalizado, podendo, nesta medida, ser criticado. Nesse sentido, o pano de fundo em que se encontram os participantes constitui este mundo da vida que, apesar de aporofético no todo, pode ser recortado para tematização.⁶²

No fundo, e aqui o ponto desviante da tese original do autor, o que parece acontecer é a substancialização do princípio da reciprocidade dada nas bases de uma ideologia dominante na contemporaneidade. Entificou-se uma situação que, denotativamente, nada tem de conteúdo. Ao contrário, sua força depende quase que totalmente de uma carga valorativa, existente sob um manto de verdade. Não é um fato que exista a reciprocidade por si, e o próprio Habermas concorda com isto quando afirma que se necessita, antes, de uma objetivação do mundo social, inexistente nas civilizações animalistas que, contudo, possuíam linguagem.

É por isso que se entende haver uma base material mínima para o modelo procedimentalista: essa materialidade (“materializada”), aqui, é o princípio da reciprocidade. E isso é o que, na verdade, torna essa interpretação da teoria procedimental coerente, pois ajuda a fugir do objeto de crítica resumido por Arthur Kaufmann como a “misteriosa criação da matéria a partir da forma”⁶³. Afirma esse autor:

Habermas coloca-se a si próprio a tarefa de obter conteúdos verdadeiros ou correctos a partir do processo de *comunicação racional*. [...] De facto, poderiam encontrar-se aqui as condições formais essenciais de um discurso racional. Mas como é que ele produz a verdade ou justiça de “algo” (facto empírico, norma jurídica), se precisamente na sua base não está nenhum “algo”? Não teremos nós aqui essa misteriosa criação da matéria a partir da forma, que já se evocou a respeito de *Kant*? *Lucian Kern* demonstrou de

⁶² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1 *passim*.

⁶³ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 411.

maneira impressiva que o modelo de *Habermas* não resulta nem poderia resultar.⁶⁴

Essa é a mesma preocupação manifestada por Teixeira:

[...] o conceito de aceitabilidade encontra-se ligado ao conteúdo material da interpretação e não à forma do raciocínio ou às propriedades do procedimento de justificação nele mesmo. Assim, não é o processo de raciocínio que é razoável, mais apropriadamente porém, fala-se do resultado razoável da interpretação. Para ser aceitável, este resultado deve corresponder ao conhecimento e ao sistema de valores da comunidade jurídica.⁶⁵

A diferença em Habermas é o seu universalismo. Assim, o mínimo substancial e universal é um princípio de reciprocidade que sustenta a produção discursiva e a situação ideal de fala, afirmando que a decisão correta é aquela decorrente de uma produção discursiva que resguarda a igualdade e não coerção entre os participantes, pois que uns colocam-se no lugar dos outros. Independe-se, assim, de outros valores de duvidosa inserção na constituição, e que não podem ser “desentranhados” legitimamente em sede de jurisdição constitucional predominantemente substancialista, ao menos não no controle concentrado abstrato de normas.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A virada para o paradigma pós-metafísico da ação comunicativa, com todas as suas conseqüências no reposicionamento da racionalidade e no entendimento sobre a função do sistema de direito, mostrou-se questão preliminar para as presentes conclusões. Com efeito, não fosse a passagem por premissas que ajudaram a reler a teoria habermasiana do agir comunicativo e não se quedaria aceso o foco sobre um modelo de jurisdição constitucional que, para resguardar uma legitimidade ideal, deve-se fundar em uma base de maximalismo procedimental e minimalismo substancial. Esta, talvez a principal conclusão, não

⁶⁴ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 410-411, destaque original.

⁶⁵ TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Racionalidade das decisões judiciais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 95.

possui pretensões completamente delimitadas, mesmo pela sumariedade das análises. Todavia, acende uma luz sobre a impossibilidade de exclusão da substância no modelo procedimental, ao passo em que expõe o perigo de teses predominantemente substancialistas.

Resguarda-se, nos termos da teoria habermasiana, a legitimidade da jurisdição constitucional. Tal legitimidade só é aceita na base de uma postura metodológica que faz distinção entre princípios e valores, aduzindo os seus respectivos sentidos deontológico e teleológico.

Além disso, o princípio da separação dos poderes também se mantém na base dessa legitimidade: o que se contradiz é a tendência a voltar ao modelo liberal de democracia, quando o esfacelamento de um modelo social não necessariamente significa o retorno. O princípio da separação dos poderes permanece no sentido de um modelo maximamente procedimentalista da Constituição: o papel do juiz constitucional, em controle concentrado abstrato de normas, é o de manter as condições procedimentais de entrada comunicativa no processo de legislação.

Assim, em tempos de desrespeito à posição preliminar do discurso de fundamentação (legislação) sobre o de aplicação (jurisdição), e de não atenção à diferença fundamental entre princípios e valores, Habermas elege a via comunicativa, e mune-se, para tanto, de uma teoria dos atos de fala.

Mas a questão da legitimidade vai além: a própria assunção de um novo paradigma filosófico, nascente com o encurtamento hermenêutico e com a virada linguística, retira a possibilidade de que o juiz constitucional realize a constituição aos mesmos moldes que um legislativo participativo o faria, mormente no controle concentrado abstrato de normas. Nesse sentido, reconhece-se a importância de um procedimentalismo, que é o modelo ideal para a abertura da interpretação constitucional à sociedade, e de um substancialismo, que é inevitável pela própria condição social de produção ideológica, mas que por isso mesmo deve ser mínimo.

Esse mínimo material pode ser visto, mesmo que desviando da teoria habermasiana, nas bases de um princípio de reciprocidade, surgido na ideologia pós-convencional que dota a sociedade contemporânea da capacidade de criticar regras, incluindo-se na posição do "outro", e conformando identidade por meio dessa reflexividade.

7. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

AUSTIN, J. L. *How to do things with words*. Oxford: Oxford University Press, 1962.

CASTRO JÚNIOR, Torquato da Silva. *A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente*. São Paulo: Noeses, 2009.

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

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus, 1999. v. 1.

_____. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

_____. *Verdade e justificação*. São Paulo: Loyola, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

AQUINO, Eduardo Pimentel de Vasconcelos; TEIXEIRA, João Paulo Allain. O lugar da jurisdição constitucional na pós-modernidade do agir comunicativo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

SPERBER, Dan; WILSON, Deirdre. *Relevância: comunicação e cognição*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre "Ser e Tempo"*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Racionalidade das decisões judiciais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. São Paulo: Abril Cultural, 1975.