

A LEGITIMIDADE DISCURSIVA DAS DECISÕES JUDICIAIS: A CONTRIBUIÇÃO DE HABERMAS¹

Adriano Antunes Damasceno²

Sumário: 1. Introdução. 2. O paradigma do Estado Democrático de Direito. 3. A legitimidade do Direito em Habermas. 4. A legitimidade das decisões judiciais em Habermas. 5. Conclusão.

RESUMO

A partir dos paradigmas jurídicos da modernidade, o texto analisa a teoria do discurso elaborada por Jürgen Habermas. Tem como objetivo apontar os fundamentos da legitimidade do direito positivo e das decisões judiciais num paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito. Conclui-se que para Habermas a legitimidade do direito positivo nasce de um arranjo comunicativo em que os destinatários da norma são também seus autores e a legitimidade das decisões judiciais surge de procedimentos que garantam a ampla participação dos interessados.

Palavras-chave: Habermas. Direito. Decisão judicial. Legitimidade.

RÉSUMÉ

À partir des paradigmes juridiques de la modernité, l'écrit analyse la théorie du discours élaboré par Jürgen Habermas. Il y a comme objectif montrer les fondements de la légitimité du droit positif et des décisions judiciaires dans un paradigme procédural de l'État de Droit Démocrate. On a conclu que la légitimité du droit positif naît d'un arrangement communicatif dans lequel les destinataires de la norme sont aussi leurs auteurs et la légitimité des décisions judiciaires surgit des procédures qui garantissent l'ample participation des intéressés.

Mots-clé: Habermas. Droit. Décision Judiciaire. Légitimité.

¹ Editado por *Emily Monique Puigseck*. Bezerra Estudante de Graduação do Curso de em Direito, Universidade Federal do Maranhão. Assistente Editorial e Editora da Revista Diálogos Críticos. Aluna-pesquisadora e Secretária do Grupo de Ensino Pesquisa e Extensão Cultura, Direito e Sociedade (DGP/CNPq/UFMA). Secretária do Núcleo Interdisciplinar de Estudos e Educação em Direitos Humanos da mesma Universidade. Email: dialogoscriticos@gmail.com

² Defensor Público no Estado do Maranhão, aluno do curso de especialização em direitos humanos, teoria e filosofia do direito da Puc-Minas.

1. INTRODUÇÃO

As reflexões de Habermas influenciaram sobremaneira as ciências sociais, sendo notável o impacto das mesmas no direito contemporâneo.

Neste trabalho pretende-se, a partir da tradução brasileira de *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, perpassar o pensamento habermasiano em busca da legitimidade do direito positivo e, em especial, das decisões judiciais, tendo como pano de fundo um paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito.

Para cumprir o objetivo proposto elaborar-se-á, inicialmente, um breve quadro dos paradigmas que vêm orientando a interpretação e a aplicação do direito na modernidade.

A partir do paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito proposto por Habermas, serão analisadas as consequências de sua teoria do discurso no processo de elaboração do direito positivo, assim como no de aplicação do mesmo aos casos concretos.

2. O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Conforme ressalta Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, a larga utilização do vocábulo paradigma nos textos jurídicos contemporâneos impõe uma análise acurada do mesmo, a fim “de se alcançar seu significado técnico no plano da ciência do direito”.³

A compreensão moderna do termo remonta ao físico americano Thomas Khun, podendo ser entendido, na acepção desenvolvida por este em obra dedicada à estrutura das revoluções científicas, como:

³ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 54

[...] um conjunto de hipóteses científicas gerais e de leis e diretrizes técnicas necessárias à sua aplicação, assim adotado por uma comunidade científica, verdadeiras realizações científicas reconhecidas em âmbito universal, as quais, durante certo tempo, na busca da resolução de determinados problemas, fornecem soluções modelares para os praticantes de determinada ciência.⁴

Assim, pode-se afirmar, seguindo Arthur José Almeida-Diniz, que Kuhn “rebatizou o conceito de sistema para paradigma”.⁵

Na ciência do direito, a utilização de paradigmas tem sido essencial para fins de definição de critérios de interpretação⁶ e aplicação das normas. Na síntese de André Cordeiro Leal, “os paradigmas refletem a forma pela qual a linguagem se estrutura em um determinado momento histórico”⁷.

Na teoria discursiva do direito desenvolvida por Habermas – a ser adiante abordada -, os paradigmas jurídicos têm um papel fundamental, devendo-se destacar desde já que para o autor a disputa política pelos paradigmas a serem adotados não pode ficar restrita a uma comunidade de especialistas, mas sim ser estendida à totalidade daqueles que são atingidos pelas normas, utilizando-se para tanto as arenas políticas existentes⁸.

Esclarecido, pois, o sentido dado ao termo paradigma no presente trabalho, a abordagem a ser realizada restringir-se-á aos paradigmas constitucionais da modernidade: o do Estado Liberal, o do Estado Social e o do Estado Democrático de Direito.

⁴ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. P. 55

⁵ Apud. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. P. 55

⁶ OLIVEIRA Apud. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 10^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 10^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 25

⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. II. 2^a ed. Tradução de Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

Com o declínio do paradigma pré-moderno – compreendido, segundo Carvalho Netto, entre a Antiguidade e a Idade Média⁹ -, estruturou-se o paradigma do Estado Liberal, passando o direito “a ser compreendido como um sistema de normas genéricas e abstratas aplicáveis a todos”¹⁰

Nesse paradigma, sobressai-se a proteção da propriedade e da esfera privada do indivíduo, razão pela qual sob o signo do mesmo desenvolveu-se amplo rol de direitos individuais cujo fim consistia precipuamente na proteção contra o poder do Estado e a ingerência indevida de particulares na esfera privada.

Além disso, destaca-se no paradigma Liberal a separação das funções estatais num sistema de freios e contrapesos¹¹ em que legislativo, judiciário e executivo têm suas esferas de atribuição demarcadas em espaços que por vezes se imbricam.

A insuficiência do paradigma Liberal, no entanto, incapaz de responder adequadamente às demandas sociais que surgiam, deu azo ao surgimento do paradigma do Estado Social, cujos marcos inaugurais, segundo aponta Cordeiro Leal (2002), foram a Constituição Mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919.

Nesse novo contexto, o papel do Estado é revisto. Até então, preponderava o caráter não intervencionista, no qual a esfera privada precisava estar a salvo de intervenções indevidas do aparelho estatal, ainda que para tanto fosse necessário afastar o Estado da realidade sócio-econômica.

⁹ Apud. PELLEGRINI, Flaviane de Barros Magalhães. O paradigma do Estado Democrático de Direito e as teorias do processo. *Virtuajus*, a. 3, nº 1, julho de 2004. Disponível em <<http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/producaodocente.html>>. Acesso em: 01 set. 2011.

¹⁰ Apud. PELLEGRINI, Flaviane de Barros Magalhães. O paradigma do Estado Democrático de Direito e as teorias do processo. *Virtuajus*, a. 3, nº 1, julho de 2004. Disponível em <<http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/producaodocente.html>>. Acesso em: 01 set. 2011.

¹¹ BONAVIDES Apud. Apud. PELLEGRINI, Flaviane de Barros Magalhães. O paradigma do Estado Democrático de Direito e as teorias do processo. *Virtuajus*, a. 3, nº 1, julho de 2004. Disponível em <<http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/producaodocente.html>>. Acesso em: 01 set. 2011.

Com vistas a diminuir a desigualdade social, o estreitamento do abismo que separava o público e o privado passa a ser visto como necessário, entrando no rol de obrigações estatais a garantia de direitos sociais mínimos, como saúde e educação. Como bem ressalta Marcelo Cattoni não se trata mais de um

[...] Estado Liberal 'neutro', distante dos conflitos sociais, mas um Estado que se assume como agente conformador da realidade social e que busca, inclusive, estabelecer formas de vida concretas, impondo pautas 'públicas' de 'vida boa'¹².

A síntese da dicotomia e a crítica dirigida aos paradigmas Social e Liberal são apresentadas por Habermas nos seguintes termos:

Os dois paradigmas compartilham a imagem produtivista de uma sociedade econômica apoiada no capitalismo industrial, cujo funcionamento, segundo uma das interpretações, preenche a expectativa de justiça social através da defesa autônoma e privada de interesses próprios; segundo a outra interpretação, isso acarreta a destruição da expectativa de justiça social. Os dois paradigmas concentram-se nas implicações normativas do funcionamento social de um status negativo protegido pelo direito e procuram saber se é suficiente garantir a autonomia privada através de direitos à liberdade ou se a emergência ou surgimento da autonomia privada tem que ser assegurada através da garantia de prestações sociais. Em ambos os casos, perde-se de vista o nexo interno que existe entre autonomia privada e autonomia do cidadão e, com isso, o sentido democrático da auto-organização de uma comunidade jurídica¹³

Observa-se, assim, que a redução da esfera pública ao estatal, que terminava por afastar o cidadão do campo político, não tinha o condão de sustentar um sistema de direitos capaz de corresponder às expectativas.

¹² Apud. PELLEGRINI, Flaviane de Barros Magalhães. O paradigma do Estado Democrático de Direito e as teorias do processo. *Virtuajus*, a. 3, nº 1, julho de 2004. Disponível em <<http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/producaodocente.html>>. Acesso em: 01 set. 2011.

¹³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, vol. II. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b. P. 145-146.

Diante desse contexto, a pressão exercida pelos movimentos sociais que eclodiram a partir da década de sessenta fez surgir um paradigma capaz de ampliar a esfera pública¹⁴, garantindo ao cidadão “direitos de participação democráticos” que só podem ser assegurados através do respeito à autonomia privada¹⁵.

A transição entre os paradigmas do Estado Social e o do Estado Democrático de Direito é sintetizada por José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior da seguinte forma:

Este paradigma* foi superado em razão da incapacidade de ver o caráter privado essencial à própria dimensão pública, enquanto locus privilegiado da construção e reconstrução das estruturas de personalidade, das identidades sociais e das formas de vida.

É precisamente esse aspecto da dimensão pública que deve agasalhar necessariamente o pluralismo social e político, constituindo-se em condição *sine qua non* de uma cidadania ativa e efetiva, que se reconstrói quotidianamente na ampliação dos direitos fundamentais à luz da Constituição, vista como um processo permanente. Exatamente a redução do público ao estatal conduziu aos excessos perpetrados pelo Estado Social e sua doutrina¹⁶.

Assim, pode-se dizer que o paradigma do Estado Democrático de Direito é constituído a partir de uma nova concepção acerca da autonomia pública e privada dos cidadãos, que as compreende como co-originárias. Os membros de uma comunidade jurídica organizada só podem compreender sua autonomia pública na medida em que lhes for garantida a autonomia privada¹⁷.

¹⁴ OLIVEIRA Apud. PELLEGRINI, Flaviane de Barros Magalhães. O paradigma do Estado Democrático de Direito e as teorias do processo. *Virtuajus*, a. 3, nº 1, julho de 2004. Disponível em <<http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/producaodocente.html>>. Acesso em: 01 set. 2011.

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. II. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

¹⁶ BARACHO JÚNIOR Apud. PELLEGRINI, Flaviane de Barros Magalhães. O paradigma do Estado Democrático de Direito e as teorias do processo. *Virtuajus*, a. 3, nº 1, julho de 2004. Disponível em <<http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/producaodocente.html>>. Acesso em: 01 set. 2011.

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. II. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

Além desse redimensionamento da autonomia pública e da autonomia privada, o paradigma do Estado Democrático de Direito a ser abordado no presente trabalho, com fundamento em Habermas, é essencialmente procedimentalista, ou seja, aquelas só podem ser garantidas se estabelecidas formas de comunicação e arenas políticas nas quais possam efetivamente se manifestar:

Uma vez que a garantia da autonomia privada através do direito formal se revelou insuficiente e dado que a regulação social através do direito, ao invés de reconstituir a autonomia privada, se transformou numa ameaça para ela, só resta como saída tematizar o nexos existente entre formas de comunicação, que, ao emergirem, garantem autonomia pública e a privada¹⁸.

É nesse contexto que HABERMAS desenvolve sua teoria discursiva do direito, “que define o paradigma do Estado Democrático de Direito a partir da relação complementar entre a autonomia privada e a autonomia pública”¹⁹ e da existência de formas de comunicação capazes de garanti-las.

3. A LEGITIMIDADE DO DIREITO EM HABERMAS

A questão referente à legitimidade do direito positivo tem papel central na obra de Habermas. É preciso esclarecer, no entanto, que a legitimidade buscada pelo autor tem como pano de fundo sociedades modernas, não secularizadas. Assim, Habermas se propõe a esclarecer o modo pelo qual o direito pode erigir-se legitimamente em sociedades complexas, rechaçando a legitimidade proveniente da religião, do direito natural e da moral.

Como ressalta Giovani Saavedra, os objetivos de Habermas em relação ao direito não são meramente descritivos. Na verdade, o escopo de sua obra consiste em “esclarecer as condições necessárias para uma legitimação

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. II. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

¹⁹ PELLEGRINI, Flaviane de Barros Magalhães. O paradigma do Estado Democrático de Direito e as teorias do processo. *Virtuajus*, a. 3, nº 1, julho de 2004. Disponível em <<http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/producaodocente.html>>. Acesso em: 01 set. 2011.

democrática do direito”, o que faz de sua teoria “uma teoria com pretensões normativas mais do que descritivas” ²⁰.

Para atingir aquilo a que se propõe, Habermas lança mão de sua teoria discursiva do direito:

Eu analisei esse processo democrático – que empresta força legitimadora ao estabelecimento do direito em meio ao pluralismo das cosmovisões e das sociedades – sob pontos de vista da teoria do discurso ²¹.

O ponto de partida da teoria do discurso é a substituição da razão prática pela razão comunicativa, levando em conta, precipuamente, a relação entre a moral e o direito para ambas.

Conforme destaca Agostinho R. Marques Neto, na abordagem do direito feita por Kant na Crítica da Razão Prática são estabelecidas duas esferas normativas que regulam a conduta humana: a moral, que regula o *forum internum* e cujas sanções são mais ou menos frouxas, como o arrependimento e a reprovação social; e o direito, que regula o *forum externum* e cujas sanções são mais efetivas, a exemplo das penas corporais e pecuniárias²².

Nota-se, assim, que em Kant a coercitividade é elemento determinante para a caracterização do direito. Entrementes, além da coercitividade, a liberdade constitui componente essencial para o direito em Kant. Assim, é na tentativa de conciliar a liberdade individual com o caráter coercitivo do direito que “KANT

²⁰ SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Jurisdição e democracia*: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 119.

²¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, vol. II. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b. P 319.

²² MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Introdução ao estudo do direito*: conceito, objeto, método. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

parte do princípio de que todo homem, como ser racional e livre, traz dentro de si a ideia do dever”²³.

Nesse contexto, é a razão prática associada à filosofia do sujeito que fornece normas para o agir de cada indivíduo, já que lhe oferece diretamente as normas para tanto. Porém,

[...] essa faculdade legisladora da razão prática acoplou o normativismo, proveniente dessa última, a uma descrição da ordem social e política tida como correta. Assim, de uma faculdade que se pretendia normativa apenas para a figura de sujeitos concretos, essa normatividade, guardada o aspecto solipsista de sua formulação, assume as rédeas da história e da ordem social. Esse é o quadro conceitual que permite interpretar tanto o normativismo de uma razão que orientava o indivíduo em seu agir quanto o normativismo do Direito natural racional na descrição da ordem social e política. Portanto, a razão prática assume a função de fonte imediata do agir à medida que se transforma em modelo para a ação. Esse caráter prescritivo da razão prática assume a forma de um mandamento moral que possui validade deontológica²⁴.

Em suma, na correta síntese de Agostinho R. Marques Neto, o direito em Kant vê-se “reduzido a um conjunto de prescrições dogmáticas de fundo subjetivo, que se impõem de modo absoluto e incondicionado”²⁵.

Ao substituir a razão prática pela comunicativa Habermas deixa de ter a moral como fonte imediata de legitimidade do direito positivo. Isto se dá graças a uma nova concepção acerca da relação entre direito e moral. Para ele

[...] no nível de fundamentação pós-metafísico, tanto as regras morais como as jurídicas diferenciam-se da eticidade tradicional, colocando-

²³ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Introdução ao estudo do direito: conceito, objeto, método*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. P. 105

²⁴ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Introdução ao estudo do direito: conceito, objeto, método*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. P. 140

²⁵ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Introdução ao estudo do direito: conceito, objeto, método*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. P. 106

se como dois tipos diferentes de normas de ação, que surgem lado a lado, complementando-se²⁶.

Assim, para Habermas a relação entre direito e moral é co-originária. Ambas as esferas surgem conjuntamente, o que garante ao direito a possibilidade de se erigir sobre um discurso deontologicamente neutro. Ou seja, para Habermas o direito não pode ter como pressuposto uma moral determinante para a ação.

Abandona-se, assim, a normatividade imediata proveniente da razão prática, passando o direito a legitimar-se através da normatividade mediata da razão comunicativa, que só se torna prescritiva “após ser estabelecida por um consenso discursivamente estabelecido”²⁷.

As implicações da troca da razão prática pela comunicativa para o direito positivo vão muito além de uma “simples troca de etiqueta”²⁸, podendo ser sintetizadas a partir da seguinte afirmação de Luiz Moreira:

Como não temos uma normatividade imediata, mas apenas mediata, a fundamentação do Direito não pode mais apelar para uma relação complementar com a Moral, e a relação de correspondência entre Direito positivo e Direito natural racional poderá ser abandonada. Na concepção de Habermas não há uma “esfera deontológica” da qual podem ser extraídos os pontos de partida para a elaboração de uma agenda de institucionalização, compreendida esta como os temas que a comunidade jurídica elege como passíveis de serem incorporados pelo ordenamento jurídico²⁹.

Para Habermas a legitimidade democrática do direito positivo é fruto de um “arranjo comunicativo” assegurado por um paradigma procedimentalista que

²⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. P. 139

²⁷ MOREIRA, Luiz. *A fundamentação do direito em Habermas*. 3ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. P. 141.

²⁸ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. P.19

²⁹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. P.147, 146.

“formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los”.³⁰

Como na teoria discursiva de Habermas o direito positivo desvencilha-se de um núcleo moral que lhe confere legitimidade e passa a centrar-se no caráter discursivo da tomada de decisões, é preciso que o próprio direito garanta o arcabouço procedimental necessário para a formação discursiva da opinião e da vontade.

Habermas propõe, então, a institucionalização jurídica do princípio do discurso, inicialmente neutro em relação à moral e ao direito. Com esse procedimento, o princípio do discurso transmuda-se no princípio da democracia, cujo fim consiste em “amarrar um procedimento de normatização legítima do direito”.³¹

Esse novo paradigma proposto por Habermas reconstrói a relação entre autonomia privada e autonomia pública a partir do nexos interno entre soberania do povo e direitos humanos que, necessariamente, deve aflorar no processo legislativo.

É preciso refletir, pois, em que consiste esse nexos interno entre direitos humanos e soberania do povo.

Segundo Habermas, a dicotomia liberais/republicanos surgida na tradição política dos EUA, também vista nas posições de Kant e Rousseau, sugere uma relação de concorrência entre os direitos humanos e a soberania do povo³²,

³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, vol. II. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b. P. 190.

³¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, vol. I. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. P. 145

³² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, vol. I. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

que se manifesta principalmente na problemática acerca da liberdade de autolegislação dos membros de uma comunidade jurídica³³.

Estaria, então, a soberania popular limitada por direitos fundamentais precedentes ou a comunidade jurídica seria livre para exercitar sua soberania independentemente de uma ordem jurídica natural prévia?

A colocação do problema nesses termos, no entanto, oculta a verdadeiro questão, que consiste na forma como os direitos subjetivos são inseridos no ordenamento jurídico³⁴.

Os direitos subjetivos, enquanto esferas de ação individuais negativas positivadas no ordenamento jurídico, possibilitam aos membros da comunidade jurídica o espaço necessário para a tomada de decisões. Esta visão acerca dos direitos subjetivos bifurca-se em dois caminhos distintos, mas que terminam por entrelaçar-se. De um lado, compreende-se, a partir da filosofia do sujeito, que os direitos subjetivos irão garantir juridicamente a autonomia privada dos cidadãos contra intromissões indevidas, cabendo a cada um orientar-se de acordo com seus interesses sem se preocupar com os limites impostos pelo interesse de toda a comunidade jurídica³⁵.

De outro lado, a teoria do discurso de Habermas insurge-se justamente contra essa redução do direito a mero garantidor de liberdades negativas³⁶, visto que esta perspectiva, por si só, não tem o condão de responder a questão referente à legitimidade do direito.

³³ MOREIRA, Luiz. *A fundamentação do direito em Habermas*. 3ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

³⁴ MOREIRA, Luiz. *A fundamentação do direito em Habermas*. 3ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

³⁵ MOREIRA, Luiz. *A fundamentação do direito em Habermas*. 3ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

³⁶ MOREIRA, Luiz. *A fundamentação do direito em Habermas*. 3ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

No entanto, é a partir das liberdades individuais, de caráter negativo, que Habermas se propõe a encetar um caminho para a legitimidade da ordem jurídica:

Os direitos subjetivos apelam para uma relação de colaboração entre os sujeitos de direito, relação que se pauta pela reciprocidade de deveres e obrigações, mas também pela co-autoria da ordem jurídica, uma vez que essa reciprocidade se deve ao fato de serem membros livres e iguais de tal comunidade. Assim, a aparente estrutura solipsista dos direitos subjetivos esconde uma estrutura intersubjetiva dos direitos, fundada a partir da co-autoria desse ordenamento. [...] Dessa forma, estrutura aritmética dos direitos subjetivos, que possibilita a articulação do conceito de liberdade como liberdade negativa, sofre um revés, pois a tematização dos direitos subjetivos supõe que haja uma reciprocidade na articulação do conceito de liberdade. Pois bem, é essa promessa de reciprocidade que desmonta o esquema solipsista. À medida que os direitos são recíprocos, explicita-se sua estrutura intersubjetiva e, com isso, afasta-se a conotação subjetiva dos direitos.³⁷

Assim, para Habermas a estruturação legítima do ordenamento jurídico dá-se de modo intersubjetivo. A formulação e a imposição de direitos subjetivos têm como pressuposto um processo democrático capaz de garantir a formação discursiva da opinião e da vontade:

[...] para formular adequadamente os direitos privados subjetivos ou para impô-los politicamente, é necessário que os afetados tenham esclarecidos antes, em dimensões públicas os pontos relevantes para o tratamento igual ou não igual de casos típicos e tenham mobilizado o poder comunicativo para a consideração de suas necessidades interpretadas de modo novo.³⁸

³⁷ MOREIRA, Luiz. *A fundamentação do direito em Habermas*. 3ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. P. 162

³⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. P. 310

É na institucionalização de procedimentos que asseguram a formação discursiva da opinião e da vontade que reside o nexó interno entre direitos humanos e soberania do povo e, por conseguinte, a rearticulação entre as esferas pública e privada.

Trata-se de um processo circular constituído pela formação discursiva da opinião e da vontade garantida procedimentalmente que se retroalimenta³⁹, gerando, assim, direitos subjetivos legitimados democraticamente e que irão assegurar aos membros de uma determinada comunidade jurídica ampla possibilidade de participação na formação do ordenamento jurídico. Nas palavras de Habermas:

[...] o nexó interno entre direitos humanos e soberania popular, que buscamos aqui, reside, pois no fato de que a exigência de institucionalizar a autolegislação em termos de direito tem que ser preenchida com o auxílio de um código, o qual implica, ao mesmo tempo, a garantia de liberdades subjetivas de ação e de reclamação. Inversamente, a repartição igualitária desses direitos subjetivos (e de seu valor equitativo) só pode ser satisfeita através de um processo democrático que justifica a suposição de que os resultados da formação política da opinião e da vontade são racionais. Deste modo, a autonomia privada e a pública pressupõem-se mutuamente, sem que uma possa reivindicar o primado sobre a outra⁴⁰.

4. A LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS EM HABERMAS

Para Habermas⁴¹ a tensão entre facticidade e validade inerente ao direito reflete-se na jurisdição como tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas. A segurança jurídica exige decisões tomadas de modo consistente dentro de uma ordem jurídica previamente

³⁹ PELLEGRINI, Flaviane de Barros Magalhães. O paradigma do Estado Democrático de Direito e as teorias do processo. *Virtuajus*, a. 3, nº 1, julho de 2004. Disponível em <<http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/producaodocente.html>>. Acesso em: 01 set. 2011.

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. II. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b. P. 316

⁴¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

estabelecida, ao passo que a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões aceitas como racionais pelos membros da comunidade jurídica.

Para compatibilizar ambas as necessidades, Habermas apropria-se da teoria dos direitos elaboradas por Ronald Dworkin, propondo-se, no entanto, a realizar algumas correções na mesma.

A teoria dos direitos elaborada por Dworkin, pode ser entendida, segundo Habermas, como uma tentativa de superar as propostas apresentadas pela hermenêutica jurídica, pelo realismo e pelo positivismo jurídico e esclarecer como a prática das decisões judiciais pode respeitar tanto a segurança jurídica quanto a aceitabilidade racional⁴².

Dworkin se volta particularmente contra a solução apresentada pelo positivismo jurídico para a problemática. Conforme esclarece André Cordeiro Leal:

Enquanto em Kelsen e Hart, a observância de procedimentos previamente fixados à elaboração normativa bastaria, em última análise, à assecuração de legitimidade das normas em todos os níveis de sua criação, a ótica de Dworkin exige o acatamento de pressupostos democráticos.

Situações fáticas para as quais o Direito aparentemente não oferecia respostas (ou para as quais várias normas fossem a priori aplicáveis) permitiam, no positivismo o surgimento da discricionariedade judicial. A proposta dworkiniana buscou na força vinculante dos princípios a afirmação de inexistência de anomias ou da possibilidade de decisionismo.⁴³

Para Dworkin, o arbítrio deixado a cargo do juiz ocorria devido ao fato do positivismo basear-se apenas em regras e olvidar-se da distinção entre estas e

⁴² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

⁴³ LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. P. 57

os princípios. As regras, neste contexto, “são normas concretas, já determinadas para uma aplicação específica”⁴⁴. Os princípios, por sua vez, conforme acentua André Cordeiro Leal, “sequer buscam definir deveres específicos. Pretendem, em verdade, traçar linhas gerais que orientem a interpretação do Direito”⁴⁵.

O sistema fechado de regras proposto pelo positivismo jurídico, em face de sua incapacidade de solucionar todos os casos que se apresentam, termina por impor soluções a serem alcançadas pelo juiz fora do ordenamento jurídico democraticamente instituído. Esse espaço arbitrário é suprimido, na concepção de Dworkin, graças à inserção dos princípios no discurso jurídico⁴⁶.

Entretanto, a teoria de Dworkin vai além. Para ele compete à Jurisdição reconstruir o direito a partir dos princípios que orientam uma comunidade jurídica ao longo da história⁴⁷, mas com o olhar voltado para o futuro. A proposta de Dworkin consiste precipuamente numa tentativa de compatibilizar de modo coerente o ordenamento jurídico e as decisões judiciais que são tomadas com base nele. Nas palavras de Habermas:

Dworkin exige a construção de uma teoria do direito, não de uma teoria da justiça. A tarefa não consiste na construção filosófica de uma ordem social fundada em princípios da justiça, mas na procura de princípios e determinação de objetivos válidos, a partir dos quais seja possível justificar uma ordem jurídica concreta em seus elementos essenciais, de tal modo que nela se encaixem todas as

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. P. 258

⁴⁵ LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. P. 58

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

⁴⁷ LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

decisões tomadas em casos singulares, como se fosse componentes coerentes⁴⁸.

Essa tarefa, no entanto, é atribuída quase que exclusivamente à figura do órgão responsável pela decisão judicial. A carga que recai sobre este é tamanha que:

Dworkin sabe que para desempenhar essa tarefa, é preciso pressupor um juiz cujas capacidades intelectuais podem medir-se com as forças físicas de um Hércules. [...] Hércules deve descobrir a série coerente de princípios capaz de justificar a história institucional de um determinado sistema de direitos, do modo como é exigido pela equidade.

[...]

A teoria do juiz Hércules reconcilia as decisões racionalmente reconstruídas do passado com a pretensão à aceitabilidade racional do presente, ou seja, reconcilia a história com a justiça.⁴⁹

Apesar de reconhecer que o modelo proposto por Dworkin tem o mérito de garantir por meio de uma jurisprudência discursiva a integridade de condições de reconhecimento capazes de assegurar a cada parceiro do direito igual respeito e consideração⁵⁰, Habermas o revê à luz da teoria do discurso. Neste contexto o “juiz singular tem que conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos”⁵¹.

Habermas propõe-se, pois, a aliviar Hércules do fardo que lhe é atribuído, traduzindo “as exigências ideais que Dworkin faz nos termos de um

⁴⁸ LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. P. 263

⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. P. 263 - 264

⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

⁵¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. P. 278

procedimento que faça jus tanto ao ideal da busca da única resposta correta, quanto à falibilidade desse empreendimento”⁵².

Essa tarefa é levada a cabo com o auxílio da teoria discursiva do direito, apoiada num conceito forte de racionalidade procedimental, que substitui a aferição lógico-formal da aceitabilidade racional das decisões judiciais por uma perspectiva que leva em conta a qualidade dos argumentos utilizados e o próprio processo de argumentação⁵³.

Para ser tida como correta a decisão judicial deve se submeter a uma fundamentação que se desenvolve argumentativamente. Para Habermas os argumentos substanciais não são cogentes no sentido de um raciocínio lógico ou de uma evidência imediata. Daí afirmar que

[...] não há um fim natural no encadeamento dos possíveis argumentos substanciais; não se pode excluir a fortiori a possibilidade de novas informações e melhores argumentos virem a ser aduzidos. Em condições favoráveis, nós só concluímos uma argumentação, quando os argumentos se condensam de tal maneira num todo coerente, e no horizonte de concepções básicas ainda não problematizadas, que surge de um acordo não-coercitivo sobre a aceitabilidade da pretensão de validade controvertida⁵⁴.

Entrementes, para Habermas a busca da única decisão correta deve ser pautada por um processo argumentativo em que sejam asseguradas as condições procedimentais necessárias ao alcance de uma determinada meta, sob pena dessa busca eternizar-se. Este procedimento irá assegurar a compatibilidade entre a busca pela única decisão correta e o leque de argumentos que se apresente para tanto.

⁵² DUTRA, Delmar José Volpato. A teoria discursiva da aplicação do direito: o modelo de Habermas. *Veritas*, Porto Alegre, vol. 51, n. 1, p. 18-41, mar. 2006.

⁵³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. P. 282

É preciso deixar claro que o processo argumentativo proposto por Habermas é essencialmente intersubjetivo. Para ele a única resposta correta para um caso difícil que se põe a julgamento não é fruto do ato solitário de um juiz Hércules, mesmo porque este não tem condições de definir sozinho, sem qualquer tipo de colaboração, quais normas e valores podem encontrar o assentimento de todos os atingidos.

Habermas não ignora o papel do juiz na empreitada pela decisão correta. Nada obstante, esse papel deve ser aferido a partir de uma diferenciação entre aplicar e fundamentar uma norma, elaborada por Klaus Günther. Os discursos de fundamentação levam em conta situações genéricas e que abrangem uma série de casos semelhantes⁵⁵. Fundamentar uma norma significa aferir a validade *prima facie* da mesma dentro do ordenamento jurídico⁵⁶.

Aferida a validade da norma dentro desse contexto, pode-se direcioná-la aos casos singulares. Trata-se agora de um contexto de aplicação da norma ao caso concreto. Não se discute mais sua validade – que decorreu do discurso de fundamentação –, mas sim de perquirir sua adequação às situações concretas.

Essa diferenciação não olvida das perspectivas que se colocam em confronto quando da solução do caso concreto. Os discursos de fundamentação são elaborados a partir dos interesses da comunidade jurídica como um todo, ao passo que nos discursos de aplicação essas relações se retraem diante do interesse das partes diretamente envolvidas no caso concreto. Para Habermas cabe ao juiz, de modo imparcial, conciliar as perspectivas tanto da comunidade jurídica quanto daqueles que são diretamente interessados no caso concreto:

Em discursos de aplicação, as perspectivas particulares dos participantes têm que manter, simultaneamente, o contato com a

⁵⁵ DUTRA, Delmar José Volpato. A teoria discursiva da aplicação do direito: o modelo de Habermas. *Veritas*, Porto Alegre, vol. 51, n. 1, p. 18-41, mar. 2006.

⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Siebenichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

estrutura geral de perspectivas que, durante os discursos de fundamentação, esteve atrás das normas supostas como válidas. Por isso, as interpretações de casos singulares, que são feitas á luz de um sistema coerente de normas, dependem da forma comunicativa de um discurso constituído de tal maneira, do ponto de vista social-ontológico, que as perspectivas dos participantes e as perspectivas dos parceiros do direito, representadas através de um juiz imparcial, podem ser convertidas umas nas outras⁵⁷.

Nesse contexto, a atividade jurisdicional tem por base um conjunto de normas já admitidas como válidas dentro do ordenamento jurídico. A relação de adequação do fato à norma “extrai sua correção da validade pressuposta das normas estabelecidas pelo legislador político”.⁵⁸ Entretanto, uma avaliação reconstrutiva das normas tidas como válidas impõe-se como elemento do discurso de aplicação da norma, visto “que todas as normas válidas formam, em última instância, um sistema ideal e coerente, que permite apenas uma resposta correta para situação de aplicação”⁵⁹.

A partir desse ponto as teorias de Günther e Habermas seguem caminhos distintos. Com efeito, para Günther o discurso jurídico, enquanto caso especial do discurso moral de aplicação, pressupõe a validade das normas⁶⁰. A questão é que a fonte de legitimidade do direito para Günther é justamente aquela contra a qual se insurge Habermas, pois sugere uma falsa subordinação do direito à moral⁶¹.

Habermas, apoiado numa visão procedimentatista do direito, busca afastar a legitimidade do direito da moral kantiana, como já visto anteriormente. Para ele a legitimidade do direito é fruto da racionalidade de procedimentos regulam o

⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, vol. I. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. P. 284 - 285

⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, vol. I. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. P. 289

⁵⁹ GÜNTHER apud HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, vol. I. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. P. 290

⁶⁰ DUTRA, Delmar José Volpato. A teoria discursiva da aplicação do direito: o modelo de Habermas. *Veritas*, Porto Alegre, vol. 51, n. 1, p. 18-41, mar. 2006.

⁶¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, vol. I. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a

processo legislativo e garantem a mais ampla participação no mesmo, fazendo com que os destinatários da norma sejam também responsáveis por sua elaboração.

Desse modo, para Habermas a atividade do juiz deve levar em conta normas válidas sob o ponto de vista procedimentalista e não sob uma perspectiva moral. A se proceder de outro modo não haveria uma reconstrução racional das normas tidas como válidas, já que

[...] tal reconstrução avaliativa não pode ser feita nos termos da tese do caso especial, pois, se o sistema jurídico tivesse que ser reconstruído nos termos do discurso moral, a possibilidade de uma justificação racional estaria ameaçada, [...], pois a ordem jurídica é 'permeada de contingências'⁶².

Em suma, para Habermas o direito não pode tirar seu fundamento de validade diretamente da moral. Daí por que Habermas entende contraditória a tese do caso especial apresentada por Robert Alexy, que reconhece que as decisões judiciais não podem ser corretas sob a mesma perspectiva de juízos morais válidos⁶³.

Para Habermas, reconhecer a relativização da correção de uma decisão judicial implica colocar em risco a segurança jurídica. Para contornar esta dificuldade é imprescindível assimilar a proposta de Dworkin, no sentido de reconstruir racionalmente o direito diante de cada caso que se apresenta⁶⁴, sem perder de vista, no entanto, o caráter intersubjetivo que deve prevalecer neste procedimento.

⁶² DUTRA, Delmar José Volpato. A teoria discursiva da aplicação do direito: o modelo de Habermas. *Veritas*, Porto Alegre, vol. 51, n. 1, p. 18-41, mar. 2006.

⁶³ Apud HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

Nesse modelo proposto por Habermas, o direito processual e as respectivas garantias que devem circundá-lo têm uma função de grande relevância.

O Processo, segundo Habermas⁶⁵, não tem a função de regular o discurso jurídico em si, mas sim de submetê-lo a determinadas limitações temporais, sociais e objetivas.

Já os direitos processuais

[...] garantem a cada sujeito de direito a pretensão a um processo equitativo, ou seja, uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato; deste modo, os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários⁶⁶.

Assim, para Habermas o Processo funciona como espaço democrático onde os argumentos daqueles que serão atingidos pela decisão podem efetivamente contribuir para sua elaboração, já que serão necessariamente sopesados.

⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. P. 294

5. CONCLUSÃO

Como já sublinhado, as proposições de Habermas para uma fundamentação pós-metafísica do direito moderno influenciaram e continuam a influenciar sobremaneira a Ciência Jurídica, em especial no objetivo, acentuado por Rosemiro P. Leal⁶⁷, de esclarecimento da normatividade.

Embora não tenha exaurido a questão relativa ao Processo enquanto instituição jurídica⁶⁸, Habermas fortalece o arcabouço teórico necessário para a fundamentação do Processo enquanto elemento essencial para a construção legítima do direito.

Tal substrato teórico não se limita ao processo político de formação do direito positivo, estendendo-se, como visto, à elaboração das decisões judiciais. Nestas, ainda que as teorias do Processo pós-instrumentalistas refutem a postura do Judiciário sugerida pelo procedimentalismo habermasiano, a guinada linguística operada através da razão comunicativa mostra-se de grande relevância⁶⁹.

O caráter intersubjetivo da teoria do discurso de Habermas fornece elementos importantes para a busca de uma decisão judicial que se legitime não pelos saberes “superiores” de um juiz Hércules, mas pela ampla possibilidade de participação daqueles que sofrerão seus efeitos.

⁶⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

⁶⁸ LEAL Apud DEL NEGRI, André L. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo*: teoria da legitimidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

⁶⁹ ROSA, Alexande Moraes da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da Silveira. *Para um processo penal democrático*: crítica à metástase do sistema de controle social. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

REFERÊNCIAS

DEL NEGRI, André L. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DUTRA, Delmar José Volpato. A teoria discursiva da aplicação do direito: o modelo de Habermas. *Veritas*, Porto Alegre, vol. 51, n. 1, p. 18-41, mar. 2006.

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

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. II. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Introdução ao estudo do direito: conceito, objeto, método*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

MOREIRA, Luiz. *A fundamentação do direito em Habermas*. 3ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PELLEGRINI, Flaviane de Barros Magalhães. O paradigma do Estado Democrático de Direito e as teorias do processo. *Virtuajus*, a. 3, nº 1, julho de 2004. Disponível em

<<http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/producaodocente.html>>. Acesso em: 01 set. 2011.

ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da Silveira. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.