

Possibilidades procedimentais de controle dos conteúdos morais das decisões judiciais¹

LEAL, Rogério Gesta *

Introdução

Pretendo neste ensaio discutir os limites objetivos e subjetivos da decisão judicial a partir de uma teoria da argumentação jurídica e da Democracia, notadamente para analisar as possibilidades da jurisdição brasileira a partir da Constituição de 1988. Par tanto, apresento, em aproximação sucessiva, como mote provocador a tese de Ronald Dworkin, desenvolvida no texto *The judge's new role: should personal convictions count?*, publicado no Journal of Internacional Criminal Justice, v. 1, março de 2003. New York: Damos, 2003, p. 4-12. Na confrontação da tese de Dworkin, vou utilizar algumas reflexões e premissas da Teoria da Argumentação Jurídica, fundada notadamente em Jürgen Habermas, especialmente nos textos *Direito e Moral*. Instituto Piaget: Lisboa. 1986; *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989; *Faticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

1 A tese de Ronald Dworkin

Sustenta o autor americano no texto referido que ao longo dos anos que se seguiram à Segunda Guerra Mundial começou-se a perceber de forma mais veemente nos Estados Unidos que a judicatura cada vez mais se pronunciava sobre questões morais ao interpretar e aplicar o sistema jurídico na solução de casos concretos. Em face disto, o autor se propõe a discutir as seguintes questões: (a) se há alguma forma, no ato de julgar, de se evitar a manifestação de valores; (b) se não é possível isto, esta forma de agir julgando se apresenta como reprovável?; (c) tal comportamento judicial é efetivamente reprovável por diversas razões, e geralmente os juízes negam que ajam desta forma;² (d) Se tudo isto é verdade, por que muitas democracias, novas e maduras, insistem em dar aos juízes o poder de julgar dessa maneira?

Desde pronto, Dworkin adverte que os cânones positivistas que perduram ao longo do tempo se mostram insuficientes para atender à complexidade das relações sociais e – conseqüentemente – as decisões sobre estas realidades. Além disso, o positivismo estrito têm, na verdade, restringido os limites do fenômeno jurídico e imprimido nele muitos vazios de sentido e abordagem a serem preenchidos

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Doutor em Direito;. Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul e da Unoesc; Professor Visitante da Università Tullio Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Coruña – Espanha, e Universidad de Buenos Aires; Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura; Membro da Rede de Direitos Fundamentais, do Conselho Nacional de Justiça, Brasília. Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura, Brasília, DF. Membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira.

¹ Este ensaio é fruto do projeto de pesquisa intitulado A decisão judicial: elementos teórico-constitutivos à efetivação pragmática dos direitos fundamentais, desenvolvido com o Curso de Direito da Unoesc, bem como com o Grupo de Pesquisa sobre Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais, desta mesma Instituição.

² Dworkin (2003, p. 4).

pela interpretação cotidiana dos juízes, que o fazem utilizando o sistema jurídico e suas convicções pessoais que tocam em questões morais.³

Na verdade, lembra o autor que diversas democracias, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, outorgaram aos seus magistrados poderes de revisão de atos do Estado Administrador em geral a partir de doutrinas atinentes à razoabilidade e proporcionalidade dos atos por ele praticados, bem como pela ideia de justiça natural vigente no âmbito da jurisdição destes países, oportunidade em que restaram mais explícitas as oportunidades de pronunciamentos morais nas decisões judiciais.⁴

A despeito deste cenário internacional ser favorável desde a década de 1950 para o crescimento dos poderes da magistratura em termos de decisões jurisdicionais envolvendo considerações morais, nas mais diversas áreas, diz Dworkin que uma das principais áreas em que isto ocorre nos EUA foi e tem sido a que diz respeito às regulações administrativas de diversos setores da economia e do mercado, eis que se prestam a um controle jurídico atinente à conveniência, necessidade, razoabilidade, proporcionalidade das medidas tomadas a estes títulos, em face dos impactos que geram nas relações sociais e individuais cotidianas.

Isto é ainda mais explícito nos casos de decisões constitucionais propriamente ditas (*constitutional adjudication*), porque

*The pertinent constitutional standards are even more explicitly moral: they declare rights of free expression, treatment as equals, and respect for life and dignity, and sometimes make exceptions for constraints necessary in a democratic society.*⁵

Estas restrições necessárias a determinados atos da vida civil (públicos ou privados), em benefício da Sociedade Democrática, impostas pelo controle jurisdicional, já implicam juízos de valor extremamente subjetivos, a despeito dos elementos parametrizantes conceituais que estão a informar uma prévia delimitação jurisprudencial das suas possibilidades (*the precedents*).

Lembra Dworkin que os problemas morais que estão na base das questões administrativas e constitucionais, efetivamente dizem mais respeito a problemas sociais e públicos (como o governo deve tratar seus cidadãos, por exemplo, ou a problemática questão do aborto como escolha ética individual permitida) do que ético-individuais, os quais geralmente vêm regulados por uma normatividade ordinária e não constitucional (*ordinary adjudication*), o que já representa uma escolha pública de fundo substancial.⁶

Trazendo exemplos tocantes à liberdade de manifestação do pensamento (se ela deve ser controlada em nome da proteção das minorias) e condizentes ao tratamento internacional à tortura (que tem variado ao longo do tempo e, principalmente, em face das novas tecnologias de tortura existentes, explicitadas pelos atos de terrorismo⁷), Dworkin reconhece a existência de algumas possibilidades

³ “The strict positivistic sources of law had fuzzy boundaries and left gaps; they had to be sharpened or filled in with interpretation, and interpretation requires judges to decide which way of continuing the story that the legislature or other judges have begun is the most satisfactory all things considered.” (DWORKIN, 2003, p. 5).

⁴ Dworkin (2003, p. 6). Inclusive com a criação de Tribunais Internacionais e com a expansão de importância do Direito Internacional, os poderes judiciais de revisão de atos praticados também por outros poderes foram ampliados (para o nível internacional).

⁵ Dworkin (2003, p. 7).

⁶ “The moral issues at the heart of both administrative and constitutional adjudication are largely matters of political morality rather than individual ethics. The issues of fairness that occupy ordinary adjudication are matters of how individuals should treat one another in business, or in creating risk and compensating for damage, for example. But the issues for judges in constitutional cases are about for how government should or may treat its citizens.” (DWORKIN, 2003, p. 7).

⁷ Neste ponto, o autor traz um comentário sobre a decisão judicial da Suprema Corte Americana *Selmouni v. France*, de 28 de julho de 1999, quando referiu que “having regard to the fact that the Constitution is a living instrument which must be interpreted in the light of present day conditions. Neste momento, a Corte asseverou que *certain acts which were classified in the past as inhuman and degrading treatment as opposed to torture could be classified differently in future. It takes the view that the increasingly high standards being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties*

de compartilhamento de uma certa universalização de convencimentos morais historicamente determinados, geralmente incorporados por tratados internacionais e mesmo pelos sistemas jurídicos de Estados-Nações.⁸ A despeito disto, nos EUA (e também de forma crescente na Inglaterra), importantes advogados e juízes que defendem a possibilidade de que os magistrados devam necessariamente imprimir considerações morais em suas decisões, insistem no fato de que a judicatura não deve invocar argumentos que caracterizem convicções pessoais de ordem moral (*own personal morality*).⁹

Questões, como a proibição do aborto, a autorização para que se instale e haja uma polícia antiterrorista, para que se previna a publicação de literatura (jornalística ou científica) inflamatória de questões raciais, não são tidas como questões de ordem moral-individual no âmbito das decisões judiciais nos EUA, mas podem ser questionadas (conforme Dworkin) pelo aspecto de que não sejam democráticas, eis que todos estes temas envolvem políticas públicas federais forjadas jurisdicionalmente por um pequeno grupo social que não representa necessariamente a vontade popular (retirando tal debate da seara mais ampla e legítima existente, como a do Poder Legislativo).¹⁰

Por todas estas razões, Dworkin prefere crer – assim como boa parte dos doutrinadores e juízes americanos – que os magistrados (ao menos *the most responsible lawyers and judges, whenever they can*), quando precisam decidir questões que envolvam problemas de dimensões morais, não devem confiar nas suas convicções pessoais morais, mas na moralidade da comunidade como um todo, ou nos princípios oriundos da história da Nação.¹¹ Isto ocorre porque, com raras exceções (*in particularly outrageous cases*), aquelas situações devem ser declinadas para o julgamento de outros espaços oficiais, como o Parlamento de cada país, ou mesmo uma Assembleia Internacional.

Tudo isto importa pelo fato de que, mesmo havendo uma preocupação dos juízes em não imprimir convicções morais pessoais nas decisões que tomam, na maior parte das vezes, eles não conseguem fazê-lo. Ocorre que as convicções (constitucionais e morais) nas quais os juízes confiam são quase sempre distintas das convicções políticas e éticas com as quais a maior parte da população constitui sua perspectiva moral de sociedade.¹² Muitas vezes, questões de alta relevância política e de profundo conteúdo moral – como o conceito de democracia, por exemplo – por não serem temas debatidos pela sociedade como um todo, ganham foro de tratamento centralizado por algumas corporações, como o Judiciário, que vai definindo em suas decisões os contornos que entende possíveis dessas matérias, passando batidas à população.

Por todas essas razões, Dworkin crê que a transferência de poder ao Judiciário de temas que deveriam ter foros de discussão e deliberação maiores enfraquece a própria Democracia, pois afasta outras representações da Sociedade Civil e ela própria destes espaços decisórios, violando aquilo que o autor concebe como a condição substancial da democracia, qual seja, que a Sociedade tenha o genuíno e igual direito de participar dos argumentos públicos que produzem as decisões majoritárias,

correspondingly and inevitably require greater firmness in assessing breaches of the fundamental value of democracy societies.” (DWORKIN, 2003, p. 8).

⁸ Guardadas as particularidades que diferenciam e identificam cada Estado e país. (DWORKIN, 2003, p. 7).

⁹ Dworkin (2003, p. 8).

¹⁰ Lembra o autor que “*judges disagree about political morality among themselves, moreover, and it also seems unfair that important decisions should turn on which panel of judges was sitting at the time, particularly since judicial appointments are often matters of politics and even luck rather than a solemn assessment of merit.*” (DWORKIN, 2003, p. 8).

¹¹ *The judges are relying on something else: the morality of the community as a whole, for example, or the principles embedded in the nation's history.* Idem, pg.08. Mesmo aqui, Dworkin – mais à frente – adverte para o fato de que, mesmo naquelas situações, há uma tendência de que os juízes imprimam suas convicções pessoais ao dizer o que significa a moralidade da sociedade como um todo e quais são os princípios oriundos da história da Nação a serem considerados para o caso concreto. Aqui, as posições pessoais dos juízes podem ser ainda mais duras (porque veladas pela fala oficial do Estado Juiz), do que quando revelam de pronto suas opiniões sobre o aborto ou a liberdade de imprensa.

¹² “*The convictions on which constitutional judges rely are almost always, as I said, distinctly political convictions rather than the kind of ethical judgment that most people think of as moral.*” (DWORKIN, 2003, p. 8).

resguardando os direitos individuais – à medida que com os públicos não conflitem – destas regras majoritárias.¹³

Usando de comparações religiosas e políticas, Dworkin chega a afirmar que regras de comportamento social hoje delimitadas pelos magistrados, já foram no passado estabelecidas por sacerdotes e mais tarde por políticos; estes dois últimos atores sociais não tinham a responsabilidade de justificar todos os seus atos a partir de determinados parâmetros de certo e errado.¹⁴ Os magistrados, por sua vez, não podem agir a não ser justificando seus atos tão somente pelos princípios que regem a sociedade. Todavia, pelo fato de os juízes acreditarem que por intermédio de suas convicções morais possam construir um corpo de princípios (a partir da interpretação constitucional), na verdade eles operam em um campo de profunda abstração e menos coerente do que qualquer tradição cultural veiculada pela forma democrático-representativa-parlamentar.

Para Dworkin, é a própria Sociedade contemporânea que não aceita o *papado judicial* (*judicial papacy*), isto porque está mais politizada do que nunca e dá valor para as questões da representação política de sua vontade e vida comunitária, onde pode participar argumentativamente das decisões tomadas, seja pela via do voto, seja por outra forma de participação mais orgânica.

Extraí-se destas posições de Dworkin uma tendência que segmentos importantes de doutrinadores juristas americanos desenvolvem hoje acerca dos limites interventivos das decisões judiciais no âmbito da política e da vida social como um todo, delimitando as possibilidades de comportamentos de caráter moral juridicamente aceitáveis.¹⁵

Pela dicção de Dworkin, haveria de se ter no âmbito da jurisdição a consciência de que determinadas questões, que dizem respeito ao código ético e axiológico da comunidade, objeto de deliberação pública pela via da representação popular direta (parlamento, organizações sociais, corporações públicas e privadas), devem ter garantido como espaço de enfrentamento e decisão o plano legislativo e as causas que lhe deram existência, sob pena de se violar os princípios que informam a Democracia contemporânea.

Por tais razões, deveriam os magistrados ficar atentos, no exercício de seus ofícios, no sentido de não adentrar naqueles temas de forma a violar os objetivos matriciais que os identificam, usurpando a fonte legítima que os constituiu como parâmetros comportamentais. Tal perspectiva, entretanto, não implica distanciamento ou indiferença da jurisdição em face daqueles assuntos públicos importantes, mas cautela no manejo deles, afinal o que está em jogo são as próprias regras do jogo democrático e a possibilidade de se instaurar um neodespotismo togado esclarecido.¹⁶

O que Dworkin não aborda neste texto (tampouco de forma direta em seus anteriores ou posteriores trabalhos), é como se poderia pensar, operacionalmente, o comportamento ideal da jurisdição neste particular, haja vista que, efetivamente, a problematização levantada pela sua abordagem têm níveis de pertinência destacados.

Assim é que proponho uma avaliação da reflexão de Jürgen Habermas sobre a relação que há não entre Jurisdição e juízos morais, mas entre Direito e Moral, circunstância que implica releitura mais

¹³ Diz o autor: “Majority rule is fair only when certain conditions are met – only, for example, when people have a genuine and equal right to participate in the public argument that produces the majority decision, and only when issues of distinct importance to individuals, like the choice of religious commitment, are exempt from majoritarian dictate altogether.” (DWORKIN, 2003, p. 10).

¹⁴ “Any such responsibility would undermine the emotional base of priesthood, which is mystery, or cripple the accommodating and pragmatic strategies of politicians.” (DWORKIN, 2003, p. 11). Para a evolução desta perspectiva, consultar o trabalho de Borino (2003).

¹⁵ Assim como Ronald Dworkin, podemos citar os trabalhos de Tribe (1985, p. 13). Pergunta o autor: “Who could believe that constitutional decisions and choices might reflect anything as external and eternal, impersonal and inexorable, as the will of the law?”

¹⁶ Tal proposição arrefece a condição do juiz nominado por François Ost como Hércules, “*más que un hombre de ley, un verdadero ingeniero social.*” (OST, 1993, p. 17).

substancial e procedimental de outra perspectiva, a saber, a que trabalha com um conceito complexo de Direito, fundado por postulados axiológicos indeclináveis, a ser manejado pelos magistrados. É o que passo a fazer.

2 A relação entre Direito e Moral em Jürgen Habermas

O pensamento de Jürgen Habermas é marcado pela complexidade e multilateralidade, haja vista o plexo de temas e abordagens a que se lança em cada uma de suas fases investigativas. Para este ensaio, todavia, queremos tão somente tencionar a relação que ele estabelece entre Direito e Moral, especialmente em seu texto *Direito e Moral*. (1986).

Nesta obra, o pensador alemão assevera – a partir de um diálogo com Max Weber –, que a estrutura científico-metódica de um corpo jurídico, reformulado de forma sistemática pelas regras que o constitui e a partir da modernidade, não consegue reivindicar, para si, a eficácia de delimitar as razões de justificação e fundamentação da ordem jurídica estabelecida, ou seja, legitimar a legalidade, questão da mais alta relevância em uma sociedade que se quer racional e emancipada dos grillhões obscurantistas de exercício de poderes totalitários.¹⁷

Com toda a autoridade que as ciências possam reclamar nas sociedades modernas, as normas jurídicas já não têm reconhecido a sua legitimidade pelo simples fato de os seus significados serem especificados, os seus conceitos explicados, a sua consistência provada e os seus motivos de pensamento uniformizados. Em face disto, o trabalho hermenêutico dos juristas tem importante função na legitimação de todo o sistema jurídico, junto com outros elementos e variáveis sociais, políticas, econômicas e ideológicas que circundam este fenômeno.

Na verdade, para Habermas, os trabalhos de sistematização e aplicação do direito por parte dos juristas especializados tornaram consciente o processo de validade pós-tradicional do direito,¹⁸ pois parte o autor do pressuposto de que toda e qualquer norma jurídica tem de estar fundamentada em um sistema jurídico tornado compreensível a partir dos princípios que o constitui; estes próprios princípios podem coligar uns com os outros, estando todos expostos a um exame discursivo e público por todos os atingidos e envolvidos por ele. Tais princípios, por sua vez, advêm de um embate tenso e conflituoso das relações sociais, forjados no tempo e no espaço das diferenças naturais e construídas pelo movimento da história, veiculados por postulados éticos e axiológicos que conformam o mundo da vida dos indivíduos e das comunidades (liberdade, igualdade, dignidade da vida humana, livre manifestação do pensamento, tolerância, solidariedade, direito à paz e a um meio ambiente sustentável, etc).

Neste ponto, Habermas faz uma crítica a Weber, pelo fato dele não ter reconhecido a existência de um núcleo moral do direito formal burguês, evidenciado por seus princípios constitutivos (econômicos, comerciais, industriais, etc.), porque entendia as inteleções morais – equivocadamente – como orientações axiológicas meramente subjetivas; valores equivalentes a conteúdos não mais realizáveis e, no futuro, impossíveis de se compatibilizar com o caráter formal do direito. Ele não distinguiu entre a preferência de valores, que se *recomendam*, por assim dizer, como sendo mais importantes do que outros dentro de determinadas tradições e formas de vida culturais, e entre a validade deôntica de normas (cujo conteúdo é de alta carga valorativa) que obrigam.¹⁹

¹⁷ Habermas (1986, p. 26).

¹⁸ Validade que necessita explicitar e pôr à prova as razões que justificam sua pretensão de veracidade, coerência e legitimidade.

¹⁹ Habermas (1986, p. 28).

De qualquer maneira, as reflexões que fizemos até agora levam à conclusão de que não se consegue explicar, a partir de Habermas, a legitimidade da legalidade fundada tão somente em uma racionalidade independente e estratégica (que visa alcançar fins totalmente previstos previamente pelo próprio sistema jurídico), instalada nas formas jurídicas; ela tem, antes, que se basear em uma relação interna entre moral e direito.²⁰

Nesta linha de raciocínio, pondera o autor que mesmo os discursos jurídicos, por mais ligados que estejam ao direito vigente, não se podem movimentar em um universo fechado de regras inequivocamente afixadas.

Isto resulta, imediatamente, da estratificação do direito moderno em regras e princípios. Muitos destes princípios são, simultaneamente, de natureza jurídica e moral, tal como se consegue facilmente deduzir no Direito Constitucional. Os princípios morais do direito natural tornaram-se direito positivo no Estado Constitucional moderno.²¹

Ademais, Habermas e Karl Otto Appel há muito tempo vêm insistindo com a tese da necessidade de compreendermos a argumentação moral como a maneira mais adequada à formação volitiva racional de qualquer ordem social. Assim é que características importantes do Direito positivo contemporâneo tornam-se mais compreensíveis quando concebemos o direito a partir do ponto de vista dos fundamentos morais que o informam, haja vista que as expectativas de comportamento institucionalizadas juridicamente – em uma perspectiva meramente positivista – ganham *força obrigatória* simplesmente por intermédio do seu acoplamento a um potencial estatal de sanção.²²

Ocorre que, para Habermas, o sistema normativo positivo reclama uma *validade social*, determinada pelo grau em que consegue se impor, ou seja, pela sua possível aceitação fática no círculo dos membros do direito.²³ Em tal perspectiva, o entrelaçamento entre moral e direito se afigura inexorável, uma vez que a moral não paira mais sobre o direito, como uma proposição suprapositiva de normas,²⁴ tal como *sugere* a construção do direito racional; ela introduz-se no direito positivo sem, contudo, ficar aí absorvida, como quer o positivismo jurídico mais clássico de Augusto Comte, por exemplo, crendo que nos discursos jurídicos o tratamento argumentativo de questões morais-práticas vem controlado na via da institucionalização jurídico-normativa.²⁵

Estamos dizendo, com Habermas, que a legitimidade de regras se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa, razão pela qual se precisa relevar os argumentos que as justificam sob pontos de vista pragmáticos, éticos e morais; isto ocorre pelo fato de que a legitimidade de uma regra independe do fato de ela conseguir se impor. Ao contrário, tanto a validade social, quanto a obediência fática, variam de acordo com a *fé* dos membros da comunidade de direito na legitimidade,

²⁰ Habermas (1986, p. 30).

²¹ Habermas (1986, p. 33).

²² É interessante ver neste sentido a abordagem que Habermas faz das três formas de uso da razão prática que a modernidade legou ao agir humano, a saber, (1) o uso pragmático da razão prática (voltado para fins, sem se preocupar com as questões éticas ou morais que estão envolvidas nela); (2) o uso ético da razão prática (aqui há um certo apelo a valores, mas não os questiona: herda-os do mundo social no qual a razão está integrada e os utiliza para reproduzir este mesmo mundo); e finalmente (3) o uso moral da razão prática, cujo princípio norteador do agir, neste caso, é o problema da justiça. A razão prática aqui rompe com as tradições e com as certezas ingênuas do mundo social nativo e se pergunta onde está a ação justa, ou o que deve ser feito para que a ação justa prevaleça. A partir dessa ruptura, as interações libertam-se de seu caráter local e histórico e tornam-se particularmente abstratas. Isto significa que não se baseiam em nenhuma outra motivação a não ser a busca da justiça; desaparecem as convenções e o caráter transitório e histórico que motivam o agir. (HABERMAS, 1989, p. 4-19). Para um aprofundamento desta abordagem, há bons elementos no texto de Harrington (2001).

²³ Habermas (1999, p. 112).

²⁴ Como no jusnaturalismo mais clássico, como o de Pufendorf. Neste sentido ver o texto de Vendross (1982, p. 217).

²⁵ Vendross (1982, p. 63).

e esta fé, por sua vez, apoia-se na suposição da legitimidade, isto é, na fundamentabilidade axiológica e compartilhada das respectivas normas.²⁶

Uma ordem jurídica não pode limitar-se apenas a garantir que toda pessoa seja reconhecida em seus direitos por todas as demais pessoas; o reconhecimento recíproco dos direitos de cada um por todos os outros deve apoiar-se, além disso, em leis legítimas que garantam a cada um liberdades iguais, de modo que “a liberdade do arbítrio de cada um possa manter-se junto com a liberdade de todos”. As leis morais preenchem esta condição *per se*; no caso das regras do direito positivo, no entanto, essa condição precisa ser preenchida pelo legislador político. No sistema jurídico, o processo da legislação constitui, pois, o lugar propriamente dito da integração social.²⁷

Mesmo que se diga que com a positivação do direito na Modernidade ele tenha se tornado independente do soberano estatal, jamais desapareceu a problemática da sua fundamentação, mas tão somente um deslocamento de tal fundamentação para um código de ética mais profano, pós-metafísico e desconectado das relações de poder abstratamente justificadas: o processo legislativo das Democracias Modernas.²⁸

À medida que, com a ideia do contrato social instituidor do espaço público e privado da civilização, vai-se ter um novo paradigma de fundamentação do poder político e da ordem social juridicamente regulada, a relação entre direito positivo e moral se vê incrementada, apresentando-se esta como repositório dos verdadeiros princípios universais que marcam a natureza humana nas suas mais diversas expressões históricas no Ocidente, presentes na base de toda a legislação daí advinda, constituindo o que kantianamente poderíamos chamar de *imperativos categóricos*.²⁹ São destes princípios (imperativos) que deriva a legislação, de onde se extrai o direito subjetivo em que cada um pode obrigar todos os outros contratantes a respeitarem a sua liberdade, desde que esta tenha em conta a liberdade igual de todos, ao menos como pressuposto conformador da ordem social pactuadamente estabelecida.³⁰

Ocorre que os tempos hodiernos demonstram que a dinâmica de uma sociedade integrada por meio de mercados não se deixa mais aprisionar nos conceitos normativos do direito e, muito menos, *paralisar* no enquadramento de um sistema jurídico, projetado aprioristicamente. Por tais razões, a moralidade instalada no direito positivo possui a força transcendente de um procedimento autorregulador do próprio sistema jurídico, o qual controla e fundamenta sua racionalidade.³¹

Aliado a isto, há de se considerar que, ou a ordem jurídica permanece embutida nos contextos de um *ethos* da sociedade global subordinada à autoridade de um direito sagrado – como foi o caso das formas de transição absolutistas ou estamentais do Renascimento; ou as liberdades subjetivas de ação são complementadas por direitos subjetivos *de outro tipo* – mediante direitos dos cidadãos que não visam apenas à liberdade de arbítrio, mas à autonomia.

²⁶ Habermas (1999, p. 115).

²⁷ Habermas (1999, p. 116).

²⁸ “A positividade do direito vem acompanhada da expectativa de que o processo democrático da legislação fundamente a suposição da aceitabilidade racional das normas estatuídas. Na positividade do direito não chega a se manifestar a facticidade de qualquer tipo contingente ou arbitrário da vontade, mas sim a vontade legítima, que resulta de uma autolegislação presumivelmente racional de cidadãos politicamente autônomos.” (HABERMAS, 1999, p. 122).

²⁹ Habermas (1999, p. 106). Habermas está se referindo claramente aos princípios kantianos aqui. Nesse sentido, ver Kant (1990, 1988). De outro lado, há uma avaliação extremamente interessante envolvendo os limites cognitivos da compreensão destes princípios em Kant, desenvolvido por Goyard (1995), especialmente a partir da p. 32 e ss.

³⁰ Desenvolvi melhor este tema em dois trabalhos: Leal (2002, 2003).

³¹ Habermas (2002, p. 107). Um dos princípios reguladores que podem ser chamados à colação aqui são os Direitos Humanos e Fundamentais incorporados nos sistemas normativos dos Estados-Nação. Trabalhei este tema no livro Leal (2002).

Pois, sem um respaldo religioso ou metafísico, o direito coercitivo, talhado conforme o comportamento legal, só consegue garantir sua força integradora se a totalidade dos destinatários singulares das normas jurídicas puder considerar-se autora racional dessas normas. Nesta medida, o direito moderno nutre-se de uma solidariedade concentrada no papel do cidadão que surge, em última instância, do agir comunicativo. A liberdade comunicativa dos cidadãos pode, como vimos, assumir, na prática da autodeterminação organizada, uma forma mediada através de instituições e processos jurídicos, porém não pode ser substituída inteiramente por um direito coercitivo.³²

Assim, não se pode esperar que os operadores do direito positivo e do sistema jurídico possam não ser tocados pelo universo axiológico que constitui os seus instrumentos de trabalho. Diferente de Dworkin, Habermas tem consciência de que a natureza também valorativa da norma jurídica está de tal maneira envolvida com sua dimensão pragmática, que se afigura impossível imaginarmos o afastamento de juízos morais tanto na concepção do sistema quanto na sua efetivação, o que atinge advogados, promotores, procuradores e magistrados.

Pelo contrário, como quer Habermas, os intérpretes – no exercício de seus misteres – renunciam à superioridade da posição privilegiada do observador, porque eles próprios se veem envolvidos nas negociações sobre o sentido e a validade dos proferimentos que são colocados à interlocução processual/jurisdicional (as pretensões deduzidas e resistidas). Ao tomarem parte em ações comunicativas jurisdicionais, aceitam por princípio o mesmo *status* daqueles cujos proferimentos querem compreender³³ (sujeitos de direito). Eles não estão mais imunes às tomadas de posição por sim/não destes sujeitos de direito, mas empenham-se em um processo de reflexão e crítica recíproca, na busca do melhor argumento para a tomada da decisão. Assim, podemos concluir que, no quadro de um processo de entendimento mútuo – virtual ou atual – não há nada que permita decidir a priori quem tem de aprender de quem.³⁴

É inevitável, pois, que juízos de valor se insinuem no discurso/argumentação que constata fatos, atos ou negócios jurídicos, e isto ocorre pelo simples fato de que o cenário para a análise empírica destas situações considera o quadro de referência das interpretações e sentidos quotidianos dos próprios participantes daqueles eventos.

Se isto é verdade, também é correto afirmar – o que faz Habermas no *Consciência Moral e Agir Comunicativo*³⁵ – que os intérpretes perdem, é verdade, em virtude de seu engajamento inevitável no processo do entendimento mútuo, o privilégio do observador não participante ou da terceira pessoa, mas que, pela mesma razão, dispõem dos meios para manter de pé, desde dentro, uma *posição da imparcialidade negociada*. Mas o que vem a ser esta posição de imparcialidade negociada?

Para responder a esta questão, Habermas vai buscar subsídios nas reflexões de Jean Piaget e de Lawrence Kohlberg, sustentando que qualquer atividade de interpretação está fundada em um processo que podemos nominar de aprendizagem construtivista, baseado nas seguintes suposições: (a) a suposição

³² Habermas (1999, p. 132).

³³ Proferimentos estes que estão dados, por exemplo, pelo sistema jurídico que contempla elementos valorativos eleitos pelo pacto social por intermédio de sua representação política, a qual cria instrumentos de vinculação obrigatória dos sujeitos de direito (princípios e regras jurídicas, constitucionais e infraconstitucionais).

³⁴ Habermas (1989, p. 43).

³⁵ Habermas (1989, p. 46). Adverte o autor alemão aqui que: “O paradigma da interpretação para a hermenêutica é a interpretação de um texto da tradição. Os intérpretes parecem inicialmente compreender as frases de seu autor, mas, em seguida, fazem a experiência desconcertante de que não compreendem adequadamente o texto, isto é, não a ponto de poderem responder, se fosse o caso, a questões do autor. Os intérpretes tomam isso como indício do fato de que continuam a referir o texto a um contexto diferente daquele em que o texto estava de fato inserido. Eles têm que rever sua compreensão. Essa espécie de transtorno da comunicação marca a situação inicial. Eles procuram compreender então por que o autor – na crença tácita de que determinados estados de coisas existem, de que determinados valores e normas são válidos, de que determinadas vivências podem ser atribuídas a determinados sujeitos – faz em seu texto determinadas asserções, observa ou fere determinadas convenções e por que dá expressão a determinadas intenções, disposições, sentimentos e coisas parecidas. Mas é apenas na medida em que os intérpretes averiguam as razões que tornam os proferimentos do autor susceptíveis de aparecerem de seu ponto de vista como racionais que compreendemos o que o autor quis dizer.”

de que o saber em geral pode ser analisado como um produto de processos de aprendizagem; (b) que o aprendizado é um processo de solução de problemas no qual o sujeito que aprende está ativamente envolvido; (c) que o processo de aprendizagem é guiado pelos discernimentos dos próprios sujeitos diretamente envolvidos nesse processo. O processo de aprendizagem deve, assim, poder se compreender internamente como a passagem de uma interpretação X, de um dado problema, para uma interpretação X2 do mesmo problema, de tal modo que o sujeito que aprende possa explicar, à luz de sua segunda interpretação, por que a primeira é errada,³⁶ explicitando suas razões de justificação e fundamentação, para que então possa ser compreendida e interagida pelos demais sujeitos envolvidos ou alcançados pela sua pretensão. Daí advém a negociação fundada em argumentos.

Ocorre que esta negociação argumentativa, por sua vez, também está fundada em determinados pressupostos neurais, sem os quais a possibilidade de entendimento dos sujeitos de direito se restringe muito. Tais pressupostos, para Habermas, encontram-se definidos pelo que ele chama de *interações comunicativas*, a saber: *aquelas nas quais as pessoas envolvidas se colocam de acordo para ordenar seus planos de ação, sendo que o acordo alcançado em cada caso mede-se pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade.*³⁷

No caso de demandas judiciais, os sujeitos de direito erguem com seus atos de fala (veiculados por suas petições ao magistrado, e mesmo nas oportunidades de manifestação oral, testemunhal, pericial, etc.), ao se entenderem – ou não – uns com os outros sobre algo, *pretensões de validade*, mais precisamente, *pretensões de verdade, pretensões de correção e pretensões de sinceridade*, conforme se referam a algo no mundo objetivo (enquanto veracidade da totalidade dos estados de coisas existentes no mundo empírico em que ocorrem os fatos, atos e negócios jurídicos), a algo no mundo social comum (enquanto observância das normas legitimamente regulatórias das relações interpessoais do grupo social a que pertencem aqueles sujeitos de direitos), ou a algo no mundo subjetivo próprio (enquanto certeza das intenções dos sujeitos de direito – boa-fé, litigância de má-fé, etc.).³⁸

Todas estas pretensões que informam as possibilidades de uma ação comunicativa jurisdicional que se queira verdadeiramente interativa, buscando o entendimento dos sujeitos de direito envolvidos no conflito (social, humano e jurisdicional), têm bases axiológicas muito determinadas e passíveis/necessárias de serem bem identificadas/compreendidas, sob pena de se esvaziar de eficácia legítima os argumentos decisoriais da jurisdição, presentes e operantes no sistema jurídico pátrio, mediante do seu ferramental normativo cogente.

De outro lado, o problema maior aqui é o de delimitarmos quais os limites da jurisdição na imposição de seus argumentos decisoriais para constituir as pretensões de validade que entende serem necessárias para o caso concreto, notadamente no âmbito de temas que têm natureza política complexa e que, não raro, dizem respeito a competências legislativas ou administrativas que envolvem outros elementos institucionais e de competência republicano-federativa. Passamos a tal enfrentamento.

³⁶ Habermas (1989, p. 50). É facilmente perceptível esta situação nas situações envolvendo lides judiciais, na medida em que sempre se tem as teses das partes para serem solvidas pela jurisdição.

³⁷ Habermas (1989, p. 79).

³⁸ Advirta-se, por oportuno, que estas pretensões não são de modo algum inerentes às entidades ou sujeitos eles próprios, mas apenas aos atos de fala com que nos referimos a eles no discurso constataativo de fatos, atos e negócios jurídicos, a fim de representar um determinado estado de coisas que precisa ser compreendido (HABERMAS, 1999, p. 82).

3 O problema do controle dos argumentos morais nas decisões judiciais

Conforme as premissas que estamos trabalhando neste ensaio, podemos afirmar que a imposição de normas jurídicas (assim como quaisquer outras regulatórias de relações sociais) está triplamente codificada, porque os motivos para o reconhecimento de pretensões de validade normativas decorrentes dela podem remeter tanto a convicções de caráter moral e empírico vigentes entre os sujeitos de direito quanto a sanções institucionalmente estabelecidas pela força e coação física *legítimas* exercidas pelo Estado, ou, ainda, a uma mescla complicada de discernimento e violência exercida pela desordem social da marginalidade e exclusão provocadas pelo mercado e não alcançada pela ordem oficial.

Por tais razões, não basta a entrada em vigor positivista das normas para assegurar duradouramente sua validade social. A imposição duradoura de uma norma (ou de um sistema jurídico) depende também da possibilidade de mobilizar, em um dado contexto (da tradição) societário, razões que sejam suficientes pelo menos para explicitar a legitimidade da pretensão de validade que tais normas enunciam no círculo das pessoas a que se endereçam,³⁹ o que implica o reconhecimento da necessária e permanente imposição de juízos de valor sobre a legitimidade das próprias normas e de sua capacidade de cumprir com a função racionalizadora dos pactos civilizatórios que fundam a sociedade moderna, baseada em determinados pressupostos universais,⁴⁰ tais como o da dignidade da vida humana, da igualdade e liberdade – material e formal, etc.

Talvez a partir destas considerações, possamos começar a construir uma proposição de atuação jurisdicional que, não negando a importância de reconhecer a inevitável vinculação que possui com determinados juízos de valores ínsitos à condição de ser social no mundo (na situação de magistrado),⁴¹ possam também criar mecanismos hermenêuticos de controle e calibração de imposição mais consciente destes plexos axiológicos identificados nos seus argumentos decisoriais. Para tanto, cremos ser possível

³⁹ De acordo com a Ética do Discurso de Habermas, uma norma somente deve pretender validade quando todos os que possam ser concernidos por ela cheguem (ou possam chegar), enquanto participantes de um discurso prático, a um acordo quanto à validade dessa norma. (HABERMAS, 1989, p. 86). Uma das sínteses deste acordo pode ser delimitada pelos Direitos Fundamentais: “*Jamás se podrá estar seguro de si una propuesta normativa podría ser aceptada por todos, pero sí se podrá estar seguro de que una aceptación genuina requiere la garantía de unas condiciones previas establecidas en forma de derechos. Este es el sentido de los derechos fundamentales, los cuales deben ser considerados fundamentales en cuanto derechos democráticos. La base de legitimidad de todo sistema de poder reside aquí, en las garantías establecidas constitucionalmente para salvaguardar la integridad y asegurar la participación de todos los individuos en los distintos procesos políticos y sociales conducentes a la toma de decisiones. Si existe un criterio orientativo de la labor jurisdiccional basado en fundamentos sólidos es éste.*” (SAAVEDRA, 1996, p. 308).

⁴⁰ Para Habermas exsurge uma questão fundamental aqui, que deve sempre ser colada quando o tema for o da regulação social, a saber: O que deve dar conta do caráter impessoal ou universal dos mandamentos morais válidos (traduzidos que são para os sistemas jurídicos enquanto normas positivadas)? Para o autor alemão, é o princípio moral de que devem ser excluídas como inválidas as normas que não possam encontrar o assentimento qualificado de todos os concernidos possíveis. O *princípio-ponte* possibilitador do consenso deve, portanto, assegurar que somente sejam aceitas como válidas as normas que exprimem uma vontade universal; é preciso que elas se prestem, usando a fórmula kantiana, a uma “lei universal”. Este pressuposto (imperativo categórico habermasiano) pode ser entendido como um princípio que exige a possibilidade de universalizar as maneiras de agir, ou antes, os interesses que elas levam em conta (e que, por conseguinte, tomam corpo nas normas da ação). Nas palavras do autor: “*Nessa perspectiva, também o Imperativo Categórico precisa de reformulação no sentido proposto: Ao invés de prescrever a todos os demais como válida uma máxima que eu quero que seja uma lei universal, tenho que apresentar minha máxima a todos os demais para o exame discursivo de sua pretensão de universalidade. O peso desloca-se daquilo que cada (indivíduo) pode querer sem contradição como lei universal para aquilo que todos querem de comum acordo reconhecer como norma universal*”. De fato, a formulação indicada do princípio da universalização visa a realização cooperativa da argumentação de que se trata em cada caso. Por um lado, só uma efetiva participação de cada pessoa concernida pode prevenir a deformação de perspectiva na interpretação dos respectivos interesses próprios pelos demais. Nesse sentido pragmático, cada qual é ele próprio a instância última para a avaliação daquilo que é realmente de seu próprio interesse. Por outro lado, porém, a descrição segundo a qual cada um percebe seus interesses deve também permanecer acessível à crítica pelos demais. As necessidades são interpretadas à luz de valores culturais; e como estes são sempre parte integrante de uma tradição partilhada intersubjetivamente, a revisão dos valores que presidem à interpretação das necessidades não pode de modo algum ser um assunto do qual os indivíduos disponham monologicamente.” (HABERMAS, 1989, p. 88).

⁴¹ É interessante destacar aqui a forma com que Danilo Zolo (1994, p. 39) trata este tema, afirmando que os magistrados precisam se dar conta de que se encontram sempre em um *estado de circularidade cognitiva* em face dos fatos, atos e negócios jurídicos que avaliam: “*Los agentes pueden tener en cuenta críticamente – esto es, reflexivamente – la situación de circularidad en que se encuentran, pero no pueden desprenderse de su propia perspectiva histórica y social o liberarse de las desviaciones de la comunidad científica, cultura o civilización a la que pertenecen y que influye en su percepción de si mismos. No pueden conocerse objetivamente, pero tampoco pueden, siquiera, conocer objetivamente su medio ambiente, dado que ellos mismos lo alteran al proyectar en él sus propias inclinaciones cuando interactúan con él haciéndolo objeto de su cognición.*”

a constituição de uma compreensão e ação jurisdicional imparcial que vise à solução negociada do conflito, observando o que pode ser tomado como universal entre não somente os interesses litigantes, mas entre os interesses e valores da própria comunidade em que estes ocorrem, envolvendo todos os sujeitos (não apenas de direito) atingidos potencial e efetivamente pela decisão judicial. Em outras palavras, a formação imparcial do juízo e da decisão judicial exprimem-se, por conseguinte, em um princípio que força cada um, no círculo dos concernidos, a adotar, quando da ponderação daqueles interesses, a perspectiva de todos os outros, tendo consciência do impacto supranormativo da decisão do Estado Juiz no tecido social em que ela vai operar, e o que isto representa no âmbito da preservação/ transformação do mundo da vida cotidiana.⁴²

Dessa forma, não há de se falar em hermenêutica, interpretação ou aplicação do Direito pelos magistrados tolhendo os juízos de valor que, na verdade, os constituem enquanto seres sociais forjados no mundo da vida a que pertencem (como aparenta querer Dworkin), mas assumir tal possibilidade como real e inafastável, para os efeitos de definir formas de controle permanente dos limites contingenciais (não universais, violando a especificidade dos casos concretos) impostos para tal atividade.

Nas palavras do ilustre professor Saavedra:

*Los límites que encuentran los jueces para hacer del derecho lo mejor que puede llegar a ser fluctúan debido a la tensión entre el derecho establecido en los textos y su necesaria justificación moral. Es imposible excluir las razones de principio de los fundamentos de las decisiones judiciales. Desde luego, en gran parte de las sentencias al uso es muy difícil encontrar este tipo de razones entre los fundamentos. Basta con las remisiones legales pertinentes. Pero un razonamiento judicial completamente explícito exige sin duda la consideración de razones de principio. Los principios jurídicos son los que controlan el razonamiento judicial, la interpretación y el desarrollo jurisprudencial del derecho. Y los principios jurídicos se caracterizan por su fuerza moral. Seguirían actuando como fundamento aunque ninguna norma legal obligase o permitiese a los jueces utilizarlos.*⁴³

Para que se dê efetividade a esta perspectiva de jurisdição, fundada na ideia de interlocução realmente participativa no âmbito das demandas judiciais, desvelando mediante a comunicação não coatada dos sujeitos de direito envolvidos o universo de interesses que está em jogo, propomos que sejam levadas à consideração da decisão judicial os seguintes elementos:

(1) A uma, a forma organizacional do próprio sistema de poder institucional vigente em cada país, considerando as competências constitucionais e infraconstitucionais de cada entidade federativa e sujeitos de direito, bem como os ordenamentos normativos positivados decorrentes desta estrutura, sob pena de se violar a ordem democrática de representação política, instaurando-se uma totalitária substituição destas estruturas pela vontade imperial da judicatura;⁴⁴

⁴² O princípio da universalização deve forçar o que Mead chama de troca de papéis universal, ou ideal *role-taking* (adoção ideal de papéis). Conforme o texto de MEAD, Hary G. *The Language of Morals*. London: Oxford, 1990, p. 59.

⁴³ Saavedra (1996, p. 303). Adverte, assim, o mestre espanhol: “*Así pues, entre los criterios rectores de la actividad jurisdiccional en el Estado de derecho se da una constante e ineludible tensión: por un lado, el principio de legalidad somete a los jueces a la ley; por otro, la necesaria fundamentación moral de la decisión jurídica exige no perder de vista las razones de justicia mediante las cuales la ley ha de convertirse en derecho; y, por último, la soberanía popular y su expresión de que la justicia emana Del pueblo parece exigir la remisión de la decisión judicial, al menos en último término, a la voluntad del cuerpo social.*”

⁴⁴ O que pode implicar um ativismo voluntarista jurisdicional muito perigoso às regras do jogo democrático. Por tais razões, temos reservas a algumas posições garantistas deflagradas ao longo do tempo, dentre as quais destacamos: Ferrajoli (1994, p. 49) e Cárcova (1996, p. 317). A tese que sustentam estes pensadores é a de que a legitimidade dos magistrados é distinta daqueles que têm poder institucional reconhecido pela representação política, oriunda da vontade das maiorias, haja vista que ela se assenta na tutela da intangibilidade dos direitos fundamentais consagrados na ordem constitucional contemporânea (nacional e internacionalmente). Em razão disto, considerando que estes direitos estão assegurados a todos e a cada um de maneira incondicionada, inclusive

(2) A duas, o necessário tensionamento destas competências em termos de ineficiência ou passividade, em face dos direitos e garantias fundamentais (imperativos categóricos de fundação, organização e desenvolvimento social) dos cidadãos, bem como os interesses tutelados precípuos decorrentes daí, para elevá-los à condição de argumentos parametrizantes da intensidade de incisão da decisão judicial aos casos concretos.

Cotejando tudo isto, sopesados os valores e normas positivadas que estão a alcançar o problema jurídico particular, e a necessária manutenção daquele sistema de organização institucional vigente (haja vista ser o resultado do pacto social fundador da Sociedade Civil e do Estado, portando indene de substituição/revogação a não ser por novo acerto comunitário), e visualizando com clareza e profundidade os efeitos e impactos da decisão, impõe-se a utilização de argumentos reflexivos e interativos de ponderação como, o da real necessidade da intervenção judicial, da sua intensidade em face do caso concreto e da proporcionalidade empírica do seu resultado atinente ao todo envolvido.

Referências

BORINO, Pablo Raúl. *El Imperio de la Interpretación: los fundamentos hermenéuticos de la teoría de Dworkin*. Madrid: Dykinson, 2003.

DWORKIN, Ronald. *The judge's new role: should personal convictions count?* *Journal of International Criminal Justice*. New York: Damos, v. 1, mar. 2003.

FOLSOM, Ralph. *Summary of England Law*. London: Saint Paul, 1990.

GOYARD, Gustav Fabre. *Kant et le Problème du Droit*. Paris: Vrin, 1995.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. *Direito e Moral*. Instituto Piaget: Lisboa, 1986.

_____. *Faticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

HARRINGTON, Austin. *Hermeneutic dialogue and social science: a critique of Gadamer and Habermas*. New York: Routledge, 2001.

contra as maiorias sociais, é que o judiciário tem a função de garantir a exequibilidade de todas estas prerrogativas, independentemente dos demais atores sociais públicos e privados que contracenam no mesmo espaço, com diferentes matrizes de legitimidade (Executivo e Legislativo contam com a legitimidade do sufrágio popular, por exemplo).

KANT, Imanuel. *Metafísica de las Costumbres*. Madrid: Sigloveinteuno, 1990.

_____. *Princípios metafísicos de la doctrina del derecho*. México: Unam, 1988.

LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e Direito*. 4. ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003.

_____. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MEAD, Hary G. *The Language of Morals*. London: Oxford, 1990.

OST, François. Júpiter, Hércules y Hermes: Tres Modelos de Jueces. *Revista "Doxa"*, n. 1, Alicante: Universidad de Alicante, 1993.

SAAVEDRA, Modesto. Interpretación Judicial del Derecho y Democracia. *Revista Ajuris*, Porto Alegre: TJRS, v. 68, nov. 1996.

VERDROSS, Alfred. *La filosofía del derecho del mundo occidental*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

ZOLO, Danilo. Democracia y Complejidad: un enfoque realista. *Nueva Visión*, Buenos Aires: Aidos, v. 4, 1994.

