

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

BERNARDO GONÇALVES ALFREDO FERRNANDES

ILTON GARCIA DA COSTA

VITOR BARTOLETTI SARTORI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Bernardo Gonçalves Alfredo Ferrnandes, Ilton Garcia Da Costa, Vitor Bartoletti Sartori – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-135-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA**

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

O presente livro aborda temas que, muito embora raramente tratados em conjunto, são de grande relevância na medida em que há possibilidade de uma análise que mostre certa confluência entre os mesmos. As temáticas que permeiam as distintas teorias da justiça, da decisão e da argumentação são muitas e, certamente, é possível tratá-las, até certo ponto, separadamente. No entanto, igualmente válido é observá-las em sua unidade. Temos em conta nesses termos, que um tratamento do Direito que deixe de problematizar a própria prática jurídica (bem como sua fundamentação) é, para dizer o mínimo, insuficiente. Neste sentido, pode-se considerar bastante proveitosa a posição segundo a qual, há uma unidade inseparável entre os textos que compõem o presente livro.

Justamente ao passar por uma grande variedade de temas e de autores, tem-se algo central à teoria do Direito contemporânea: a explicitação do fato segundo o qual qualquer abordagem jurídica envolve, ao mesmo tempo, a apreensão da especificidade do Direito e o modo pelo qual esta última relaciona-se com distintas esferas da sociabilidade, como a moral, a ética, a política, dentre muitas outras, as quais, de modos diversos, são tematizadas aqui.

Para que se ressalte algo, é bom trazer à tona um aspecto que não pode ser deixado de lado: é de conhecimento de todos aqueles que leram com o mínimo de atenção a obra de Hans Kelsen que sua Teoria pura do Direito não é uma teoria do Direito puro (embora seja necessário destacar que, por vezes, falte muita atenção na pesquisa jurídica realizada no Brasil). Por conseguinte, há de se perceber que mesmo um autor normativista, como Kelsen, que não tematiza a todo o momento acerca do processo decisório e da fundamentação das decisões judiciais, não fecha a porta de modo resolutivo à teorização acerca da maneira pela qual pode haver na prática jurídica, e não em uma teoria pura - uma relação necessária, por exemplo, entre o Direito e alguma posição moral, política, filosófica, etc, etc.

Ainda sobre o ponto, pode-se destacar que justamente o capítulo final da obra magna do autor abre um grande espaço para estas questões que, ao fim, aparecem quando se tem em conta a questão da interpretação, bem como de sua relação, a ser vista de um modo ou doutro, com a aplicação.

Certo é que interpretação e aplicação, a rigor, não podem ser retiradas de campo quando se aborda o Direito: tanto as codificações, quanto quaisquer espécies normativas, não dizem nada por si mesmas, não podendo haver uma fetichização do texto, como apontaram os mais diversos autores (muitos deles tratados por aqueles que contribuem para o presente volume).

Neste sentido, não pode deixar de ser interessante tratar dos temas aqui albergados em conjunto (mesmo que eles possam, como mencionamos, ser vistos separadamente também), sendo de bastante relevo para aqueles interessados na teoria do Direito e nas áreas a ela relacionadas a apreensão da especificidade, bem como da indissociabilidade, entre os diversos autores tratados neste volume.

É interessante que mesmo que se parta de Kelsen que pode ser visto como o maior autor do positivismo de cunho normativista, percebe-se que a questão da fundamentação, bem como da argumentação as quais remetem à problemática da justiça não podem ser tiradas de cena ao se tratar do Direito.

A questão, claro, ganha bastante destaque posteriormente ao debate entre Herbert Hart e Ronald Dworkin, tendo-se, com este debate, uma problematização explícita tanto das bases filosóficas da teoria do Direito quanto do modo pelo qual, ao final, haveria uma relação entre Direito e moral, seja ao modo de um conceito semântico de Direito em que se tematiza a relação entre a perspectiva interna e externa, como em Hart, seja com uma concepção decididamente hermenêutica como a de Dworkin.

Outra questão a se destacar é que, embora o debate metodológico tenha se passado permeando principalmente a teoria do Direito de talhe anglo-americano, ele influenciou todos aqueles que, posteriormente, trataram do Direito com seriedade. A teoria do Direito alemã, com Alexy principalmente, dentre outras coisas, procurou debater com a concepção de Dworkin acerca dos princípios, trazendo à tona, novamente, questões que remeteram à filosofia e à teoria do discurso.

Neste sentido, é bom que se tenha claro: aquilo a ser conhecido ao se ter em conta as teorias sobre o Direito ganha mais amplitude ainda, sendo necessário ao jurista, por exemplo, averiguar a qual teoria acerca da linguagem adere: Austin? Wittgenstein? Habermas? Apel? Algum outro? Também neste sentido, o modo pelo qual aparecem os diversos textos deste volume (em conjunto) não deixa de expressar a situação particular na qual os estudos sobre o Direito se encontram explicitando-se justamente que uma concepção tecnicista acerca do Direito não é mais possível. Mais ainda: uma concepção tecnicista sobre o Direito, justamente ao não abordar aquilo no que sua argumentação se embasa aceita,

inadvertidamente, posições não explicitamente tematizadas. E justamente a tematização disto parece ser essencial.

Ainda para que se remeta ao modo pelo qual amplia-se o estudo do Direito ao se ter em conta o panorama atual um autor como Roberto Gargarella não deixou de mostrar como uma análise entre a posição de Rawls e de Dworkin poderia ser central e, neste sentido também deve-se destacar que, ao se tratar da teoria do Direito, também se tem uma conexão estreita com a teoria da justiça (embora não só com ela, claro). Ou seja, justamente a conformação do debate em torno do Direito atual propicia uma aproximação entre teorias da justiça, da decisão e da argumentação e, nesses termos, o presente livro talvez possa contribuir, mesmo que de modo modesto.

Poderíamos enumerar vários outros modos pelos quais a questão se delineia no presente livro, apontando, por exemplo, a importância da teoria de Honneth na contemporaneidade, ou as questões ligadas às minorias, ao racismo, ao sexismo e transfobia; poderíamos ainda destacar a importância destas questões passando pelo modo, por vezes apressado, pelo qual elas aparecem nos tribunais superiores no Brasil. No entanto, havendo destacado o cenário geral, passamos a citar os textos aqui trazidos a lume.

O primeiro texto diz respeito a temática entre a Hermenêutica filosófica e a teoria da Argumentação jurídica. Esse tema vem sendo objeto de debate na doutrina brasileira nos últimos anos, entre aqueles que são adeptos da hermenêutica filosófica e entendem que as teorias da argumentação desprezam a hermenêutica, e aqueles adeptos da teoria da argumentação, que entendem que os hermeneutas dão muito peso a hermenêutica e desprezam as técnicas de argumentação que produziriam racionalidade e segurança no processo de decisão do Direito. O texto se intitula: OS JURISTAS SABEM DO QUE ESTÃO FALANDO OU FALAM SOBRE O QUE SABEM? UM DIÁLOGO ENTRE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E HERMENÊUTICA FILOSÓFICA; O segundo texto aborda a situação dos refugiados numa interface com a obra de Hans Kelsen e é intitulado A ILUSÃO DA JUSTIÇA POR KELSEN; O terceiro busca trabalhar a questão da fundamentação das decisões e é intitulado ANÁLISE DA NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOB A PERSPECTIVA DO DISCURSO JURÍDICO; Já o quarto texto apresenta uma crítica ao art.489 do novo CPC e é intitulado de TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: INSUFICIÊNCIAS DO MÉTODO LÓGICO-DEDUTIVO E A PROPOSTA DE UMA RACIONALIDADE PRÁXIS; O quinto texto traz um estudo de Aristóteles, Kant e Sandel e é intitulado JUSTIÇA EM ARISTÓTELES, KANT E SANDEL: UM ESTUDO COMPARADO; O sexto texto trabalha

com Rawls e Dworkin tendo como base as teorias da justiça desses autores do liberalismo norte-americano e é intitulado A EQUIDADE EM UMA DEMOCRACIA: ANALISE COMPARATIVA ENTRE RAWLS E DWORKIN; O sétimo versa também sobre Dworkin, mas pela ótica da jurisdição constitucional e é intitulado CONTRIBUICOES DE RONALD DWORKIN A JURISDICAÇÃO CONSTITUCIONAL; O oitavo texto discute novamente a teoria da justiça pela ótica do embate entre o liberalismo e o comunitarismo e é intitulado IGUALDADE E DIFERENÇA: O CONCEITO DE JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO A PARTIR E ALÉM DO COMUNITARISMO E DO LIBERALISMO; O Nono texto volta a temática de Ronald Dworkin e a sua teoria da justiça a partir da ótica do planejamento e tem como título JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE RONALD DWORKIN E A OBRIGACÃO CONSTITUCIONAL DE PLANEJAR; O decimo texto trabalha com as teorias da justiça e é intitulado de LIBERALISMO, LIBERAL-IGUALITARISMO OU COMUNITARISMO?; O decimo primeiro ensaio trabalha a temática da relação entre a liberdade e a justiça, tendo como pano de fundo a perspectiva marxista, e é intitulado de LIBERDADE VERSUS JUSTIÇA SUBSTANTIVA: TEORIAS ACERCA DAS (DES)IGUALDADES E (NÃO)LIBERDADES NA VISÃO DE ROUSSEAU E MARX. TERA SIDO MARX INFLUENCIADO PELAS IDEIAS DE ROUSSEAU E ATÉ QUE PONTO?; O decimo segundo texto aborda a questão das normas de direito internacional na interface com a Corte Internacional de Justiça e é intitulado de NORMAS PROCESSUAIS E NORMAS SUBSTANTIVAS: A PRIMAZIA DAS NORMAS DE JUS COGENS E O ENTENDIMENTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA; O decimo terceiro texto trabalha a questão da fundamentação das decisões e é intitulado de O PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS FRENTE A IDEOLOGIA DA TEORIA POLÍTICA; O decimo quarto ensaio versa sobre a perspectiva pragmatista na teoria da decisão e é intitulado de MODELO PRAGMATISTA DE DECISÃO NO DIREITO: DO MENTALISMO INSTRUMENTAL À INTERSUBJETIVIDADE COMUNICATIVA; O decimo quinto ensaio trabalhou a obra do professor Humberto Ávila pela ótica da interpretação do direito e é intitulado de OS POSTULADOS NORMATIVOS NA DOUTRINA DE HUMBERTO ÁVILA E SUA APLICAÇÃO NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL EM CASOS DIFÍCIS; O decimo sexto texto trabalha a obra do professor de Kiel Robert Alexy e é intitulado de RACIONALIDADE DADA DECISÃO JUDICIAL EM ROBERT ALEXY; O decimo sétimo ensaio trabalha a questão do pluralismo jurídico na teoria da decisão e é intitulado de AS FONTES PLURAIS DO DIREITO, A ATUAÇÃO DAS PARTES NO PROCESSO E A NECESSIDADE DE LEGITIMAÇÃO DA DECISÃO JURISDICIONAL; O Decimo oitavo texto trabalha a obra do professor Axel Honneth e a crítica do mesmo as tradicionais teorias da justiça e é intitulado de AXEL HONNETH E A RECONSTRUÇÃO DA JUSTIÇA: UMA TENTATIVA DE SUPERACÃO DO PARADIGMA DA DISTRIBUIÇÃO; O decimo nono

texto trabalha a obra de Paul Ricoeur e é intitulado de A TEORIA DA JUSTICA NA CONCEPCAO DE PAUL RICOEUR EM FACE DA INTERGERACIONALIDADE DO IDOSO BRASILEIRO; O vigésimo texto desse livro aborda a obra de David Trubek e é intitulado de A TEORIA SOCIAL DO DIREITO NA CONCEPCAO DE DAVID M. TRUBEK; Logo em seguida temos o importante tema da justiça de transição abordado no texto DAS DIVERSAS FORMAS DE JUSTICA E DA JUSTICA DE TRANSICAO; O vigésimo segundo texto trabalha os precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos e é intitulado de OS PRECEDENTES DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO DE REFINAMENTO DAS NORMAS DE DIREITOS HUMANOS: DECISAO JUDICIAL E NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL ADSCRITA/DERIVADA; O próximo ensaio trabalhou a obra de Amartya Sen na interface com o processo civil e é intitulado A IDEIA DE JUSTICA EM AMARTYA SEN E A RAZOAVEL DURACAO DO PROCESSO; Novamente temos o professor Amartya Sen como marco teórico, agora no tocante a questão do gênero no texto A IDEIA DE JUSTICA DE AMARTYA SEN: UM ENFOQUE SOBRE A IGUALDADE DE GENERO; O vigésimo quinto texto trabalha os conflitos intergeracionais e é intitulado de MORTOS, VIVOS E NAO NASCIDOS: CONFLITOS INTERGERACIONAIS LIGADOS AO PROGRESSO E AO RETROCESSO NAS DEMANDAS CONSTITUCIONAIS; O vigésimo sexto texto apresentado envolve o intenso e atual debate europeu sobre o multiculturalismo e a xenofobia e é intitulado de MULTICULTURALISMO, TOLERANCIA E XENOFOBIA: UMA CRITICA DO RECENTE CONTEXTO EUROPEU; O vigésimo sétimo texto aborda a questão da transexualidade e é intitulado de JUSTICA?! O NOME, O SEXO E A LIBERDADE TRANS; O vigésimo oitavo ensaio volta a questão da transexualidade a partir da ótica das teorias do reconhecimento e é intitulado TRANSEXUALIDADE E TEORIA DO RECONHECIMENTO: DE UM MODELO PATOLOGIZANTE A UMA NOVA MANEIRA DE PENSAR ATRAVES DA CONTRIBUICAO TEORICA DE NANCY FRASER.

Os organizadores convidam a todos a lerem os textos, que como já externalizado, guardam uma interface entre as teorias: da justiça, da argumentação e da decisão.

MODELO PRAGMATISTA DE DECISÃO NO DIREITO: DO MENTALISMO INSTRUMENTAL À INTERSUBJETIVIDADE COMUNICATIVA

PRAGMATIST MODEL OF DECISION-MAKING IN LAW: FROM THE INSTRUMENTAL MENTALISM TO THE COMMUNICATIVE INTERSUBJECTIVITY

**Mário Cesar da Silva Andrade
Marcelo de Castro Cunha Filho**

Resumo

O presente artigo objetivou avaliar o método de tomada decisão racional derivado da filosofia de Kant como paradigma de fundamentação de decisões públicas e, mais especificamente, de decisões jurídicas. A partir da teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas, questiona-se se a modelo transcendental de tomada de decisões atende às demandas democráticas. Metodologicamente, a pesquisa qualitativa valeu-se de fontes doutrinárias sobre tema, promovendo uma análise jurídico-crítica. O viés comunicativo habermasiano levanta a hipótese de que o método transcendental kantiano, que tanto influenciou a teoria da justiça e do Direito, enseja a adoção de uma postura objetivizante por parte do decisor, algo incompatível com a necessidade de ampla participação e intersubjetividade prescrita pela democracia. Concluiu-se que o processo de tomada de decisões públicas deve superar os modelos transcendentais, decisionistas e instrumentais, adotando o modelo pragmatista, mais intersubjetivo e comunicativo, logo, mais condizente com o viés participativo da democracia.

Palavras-chave: Modelos de decisão, Razão prática, Razão comunicativa, Intersubjetividade

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aimed to evaluate the method of making rational decision derived from the philosophy of Kant as a foundation paradigm of public decisions and, more specifically, of legal decisions. Based on the communicative action theory of Jürgen Habermas, the question is if the transcendental model of decision-making meets the democratic demands. Methodologically, the qualitative research was based on doctrinal sources about the theme, promoting a legal and critical analysis. Habermas' communicative bias raises the hypothesis that Kant's transcendental method, which influenced so much the theory of justice and Law, entails the adoption of an objective posture by the decision maker, something incompatible with the need for broad participation and the intersubjectivity prescribed by democracy . It was concluded that the public decision-making process must overcome the transcendental, decisionistic and instrumental models, adopting pragmatic model, which is more intersubjective and communicative, therefore more consistente with the participatory bias of democracy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Decision models, Practical reason, Communicative reason, Intersubjectivity

1 INTRODUÇÃO

É cediço que o Estado Democrático de Direito não se resume à mera garantia de legitimação popular dos conteúdos normativos estatais. Nesse sentido, o princípio democrático não preceitua apenas que o direito positivo seja elaborado por representantes legitimados democraticamente mediante eleições periódicas. Ele demanda que o próprio percurso decisório estatal sobre questões públicas esteja aberto à influência e participação da população.

São diversos os mecanismos institucionais brasileiros para a abertura dos processos decisórios estatais à participação cidadã, incrementando a legitimação democrática das decisões resultantes, tais como a transmissão das sessões parlamentares, o orçamento participativo, a realização de consultas e audiências públicas pelos Poderes Legislativo e Executivo e, até mesmo, a aplicação dos institutos do *amicus curiae* e das audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Entretanto, essas aberturas institucionais estarão fadadas ao malogro, se o modelo de tomada de decisão permanecer limitado à autorreflexão individual, isto é, regido pela racionalidade centrada no sujeito. Esse modelo exclusivamente monológico, que encontra no pensamento do filósofo Immanuel Kant uma de suas maiores expressões, expressa o paradigma de racionalidade chamado pelo sociólogo e filósofo alemão Jürgen Habermas de filosofia da consciência, razão centrada no sujeito, ou, simplesmente, paradigma *mentalista*.

Nesse modelo, a decisão é tomada por meio de uma reflexão exclusivamente monológica e autocentrada. Consequentemente, o processo decisório balizado por tal racionalidade tende a se caracterizar por um déficit de legitimação democrática, uma vez que o raciocínio absolutamente transcendental, típico do criticismo kantiano, ignora as contribuições dos sujeitos concretos a serem atingidos pelas decisões.

Tendo em vista a insuficiência e inadequação dessa postura decisória, cumpre questionar se, de fato, o modelo de decisão mentalista pode acarretar uma perda de legitimação democrática das decisões, mais especificamente das decisões jurídicas, e se, com isso, dificultar o aperfeiçoamento da democracia.

A partir da teoria da ação comunicativa de Habermas, pretende-se expor as possíveis consequências negativas desse modelo de decisão solipsista da razão centrada no sujeito para a tomada de decisões jurídicas, em especial, para a solução de contextos marcados pela colisão de princípios de mesma hierarquia.

A presente investigação consistiu em pesquisa teórica, a fim de reavaliar o método kantiano de tomada de decisão racional, mais especificamente, decisões dentro da moldura institucional do Direito contemporâneo. A pesquisa enfatizou a confrontação do modelo mentalista de Kant com o modelo pragmatista e comunicativo de Jürgen Habermas, valendo-se de fontes bibliográficas sobre o tema.

Primeiramente, expôs-se, sucintamente, a teoria do Direito de Kant, destacando-se sua concepção de decisor racional. Posteriormente, analisou-se a crítica empreendida pela teoria da ação comunicativa de Habermas ao solipsismo desse modelo decisório e seus reflexos para a aplicação do Direito. Por fim, concluiu-se a investigação relacionando os pontos abordados a fim de identificar o modelo de decisão mais consentâneo com a demanda por incremento da legitimação democrática dos processos decisórios estatais, processos de aplicação do Direito.

2 MODELO DE DECISÃO KANTIANO: O MENTALISMO

Em *A metafísica dos costumes*, Kant (2003) debruçou-se sobre a construção de uma doutrina do Direito cuja fundamentação transcende o domínio da matéria e que, em razão disso, é buscada além dos fenômenos apreensíveis pelos sentidos. A divisão entre Direito público e privado esboçada guarda seu fundamento último de validade na preservação da liberdade humana e, por conseguinte, no exercício da razão prática.

Ao buscar conceituar o Direito, Kant (2003, p. 76) preocupou-se que sua definição não se confundisse com a descrição de um ordenamento jurídico específico ou com a enumeração de regras presentes na maioria dos ordenamentos ocidentais até então conhecidos. O filósofo de Königsberg procurou identificar as características essenciais de um ordenamento jurídico, sem as quais o conjunto de leis positivadas careceria de juridicidade. Em linhas gerais, Kant resumiu a tarefa na seguinte enunciação: “O direito é [...] a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal da liberdade” (KANT, 2003, p. 76).

Na base deste raciocínio, jaz a preservação do bem mais caro ao ser racional kantiano, a liberdade. No intuito de assegurá-la a todo e qualquer ser dotado de razão, o Direito funcionaria como ferramenta político-social manejada para garantir as condições sob as quais os sujeitos poderiam ser verdadeiramente livres. Nesse sentido, o Direito seria um obstáculo à infração da liberdade de outrem (PINHEIRO, 2007, p. 16).

Contrariamente à prescrição moral, que tem em vista a necessidade de conformar a *vontade* do sujeito (âmbito interno), as normas jurídicas objetivam a conformação da *ação* humana (âmbito externo), independentemente da vontade de quem a pratica (KANT, 2003, p. 76).

Para Kant (2008), o Direito objetiva preservar a possibilidade de exercício individual da liberdade em comunidade. Nessa visão, a liberdade é o fundamento de validade do Direito. Porém, para o filósofo, a liberdade deve ser entendida como a submissão da vontade à máxima moral do imperativo categórico. Assim, verdadeiramente livre é o indivíduo que determina sua conduta segundo o imperativo categórico, a despeito do conteúdo de sua vontade instintiva.

Se o Direito se ocupa, primordialmente, com a preservação das condições básicas que possibilitam ao indivíduo alcançar a liberdade máxima na vida em comunidade, seu ponto essencial deve ser o critério de conformação da vontade individual (KANT, 2008 [146]).

Segundo Kant (2008 [146]), a liberdade nasce da possibilidade de se eleger um fundamento necessário que dê causa à vontade do agente. Da mesma forma que a esfera da natureza tem seus resultados determinados de acordo com leis naturais, a esfera da liberdade é também determinada por uma lei e tem nela seu fundamento. Esta lei, todavia, não é uma prescrição inescapável. Ao contrário das leis naturais, a *lei da liberdade* consiste um imperativo subjetivo e estabelece uma relação de necessidade *moral*. O indivíduo pode, faticamente, agir em desacordo com a lei da liberdade, entretanto, não estará agindo racional e livremente, pois não terá submetido sua ação ao imperativo categórico.

É na conformação da vontade à lei que se encontra o fundamento da liberdade kantiana. O cumprimento do dever resultante da lei aproxima o agente do supremo bem, segundo o filósofo (2008). Ao agir assim, no exercício de sua liberdade, o indivíduo se desprende das inclinações materiais dos desejos e instintos e age conforme o dever prescrito pela razão (2008, p. 131 [144]).

Somente a submissão da vontade à razão permite que o agente não se entregue à arbitrariedade dos desejos e à inconstância de situações conjunturais, o que faria com que seu comportamento fosse determinado por algo alheio a sua natureza racional. Agir de acordo com a razão permite ao agente orientar seu comportamento por um parâmetro imutável, a razão. Nesse sentido, a lei da liberdade é manifestação da autonomia do sujeito (KANT, 2009, p. 23).

Para que o Direito decorra da autonomia do indivíduo e seja, portanto, exercício de sua liberdade, ele deve conter um aspecto positivo e um negativo. De acordo com o primeiro, a prescrição jurídica somente será moralmente correta se derivar dos imperativos da razão pura. Segundo o aspecto negativo, a conduta juridicamente prescrita deve ser incondicionada e *a priori*. A prescrição jurídica não deve ter em vista a satisfação de desejos pessoais ou a busca da felicidade, por exemplo, pois seu conteúdo deve independer das contingências da experiência (KANT, 2008, p. 55 [59]). Portanto, a lei da liberdade deve ter um caráter formal.

Na visão kantiana, a matéria somente pode ser compreendida a partir dos sentidos, da experiência e, portanto, não pode determinar o atributo da incondicionada lei moral. Se uma suposta lei moral prescrevesse a matéria como objeto da vontade, isto é, uma orientação conforme a felicidade ou qualquer outra consideração de caráter empírico, então ela passaria a ter seu fundamento total ou parcialmente determinado pelas leis da experiência física e da natureza, assim como acontece com a determinação da vontade de seres não-rationais (KANT, 2008, p. 48 [52]). Assim, por ser uma lei exclusiva da razão, a lei moral deve prescrever exclusivamente forma e não matéria, podendo ser concebida da seguinte maneira: “Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa sempre valer ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal.” (KANT, 2008, p. 51 [54]).

Esse imperativo categórico é a máxima que deve orientar todas as ações individuais. Ele é a fórmula de uma legislação universal obtida *a priori*, através da autorreflexão racional do sujeito cognoscente. Com a conformação de toda prescrição jurídica (dos atos normativos mais gerais e abstratos às decisões judiciais) a essa legislação da razão, aquela se torna universal e objetiva. Assim, as normas jurídicas serão determinadas tão-somente pela forma das máximas morais, logo, compatíveis com a autonomia e a vontade livre de todo ente racional (KANT, 2008, p. 52 [55]).

Para Kant, o Direito deve se moldar a esse *fato da liberdade*, refletindo as determinações morais (rationais) da vontade livre. A liberdade projeta-se sobre o Direito de modo que este instrumento político de organização social encontre-se fundamentado na realização da liberdade humana. Os reflexos da concepção kantiana de liberdade sobre o Direito são evidentes. Além de criar mecanismos coercitivos que visam impedir a violação da liberdade de uns sobre outros, o Direito é concebido como manifestação da razão prática. Isto porque, sendo instrumento de garantia da liberdade, ele não deve obrigar a nada que contrarie a vontade racionalizada do sujeito livre. As prescrições jurídicas devem derivar da razão e do

exercício (racional) da liberdade e devem, portanto, ser a expressão da autonomia de todo jurisdicionado.

No pensamento kantiano, os mecanismos jurídicos de controle social devem refletir escolhas objetivas da razão; toda decisão de aplicação do Direito deve observar o método autorreflexivo de descoberta da decisão prescrita (*a priori*) pela máxima moral. Qualquer prescrição jurídica, seja o conteúdo de uma lei ou de uma decisão judicial, deve ser determinada segundo a forma prática da liberdade a fim de que seja racional (WOOD, 2008).

A racionalidade concebida por Kant foi responsável por imprimir na teoria moderna da justiça e do Direito uma perspectiva transcendental, em virtude de seu método solipsista de racionalização e decisão sobre juízos práticos. O aplicador do Direito deve, isoladamente e por meio da autorreflexão, descobrir a única decisão concreta compatível com a formal lei da liberdade.

Deve-se questionar se esse método de tomada de decisões racionais é o modelo que melhor atende a demanda contemporânea por incremento da legitimação democrática dos processos decisórios estatais. Se sim, a legitimidade do Direito e dos processos decisórios que o aplicam passa por um modelo de decisão que o indivíduo coloca em prática ao voltar-se mentalmente para si mesmo e universalizar máximas que correspondam ao dever moral.

Todavia, o modelo de decisão kantiano parece totalmente centrado na razão autorreflexiva, solipsista, logo, pouco aberto à intersubjetividade. Se isto representa um problema para a democracia contemporânea e, mais especificamente para o Direito, então se deve buscar outro modelo que possibilite maior legitimação democrática ao processo de tomada de decisões dentro da malha institucional do Estado Democrático de Direito contemporâneo.

3 MODELO DE DECISÃO PRAGMATISTA DE HABERMAS: DO MENTALISMO À INTERSUBJETIVIDADE

3.1 MODELO PRAGMATISTA DE DECISÃO

Os teóricos da chamada pós-modernidade destacam a descrença contemporânea na possibilidade de juízos objetivos sobre valores e a falência dos grandes discursos teóricos, como o iluminista, do qual o pensamento de Kant é emblemático representante. Contudo, a despeito do relativismo valorativo que pode advir dessa incredulidade, a existência humana

segue demandando juízos práticos a partir dos quais os homens possam interagir, a partir de critérios racionais, consigo próprios e com o mundo circundante. Parte dessa descrença deriva das críticas à concepção kantiana de indivíduo transcendental e insular, e ao seu método mentalista de intuição moral de juízos práticos.

A proposta de um modelo intersubjetivo e dialógico é reabilitar os juízos práticos dessa descrença por meio de um processo decisório que ultrapasse o caráter monológico do mentalismo kantiano.

Habermas defende a superação desse modelo solipsista, com sua *racionalidade centrada no sujeito*, para focar na linguagem como referencial de uma racionalidade essencialmente comunicativa. Desacreditando a concepção de uma consciência transcendental, originária e incondicionada, Habermas renuncia à pretensão de acesso autoreflexivo a fenômenos da consciência e adota a prática linguística como modelo intersubjetivo de construção da realidade social (LUCHI, 1999, p. 431).

Essa prática indica que a estabilidade das significações linguísticas, inclusive daquelas socio-normativas, emerge da práxis pública, afinal, tal consenso não poderia ter sido produzido e reproduzido por indivíduos isolados, o que já desacredita o método kantiano (LUCHI, p. 158).

Mas Habermas propõe um modelo de decisão que também se opõe ao *modelo decisionista* derivado das análises de Max Weber, que pressupõe uma separação absoluta entre as lógicas de atuação do especialista e do político (HABERMAS, 1986, p. 102).

Esse modelo decisionista tem um viés burocrático, promovendo o distanciamento de questões práticas e técnicas do juízo prático-moral, o que justificaria retirar a solução de questões práticas do âmbito de decisão das deliberações coletivas, que seriam intrinsecamente qualificadas pela irracionalidade da política.

A proposta habermasiana também se opõe ao *modelo tecnocrático*, que supõe o controle absoluto das questões valorativas pelo juízo técnico. O domínio empírico do mundo proporcionado pelos cálculos especializados resultaria em uma previsibilidade técnica das consequências de cada decisão possível. Nesse modelo de decisão, os juízos práticos são totalmente absorvidos pela racionalidade instrumental e a atuação estatal legitima-se pela promessa de decisões integradas em estratégias eficientes impostas pelo contexto (RIVIERA, 1995, p. 40).

No modelo decisionista, o Estado é o aparelho que implementa, racionalmente, decisões políticas, isto é, tomadas conforme juízos de valor insindicáveis racionalmente. Já no

modelo tecnocrático, a racionalidade técnica absorve todo o processo decisório, e não somente a estratégia de implementação, pois, até mesmo o juízo valorativo seria, na verdade, uma questão técnica.

Pela proposta tecnocrática, os destinatários das decisões do Estado somente teriam a função de legitimar os agentes estatais, sendo irrelevantes os indivíduos ou grupos legitimados, uma vez que todas as decisões estariam sob o controle calculado da racionalidade técnica dos *experts*. Assim, a intersubjetividade seria desnecessária, visto que a decisão a ser tomada decorreria da legalidade intrínseca das coisas (HABERMAS, 1986, p. 114).

Para Habermas (1986, p. 110), a autonomia do raciocínio técnico em relação às valorações práticas é uma aparência decorrente da ausência de reflexão sobre os interesses sociais envolvidos. Não existe a evolução de racionalidade pressuposta pelos tecnocratas; o juízo técnico não é *mais racional* do que os juízos valorativos, simplesmente comportam racionalidades diversas. Portanto, as questões práticas não podem ser reduzidas à abordagem meramente tecnocrática.

Ainda que processos científicos possam desfazer falsos problemas de praticidade, restarão algumas questões verdadeiramente prático-morais, não redutíveis a cálculos instrumentais, evidenciando que essas duas racionalidades não se excluem e que os fenômenos sociais não são suscetíveis à plena tecnicização (RIVIERA, 1995, p. 40).

Em alternativa aos anteriores modelos de decisão, Habermas formula o *modelo pragmatista*, que propõe uma relação reflexiva entre os raciocínios técnico-científico e prático-moral. Através dessa interação reflexiva e crítica, a pretensão de domínio tecnocrático tem sua base ideológica evidenciada, sendo trazida para o debate entre os sujeitos envolvidos no contexto decisório, especialmente, os destinatários das decisões (HABERMAS, 1986).

No modelo pragmatistas, o processo decisório baseia-se na interação discursivo-comunicativa entre os envolvidos, sejam especialistas ou não. Essa relação essencialmente intersubjetiva entre decisores e destinatários busca impedir que os juízos técnicos se autonomizem de seu contexto social, garantindo a formação pública e discursiva das decisões estatais.

Percebe-se que o modelo pragmatista fundamenta-se na necessidade de a sociedade, enquanto destinatária das decisões estatais, poder influenciar no processo decisório sobre questões públicas, sejam elas técnico-científicas ou prático-morais.

Nesse modelo, a racionalidade decisória baseia-se na interação crítica entre o cálculo instrumental e o juízo valorativo, não se atribuindo a nenhum deles a primazia *a priori* (RIVIERA, 1995, p. 43).

A proposta habermasiana aposta no fortalecimento da esfera pública e na sua capacidade de discutir temas científicos, ainda que retraduzidos para a linguagem ordinária. Contudo, o diagnóstico apresentado por Habermas sobre a evolução dos processos de tomada de decisão na atualidade lança dúvida sobre o êxito dessa aposta.

O diagnóstico de Habermas ressalta a preponderância da racionalidade técnico-científica, com sua difusão por todos os âmbitos sociais. Em um primeiro momento, impera o modelo decisionista, pois os objetivos das decisões estatais permanecem sendo estabelecidos através da deliberação coletiva. Porém, posteriormente, o aparente revestimento técnico da decisão elimina a necessidade de deliberação coletiva. Essa dispensa da deliberação prático-moral consome a tecnicização do processo decisório.

Quando o objeto da decisão envolve relações sociais, a racionalidade instrumental assume seu viés *estratégico*. Neste, o aspecto comunicativo das interações sociais é interrompido e transformado em mera manipulação do destinatário da decisão. O decisor volta-se para o destinatário como um objeto apto a ser manipulado para a satisfação de pretensões técnica e isoladamente definidas (HABERMAS, 2003a).

3.2 A RACIONALIDADE COMUNICATIVA

Segundo Habermas (1990, p. 232), com a adoção do paradigma da filosofia da consciência, as relações intersubjetivas dialógicas são interrompidas e os sujeitos adotam uma postura analítica objetivizante. Os demais sujeitos envolvidos no processo decisório, em especial aqueles que sofrerão diretamente as consequências das decisões, somente são acessíveis como objetos de observação passiva.

Sob esse paradigma mentalista, o decisor atua sobre uma sociedade objetivada, empreendendo uma autoafirmação teleológica. Assim, a decisão reflete a atuação de um indivíduo que se crê absolutamente autônomo e livre, e como tal, desvinculado e contraposto a tudo que lhe é externo. O decisor volta-se a si próprio, perscrutando os destinatários das decisões como a entidades no mundo exterior (HABERMAS, 1990, p. 292).

Os destinatários das decisões, bem como o próprio decisor, figuram como indivíduos desvinculados, descontextualizados; um *eu* previamente individualizado, cuja identidade não

está relacionada constitutivamente com seu meio ambiente, principalmente, como outros sujeitos (FORST, 2010, p. 18).

Para Habermas (1990, p. 276), esse paradigma do conhecimento de objetos tem de ser substituído pelo paradigma da compreensão mútua, o qual franqueia espaço para relações interpessoais estruturadas a partir de perspectivas entrecruzadas de falantes, ouvintes e assistentes não participantes.

A proposta comunicativa concebe a racionalidade como um saber transmitido de forma comunicacional, entregue à capacidade de participantes responsáveis de se orientarem em relação a exigências de validade assentadas sobre o reconhecimento intersubjetivo.

Em um mundo desencantado pela racionalidade moderna, somente uma discursividade estruturada de forma comunicacional possibilita erigir visões de mundo aptas a fundamentar planos da vida em comum. Através de uma intersubjetividade comunicacional, essas interpretações do mundo podem ser reproduzidas ou reconstruídas através de comunicações alimentadas por ações orientadas à compreensão mútua pelos sujeitos envolvidos.

Mediante momentos argumentativo-criativos, a ação comunicativa (voltada à compreensão mútua) permite a solução de problemas sobre questões de verdade e justiça, em processos intramundanos de aprendizagem (HABERMAS, 1990, p. 311). Esses processos de formação discursiva da vontade consolidam a solidariedade em contextos da vida que já não são legitimados pela tradição ou por qualquer conteúdo apriorístico (HABERMAS, 1990, p. 318).

Entretanto, para Habermas (2013), a superação do paradigma da filosofia centrada no sujeito não deve ser interpretada como um abandono do criticismo kantiano, mas, antes, como uma elucidação do significado fundamental de seu imperativo categórico. O caráter essencialmente dialógico do procedimento de universalização contido na ideia desse imperativo teria permanecido implícito até o advento do século XIX, quando a consciência histórica e cultural tomou conhecimento da pluralidade simbólica e de identidades individuais e coletivas. Esse novo século evidenciou os desafios da epistemologia frente a um pluralismo interpretativo marcado por visões de mundo e autocompreensões moldadas sob diversificadas tradições e formas de vida. Esse pluralismo epistêmico evidenciou a insuficiência em interpretar a universalização unicamente a partir da autorreflexão.

A transformação da razão *pura*, de matriz kantiana, em uma razão *situada* pode ser considerada como reflexo da *destranscendentalização* dos sujeitos cognoscentes,

empreendida, em diferentes graus, pelas contribuições, entre tantos outros, de Heidegger, Wittgenstein e dos pragmatistas (HABERMAS, 2012, p. 31).

Todavia, essa razão destranscendentalizada erige-se sobre imprescindíveis contribuições kantianas, destacadamente, das *analogias sociopráticas das ideias de razão de Kant*, que reúnem três pressupostos pragmático-formais da ação comunicativa: (1) a suposição comum de um mundo objetivo, (2) a suposição recíproca de racionalidade dos sujeitos agentes, e (3) a validade incondicional (RASMUSSEN, 1990).

A suposição pragmático-formal do mundo significa a substituição de um idealismo transcendental por um realismo interno. O mundo deixa de ser considerado como conjunto dos objetos *para nós*, mas como o conjunto de tudo o que possa ser representado em expressões verdadeiras. Os sujeitos cognoscentes, a sociedade e o próprio mundo objetivo dos meios físicos são vistos como componentes de uma realidade contínua e interdependente (HABERMAS, 2012, p. 41).

O paradigma comunicativo parte da desconstrução dos pressupostos fundamentais do mentalismo, a saber, o mito do dado como algo absolutamente objetivo, a fundamentação do conhecimento exclusivamente na estrutura cognoscente do sujeito e a verdade entendida como certeza (HABERMAS, 2002, p. 185).

A possível diferença intransponível entre númeno e fenômeno presente no pensamento de Kant continua persistindo no novo paradigma, mas sob a forma de uma possível discrepância entre a verdade e a aceitabilidade racional, entre o verdadeiro e o racionalmente considerado como justificado pelos sujeitos agentes. Contudo, o discurso permite o exercício de uma correlação interna entre os dois papéis da orientação para a verdade – tanto como certeza da ação quanto como exigência de validade hipotética. Assim, a razão deixa o mundo estático dos inteligíveis e adentra o interior dinâmico do mundo da vida (HABERMAS, 2012, p. 44-45).

Os contextos dos mundos da vida e as práticas linguísticas nas quais os sujeitos socializados ‘desde sempre’ se encontram, revelam o mundo da perspectiva das tradições e costumes instituidores de significados. Os pertencentes a uma comunidade de linguagem local experimental tudo o que ocorre no mundo à luz de uma pré-compreensão ‘gramatical’ habitual, não como objetos neutros. (HABERMAS, 2012, p. 46)

A proposta habermasiana não significa um abandono da matriz kantiana, mas sua reconstrução a fim de compatibilizar a liberdade de indivíduos racionais e autônomos a uma socialização que demanda a destranscendentalização do sujeito agente, bem como de permitir

que os juízos práticos possam processar adequadamente situações marcadas pela colisão de princípios valorativos, algo que o caráter exclusivamente individual e transcendental do imperativo kantiano não franqueia (WHITE, 1988).

Esse traço de continuidade entre Habermas e Kant é patente no caráter formalista e universalista da ética do discurso habermasiana, a qual não oferece valores materiais ou normas concretas, mas sim um critério formal que define o procedimento por meio do qual todos os indivíduos possam participar da criação de normas válidas universalmente. Esse procedimento é o discurso, cuja função é estabelecer as condições contrafáticas que possibilitem o potencial consenso sobre normas (PINZANI, 2009, p. 125).

O modelo discursivo dialógico busca, exatamente, definir as condições para uma avaliação imparcial de questões práticas. Por isso, em razão dessa finalidade e de sua natureza formal e universal, Habermas situa sua *ética do discurso* dentro da tradição kantiana (PINZANI, 2009, p. 127).

Contudo, importa ressaltar que essa imparcialidade é consequência, exatamente, da demanda por universalidade, não significando uma indiferença do agente ou decisor sobre os valores em discussão. Pelo contrário, o mundo dos fenômenos morais só é acessível plenamente a partir da perspectiva do participante de uma interação, e não daquela de um observador pretensamente imparcial, daí a importância da contribuição dialógica a ser proporcionada por uma intersubjetividade comunicativa (RASMUSSEN, 1990).

Sob o paradigma comunicativo, as decisões a serem tomadas em âmbito institucional não devem decorrer de uma normatividade imputada heteronomamente, mas devem emergir dos processos cooperativos de interpretação dos próprios participantes. Nesses processos, o repertório das visões de mundo socialmente compartilhadas, enquanto recurso do qual se valem os participantes, pode ser discutido e reconstruído dialogicamente.

Somente um Legislativo, Executivo ou, mais especificamente, um Poder Judiciário que adotem este paradigma poderão assegurar a interação social com uma cultura marcada por constantes revisões das tradições anteriormente sedimentadas, o desenvolvimento adequado da dependência das ordens legítimas de procedimentos formais e o exercício de individualidades em busca de emancipação e autonomia.

Afinal, recorrentemente, até mesmo o próprio Judiciário é provocado a decidir sobre a constitucionalidade de questões essenciais da vida quotidiana dos cidadãos, definindo, por exemplo, o critério jurídico de início e fim da vida, o reconhecimento das uniões homoafetivas e a judicialização de políticas públicas governamentais.

Se concebido como uma seara de construção dialógica, o processo decisório dos tribunais superiores, enriquecido, por exemplo, pelas audiências públicas e pelos *amici curiae*, pode representar a institucionalização de um espaço público em que as três esferas de reprodução social (família, sociedade civil e Estado) são colocadas sob discussão, em um processo racional e regrado de redefinição de seus conteúdos tornados problemáticos.

O processo decisório institucional e, mais especificamente, o judicial podem servir como instrumento de construção de uma concatenação entre histórias individuais e formas coletivas de vida. Assim, por exemplo, o controle de constitucionalidade pode ser um espaço de ações intersubjetivas de reconstrução do conteúdo concreto das práticas sociais de reconhecimento do outro, tais como o Direito e a solidariedade.

Sem dúvida, a passagem da base comunicativa de uma esfera pública social para uma estrutura institucional exige diversos procedimentos e instituições que permitam a reconstrução do sistema de direitos, da lógica jurisdicional ou da política democrática.

Os dispositivos de participação da sociedade civil devem favorecer um alargamento do conceito de mundo da vida, a fim de disponibilizar não somente padrões consensuais de interpretação, enquanto substrato dos conteúdos proposicionais, mas também padrões de relações sociais de confiança no plano normativo, isto é, as solidariedades sociais fundamentais para os atos elocutórios, e as competências adquiridas no processo de socialização (HABERMAS, 1990, p. 291).

No contexto da decisão judicial mais especificamente, a proposta comunicativa significa uma reação ao crescente processo de burocratização em detrimento de um intercâmbio entre agentes voltados ao entendimento. Ela é um esforço de submeter os âmbitos de ação formalmente organizados em favor daqueles estruturados comunicativamente (HABERMAS, 2003a, p. 558).

Portanto, o processo decisório judicial deve ser remodelado a fim de potencializar os dispositivos institucionais que permitem a participação da sociedade civil a fim de liberar seu potencial discursivo e emancipatório, a despeito de suas estruturas burocráticas.

O juiz deve afastar a concepção mentalista de uma subjetividade autossuficiente que se define por oposição a tudo o que lhe é externo, sob pena de constituir um *eu* que se volta a si mesmo em um isolamento narcisista (HABERMAS, 2002, p. 189).

Com a destranscendentalização, os sujeitos agentes são “transferidos do reino dos seres inteligíveis para o mundo da vida articulado linguisticamente dos sujeitos socializados” (HABERMAS, 2012, p. 52).

O projeto habermasiano defende a possibilidade de construção de formas de convivência que reconciliem a autonomia dos indivíduos – a liberdade kantiana – com a dependência destes da sua dimensão social, elementos postos em antagonismo após o *desencantamento do mundo* empreendido pela racionalidade moderna (BORGES, 2014). Porém, essa reconciliação não significa o retorno a formas pré-modernas de integração social e legitimação. Ela significa, antes, a reconstrução de conteúdos tornados problemáticos através de relações intersubjetivas e discursivas, compatibilizando autonomia privada e autonomia pública, esta com seu intrínseco caráter social (PINZANI, 2009, p. 99).

Afinal, “nosso conhecimento do mundo objetivo tem uma natureza social” (HABERMAS, 2002, p. 183), o que deslegitima a visão do juiz como cientista imparcial pairando sobre os casos *sub judice* para além dos valores morais envolvidos, bem como desacredita a decisão judicial, especialmente o controle de constitucionalidade, como juízo estritamente técnico ou como resultado de valorações insindicáveis.

4 CONCLUSÃO

A tomada de decisões jurídicas ainda se encontra fundamentada no paradigma da racionalidade centrada no sujeito, adotando um percurso decisório exclusivamente monológico e autorreflexivo.

Tradicionalmente, a decisão judicial é produto do labor jurídico-reflexivo do aplicador do Direito sobre dados da experiência, a fim de encontrar a melhor solução que juridicamente integre os fatos *sub judice* com o ordenamento positivo.

Contudo, se esse labor jurídico-reflexivo for compreendido de forma absolutamente monológica e autorreflexiva, o processo decisório judicial assume o estatuto epistemológico de uma *técnica*.

Essa compreensão técnica da decisão reflete o paradigma de uma racionalidade objetivante, suficiente ao domínio empírico do mundo, mas inadequada a processos sociais e institucionais de interação e integração humanas.

O decisor volta-se a si próprio e termina por encarar os destinatários de suas ordens como entidades externas ao domínio da decisão e não como participantes influentes no processo de argumentação e escolha.

A postura adotada pode afetar não somente qualitativamente o resultado final da decisão, mas pode marcá-la, sobretudo, de um déficit de legitimação democrática, em virtude da ausência de colaboração mútua na sua elaboração e aplicação.

Essa visão solipsista de decisor racional não atende, na maior medida possível, a necessidade de legitimação democrática demandada pelo princípio democrático constitucionalmente consagrado, haja vista que interrompe indevida e injustificadamente o discurso, que poderia embasar as construções jurídicas com o intercâmbio entre diferentes visões de mundo socialmente existentes, permitindo, assim, a participação criativa dos destinatários das normas e decisões jurídicas.

No exercício decisório judicial, apesar das provas materiais e testemunhais, a recuperação dos fatos *sub examine* sempre estará condicionada à limitada capacidade probatória dos meios disponíveis à formação da convicção pessoal do juiz.

A decisão judicial não pode ser compreendida como mero produto da cognição de fatos e do direito vigente, visto que ela também é construída a partir de interpretações e juízos morais e avaliativos, por vezes, altamente controversos. Isso fica patente ao pensarmos nos juízos de controle de constitucionalidade, em especial naqueles realizados pelo Supremo Tribunal Federal.

A autorreflexão mentalista sobre as evidências sensíveis não pode mais ser a metodologia de construção da decisão judicial, devendo ser superada pela adoção de um paradigma comunicativo.

O paradigma decisório mais adequado ao Estado Democrático de Direito é aquele que submete o tomador de decisão, em qualquer âmbito que seja, ao diálogo com os demais participantes do processo de argumentação e tomada de decisão, de modo mais específico, e com toda a sociedade civil, de modo geral.

Esse novo paradigma deve ser positivado em institutos e procedimentos que permitam a construção e reconstrução coletiva e dialógica de visões de mundo e normas jurídicas tornadas problemáticas, compatibilizando, assim, a proteção da liberdade, como defendida por Kant, com a necessidade de um discurso racional e dialógico que assegure a formulação cooperativa de planos de vida em comum.

REFERÊNCIAS

BORGES, Hermenegildo Ferreira. **Da epistemologia da decisão judiciária e sua função.** Disponível em:

<http://www.lusosofia.net/textos/borges_hermenegildo_ferreira_epistemologia_decisao_judiciaria.pdf>. Acesso em: 10 maio 2015.

FORST, Rainer. **Contextos da justiça**: Filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo. São Paulo: Boitempo, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

_____. **Agir comunicativo e razão destrancendentalizada**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

_____. **Ciência e técnica enquanto ideologia**. Lisboa: Edições 70, 1986.

_____. **Discurso filosófico da modernidade**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1990.

_____. **Teoría de la acción comunicativa, I**: racionalidad de la acción y racionalización social. 4. ed. Madrid: Taurus Humanidades, 2003a.

_____. **Teoría de la acción comunicativa, II**: crítica da la razón funcionalista. Madrid: Taurus, 2003b.

_____. **Verdad y justificación**: ensayos filosóficos. Madrid: Trotta, 2002.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: EDIPRO, 2003.

_____. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2009.

LUCHI, José Pedro. **A superação da filosofia da consciência em J. Habermas**: a questão do sujeito na formação da teoria comunicativa da sociedade. Tese de doutorado. Pontificia Università Gregoriana: Roma, 1999.

LUKÁCS, Georg. **História e consciência de classe**: estudos sobre a dialética marxista. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

PINHEIRO, Celso de Moraes. Liberdade e coação no direito de Kant. **VERITAS**, vol. 52, n. 1, mar., 2007, p. 15-24. Disponível em: <<http://www-periodicos-capes-gov-br.ez25.periodicos.capes.gov.br>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

PINZANI, Alessandro. **Habermas**: Introdução. Porto Alegre: Artmed, 2009.

RASMUSSEN, David. **Reading Habermas**. Cambridge: Basil Blackwell, 1990.

RIVIERA, Francisco J. U. **Agir comunicativo e planejamento social**: uma crítica ao enfoque estratégico. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1995.

WHIMSTER, Sam. **Understanding Weber**. New York: Routledge, 2007.

WHITE, Stephen. **The recent work of Jürgen Habermas: reason, justice and modernity.** Cambridge: CUP, 1988.

WOOD, Allen. **Kant: Introdução.** Porto Alegre: Artmed, 2009.