

RECEBIDO EM: 29/05/2017

APROVADO EM: 16/06/2017

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS: SOB A ANÁLISE DA TEORIA CRÍTICA DISCURSIVA DE JÜRGEN HABERMAS

***THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND THE LEGITIMACY OF
JUDICIAL DECISIONS: UNDER THE ANALYSIS OF THE DISCURSIVE
CRITICAL THEORY OF JÜRGEN HABERMAS***

Rafael Alem Mello Ferreira

*Mestre em Democracia e Constitucionalismo pela Faculdade de Direito do Sul de
Minas – FDSM.*

Pós-Graduado em Direito Penal pela Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF.

*Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas e da
Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM.*

Bruna Oliveira Rodrigues

*Pós-Graduanda em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas
Gerais. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.*

Advogada do Serviço de Assistência Judiciária (SAJ) da PUC Minas.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A legitimidade do direito para a Teoria Discursiva de Jürgen Habermas; 1.1 Entre “unicidade” e “complexidade”; 1.2 A Linguagem; 1.3 A Racionalidade Instrumental e

a Racionalidade Comunicativa; 1.4 A concepção de democracia deliberativa: entre facticidade e validade; 2 A Jurisdição Constitucional e a legitimidade das decisões judiciais; 2.1 Jürgen Habermas e a Jurisdição Constitucional. 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente estudo volta-se para a análise da Jurisdição Constitucional e a legitimidade das decisões judiciais. Esta investigação se vale das orientações teórico-filosóficas que alicerçam a formação racional Habermasiana, para demonstrar que o paradigma procedimental desenvolvido pelo autor propõe revigorar o Direito, isto, a fim de permitir o exercício da democracia e possibilitar a manutenção da integração social. Assim, este estudo, procura por meio da discussão da legitimidade do direito frente a teoria discursiva de Jürgen Habermas, apresentar uma interface entre tal teoria e as decisões que decorrem da Jurisdição Constitucional. Para isto, faz-se necessário elencar uma série de debates, sendo estes: as distinções entre sociedades tradicionais e sociedades modernas; a relevância da Linguagem para a formação do paradigma procedimental; as racionalidades instrumental e comunicativa e a reformulação do Direito a partir da tensão entre facticidade e validade. Ao final, irá se demonstrar que a supremacia das decisões judiciais ocasiona a proliferação de intensa instabilidade na ordem jurídica, sendo que as ações desenfreadas da Jurisdição Constitucional deturpam a própria natureza do Estado Democrático de Direito obstruindo a efetivação de direitos fundamentais, de modo a intensificar a judicialização da política. Por isto, será proposto, sob a ótica Habermasiana, a formação de uma “nova” releitura da Jurisdição Constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição Constitucional. Legitimidade. Decisões Judiciais. Teoria Discursiva.

ABSTRACT: The present study focuses on the analysis of Constitutional Jurisdiction and the legitimacy of judicial decisions. This research is based on the theoretical-philosophical orientations that underpin the Habermasian rational formation, in order to demonstrate that the paradigm of proceedings developed by the author proposes to invigorate the Law, in order to enable the exercise of democracy and to allow the maintenance of social integration. Thus, this study, through the discussion of the legitimacy of the law against the discursive theory of Jürgen Habermas, presents an interface between this theory and the decisions that derive from the Constitutional Jurisdiction. For this, it is necessary to list a series of debates, these being: the distinctions between traditional societies

and modern societies; The relevance of Language for the formation of the procedural paradigm; The instrumental and communicative rationalities and the reformulation of the Law from the tension between facticity and validity. In the end, it will be demonstrated that the supremacy of judicial decisions causes the proliferation of intense instability in the legal order, and the unbridled actions of the Constitutional Jurisdiction pervert the nature of the Democratic State of Right a lot and obstructing the realization of fundamental rights, in order to intensify The judicialize of politics. For this reason, it will be proposed, from the Habermasian perspective, the formation of a “new” rereading of the Constitutional Jurisdiction.

KEYWORDS: Constitutional Jurisdiction. Legitimacy. Judicial Decisions. Discursive Theory.

INTRODUÇÃO

Atualmente, o problema que paira sobre o Estado Democrático de Direito envolve de forma notável a ausência de legitimidade que decorre do exercício “agressivo” do Poder Judiciário. Com vistas aos paradigmas jurídicos é possível verificar que esta discussão já se perpetua desde a instituição dos Estados Nacionais, de modo que a indagação de quem ocupa o papel central do debate é recorrente.

É nesse arranjo que o presente estudo se funda e com objetivo de compreender tal dinâmica passa-se a análise da “Jurisdição Constitucional e da legitimidade das decisões judiciais”. A supremacia das decisões judiciais ocasiona a proliferação de intensa instabilidade na ordem jurídica, sendo que as ações desenfreadas da Jurisdição Constitucional deturpam a própria natureza do Estado Democrático de Direito, obstruindo a efetivação de direitos fundamentais, intensificando a judicialização da política.

Diante das celeumas introduzidas na ordem democrática, Jürgen Habermas, acredita ser a ciência jurídica capaz de solucionar tais conflitos, no entanto, a legitimidade do Direito apenas será obtida através de um procedimento que permita a construção da vontade racional e de formação da opinião. Nesta sistemática, desenvolve-se a teoria do discurso, e o objetivo central desta é o reconhecimento dos melhores argumentos e não dos mais convenientes. Logo, estar-se-á frente a uma democracia participativa, sendo que a construção Habermasiana pode ser considerada como potencial, a sanar a crise instituída no Direito.

Para a devida compreensão do exposto, inicialmente busca-se neste trabalho evidenciar a legitimidade do direito frente a teoria discursiva de Jürgen Habermas e se destinará a expor as principais disparidades existentes entre a sociedade tradicional e a sociedade moderna, tendo em vista que esta última é o objeto das análises empreendidas pelo autor. Posteriormente, será travado um “intrigante” debate sobre a disputa existente entre a razão instrumental e a razão comunicativa, já que estas racionalidades são fundamentais à compreensão do entendimento linguístico e das ações sociais. Na sequência passará se a investigação das tensões facticidade e validade, que são protagonistas da estrutura linguística remontada pelo autor.

Por fim, procura-se exteriorizar a relevância de se questionar a legitimidade das decisões auferidas na atuação dos órgãos que compõem a Jurisdição constitucional, uma vez que a crescente difusão destas ações perturba a própria divisão de poderes e coloca em xeque o princípio da democracia. Além disso, propõe-se a demonstrar, sob a ótica Habermasiana, a formação de uma “nova” releitura da Jurisdição Constitucional.

Ao final, espera-se que o leitor e/ou a leitora possa (m) estar aptos a compreensão de que “é uma tendência própria do direito tornar-se mais e mais procedimental, abandonando modelos concretos de vida social como fundamento”¹ e que esta mudança constante, faz-se necessária já que a crise paradigmática foi instaurada.

1 A LEGITIMIDADE DO DIREITO PARA A TEORIA DISCURSIVA DE JÜRGEN HABERMAS

A vida e obra de Jürgen Habermas representa um “multifacetado horizonte teórico”², a partir desta informação pode-se compreender, mesmo que de forma superficial, que dialogar sobre temas abordados pelo aludido autor não representa algo simples. Nesse sentido, cumpre advertir que embora este estudo tenha como propósito discorrer sobre a legitimidade do direito frente à teoria discursiva de Jürgen Habermas, este assunto não será examinado de forma ampla, pois, seria impossível, já que Jürgen Habermas utiliza de uma imensidão teórica para tratar desta celeuma. Portanto, o que se busca, é demonstrar alguns dos aspectos que conduzem o autor ao entendimento de que a ciência jurídica tende a

1 NOBRE, Marcos. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 35.

2 FERREIRA, Rafael Alem de Mello. *Jurisdição constitucional agressiva*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 40- 41.

tornar-se cada vez mais procedimental, deixando de lado as amarras dos modelos concretos de ordem social.³

Logo, neste trabalho, procura-se em primeiro momento evidenciar as principais disparidades existentes entre a sociedade tradicional e a sociedade moderna, tendo em vista que esta última é o objeto central das análises empreendidas por Jürgen Habermas. Posteriormente, será travado um “intrigante” debate sobre a disputa existente entre a razão instrumental e a razão comunicativa, já que estas racionalidades são determinantes a compreensão do entendimento linguístico e das ações sociais. Na sequência passará se a investigação das tensões facticidade e validade, que são protagonistas da estrutura linguística, remontada pelo autor. Ao final, espera-se que o leitor e/ou a leitora possam estar aptos a compreensão de que “o direito é o plano de fundo para complexas reflexões”⁴ e que este, por meio do paradigma procedimental e das reivindicações intrínsecas a sociedade moderna, mostra-se hábil a legitimar esta “nova” forma de organização social.

1.1 ENTRE “UNICIDADE” E “COMPLEXIDADE”

A presente construção discursiva não pode ser aplicada em qualquer espécie de agrupamento social, pois a mesma foi erguida exclusivamente para amparar o emaranhado de dissensos ocasionados pela diversificada sociedade moderna. Tal afirmação se fundamenta pelo fato de que na modernidade não existem formas de organização social que possam ser válidas para todos os seus membros, dado que, a eticidade única⁵ somente é plausível na sociedade tradicional, que de maneira geral, mantém seus integrantes como seres aptos a compartilhar dos mesmos valores e de uma “incontestável” percepção de vida. Ainda no que se refere a sociedade tradicional, verifica-se em suas relações a existência de unidade política e unidade espiritual, posto que estes fatores são determinantes para coibir qualquer espécie de manifestação contrária aos ditames pré-estabelecidos por esta interpretação uniforme de mundo.⁶

3 NOBRE, Marcos. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 35.

4 FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes. *Crítica aos princípios do direito moderno: história, sociedade e direito*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2014. p. 219.

5 A expressão “eticidade” é utilizada por Marcos Nobre para definir a ação constantes em “um mundo de vida compartilhado”. (NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 15).

6 NOBRE, Marcos. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 15-16.

Sobre esta entidade sagrada, percebida como “sociedade tradicional”, Marcos Nobre enfatiza:

Cabe a essa interpretação única e geral responder aos problemas de saber por que alguns têm mais bens materiais do que outros, por que alguns tem mais bens espirituais do que os outros, por que alguns são mais felizes e outros não. Com isso, essa interpretação legitima a ordem social existente, estabelecendo-a não apenas como desejável, mas também como a única possível.⁷

Frente as suas peculiaridades arcaicas, a ordem social de cunho tradicional não persistiu e iniciou seu processo de colapso quando as indagações de seus membros tornaram-se mais fervorosas que a aceitação a esta sistemática. Neste momento, “o dissenso no interior da comunidade não é mais eventual, de um ou de outro indivíduo, mas de parcela significativa de seus membros”⁸, autorizando com isso, a ocorrência da transição paradigmática e a introdução de uma forma moderna de organização social.

Assim, foram surgindo diversas formas de pensar, sendo que a sociedade moderna, que também é capitalista, torna-se plural e passa a se concentrar em um mesmo espaço político, que é marcado por diversas concepções de mundo e de maneiras de idealizar a sua existência.⁹ Estas formas originais de pensar, ultrapassaram os limites oferecidos pela comunidade tradicional e frente a este movimento multicultural são apresentadas respostas variadas sobre as indagações até então não solucionadas. A construção do pacto social¹⁰, entabulada pelos contratualistas, remonta em uma das “formas de responder a esses problemas e à necessidade

7 NOBRE, Marcos. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 15-16.

8 NOBRE, Marcos. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 16.

9 NOBRE, Marcos. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 16.

10 Embora a exploração histórica do pacto social e de seus idealizadores não seja o objetivo central deste trabalho, torna-se aqui importante trazer algumas lições de Lenio Streck sobre o contrato social: [...] para superar os inconvenientes do estado de natureza, os homens se reúnem e estabelecem entre si um pacto que funciona como instrumento de passagem do momento “negativo” de natureza para o estágio político (social); serve ainda como fundamento de legitimação do “Estado de Sociedade”. (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 8. ed. revisada e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 31).

da sociedade moderna capitalista de instaurar um novo fundamento de legitimação que não a tradição sagrada e incontestável”.¹¹

Nessa perspectiva, se a noção de contrato social decorre primordialmente do consenso da sociedade em manter-se organizada por meio de um pacto e de sua igualdade na capacidade em contratar, como compreender no plano fático o que esta nova concepção proporciona a sociedade? E quais garantias este consenso pode gerar? Esta indagação é respondida de forma pertinente por Marcos Nobre. Veja-se:

Que direitos são esses que precedem a instauração da sociedade civil e quem são seus portadores? Esses direitos são justamente os direitos do homem, direitos da própria natureza humana, direitos naturais do homem, dentre os quais se encontram direitos que são alienáveis, e outros que são inalienáveis. Segundo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa de 1789, são direitos inalienáveis, por exemplo, os direitos à liberdade, à propriedade, à segurança e à resistência à opressão.¹²

Nesse passo, todas estas mudanças impulsionaram, sobretudo, o direito e a política, que aliados, passaram a construir sua própria aplicação aos diversos domínios da vida social (ciência, religião, moral, economia, arte, dentre outros), que renunciaram, mesmo que de forma gradativa, as soluções propostas pelo direito natural. Ademais, como proveniência da modernidade o direito positivo passou a ganhar espaço, de modo que, a produção legislativa também começou a se desenvolver de forma considerável.¹³ Destarte, estas construções da filosofia política moderna consagraram a autonomização progressiva do direito, em relação a pluralidade de eticidades evidenciada no campo político e no que se refere a expansão da normatividade da ciência jurídica.¹⁴

Em suma, a unicidade de pensamentos reverenciados pela sociedade tradicional é deixada para trás, uma vez que, a complexidade da sociedade moderna passa a merecer atenção especial. Daí que, “a vida cotidiana

11 NOBRE, Marcos. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 17.

12 NOBRE, Marcos. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 17.

13 NOBRE, Marcos. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 19.

14 NOBRE, Marcos. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 19.

na sociedade moderna é repleta de conflitos e tensões entre as diversas lógicas próprias das várias esferas culturais de valor¹⁵. Assim, estas peculiaridades demonstram que o consenso que advém da subordinação não é apto a suportar a pluralidade do atual paradigma.

No entanto, como dito na abertura deste estudo, a compreensão do período em que a construção Habermasiana apoia seus estudos é apenas uma das noções básicas para o entendimento de sua teoria da ação comunicativa. Desse modo, o próximo passo será a exposição das racionalidades que fundamentam as ações sociais.

1.2 A LINGUAGEM

Antes de adentrar ao plano das especificidades existentes entre as racionalidades inerentes as ações sociais, não seria pertinente deixar de enfatizar que Jürgen Habermas possui importantes objetivos no plano fático, mas para que estes se concretizem não há possibilidade de manter-se a lógica da filosofia da consciência.¹⁶ Desse modo, já que este paradigma não condiz com as peculiaridades presentes da sociedade moderna, o autor empreende vasta investigação sobre a necessária emancipação social e demonstra que o paradigma hábil a enfrentar tantos os dissensos e pluralidades contemporâneos, é o da linguagem.

O paradigma da linguagem apresenta especificidades que contribuem com os novos aspectos apresentados pela sociedade moderna, uma vez que, “a linguagem é o que está dado, e portanto, não pode ser produto de

15 NOBRE, Marcos. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 20.

16 Diante da complexidade histórica demonstrada no estudo da transição da filosofia da consciência à teoria do conhecimento, esta não será abordada neste estudo. No entanto, faz-se necessário expor trechos das lições de Lenio Streck, sobre parte desta discussão fundamental: [...] a ruptura com a filosofia da consciência – esse é o “nome” do paradigma da subjetividade – dá-se no século XX, a partir do que passou a ser denominado de giro linguístico. Esse giro “liberta” a filosofia do *fundamentum* que, da essência, passara, na modernidade, para consciência. Mas, registre-se, o giro ou guinada não se sustenta tão somente no fato de que, agora, os problemas filosóficos serão linguísticos, em face da propalada “invasão” da filosofia pela linguagem. Mais do que isso, tratava-se do ingresso do mundo prático na filosofia. Da epistemologia – entendida tanto como teoria geral ou teoria do conhecimento – avançava-se em direção a este novo paradigma. Nele, existe a descoberta de que, para além do elemento lógico analítico, pressupõe sempre uma dimensão de caráter prático- pragmático. Em Heidegger, isso pode ser visto a partir da estrutura prévia do modo de ser no mundo ligado ao compreender; em Wittgenstein, (*Investigações Filosóficas*), é uma estrutura social comum – os jogos de linguagem que proporcionam a compreensão. E é por isso que se pode dizer que Heidegger e Wittgenstein foram os corifeus dessa ruptura paradigmática, sem desprezar as contribuições de Austin, Apel, Habermas e Gadamer, para citar apenas estes. (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?* 5. ed. revisada e atualizada, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015. p. 14).

um sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*), que constrói o seu próprio objeto de conhecimento”.¹⁷ Oposta as premissas das construções solitárias, a linguagem demonstra fatores como a intersubjetividade, que se evidenciam no plano fático devido a sua capacidade possibilitadora de formação linguística por meio da partilha recíproca de experiências, construções, símbolos e ações.¹⁸

Em seus trabalhos, Jürgen Habermas expõe as minúcias desta transição paradigmática:

A passagem do paradigma da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem constitui um corte de igual profundidade. A partir deste momento, os sinais linguísticos, que serviam apenas como instrumento e equipamento das representações, adquirem, como reino intermediário dos significados linguísticos, uma dignidade própria. As relações entre linguagem e mundo, entre proposição e estados de coisas, substituem as relações sujeito objeto. O trabalho de constituição do mundo deixa de ser uma tarefa da subjetividade transcendental para se transformar em estruturas gramaticais. O trabalho reconstrutivo dos lingüistas (sic) entra no lugar de uma introspecção de difícil controle. Pois, as regras, segundo as quais os signos são encadeados, as frases formadas e os enunciados produzidos, podem ser deduzidas de formações lingüísticas (sic) que se apresentam como algo já existente. Deste modo, não somente a filosofia analítica e o estruturalismo constroem para si uma base metódica; a partir da teoria husserliana do significado constroem-se pontes em direção à semântica formal. A própria Teoria Crítica é surpreendida no final pela guinada linguística(sic)!¹⁹

Diante destas constatações, se verifica por quais motivos tal paradigma salta ao olhar de Jürgen Habermas, que empreende em harmonia a este, a teoria da ação comunicativa. Em sua essência a aludida teorização, visa substituir os “velhos” e “antiquados” moldes da filosofia da consciência pela filosofia do entendimento ou do conhecimento, sendo que esta “mudança vai muito além de uma simples troca de etiqueta”.²⁰ Entretanto, para que

17 STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?* 5. ed. revisada e atualizada. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015. p. 17.

18 MONICA, Eder Fernandes; HANSEN, Gilvan Luiz. A teoria Crítica sob o prisma discursivo de Habermas. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 400.

19 HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*. Estudos Filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p. 15.

20 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 19.

não ocorra qualquer equívoco quanto a compreensão sobre a pragmática da linguagem, sob a ótica Habermasiana, se faz necessário invocar algumas observações realizadas por Antônio Inanni Segatto:

[...] é preciso ter em mente que para ele se trata de formular uma teoria pragmática, pois lhe interessam não as estruturas sintáticas ou exclusivamente semânticas da linguagem, que presidem as relações internas entre os componentes das sentenças ou as relações internas entre os componentes das sentenças ou as relações entre as sentenças e seus referentes, mas as estruturas elementares que presidem o uso comunicativo daquela.²¹

Todo este aparato teórico, possibilita a Jürgen Habermas explicar a ideia de agir comunicativo, pois, remetendo todos os possíveis envolvidos no debate ao plano da linguagem, surge a compreensão de que a pragmática universal apenas será possível nestes parâmetros, ou seja, se o entendimento não for obtido por meio da linguagem, será inviável universalizá-lo. Ademais, para que a universalização seja factível, deve-se evidenciar além do entendimento recíproco, a adoção de certas pretensões ou condições de validade.²²

Neste sentido, Jürgen Habermas preleciona serem

[...] passíveis de universalização exatamente aquelas normas que, por encarnarem manifestamente um interesse comum a todos os concernidos, podem contar com o assentimento universal – e, nesta medida, merecem reconhecimento intersubjetivo.²³

Insta salientar que, mesmo que de forma breve, que Jürgen Habermas parte da concepção do imperativo categórico idealizado por Immanuel Kant para estruturar o princípio de universalização. No entanto, o autor não adota a teoria Kantiana de forma integral, uma vez que Jürgen Habermas acredita que somente o procedimento deliberativo “radical” poderá legitimar a universalidade de vontades. Assim, à luz da racionalidade comunicativa não é possível que a universalização ocorra por meio de “imperativos genéricos”

21 SEGATTO, Antonio Ianni. A tensão entre facticidade e validade. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 37.

22 FERREIRA, Rafael Alem de Mello. *Jurisdição constitucional agressiva*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 77.

23 HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 86.

que tenham sido eleitos por meios não válidos ou que desrespeitem o interesse comum de todos os envolvidos.²⁴

Dessa feita, como informado na abertura deste tópico, se passara neste momento a análise da racionalidade, já que suas distinções são essenciais para a compreensão dos elementos existentes no paradigma discursivo e representam ainda uma importante forma de estabilização do “enorme potencial de conflito, dissenso e destruição liberado quando do surgimento da sociedade moderna”²⁵.

A ação comunicativa é descrita nos parágrafos antecessores como espécie de racionalidade que pode ser identificadas precipuamente por sua relação íntima com a linguagem. Em oposição a este agir comunicativo, deve ser levado em consideração a existência do agir classificado como estratégico, que se evidencia por suas ações solitárias ou egocêntricas e assim, não necessita do consenso mútuo para obtenção do sucesso.²⁶

Verifica-se nas lições de Jürgen Habermas que em ambas as situações,

[...] a estrutura teológica da ação é pressuposta na medida em que atribui aos atores a capacidade de agir em vista de um objetivo e o interesse em executar seus planos de ação. Mas o modelo estratégico da ação pode se satisfazer com a descrição de estruturas do agir imediatamente orientado para o sucesso, ao passo que o modelo do agir orientado para o entendimento mútuo tem que especificar condições para um acordo alcançado comunicativamente sob os quais Alter pode anexar suas ações às do Ego.²⁷

Nas palavras de Gisele Cittadino, a racionalidade comunicativa esta presente como consequência da sociedade moderna, de modo que seus integrantes são levados a práticas rotineiras de autorreflexão e interação crítica. Veja-se:

Habermas parte do pressuposto de que o traço fundamental da modernidade é a configuração do indivíduo como sujeito capaz de autorreflexão (sic) e crítica, o que lhe permite exigir igualdade

24 KEINERT, Maurício Cardoso; HULSHOF, Monique; MELO, Rúrion Soares. Diferenciação e complementariedade entre direito e moral. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 84.

25 SEGATTO, Antonio Ianni. A tensão entre facticidade e validade. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 20.

26 FERREIRA, Rafael Alem de Mello. *Jurisdição constitucional agressiva*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 78.

27 HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 165.

de respeito e disponibilidade para o diálogo. A hermenêutica, em Habermas, designa precisamente o espaço da autorreflexão (sic) e da crítica, enquanto que a pragmática inclui o território discursivo cujo núcleo central é o entendimento. É através da conjunção hermenêutica e da pragmática, isto é, do processo de autorreflexão (sic) que se processa no âmbito da interação comunicativa – de vez que está esgotado o paradigma da filosofia da consciência que pressupõe um direito racional isolado – que se constitui a formação racional da vontade.²⁸

Mas para que a ação comunicativa esteja apta do ponto de vista racional, esta deve pressupor que certos requisitos ou pretensões de validade sejam devidamente atendidos, contudo, não há “nenhum tipo de indicação concreta para o desempenho das tarefas práticas”²⁹, já que estas pretensões não possuem caráter informativo ou meramente instrumental. Desse modo, são pretensões de validade, que se alternam em aspectos de verdade, correção e sinceridade,³⁰ as seguintes:

[...] o enunciado formulado é verdadeiro (ou conforme o caso, que as pressuposições de existência de um conteúdo proposicional mencionado são acertadas); que o ato da fala é correto relativamente a um contexto normativo existente (ou, conforme o caso, que o contexto normativo que ele realiza, é ele próprio legítimo); e que a intensão manifesta do falante é visada do modo com é proferida.³¹

Jürgen Habermas vincula todos os complexos e sofisticados elementos relacionados neste tópico para oportunizar a ocorrência de procedimentos formais de entendimento, que são pautados em regras produzidas de maneira isonômica e pelos seus próprios participantes, a fim de permitir o “verdadeiro” entendimento das questões discutidas³². Nesse sentido, a construção Habermasiana propõe:

28 CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 92-93.

29 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 21.

30 HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 168.

31 HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 167.

32 HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*: Estudos Filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p. 15. Nota da autora: No agir comunicativo, o entendimento ultrapassa os limites da simples compreensão do que é dito, esta compreensão que se atrela aos meios linguísticos para que haja a verdadeira compreensão, denominada por Jürgen Habermas como fins ilocucionários.

[...] processos de entendimento mútuo visam um acordo que depende do assentimento racionalmente motivado ao conteúdo de um proferimento. O acordo não pode ser imposto à outra parte, não pode extorquido ao adversário por meio de manipulações: o que manifestamente advém graças a intervenção externa não pode ser tido na conta de um acordo. Este assenta-se sempre em convicções comuns. A formação de convicções pode ser analisada segundo o modelo das tomadas de posição em face de uma oferta de ato de fala. O ato de fala de um só terá êxito se o outro aceitar a oferta nele contida, tomando posição afirmativamente, nem que seja de maneira implícita, em face de uma pretensão de validade em um princípio criticável.

Em suma, a razão comunicativa que corresponde a construção típica do entendimento e da ética discursiva, busca impossibilitar a constante propagação das teorizações solipsistas, pois a adoção do paradigma da linguagem pela razão comunicativa não dialoga com formas pré-determinadas de ação que visem assegurar a vinculação dos participantes do debate a soberania dos sujeitos ou de suas vontades-individuais, como ocorre nas ações que adotam orientação prática.³³

Com o objetivo de tornar ainda mais nítida a ideia de racionalidade, no próximo tópico se passará a investigação das diferenciações entre as racionalidades instrumental e comunicativa.

1.3 A RACIONALIDADE INSTRUMENTAL E A RACIONALIDADE COMUNICATIVA

Em Teoria da ação comunicativa, Jürgen Habermas, realiza críticas á Racionalidade Instrumental, com o intuito de demonstrar a existência de uma racionalidade capaz de desenvolver a emancipação social. Apesar das racionalidades supramencionadas não serem novidade para aqueles que acompanham as obras Habermasianas, cumpre esclarecer as propostas gerais de cada uma.³⁴

Se a racionalidade instrumental tende a impulsionar a “reprodução” material da sociedade, noutro giro, a racionalidade comunicativa visa possibilitar a “reconstrução” social rumo aos enfrentamentos civilizatórios.³⁵ A

33 MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 2. ed. revisada e atualizada. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 99-100.

34 FERREIRA, Rafael Alem de Mello. *Jurisição constitucional agressiva*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 80.

35 MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 2. ed. revisada e atualizada Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 102.

primeira consiste em uma orientação para que sua finalidade seja atingida, ou seja, se utiliza de ações determinadas para obtenção de fins específicos. Nesta espécie de racionalidade, se verifica que o “mundo e os atores sociais são tomados não como sujeitos dotados de opiniões, visões de mundo e crenças, mas como meros objetos, como meios vistas à consecução de um fim determinado.”³⁶ Ao contrário desta lógica instrumental, a segunda orienta suas ações de modo a possibilitar que todos participantes possam, em posição de igualdade, nortear suas escolhas por meio do discurso. Não há nesta forma de agir a manifestação de cunhos intencionais, pois, seu “o objetivo não é o êxito, não é o cálculo dos melhores meios para alcançar fins previamente determinados; a ação comunicativa tem por objetivo o entendimento entre os participantes da discussão.”³⁷

Neste prisma, tanto a ação instrumental como a comunicativa devem ser consideradas como racionais, contudo de sua análise resultam algumas distinções, pois, “na ação instrumental, o saber é utilizado para a manipulação instrumental do mundo; na ação comunicativa, o saber é utilizado para o entendimento comunicativo.”³⁸ Se a racionalidade esta presente em ambas as ações, mesmos que estas sejam diferentes nas consecuições de seus objetivos, ou seja, a ação instrumental, em seus parâmetros é competente quando possibilitadora de intervenção eficiente no mundo, mas a ação comunicativa não parte das mesmas premissas, e sim, busca por meio de procedimentos de entendimento recíproco obter o melhor argumento racional.³⁹

Ademais, “ambas as ações (comunicativa e teleológica) são suscetíveis de crítica: qualquer um pode criticá-las, dizendo por exemplo que elas não atingirão os seus resultados.”⁴⁰ Logo, se a ação instrumental e a comunicativa podem ser questionáveis, isto corrobora com o fato de que estas estão necessariamente impelidas a cumprir certas pretensões de validade, sendo que estas remetem a oportunidade do destinatário de indagar a verdade existente nos elementos apontados, de modo que, “alguns elementos tem de ser atendidos para o sucesso destas formas”.⁴¹

36 NOBRE, Marcos. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 20.

37 NOBRE, Marcos. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 21.

38 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 28.

39 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 28.

40 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 28.

41 FERREIRA, Rafael Alem de Mello. *Jurisdição constitucional agressiva*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 83.

Rafael Lazzarotto Simioni realiza importantes observações sobre a racionalidade instrumental e a racionalidade comunicativa:

[...] ao mesmo tempo em que alguém age teleológica ou comunicativamente, ele coloca a sua ação diante da possibilidade sempre presente de crítica a respeito da verdade do conteúdo fático a que se referem essas duas modalidades de ações racionais. Tanto para uma intervenção eficaz de mundo, como para um entendimento comunicativo, a base fática da ação poderá sempre ser questionada a respeito de sua verdade.⁴²

Mas as racionalidades instrumental e comunicativa, apesar de se tratarem do objeto central desta celeuma não são as únicas que podem ser criticáveis, sendo que além destas, verifica-se a existência da racionalidade normativa, bem como, da racionalidade expressiva. Enquanto a primeira é medida por um critério de correção, já que é uma ação voltada para a obediência a lógica normativa, a segunda, é apurada por um critério de sinceridade, uma vez que, sua ação irá pautar-se em sentimentos, estado de ânimo e sensações.⁴³

Frente a todas estas espécies de racionalidade, Jürgen Habermas constata a que as racionalidades instrumental, normativa e expressiva, compartilham do mesmo sentido racional, “que é a capacidade de um ator de justificar a racionalidade do seu comportamento.”⁴⁴ Esta coerência sistemática entre as aludidas racionalidades, conduzem a um critério de racionalidade universal, que possibilita ao ator fundamentar o seu próprio ato, ou seja, nasce a possibilidade de justificação intersubjetiva das racionalidades instrumental, normativa e expressiva.⁴⁵

Para Rafael Alem Mello Ferreira a partir da análise da racionalidade universal deve-se compreender que nesta,

[...] não se determina a qual fim deve chegar uma ação instrumental, qual norma será prevalente ou mesmo se uma pessoa é sincera ou não. Temos o estabelecimento de uma ideia formal, que respeita a diversidade por não ter a presunção de determinar o conteúdo de nenhuma das proposições.⁴⁶

42 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 29.

43 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 29.

44 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 29.

45 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 30.

46 FERREIRA, Rafael Alem de Mello. *Jurisdição constitucional agressiva*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 84.

No entanto, nem sempre a racionalidade universal terá pretensões de validade (verdade dos enunciados, correção normativa e veracidade expressiva) aptas a possibilitar que “uma ação social seja considerada universalmente racional”⁴⁷, visto que estas podem ser satisfeitas ou não, em meio a sua fundamentação. Nessa linha, Jürgen Habermas assevera:

Quem rejeita uma oferta inteligível de ato de fala contesta a validade do proferimento sob pelo menos um desses três aspectos da verdade, da correção e da sinceridade. Com esse “não”, ele dá expressão ao fato de que o proferimento não preenche pelo menos uma de suas funções (da representação de estados de coisas, do asseguramento de uma relação interpessoal ou da manifestação de vivência), por que ele ou bem se não se harmoniza com o mundo do estado de coisas existentes, ou bem com o nosso mundo de relações interpessoais legitimamente ordenadas, ou bem como o mundo particular das vivências subjetivas. Na comunicação cotidiana normal, esses aspectos não são de modo algum claramente distinguidos; mas, no caso do dissenso ou da problematização persistente, os falante competentes podem diferenciar cada referência ao mundo, tematizar cada pretensão de validade e posicionar-se em cada caso relativamente àquilo com que depararam, quer se trate de algo objetivo, quer de algo normativo, quer subjetivo.⁴⁸

Diante da construção de Jürgen Habermas e das investigações realizadas por Rafael Lazzarotto Simioni se verifica certa vinculação entre distintas condições e pretensões de validade, bem como, entre as justificações das pretensões de validade. Enquanto, as condições de validade são marcadas por suas “relações de adequação entre proposições e um estado-de-coisas no mundo objetivo (verdade), social (correção normativa) e subjetivo (sinceridade)”⁴⁹, as pretensões de validade consistem “na expectativa que os falante depositam nos demais participantes da interação, no sentido que eles reconheçam a verdade, correção normativa e a sinceridade de suas proposições”⁵⁰. E ao final, para que os participantes ou atores desta empreitada discursiva possuam a possibilidade de considerar as pretensões de validade capazes ou não de justificar suas ações sociais, estes devem elaborar e apresentar suas próprias justificações discursivas/argumentativas advindas da análise das pretensões de validade “que

47 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 31.

48 HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 168.

49 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 31.

50 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 31.

podem apelar tanto para as instituições, tradições e experiências, com às consequências da ação”⁵¹.

Dessa feita, se passará a análise da reformulação necessária a concepção de democracia deliberativa, em mundo da vida e sistemas especializados.

1.4 A CONCEPÇÃO DE DEMOCRACIA DELIBERATIVA: ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE

A compreensão de que o “direito carrega dentro de si uma tensão estrutural”⁵² surge com o nascedouro da sociedade moderna, visto que a sociedade tradicional não possibilita a formação de uma estrutura diversa do fundamento transcendental e de sua eticidade uniforme. Contudo, pode(m) o leitor e/ou a leitora questionar(em): como esta tensão se desenvolve? Como o direito pode carregar dentro de si legitimidade para abarcar tal tensão? Como a sociedade moderna pode ser o cerne desta teorização? Como um procedimento formal pode unir reciprocamente as esferas para o exercício da democracia deliberativa? Como o pragmática universal pode ser aplicada nas questões deliberadas? Todas estas indagações são respondidas ao se investigar a tensão existente entre “facticidade” e “validade”.

No entanto, para a melhor percepção deste binômio será essencial trazer a baila algumas distinções que se mostram importantes no plano fático e teórico, assim esta análise parte da introdução entre mundo da vida e sistemas especializados, para exemplificar os reais objetivos da política deliberativa Habermasiana. Em suma, o mundo da vida consiste em um espaço em que se originam e desenvolvem rotineiramente as relações entre os indivíduos, os sistemas especializados são apontados por serem um aglomerado de instituições específicas, que são marcadas por possuírem sua própria racionalidade, são exemplos destas instituições, os sistemas políticos e econômicos.⁵³ Jürgen Habermas formula distinções sobre mundo da vida e sistemas, de modo a demonstrar como se dará a instauração de um nova maneira de circulação de poder político, neste caso marcada pela concepção procedimental deliberativa de democracia.⁵⁴

51 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 31.

52 NOBRE, Marcos. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 28.

53 FERREIRA, Rafael Alem de Mello. *Jurisdição constitucional agressiva*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 40-41.

54 Jorge Adriano Lubenow. Esfera Pública e Democracia: Modelo teórico e discursos críticos. *Kriterion - Revista do Departamento de filosofia e ciências humanas da universidade federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 51, n. 121, p. 228. jun. 2010.

A relação entre mundo da vida e sistema revela sua face ofensiva, uma vez que este novo modelo de circulação do poder político demonstra a existência de “um processo mais amplo e mais ativo junto aos processos formais mediados institucionalmente.”⁵⁵ Esta contrapartida ofensiva firma-se na ideia de processos de institucionalização, de modo que a construção da democracia deliberativa somente é possível se realizada em “um processo de normatização, que se inicia pela formação da opinião e da vontade nas esferas públicas informais, que acaba desaguando, pelo caminho procedimental, nas instâncias formais de deliberação e decisão”.⁵⁶

Neste leque, Jürgen Habermas demonstra que a existência de uma força mediadora que “pertença ao sistema sem se encontrar encapsulada nele e por ele”⁵⁷ será essencial para o convívio harmonioso e de formação deliberativa entre a vontade popular e a esfera pública. Já se pode imaginar qual instância o autor designará como apta a mediar esta relação, não há outra para ele, senão, o direito. Assim, o direito “desempenha uma função de “charneira”, de articulação (á maneira de uma dobradiça) entre o mundo da vida e o sistema”⁵⁸, se por um lado a ciência jurídica desempenha funções relacionadas ao dinheiro e poder, e por isto é considerado como um medium como eles, de outro, tem a capacidade de traduzir dinheiro e poder aos influxos comunicativos.⁵⁹

Nesse sentido, Marcos Terra reflete sobre o assunto:

[...] a relação entre sistema e mundo da vida é uma via de mão dupla em que temos, de um lado, pretensões colonizadoras (i. é. patológicas do ponto de vista da emancipação) do sistema em relação ao mundo da vida e, de outro, tentativas emancipatórias de influência e de direcionamento do sistema pelo mundo da vida, sempre resguardando aqui o cerne instrumental minimamente necessário à reprodução material da

55 LUBENOW, Jorge Adriano. Esfera Pública e Democracia: Modelo teórico e discursos críticos. *Kriterion - Revista do Departamento de filosofia e ciências humanas da universidade federal de minas gerais*, Belo Horizonte, v. 51, n. 121, p. 229. jun. 2010.

56 LUBENOW, Jorge Adriano. Esfera Pública e Democracia: Modelo teórico e discursos críticos. *Kriterion - Revista do Departamento de filosofia e ciências humanas da universidade federal de minas gerais*, Belo Horizonte, v. 51, n. 121, p. 230. jun. 2010.

57 NOBRE, Marcos. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 26.

58 NOBRE, Marcos. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 26.

59 NOBRE, Marcos. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 26.

sociedade. E essa via de mão dupla é o direito como medium, vale dizer, ao mesmo tempo como mediador e como portador de lógicas diversas, e muitas vezes, antagônicas.⁶⁰

Na linha Habermasiana, o direito é visto como forma coerção legítima e ainda expressão de um procedimento de formação popular onde todas os indivíduos envolvidos devem possuir voz para expressar-se. O entendimento desta dupla face da ciência jurídica, torna factível a leitura de que os sistemas especializados e o mundo da vida se correlacionam de forma recíproca e constante. Não obstante o exposto, Marcos Nobre enfatiza:

[...] o direito pode tanto ser tomado de maneira unilateral e distorcida para servir unicamente como instrumento de colonização do mundo da vida pelo sistema como, ao contrário, o direito pode ser portador de impulsos de reação à colonização e mesmo de movimentos ofensivos para orientar processos sistêmicos em um sentido determinado.⁶¹

Daí que se verifica a notável e crucial função do direito como meio legítimo a orientar a colonização do mundo da vida, ou seja, de influenciar em suas formas de coerção e sistemática, para estruturar sua permanência, bem como, nortear as decisões que são tomadas diariamente, de modo a possibilitar que reflexos destas sejam aceitos pelos abrangidos (pessoas direta ou indiretamente atingidas pelos efeitos jurídicos).

E se o direito demonstra-se como hábil a comportar esta nova construção paradigmática, não há forma mais idônea e isonômica de possibilitar esta reviravolta na ciência jurídica que por meio de um procedimento formal, que presa pela linguagem e pela democracia deliberativa. Todavia, a construção racional da vontade apenas se tornará legítima se amarrada a um procedimento de normatização ou de institucionalização, que permita o respeito as diferenças e não impõem quais os resultados devem ser obtidos em sua prática, mas sim possibilita que argumentativamente os participantes decidam o que acreditam ser melhor.⁶²

60 NOBRE, Marcos. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 27.

61 NOBRE, Marcos. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 27.

62 LUBENOW, Jorge Adriano. Esfera Pública e Democracia: Modelo teórico e discursos críticos. *Kriterion - Revista do Departamento de filosofia e ciências humanas da universidade federal de minas gerais*, Belo Horizonte, v. 51, n. 121, p. 235. jun. 2010.

Mas se esta construção racional não deve agir orientada apenas para o sucesso e os sujeitos que a integram devem pautar-se no entendimento, atuando por meio de práticas intersubjetivas, como desenvolver tal procedimento? É nesse instante, que a tensão entre facticidade e validade demonstra-se como legítima a propiciar a concretização dos objetivos fulcrais de Jürgen Habermas, sendo estes centrados na “possibilidade de integração social e a manutenção da ordem social nas sociedades modernas por meio do direito.”⁶³

Na mesma linha de pensamento, e complementando esta constatação, Rafael Lazzarotto Simioni compreende que para Jürgen Habermas, o direito,

*[...] só possui força de realização social na medida da sua legitimidade. E a sua legitimidade pressupõe a sua consonância com conteúdos morais. A moral então complementa o direito e assim, Habermas propôs o resgate da moral universal (procedimental) como fundamento de validade (legitimidade) do direito.⁶⁴

Entretanto, cumpre destacar que embora se tenha como propósito discorrer sobre “facticidade” e “validade”, que correspondem a noções substanciais ao paradigma procedimental, este assunto não será debatido de forma ampla, pois, seria impossível, já que Jürgen Habermas utiliza da imensidão de capítulos que compõem a obra “*Direito e Democracia: entre facticidade e validade*”⁶⁵ para tratar deste binômio. Desse modo, o que se busca é demonstrar quais peculiaridades destas tensões conduzem o autor a compreensão de que, a facticidade e a validade são essenciais a estrutura da linguagem e ainda, apresentam os fatores decisivos que as tornam indispensáveis para a análise do direito moderno.

Todavia, as tensões, facticidade e validade nem sempre foram denominadas desta forma, em “Teoria da ação comunicativa,”⁶⁶ Jürgen Habermas utiliza-se das expressões “significado” e “validade” para articular sobre este binômio, que como distinguido anteriormente, é dividido em mundo da vida e sistemas especializados.

63 FERREIRA, Rafael Alem de Mello. *Jurisdição constitucional agressiva*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 92.

64 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 115.

65 A obra “Direito e Democracia: Entre facticidade e validade” foi traduzida por Flávio Beno Siebeneichler a partir do original: HABERMAS, Jürgen. Original *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurs theorie des Rechtund des demokratinchen Rechtsstaats*. Frankfurt Main. 1998.

66 A obra Teoria da Ação Comunicativa foi traduzida por Manuel Jimeménez Redondo, sendo que esta conta com dois volumes: *Teoría de la acción comunicativa I: racionalidade de la acción y racionalización social e Teoría de la acción comunicativa II: crítica de la razón funcionalista*.

Sobre a transição de denominações de significado e validade á facticidade e validade, Rafael Lazzarotto Simioni entende que:

A diferença entre significado e validade constitui a “contradição fundamental” que motiva o entendimento intersubjetivo. A diferença entre facticidade e validade será a “contradição fundamental” que motiva a reconstrução das possibilidades de realização do direito.⁶⁷

Logo, a tensão originada pelo elo de ligação entre facticidade e validade é considerado como “mola propulsora de toda teoria discursiva do direito”.⁶⁸ E assim, não possui uma definição única ou genérica devido a diversidade de significados e sentidos que a integram,⁶⁹ sendo que a sua uniformização ou unificação poderiam ocasionar a supressão de sua essência e impossibilitar uma das propostas primordiais realizadas pelo autor, que corresponde a ascensão da linguagem e sua conseqüente inclusão na construção de uma democracia “radical”, ou seja, que aceita a inclusão do outro na esfera deliberativa. Ratificando a complexidade que decorre desta construção Habermasiana, Antonio Inanni Segatto aduz que:

Não é difícil perceber a pluralidade de sentidos entre facticidade e validade exige, para a sua compreensão, a mobilização dos instrumentos teóricos de diversas disciplinas, como a teoria e a filosofia da linguagem, a teoria social, a teoria e a filosofia políticas etc.⁷⁰

Não obstante, a historicidade, evolução e diversos questionamentos existentes sobre a tensão entre facticidade e validade, nesse momento, sob o enfoque da teoria discursiva e do paradigma procedimental, merece destaque a percepção de que em um Estado Democrático de Direito, os autores e destinatários estão vinculados de forma simultânea no sistema de direitos. Assim, todos são vistos como sujeitos capazes de analisar a adequação fática de uma norma, bem como verificar se esta norma pode ser alvo do princípio de universalidade recebendo o assentimento de todos os participantes.⁷¹

Nesse leque, é que Antonio Inanni Segatto preleciona:

67 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 115.

68 FERREIRA, Rafael Alem de Mello. *Jurisdição constitucional agressiva*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 91.

69 FERREIRA, Rafael Alem de Mello. *Jurisdição constitucional agressiva*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 91.

70 SEGATTO, Antonio Ianni. A tensão entre facticidade e validade. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 37.

71 SEGATTO, Antonio Ianni. A tensão entre facticidade e validade. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 50.

A positividade de uma norma (sua facticidade) não se confunde, com sua legitimidade (sua validade). Vê que esta tensão entre facticidade e validade, de um ponto de vista interno ao direito, se mostra como uma tensão entre facticidade da coerção e a validade da norma produzida de maneira legítima. Trata de uma tensão interna ao direito, pois, os cidadãos, que se compreendem como autores da norma são também seus destinatários.⁷²

Esta nova forma de compreender as sociedades modernas, procura “escapar da falsa alternativa entre normativismo e objetivismo em busca de uma perspectiva teórica que possa dar conta tanto da dimensão da facticidade quanto da validade”,⁷³ para com isto alcançar algo que seja maior que a racionalidade instrumental e a lógica existente na filosofia da consciência. A proposta de Jürgen Habermas é por meio da racionalidade comunicativa amparar a ciência jurídica de forma legítima, pois apenas no discurso uma norma ou decisão podem ser consideradas válidas e assim serem aceitas de maneira racional. Esta construção será objeto do próximo tópico deste trabalho, pois, se uma norma não pode ser considerada legítima sem o devido debate, uma decisão judicial, que se apoia na “consciência, aspirações e experiências de um julgador” pode ser considerada válida no atual cenário democrático?

2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

O Estado Democrático de Direito “tem seu berço no constitucionalismo surgido no segundo pós-guerra”,⁷⁴ sendo que uma de suas principais diretrizes se firma na implementação de direitos fundamentais e de garantias que sejam eficazes ao cumprimento dos direitos tutelados. Nesta “nova” sistemática, o texto constitucional passa a ser considerado como norma jurídica, de modo que esta disciplina a forma de atuação estatal, a maneira de produção normativa e impõe limites para aplicação de seu conteúdo. Assim, passa a vigorar “a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final das normas constitucionais”.⁷⁵

72 SEGATTO, Antonio Ianni. A tensão entre facticidade e validade. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 50

73 SEGATTO, Antonio Ianni. A tensão entre facticidade e validade. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 51.

74 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 8. ed. revisada e atualizada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 107.

75 BARROSO, Luís Roberto. *Jurisdição Constitucional: a tênue fronteira entre direito e política*. [S. l.]. Migalhas, 2014. p.3.

Nestes moldes, surge o vocábulo Jurisdição Constitucional que consiste na atuação dos “juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.”⁷⁶No entanto, a existência destes mecanismos jurídicos não permitem a perpetuação de ações “desenfreadas” do Poder Judiciário, sob pena de estar-se deturpando as premissas fixadas pela democracia.⁷⁷

De forma clara, Jürgen Habermas realiza considerações sobre a delimitação de funções do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. Veja-se:

Ora, a prática de decisão está ligada ao direito e à lei, e a racionalidade da jurisdição depende da legitimidade do direito vigente. E esta depende, por sua vez, da racionalidade de um processo de legislação, o qual, sob condições da divisão de poderes no Estado de direito, não se encontra à disposição dos órgãos da aplicação do direito.⁷⁸

Logo, torna-se de extrema relevância questionar a legitimidade das decisões auferidas na atuação dos órgãos do Poder Judiciário, uma vez que a crescente difusão deste, perturba a própria divisão de poderes e coloca em xeque o princípio da democracia.⁷⁹Contudo, ao se discutir as condições de possibilidade de uma decisão jurídica, não se estará a impedir que o julgador, a partir dos princípios e regras existentes no ordenamento jurídico, realize, sob a luz do texto constitucional a devida interpretação destes, mas busca-se impossibilitar que tais interpretações sejam transformadas em mero ato de vontade do julgador.⁸⁰Isto é, procura-se aqui, neutralizar a atuação dos membros do judiciário que utilizam-se de normas – que devem ser entendidas como regras e princípios – apenas para “camuflar” os argumentos valorativos. Desse modo, a conotação arbitrária pela ordem valorativa faz crescer “o perigo dos juízos irracionais”.⁸¹Apesar de não ser

76 BARROSO, Luís Roberto. *Jurisdição Constitucional: a tênue fronteira entre direito e política*. [S. l.]: Migalhas, 2014. p.4.

77 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. revisada, atualizada e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 65.

78 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 297.

79 FERREIRA, Rafael Alem de Mello. *Jurisdição constitucional agressiva*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 154.

80 STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?* 5. ed. revisada e atualizada, Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2015. p. 102.

81 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 316.

objeto central deste estudo, a distinção realizada por Jürgen Habermas para compreensão de valores e normas, demonstra sua elementaridade na presente discussão. Veja-se:

Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche as expectativas generalizadas ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado a um fim. Normas surgem com uma pretensão de validade binária, podendo ser válidas ou inválidas; em relação as proposições normativas, como no caso das proposições assertóricas, nós só podemos tomar posição dizendo “sim” ou “não”, ou abster-se do juízo. Os valores, ao contrário determinam relações de preferência, as quais significam que determinados bens são mais atrativos do que outros; por isso, nosso assentimento a proposições valorativas pode ser maior ou menor.⁸²

Nota-se que a crescente difusão da ordem valorativa, gera “insegurança” aos jurisdicionados e introduz vulnerabilidade no âmbito do ordenamento jurídico, já que as normas podem ser trocadas pelas experiências, consciência e vontades individuais do julgador. Nesse sentido, são constituídas as lições de Ingeborg Maus:

A introdução de pontos de vista morais e de “valores” na jurisprudência não só lhe confere maior grau de legitimação, imunizando suas decisões contra qualquer crítica, como também conduz a uma liberação da Justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular. Toda menção a um dos princípios “superiores” ao direito escrito leva – quando a Justiça os invoca – à suspensão das disposições normativas individuais e a se decidir o caso concreto de forma inusitada.⁸³

Embora, já se tenha realizado referência as normas, que abrangem regras e princípios, há que se fazer ainda, um especial destaque aos princípios, uma vez que, uma decisão “orientada por princípios precisa definir qual a pretensão e ação deve ser exigida num determinado conflito”⁸⁴

82 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 321.

83 MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superpelo da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Tradução do alemão: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. p. 189.

84 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 323.

e desse modo, não seguir uma lógica desenfreada que em sua realidade, demonstra a existência de caráter valorativo e não de princípios. Assim, uma decisão dirigida por princípios não fere necessariamente a sua estrutura, desde que a mesma esteja fundamentada de forma a preservar a estrutura hierárquica a que se deve pautar o processo de decisão e garantir o respeito aos argumentos que a legitimam.⁸⁵

Outra questão que deve ser esclarecida se refere ao fato de que, não é porque a jurisdição constitucional e o Poder Legislativo estão relacionados de forma íntima, devido a sua ligação tênue com as normas processuais, que estes se encontram em equiparação ou concorrência as suas atribuições.⁸⁶ Se por um lado, o “tribunal torna a desamararr o feixe de argumentos com os quais o legislador legitima suas resoluções, a fim de mobilizá-los para uma decisão coerente do caso particular, de acordo com princípios do direito vigente”,⁸⁷ seus esforços apenas são legítimos, se levado em consideração que “ele não pode dispor desses argumentos para uma interpretação imediata do tribunal e para uma configuração do sistema do direito e, com isso, para uma legislação implícita.”⁸⁸

Nesta lógica, para Jürgen Habermas não são legítimas as decisões judiciais que são emitidas por juízos que “ao seu livre alvedrio” conduzem as regras do jogo, ou seja, a seu modo, arbitram como deve se dar a estrutura da decisão. Veja-se:

Normas e princípios possuem uma força de justificação maior do que a de valores, uma vez que podem pretender, além de uma *especial dignidade de preferência, uma obrigatoriedade geral*, devido ao seu sentido deontológico de validade; valores têm que ser inseridos caso a caso, numa ordem transitiva de valores. E, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários.⁸⁹

85 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 324.

86 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 324.

87 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 324-325.

88 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 325.

89 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 321.

Estas observações conduzem ao roteiro da crescente intervenção judicial que se mostra, na prática, como uma potencial forma de judicialização da política, que também é conhecida como ativismo judicial, sendo que a mesma corresponde a uma maneira, do judiciário, de ultrapassar os domínios típicos de suas ações. O ativismo judicial se evidencia nos momentos em que, os integrantes da jurisdição constitucional (juízes, tribunais e/ou o judiciário, de maneira geral) extrapolam suas funções e produzem notáveis riscos a ordem jurídica vigente, isto, “sob o efeito de influências indesejáveis, como valores subjetivos, preferências, interesses, programas políticos.”⁹⁰

Sobre a faceta obscura, representada pelo “ativismo judicial”, são oportunas as pontuações de Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Veja-se:

A partir de então, a decisão judicial pauta-se, quase sempre, num cálculo consequencialista de custo-benefício. E, quando se ponderam os interesses estatais/coletivos em face de direitos privados, os primeiros tendem a prevalecer. Isso pode também ser explicado pela tradição cultural dos juízes que, em regra, colocam os direitos fundamentais clássicos de primeira geração em uma posição mais favorável do que os direitos sociais e coletivos. Com isso, o direito se desnatura, convertendo-se exclusivamente em política!⁹¹

Nota-se que a preocupação com a garantia de direitos fundamentais é conduzida a segundo plano, uma vez que “o raciocínio se inverte e a prioridade se torna a viabilização da política econômica financeira”⁹². Na realidade, o Poder Judiciário demonstra-se mais preocupado em sanar, com suas decisões, os arbítrios cometidos pelo Estado, que proteger direitos fundamentais.⁹³

Jürgen Habermas, diante da seriedade que envolve estas questões, “atribui a falta de legitimidade como consequência mais nefasta deste *modus operandi*.”⁹⁴ Frise-se que a legitimidade retro mencionada não pode ser considerada como sinônimo de legalidade ou de normatização, visto que a legitimidade alcança até a maneira de aplicação de uma norma e deve

90 KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. Cebrap – revista eletrônica *Novos Estudos*, São Paulo, n. 96, p. 72, jul. 2013.

91 CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. 2. ed. revisada e ampliada. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. p. 250.

92 CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. 2. ed. revisada e ampliada. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. p. 251.

93 CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. 2. ed. revisada e ampliada. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. p. 251.

94 FERREIRA, Rafael Alem de Mello. *Jurisdição constitucional agressiva*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 155.

ser o ponto central dos discursos contemporâneos e do direito moderno, que já não deve firmar-se somente “na facticidade, pois, em uma sociedade pós-metafísica existe uma pluralidade de mundo que só encontra unidade em sua validade, que representa de uma forma mais coesa, a legitimidade proveniente de um processo democrático racional”.⁹⁵

Frente aos intensos problemas existentes na modernidade, no que se refere a própria legitimidade conferida a jurisdição constitucional, questiona-se: como alcançar a “verdadeira” legitimidade do direito e como fundamentá-la? O próximo tópico irá demonstrar como Jürgen Habermas compreende todas estas questões e como o autor as solucionará.

2.1 JÜRGEN HABERMAS E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Como observado no tópico antecedente o problema da legitimidade da jurisdição constitucional se revela como um grande entrave a efetivação do texto constitucional e da própria dinâmica existente em um Estado Democrático de Direito. Procurando solucionar a ausência de legitimidade da jurisdição constitucional, sem privilegiar a autonomia privada ou promover a supremacia pública por meio da uniformização de massas, Jürgen Habermas, propõe-se, com o paradigma procedimental tornar legítima a atuação da jurisdição constitucional, sem torna-la uma instância superior. Assim, procura-se “manter, não apenas o Estado de Direito, mas o Estado democrático de direito e, com isso, a idéia (sic) da auto-organização da comunidade jurídica”.⁹⁶

Esta nova conformação paradigmática não permite que a Constituição venha a ser compreendida como mero instrumento que “regula primariamente a relação entre o Estado e os cidadãos”⁹⁷, bem como, “não pode ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor *a priori* uma determinada forma de vida sobre a sociedade”.⁹⁸ Ademais, esta nova estrutura permite que os cidadãos, de forma equitativa, possam

95 FERREIRA, Rafael Alem de Mello. *Jurisdição constitucional agressiva*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 154.

96 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 325.

97 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 325.

98 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 326.

buscar cooperativamente as condições que considerarem justas e adequadas para integrar a sua vida.⁹⁹

Sob a óptica procedimental, a legitimidade do direito apenas será alcançada se formada democraticamente por meio das condições procedimentais aptas a concretizá-la.¹⁰⁰ Observando esta perspectiva democrática, “é possível encontrar um sentido para a competência do tribunal constitucional”,¹⁰¹ ou seja, para a jurisdição constitucional, que terá como encargo a proteção do sistema normativo que torna possível a realização tanto da autonomia privada como da autonomia pública dos cidadãos.¹⁰²

No entanto, a jurisdição constitucional apenas poderá alcançar a legitimidade de suas ações, se preservar certas condições de racionalidade comunicativa, que não corroboram com a lógica existente nas políticas Liberais ou nas Intervencionistas. Veja-se:

O esquema clássico da separação e da interdependência entre os poderes do Estado não corresponde mais a essa intenção, uma vez que a função dos direitos fundamentais não pode mais apoiar-se nas concepções sociais embutidas no paradigma do direito liberal, portanto não pode limitar-se a proteger cidadãos naturalmente autônomos contra excessos do aparelho estatal. A autonomia privada também é ameaçada através de posições de poder econômicas e sociais e dependente, por sua vez, do modo e da medida em que os cidadãos podem efetivamente assumir os direitos de participação e de comunicação de cidadãos do Estado. Por isso, o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático.¹⁰³

Nestes moldes, o Poder Judiciário assumirá o papel de “guardião da democracia deliberativa”,¹⁰⁴ isto se deve ao fato de que a jurisdição constitucional deverá atuar de forma ativa para a proteção da legitimidade,

99 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 326.

100 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 208.

101 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 326.

102 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 326.

103 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 326.

104 FERREIRA, Rafael Alem de Mello. *Jurisdição constitucional agressiva*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 165.

mantendo-se vigilante ao procedimento e a todos pressupostos de validade desenvolvidos ao longo do discurso. Destarte, a jurisdição constitucional, em especial a corte constitucional devem mostrar sua face agressiva, de modo a evitar ‘ingerências no momento de formação da vontade coletiva, ou seja, não é só possível mas também desejável, que a corte constitucional atue com vigor para garantir o procedimento que alimenta o sistema jurídico com a legitimidade.’¹⁰⁵

Não obstante as informações já destacadas anteriormente, deve ser nítido ao olhar do leitor ou/e da leitora que nos moldes do paradigma procedimental a jurisdição constitucional, não possui legitimidade para decidir sobre o conteúdo do direito, pois, este já foi discutido e universalizado pelos participantes envolvidos no discurso. Por isso, nestas situações “o tribunal deve ser tímido, ao passo que, se estiver em questão a tutela do procedimento precisa ter um amplo poder de conformação”.¹⁰⁶

As lições de Jürgen Habermas ratificam o exposto:

Quando se entende a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexó interno entre autonomia privada e pública, é bem vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva (*offensiv*) em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião de vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente. Todavia, temos que livrar o conceito de política deliberativa de conotações excessivas que colocariam o tribunal constitucional sob pressão permanente. Ele não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade.¹⁰⁷

Logo, este procedimento que não é simplesmente “formal”, pois não determina as conclusões que devem ser retiradas do discurso, permite por meio do paradigma da linguagem a construção de um “novo” cenário onde a racionalidade comunicativa torna-se abundante. A jurisdição constitucional, neste viés, não deve ser descartada, uma vez que, representa importante figura na proteção da democracia, preservando a promoção do procedimento, sem que as amarras da ação instrumental ou das políticas estratégicas possam deturpar a legitimidade que deve decorrer das decisões judiciais.

105 FERREIRA, Rafael Alem de Mello. *Jurisdição constitucional agressiva*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 177.

106 FERREIRA, Rafael Alem de Mello. *Jurisdição constitucional agressiva*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 178.

107 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 346-347.

Por fim, vale frisar que as discussões apresentadas neste trabalho foram construídas com o propósito de instigar os membros da comunidade jurídica sobre a potencialidade emancipatória que deve ser encarada com necessária na sociedade moderna, uma vez que, neste momento os dissensos são considerados maiores que os consensos e a crise paradigmática parece estar instaurado. Deste modo, não poderia se encerrar este trabalho sem antes propor-se a seguinte indagação: o que você como integrante da sociedade sugere para a construção de uma sociedade melhor?

3 CONCLUSÃO

O marco teórico deste trabalho consistiu na análise da teoria crítica procedimentalista de Jürgen Habermas. Como visto esta sofisticada construção teórica permite a compreensão de que a ciência jurídica ao lado da política merece especial atenção, pela capacidade de intervenção pacífica em outros sistemas do mundo da vida. A legitimidade reivindicada por Jürgen Habermas é necessária a formação e manutenção de um Estado de Direito que se preocupa com a construção normativa, portanto, também é Democrático, e acima de tudo ouve “efetivamente” as vozes de seus integrantes, afinal são eles os destinatários do sistema normativo/jurídico.

A busca pela legitimidade, ou seja, pela validade que deve ser conferida as decisões tomadas rotineiramente, não se refere a simplória atribuição, posto que, a própria complexidade que decorre da sociedade moderna não permitiria um procedimento “prático, rápido e uniforme”, uma vez que, não estar-se-á na sociedade tradicional, mas em um espaço onde se torna nítida a multiplicidade étnica.

É por estas razões, que Jürgen Habermas é cauteloso ao desenvolver um procedimento deliberativo democrático, em primeiro momento, o autor é conduzido a necessidade de construção de uma racionalidade que permita a consecução deste, assim, em análise as teorizações de seus antecessores, Jürgen Habermas propõe a racionalidade comunicativa como orientadora principal da deliberação, com isso o autor não elimina por inteiro a racionalidade instrumental, mas deixa claro que os espaços do mundo da vida não podem ser colonizados “a qualquer custo” por uma racionalidade que não possibilita a discussão, ou seja, que vislumbra apenas a construção dos fins necessários a obtenção de êxito em uma ação. Logo, o autor demonstra que a racionalidade comunicativa deve estar presente, pois, não possui amarras sombrias, mas constrói-se de

acordo com as necessidades e em atenção especial aos participantes do debate.

O que também é inerente ao manancial teórico de Jürgen Habermas, e destaca-se como ponto fulcral a formulação do procedimento democrático é a tensão existente entre facticidade e validade. Tal tensão é vista com fito de operar na ciência jurídica a transformação necessária a manutenção de sua validade, ou seja, de sua legitimidade. No entanto, deve-se mais uma vez deixar claro que a legitimidade mencionada durante todo o trabalho não pode ser reconhecida simplesmente como sinônimo de legalidade, pois, se isto ocorresse o aludido procedimento seria desnaturado já que o processo de normatização não é suficiente para dizer se uma decisão é válida, ou não. Nesse viés, é compreensível o entendimento de que a facticidade, enquanto normatização, e a validade como legitimidade, são unidas por uma tensão, de modo que não é possível ter-se um procedimento democrático sem a existência de ambos elementos.

Ainda, algumas características do procedimento deliberativo são determinantes a sua realização. Embora, este seja considerado um procedimento formal, estas condições de validade que permeiam o debate não devem liminar ou restringir o seu conteúdo, uma vez que, Jürgen Habermas pretende com a formalidade, evitar que a natureza de seu procedimento seja corrompida, mas não impossibilitar que seus participantes criem suas próprias regras para discussão interna da celeuma apresentada. Desse modo, são nítidos os motivos desta teoria ser considerada universal, pois, se todos os possíveis envolvidos discutiram de forma racional o que seria melhor a eles, isto pode ser universalizado.

Voltando o olhar da teoria crítica procedimentalista de Jürgen Habermas para a análise da Jurisdição Constitucional e da legitimidade das decisões judiciais, o autor demonstra intensa preocupação com o ativismo que resulta da atuação atípica do Poder Judiciário, já que este passa a produzir conteúdos normativos, mesmo não sendo esta sua função.

Nestes moldes, verifica-se que o Poder judiciário tem como atribuição, indiscutível, a produção de discursos de “justificação a partir das normas produzidas legitimamente”¹⁰⁸. Desse modo, a análise do caso concreto permite ao julgador que a luz da normatização adequada

108 FERREIRA, Rafael Alem de Mello. *Jurisdição constitucional agressiva*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 177.

produza um procedimento racional, que por sua vez resultará na prolação de uma decisão judicial. Esta construção, entre julgador e jurisdicionados permite que facticidade (normatização) esteja amparada em razão na validade (legitimidade), que decorre do caso concreto.¹⁰⁹

Portanto, sob a óptica procedimental, Jürgen Habermas vislumbra que a Jurisdição Constitucional poderá alcançar a legitimidade de suas ações se preservar certas condições de racionalidade comunicativa. O Poder Judiciário, não será inútil ao paradigma Habermasiano, mas irá proteger o procedimento democrático deliberativo, mantendo-se vigilante a efetivação do procedimento e a todos os pressupostos de validade desenvolvidos e discutidos ao longo do discurso. Destarte, a Jurisdição Constitucional, em especial a Corte Constitucional devem mostrar sua face agressiva, de modo a evitar interferências indevidas na formação racional de vontade coletiva, ou seja, esta não irá salvaguardar ou garantir questões relacionadas ao conteúdo da discussão, mas a forma que este procedimento ocorrerá. Assim, a Jurisdição Constitucional irá garantir o alicerce de todo sistema jurídico: a legitimidade de sua atuação.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Jurisdição Constitucional: a tênue fronteira entre direito e política*. [S. l.]. Migalhas, 2014. p.3. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>> Acesso em: 10 out. 2016.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. 2. ed. revisada e ampliada. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

FERREIRA, Rafael Alem de Mello. *Jurisdição constitucional agressiva*. Curitiba: Juruá, 2015.

FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes. *Crítica aos princípios do direito moderno: história, sociedade e direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2014.

109 FERREIRA, Rafael Alem de Mello. *Jurisdição constitucional agressiva*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 177.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*: Estudos Filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KEINERT, Maurício Cardoso; HULSHOF, Monique; MELO, Rúrion Soares. Diferenciação e complementariedade entre direito e moral. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia*: um guia de leitura em Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. Cebrap – revista eletrônica *Novos Estudos*, São Paulo, n. 96, p. 72, jul. 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n96/a06n96.pdf>> Acesso em: 26 out. 2016.

LUBENOW, Jorge Adriano. Esfera Pública e Democracia: Modelo teórico e discursos críticos. *Kriterion - revista do Departamento de filosofia e ciências humanas da universidade federal de minas gerais*, Belo Horizonte, v. 51, n. 121. jun. 2010.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade*: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução do alemão: Martonio Lima e Paulo Albuquerque.

MONICA, Eder Fernandes; HANSEN, Gilvan Luiz. A teoria Crítica sob o prisma discursivo de Habermas. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia*: um guia de leitura em Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 2. ed. revisada e atualizada, Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

NOBRE, Marcos. 01. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia*: um guia de leitura em Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008.

SEGATTO, Antonio Ianni. A tensão entre facticidade e validade. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 8. ed. revisada e atualizada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. revisada, atualizada e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?* 5. ed. revisada e atualizada; Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.