

# A dimensão comunicativa da Suprema Corte

PAULO JOSÉ LEITE FARIAS

*“Laws are dead letters without courts to expound and define their true meaning and operation”*

*Alexander Hamilton em The Federalist n° 78.*

## SUMÁRIO

1. Introdução 2. Por que as decisões da Corte Constitucional devem ser conhecidas? 2.1. O papel político da Corte Constitucional 2.2. O lado político do Ato Jurisdicional Constitucional 2.3. As funções da Corte Constitucional em um Estado democrático 2.4. O Supremo Tribunal como órgão de poder 3. Qual o destinatário das decisões constitucionais 4. A função pragmática das decisões judiciais constitucionais 4.1. Relevância do pragmatismo no discurso jurídico 4.2. O conteúdo pragmático da linguagem jurídica expresso pelo pensamento tópico 4.3. O aspecto pragmático da decisão constitucional ressalta a necessária busca de um consenso, imanente a abertura estrutural da Constituição 5. A teoria do agir comunicativo de Habermas evidencia que a tensão “eficácia-vigência” resolve-se com a aceitação da norma 5.1. A teoria consensual da verdade 5.2. A situação da comunicação ideal 5.3. O consenso como modo de resolução da tensão eficácia e vigência da norma.

## 1. Introdução

A politicidade é inerente ao poder, mesmo ao mais despolítico, como o poder de dizer o justo nas relações jurídicas contenciosas.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Consoante ensinamento de MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A Teoria das Constituições Rígidas*, p. 117: “sendo o poder judiciário o órgão encarregado e declarar o direito entre partes contendoras, deve ser-lhe, e nada mais razoável, vedada a entrada na região política, embora lhe esteja conferida a alta missão de declarar inconstitucionais as leis e os atos dos poderes legislativo e executivo”.

Paulo José Leite Farias é Procurador Autárquico Federal, Consultor-chefe do INSS, Professor de Direito Tributário da AEUDF. Mestrando em Direito e Estado na Faculdade de Direito da UnB.

Assim, a função política do Supremo Tribunal Federal sempre foi destacada, não obstante o próprio STF, em inúmeras oportunidades, tenha procurado mitigá-la. Por outro lado, atualmente, já se nota um incipiente autoconhecimento de sua função política, em alguns julgados.<sup>2</sup>

Entretanto, ao lado dessa função ou, quiçá decorrente da função política, surge outra correlacionada: *a sua função comunicativa*, na medida em que lhe cabe a atribuição de tornar a Constituição algo compreensível para a população brasileira.

Num Estado Democrático de Direito, a esfera onde os tribunais atuam, não é um espaço privado, mas, sim, um espaço público, na medida em que suas decisões produzem reflexos na sociedade, no Estado que se quer democrático e na vida dos cidadãos. Tal ocorre porque, enquanto os Poderes Legislativo e Executivo buscam no voto popular sua legitimidade, o Poder Judiciário há de alcançá-la no exercício pleno das atribuições que lhe são conferidas pela soberania popular, somente podendo ser fiscalizada e controlada a correção desse exercício por meio da publicidade dos meios de tomada de decisões que defina a maneira com que se fez uma opção dentre as existentes.

A Corte Constitucional, ao expressar sua decisão sobre determinado caso, tem um importante papel a ser ressaltado: *a sua função comunicativa*. Essa função pedagógica da Corte tem aspectos bastante relevantes, que a doutrina brasileira pouco tem tratado. Muito se fala da eficácia e abrangência das decisões da Corte; entretanto, de forma explícita, pouco se comenta da relevância de sua função comunicativa em um Estado Democrático de Direito.

Em razão da necessidade de compreensão das decisões da Corte, escrevem-se longos tratados na doutrina estrangeira. Assim,

<sup>2</sup> Assim, no Agravo Regimental em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 203, o Ministro Celso de Mello esclarece na ementa que: “A ação direta de inconstitucionalidade configura meio de preservação da integridade da ordem jurídica plasmada na Constituição Vigente, atua como instrumento de ativação da jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal e enseja a esta Corte, no controle em abstrato da norma jurídica, desempenho de típica função política ou de governo” (grifo nosso) *Diário da Justiça*, Brasília, p. 3048, 20 mar. 1990.

exemplificando, autores americanos contemporâneos consagrados como Alexander Bickel, Charles Black, John Ely, Lief Carter, dentre outros, escrevem inúmeros livros sobre temas relativos à interpretação da Constituição, com vista à busca de compreensão do *modus operandi* que ensejou determinada decisão. Infelizmente a doutrina pátria não tem uma maior preocupação com a *ratio* das decisões do Supremo Tribunal, praticamente inexistindo obras sobre as decisões proferidas.

Por outro lado, a doutrina constitucional, conforme exemplifica a experiência americana, busca fornecer subsídios para compreensão das ambigüidades e vagezas das decisões das Cortes Constitucionais. Uma, portanto, das razões ensejadoras desse trabalho decorre da necessidade de enfatizar-se clareza nas decisões constitucionais.

Outra, decorrente da primeira, refere-se a delegação dada, consciente ou inconscientemente, pela Corte aos profissionais de direito de completar as lacunas deixadas por pronunciamento não-conclusivo ou dúbio da Corte, esclarecendo o que é que a Corte realmente quis dizer, quando ela não se fez suficientemente clara para quem deveria ser o seu público-alvo: a nação.

Basicamente, o que se procura demonstrar nesse trabalho é que a *Corte Constitucional tem a obrigação institucional de discernir e articular as razões da sua decisão* de uma forma compreensível para o titular do poder constituinte.

Esse compromisso institucional da Corte e dos seus membros de proferir pronunciamentos simples, claros e inteligíveis decorre da essência da própria atividade jurisdicional. Assim, toda sentença, especialmente aquelas proferidas pela Suprema Corte, devem mostrar, de forma explícita, as razões do consenso ou dissenso sobre determinado tópico.

A importância da função comunicativa do Poder Judiciário, em geral, constitui preceito constitucional, na medida em que a fundamentação das decisões judiciais está expressamente prevista no art. 93, inciso IX, *verbis*:

“IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes.” (grifo nosso.)

Embora essa função não tenha sido, até o presente, devidamente explicitada, observa-se que já foi fruto de inquietações, dentre outros, do consagrado Vitor Nunes Leal<sup>3</sup>, o qual já chama a atenção, de forma implícita, para esse problema ao assinalar que:

“A eficiente organização do trabalho do Supremo Tribunal é um problema que se desdobra em dois outros: o da relativa estabilidade da nossa jurisprudência e o do *imediato conhecimento das nossas decisões*.

Firmar a jurisprudência, de modo rígido, não seria um bem, nem mesmo seria viável. A vida não pára, nem cessa a criação legislativa e doutrinária do direito. Mas vai uma enorme diferença entre a mudança, que é freqüentemente necessária, e a anarquia jurisprudencial, que é descalabro e tormento. Razoável e possível é o meio-termo, para que o Supremo Tribunal possa cumprir o seu mister de definir o direito federal, eliminando ou diminuindo os seus dissídios da jurisprudência.

É sabido o fundamento doutrinário, porque não pode haver, num país de unidade jurídica, um direito positivo para cada um dos tribunais. Mas também há motivos pragmáticos de procedência incontestável. O direito é, em grande parte, uma criação da razão prática. Veja-se, por exemplo, o que se passa com a coisa julgada. Ela não poderia ser compreendida, ensina *Liebman*, sem a conveniência social de se pôr fim aos litígios forenses, pois, no plano puramente lógico, a Justiça deveria buscar, indefinidamente, a verdade jurídica. Do mesmo modo, razões práticas, inspiradas no princípio da igualdade, aconselham que a jurisprudência tenha relativa estabilidade. Os pleitos iguais, dentro de um mesmo contexto social e histórico, não devem ter soluções diferentes. A opinião leiga não compreende a contrariedade dos julgados, nem o comércio jurídico a tolera, pelo seu natural anseio de segurança.

*A primeira condição para que o Supremo Tribunal pudesse dar a*

<sup>3</sup> LEAL, Vitor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal. *Arquivos do Ministério e Negócios Internos*, v. 22, n. 92, Dez. 1964.

*desejável firmeza à sua jurisprudência haveria de ser, no entanto, o imediato conhecimento dos precedentes. Não me refiro somente às partes interessadas, mas também aos seus próprios juízes. Os repertórios disponíveis não atendem plenamente a esta exigência, apesar de serem de inestimável utilidade. Era natural, portanto, que o Supremo Tribunal, antes do mais, cuidasse desse aspecto básico.”*<sup>4</sup> (grifo nosso.)

Dessa maneira, esse Ministro idealizador das súmulas<sup>5</sup> do STF ressalta que havia necessidade de *dar imediato conhecimento das decisões ao Supremo*. Surge, em decorrência, a seguinte indagação:

- Qual a razão ensejadora de fazer-se conhecer as decisões a Suprema Corte?
- Qual são ou quais deveriam ser os destinatários dessas decisões?

Kelsen já afirmava que um tribunal, especialmente uma Corte de última instância, deve receber competência para criar não só normas individuais vinculantes no caso *sub judice*, mas também normas gerais.<sup>6</sup>

Nesse trecho em análise, observa-se que a

<sup>4</sup> Antes das outras medidas, de que dá notícia esta palestra, o Supremo Tribunal dá especial atenção ao problema dos julgamentos de matéria constitucional, para que suas decisões expressem, realmente, o pensamento dos seus Ministros. Com esse objetivo, foram feitas várias alterações ao art. 87 do Regimento (Emendas de 27.7.62. DJ. 30.7.63. p. 1.973; de 11.3.63. DJ 12.3.63. P. 397; de 8.11.63. DJ. 11.11.63. p. 3.887). Ademais, importante ressaltar que Vitor Nunes Leal concebeu a súmula, possivelmente movido por preocupação decorrente da dificuldade de acesso, pelos profissionais, à jurisprudência desse Tribunal; nasceu ela, portanto, com motivação pragmática e não científica.

<sup>5</sup> Conforme ensina ROCHA, Lincoln Magalhães da. *Jurisprudência, modelo da experiência jurídica*. São Paulo : Resenha Universitária, 1975. p. 141:

“A Súmula de jurisprudência predominante constitui no direito brasileiro a mais ousada forma de experiência jurisprudencial, não só pelo seu aparecimento autóctone como também em virtude de sua força vinculatória e *persuasiva*”. (grifo nosso)

Assim, a súmula representa, também, uma preocupação de cunho comunicacional, uma vez que busca tornar conhecido, em termos claros e concisos, um pronunciamento já pacificado na Corte.

<sup>6</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. Coimbra : A. Amado, 1976.

resposta às indagações acima restringe-se à de que o imediato conhecimento das decisões do Supremo serviriam para informar as partes interessadas, bem como os próprios julgadores, da finalidade de “dar firmeza à sua jurisprudência”.

À época do artigo em comento, não podemos esquecer que ainda não existia, a não ser de forma incipiente pela representação interventiva, o controle de constitucionalidade concentrado, que só surgiu efetivamente com a *Emenda Constitucional n.º 16 de 1965*<sup>7</sup>. Logo, as conclusões da época, no que se refere aos destinatários e à causa do imediato conhecimento das decisões do órgão máximo do Judiciário, seriam, certamente, distintas das atuais, conforme procuraremos demonstrar.<sup>8</sup>

A necessidade de uma efetiva comunicação entre a Corte e a sociedade encontra seu traço original no pensamento do filósofo Jürgen Habermas ao explicitar uma teoria do agir comunicativo, na qual o consenso torna-se possível na efetividade de um diálogo constitucional da Corte com a sociedade. Para esse consagrado filósofo da Escola de Frankfurt: “a idéia de verdade somente pode ser desenvolvida se pressupusermos o resgate discursivo de pretensões de validade.”<sup>9</sup>

A permeabilidade entre o direito e a sociedade encontra seu traço original no pensamento desse filósofo da atualidade ao

<sup>7</sup> A arguição de inconstitucionalidade, que em sua origem alcançava apenas atos dos poderes estaduais e somente era prevista como pressuposto de intervenção federal (representação interventiva), ampliou-se, efetivamente com a Emenda nº 16 de 26 de novembro de 1965 à Constituição de 1946, a atos federais. Pela nova redação dada à alínea k do art. 101 da Constituição, competia ao Supremo Tribunal Federal o processo e julgamento de: “representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”.

<sup>8</sup> Conforme ensina MENDES, Gilmar Ferreira. A evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei. *Revista de Informação Legislativa*, n. 126, abr/jun, 1995: “Constata-se tendência – ainda que fragmentária – à adoção de um sistema aproximado a modelos concentrados de controle de constitucionalidade”. Tal constatação implica a necessidade de uma nova abordagem àquela já apresentada na introdução desse trabalho por Vítor Nunes Leal.

<sup>9</sup> SIEBENEICHLER, Flávio Bueno. *Jürgen Habermas : razão comunicativa e emancipação*. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1989. p. 99.

assinalar que, no campo da fundamentação, normatividade e racionalidade se cruzam, e a teoria do agir comunicativo, por conseguinte, não contempla uma “tensão” entre fato e norma (eficácia e vigência).

Assim, surge a necessidade de determinar-se a verdade com relação à argumentação proferida. Nesse sentido, Lief Carter<sup>10</sup>, na obra *Derecho Constitucional Contemporâneo*, descreve uma preocupação estética das decisões constitucionais. Logo, a correção de uma decisão constitucional não está tanto na sua parte dispositiva, mas sim na argumentação que fundamenta a decisão.

Ressalta-se, pois, nessa concepção estética, que os atos da Corte são atos retóricos de comunicação política, na medida em que buscam convencer um público. Nesse diálogo, o público-alvo deverá ser mais amplo que a restrita comunidade dos profissionais do direito, uma vez que compete à Corte, e não aos bacharéis, dizer o que a Constituição realmente quer.

## 2. Por que as decisões da Corte Constitucional devem ser conhecidas?

### 2.1. O papel político da Corte Constitucional

A doutrina é unânime sobre a importância do elemento político na interpretação da Constituição e, conseqüentemente, no papel político da Corte Constitucional. Consoante assinala Lucas Verdú<sup>11</sup>, a Constituição se destaca exatamente, no mundo jurídico, pela fórmula política que expressa.

Como sabemos, há fundamentalmente dois conceitos de Constituição: um formal e outro material. Dentro da primeira concepção, a conceituamos como sendo aquela norma fundamental que exige certos requisitos especiais para a sua criação e reforma, distinguindo-se das leis ordinárias. Já o conceito material refere-se àquelas normas definidoras da estrutura do Estado e dos direitos dos cidadãos.

Numa ou noutra perspectiva, não se deve perder de vista uma nota que lhe é característica:

<sup>10</sup> CARTER, Lief. H. *Derecho constitucional contemporáneo*. Buenos Aires : Abeledo- Perrot, 1985.

<sup>11</sup> VERDÚ, Lucas. *Curso de derecho político*. Madrid : Temes, 1977. V.2, p. 530.

a Constituição tem caráter essencialmente político. Uma Constituição conduz em si, necessariamente, uma ideologia que determina os critérios de organização sob os quais se manifesta a estrutura social.

Carl Schmitt<sup>12</sup> sustenta que a essência da Constituição é ser o conjunto de decisões políticas fundamentais do poder constituinte. Referindo-se à Constituição de Weimar, assinala, exemplificando, que ela constitui a decisão: em favor da democracia; de uma estrutura de forma federal; de direitos fundamentais e da divisão de poderes.

Ao se referir às correntes que estudam as Cortes Constitucionais como se fossem um órgão político, o constitucionalista americano Lief H. Carter<sup>13</sup>, defensor de uma *teoria estética interpretativa*, assinala:

“En las tres últimas décadas han aparecido otra clase de libros útiles que tampoco tratan de ‘relacionar todos los casos’. Esos trabajos de ‘jurisprudencia política’ describen a la Corte y sus sentencias en los mismos términos que los científicos políticos utilizan para describir y analizar otras instituciones políticas, como, por ejemplo, la Comisión de las Fuerzas Armadas de la Cámara de Diputados, la Oficina de Administración y presupuesto y las legislaturas estatales. El interrogante común a todas las políticas pregunta a como la gente adopta decisiones en los grupos, cuáles han sido o podrían ser las consecuencias de esas decisiones etcétera”.

A corrente filosófica de Bentham, o utilitarismo, sustenta, aproveitando-se da Teoria Contratualista de Locke, que o Governo cumpre o “contrato”, na medida em que suas políticas procurem alcançar o bem-comum para o maior número de pessoas. Essa resposta “utilitária” (finalística) que associamos com Jeremias Bentham, assistida pela crescente crença da capacidade da ciência medir as preferências humanas, contrastando-as com as condições sociais vigentes, tem um efeito poderoso sobre as

<sup>12</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Francisco Ayala. México : Ed. Nacional, 1981. p. 27.

<sup>13</sup> CARTER, Lief H. *Derecho constitucional contemporáneo* : la suprema corte y el arte de la política. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1985. p.26.

ciências sociais e, também, sobre a aplicação do texto constitucional.

Se, como vimos, traduzindo uma fórmula política, a Constituição se destina a disciplinar uma convivência política que é em si mesma dinâmica, forçoso é reconhecer também à sua interpretação um caráter intrinsecamente dinâmico.

Ademais, importante lembrar que o elemento político, imanente à norma constitucional, adapta-se às novas exigências, às novas situações, sendo elemento dinâmico cujo sentido atual será sempre perseguido pelo exegeta. Assim, a norma constitucional interpretada pode ganhar conteúdo novo, ressaltando, dessa forma, a interpretação constitucional como processo de mutação constitucional e a Corte Constitucional como órgão político que adequa a norma constitucional às aspirações do substrato fático-social vigente.

Nos Estados Unidos, o Judiciário sempre desempenhou realmente um papel político, e este papel coube marcadamente à Suprema Corte. No caso desta, uma tarefa constante foi a da unificação, a da sustentação da unidade federal sobre as latentes dispersões estaduais. Alexander Hamilton, no artigo “Federalista” de nº 81, referia-se a uma “*court of supreme and fine jurisdiction*”, e ainda discutia o problema de ser tal corte um corpo distinto ou apenas um ramo do Legislativo, questão herdada de Locke e de Montesquieu<sup>14</sup>.

Na mesma trilha, Tocqueville, no capítulo seis da primeira parte de sua obra sobre a democracia na América, assinala:

“Os norte-americanos confiaram a seus tribunais um imenso poder político; mas, ao impedi-los de atacar as leis por outros meios que não os judiciais, diminuíram muito os perigos deste poder”<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> “The power of constructing the laws according to the spirit of the constitution, will enable that court to mould them into whatever shape it may think proper; especially as its decisions will not be in any manner subject to the revision or correction of the legislative body”(The Federalist). Neste texto já se apresentava expressamente a noção de construção constitucional por parte do Judiciário, noção que assume no direito público norte-americano um sentido importantíssimo.

<sup>15</sup> LA DEMOCRACIA en América. Prefácio de J. P. Mayer; traducción de Luis R. Cuéllar. México : Fondo de Cultura Económica, 1957. p. 94.

## 2.2 O lado político do ato jurisdicional constitucional

Quando no sistema anglo-americano se afirmou que a Suprema Corte Federal era um congresso constituinte permanente, ou que se tinha uma Constituição, mas era ela o que os juizes da corte mais alta queriam que fosse, punha-se em relevo não apenas o “*law making power*” dos juizes no cumprimento normal de sua função de aplicar e integrar o direito na controvérsia, preenchendo os claros com seu poder normativo, mas ressaltava-se seu poder de criar o direito em nível constitucional material. Em nível de legislação ordinária, tinha-o como decorrente de um ordenamento em grande parte não-escrito, cujos costumes com vigor jurídico haviam de ser interpretados e aplicados pelos magistrados. Para retomar uma linha de argumento de Teoria Pura do Direito, dizemos: houve sempre nesse sistema de direito comum e estatutário regra positiva tácita que investiu o juiz da competência para criar norma diante de uma situação fática que se repete, como conduta costumeira, habitual, reiterada. Sem ela, diante do pressuposto fático de uma conduta costumeira, competência nenhuma teria o julgador para criar a norma geral consuetudinária.

Mas, interpretando a Constituição Federal em vista da aplicação contenciosa de suas regras, o magistrado vai mais além da mera interpretação. Lógica jurídica formal nenhuma poderia conduzir o raciocínio do magistrado norte-americano a tirar, por alguma competência, do texto escrito da Constituição a teoria e a prática dos poderes implícitos, o alargamento da órbita competencial dos poderes federais (legislativos, executivos e judiciais) – para não mencionar outras normas construídas pela Corte Suprema Americana.

É importante ressaltar que, uma vez que a Constituição americana foi ratificada, a sua aceitação foi imediata; desse modo, por meio de *um ato político* (sujeito à regra da maioria), a Constituição foi legitimada e tornada eficaz.<sup>16</sup>

Foi decisão política fundamental subjacente à supremacia da Constituição, estabelecendo que ela constitui-se superior a qualquer outra norma e ensejando o controle de constitucionalidade.

<sup>16</sup> ELY, John Hart. *Democracy and distrust : a theory of judicial review*. Cambridge : Harvard University Press, 1981. p. 6.

A Suprema Corte, se não exerce o poder constituinte formal de revisão, se não é titular do poder constituinte originário, para criar, como tem criado, tanto direito público constitucional, ao lado e, até, sobre a Constituição escrita, força é convir que detém poder constituinte *ratione materiae*. E, detendo-o, remanesce sempre o constituinte originário titular da decisão política básica. Na *interpretation* o magistrado aloja-se dentro da Constituição, na *construction*, quando o é no direito público federal, vai mais além, perpetuando o constituinte primeiro, cujo ato é substancialmente político. Só judicial, às vezes; outras, judicial e política; tal é a função jurisdicional do supremo órgão da justiça, subjacente ao qual está a nação mesma.

No mesmo diapasão, Paulo Bonavides<sup>17</sup> acrescenta:

“É obra anônima, em alguns casos, noutros voluntária de quem, por exemplo, decidindo ou julgando, produz normas de teor constitucional. De sorte que por essa via tem desempenho um poder constituinte extraconstitucional do ponto de vista do formalismo.

Poder-se-ia argumentar, em meio a abundantes exemplos colhidos no costume ou na jurisprudência, com o caso da Suprema Corte dos Estados Unidos, vista por Wilson como uma ‘convenção constituinte em sessão permanente’, ou seja, um tribunal que, à margem do poder constituinte formal, exercita materialmente atos configurativos de verdadeira atividade constituinte. Esses titulares ocasionais do poder constituinte foram excelentemente retratados por Bidart Campos, ao asseverar que, sem embargo de o povo ser titular válido do poder constituinte, ‘haverá sempre atos constituintes emitidos por outros órgãos sem investidura legítima e formal’.”

## 2.3 As funções da Corte Constitucional em um Estado democrático

Canotilho<sup>18</sup>, ao questionar se os atos normativos legislativos devem ou não ser objeto

<sup>17</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. Ed. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 137.

<sup>18</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Externalização ou internalização da justiça constitucional*. Transcrição da Palestra proferida em Porto Alegre, em Maio de 1994, p. 5.

de apreciação do Poder Judiciário, colaciona o pensamento de Ronald Dworkin, na obra *Law's Empire* (capítulo 10), na qual esse autor americano assinala que:

“A Constituição poderia ter sido interpretada como se desse ordens ao Congresso, ao Presidente, aos funcionários estatais, e que estes funcionários tivessem o dever tanto legal como moral de obedecer, mas convertendo-os nos seus próprios juízes.”<sup>19</sup>

Assim, Dworkin questiona o modelo do *judicial review* em um sistema democrático salientando que:

“Os Estados Unidos constituem uma sociedade mais justa do que a que teriam sido se tivessem deixado os direitos constitucionais à consciência das instituições maioritárias.”<sup>20</sup>

Portanto, as funções de uma Corte Constitucional em um Estado Democrático não constituem, per se, um tema pacífico que não mereça análise, sendo muitas vezes sua atuação questionada, tendo em vista o processo democrático de elaboração legislativa. Tal questionamento, por outro lado, assinala a importância de democratização do *judicial review*, ressaltando, dentre outros aspectos, a relevância da comunicação da Corte com os cidadãos.

No presidencialismo, não se solucionando os conflitos oriundos de atuações do Poder Executivo e do Congresso ou Parlamento, mediante critérios políticos e pela ação deste (como sucede, via de regra, nos estados sob regime parlamentar, inclusive com apelo ao *bill*

<sup>19</sup> Fornecendo resposta contrária a de DWORKIN, Kelsen. *La Justicia Constitucional*, p. 129, afirma: “Sería, además, una ingenuidad política pensar que el Parlamento anularía una ley que él mismo ha votado porque otro órgano la haya declarado inconstitucional. En realidad, el órgano legislativo se considera a sí mismo como un libre creador del Derecho y no como un órgano de aplicación del Derecho, vinculado a la Constitución, como teóricamente, aunque en una medida relativamente limitada, lo está. No es, pues, con el propio Parlamento con quien hay que contar para hacer efectiva su subordinación a la Constitución. Es a un órgano diferente del parlamento, independiente de él, y por consiguiente también de cualquier otra autoridad estatal, a quien hay que encomendar la anulación de sus actos inconstitucionales: es decir, a una jurisdicción o tribunal constitucional.”

<sup>20</sup> DWORKIN apud CANOTILHO, op. cit., p. 5.

*of indemnity*), senão através de critérios jurídicos (exegese da lei e assecuração da supremacia da Constituição sobre esta), o Poder Judiciário assume um papel magno na dinâmica do governo porque, pela sua natureza mesma, decide inúmeras questões primordiais ao funcionamento do Estado.

Sempre que argüida a inconstitucionalidade de comportamento dos outros dois poderes, surge o Poder Judiciário. Daí dizer-se que da presença afirmativa e enérgica do mais alto tribunal da República dependerá, nos regimes presidencialistas, em parte substancial, o êxito prático das instituições políticas. Elas vicejarão em sua pureza ou se amofinarão inexpressivas, em razão das manifestações dessa corte, seja nos momentos cruciais de crise, seja no dia-a-dia da vida política, social e econômica. Porque a ela, e somente a ela, cabe, com autoridade magna, dizer não às demasias e abusos dos outros dois poderes, reduzindo-lhes as ações pela força convincente das razões dos seus arrestos e pelo peso moral da sua autoridade, às dimensões próprias do estabelecido na Carta Magna.

A existência de uma inconciliável *tensão* entre o constitucionalismo e a democracia é um dos principais mitos do pensamento político moderno<sup>21</sup>. Entretanto, tal tensão não é verdadeira, muito pelo contrário, os dois sistemas se apoiam mutuamente.

John Hart Ely<sup>22</sup> sustenta que o controle de constitucionalidade, ao invés de ser antidemocrático, pode ser um reforço para a democracia. O governo democrático, como qualquer criação humana, requer ajustes periódicos. Os pressupostos da democracia devem ser assegurados, e não é sempre que o próprio sistema garante a sua auto-correção. Assim, a Corte é autorizada a ser o guarda-costa da democracia. Os representantes populares devem determinar que *valores substantivos* deverão ser seguidos como políticas públicas; entretanto, no que se refere ao procedimento de tomada de decisão pelo órgão legislativo, a Corte arca com a responsabilidade principal.

<sup>21</sup> HOLMES, Stephen. *Constitutionalism and democracy*. Cambridge : Cambridge University Press, 1993. p. 197 : Precommitment and the paradox of democracy.

<sup>22</sup> ELY, John Hart. *Democracy and distrust : a theory of judicial review*. Cambridge : Harvard University Press, 1980. p. 105.

Para esse consagrado autor americano, cabe à Corte cassar, por exemplo, toda legislação que dificulte o bom funcionamento do sistema democrático: “unblocking stoppages in the democratic process is what judicial review ought preeminently to be about”<sup>23</sup>.

Foi com a noção exata de que assim deve ser no regime presidencial que os fundadores da República, entre nós, instituíram o Supremo Tribunal Federal. Ao Supremo Tribunal de Justiça da Constituição de 1824, cuja competência se continha na dirimção de causas cíveis em recurso de cassação ou nulidade e no julgamento de delitos atribuídos a determinadas categorias de servidores públicos (artigo 163), sucede uma corte, cujo poder jurisdicional envolve competência até então fora de cogitação, para confronto de leis e atos administrativos com a Carta Constitucional (Constituição de 1891, arts. 59, § 1º, e 60, letras a e b).

Foi tendo isso em consideração que Jefferson comparou a Constituição a uma cera amorfa, a resultar nas formas que a Suprema Corte declara.

#### 2.4. O Supremo Tribunal como órgão de poder

Irrecusavelmente tem sido tradição brasileira, que remonta à Constituição de 1824, inscrever o Poder Judiciário e seu órgão supremo no texto escrito do direito constitucional codificado. O seu art. 10 o inclui como um dos “poderes políticos”, na mesma linha horizontal dos Poderes Legislativo, Executivo e do Moderador. O art. 12 acrescenta que “Todos estes poderes do Império do Brasil são delegações da nação”. O alcance dessa posição constitucional do Poder Judiciário foi realçado por Pimenta Bueno (*Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, p. 317). Quanto ao Supremo Tribunal de Justiça, sublinhava civicamente que ele era por isso uma instituição de caráter político e judicial.

Na Constituição de 1891 (art. 15) retoma-se a mesma linha, estatuindo-se que

“são órgãos da soberania nacional o

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 117. Os argumentos apresentados por Ely são persuasivos em muitos aspectos; entretanto ele comete falha ao reduzir a Constituição a um simples documento procedimental, silenciando sobre os valores substantivos previstos no Texto Constitucional.

Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si”.

Assim sendo, temos que não somente o que expressamente se tem como insusceptível de reforma constitucional – a federação e a república –, e os princípios expressos, e outros implicitamente contidos, escapam à revisão, como mínimo constitucional imodificável, mas também qualquer alteração que acaso procurasse desconstitucionalizar os preceitos em que têm assento firme o Judiciário como um dos poderes políticos, um dos órgãos da soberania nacional.

A lei ordinária complementa o texto constitucional, ampliando competência, ou restringindo, nos limites em que não contrarie o mínimo estabelecido no estatuto fundamental, desenvolve-o. Mas escapa ao alcance do poder revisor devolver à legislação ordinária as regras instituintes do Judiciário como um dos poderes políticos. Seria deixá-lo subordinado ao juízo político que motiva atos legislativos e medidas provisórias, uns do Poder Legislativo, outros do Poder Executivo. Privaria o Poder Judiciário de sua paridade, entre os poderes, da relação de coordenação que ele mantém por ser independente e harmônico com os poderes restantes. Deixaria de ser órgão imediato, isto é, imediatamente derivado da Constituição, e deixaria de ser órgão político, um dos componentes do poder estatal em sua integridade de poder de império e poder soberano de subordinado.

É justamente por existir como órgão constitucional autônomo no exercício da função jurisdicional, que fica habilitado a interceder nas relações interorgânicas para recompor o equilíbrio por um deles desfeito, ou comprometido, ou antepor, ao descomedimento dos titulares de órgãos, o respeito aos direitos individuais, tanto aos direitos subjetivos públicos quanto aos direitos subjetivos privados: essa é a sua função judicial, que não deixa de ser política, por seus últimos fundamentos.

Conforme assinala Lief Carter<sup>24</sup>, uma olhada minuciosa no Direito Constitucional o revela como um fenômeno político. Assim, tendo em vista que a Corte Constitucional configura-se como um órgão político, deve ser ressaltada a importância da sua comunicação efetiva.

<sup>24</sup> CARTER, Lief. *Op. cit.*, p. 26.

Apesar da simplicidade da premissa de que a opinião do guardião da Constituição deva ser compreensível para todos, tal desiderato na prática não tem se mostrado tão fácil de implementação, razão pela qual a matéria precisa ser levantada com vista ao aperfeiçoamento da *práxis* judicial constitucional.

Certamente, os membros de uma Corte Constitucional compartilham de crenças que o seu trabalho deve ser acessível para as outras Cortes Judiciárias e para os órgãos do Poder Executivo. Entretanto, há necessidade de frisar que seus pronunciamentos deverão ser acessíveis para o povo brasileiro.

### 3. Qual o destinatário das decisões constitucionais?

Lief Carter<sup>25</sup>, autor, já mencionado, de uma teoria estética no âmbito da jurisdição constitucional, analisando o papel de uma das mais importantes instituições de seu país – a Suprema Corte dos Estados Unidos da América –, indica-a para a função fundamental de promover o convencimento dos receptores das suas decisões, vale dizer, toda a sociedade norte-americana.

Demonstra, por fim, que o cerne de atuação de uma Corte Constitucional está em se esforçar no seu papel comunicativo de convencimento de que sua decisão é coerente e pode ser reconhecida como sendo boa para todos.

Ao propor, pois, uma teoria estética, esse consagrado autor americano está na verdade ressaltando a relevância do aspecto pragmático de argumentação do aresto constitucional, consoante extrai-se do texto abaixo:

“Las normas son por supuesto abstracciones y la fe en su poder y en su inteligibilidad depende de los rituales, acciones y representaciones públicas que recrean el vínculo entre abstracciones y conductas. La Constitución, desde esta perspectiva, nos ordena comprometermos en ciertas acciones políticas que justifican esa convicción. Más específicamente, ordena a los tribunales y primordialmente a la Suprema Corte, que lleve a cabo acciones que vinculen normas y acción. La norma que evaluar a la Corte no es, por lo tanto, la prueba intelectual de lo correcto de una respuesta frente a todas

<sup>25</sup> Ibidem.

las demás. Probablemente haya más de quince diferentes formas correctas de interpretar tanto a Hamlet, como la cláusula de protección de la igualdad. La búsqueda de una sola respuesta adecuada llevó a la teoría del derecho a su actual callejón sin salida. Más bien, deberíamos evaluar la calidad de una interpretación legal utilizando las mismas guías estéticas que usamos para juzgar interpretaciones teatrales y otros hechos artísticos.”<sup>26</sup>

Por outro lado, deve ser observado que a justificação da jurisdição constitucional origina-se da própria soberania popular, derradeira fonte do poder em um Estado Democrático de Direito. Essa noção do relacionamento entre “a Corte como guardiã da Constituição” e “o povo” como detentor último de soberania estatal justifica o *judicial review* desenvolvido pela Corte Constitucional americana.

Consoante ensinamentos extraídos de *Os Artigos Federalistas*<sup>27</sup>, elaborados por James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, deflui-se, claramente, que a justificação última do *judicial review* fundamenta-se na própria soberania popular, conforme demonstra o trecho transcrito abaixo:

“Todo aquele que considerar atenta-

<sup>26</sup> Ibidem, p. 17.

<sup>27</sup> Os Federalistas constituem um título dado a uma série de oitenta e cinco artigos colacionados por Alexander Hamilton e publicados em dois volumes em 1788. Desses oitenta e cinco artigos, setenta e sete deles foram originalmente publicados em jornal de Nova Iorque intitulado “The Independent Journal”, entre 17 de outubro de 1787 e 12 de abril de 1788, com vista a apresentar argumentos favoráveis à ratificação da Constituição Americana. Os artigos publicados nesse jornal, inicialmente, eram assinados anonimamente por “um cidadão de Nova Iorque”, sendo posteriormente assinados com o codinome “Publius”. A grande maioria deles foi escrita por Hamilton; uns por James Madison e outros por John Jay. Nesses artigos, os argumentos mais efetivos se dirigem à classe dos novos comerciantes, ressaltando que o comércio cresceria bastante se fosse protegido por um governo federal forte. A história assinala que tais artigos tiveram um importante papel na ratificação da Constituição Americana em 1788. Por fim, deve ser destacado que essa obra é considerada como importante ensinamento sobre Teoria Geral do Estado e, muitas vezes, foi utilizada pela Suprema Corte Americana na solução de controvérsias sobre o real significado de determinados dispositivos constitucionais.

mente os diferentes poderes perceberá que, num governo em que eles estão separados, o Judiciário, pela natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos da Constituição, por ser o menos capaz de transgredi-los ou violá-los. O Executivo não só dispensa as honras como segura a espada da comunidade. O Legislativo não só controla a bolsa como prescreve as regras pelas quais os deveres e direitos de todos os cidadãos serão regulados. O Judiciário, em contrapartida, não tem nenhuma influência nem sobre a espada nem sobre a bolsa; nenhum controle nem sobre a força nem sobre a riqueza da sociedade, e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Pode-se dizer que não tem, estritamente, força nem vontade, mas tão-somente julgamento, estando em última instância na dependência do auxílio do braço executivo até para a eficácia de seus julgamentos.

*O direito que têm os tribunais de declarar a nulidade de atos legislativos, por serem contrários à Constituição, gerou alguma perplexidade, a partir da suposição de que tal doutrina implicaria uma superioridade do poder Judiciário sobre o Legislativo.* Afirma-se que o poder autorizado a declarar nulos os atos de outro deve ser necessariamente superior a este. Como esta doutrina é de grande importância em todas as constituições estaduais americanas, uma breve discussão de seus fundamentos não é fora de propósito.

*Não há posição fundada em princípio mais claro que aquela de que todo ato de um poder delegado que contrarie a mandato sob o qual é exercido é nulo.* Portanto, nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Negar isto seria afirmar que o delegado é maior que o outorgante; que o servidor está acima do senhor; *que os representantes do povo são superiores ao próprio povo*; que homens que atuam em virtude de poderes a eles confiados podem fazer não só o que estes autorizam, mas o que proíbem.

Caso se diga que os membros do corpo legislativo são eles mesmos os juízes constitucionais dos próprios poderes e que a interpretação que lhes conferem impõe-se conclusivamente aos

outros setores, pode-se responder que esta não pode ser a presunção natural a menos que pudesse ser deduzida de cláusulas específicas da Constituição. De outro modo, não há por que supor que a Constituição poderia pretender capacitar os representantes do povo a substituir a vontade de seus eleitores pela sua própria. *É muito mais sensato supor que os tribunais foram concebidos para ser um intermediário entre o povo e o legislativo, de modo a, entre outras coisas, manter este último dentro dos limites atribuídos a seu poder.* A interpretação das leis é o domínio próprio e particular dos tribunais. Uma Constituição é de fato uma lei fundamental, e como tal deve ser vista pelos juízes. *Cabe a eles, portanto, definir seu significado tanto quanto o significado de qualquer ato particular procedente do corpo legislativo.* Caso ocorra uma divergência irreconciliável entre ambos, aquele que tem maior obrigatoriedade e validade deve, evidentemente, ser preferido. Em outras palavras, a Constituição deve ser preferida ao estatuto, *a intenção do povo à intenção de seus agentes*<sup>28</sup>. (grifo nosso)

“We must never forget, that it is a constitution we are expounding”. Com essas palavras, proferidas pelo Chief Justice John Marshall em 1819, em *McCullock vs. Maryland*<sup>29</sup>, o Presidente da Suprema Corte da época assinalava a necessidade de lembrar que a Constituição deriva sua autoridade do povo; assim sendo, deve ser um instrumento moldado para a compreensão do titular da soberania.

Como Thomas Jefferson ensina<sup>30</sup>:

<sup>28</sup> MADISON, James, HAMILTON, Alexander, JAY, John. Os Artigos Federalistas, 1787-1788. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1993.

<sup>29</sup> *McCullock vs. Maryland* apud GOLDSTEIN, Joseph. The intelligible Constitution : the supreme court's obligation to maintain the constitution as something we the people can understand. New York : Oxford University Press, 1992. p. 3. Nessa interessante obra, ressalta-se o necessário respeito que deve ser dado à soberania popular, à medida que se assegura aos cidadãos a compreensão do que está sendo dito pela Suprema Corte sobre a Lei Magna, bem como o porquê de estar sendo dito.

<sup>30</sup> JEFFERSON apud GOLDSTEIN, p. 5. Carta de Jefferson para William Charles Jarvis (28 de Setembro de 1820); extraída de *Familiar Quotations*. J. Bartlett, 15. ed. 1880.

“there is no safe depository of that ultimate powers of the society but the people themselves: and if we think them not enlightened enough to exercise their control with a wholesome discretion, the remedy is not to take it from them, but to inform their discretion”.

Assim deve-se ressaltar que um dos maiores objetivos da Corte é conferir decisões, que a sociedade possa entender, nas quais os princípios formulados estão relacionados de uma maneira inteligível.

Em termos sintéticos, tal preocupação ressaltava uma faceta pouco explorada na doutrina brasileira da fundamental atividade interpretativa da Corte de dizer o que é a constituição.

#### 4. A função pragmática das decisões judiciais constitucionais

A argumentação jurídica figura, também, como expressão da racionalidade da dogmática jurídica; no entanto, interessa não apenas ao jurista ou ao filósofo do direito como também ao cidadão participante das questões relativas à coisa pública. Portanto, a função pragmática do direito interessa não só ao caráter científico da ciência do direito, mas, principalmente à legitimidade das decisões judiciais.

##### 4.1. Relevância do pragmatismo no discurso jurídico

A validade do pensamento pode estar comprometida numa forma lingüística defeituosa ou pouco transparente. Daí a possibilidade de uma abordagem pragmática para as ciências sociais, uma vez que nessa área do conhecimento se afiguram claras as deficiências semânticas da linguagem. Eis por que a lógica moderna deve ter um raio de abrangência muito maior que a clássica, justificando-se, pois, a criação de uma lógica própria para o trato das ciências sociais, que ressalte o acentuado conteúdo pragmático da linguagem jurídica; logo, torna-se fundamental afirmar que, diante de textos normativos denotativamente imprecisos (vagos) como o texto constitucional, faz-se necessário o recurso à argumentação, enquanto raciocínio que visa à aplicação das normas jurídicas aos casos concretos<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> Conforme assinala José Carlos Moreira Alves no discurso inaugural da Assembléia Nacional Constituinte 1987, um dos argumentos herdados do Estado liberal e hoje ainda fluente nos debates quanto à extensão do texto constitucional se baseia

Nesse sentido, o processo argumentativo não tem como ponto e partida evidências (juízo de realidade), mas sim juízos de valor, que são resgatados através das normas jurídicas. A argumentação, no direito, pressupõe a articulação de um discurso com vista a persuadir o órgão responsável pela decisão, ou ainda o órgão responsável por eventual revisão da decisão, a aderir à interpretação que se quer ter como vinculante para o caso concreto (conflito social que exige decisão jurídica), ou, no caso da Suprema Corte, o convencimento de que a sua decisão (até por ser definitiva) é a mais acertada.

Segundo Aristóteles, há argumentações rigorosas, lógicas, estabelecidas a partir de princípios indubitáveis, evidentes, e há argumentações dialéticas, imprecisas, elaboradas a partir de meras opiniões e princípios dubitativos.

Se no primeiro caso fica fácil obter o convencimento dos destinatários da comunicação, o mesmo não ocorre com os últimos, que necessitarão de artifícios e estratagemas para se impor. É aí que ressalta a importância da retórica, como arte de persuadir e convencer os ouvintes. Para Santo Isidoro de Sevilha, a retórica é a

“ciência do bem falar nos assuntos civis, para persuadir o ouvinte de coisas justas e boas, com abundância de eloquência”.

Ora, o direito, em toda a sua complexa realidade, consiste justamente numa tarefa de convencer e persuadir a respeito de certas situações, o que o torna eminentemente argumentativo e hermenêutico.

Tal tarefa, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, mostra-se fundamental, tendo em vista até a impossibilidade de reforma de seus pronunciamentos, que só poderão ser objeto de crítica da opinião pública.

Há que se ressaltar os aspectos pragmáticos da linguagem jurídica nesse particular, em virtude de que os discursos que intentam fazer prevalecer uma determinada interpretação das normas jurídicas possuem apenas um uso ou função informativos (enquanto meras descrições das normas jurídicas), mas surgem como explicitamente direitos e expressivos, porquanto

na afirmação de que a Carta sintética, de princípios elevados e transcendentes, tem o mérito de permitir que as mudanças sociais se realizem sem que se altere o mecanismo do processo político. *Revista de Informação Legislativa*, n. 93/88, p. 10.

destinados a influir na decisão a ser tomada pelo órgão competente e também porque envolvem não apenas aspectos racionais, mas também emotivos (em face da carga emocional dos termos e expressões invocados em sustentação a uma determinada interpretação).

A retórica assume, nesse contexto, papel primordial enquanto processo argumentativo que, ao articular discursivamente valores, tem por objetivo a persuasão dos destinatários da decisão jurídica quanto à razoabilidade da interpretação prevalecente<sup>32</sup>.

A fundamentação das decisões judiciais expressa-se através de discursos retóricos, enquanto processos argumentativos que, ao articular valores, visam persuadir as partes e os órgãos responsáveis por eventual revisão dessa decisão da razoabilidade da interpretação esposada pelo órgão prolator da mesma. Põe-se em relevância, desse modo, que, além das peças e das sustentações orais produzidas pelas partes do processo, também os atos decisórios do Poder Judiciário apresentam, nesse contexto, um conteúdo eminentemente retórico.

Nesse sentido Learned Hand<sup>33</sup> ilustra que:

“um juiz deve pensar em si mesmo como um artista... que embora conheça os manuais, nunca deveria confiar neles para guia; em última instância deve confiar no sentido instintivo acerca de onde reside a separação entre a palavra e os propósitos que subjazem atrás dela; deve atuar de forma a ser correto com ambos”.

#### 4.2 O conteúdo pragmático da linguagem jurídica expresso pelo pensamento tópico.

Em seu livro *Tópica y jurisprudência*, Theodor Viehweg<sup>34</sup> analisa o pensamento dogmático que tem predominado no direito através dos séculos e procura demonstrar o caráter do discurso de que se utilizam os juristas, notadamente nas práticas judiciais, ressaltando o caráter aporético da jurisprudência (conflito entre opiniões).

<sup>32</sup> A primazia da retórica para o raciocínio jurídico é assinalada por Chaim Perelman em sua obra *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madri : Civitas, 1988.

<sup>33</sup> HAND *apud* CARTER, p. 258.

<sup>34</sup> VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Jr. Brasília : Imprensa Nacional, 1979. (Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo, 1).

Desde logo, cumpre observar que, diferentemente dos sistematizadores dos quais Kelsen é o exemplo mais típico, Viehweg não criou nem propôs um novo tipo de discurso para o direito, mas detectou-o ao analisar as produções jurídicas onde tal discurso se encontra latente ou implícito. O método tópico-retórico não foi, pois, criado por Viehweg, mas reencontrado e difundido pelo pensador alemão.

A tópica é muito antiga e teve opositores como Sócrates e Platão que a consideraram como uma condenável arte de disputar pertencente ao domínio dos retóricos e sofistas. Aristóteles, que lhe deu nome de “Topika”, reservou para a filosofia o discurso apodítico e para a tópica, o discurso dialético, significando com isso que aquela se ocupa do verdadeiro, enquanto esta, do meramente opinável. O pensador grego chegou a projetar um catálogo de tópicos universais para todos os problemas pensáveis, e Cícero utilizou conscientemente o discurso tópico-retórico.

Sinteticamente, a tópica constitui técnica de pensamento que orienta-se a partir do problema que se quer solucionar. Opõe-se ao pensamento sistemático que se orienta a partir de um paradigma geral. Segundo o pensamento tópico, o que releva é a solução do problema, não importando a qual ou a quais sistemas tenha de recorrer-se para isso – é uma busca de caminhos para eliminar uma aporia. Segundo pensamento sistemático, o que importa é a fidelidade ao sistema: se determinado problema não encontra solução dentro do sistema utilizado, é porque se trata de um problema insolúvel. Para o pensamento tópico, pelo contrário, não existe problema insolúvel.

A técnica do pensamento problemático, portanto, não parte do ponto de vista geral para resolver o caso particular, mas, pelo contrário, põe o problema particular no primeiro plano de atenção e, sem jamais perdê-lo de vista, faz incursões aos diversos sistemas existentes em busca de pontos de vista que lhe sejam pertinentes. Esses pontos de vista são os topoi ou tópicos, lugares-comuns revelados pela experiência bem sucedida. Isolados, não têm os tópicos nenhuma relação entre si. O que os relaciona e atrai são os dados do problema e o que os elege ou rejeita é a solução que se pretende dar ao problema.

Segundo Viehweg, existem tópicos universais e tópicos somente aplicáveis a determinado ramo do saber.

A verdade é que os tópicos encontram-se em

todos os ramos do conhecimento, não apenas nas chamadas ciências humanas, mas até mesmo em algumas das chamadas ciências exatas. O próprio legislador por vezes os recolhe, dando-lhes status de lei. Os tópicos nada mais são que opiniões acreditadas que, por seu poder retórico, dispensam verificação ou demonstração. Eles nada têm que ver com a verdade (tomada esta palavra com seu usual sentido absoluto), mas sim com a verossimilhança. As conclusões que se obtêm, quando se têm tópicos como premissas, não são lógicas, mas dialéticas. *Portanto, a tópica é uma prática de argumentação.*

Com base na leitura da obra de Viehweg e Aristóteles, identificam-se, pois, cinco passos a serem seguidos pelo operado jurídico com vista a convencer sua plateia (aspecto pragmático da linguagem) e conseqüentemente comunicar:

1º Passo: a determinação do problema, ou seja, a identificação e delimitação do caso com todas as suas circunstâncias.

2º Passo: o inventário dos tópicos pertinentes ao caso.

3º Passo: a seleção dos tópicos pró e contra, agrupando-os segundo as soluções possíveis para o caso.

4º Passo: a montagem da argumentação, exaltando os tópicos pró e desqualificando (refutando ou omitindo) os tópicos contra em relação à solução eleita pelo intérprete.

5º Passo: a síntese da conclusão julgada justa.

#### 4.3. O aspecto pragmático da decisão constitucional ressalta a necessária busca de um consenso, imanente à abertura estrutural da Constituição

Observa-se que o método tópico, justamente por orientar-se em função do problema, apresenta-se, de forma relevante, como método de interpretação da Constituição. O caráter fragmentário e, freqüentemente, indeterminado do texto constitucional favorece a utilização dessa maneira como expressão do aspecto pragmático da hermenêutica constitucional.

De acordo com a valiosa síntese de Canotilho<sup>35</sup>:

“A estrutura dinâmica de uma lei fundamental aponta para a necessidade de

<sup>35</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 79.

aberturas, pois, caso contrário, a excessiva rigidez do texto constitucional conduz à distanciação das normas perante o metabolismo social. É neste contexto que os autores falam do caráter fragmentário da Constituição (H. P. Schneider), da necessidade de contra-estruturas que reforcem a efetividade das normas constitucionais sobre o processo político (K. Hesse) e da processualização dos textos constitucionais (P. Häberle).”

Salientando esse aspecto, Böckenförde<sup>36</sup> esclarece:

“A la vista del carácter fragmentario, frecuentemente indeterminado de la Constitución, es natural el recurso al proceso tópico, orientado al problema, para remediar la insuficiencia de las reglas clásicas de interpretación, y evitar el *non liquet*, que ya no es posible ante la jurisdicción constitucional existente.”

Também para Häberle<sup>37</sup>, longe de ser um simples *estampido* ou *detonação originária* que começa na *hora zero*, a Constituição escrita é, como *ordem-quadro da República*, uma lei necessária, mas fragmentária, *indeterminada* e *carecida de interpretação*.

Portanto, ressalta-se que a Constituição será sempre o resultado de um processo de interpretação conduzido à *luz da publicidade*. Assim, ressalta a existência de uma pluralidade de intérpretes, *o que traz à tona a necessidade de se dar destaque às funções pragmáticas do processo de hermenêutica constitucional* para que a comunicação possa se efetivar da melhor maneira entre os destinatários da norma constitucional<sup>38</sup>.

<sup>36</sup>BÖCKENFÖRDE, Ernst, WOLFGANG. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden, 1993. p. 20.

<sup>37</sup>HAND *apud* COELHO, Inocêncio Mártires. *Constituição: conceito, objeto e elementos*. *Revista de Informação Legislativa*, a. 29, n. 116, out/dez. 1992.

<sup>38</sup>Para CANOTILHO, op. cit., p. 85, fazendo referência à teoria de Häberle, “a constituição como processo não é uma teoria normativa aberta, mas uma teoria *deslizante*, onde quase se dissolvem as fronteiras entre realidade constitucional e *realidade inconstitucional*”. Assim, caracterizando a Constituição como processo, destaca-se o déficit normativo acentuado nela presente, chegando-se à conclusão da necessidade de fundamentação pormenorizada das opções realizadas pela Suprema Corte na sua interpretação.

Destacando esse caráter procedimental da teoria de Häberle, Larenz<sup>39</sup> afirma que para esse autor alemão a Constituição não é vista tanto como a norma *estatuída*, mas como *law in public action*, como *processo público*. Detentor desse processo seria, principalmente, o Tribunal Constitucional. Desse modo, Häberle sublinhava, com correção (aproximando-se de Habermas no que se refere à necessidade de publicidade do processo), que a aplicação do direito e, assim, também a realização da Constituição através dos tribunais representam um processo contínuo, no qual a interpretação constitui o fator mediante o qual a norma é permanentemente ajustada a novos dados temporais.

Esse caráter da abertura estrutural da Constituição ressalta a tese de Peter Häberle de que, por meio desse procedimento, o que se busca é um consenso existente ou em formação. Tal posicionamento ressalta que o Tribunal Constitucional se converte no fórum privilegiado da mutação constitucional, o que destaca simultaneamente seu aspecto *pragmático* e político.

Já se afirmou, anteriormente, que um dos objetivos básicos da ciência jurídica retrata seu conteúdo teleológico, alcançado mediante a persuasão<sup>40</sup>. Assim, ao se elaborar uma norma concreta, por meio de uma sentença, o juiz tem a obrigação de atingir os seus leitores imediatos (os advogados) e os mediatos (as partes). Logo, a tentativa de atingir os “leitores”, tomando a sentença uma comunicação científica e compreensível, é meta que não pode ser subestimada por quem se propõe a redigir um trabalho dessa natureza.

O meio de se comunicar com o público é através da palavra escrita. Basta considerarmos esse dado para avaliarmos a importância da linguagem jurídica no convencimento dos operadores jurídicos.

Em verdade, a tese jurídica exposta em uma lei aprovada no parlamento, ou em uma sentença judicial que dirima uma controvérsia, é um conjunto de argumentos tendentes a

provar uma teoria. De premissa em premissa, de enunciado em enunciado, vai-se conduzindo o leitor a uma conclusão desejada.

Na terceira parte do tratado da argumentação, Perelman e Tyteca<sup>41</sup> analisam quase uma centena de técnicas de argumentação, comprovando a enormidade de recursos a que pode recorrer quem pretende sustentar uma tese. Vai longe a época em que as técnicas da oposição e da progressão eram as mais utilizadas no trabalho científico.

Embora arrolando a variedade de argumentos disponíveis, Perelman reconhece que o desejo de influenciar, de querer persuadir, de ganhar adesão de um grande público não é fácil. Entretanto, tal colocação não nos parece válida, uma vez que a civilização moderna não tem favorecido a “livre circulação de idéias”, que só se apresenta em alguns países privilegiados. Desde o lar, passando pela escola, até a vida profissional, o homem é constantemente treinado a ouvir e cumprir ordens, sendo mínimas as ocasiões em que ele se faz ouvir.

Assim, há uma predisposição à aceitação de uma tese desde que minimamente estruturada. Isso acontece especialmente em uma ciência dogmática que pressupõe algumas crenças aceitas pelo senso comum teórico dos juristas como verdade, independentemente de qualquer discussão ou prova. Autores como o Professor Luíz Fernando Coelho<sup>42</sup> as chama de pressupostos ideológicos, porque foram construídas ao longo da história do direito pela ideologia, inculcadas no inconsciente coletivo e assimiladas pelo senso comum teórico dos juristas.

Portanto, a preocupação com o aspecto pragmático do aresto constitucional mostra-se fundamental, conforme ressalta Lief Carter; a retidão (correção) de qualquer decisão judicial depende das características da fundamentação que foi dada pela Corte para aquela decisão, e não da sua parte dispositiva.

Ilustrando tal posicionamento, transcrevemos transcrevemos o enriquecedor trecho abaixo<sup>43</sup>, no qual se ressalta, de forma extremada, a importância do aspecto pragmático da decisão constitucional:

<sup>39</sup>LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 2. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbrekian, p. 437 – 438.

<sup>40</sup> Segundo Ihering, tudo o que brota sobre o solo do direito nasceu através de sua finalidade e em função desta, de sorte que todo o direito outra coisa senão teleológica. *A finalidade do Direito*. Tradução de José Antônio Faria Correa. Rio de Janeiro : Ed. Rio, p. 236.

<sup>41</sup> PERELMAN, Chain, OBRECHTS-TYTECA. *Traité de l'argumentation*. Bruxelles : Ed. de l'Université de Bruxelles, 1976.

<sup>42</sup> COELHO, Luis Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 2. ed., Porto Alegre : Fabris, 1991. p. 253.

<sup>43</sup> CARTER, op. cit., p. 261.

“La Suprema Corte puede declarar como constitucionalmente obligatorios a la ley y la política que ella desprezar. Puede abolir la presidencia y el Congreso. Puede ordenar la sumisión despreciarse la raza blanca a la raza negra. Puede ordenar una invasión a Méjico. Puede derogar un siglo de Derecho y sostener que la Decimocuarta Enmienda sólo protege el derecho de los negros norteamericanos de ser libres de discriminaciones de jure, etcétera. Ninguna decisión imaginable está automáticamente excluída o prohibida por “la ley”. Sin embargo, la discrecionalidad constitucional descripta está sujeta a la siguiente restricción: Cada juez debe tratar conscientemente en todo momento de satisfacer los requerimientos estéticos de una buena ejecución. Por lo tanto, la corrección o la bondad de cualquier decisión constitucional concebible *depende de las características del razonamiento que haga la Corte cuando justifica la decisión.*” (grifo nosso).

Portanto, conclui-se que a eficácia do julgado expressa-se pelo convencimento do receptor da coerência da decisão. Em consequência, o juiz deve falar dentro de um marco de conhecimento normativo capaz de persuadir os destinatários da decisão. A qualidade da decisão tem, como um dos parâmetros de aferição, a efetividade de sua estratégia de comunicação à persuasão dos receptores. Desse modo, ressalta-se que as decisões da Corte Suprema formam uma série de realizações que intentam sustentar conversações sobre a verdade normativa da comunidade nacional, sendo tal aspecto objeto de análise do filósofo contemporâneo Jünger Habermas na sua teoria de um agir comunicativo<sup>44</sup>.

## 5. A teoria do agir comunicativo de Habermas evidencia que a tensão “eficácia-vigência” resolve-se com a aceitação da norma

Em Habermas, encontramos uma *Teoria do Agir Comunicativo* baseada numa *Ética do*

<sup>44</sup> OUTHWAITE, William. *Habermas : a critical introduction*. Stanford : Stanford University Press, 1994. p. 38. Para esse autor o trabalho de Habermas culmina com a sua teoria de um agir comunicativo, no qual se ressalta a busca da comunicação efetiva.

*Discurso*, segundo a qual a única racionalidade é a do diálogo.

Para Habermas, a verdade não é concebida apenas como um processo de adequação, mas, sim, na perspectiva do CONSENSO, obtido através de um processo de comunicação ideal, segundo certos procedimentos. A *razão* proposta por Habermas fundamenta-se em um modelo comunicativo, onde os sujeitos encontram-se inseridos. A correção dos juízos normativos jamais poderá ser explicada segundo as pautas de uma teoria da correspondência com a verdade. A “correção”, pois, significa a aceitabilidade racional fundada em boas razões.

O modelo tradicional é sempre monológico, ou seja, a verdade é algo que se dá ao conhecimento do sábio, que a obtém independentemente de uma comunicação com o outro.

Em Habermas, a verdade é um processo que inclui vários atores, é sempre dialógica e supõe a busca de um consenso. Cada um dos atores envolvidos no discurso invoca pretensões de validade. Só serão consideradas racionais as proposições capazes de cumprir os requisitos necessários à argumentação e contra-argumentação, à prova e contra-prova. Se os envolvidos no discurso não tiverem má-fé (usarem de mentiras), atinge-se um nível razoável de verdade.

Se eu comunico algo, significa que eu procuro obter o entendimento (consentimento) daquele que recebe minha mensagem.

Nesse sentido, o autor assinala um papel importantíssimo para o direito no que ele chama *mundo da vida*. Indica que, sendo o mundo da vida não uma associação, mas a prática comunicativa cotidiana, que se nutre da cooperação de *reprodução cultural, integração social e socialização*, o direito se ocupa da *integração social*, enquanto a escola se ocupa da reprodução cultural e a família da função de socialização.

Assim, com o intuito de ressaltar a importância da busca da verdade por meio de uma comunicação efetiva que leve ao consenso, explicitamos algumas das idéias desse filósofo contemporâneo da Escola de Frankfurt.

### 5.1. A teoria consensual da verdade

Habermas situa a idéia de verdade no quadro de referência *agir comunicativo – discurso* afirmando que: a verdade não pode

estar numa adequação entre sistema teórico descritivo e realidade empírica, como é definida na clássica fórmula *adaequatio rei et intellectus*, porque nem os conceitos nem os predicados e nem os sistemas lingüísticos podem ser considerados verdadeiros ou falsos. Somente os proferimentos, que introduzem uma frase gramatical num contexto situado concretamente, podem ser verdadeiros ou falsos.

Por isso, a verdade tem de ser determinada com relação à argumentação.

*Verdade* é a pretensão de validade que ligamos a atos de fala constatativos. Nesse sentido, um proferimento é verdadeiro quando a pretensão de validade dos atos de fala, com os quais afirmamos o proferimento, é justificada através de argumentos.

As questões de verdade somente aparecem quando as pretensões de validade ingenuamente propostas nos contextos de ação passam a ser problematizadas através do discurso.

No contexto de ação, as sentenças fornecem informações sobre objetos da experiência, ao passo que no discurso discutimos proferimentos sobre fatos.

O desfecho de uma ação discursiva somente pode ser decidido através de uma lógica do discurso apoiada na “força não-coativa do melhor argumento”, que Habermas denomina também de “motivação racional”.

Em que consiste esta lógica do discurso?

Em primeiro lugar, é preciso dizer que ela não se esgota na lógica das asserções, que define as regras de construção e de transformação de enunciados, apresentando o encadeamento lógico de uma série de sentenças. A passagem de uma sentença para outra tem de ser justificada através de uma ligação lógica (lógica modal ou lógica dos enunciados), ou ainda por uma referência a uma determinada base empírica no nível da experiência.

Ela não consiste, tampouco, numa lógica transcendental, destinada a pesquisar as categorias fundamentais para a constituição dos objetos da possível experiência.

A lógica do discurso argumentativo é simultaneamente formal e pragmática, ou seja, ela constitui uma pesquisa das propriedades formais de atos de fala que constituem as unidades pragmáticas do discurso.

Ora, a passagem entre uma unidade pragmática e outra não pode ser fundamentada exclusivamente na lógica das asserções, por se tratar de explicações, de mandamentos, de

avaliações e de justificações. Nem tampouco na referência à experiência empírica, porque as unidades pragmáticas já têm uma referência prévia com a realidade.

Na lógica formal pragmática nós trabalhamos com argumentos, isto é, com uma fundamentação que deve nos motivar racionalmente a reconhecer as pretensões de validade de uma afirmação, de um mandamento ou de uma avaliação. Os argumentos passam a ser avaliados ou pesados quanto à sua força consensual, isto é, com relação à sua capacidade de obter o consenso fundamental racionalmente.

Quero lembrar aqui que, ao formular essas considerações preparatórias para *uma teoria consensual da verdade*, ele estava preocupado em encontrar um fundamento normativo para a sua teoria crítica da sociedade e para a ética. Já se esboça aqui a idéia de que o critério da teoria da verdade deve ser a coerência.

De qualquer maneira, deve ter ficado claro que o consenso argumentativo pode ser tomado como critério suficiente de verdade quando as qualidades formais pragmáticas do discurso permitirem a passagem entre os diferentes níveis da comunicação.

## 5.2. A situação da comunicação ideal

Observa-se que, para que se chegue ao CONSENSO, há necessidade de alguns pressupostos que Habermas identifica como *situação de comunicação ideal*.

Habermas esclarece-nos dizendo que não podemos considerar a situação de fala ideal um fenômeno empírico. Tampouco é um simples constructo racional.

Nesse sentido, a situação de fala ideal constitui uma medida da crítica porque serve para questionar qualquer consenso, obtido faticamente, submetendo-se à idéia de um consenso ideal, que jamais será atingido concretamente.

Na réplica a objeções, Habermas faz retoque no conceito *situação de fala ideal*, explicando que ela é uma idéia formal, desenvolvida na ética do discurso de uma sociedade na qual todas as decisões politicamente relevantes são retroligadas a formas institucionalizadas de formação simétrica de chances de escolha e de realização de atos de fala. Supomos que nela não existe nenhum elemento de coação a não ser a coação do melhor argumento. Observa-se que tal pressuposto mostra-se bastante mitigado em um país como o nosso, no qual as diferenças

sociais e econômicas são consideráveis.

Esse postulado implica, na verdade, quatro subpostulados:

a) Postulados de igualdade comunicativa: todos os possíveis participantes do discurso argumentativo devem ter igual chance de usar atos de fala comunicativa.

b) Postulados da igualdade de fala: todos os participantes do discurso devem ter a mesma chance de proceder a interpretações, fazer asserções, recomendações e justificações, bem como de problematizar pretensões de validade.

c) Postulado da veracidade e sinceridade: os falantes aceitos no discurso devem ter a mesma chance de utilizar atos de fala representativos, isto é, devem ser capazes de expressar idéias, sentimentos e intenções pessoais.

d) Postulado da correção de normas: no discurso os agentes devem ter igual chance de empregar atos de fala regulativos, isto é, de mandar, de opor-se, de permitir e de proibir, de fazer promessas e de retirar promessas.

De posse destas diferenciações, podemos retornar de modo mais claro à questão da idealização, descrita há pouco. Os participantes da comunicação estão convencidos da possibilidade de chegar-se a um entendimento, porque todos supõem, em qualquer situação de interação, que eventuais mal-entendidos que possam surgir durante a comunicação podem ser resolvidos da discussão que se instaura num discurso.

### 5.3. O consenso como modo de resolução da tensão eficácia e vigência da norma

Jürgen Habermas, ao estudar o problema da legitimidade constitucional como ponto de partida metódico do estudo da tensão existente entre validade e faticidade da norma, assinala:

“A existência de tribunais constitucionais não se compreende por si mesma”<sup>45</sup>.

Na verdade os tribunais constitucionais têm de ser vistos na sua importantíssima função de integração social, consoante os ensinamentos da teoria do agir comunicativo de Habermas transportada à jurisdição constitucional na obra

<sup>45</sup> HABERMAS apud CANOTILHO, op. cit. p. Faz-se referência à obra *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und desdemokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt, 1992. p. 292.

*Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und desdemokratischen Rechtsstaats*<sup>46</sup>.

O capítulo III de *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und desdemokratischen Rechtsstaats (Faticidade e validade: uma introdução à teoria discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito)*<sup>47</sup>, obra de coroamento do pensamento habermasiano sobre o direito, com efeito, denomina-se um enfoque reconstrutivo do direito.

Nesse capítulo, Habermas propõe a reconstrução de partes do direito racional clássico no quadro de uma teoria discursiva<sup>48</sup>.

Partindo da tese de que o direito tem uma função instrumental de integração social, Habermas estabelece uma relação de fato-norma, procurando não desprezar o elemento valor, que completa uma “tridimensionalidade” do direito nos termos sintetizados por Miguel Reale, mas o entende embutido no momento político do nascimento da norma.

Ele entende que a teoria do agir comunicativo muda a razão prática<sup>49</sup> para a razão

<sup>46</sup> Deve ser ressaltado que essa obra, recentemente, foi publicada em inglês com o título: *Between Facts and Norms Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, traduzida por William Rehg, MIT Press, 1996.

<sup>47</sup> Para análise dessa obra utilizou-se como texto básico a tradução do Professor Menelick de Carvalho Netto, fruto de trabalho realizado no Curso de Pós-Graduação em Direito da UFMG, intitulado “*Faticidade e validade: uma introdução à teoria discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito*”.

<sup>48</sup> Desde a sua aula inaugural em Frankfurt, em 1964, aparece mais ou menos explicitamente a idéia, repensada muitas vezes, de que as condições de possibilidade de uma união intersubjetiva verdadeira de sujeitos emancipados são imanentes à linguagem, isto é, à competência comunicativa dos homens. Conforme assinala Siebeneichler, op. cit. 1967. p. 20 (*Zur Logik der Sozialwissenschaften*, p. 124), Habermas afirma: “ainda não se descobriu que a linguagem é a teia em cujas malhas os sujeitos estão presos e das quais eles necessitam para se formar como sujeitos”. Em 1981 (*Theorie 1*, p. 387) ele chega à conclusão: “O consenso e o entendimento residem no interior da linguagem, constituindo o seu telos”.

<sup>49</sup> Segundo o próprio autor na obra *Faktizität*, Cap. 1 – “O Direito como uma categoria de medição social entre a faticidade e a validade”, o conceito de razão prática enquanto capacidade subjetiva é um

comunicativa, de modo que realiza o esclarecimento do que os atores devem fazer (sollen), coadunando-se com o direito.

Compreendendo-se os termos “Faktizitat” e “Geltung”, por “eficácia” e “vigência”<sup>50</sup>, respectivamente, podemos trazer novas luzes ao problema em debate. O termo “vigência”, empregado como sinônimo de eficácia por autores de língua espanhola, conforme adverte Miguel Reale<sup>51</sup>, é identificado aqui como validade extrínseca da norma pelo procedimento de formalidades essenciais à sua formação. É o período de tempo no qual a norma se mantém obrigatória. Pelo atributo “eficácia”, *designamos restritamente a norma que obtém socialmente a realização de valor pretendido*.

Partindo do conceito de que vigência significa *existência específica de uma norma* e que esse atributo indica a ordem e *dever ser* e não do *ser*, Hans Kelsen destaca a necessidade de se distinguir vigência de eficácia, entendida esta como “fato real de a norma ser efetivamente aplicada e observada”. Em seguida a tais considerações, o famoso autor austríaco, modificando substancialmente o seu pensamento e temperando a pureza metódica de sua teoria, condiciona a vigência da norma, isto é, a sua validade, a um mínimo de eficácia: “uma norma que nunca e em parte alguma é eficaz em uma certa medida não será considerada como norma válida (vigente). Um mínimo de eficácia é a condição de sua vigência”<sup>52</sup>. Tal concepção revela que o grande teórico, para formação do direito, além da norma, passou a exigir a presença do fato.

Assim para que se reconheça a validade de uma norma é preciso, em princípio e de início, que a norma esteja INTEGRADA no ordenamento. Exige-se, pois, que seja cumprido

conceito da safra da modernidade.

No papel de cidadão do mundo, o indivíduo se confunde com o ser humano em geral, é um “eu” a um só tempo individual e universal; assim, para Habermas, a razão está situada na história e na sociedade.

<sup>50</sup> Observa-se que na tradução já referida do Professor Menelick de Carvalho Neto, no Curso de Pós-graduação em Direito da UFMG, essas palavras foram traduzidas, respectivamente, como “faticidade” e “validade”.

<sup>51</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 3. ed. São Paulo, 1976. p. 105.

<sup>52</sup> KELSEN, op. cit.

o processo de formação ou produção normativa, em conformidade com os requisitos do próprio ordenamento. Cumprido esse processo, temos uma norma válida. Por exemplo, terminada a fase constitutiva do processo produtivo de normas legais, que ocorre com a sua sanção, temos uma lei válida. Sancionada a norma legal, para que se inicie o TEMPO de sua validade, ela deve ser publicada. Publicada a norma, diz-se, então, que a norma é vigente. VIGÊNCIA é, pois, um termo com o qual se demarca o tempo de validade de uma norma. Vigente, portanto, é a norma válida (pertencente ao ordenamento) cuja autoridade já pode ser considerada imunizada, sendo exigíveis os comportamentos prescritos. Vigência exprime, pois, a exigibilidade de um comportamento, a qual ocorre a partir de um dado momento e até que a norma seja revogada. Via de regra, a vigência começa com a publicação. Mas pode ser postergada. Pelo artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, uma lei começa a ter vigência em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada, salvo se na publicação for disposto de outro modo (por exemplo, vigência na data da publicação). Durante aqueles quarenta e cinco dias, a norma já é válida (já pertence ao ordenamento) mas não é vigente, ou seja, sua validade fica suspensa. Assim, nesse período, ela convive com normas que lhe são contrárias que continuam válidas e vigentes até que ela própria comece a vigor, quando, então, as outras estarão revogadas. A doutrina chama este período de *Vacatio Legis*.

Pelo exposto, validade e vigência não se confundem. Uma norma pode ser válida sem ser vigente, embora a norma vigente seja sempre válida. Os critérios dogmáticos de reconhecimento da validade não são os mesmos da vigência. Num ordenamento dado, os critérios de validade são diferentes, conforme o tipo de norma (norma geral, cumprido, conforme o caso, o processo prescrito para a sua produção, a norma se integra no ordenamento e se diz válida). Estes processos são, por sua vez, regulados por normas, as quais disciplinam a competência do editor (só o Congresso produz normas legais federais e só o presidente as sanciona, só o presidente produz decretos federais, etc.), a matéria de competência (por exemplo, a tipificação de um crime e a pena correspondente só pode ser objeto de norma legal – a chamada reserva legal), o momento em que pode ocorrer a edição (a Constituição

não pode ser emendada durante o estado de sítio – Constituição Federal, art. 60, § 1º). A observância das normas de competência, de determinação do momento, constituem a chamada validade formal. A observância da matéria, a validade material. Note-se outra vez: como essas normas que permitem reconhecer que uma outra, delas decorrente, integra-se no sistema, sendo válida, variam de ordenamento para ordenamento, a dogmática não discute a validade em geral das normas. Já a vigência exige a observância de um critério: sua publicação. Este critério também está prescrito por uma norma do ordenamento.

Uma norma válida pode já ser vigente e, no entanto, não ter eficácia. Vigência e eficácia são qualidades distintas. A primeira refere-se ao tempo de validade. A segunda, à produção de efeitos. A capacidade de produzir efeitos depende de certos requisitos. Alguns são de natureza fática, outros de natureza técnico-normativa. A presença de requisitos fáticos torna a norma efetiva ou socialmente eficaz. Uma norma se diz socialmente eficaz quando encontra na realidade condições adequadas para produzir seus efeitos. Esta adequação entre a prescrição e a realidade de fato tem relevância semântica (relação signo/objeto, norma/realidade normatizada). Efetividade ou eficácia social é uma forma de eficácia. Assim, se uma norma prescreve a obrigatoriedade do uso de determinado aparelho para a proteção do trabalhador, mas este aparelho não existe no mercado nem há previsão para a sua produção em quantidade adequada, a norma será ineficaz nesse sentido. Se a efetividade ou eficácia social depende de requisitos inexistentes de fato, a ausência deles pode afetar não a validade da norma, mas a produção dos efeitos, conforme conhecida regra de calibração *ad impossibilia nemo tenetur*: ninguém é obrigado a coisas impossíveis). Discute-se, inobstante e nesse sentido, se a ineficácia social pode tornar inválida uma norma. Kelsen, por exemplo, chega a dizer que uma norma, sem um mínimo de eficácia, perde a validade (1960).

Não se reduzindo à obediência, a efetividade ou eficácia social tem antes o sentido de SUCESSO normativo, o qual pode ou não exigir obediência. Exigindo obediência, deve-se distinguir, presentes os requisitos fáticos, a observância espontânea da *observância por imposição de terceiros* (por exemplo, sua efetiva aplicação pelos tribunais). Uma norma é, assim, socialmente eficaz de modo pleno se

não for observada nem de um modo nem do outro.

Sob esse conflito da vigência e da eficácia da norma, Habermas parte da antecipação de que, no campo da fundamentação, normatividade e racionalidade se cruzam, e a teoria do agir comunicativo não contempla uma “tensão” entre fato e norma, ou, “eficácia e vigência”. Essa tensão seria, portanto, apenas aparente, como quer demonstrar.

A questão da relação “eficácia-vigência” supõe uma outra, a da *aceitação da norma*. Por isso, está implícita aí a discussão acerca da relação *autonomia particular* (direito subjetivo) e *autonomia pública* (direito objetivo). Ou seja, trata-se da questão Kantiana da obediência à lei, pois as leis eu as dou a mim mesmo, quando todos as dão para cada um, e restrinjo, assim, a minha liberdade.

Para Habermas, tem razão Pierce, para o qual a verdade se conceitua como *aceitação racional* e, portanto, relaciona, segundo o seu estudo, eficácia e vigência.

Na verdade, porém, o direito, como instrumento, é útil, porque dá força à norma: a eficácia da validade, isto é, da vigência, efetiva-se pela expectativa (ameaça) da sanção, fundindo-se, na teoria do agir comunicativo, eficácia e vigência, já que a força da efetividade é a fusão de eficácia e vigência.

Dessa forma, a norma é a simultânea efetividade pela coerção e realização da legitimação da validade: autoridade pela eficácia e vigência, tornando-se, portanto, a positivação do direito uma garantia.

É a legalidade que, confundindo-se com legitimidade, assegura a liberdade. Por isso, completamos, volta-se a Kant e à fundamentação da obediência a limitações que eu mesmo me dou, quando todos impõem normas a cada um.

Assim, a teoria do agir comunicativo hipoteca a integração interna entre eficácia e vigência, tendo o direito a função de integração social, nos termos propostos por Parsons e por Weber, embora, é verdade, Habermas entenda que haja necessidade de uma *reconstrução* do direito, como se disse, de modo que se conforme à teoria do agir comunicativo, ou seja, defina-se como um sistema de ação para assegurar o ordenamento legítimo como componente social do *mundo da vida*. Ou seja, cultura e estrutura pessoal devem ser reproduzidas por meio da teoria do agir comunicativo, sendo que a

*integração social se aloja no Direito como comunicação*: estabelece uma ligação entre sistema e mundo da vida.

Para esse consagrado professor de filosofia da Universidade de Frankfurt, no entanto, há um paradoxo na origem de legitimidade e legalidade, pois há uma ambivalência da vigência jurídica, sendo que a função precípua do direito na sociedade moderna é a esperança de estabilidade, o que mostra uma relação interna com a força social integrativa da ação comunicativa e se conclui pela presunção mútua de autonomias pública e privada, ou seja, entre direitos humanos e soberania popular.

Essa referência é muito importante para entender Habermas, pois Savigny, como é sabido, partiu do ponto de vista oposto ao que Kelsen depois iria ver o fenômeno jurídico e, no entanto, acabaram se tocando. A Escola Histórica de Savigny e Puchta nasceu de uma inspiração sociológica, privilegiando o fato, isto é, a realidade social como “espírito do povo”, e acabando por querer assegurar-lhe fidelidade através do direito posto. O normativismo parte do oposto, *mas ambos se sintetizam na obediência da norma*. Para Habermas, essa referência é importante, assim como a referência aventureira de Rousseau, que também admitiu a fusão do direito subjetivo com o direito objetivo, com os quais se identifica e dos quais não vê realmente constrangimento nenhum em tentar ser como que uma síntese.

Sua ementa poderia ser: legitimidade acaba em legalidade. O processo democrático da legalidade é fonte de legitimidade e o processo deve ser o parâmetro do direito.

Conclui, assim, que o direito não é só um sistema simbólico, mas de ação e que vigência significa um equilíbrio entre a autonomia privada e a autonomia pública.

O direito é a disposição de legislar e, como autonomias privada e pública, a tensão entre a eficácia e vigência se refere à tensão entre positividade e legitimidade; e já que o direito objetivo usa a liberdade comunicativa na forma que o direito subjetivo deve se institucionalizar para ter fundamento político, desfaz-se o paradoxo da origem de legitimidade e legalidade, concluindo-se que legitimidade é sinônimo de positividade ou legalidade.

Dessa forma, para Habermas, “constitucionalismo” é relação entre liberdade e administração estatal, entre autonomia privada e

autonomia pública. Assim Habermas<sup>53</sup> ressalta o papel da Corte Constitucional indicando:

“Tão-só as condições procedimentais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade (*Legitimitat*) do Direito promulgado. Se iniciarmos com essa compreensão-de-fundo democrática (*demokratirden Hintergrundverständnis*), somos também capazes de fazer com que as competências da corte constitucional tenham um sentido acorde com a intenção de Estado de Direito (*rechtstaatlichen Intention*) subjacente à divisão de poderes (*Gewaltenteilung*): à corte constitucional deve caber a guarda do sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos.” (grifo nosso)

Por outro lado, a própria filosofia de Habermas é epistemologia. Sua preocupação máxima é a abertura do casulo da técnica para que as questões científicas sejam jogadas à discussão pública e assim fiquem depuradas de quaisquer condições de interesse que não o interesse emancipativo. É só nesse interesse que a razão encontra identidade, porque a razão é sempre comunicativa e está, pela sua própria “essência”, realizando-se sempre no consenso isento de coações que não a coação da boa argumentação, *argumento que ratifica a preocupação com a função comunicativa dos Tribunais, em especial da Corte Constitucional em fundamentar suas decisões de forma compreensível*, tendo em vista seu aspecto pragmático de conciliar a autonomia privada e a autonomia pública.

Tendo em vista que a Constituição impregna de *direito* a sociedade, à medida que integra a sociedade, conforme ressalta Habermas, surge, em conseqüência, um caráter de complementaridade entre direito e sociedade. Essa permeabilidade entre o direito e a sociedade encontra traço original no pensamento do juspublicista alemão Peter Häberle, conforme já visto anteriormente, ao explicar a sua teoria da constituição aberta (*Verfassung als öffentlida Prozen*). Esta tese ressalta o aspecto comunicativo da Corte, pois considera que, mergulhada no compromisso histórico e social, a Constituição não pode ser concebida como validade acabada e definitiva, resultado do voluntarismo do poder constituinte. A Constituição, por relacionar a *autonomia privada à autonomia*

<sup>53</sup> HABERMANS, op. cit., p. 222.

*pública*, reclama interpretação que a adapte ao momento histórico-social, sendo, sempre, um resultado temporário de recurso interpretativo, *razão pela qual torna-se necessária a efetiva comunicação do guardião da lei maior com os destinatários desta, para que tal procedimento interpretativo logre eficácia.*

## Bibliografia

- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Tradução de Miguel Atienza e Isabel Espejo. Madrid : Centro de Estudios Constitucionais, 1989.
- ALVES, José Carlos Moreira. Instalação de Assembléia Nacional Constituinte. *Revista de Informação Legislativa*, a. 24, n. 93, p. 5, jan/mar, 1987.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst, WOLFGANG. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra : Almedina, 1993.
- . *Externalização ou internalização da justiça constitucional*. Palestra proferida em Porto Alegre em maio de 1994.
- . *Constituição dirigente e vinculação do legislador* : contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra : Coimbra Ed, 1982.
- CARTER, Lief. *Derecho constitucional contemporáneo* : la suprema corte y el arte de la política. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1985.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Constituição : conceito, objeto e elementos. *Revista de Informação Legislativa*, a. 29, n. 116, out/dez. 1992.
- COELHO, Luis Fernando. *Teoria crítica do direito*. 2. ed. Porto Alegre : Fabris, 1991.
- ELY, John Hart. *Democracy and distrust* : a theory of judicial review. Cambridge : Harvard University Press, 1981.
- GOLDSTEIN, Joseph. *The intelligible constitution* : the supreme court's obligation to maintain the constitution as something we the people can understand. New York : Oxford University Press, 1992.
- HOLMES, Stephen. *Constitutionalism and democracy*. Cambridge : Cambridge University Press, 1993. p. 195: Precommitment and the paradox of democracy.
- IHERING, Rudolf Von. *A finalidade do Direito*. Tradução de José Antônio Faria Correa. Rio de Janeiro : Ed. Rio, 1979.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra : Armênio Amado Ed., 1962.
- . *La giustizia costituzionale*. Milão : Giuffrè, 1981.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamago. 2. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbrekian.
- LEAL, Vitor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal. *Arquivos do Ministério e Negócios Internos*, v. 22, n.92, dez. 1964.
- LINCOLN, Magalhães da Rocha. *Jurisprudência, modelo da experiência jurídica*. São Paulo : Resenha Universitária, 1975.
- MADISON, James, HAMILTON, Alexander, JAY, John. *Os Artigos Federalistas, 1787-1788*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1993.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A Teoria das constituições rígidas*. 2. ed., São Paulo : José Bushatsky, 1980.
- MENDES, Gilmar Ferreira. A evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei. *Revista de Informação Legislativa*, v. 32, n. 126, p. 87-102, abr/jun, 1995.
- . *Jurisdição constitucional* : o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996.
- KIMMINICH, Otto. A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes. *Revista de Informação Legislativa*, v. 27, n. 105, jan./mar. 1990.
- HABERMAS, Jürgen. *Faticidade e validade* : uma introdução à teoria discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Frankfurt : [s.n.], 1992. Tradução de: Faktizität und Geltung : beitrage zur diskurstheorie des rechts und desdemokratischen rechtsstaat.
- OUTHWAITE, William. *Habermas* : a critical introduction. California : Stanford University Press, 1994.
- PERELMAN, Chain, OLBRECHTS-TYTECA, L. *Traité de l'argumentation*. Bruxelles : Université de Bruxelles, 1976.
- PERELMAN, Chain. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid : Civitas, 1979.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 16. ed. São Paulo : Saraiva, 1988.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Francisco Ayala. México : Ed. Nacional, 1981.
- SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Jürgen Habermas* :

- razão comunicativa e emancipação. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1989.
- TOCQUEVILLE, A. de. *La Democracia en América*. Prefácio de J. P. Mayer; traducción de Luis R Cuéllar. México : Fondo de Cultura Economica, 1957. 877p.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de derecho político*. 2. ed. Madrid, 1977.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília : Imprensa Nacional, 1979. (Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo, 1).