

JOÃO HENRIQUE WILKON MARQUES

**JÜRGEN HABERMAS E ROBERT ALEXY
DIÁLOGO ENTRE O CONSENSO DE HABERMAS E A
INTERPRETAÇÃO DE ALEXY**

Brasília

2015

JOÃO HENRIQUE WILKON MARQUES

**JÜRGEN HABERMAS E ROBERT ALEXY
DIÁLOGO ENTRE O CONSENSO DE HABERMAS E A
INTERPRETAÇÃO DE ALEXY**

Monografia de conclusão de curso, apresentada como requisito para conclusão do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
Professor Orientador: Prof. Dr. Roberto Krauspenhar.

Brasília

2015

JOÃO HENRIQUE WILKON MARQUES

**JÜRGEN HABERMAS E ROBERT ALEXY
DIÁLOGO ENTRE O CONSENSO DE HABERMAS E A
INTERPRETAÇÃO DE ALEXY**

Monografia de conclusão de curso, apresentada como
requisito para conclusão do Curso de Bacharelado em
Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
Professor Orientador: Prof. Dr. Roberto Krauspenhar.

Brasília, ____ de _____ de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Roberto Krauspenhar

Prof. Luiz Patury Accioly Neto

Prof. Luiz Emilio Pereira Garcia

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelas oportunidades de aperfeiçoamento moral, intelectual e pessoal que tenho recebido.

Aos meus pais agradeço pela educação, apoio e princípios morais, especialmente ao meu pai, Seu Jesus, que sempre me incentivou a continuar estudando e indicou que este era o único caminho para o meu crescimento profissional e para melhorar as condições sociais e econômicas na vida.

A minha querida e amada colega de turma e esposa Vera, que, ao longo de mais de 22 anos, sempre esteve ao meu lado. Grato pela compreensão, paciência e companheirismo que nunca faltaram.

Ao Prof. Roberto Krauspenhar, agradeço por ter mostrado o caminho, pelos conhecimentos e experiência transmitidos e, principalmente, pela dedicação demonstrada ao longo dos últimos semestres do curso.

Finalmente, agradeço a todos os professores que, de alguma forma, contribuíram para o desenvolvimento de minha formação acadêmica.

“Eu tentei 99 vezes e falhei, mas na centésima tentativa eu consegui, nunca desista de seus objetivos mesmo que esses pareçam impossíveis, a próxima tentativa pode ser a vitoriosa.” (Albert Einstein).

RESUMO

No Estado Democrático de Direito, com uma sociedade pluralista, em que é crescente o acesso à informação por um número cada vez maior de pessoas, evolução que reforça o espírito democrático de um povo, percebe-se a urgente necessidade de elaboração de teorias e procedimentos que permitam, aos mais diversos atores do processo político administrativo, a justificação de suas decisões. A presente monografia, em formato de pesquisa teórico-conceitual, apresenta a teoria da interpretação de Robert Alexy e sua relação com a teoria do consenso de Jürgen Habermas. O primeiro é jurista e filósofo, com uma linha de pensamento mais técnica e específica e o segundo, filósofo e sociólogo, com a teoria do consenso, defende o discurso procedimental. Após a apresentação dos conceitos e teorias nos dois capítulos iniciais, o terceiro capítulo finaliza com o diálogo crítico e construtivo entre os autores, resultando em uma importante contribuição para o crescimento jusfilosófico da democracia.

Palavras-chaves: Teoria do Consenso. Teoria da Argumentação Jurídica. Teoria da Interpretação. Discurso Jurídico. O Agir Comunicativo. Democracia Deliberativa.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 O CONSENSO EM JÜRGEN HABERMAS	10
1.1 Considerações Iniciais.....	10
1.2 Mudança Estrutural da Esfera Pública.....	12
1.3 A Ética do Discurso e suas Dificuldades.....	13
1.4 Teoria do Agir Comunicativo.....	13
1.5 Teoria da Democracia Deliberativa	15
1.6 Teoria do Consenso da Verdade	17
2 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY	20
2.1 O Procedimento Discursivo-Argumentativo.....	23
2.2 A Reconciliação dos Direitos Fundamentais com a Democracia	25
2.3 Teoria do Discurso Prático Racional Geral	26
2.3.1 Teorias dos discursos possíveis	27
2.3.2 A fundamentação das regras do discurso	27
2.3.3 As regras e formas do discurso prático geral.....	28
2.3.4 Os limites do discurso prático geral.....	29
2.4 O Discurso Jurídico como Caso Especial do Discurso Prático Geral.....	29
2.5 Traços Fundamentais da Argumentação Jurídica	31
2.6 A Teoria da Argumentação Jurídica	32
3 DIÁLOGO ENTRE A TEORIA DO CONSENSO DE HABERMAS E A TEORIA DA INTERPRETAÇÃO DE ALEXY.....	34
3.1 Democracia Deliberativa de Habermas.....	34
3.2 Críticas de Habermas à Tese do Caso Especial.....	37
3.3 Os Princípios como Mandados de Otimização e os Riscos para a Democracia.....	40
3.4 As Relações entre a Teoria do Consenso e a Teoria da Interpretação	42
CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	47

INTRODUÇÃO

Atualmente, é consenso nos países de matriz democrática que as decisões judiciais devem ser fundamentadas. Não somente as decisões judiciais, mas também a elaboração das normas pelo legislador democraticamente instituído. O poder que é dado aos parlamentares não é ilimitado e amplo, pois qualquer novo normativo ou alteração de lei já existente deve ocorrer de forma devidamente justificada e deve seguir um processo previamente definido. Porém, não basta se exigir que a criação das normas e os atos das autoridades judiciais ou executivas sejam fundamentados, este dever-fazer não pode ser realizado de qualquer maneira, é preciso uma teoria ou forma que oriente, discipline e dê um mínimo de legitimidade, racionalidade ou veracidade às decisões dos poderes constituídos.

Com a finalidade de atender à questão da fundamentação das decisões judiciais e das decisões legislativas no curso do processo de inovação e atualização do ordenamento jurídico, surgem alguns jurídicos-filósofos, dentre os quais se destacam os alemães Jürgen Habermas e Robert Alexy. No entanto, esses renomados autores e estudiosos da área jusfilosófica possuem algumas divergências de opinião e muitas situações em que seus posicionamentos convergem para uma mesma solução teórica. Alexy, em sua obra *Teoria da Argumentação Jurídica*, destaca a necessidade da fundamentação das decisões.

“A Primeira Turma do Tribunal Constitucional Federal exigiu, na sua resolução de 14 de fevereiro de 1973 (resolução sobre o desenvolvimento do Direito), que as decisões dos juízes devem basear-se em “argumentações racionais”. Essa exigência de racionalidade da argumentação deve ser estendida a todos os casos em que os juristas argumentam. A questão sobre o que é a argumentação racional ou argumentação jurídica racional não é um problema que interessa apenas aos teóricos ou filósofos do Direito.”¹

Enquanto Robert Alexy defende que as decisões judiciais devem ser racionalmente fundamentadas, Jürgen Habermas alerta que a filosofia do direito não pode mais ser objeto de estudo apenas dos filósofos. É preciso que haja uma interação com as diversas áreas do direito, da sociologia e da história do direito.

¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*; tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. prefácio.

“Na Alemanha, a filosofia do direito não é mais tarefa exclusiva dos filósofos. No presente trabalho quase não cito o nome de Hegel e me apoio mais na doutrina kantiana do direito: essa atitude é fruto da timidez perante um modelo cujos padrões não conseguimos mais atingir. E o fato de a filosofia do direito – quando ainda busca o contato com a realidade social – ter emigrado para as faculdades de direito é bastante sugestivo. Entretanto, evito cair no lado oposto, ou seja, não pretendo limitar-me a uma filosofia do direito especializada juridicamente, que tem o seu ponto forte na discussão dos fundamentos do direito penal. O que antigamente podia ser mantido coeso em conceitos da filosofia hegeliana, exige hoje um pluralismo de procedimentos metodológicos que incluem as perspectivas da teoria do direito, da sociologia do direito e da história do direito, da teoria moral e da teoria da sociedade.”²

Dado o relevante papel que Habermas e Alexy desempenham nas teorias jurídicas e filosóficas contemporâneas, foi escolhido como tema da presente monografia o estudo dos dois germano-filósofos. Este trabalho tem por finalidade apresentar as principais teses e linhas de pensamento de dois filósofos da atualidade, especialmente as teses relacionadas à teoria do consenso de Habermas e à teoria da argumentação jurídica de Alexy. Após a discussão sobre essas teorias, com a verificação das principais convergências e das eventuais divergências ou críticas de um autor em relação ao outro, pretende-se concluir em que e até onde elas contribuem para a correta aplicação e interpretação do Direito.

Tanto Habermas quanto Alexy apresentam modelos e formas de atuação da sociedade pensada em um formato ideal de democracia, como, por exemplo, a existência de um espaço público para discussão de decisões importantes e a necessidade de um consenso na interpretação das normas e das decisões judiciais. Neste trabalho, serão apresentadas as regras de interpretação com seus pressupostos doutrinários e verificado se os pressupostos são mais filosóficos ou mais lógico-retóricos.

A solução para a questão da interpretação das normas jurídicas no âmbito de uma sociedade democrática de direito será abordada na concepção desses dois autores. Como se resolvem as questões jurídicas? Seria com a interpretação na aplicação aos casos concretos? Mas como ocorreria esta interpretação? Possuem legitimidade as decisões baseadas apenas na opinião de um magistrado? Em que nível de profundidade o juiz deveria fundamentar suas decisões? E, observadas as exigências legais e morais da argumentação, devem estas ser respaldadas, também, pelo consenso da sociedade ou das partes em determinado processo? Enfim, são as teorias formuladas por Robert Alexy e por Jürgen Habermas que visam

² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. I. p. 9.

responder a essas questões e tentam definir alguns critérios, condições e regras para a correta aplicação do Direito.

Este breve estudo da teoria do consenso e da teoria da interpretação tem a sua aplicação limitada à área jurídica e é focado nas convergências dos autores, especialmente na elaboração dos normativos legais e na aplicação do Direito no âmbito das decisões judiciais.

As correntes teóricas da teoria do consenso e da teoria da interpretação de outros autores poderiam ser detalhadas, mas, considerando a delimitação do escopo, serão apenas referidas as obras que tratam do tema e explicam as duas teorias, destacando o posicionamento de cada autor com as opiniões de outros doutrinadores sobre o assunto.

Inegável, como será possível concluir, é que a teoria do consenso de Habermas e a teoria da interpretação de Alexy são ferramentas essenciais para o aperfeiçoamento das democracias nas sociedades que desfrutam do Estado Democrático de Direito.

No primeiro capítulo, são apresentadas as principais teorias defendidas por Jürgen Habermas, quais sejam, a mudança estrutural da esfera pública, a ética do discurso e suas dificuldades, a teoria do agir comunicativo, a teoria da democracia deliberativa e, em especial, a teoria do consenso da verdade, que serviu de referência para o desenvolvimento da teoria da interpretação de Alexy.

O segundo capítulo apresenta as teses de Robert Alexy. O procedimento discursivo-argumentativo, a reconciliação dos direitos fundamentais com a democracia, a teoria do discurso prático racional geral, o discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral e a teoria da argumentação jurídica serão destacados e conceituados neste capítulo.

Finalmente, no terceiro capítulo, dedicado ao diálogo entre Robert Alexy e Jürgen Habermas, serão apresentados a relação entre a teoria do consenso da verdade de Habermas com a teoria da interpretação de Alexy, a democracia deliberativa de Habermas, as críticas específicas de Habermas à tese do caso especial e aos princípios como mandados de otimização.

1 O CONSENSO EM JÜRGEN HABERMAS

1.1 Considerações Iniciais

Jürgen Habermas, um dos maiores filósofos alemães da atualidade, tem sua trajetória relacionada aos acontecimentos históricos vivenciados durante o transcorrer do século XX e início do século XXI. São inúmeras as contribuições de Habermas para a filosofia contemporânea. Assuntos e temas, por ele tratados, que provocam grandes discussões entre os acadêmicos e doutrinadores da filosofia do direito. Segundo Dupeyrix, o espaço público, o patriotismo constitucional, a razão comunicativa, a ética da discussão, o consenso, a democracia deliberativa, o procedimentalismo e a sociedade pós-secular são conceitos destacados de sua filosofia.

“Ele intervém regularmente nos debates públicos, o que contribui para torná-lo conhecido além de seu círculo de especialistas e para popularizar conceitos vigorosos de sua filosofia: o espaço público, o patriotismo constitucional, a razão comunicativa, a ética da discussão, o consenso, a democracia deliberativa, o procedimentalismo, mais recentemente a sociedade pós-secular, tantos temas que têm tido certa repercussão junta a um amplo público.”³

Habermas adentrou em vários temas, realizando uma ampla discussão de suas teorias, acatando algumas críticas e evoluindo com seu pensamento filosófico, opinando e contribuindo para as mais variadas e distintas questões políticas, servindo inclusive aos movimentos sociais com o seu diagnóstico sobre a colonização do mundo da vida. Em suas manifestações sempre destacou o papel social da filosofia. Pois, a filosofia só tem razão de continuar a existir e a contribuir para a sociedade, paralela e no mesmo nível da ciência, quando está integrada e preocupada com as questões do dia a dia das pessoas integrantes de um grupo social.

“Todos os seus conceitos básicos, como esfera pública, discurso, agir comunicativo, mundo da vida, política deliberativa e sociedade civil, passaram por uma discussão abrangente. Numa época, supostamente pós-moral, sua ética do discurso foi um novo estímulo para tentativas de fundamentação moral; seu diagnóstico da época sobre a colonização do mundo da vida tornou-se ferramenta argumentativa de movimentos sociais. E principalmente: ele não apenas escreveu cientificamente sobre esfera

³ DUPEYRIX, Alexandre ; tradução Edson Bini. *Compreender Habermas*. São Paulo: Edições Loyola, 2012, p. 12.

pública, mas ao mesmo tempo ele mesmo assumiu o papel dela e se posicionou decididamente sobre as questões políticas mais distintas.”⁴

[...]

Mais geralmente, e ele o reivindica claramente em *Verdade e Justificação*, Habermas aspira que a filosofia não confie inteiramente suas virtudes consoladoras e produtoras de sentido somente às éticas, religiões e psicoterapias de todo gênero. Tem, ela também, um papel social a desempenhar.”⁵

A teoria do agir comunicativo de Habermas surge dos estudos da teoria dos atos da linguagem de Austin e Searle. Considerando esta como a maneira que a sociedade encontrou para manter a estabilidade das relações sociais e a garantia da democracia, em que o direito moderno está embasado na mesma racionalidade comunicativa das pessoas e das instituições.

“A exemplo da própria disciplina filosófica, ele realiza o que se denominou uma “virada linguística”. Concretamente, Habermas analisa como funciona a linguagem mais cotidiana, sobretudo inspirando-se na teoria dos atos de linguagem de Austin e de Searle.

[...]

[...] Habermas em seguida tentou fixar o fluxo comunicativo, que acabara de pôr em evidência nas atividades sociais, num meio estável que permite à sociedade agir sobre si mesma de maneira eficaz e controlada: esse meio é o direito moderno. Foi assim que propôs a sua teoria do direito e da democracia no início dos anos 1990 e introduziu a racionalidade comunicativa e prática nas instituições.”⁶

Habermas defende a sua ideia de democracia deliberativa em que propõe um conceito híbrido, resultado da democracia liberal com a democracia republicana. A primeira concentrada nos direitos fundamentais individuais e a segunda preocupada com o grupo social, com a sociedade e com os interesses de determinados grupos. Para Habermas, o Estado, do direito moderno, deve compor as demandas individuais com os interesses coletivos.

“Defendendo um modelo de democracia deliberativa, Habermas atrela a noção de *consentimento*, fundadora da modernidade política, à racionalidade da linguagem. Uma ordem social e política é justa se aceita submeter-se a sua própria crítica, se garante um espaço de deliberação no qual a opinião e a

⁴ REESE-SCHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*; tradução de Vilmar Schneider. 4. ed., Petrópolis: Vozes, 2012, p. 10.

⁵ DUPEYRIX, Alexandre ; tradução Edson Bini. *Compreender Habermas*. São Paulo: Edições Loyola, 2012, p. 14.

⁶ DUPEYRIX, Alexandre ; tradução Edson Bini. *Compreender Habermas*. São Paulo: Edições Loyola, 2012, p. 16.

vontade políticas dos cidadãos podem se formar sem constrangimento, se ela não se furta a toda busca de verdade.”⁷

1.2 Mudança Estrutural da Esfera Pública

No século XVII e XVIII, era das luzes, as decisões políticas para a condução e organização da sociedade eram tomadas no âmbito das reuniões e das associações burguesas. Este modelo, gradativamente, foi substituído pelas democracias contemporâneas. No entanto, a real participação da sociedade nas decisões não parece acontecer. Os rumos do país são decididos em reuniões e salas fechadas dos gabinetes dos órgãos públicos, que deveriam permitir de forma ampla o acesso e a participação dos cidadãos integrantes de uma nação.

“A história da esfera pública burguesa é exposta por Habermas como um processo de decadência do liberalismo clássico com sua ideia de raciocínio livre orientado na verdade. Hoje vivemos em democracias de massa sob condições da propaganda política ao invés do discurso racional entre iguais. A esfera pública de associações de comensais, dos cafés e dos salões transformou-se em uma democracia organizada, nos quais os acordos são negociados a portas fechadas e um estado distributivo e providencial encobre a diferenciação entre Estado e sociedade.

[...]

Esfera pública é um conceito que descreve o espaço comunicativo entre esfera privada burguesa e Estado. Ela é caracterizada pelo acesso livre, geral e desimpedido ao público, pela publicidade e, com isso, pela possibilidade de crítica ao Estado autoritário e pela decisão própria autônoma do cidadão.”⁸

Para Habermas a mudança estrutural da esfera pública ideal seria a existência de formas e espaços públicos em que todos pudessem contribuir para a solução das questões controversas e dos problemas e necessidades da população de determinado país. No entanto, a democracia em vigor na maioria dos países ditos democráticos ainda não atende ao idealizado por Jürgen Habermas.

⁷ DUPEYRIX, Alexandre ; tradução Edson Bini. *Compreender Habermas*. São Paulo: Edições Loyola, 2012, p. 16.

⁸ REESE-SCHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*; tradução de Vilmar Schneider. 4. ed., Petrópolis: Vozes, 2012, p. 32.

1.3 A Ética do Discurso e suas Dificuldades

A convivência humana pacífica não pode prescindir de princípios morais mínimos na relação interpessoal. Entender que o outro existe e possui os mesmos direitos, saber que a comunicação não pode ser forçada, isto é, o destinatário deve livremente receber a mensagem sem qualquer forma de coação, ter livre disposição para solucionar as questões e permitir um discurso igualitário na fundamentação das normas legais ou decisões judiciais faz parte da ética do discurso apresentada por Habermas. Os conflitos na comunicação ocorrem quando esses pressupostos mínimos não são observados por qualquer das partes que integram o processo de comunicação.

“A ética do discurso busca dar a ética um fundamento racional através da ideia de que a reflexão sobre os pressupostos da comunicação interpessoal permite identificar os princípios morais realmente irrenunciáveis que devem ser a base de toda convivência humana: o reconhecimento do outro, a não coação da comunicação e a disposição para a solução de problemas e a fundamentação de normas através do discurso livre e igual. Desse modo, pode-se fundamentar uma ética secular, não metafísica, que é apropriada para uma situação de pensamento, na qual somente pessoas ainda muito ingênuas poderão recorrer a instituições de valores ou à ancoragem diferente.”⁹

A inobservância da ética do discurso ou a dificuldade do seu cumprimento reforça o lema pregado por Thomas Hobbes de que o homem é o lobo do homem. Leva o homem ao seu estágio inicial de civilização, em que as normas não existiam e as regras ainda eram uma solução distante para os conflitos decorrentes da vida em sociedade.

1.4 Teoria do Agir Comunicativo

O agir comunicativo para o entendimento, que deve ocorrer sem restrições, serve de contraponto à racionalidade econômica e burocrática do sistema que controla a opinião e conduz a sociedade a uma situação em que a liberdade e o sentido são limitados. Habermas utiliza o conceito do agir comunicativo como base para sua teoria do consenso, pois onde não existe a possibilidade de uma comunicação livre, em que todos que tenham condições possam se manifestar sempre que assim o desejarem, não será possível a busca do consenso para a solução dos conflitos e discussões de qualquer área do saber humano.

⁹ REESE-SCHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*; tradução de Vilmar Schneider. 4. ed., Petrópolis: Vozes, 2012, p. 64.

“A *Theorie des kommunikativen Handelns* ainda pode ser considerada a obra principal de Habermas. A ideia central é: a racionalidade econômica e burocrática do sistema que penetra crescentemente nas esferas do mundo da vida, coloniza-as e leva, dessa forma, a perdas de liberdade e de sentido. O agir comunicativo deve contrarrestar isso abrindo oportunidades de entendimento num sentido abrangente, não restritivo. Esse direcionamento de sua teoria baseia-se num fundamento da teoria da ação que diferencia entre agir teleológico, dramático e, de forma abrangente, acolhe o agir comunicativo orientado ao entendimento com suas pretensões de inteligibilidade, verdade e correção normativa.”¹⁰

A teoria do agir comunicativo explica a necessidade de interação dos participantes do discurso. O emissor da mensagem, para continuar o seu debate e busca pelo esclarecimento e verdade, necessita que o destinatário apresente seus contra-argumentos, aceitando ou não a mensagem inicial posta. A possibilidade de comunicação entre todos os participantes do discurso permite que o agir comunicativo aconteça em um ambiente favorável a discussão, que deve fluir naturalmente até na busca racional da verdade.

“As comunicações cotidianas são trazidas do contexto de exigências de fundamentação partilhadas, de tal modo que nasce então sobretudo uma necessidade de comunicação, quando as opiniões e os pontos de vista dos sujeitos julgando e decidindo independentemente pudessem ser tomadas em uníssono. A necessidade prática de coordenar planos de ação proporciona em todo o caso a esperança do participante da comunicação de que os destinatários tomem posição, logo assumam um perfil claro em relação a suas próprias exigências de validade. Estes operam uma afirmativa ou negativa, que conta como resposta, porque somente o reconhecimento intersubjetivo de exigências de validade criticáveis provoca o tipo de generalidade pela qual obrigações fidedignas com consequências relevantes para a interação se deixam fundamentar para ambos os lados.

A prática da argumentação somente continua esse agir comunicativo, sem dúvida, a nível reflexivo. Por isso os participantes da comunicação isolados, que conservam sua orientação para o entendimento, permanecem enfiados em uma prática exercida comumente, por um lado; por outro lado, devem tomar posição fundamentada, portanto sob a suave coação para um juízo próprio, autônomo, em relação às exigências de validade tematizadas. Nenhuma autoridade coletiva limita a margem de julgamento individual, nenhuma mediatiza a competência para julgar do indivíduo. A estes dois aspectos corresponde a estranha face de Janus das exigências de validade. Como exigências são colocadas para reconhecimento intersubjetivo; daí que a autoridade pública de um consenso alcançado discursivamente, sob condições de poder dizer não ao final, não pode ser substituída pelos juízos privados dos indivíduos que sabem mais. Como exigência de validade incondicional remetem, entretanto, para cada acordo alcançado faticamente. O que é aceito como racional aqui e agora pode se evidenciar como falso,

¹⁰ REESE-SCHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*; tradução de Vilmar Schneider. 4. ed., Petrópolis: Vozes, 2012, p. 44.

sob condições epistêmicas melhores, diante de um outro público e contra objeções futuras.”¹¹

Habermas, com a teoria do agir comunicativo, explica que um discurso racionalmente aceito, pode, em outras condições com a interação de outros personagens, ter outras objeções apresentadas. Pois, o posicionamento de um indivíduo enquanto não apresentado a discussão e a interação com outro indivíduo terá esta situação como verdade naquele momento, podendo facilmente ser alterado a partir do agir comunicativo realizado. O que se espera no momento da ação comunicativa é que todos os falantes atuem com sinceridade, acreditem naquilo que estão expondo e que possam argumentar sobre as suas falas. Com a prática da comunicação, o indivíduo reflexivamente se prepara para novas argumentações, seja revendo seus conceitos e posicionamentos ou mesmo mantendo as suas convicções com mais argumentos no decorrer do processo comunicativo. Nenhuma autoridade detém o poder ou a possibilidade de alterar o pensamento interno individual, mas todos os participantes do discurso podem interferir na condução e na busca de um consenso alcançado discursivamente.

A pragmática universal desenvolvida por Habermas serve de base para a teoria do agir comunicativo. Esta pragmática trata de regras que formam pressupostos aplicados em qualquer comunicação ou agir comunicativo. Esses pressupostos gerais visam alcançar o entendimento mútuo, o saber compartilhado, a confiança recíproca e o consenso recíproco.

1.5 Teoria da Democracia Deliberativa

Habermas entende que a evolução dos países democráticos consiste em unir o que há de melhor da democracia republicana com o que de melhor existe na democracia liberal. Sua proposta é o modelo de democracia deliberativa. Neste modelo, a importância da participação do cidadão nas decisões políticas e administrativas para a condução e gestão do governo é maior. É necessária a criação de espaços públicos em que se viabilize a participação de todos que tenham condição de opinar e de argumentar sobre os seus posicionamentos em determinadas questões que se encontram em discussão.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. *Agir Comunicativo e razão destrancendentalizada*. Tradução Lucia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 105-106.

“*Faktizitat und Geltung* contém os escritos políticos fundamentais de Habermas. O princípio do discurso está vinculado aqui a uma teoria sociológica das instituições. As instituições, no entanto, são estendidas para além do marco tradicional. Em torno do marco institucional mais restrito do sistema político, situam-se a esfera pública, a mídia e as associações, e em torno dessas, por sua vez, a sociedade civil com seus papéis dinâmicos de fala, muitas vezes já parcialmente privados, seus círculos concêntricos de assédio que, de modo geral, estão inseridos no conjunto do círculo difuso do mundo da vida.”¹²

O enfoque que Habermas dá a sua teoria da democracia deliberativa não está concentrado no conteúdo nem no resultado. Sua proposta pretende definir os procedimentos para que a participação de todos aconteça e permita que as melhores decisões sejam tomadas. As melhores ou a melhor opção não será necessariamente a mais acertada ou a que poderá resolver definitivamente as questões postas, mas, pelo menos, será aquela escolhida e aceita por todos, ou melhor, por todos que participaram do debate discursivo. Não podem, aqueles que mesmo tendo a oportunidade de participar, não contribuíram para a escolha, reclamar do caminho tomado. Algo muito semelhante acontece nas reuniões de condomínio na maioria das residências nas médias e grandes cidades, quando muitos não comparecem para participar e opinar, mas estão cientes e vinculados às decisões tomadas a sua “revelia”.

“Deliberação (lat. *deliberativo* para consideração, reflexão, deliberação, apreciação, mas também: decisão após consideração feita eventualmente também: período de reflexão) significa a decisão tomada por meio de discussão, ao invés da ordem. A decisão não está situada no nada normativo, como em Carl Schmitt, mas muito mais ela exige a deliberação a fim de que, no processo de tomada de decisão, se mencionem também os respectivos argumentos. Ela é a forma civil de decisão política e a característica de todos os grêmios de iguais. Na qualidade de sociólogo, pode-se observar as estruturas dos grêmios deliberativos e inquirir se, nesse caso, é assegurada igualdade verdadeira entre os participantes ou se são estruturas submetidas à lógica do poder político, que podem chegar ao ponto de que a deliberação aconteça só pró-forma, ao passo que as decisões verdadeiras há muito tempo foram tomadas nos bastidores. Ponto forte da teoria de Habermas reside no fato de que ela não analisa o conteúdo ou o resultado da deliberação, mas a realização procedimental é especialmente decisiva para definir se as formas de formação da vontade são democráticas ou autoritárias.”¹³

O pressuposto da deliberação é que a decisão seja tomada após a ampla discussão e argumentação de cada participante em seus posicionamentos para que o resultado final seja

¹² REESE-SCHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*; tradução de Vilmar Schneider. 4. ed., Petrópolis: Vozes, 2012, p. 83

¹³ REESE-SCHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*; tradução de Vilmar Schneider. 4. ed., Petrópolis: Vozes, 2012, p. 92

o consenso. No entanto, o principal fator que permite a via deliberativa está nos procedimentos determinados e respeitados pelos falantes, referido por Habermas como “procedimento ideal”.

“Na perspectiva liberal, o processo democrático se realiza exclusivamente na forma de compromisso de interesses. E as regras de formação do compromisso, que deve assegurar a equidade dos resultados, e que passam pelo direito igual e geral ao voto, pela composição representativa das corporações parlamentares, pelo modo de decisão, pela ordem dos negócios, etc..., são fundamentadas, em última instância, nos direitos fundamentais liberais. Ao passo que a interpretação republicana vê a formação democrática da vontade realizando-se na forma de um auto-entendimento ético-político, onde o conteúdo da deliberação deve ter o respaldo de um consenso entre os sujeitos privados, e ser exercido pelas vias culturais; essa apreensão socialmente integradora pode renovar-se através da recordação ritualizada do ato de fundação da república. Ora, a teoria do discurso assimila elementos de ambos os lados, integrando-os num conceito de procedimento ideal para a deliberação e a tomada de decisão. Esse processo democrático estabelece um nexo interno entre considerações pragmáticas, compromissos, discursos de auto-entendimento e discursos da justiça, fundamentando a suposição de que é possível chegar a resultados racionais e equitativos. Nesta linha, a razão prática passa dos direitos humanos universais ou da eticidade concreta de uma determinada comunidade para as regras do discurso e as formas de argumentação, que extraem o seu conteúdo normativo da base de validade do agir orientado pelo entendimento e, em última instância, da estrutura da comunicação linguística e da ordem insubstituível da socialização comunicativa.”¹⁴

A democracia deliberativa apresentada por Habermas constitui um modelo que conjuga a democracia liberal e a democracia republicana. É uma democracia procedimental, em que o respeito a determinadas regras permite a convivência pacífica, harmônica e aceita por todos em uma sociedade que a integram. O mais importante para que funcione é que a deliberação seja tomada de maneira consensual e seja observada por todos. Então, o respaldo para a democracia deliberativa, com razão prática, encontra-se na utilização de regras do discurso e de formas de argumentação, em que antes era dos direitos humanos universais no caso da democracia liberal e da eticidade concreta para a democracia republicana.

1.6 Teoria do Consenso da Verdade

Jürgen Habermas apresentou a teoria do discurso da verdade em sua obra “*Wahrheitstheorien*” (“Teorias da Verdade”) em 1972. Recentemente, Habermas fez uma

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II. p. 19.

revisão que aproxima mais a sua teoria as teorias clássicas da verdade. A verdade estaria no consenso sobre determinado fato ou situação. Porém, a história demonstra que, em muitos casos, apenas o consenso não foi o suficiente para se comprovar e se manter algo como verdadeiro. Como, por exemplo, a existência de deuses, que era, na Antiguidade, um consenso, era uma verdade. No entanto, hoje esta afirmação apresenta-se como absurda.

“A base filosófica para compreender Habermas é sua teoria da verdade em dois níveis. Ela se desenvolveu em várias etapas de trabalho. Trata-se de uma teoria de consenso de verdade. Contudo, não basta um consenso dos momentaneamente presentes. É necessário, especialmente, um consenso geral dos racionais que, em caso extremo, inclui também a comunidade científica ilimitada no futuro. Para, além disso, em sua obra conclusiva sobre a teoria da verdade, *Wahrheit und Rechtfertigung*, Habermas reconheceu de modo autocrítico haver reduzido demasiadamente o conceito de verdade à assertividade racional. Contudo, o conceito, assim como o empregamos, contém sempre também uma indicação imperdível para além do estado atual do conhecimento. Este conteúdo semântico excedente, em última análise não pode ser removido nem por meio de uma teoria da verdade pragmática. Em sua obra tardia, Habermas reaproximou-se mais fortemente da concepção de verdade da filosofia clássica.”¹⁵

Habermas utiliza a figura da aposta para explicar o conceito de consenso. Se houver concordância sobre o sim ou o não ou também sobre quem ganhou ou perdeu, não importará o conteúdo, se é verdadeiro ou não. As condições formais para a ocorrência foram atendidas, independentemente de ser verdadeiro ou falso. Então, somente o objeto formal é objeto do consenso e não o conteúdo em si.

“A justificada pretensão de verdade de um proponente deve ser defensável, através de argumentos, contra objeções de possíveis oponentes e, no final, deve poder contar com um acordo racional da comunidade de interpretação e em geral.

[...]

Pierce entende a verdade como aceitabilidade racional, isto, é, como resgate de uma pretensão de validade criticável sob as condições comunicacionais de um auditório de intérpretes alargado idealmente no espaço social e no tempo histórico.”¹⁶

Então, a busca pela verdade decorre de um processo de comunicação que visa, por meio do discurso, um consenso final. As objeções ao discurso de cada falante devem ser

¹⁵ REESE-SCHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*; tradução de Vilmar Schneider. 4. ed., Petrópolis: Vozes, 2012, p. 22.

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 212. v. I. p. 32-33.

contra-argumentadas pelo ouvinte que passa para a condição de falante com a apresentação da defesa de seu ponto de vista. Habermas, citando Pierce, o pai da pragmática americana, amplia o “auditório” e os participantes do discurso atual, distribuindo no tempo e no espaço a possibilidade de atualização da suposta verdade, ou seja, a verdade hoje, pode não ser a verdade do futuro.

“Qualquer um que se utilize de uma linguagem natural, a fim de entender-se com um destinatário sobre algo no mundo, vê-se forçado a adotar um enfoque performático e a aceitar determinados pressupostos. Entre outras coisas, ele tem que tomar como ponto de partida que os participantes perseguem sem reservas seus fins ilocucionários, ligam seu consenso ao reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade criticáveis, revelando a disposição de aceitar obrigatoriedades relevantes para as consequências da interação e que resultam de um consenso. E o que está embutido na base da validade da fala também se comunica às formas vida reproduzidas pela via do agir comunicativo.”¹⁷

A verdade pelo consenso não significa apenas o entendimento entre as partes de um discurso. Este diálogo já parte de certos pressupostos, como aceitar as consequências dessa interação e admitir que esse consenso poderá ser mudado com a continuidade do discurso em outros momentos e em outros tempos. O agir comunicativo se relaciona diretamente com a verdade consensual, pois não se trata de um procedimento, de um processo inacabado. Outro pressuposto importante a ser considerado é que existe certo grau mínimo de sinceridade na fala dos participantes do discurso. O falante precisa acreditar naquilo que está defendendo no curso da ação comunicativa. É a ética do discurso.

Compreensibilidade, verdade, justiça e veracidade são as quatro classes de pretensão de validade identificadas por Habermas que irão fundamentar a teoria consensual ou discursiva da verdade. Sendo que as pretensões de verdade e de justiça só podem ser alcançadas pela ação discursiva. É a argumentação livre de qualquer coerção e baseada somente no oferecimento das razões que Habermas chama de discurso.

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. I. p. 20.

2 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY

Alexy aplica a Teoria da Argumentação Jurídica para apresentar a sua proposta sobre a democracia. Desloca a legitimidade do direito da legalidade para a sua discussão em um espaço público.

Para se entender como Alexy enfrenta a questão da democracia é preciso, primeiro, entender a sua abordagem para o **conceito de direito**. Robert Alexy adota um conceito pós-positivista de Direito. Para Alexy a legitimidade do direito reside não mais na legalidade e sim na sua capacidade de submeter as decisões sobre os direitos fundamentais à análise de um espaço público que, também, deve se submeter as regras do discurso. Robert Alexy define direito como:

“O direito é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão à correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e os outros argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve-se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão de correção.”¹⁸

Nesse conceito de direito, Alexy apresenta o significado tripartido de forma relacionada aos argumentos que reforçam o nexos conceitual entre moral e direito: argumento da correção; argumento da injustiça e argumento dos princípios.

Para explicar o **argumento da correção** Alexy considera ou “classifica” as sociedades com três ordenamentos ou momentos sociais extremos, em que a violência é permitida e o povo é explorado. Um com uma ordem absurda, outro com uma ordem depredatória e outro com uma ordem de dominação. A ordem absurda ocorre com a dominação da maioria por uma minoria armada, em que a maioria se submete em razão do medo. Quando esse grupo minoritário de bandidos se organiza e impede a violência em certos casos muda-se para a ordem depredatória. Porém, quando os atos de depredação ou violência só são permitidos para cumprir um objetivo maior, como o desenvolvimento do povo, esta ordem passa a ser a ordem de dominação. Este último é um sistema jurídico, em que existe

¹⁸ ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*; Organização Ernesto Garzón Valdés... [et al].; tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. 1. ed. 2 tir., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 151.

uma pretensão de correção, ou seja, existem limitações para o exercício da dominação. Concluindo, todo sistema para ser um ordenamento jurídico deve possuir uma pretensão de correção.

“A pretensão de correção deve ser possível de ser constatada nas normas e nas decisões judiciais por qualquer membro do ordenamento jurídico, sob pena de serem consideradas ilegítimas. [...]. Cada membro pode averiguar a legitimidade da norma (aspecto de criação do direito – atividade do legislador), ou da decisão judicial (aspecto da aplicação do direito – atividade do juiz ou tribunal)”¹⁹.

O procedimento da pretensão da correção é extremamente democrático, pois possibilita o exercício da argumentação, baseado na capacidade comunicacional do participante. E, assim, todos os membros do ordenamento jurídico se submetem às normas e às decisões judiciais por entenderem legítimas com a pretensão de correção existente.

Alexy parte da fórmula de Radbruch para explicar o **argumento da injustiça**:

“O conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser resolvido da seguinte maneira: o direito positivo, assegurado por seu estatuto e por seu poder, tem prioridade mesmo quando, do ponto de vista do conteúdo, for injusto e não atender a uma finalidade, a não ser que a contradição entre a lei positiva e a justiça atinja um grau tão insustentável que a lei, como ‘direito incorreto’, deva ceder lugar a justiça.”²⁰

Pelo princípio da injustiça, nas normas abstratas até pode-se admitir certo grau de injustiça, desde que não seja extrema. Caso a norma ultrapasse um limite tolerável de injustiça deve ser retirada do ordenamento jurídico. Caso muitas normas se tornem excessivamente injustas, o sistema jurídico não mais poderá se manter. Estará falido, especialmente se se tratar de normas fundamentais.

Para Alexy todo sistema jurídico possui os casos difíceis, não previstos nas normas. Esses casos são resolvidos pela adoção dos princípios, que devem ser ponderados na aplicação do caso concreto. O **argumento dos princípios** divide-se em três teses: tese da

¹⁹ GEREMBERG, Alice Leal Wolf. O procedimento discursivo-argumentativo no interior do espaço público: aproximações do modelo alexiano à democracia deliberativa habermasiana. In: MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy (org.). *Perspectivas atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 65.

²⁰ Apud ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*; Organização Ernesto Garzón Valdés... [et al]; tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. 1. ed. 2 tir., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 151

incorporação, em que se afirma que todo ordenamento possui princípios, tese da moral, em que alguns princípios terão cunho moral e tese da correção, que é a aplicação do argumento da correção no argumento dos princípios, ou seja, uma necessária relação entre direito e moral, a moral correta.

“Entende-se por moral correta aquela que obedece a um procedimento discursivo universal baseado na fundamentação e que irá aferir o maior grau possível de racionalidade à razão prática (razão referida às ciências humanas e sociais). Este procedimento Alexy desenvolveu e nomeou ‘**código da razão prática**’²¹. (grifo nosso)

Quando houver um aparente conflito entre duas normas, ou melhor, dois princípios a serem aplicados no caso concreto, o juiz deverá se valer da ponderação de valores e aplicar aquele que moralmente é o mais adequado para a solução do caso difícil (*hard case*).

Integram um ordenamento jurídico completo as normas, os princípios e os procedimentos. Para Alexy, as normas e os princípios são elementos passivos, necessitando para sua efetivação de um elemento ativo, referindo este aos procedimentos.

Enfim, para apresentar o conceito de direito, Alexy defende a tese da vinculação entre o direito e a moral. Conforme conclui Geremberg:

“Em suma: o conceito de direito em Alexy defende a tese da vinculação, a partir da qual há uma relação necessária entre o direito e a moral, relação esta fundamentada em três argumentos - da correção, da injustiça e dos princípios -, os quais em última análise trazem para o interior do universo jurídico valores morais e deslocam a legitimidade do direito da legalidade formal para a observância de um procedimento discursivo. Este deslocamento confere um maior grau democrático ao sistema.”²²

Com isso, Alexy dá ao procedimento discursivo, em uma democracia, maior importância em relação a própria legalidade. Na democracia o processo do discurso é mais importante do que o direito, somente, positivado.

²¹ GEREMBERG, Alice Leal Wolf. O procedimento discursivo-argumentativo no interior do espaço público: aproximações do modelo alexiano à democracia deliberativa habermasiana. In: MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy (org.). *Perspectivas atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 67.

²² GEREMBERG, Alice Leal Wolf. O procedimento discursivo-argumentativo no interior do espaço público: aproximações do modelo alexiano à democracia deliberativa habermasiana. In: MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy (org.). *Perspectivas atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 68.

2.1 O Procedimento Discursivo-Argumentativo

A pretensão de correção, segundo Alexy, é atendida pela via procedimental discursiva. Geremberg afirma que a argumentação é uma espécie de discurso, que ultrapassa o campo do direito e abarca na órbita das ciências sociais. Porém as regras do discurso são condição para uma argumentação legítima. Dessa forma, seguindo o modelo de Alexy, uma argumentação jurídica consistirá em uma ação comunicacional voltada ao entendimento.

Geremberg apresenta o “código da razão prática” de Alexy “... em duas classes de regras e formas: - regras relacionadas imediatamente à estrutura dos argumentos; e - regras relacionadas ao procedimento discursivo²³.”

As regras relacionadas imediatamente à estrutura dos argumentos possuem natureza monológica e se referem às questões de clareza, não contradição, univocidade conceitual e sinceridade. Enquanto as, relacionadas ao procedimento discursivo, possuem natureza dialógica, são as regras específicas do discurso.

São regras relacionadas ao procedimento discursivo: quem pode falar pode participar do discurso; a liberdade de discussão; e nenhum orador pode ser impedido de exercer as regras anteriores mediante qualquer coerção ao discurso. Regras denominadas, por Alexy, de regras da razão, que juntas com as regras fundamentais constituem as bases do “discurso prático racional geral”.

“Essas regras garantem o direito a cada ser humano a participar do discurso e de inserir qualquer argumento. Constituem a base normativa da teoria discursiva, pois introduzem as ideias de liberdade e igualdade nos argumentos.”²⁴

Para a completa democracia, o ideal seria que cada ser humano pudesse exercer o seu direito a se manifestar, no entanto nem todos possuem a capacidade plena para participar do discurso, pois caso a pessoa não tenha o conhecimento ou as condições mínimas para o

²³ GEREMBERG, Alice Leal Wolf. O procedimento discursivo-argumentativo no interior do espaço público: aproximações do modelo alexiano à democracia deliberativa habermasiana. In: MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy (org.). *Perspectivas atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 69.

²⁴ GEREMBERG, Alice Leal Wolf. O procedimento discursivo-argumentativo no interior do espaço público: aproximações do modelo alexiano à democracia deliberativa habermasiana. In: MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy (org.). *Perspectivas atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 70.

discurso não poderá exercer o seu direito a liberdade com igualdade. Isto é, já entrará no discurso fadado ao fracasso.

A argumentação jurídica é um claro exemplo de discurso prático racional geral, em que se observa as suas regras e formas.

A argumentação jurídica é entendida como uma espécie do “discurso prático racional geral” e, como tal, deve observar as suas regras e formas. Em certo sentido, a argumentação jurídica é o discurso prático empregado nas situações em que se exige a segurança jurídica, quando se terá que optar por uma das teses possíveis sobre um mesmo assunto. Seu papel resta claro: fornecer a justificação adequada para a escolha feita. Ou seja, cabe a argumentação jurídica apresentar os porquês e organizar logicamente a opção por uma determinada norma, ou decisão judicial; no caso de estar se falando da órbita do Poder Legislativo, ou do Poder Judiciário respectivamente.

Pela argumentação jurídica pode-se observar a aplicação prática das regras do “discurso prático racional geral”. Quando diante do caso analisado, caso concreto de análise, seja da norma ou caso prático, se apresentam mais de uma opção de interpretação, “vencerá” aquele que apresentar os melhores e mais lógicos argumentos.

São traços marcantes da argumentação jurídica, o revestimento de uma forma lógica, a prevalência conferida à lei, à dogmática e aos precedentes e à saturação dos argumentos.

A argumentação jurídica possui três traços marcantes: o primeiro deles se refere tanto à justificação interna, quanto à justificação externa e consiste na preocupação em revestir os argumentos jurídicos de uma forma lógica. Este interesse é explicado porque a proposta de Alexy é a de apresentar um discurso jurídico cujos argumentos possuam um caráter racional. Ao transcrevê-los na linguagem lógica, o que implicitamente quer afirmar é que os argumentos jurídicos possuem um condão de racionalidade, tanto que podem ser transcritos na forma lógica. O segundo ponto nevrálgico do discurso jurídico é a prevalência conferida à lei, à dogmática e aos precedentes, o aspecto institucional aqui se torna latente. A regra é: toda vez que a justificativa puder passar pela interpretação da lei utilizada, pela adoção de um enunciado dogmático, ou, ainda, pela menção a um precedente, tais argumentações serão preferíveis às outras. Finalmente, a terceira característica é a regra de saturação. Uma vez escolhidos os argumentos de justificação externa, estes deverão ser exauridos, de sorte a reforçarem ao máximo o peso do argumento utilizado²⁵.

²⁵ GEREMBERG, Alice Leal Wolf. O procedimento discursivo-argumentativo no interior do espaço público: aproximações do modelo alexiano à democracia deliberativa habermasiana. In: MAIA, Antonio Cavalcanti;

Então, se percebe no conceito de direito alexiano a razoabilidade para a legitimidade do direito e a construção e garantia de uma democracia.

2.2 A Reconciliação dos Direitos Fundamentais com a Democracia

Alexy analisa a relação das normas fundamentais com a democracia. Considerada os princípios com uma extrema importância para o direito, especialmente para solução dos casos difíceis. Além disso, para Alexy, em uma nação democrática os direitos fundamentais devem possuir uma importância constitucional. Isso seria a base para o desenvolvimento de uma sociedade democrática, pois as normas fundamentais garantem um mínimo para o ser humano de qualidade e dignidade.

Os direitos do homem têm natureza universal, moral, fundamental e abstrata.

“Os direitos do homem têm uma natureza universal (são direitos de todos os seres humanos, enquanto indivíduos), moral (sua validade pressupõe não sua positividade, mas a existência de um valor moral que consiste na justificação de sua fundamentação racional perante cada indivíduo), fundamental (seus conteúdos consistem em um núcleo essencial que conferem a estes direitos um patamar constitucional, prioritários sobre todo o ordenamento jurídico, uma vez que a sua lesão atinge um cerne básico de liberdades e direitos do indivíduo) e abstrata (a limitação de satisfação de um direito fundamental só acontece no caso concreto através do exame da ponderação).”²⁶

Não é concebível uma democracia sem que os direitos fundamentais do homem estejam positivados na lei fundamental de um país. Pois são eles que garantem um mínimo de condições para que as pessoas exerçam o seu direito político de cidadão.

Alexy defende que, em certo grau, os direitos fundamentais possuem alguma contradição à existência da democracia.

MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy (org.). *Perspectivas atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 71.

²⁶ GEREMBERG, Alice Leal Wolf. O procedimento discursivo-argumentativo no interior do espaço público: aproximações do modelo alexiano à democracia deliberativa habermasiana. In: MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy (org.). *Perspectivas atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 72.

“[...] Há uma verdadeira luta pela correta interpretação dos direitos fundamentais. [...] Os direitos fundamentais são assim dotados de um **duplo aspecto** no que tange à sua relação com a democracia. Gozam de um lado democrático, pois **“asseguram a existência de pessoas”** através dos **direitos de liberdade e igualdade** e de condições funcionais para o processo democrático através dos direitos e liberdades políticas. Possuem, porém uma outra faceta ademocrática **quando, [...], o tribunal constitucional apresentar uma solução que contrarie o Poder Legislativo**, ou seja, que subtraia o **poder decisório da maioria parlamentar legitimada**.

A reconciliação entre os direitos fundamentais e a democracia é possível a partir da compreensão do tribunal constitucional como uma instância reflexiva-argumentativa, espelho de uma arena pública politizada, fiscalizadora da decisão do tribunal.”²⁷(**grifo nosso**).

2.3 Teoria do Discurso Prático Racional Geral

A teoria do discurso prático racional geral em Alexy, da mesma forma a teoria do consenso da verdade de Habermas parte de determinados pressupostos na discussão diante da situação ideal da fala, como a generalização em que todos devem estar de acordo com ela.

“1. Assim, mostrou-se a existência de um estrito parentesco entre o conceito habermasiano de situação ideal de fala e o perelmaniano de auditório universal. Segundo ambas as concepções, uma norma (regra etc.) é suscetível de generalização se todos podem estar de acordo com ela.

2. De grande interesse é, ademais, que Perelman, por um lado, oriente a argumentação racional de acordo com a ideia de universalidade, mas a vincule, por outro lado, ao estado social e historicamente dado das concepções e atitudes. A argumentação não pode partir do nada nem começar em qualquer ponto. Busca chegar, a partir do faticamente dado como concepções e atitudes, mediante um processo de elaboração racional, a resultados aceitáveis de maneira geral.

3. Por isso, frequentemente não se pode indicar um resultado como único e correto de maneira definitiva. Isso obriga a uma abertura à crítica e à tolerância.”²⁸

Para Perelman o discurso não parte do nada, todos os falantes participam da fala com uma carga de informações e experiências que irão interferir e afetar o discurso. Além do mais existem as questões fáticas e as questões já discutidas até aquele momento que, também, devem ser consideradas. Outro ponto é que para muitos casos não existe apenas um resultado

²⁷ GEREMBERG, Alice Leal Wolf. O procedimento discursivo-argumentativo no interior do espaço público: aproximações do modelo alexiano à democracia deliberativa habermasiana. In: MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy (org.). *Perspectivas atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 73.

²⁸ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*; tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 173

ideal, o discurso racional pode levar a diferentes resultados corretos. Justamente por isso, existe uma necessidade de algo para que este “problema” de vários resultados possíveis seja resolvido. Algo que será, supostamente, resolvido posteriormente com o uso do discurso jurídico para solução de questões especiais não solvíveis por meio do discurso prático racional geral.

2.3.1 *Teorias dos discursos possíveis*

Segundo Alexy, quando uma teoria do discurso apenas descreve e explica a correlação de determinados grupos de falantes, o emprego e os efeitos de determinados argumentos, ou as concepções predominantes de determinados grupos sobre a validade dos argumentos esta teoria é *empírica*. Quando trata da estrutura lógica dos argumentos utilizados e dos argumentos possíveis a teoria é *analítica*. E quando se estabelecem e se fundamentam os critérios para a racionalidade do discurso a teoria do discurso é *normativa*. No entanto, tanto uma teoria empírica quanto analítica pressupõe uma análise da estrutura lógica dos argumentos. Numa teoria caracterizada somente como empírica, que apenas descreveria as regras, estas não ficariam fundamentadas, como numa teoria normativa, em que, por exemplo, aceitando-se as premissas de que são racionais aquelas que são seguidas em determinado momento por determinados cientistas.²⁹

2.3.2 *A fundamentação das regras do discurso*

As regras do discurso racional podem ser consideradas como normas para fundamentação de normas. Porém essas normas também teriam outras normas para sua fundamentação. Com isso, se configuraria um regresso ao infinito. Alexy apresenta quatro vias para solver a questão: a fundamentação técnica; a fundamentação empírica; a fundamentação definitória e a fundamentação pragmático-transcendental ou pragmático-universal.³⁰

A fundamentação técnica considera as regras do discurso como regras técnicas que prescrevem os meios para determinados fins. Caso, por exemplo, da eliminação não

²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*; tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 179

³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*; tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 180

violenta de um conflito como finalidade. A fundamentação empírica consiste em demonstrar que determinadas regras, seguidas realmente em medida suficiente, correspondem às convicções normativas realmente existentes. Quando a apresentação de um sistema de regras é vista como a fundamentação ou motivo para sua aceitação, como, por exemplo, a indicação de que as regras já são seguidas de fato, temos a fundamentação definitória. Na fundamentação dita como pragmático-universal a validade de determinadas regras é condição de possibilidade de comunicação linguística. Esta última fundamentação somente será possível para poucas regras fundamentais, pois é necessário demonstrar que determinadas regras estão pressupostas de maneira geral e necessária na comunicação linguística.

2.3.3 *As regras e formas do discurso prático geral*

As regras e formas do discurso prático geral são as regras fundamentais, as regras da razão, as regras sobre a carga da argumentação, as formas de argumento, as regras de fundamentação e as regras de transição.

“As regras que definem o discurso prático racional são distintas. Há regras que só regem no discurso prático e regras que regem também outros jogos de linguagem. Há obrigações, proibições e permissões. Algumas regras que só se podem cumprir de forma aproximada. Além disso, há também regras que regulam o comportamento no âmbito do discurso prático e regras que determinam a transição para outras formas de discurso. Finalmente, as formas de argumento devem distinguir-se das regras do discurso.”³¹

As regras fundamentais são condições mínimas a serem observadas para que ocorra de maneira ideal o processo de comunicação para a busca da verdade ou da correção. Sem as regras da razão, também, não seria possível um discurso prático, pois tratam da justificação da asserção de enunciados normativos, servem para contestar algo e formular respostas. Para problematizar qualquer afirmação se utilizam as regras sobre a carga da argumentação, seria o questionamento sem ter que explicar o porquê do questionamento. As formas de argumento são características do discurso prático, que tomam como referência uma regra pressuposta como válida ou marcam as consequências para fundamentar as proposições normativas.

Acima são mencionadas as formas de argumentos para aumento da racionalidade do discurso prático. No entanto, é necessária a busca contínua de regras de fundamentação, como os

³¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*; tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 186

princípios de generalizabilidade de Habermas ou princípio de universalidade de Hare; o argumento genético, em que os participantes do discurso reconstróem os sistemas de regras morais; e a necessidade de realizabilidade, pois o discurso prático pode levar a resultados práticos.

As regras de transição referem-se a possibilidade de, a qualquer momento e por qualquer falante, ser possível a troca para outra forma de discurso, se necessário para resolver problemas que não serão solucionados pela argumentação prática.

2.3.4 *Os limites do discurso prático geral*

Nem sempre é possível o cumprimento das regras do discurso prático geral. Como exemplo, podemos citar as situações em que certas pessoas são excluídas do discurso pela sua falta de conhecimento e especialização em determinada área ou assunto. Os procedimentos de um processo legislativo podem seguir as regras do discurso prático geral, com base no princípio da representação e no princípio da maioria. No entanto, nos casos concretos de aplicação da lei já não seria possível encontrar soluções baseadas apenas nessas regras. Por isso, neste momento, com essas limitações, se verifica a necessidade das regras jurídicas, necessidade de um discurso jurídico.

2.4 O Discurso Jurídico como Caso Especial do Discurso Prático Geral

Robert Alexy apresenta o discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral. Para Alexy, o discurso jurídico está inserido no discurso prático geral, pois os processos judiciais tratam de questões práticas do cotidiano da sociedade, a intenção das partes no processo é o esclarecimento da suposta verdade e os procedimentos judiciais seguem regras delimitadas e predeterminadas. No entanto, Alexy sofre inúmeras críticas, como a de que a discussão jurídica não poderia ser chamada de discurso. Tais objeções serão tratadas no terceiro capítulo da presente monografia, especialmente àquelas provenientes de Jürgen Habermas.

“Anteriormente se estabeleceu a tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Isto se fundamentava: (1) na referência das discussões jurídicas a questões práticas, isto é, a questões sobre o que pode ser feito ou omitido, e (2) na discussão dessas questões sob o prisma da pretensão de correção. Trata-se de um caso especial, porque a discussão jurídica (3) se faz sob condições de limitações do tipo mencionado. A tese do caso especial pode por isso ser atacada de três maneiras: (1) não se trata de questões prática, (2) não se suscita nenhuma pretensão de correção

ou (3) suscita-se certamente a pretensão de correção, mas as linguagens vigentes na discussão jurídica não podem ser chamadas de ‘discurso’³²

Alexy ressalta que existem vários tipos de discussão jurídica. Algumas ocorrem de maneira mais informal, como as discussões doutrinárias, outras acontecem em um âmbito mais formal, como as decisões judiciais no bojo de um processo.

“Há tipos totalmente diferentes de discussão jurídica. Podem se distinguir assim as discussões da Ciência do Direito (da dogmática), as deliberações dos juízes, os debates nos tribunais, o tratamento de questões jurídicas nos órgãos legislativos, em comissões e em comitês, a discussão de questões jurídicas (por exemplo, entre estudantes), bem como as discussões sobre problemas jurídicos nos meios de comunicação em que surjam argumentos jurídicos.

As diferenças entre as formas de discussão, que podem por sua vez se dividirem em muitas subcategorias, são de muitos tipos. Algumas, como os debates diante dos tribunais e as deliberações judiciais estão institucionalizadas. [...]. Algumas têm como consequência decisões vinculantes, enquanto outras tão somente propõem, preparam ou criticam decisões. Em algumas formas, como na discussão pública de decisões judiciais, é permitido passar em qualquer momento da argumentação jurídica a argumentação prática geral; em outras, como nas discussões da Ciência do Direito (da dogmática), isso não é possível, ao menos sem limitações. [...]

A questão de como se distingue a argumentação jurídica da argumentação prática geral é uma das questões centrais da teoria do discurso jurídico. Aqui se pode estabelecer um ponto: a argumentação jurídica se caracteriza pela vinculação ao direito vigente.”³³

A argumentação jurídica se caracteriza pela formalidade e por regras procedimentais definidas que reforçam a ideia de que o discurso jurídico é um caso especial da discussão geral. O discurso jurídico acontece no âmbito de determinadas regras e formas que permitem minimizar a questão da falta de sinceridade que pode resultar da discussão judicial. O resultado da discussão, no âmbito das disputas judiciais, é acatado e aceito por todos pelo fato de que todos os que participam do processo de discussão têm ciência prévia de que a decisão tem legitimidade, independente da opção escolhida, desde que devidamente justificada.

³² ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*; tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 210.

³³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*; tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 209-210.

2.5 Traços Fundamentais da Argumentação Jurídica

Nos discursos jurídicos, especialmente nas decisões jurídicas, podem-se distinguir dois aspectos da justificação. A justificação interna e a justificação externa. A primeira ocorre no âmbito da construção interna da fundamentação de uma decisão judicial, decorre de suas premissas. Enquanto a o objeto da justificação externa é a correção das premissas mencionadas.

Na obra *Teoria da Argumentação Jurídica*, Alexy apresenta as regras para a justificação interna com a aplicação da lógica moderna. A primeira é a de que para a fundamentação de uma decisão judicial, deve existir pelo menos uma norma universal. Quando ainda não existe no arcabouço jurídico, a norma deve ser construída. As regras e formas da justificação interna dizem respeito à estrutura formal da fundamentação jurídica. Por isso podem ser designadas como regras e formas da justiça formal.

“[...] Para fundamentar as regras necessárias para cada nível particular de desenvolvimento, é preciso entrar com profundidade tanto nas especificidades dos fatos como nas particularidades da norma. Isso ocorre na justificação externa, na qual são possíveis todos os argumentos admissíveis no discurso jurídico. As regras expostas na fundamentação interna, que fazem uma ponte sobre o abismo existente entre a norma e a descrição do fato, podem, se assim se deseja, ser vistas precisamente como resultado do processo caracterizado com a metáfora do ir e voltar do equilíbrio.”³⁴

No momento da justificação interna, quando as decisões judiciais são fundamentadas ocorre o fenômeno da subsunção, ou seja, é a tentativa e o efetivo encaixe do fato concreto em análise com o normativo elaborado de forma abstrata.

“O objeto da justificação externa é a fundamentação das premissas usadas na justificação interna. Ditas premissas podem ser de tipos bastante diferentes. Pode-se distinguir: (1) regras de direito positivo, (2) enunciados empíricos e (3) premissas que não são enunciados empíricos nem regras de direito positivo.

A estes diferentes tipos de premissas correspondem distintos métodos de fundamentação. A fundamentação de uma regra de direito positivo consiste em mostrar sua conformidade com os critérios de validade do ordenamento jurídico. Na fundamentação de premissas empíricas pode recorrer-se a uma escala completa de forma de proceder que vão desde os métodos das ciências

³⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*; tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 227

empíricas, passando pelas máximas da presunção racional, até as regras do ônus da prova no processo. Finalmente, para a fundamentação das premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras do direito positivo aplica-se o que se pode designar de ‘argumentação jurídica’.”³⁵

Robert Alexy classifica as regras e formas da justificação externa em seis grupos: regras e formas de interpretação, da argumentação da Ciência do Direito, isto é, da dogmática, do uso dos precedentes, da argumentação prática geral, da argumentação empírica e das formas especiais de argumentos jurídicos.

Então, os traços fundamentais da argumentação jurídica, internos e externos, estão relacionados à justificação das decisões judiciais, o que, em países de cunho democrático, é premissa obrigatória na tarefa do poder judiciário constituído. São considerados todos os elementos possíveis para a completa argumentação e defesa da decisão escolhida pelo magistrado, supondo a decisão pela escolha correta ou a mais correta para o caso específico analisado. Portanto, a decisão restará em conformidade com os critérios de validade do ordenamento jurídico, tanto nas peculiaridades do fato concreto quanto nas particularidades da norma.

2.6 A Teoria da Argumentação Jurídica

Conforme declara Manuel Atienza em sua obra *As Razões do Direito – Teoria da Argumentação Jurídica*³⁶, a prática do Direito consiste fundamentalmente em argumentar, um bom jurista se destaca pela sua habilidade em construir argumentos e saber manejá-los. Vários estudiosos da Filosofia do Direito têm se dedicado à Teoria da Argumentação Jurídica. Atienza, após apresentar as diversas teorias já existentes, cria a sua própria, temos a teoria da argumentação de Toulmin, a teoria integradora da argumentação jurídica de Neil MacCormick e também a argumentação jurídica como discurso racional do Robert Alexy, objeto do presente estudo.

Robert Alexy, quando elabora a sua Teoria da Argumentação Jurídica, pretende responder a pergunta “Mas o que é uma fundamentação racional no ordenamento jurídico

³⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*; tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 228

³⁶ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*; tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 1

vigente?”.³⁷ Para Alexy a pretensão de correção também se formula no discurso jurídico. É pela justificação interna e externa das proposições jurídicas que ela se realiza.

“O valor das regras e formas do discurso jurídico não se limita a explicação do conceito de argumentação jurídica racional (e, com isso, de pretensão de correção) e à sua função como critério de correção hipotética. Contém simultaneamente exigências sobre as argumentações que ocorrem de fato. Nesse sentido, constitui um critério para análise das limitações necessárias para a busca da decisão jurídica, por exemplo, no processo. Por isso, deve-se partir das fórmulas expostas, isto é, de que em uma determinada situação estão justificadas aquelas limitações que, em comparação com outras ou por si mesmas oferecem uma maior oportunidade para alcançar um resultado que também teria sido alcançado sob condições ideais. Com isso, a teoria do discurso oferece um critério, em situações específicas, para a racionalidade de processos, de decisões e para a racionalidade das decisões produzidas neles.”³⁸

No discurso jurídico a argumentação não está limitada a pretensão de correção, mas também naquilo que de fato ocorreu. No entanto, apesar de uma decisão judicial estar adstrita ao conteúdo dos autos, esta decisão levará em consideração, mesmo que de forma involuntária, o contexto social e será influenciada por questões culturais daquele determinado momento histórico e determinado espaço.

Como se observa no decorrer do segundo capítulo, a Teoria da Argumentação Jurídica obedece a uma série de regras e normas para que ocorra uma fundamentação ou justificativa aceitável pela sociedade e, de forma direta, pelas partes em determinado processo, no caso de uma discussão submetida ao Poder Judiciário.

³⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*; tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 217.

³⁸ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*; tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 286.

3 DIÁLOGO ENTRE A TEORIA DO CONSENSO DE HABERMAS E A TEORIA DA INTERPRETAÇÃO DE ALEXY

Jürgen Habermas, na sua teoria do consenso, apresenta a tese de que a busca pelo entendimento começa pela comunicação entre os participantes de um discurso. A investigação daquilo que verdade ou não tem como base principal o diálogo entre os participantes. Robert Alexy, com base na teoria do consenso de Habermas, cria a sua teoria da interpretação. Define regras e apresenta uma teoria procedimental, inicialmente proposta por Habermas, em que determinadas regras e normas devem ser observadas para que proposições sejam aceitas como corretas. Ambos classificam as normas em regras e em princípios, considerados as primeiras como normas que são ou não aplicadas e os princípios como normas passíveis de certo grau de aplicação de acordo com o caso concreto.

“Jürgen Habermas tem dito que a sua discussão com Robert Alexy é uma “disputa em família”, uma tentativa de colocar ordem na própria casa (*to clean up our own house*). O que não deixa de ser verdadeiro, na medida em que ambos compartilham da mesma matriz filosófica, qual seja, a teoria do discurso, e também podem ser considerados como partidários da teoria dos princípios na sua versão forte, que, como veremos, advoga a possibilidade da configuração das normas como princípios ou regras, ou seja, que existem características estruturais ou morfológicas que diferenciam umas espécies de outras: há, em síntese uma distinção qualitativa ou lógica entre elas.”³⁹

Nos próximos itens serão apresentadas, além da democracia deliberativa, as críticas de Habermas à teoria de Alexy e às considerações de Alexy em relação às críticas sofridas. Serão abordadas as críticas de Habermas à tese do caso especial, formulada por Alexy, e os riscos para a democracia quando adotada a proposta de Alexy referente à tese dos princípios como mandados de otimização. Por fim, será abordado, de maneira específica o diálogo entre a teoria do consenso e a teoria da interpretação.

3.1 Democracia Deliberativa de Habermas

Jürgen Habermas propõe um novo modelo de democracia. Para ele, da democracia liberal e da democracia republicana pode-se extrair um terceiro modelo de democracia, que seria a chamada democracia deliberativa. Pois, a democracia liberal tem por finalidade,

³⁹ SANTOS, Fernando dos. *Direitos fundamentais e democracia: o debate Habermas – Alexy*. Curitiba: Juruá Editora, 2010. p. 15.

principalmente, o direito dos indivíduos, os direitos fundamentais e exige do Estado uma atuação negativa, ou seja, de não interferir nas relações privadas. Enquanto que a democracia republicana visa o bem-estar de um grupo, de uma sociedade organizada ou comunidade, neste caso, o Estado deve atuar de forma positiva, a fim de proteger os direitos de sociais de toda a comunidade.

“Em uma concepção liberal o papel do processo democrático consiste na programação do Estado no interesse da sociedade. A política irá, tão somente, garantir os interesses privados perante a ordem estatal. O *status* de cidadão é definido a partir dos direitos subjetivos, entendidos como liberdades negativas que os cidadãos possuem e podem opor tanto a outros cidadãos como ao Estado.

[...]

Na concepção republicana, a política possui um enfoque diferente no processo democrático. É entendida como uma forma de reflexão dos aspectos éticos que ligam uma mesma comunidade. Distante de ser um instrumento mediador entre o particular e o Estado, é parte constitutiva do processo de formação da sociedade. O cidadão republicano é definido, por conseguinte, a partir dos direitos de cidadania, de participação política, que são liberdades positivas.”⁴⁰

Na democracia deliberativa o enfoque deve ser dado, ao mesmo tempo, ao cidadão, defendendo seus direitos fundamentais e à comunidade, nos direitos coletivos. A base para essa nova concepção de Habermas está na adoção da teoria do discurso, também adotada por Robert Alexy. Enfim, acontece a junção das democracias liberal e republicana.

“O conceito de democracia deliberativa procura realizar uma articulação entre ambos os modelos liberal e republicano. Coloca em igual hierarquia os direitos e liberdades do indivíduo e os direitos de participação política, equilibrando-os através da primazia que em ambos exerce a teoria do discurso.”⁴¹

“A teoria do discurso toma elementos de ambas as partes e os integra em um conceito ideal de deliberação e tomada de decisões. [...] Conforme essa concepção, a razão prática se afasta dos direitos universais do homem ou da eticidade concreta de uma determinada comunidade de, para se situar naquelas normas de discurso e de formas de argumentação que retiram o seu conteúdo normativo do fundamento de validade da ação orientada para o

⁴⁰ GEREMBERG, Alice Leal Wolf. O procedimento discursivo-argumentativo no interior do espaço público: aproximações do modelo alexiano à democracia deliberativa habermasiana. In: MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy (org.). *Perspectivas atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 74 e 75.

⁴¹ GEREMBERG, Alice Leal Wolf. O procedimento discursivo-argumentativo no interior do espaço público: aproximações do modelo alexiano à democracia deliberativa habermasiana. In: MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy (org.). *Perspectivas atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 75.

entendimento, e em última instância, portanto, da própria estrutura da comunicação linguística.”⁴²

Para Habermas, a legitimidade do direito deve estar apoiada na moral, que é universal, e não apenas na ética e não deve estar vinculada a uma comunidade jurídica concreta. Deve estar apoiada na ação comunicativa, pois cada nação democrática deve permitir aos seus cidadãos a participação comunicativa por meio de procedimentos em que cada um pode agir com liberdade e igualdade de condições em relação aos demais, no âmbito do processo discursivo.

Alexy não trabalhou com uma teoria da democracia de forma específica, como fez com outros temas, mas mesmo assim, de forma esparsa e ampla, segue a linha de Habermas na defesa de uma democracia deliberativa baseada na ação comunicativa e na teoria discursiva. Geremberg, assim, esclarece sobre a contribuição de Alexy:

“Sua opção pela democracia deliberativa, nos moldes habermasianos, é notória, pois igualmente sustenta que a legitimidade do direito repousa em práticas discursivas públicas sociais inclusivas. [...] Sem sombra de dúvidas, Habermas é mais pretensioso e possui uma teoria extremamente complexa e ampla, visando vigorar o potencial de uma racionalidade moderna desencantada através do paradigma comunicacional.”⁴³

Alexy segue o pressuposto teórico comunicacional de Habermas para construir o seu conceito de razão prática e, também, quando exige o requisito da universalidade na norma moral demonstra que aderiu à teoria do discurso de Habermas.

Seguindo a teoria do discurso existe uma reconciliação perfeita entre direitos fundamentais e democracia na visão de Habermas, o que não é compartilhado por Alexy. Este defende que apenas em um plano ideal esta reconciliação perfeita seria possível e não no plano fático dos acontecimentos. Pois, em alguns casos, uma Corte Suprema pode decidir de forma favorável em um caso individual para priorizar um direito humano em detrimento de outras normas que possuem a legitimidade do parlamento. Isso, em um primeiro momento,

⁴² HABERMAS, Jürgen. Três Modelos Normativos de Democracia. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Lua Nova. São Paulo: CEDEC, v. 36, 1995, p.43.

⁴³ GEREMBERG, Alice Leal Wolf. O procedimento discursivo-argumentativo no interior do espaço público: aproximações do modelo alexiano à democracia deliberativa habermasiana. In: MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy (org.). *Perspectivas atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 77.

poderia soar como ademocrático, mas pode ser corrigido com a submissão desta decisão a um fórum público e com a sua própria publicidade.

Porém, ambos concordam que a democracia ou a própria Lei Fundamental possuem um caráter de permanente atualização, uma forma inacabada, que, no decorrer do tempo e da dinâmica da sociedade, deve ser submetida aos procedimentos de discussão afim de se reconciliar com o seu sentido democrático original. Enfim, é no modelo da democracia deliberativa que ambos os autores alemães apresentam a solução para o aparente conflito entre os direitos humanos e a democracia, conforme concluiu Geremberg:

“Salvo a distinção de que em Alexy há a necessidade de um controle discursivo a posteriori, quando tribunal constitucional decidir contramajoritariamente (ocasião em que se restabelece a tensão entre direitos fundamentais e democracia); em ambos os autores alemães, é na democracia deliberativa procedimental discursiva que encontramos um modelo mais adequado às sociedades pós-convencionais contemporâneas.”⁴⁴

Tanto Habermas quando Alexy defendem a democracia deliberativa procedimental discursiva como o melhor modelo para as sociedades democráticas. A democracia deliberativa não se trata de estrutura organizacional do Estado, mas da forma de relação intersubjetiva das pessoas que fazem parte de determinado grupo. É por meio de procedimentos discursivos e dos espaços apropriados que se realiza a verdadeira democracia.

3.2 Críticas de Habermas à Tese do Caso Especial

Habermas apresenta quatro objeções à racionalidade da teoria de Alexy quando este afirma que a argumentação jurídica pode ser classificada como uma espécie da argumentação geral. A primeira objeção refere-se à irracionalidade de se considerar a manifestação das partes como racional, pois as partes em um processo judicial não estão interessadas na verdade, e sim na defesa de seus interesses pessoais. No entanto, o próprio Habermas acredita que as partes podem contribuir para subsidiar a tomada de decisão imparcial do juiz.

⁴⁴ GEREMBERG, Alice Leal Wolf. O procedimento discursivo-argumentativo no interior do espaço público: aproximações do modelo alexiano à democracia deliberativa habermasiana. In: MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy (org.). *Perspectivas atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 80.

“(a) Parece que as limitações específicas, que atingem o agir forense das partes ante o tribunal, não permitem que o evento do processo seja medido pelo discurso racional. As partes não estão obrigadas à busca cooperativa da verdade, uma vez que também podem perseguir seu interesse numa solução favorável do processo “introduzindo estrategicamente argumentos capazes de consenso”. Contra isso, é possível objetar, com grande plausibilidade, que todos os participantes do processo, por mais diferentes que sejam os motivos, fornecem contribuições para um discurso, que serve, *na perspectiva do juiz*, para a formação imparcial do juízo. Somente essa perspectiva é constitutiva para a fundamentação da decisão.”⁴⁵

Os interesses das partes poderiam atrapalhar o discurso realizado de maneira racional. Pois, elas não estão preocupadas com a verdade. No entanto, o próprio Habermas admite que as informações apresentadas pelas partes contribuem para o discurso na decisão do magistrado. Portanto, somente a perspectiva das partes em defender a sua verdade, deveria ser considerada na fundamentação da decisão.

“(b) Mais problemática é a indeterminação do processo do discurso; as condições procedimentais para argumentações em geral não são suficientemente seletivas para obter uma única decisão correta. Não levo em conta aqui essa objeção, na medida em que se refere à teoria do discurso em geral. Limito-me a uma crítica à indeterminação de discursos jurídicos. Alexy caracteriza-os como parte dos discursos práticos-morais ligados ao direito vigente. E, em conformidade com isso, ele complementa as regras gerais do discurso através de regras e argumentos especiais, que assumem os pontos essenciais do cânon da prática de interpretação jurídica exercitada. Para refutar a tese da indeterminação, Alexy teria que mostrar que esses princípios processuais e máximas de interpretação – extraídas da prática e sistematizadas na doutrina dos métodos – apenas especificam as condições gerais do processo de discursos prático-morais em relação à ligação com o direito vigente. Para satisfazer a essa exigência não basta fazer uma breve referência às semelhanças estruturais entre as regras e formas de argumentos aduzidos para os dois tipos de discurso.”⁴⁶

Nos processos judiciais mais de uma opção pode ser a correta. Para Habermas, o discurso jurídico seria indeterminado e não basta que Alexy apresente regras e instrumentos especiais na interpretação jurídica. Alexy deveria mostrar que os princípios processuais apenas apresentam as condições gerais do procedimento do discurso prático-moral em relação ao direito vigente. Para Habermas é insuficiente apenas demonstrar as semelhanças entre regras e formas para os dois tipos de discurso. O discurso jurídico deveria ser tratado como

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 288.

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 288.

discurso jurídico em si mesmo e não como parte do discurso prático geral ou subordinado a este.

“(c) Alexy sabe que decisões jurídicas fundamentadas pelo discurso não podem ser “corretas” no mesmo sentido que juízos morais validos. “A racionalidade da argumentação jurídica é sempre determinada através das leis, portanto relativa à racionalidade pressuporia a racionalidade da legislação”. E, enquanto esse pressuposto por Alexy, tem uma desagradável consequência: ela não somente relativiza a correção de uma decisão jurídica, mas a coloca em questão enquanto tal. Pretensões de validade são codificadas de modo binário, não permitindo um mais ou menos: “pois o que distingue uma argumentação racional de uma lei irracional não é um menos e sim algo qualitativamente diferente da racionalidade material de uma decisão encontrada seguindo as regras do discurso prático racional”. Para figurar a essa objeção, precisamos enfrentar, com Dworkin, a tarefa de uma reconstrução racional do direito vigente. Uma decisão jurídica de um caso particular só é correta, quando se encaixa num sistema jurídico coerente.”⁴⁷

As decisões judiciais estão sempre vinculadas a determinadas leis, o que poderia prejudicar a racionalidade da argumentação, pois deveria se partir do pressuposto de que as leis também são racionais ou foram produzidas em um procedimento racional. As pretensões de validade funcionam de modo binário, sim ou não, e não poderiam ser subjetivas, terem uma concepção de mais ou menos, como Alexy defende para o caso dos princípios como mandados de otimização. O discurso jurídico em uma decisão judicial deve estar respaldado no sistema jurídico vigente, somente assim o discurso poderia ser considerado como correto.

“(d) k. Günther assume esse conceito normativo de coerência. Como foi mostrado, ele considera, no discurso prático-moral, os aspectos da fundamentação e da aplicação para, a seguir, interpretar a argumentação jurídica como um caso especial do discurso de aplicação moral. Através disso, o discurso jurídico é aliviado do peso das questões de fundamentação. O “julgamento adequado” extrai sua correção da validade pressuposta das normas estabelecidas pelo legislador político. Todavia, os juízes não podem eximir-se de uma avaliação reconstrutiva das normas tidas com válidas, porque eles só podem solucionar colisões de normas se assumirem “que todas as normas válidas formam, em última instância, um sistema ideal e coerente, que permite apenas uma resposta correta para a situação de aplicação”. Essa concepção contrafactual mantém o seu valor heurístico enquanto puder encontrar no mundo do direito vigente um fragmento de razão que lhe venha ao encontro. Se a razão – que sob este pressuposto já teria que estar agindo fragmentariamente na legislação política de Estados democráticos de direito – fosse idênticas à razão kantiana, que legisla moralmente, nós não poderíamos confiar na possibilidade de reconstrução da

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 289.

ordem jurídica vigente, permeada de contingências. Porém a legislação política não se apoia somente, e nem em primeira linha, em argumentos morais, mas também em argumentos de outras proveniências.

Quando nos apoiamos numa teoria procedimental, a legitimidade de normas jurídicas mede-se pela racionalidade do processo democrático da legislação política. Como já foi mostrado, esse processo é mais complexo que o da argumentação moral, porque a legitimidade das leis não se mede apenas pela correção dos juízos morais, mas também pela disponibilidade, relevância e escolha de informações, pela fecundidade da elaboração das informações de problemas, pela racionalidade de decisões eleitorais, pela autenticidade de valorações fortes, principalmente pela equidade dos compromissos obtidos etc. É verdade que discursos políticos podem ser analisados seguindo o modelo de discursos morais, pois, em ambos os casos, se trata da lógica de aplicação de normas. Porém a dimensão de validade mas complexa das normas do direito proíbe equiparar a correção de decisões jurídicas à validade de juízos morais, e nesta medida, considera-la como um caso especial de discursos morais. As máximas de interpretação e princípios jurídicos, canonizados na metodologia, só serão atingidos satisfatoriamente por uma teoria do discurso, quando tivermos conseguido analisar melhor do que até hoje a rede de argumentações, negociações e comunicações políticas, na qual se realiza o processo de legislação.”⁴⁸

O julgamento adequado deve buscar a única solução para determinado caso. É a solução correta. Uma teoria procedimental, em que as normas processuais são garantidas e observadas favorece a racionalidade do processo democrático. Para Habermas, as máximas de interpretação e dos princípios jurídicos só poderão ser atingidas com uma teoria do discurso.

Segundo Habermas, a interpretação dos discursos políticos pode ser feita com base nos discursos morais, diferente das normas do direito, pois essas são mais complexas e não é possível comparar a correção das decisões judiciais com a validade de juízos morais.

3.3 Os Princípios como Mandados de Otimização e os Riscos para a Democracia

Alexy distingue as normas jurídicas em regras e princípios. Usando critério central para a sua classificação, está na forma como cada tipo de norma deve ser aplicada. Enquanto as regras têm caráter de mandados definitivos, os princípios no seu ponto de vista constituem mandados de otimização, o que significa que as regras são analisadas segundo parâmetro de validade de ordem seguindo uma sequência, se validas e passíveis de aplicação ou não, de conduta que deve ser realizada exatamente da forma como elas exigem, enquanto os princípios são aplicados na maior medida possível de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas, o que importa é a possibilidade de atingir os diferentes graus.

⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 289.

Robert Alexy, ao analisar a democracia, cria um paradigma, deslocando a legitimidade do direito da legalidade para uma análise de correção procedimental da norma e das decisões judiciais. Para Alexy, os direitos fundamentais têm papel fundamental nesta questão, pois fazem do tribunal constitucional uma instância reflexiva-argumentativa. A reconciliação entre direitos fundamentais e democracia é retomada na teoria da argumentação, com a análise dos participantes do ordenamento jurídico na correção da tomada de decisão pelo tribunal. Com a previsão de um local de discussão, o denominado espaço público, tem-se um ponto convergente entre a democracia de Alexy e a democracia deliberativa de Habermas.

“Pode-se por derradeiro, efetuar uma aproximação da democracia alexiana à democracia deliberativa habermasiana, pois um requisito para que o tribunal constitucional seja uma instância reflexiva é a existência de um espaço público, de um *locus* de discussão, no qual cada cidadão encontra ambiente para colocar suas demandas e discutir questões, sensibilizando os órgãos públicos, ecoando-as para o interior do sistema político.”⁴⁹

Assim, é essencial a existência de um espaço de discussão para que este modelo de democracia tenha legitimidade. Como exemplo no Brasil, podemos citar as audiências públicas rotineiramente realizadas para discussão de pontos polêmicos, seja pela Corte Maior do país, seja pelo próprio parlamento em momento que antecede a elaboração das normas.

As regras da razão de Alexy (quem pode falar pode participar do discurso; a liberdade de discussão; e nenhum orador pode ser impedido de exercer as regras anteriores mediante qualquer coerção ao discurso) correspondem à situação ideal da fala de Habermas⁵⁰.

“Habermas afirma que o Estado Democrático de Direito deve supor uma constituição histórica inacabada, a ser reconstruída pelos seus destinatários, através da prática discursiva. O conteúdo da constituição é aberto e possibilita reatualizações e reinterpretções que o tornem mais amplo e eficaz. Deste modo, há uma constante necessidade de legitimidade, que não se reduz aos períodos eleitorais. Trata-se de “um processo constituinte duradouro e contínuo”. Da mesma maneira, Alexy considera que a constituição possui um caráter aberto a ser preenchido pelos princípios fundamentais através da ponderação e da fundamentação argumentativa. De

⁴⁹ GEREMBERG, Alice Leal Wolf. O procedimento discursivo-argumentativo no interior do espaço público: aproximações do modelo alexiano à democracia deliberativa habermasiana. In: MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy (org.). *Perspectivas atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 63.

⁵⁰ GEREMBERG, Alice Leal Wolf. O procedimento discursivo-argumentativo no interior do espaço público: aproximações do modelo alexiano à democracia deliberativa habermasiana. In: MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy (org.). *Perspectivas atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 70.

uma forma mais tênue, até porque o seu interesse é demonstrar o aspecto democrático na via judicial, enquanto Habermas se concentra na via legislativa, confere ao espaço público o título de local privilegiado, formador de opinião através da observância das regras discursivas.”⁵¹

A democracia, segundo Habermas, deve ser constantemente atualizada, é preciso se dispor de um processo de legitimidade que permita a revisão permanente dos procedimentos e regras. E isso acontece por meio da prática discursiva, pela ação comunicativa. Também Alexy entende necessário este formato de democracia aberta, possível de alterações de acordo com a realidade e com o interesse da sociedade. No entanto, Alexy sugere a teoria da ponderação dos princípios fundamentais e a fundamentação argumentativa para se chegar a tal desiderato.

3.4 As Relações entre a Teoria do Consenso e a Teoria da Interpretação

Jürgen Habermas usa como referência a teoria do consenso para apresentar a sua tese da situação ideal da fala. Com o aumento da complexidade da sociedade, cresce a necessidade de diálogo em que a pluralidade de vozes aumenta de maneira exponencial em razão, principalmente, da facilitação tecnológica que permite o amplo acesso às informações das mais variadas fontes no mundo atual. No diálogo ou no processo comunicativo busca-se o consenso, no entanto as pessoas, em um discurso, pretendem defender os seus posicionamentos e para isso se utilizam da linguagem como um ato estratégico de fala. A linguagem, no processo comunicativo, permite o resultado de um consenso em torno de determinado assunto em pauta de discussão.

Robert Alexy, assim como Habermas, não pensou em elaborar uma teoria normativa da interpretação para identificar uma resposta jurídica em um sistema determinado. Alexy apresenta a sua teoria da interpretação como uma teoria da argumentação jurídica com uma série de regras e normas procedimentais. Alexy pretende que suas regras tenham uma validade que seja objetiva e que seja universal. A situação ideal da fala serve de modelo para Alexy formular o chamado código da razão prático. As regras de Alexy são condições básicas para que a comunicação linguística busque a verdade e a correção nos atos da fala, no agir comunicativo de Habermas.

⁵¹ GEREMBERG, Alice Leal Wolf. O procedimento discursivo-argumentativo no interior do espaço público: aproximações do modelo alexiano à democracia deliberativa habermasiana. In: MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy (org.). *Perspectivas atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 79.

Com a teoria do discurso, Habermas pensa em uma teoria procedimental, em que através por meio de determinados procedimentos busca-se o entendimento consensual. Com a definição das regras de procedimento, para que se alcance a verdade, basta que se observem os procedimentos estabelecidos. Então, em um discurso, caso os procedimentos tenham sido observados, o discurso estará correto, mas estará correto em relação ao procedimento.

“A teoria do discurso é um caso paradigmático de uma teoria procedimental, mas ela não é a única representante de teorias procedimentais e de modo algum a única teoria procedimental imaginável. De acordo com a teoria do discurso, como eu a concebo, uma norma é correta quando ela pode ser o resultado de um determinado procedimento, o procedimento do discurso racional.”⁵²

No decorrer do procedimento é possível que os falantes alterem seu discurso, desde que apresentem justificativas para tal mudança. Isso caracteriza o modelo teórico argumentativa da teoria do consenso. Teoria esta que serve de base para a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy.

“[...] A teoria do discurso, como modelo teórico argumentativo, é, ao contrário, caracterizada pelo fato de se poder, no curso do procedimento, mudar as convicções empíricas e normativas dos indivíduos, bem como os seus interesses, com base nos argumentos apresentados.”⁵³

Roberto Alexy discute a possível sustentabilidade e utilidade da teoria de Habermas como teoria do discurso prático. Apresenta a objeção de Niklas Luhmann às teorias de Habermas, afirmando que “sob as condições atuais de um mundo que se torna cada vez mais rico em possibilidades. Para Luhmann o problema atual não é mais o da correção interna das decisões ou normas, mas a superação da complexidade. Alexy defende perante Luhmann a importância das teorias do discurso racional, inclusive para a argumentação jurídica. Para Alexy a tarefa da teoria do discurso consiste em investigar como se pode argumentar racionalmente e sob as condições de limitação.

Como se pode observar, a teoria do consenso e a teoria da argumentação jurídica se complementam quando a finalidade é o estabelecimento de procedimentos lógico-jurídicos

⁵² ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*; organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno; Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 76.

⁵³ ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*; organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno; Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 78.

para fundamentar ou justificar o discurso jurídico. Essas teorias servem de instrumento para correta interpretação das normas jurídicas e da aplicação do direito nos casos concretos.

CONCLUSÃO

A teoria do consenso de Habermas e seu posicionamento sobre a interpretação das leis e das decisões judiciais são compatíveis e complementares a teoria da interpretação de Robert Alexy, a sua teoria da argumentação jurídica. Ambos os autores atuam na busca das melhores alternativas e soluções para o “problema” da democracia. E para isso, defendem que o consenso, no processo do agir comunicativo, é a melhor opção para a manutenção da democracia.

A questão para se manter a estrutura e a ordem social, em que o poder é ou deveria ser do povo, acarreta em uma série de conflitos e embates cotidianos. A maioria desses conflitos busca a solução no direito, nas ferramentas disponibilizadas pelo discurso e nos procedimentos existentes para a solução de controvérsias. Por isso, a importância das teorias apresentadas e defendidas por Habermas e por Alexy.

Habermas apresenta a mudança estrutural na esfera pública, em que a antiga fórmula de Estado e Povo em pólos opostos não funciona mais na moderna democracia. É preciso a criação de espaços públicos para a discussão das decisões que afetam a todos. Em decorrência disso, existe uma necessidade de se organizar o discurso. Para Habermas a solução estaria na definição de regras procedimentais que permitam a execução do agir comunicativo de forma igualitária e justa. No entanto, deparamo-nos com a questão da ética no processo comunicativo. Quando participam do discurso, todos devem agir eticamente. A verdade no discurso estaria no consenso sobre determinado fato, situação ou objeto do discurso, desde que observadas as normas procedimentais.

Com a teoria da argumentação jurídica, que visa permitir a interpretação do discurso de maneira racional, Robert Alexy, seguindo a mesma linha do consenso de Habermas, apresenta uma solução para as questões controversas não resolvidas pelo discurso prático geral. A argumentação jurídica está, de forma mais específica, vinculada a uma série de normativos ou regras que não se limitam apenas ao direito positivado, mas se utiliza de todo o arcabouço jurídico para encontrar uma saída com legitimidade e aceita por todos.

Portanto, o que se observa é a busca, no campo da ciência, de soluções e formas mais adequadas que permitam, com a participação de todos, o entendimento e a busca conjunta de soluções para os problemas do cotidiano e para a manutenção da paz social e da

democracia com a convivência pacífica de todos. Habermas e Alexy contribuem de forma significativa para essa discussão, pois suas teorias, especialmente a teoria do consenso e da interpretação, servem de base para estudos que visam adequação e atualização de procedimentos e formas antigas nas questões atuais que devem ser enfrentadas por todos.

Pode-se inferir dessas teorias que o caminho para uma democracia que respeite os direitos individuais, sem deixar de observar os direitos da comunidade, está desenhado, o que implica, agora, em um aprofundamento nos estudos e na busca de soluções mais concretas para os problemas que atualmente enfrentamos. Como exemplo, podemos citar a atual dificuldade de os governantes manterem a legitimidade de suas decisões. Será que a ausência de uma cultura que exija de todos aqueles que defendem seus pontos de vista e suas escolhas sem uma fundamentação robusta não estaria no cerne da questão?

Como sugestão para pesquisas futuras se propõe a busca pela resposta a questão acima. Não apenas uma resposta positiva ou negativa, mas, seguindo as teorias apresentadas no presente trabalho, em busca de caminhos que viabilizem novamente o desenvolvimento da democracia de forma sustentada e pacífica. O que fazer todos sabem, alguém precisa dizer como fazer!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*; tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Conceito e validade do direito*; Organização Ernesto Garzón Valdés... [et al].; tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. 1. ed. 2 tir., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____. *Teoria discursiva do direito*; organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno; Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*; tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

DUPEYRIX, Alexandre ; tradução Edson Bini. *Compreender Habermas*. São Paulo: Edições Loyola, 2012.

GEREMBERG, Alice Leal Wolf. *O procedimento discursivo-argumentativo no interior do espaço público: aproximações do modelo alexiano à democracia deliberativa habermasiana*. In: MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy (org.). *Perspectivas atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Agir Comunicativo e razão destranscendentalizada*. Tradução Lucia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. I.

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

_____. *Três Modelos Normativos de Democracia. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. Lua Nova. São Paulo: CEDEC, v. 36, 1995.

REESE-SCHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*; tradução de Vilmar Schneider. 4. ed., Petrópolis: Vozes, 2012.

SANTOS, Fernando dos. *Direitos fundamentais e democracia: o debate Habermas – Alexy*. Curitiba: Juruá Editora, 2010.