

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS, INSTITUIÇÕES E NEGÓCIOS

ERNESTO FEIO BOULHOSA FILHO

**TEORIA SOCIAL & ADJUDICAÇÃO: LINGUAGEM,  
CORPO E PODER NA TEORIA DE HABERMAS**

Tese de Doutorado, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos, Negócios e Instituições, sob orientação do Professor Doutor Eder Fernandes Monica.

Niterói  
2020

Ficha catalográfica automática - SDC/BFD  
Gerada com informações fornecidas pelo autor

B763t Boulhosa filho, Ernesto Feio  
TEORIA SOCIAL & ADJUDICAÇÃO : LINGUAGEM, CORPO E PODER NA  
TEORIA DE HABERMAS / Ernesto Feio Boulhosa filho ; Eder  
Fernandes Monica, orientador. Niterói, 2020.  
163 f.

Tese (doutorado)-Universidade Federal Fluminense, Niterói,  
2020.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22409/PPGJA.2020.d.83998640215>

1. Teoria do Direito. 2. Filosofia do Direito. 3. Sociologia  
do Direito. 4. Teoria Crítica. 5. Produção intelectual. I.  
Monica, Eder Fernandes, orientador. II. Universidade Federal  
Fluminense. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD -

**TEORIA SOCIAL & ADJUDICAÇÃO: LINGUAGEM, CORPO E PODER NA  
TEORIA DE HABERMAS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos, Negócios e Instituições da Universidade Federal Fluminense como requisito para a obtenção de Doutor em Direito. Orientação do Professor Doutor Eder Fernandes Monica.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Eder Fernandes Monica  
Orientador - UFF

---

Prof. Dr. Gilvan Luiz Hansen  
Professor - UFF

---

Prof. Dr. Sergio Gustavo M. Pauseiro  
Professor - UFF

---

Prof. Dr. Saulo Monteiro M. de  
Mattos  
Professor – UFPA

---

Prof. Dr. Ricardo Evandro S. Martins  
Professor - UFPA

Apresentado em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2020.

Conceito: \_\_\_\_\_

Niterói

2020

Dedico este trabalho para meu tio Chico Paes e meu primo Dinho. Seus espíritos estiveram comigo nesta tese.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais Ernesto Feio Boulhosa e Ana Lúcia Paes Boulhosa, a paciência e o cuidado que tiveram comigo nesta caminhada acadêmica. Tais zelos foram fundamentais para eu chegar até aqui.

Agradeço às minhas irmãs Ana Carolina e Vania Alves, por todo amor e carinho.

Agradeço aos meus amigos-irmãos que há tantos anos estão comigo nesta caminhada intelectual e acadêmica, como Renato Santos, Ricardo Evandro, Felipe Ribeiro e Gilberto Guimarães. Seus exemplos de pessoas, intelectuais e de amigos, são um modelo de afeto que eu sempre me inspiro e tento corresponder.

Agradeço ao professor Fabio Shecaira por ter me dado bons conselhos e exemplos de inspiração acadêmica responsável, humana e não egocêntrica.

Agradeço à minha psicóloga Silvanie por ter me ajudado a enfrentar meus medos e conhecer a mim mesmo.

Agradeço também ao meu primo Cassiano e a família Boulhosa, principalmente, minhas tias Ivete, Margarete, Beth e Georgete. Você Cassiano, com seu jeito amável e simples, sem querer, me deu suporte nos momentos mais difíceis. Obrigado irmão. E as minhas tias, obrigado pelo apoio que me deram.

Em Niterói, agradeço ao Grupo de Pesquisa de Habermas. Todos vocês foram muito amáveis e me receberam muito bem. Vocês me trataram como se eu fizesse parte da casa. Obrigado.

Ao meu orientador, doutor Eder Fernandes Monica, agradeço a orientação e paciência. Agradeço, ainda, os ensinamentos sobre maturidade acadêmica, intelectual e existencial.

Ao mestre Prof. Gilvan Hansen, obrigado pela oportunidade de conhecer a vida acadêmica, e me encontrar e me perder neste caminho. Hoje compreendo em que consiste um trabalho e um grupo de pesquisa o qual se leva muitos anos para construir. Seu exemplo de persistência, inteligência e dedicação me inspiram.

Agradeço aos professores do PPGDIN-UFF e a sua instituição por terem me recebido como seu aluno e integrante. Espero que essa tese possa contribuir para os objetivos da instituição. Obrigado!

## RESUMO

A pesquisa tem como temática uma exposição bem como comentários críticos do *capítulo V de Direito e Democracia de Habermas*. Se a teoria de Habermas, na sua formulação clássica, dá ênfase aos aspectos pragmáticos das condições ideais de verdade, o intuito deste trabalho é realizar uma complementação de alguns aspectos implícitos da sua teoria. Aspectos estes ligados a sua autocompreensão de filosofia da linguagem, ao papel dos recursos retóricos (corporais) na adjudicação e qual o papel da teoria do poder na adjudicação. Na primeira temática (primeiro capítulo) utilizando como fio condutor a questão da indeterminação de direito de Hart, será estabelecido uma relação entre Hart e Wittgenstein, Hart e Gadamer e Hart e Habermas a fim de reformular a autocompreensão da linguagem da teoria de Habermas. O intuito neste capítulo será demonstrar, por um viés diferente da tensão entre facticidade e validade, de como a linguagem na adjudicação não pode ser compreendida somente nos marcos analíticos, mas também devem ficar evidentes os aspectos vivenciais, expressivos e históricos; e suas repercussões no conceito de ética e epistemologia jurídica. Na segunda temática (segundo e terceiro capítulo) serão utilizados dois modelos, da hermenêutica profunda e de Pierre Bourdieu (complementado pelas pesquisas feministas) de como o corpo possui um papel fundamental para a construção da adjudicação; e a necessidade de reabilitação da razão dramática e terapêutica como um componente da mesma a fim de identificar e remediar sintomas psicológicos e desníveis retóricos na argumentação. E, por fim, na terceira temática (quarto capítulo), expor o conceito de poder de Habermas, dando ênfase para o seu conceito de poder na filosofia política, o desenvolvimento de um poder dramático e um modelo de reconstrução interpretativa do direito ligado ao poder comunicativo.

**Palavras-chaves:** Teoria do direito; Sociologia do direito; Filosofia do direito; Teoria crítica.

## ABSTRACT

In this research, it was shown and critically commented chapter V of Habermas *Law and Democracy*. The Habermas' theory, in its classic formulation, emphasizes the pragmatic aspects of the ideal conditions of truth, and the aim of this work was to complement some implicit aspects of his theory. These aspects are related to self-understanding of the philosophy of language, the role of rhetorical (bodily) resources in the award and the role of the power theory in the award. In the first theme (chapter one) using Hart's question of law indetermination as a guiding principle, a relationship was established between Hart and Wittgenstein, Hart and Gadamer and Hart and Habermas theories to reformulate the self-understanding of the language of Habermas's theory. The objective of this chapter was to show, through different biases of tension between facticity and validity, how the language in the award cannot be understood only in the analytical frameworks, but the experiential, expressive and historical aspects must be evident; and its repercussions on the concept of ethics and legal epistemology. In the second theme (second and third chapters), the deep hermeneutics and Pierre Bourdieu (complemented by feminist research) models were used to analyze how the body has a fundamental role in the construction of the award, and to identify and remedy psychological symptoms and rhetorical gaps in the award due to the necessity of rehabilitation of dramaturgical and therapeutic reason as a component of the award. In the fourth chapter, it was discussed the third theme, exposing the Habermas' concept of power, emphasizing his concept of power in political philosophy, the development of a dramaturgical power and the model of interpretive reconstruction of law related to communicative power

**Keywords:** Jurisprudence; Sociology of law; Philosophy of Law; Critical theory.

## RIASSUNTO

La ricerca há come tematica una esposizione e um commento critico del capitolo V del *Diritto e Democrazia* di Habermas. Se la teoria di Habermas, nella sua formulazione clásica, da enfasi agli aspetti pragmatici dele condizioni ideali dela veritá, scopo di questo lavoro é presentare una complementazione di alcuni aspetti impliciti della sua teoria. Aspetti questi legati alla sua autocomprensione di filosofia del linguaggio, alla funzione di ricorsi retorici corporali e quale la funzione della teoria del potere in questa finalitá. Il primo tema ( primo capitolo), utilizzando come filo conduttore la questione dela “ indefinizione di diritto” di Hart, sará presentato e definita una relazione fra Hart e Wittgenstein, Hart e Gadamer e Hart e Habermas allo scopo di riformulare la autocomprensione del linguaggio dela teoria di Habermas. Lo scopo di questo capitolo sará dimostrare, attraverso um cammino diferente dalla tensione tra “ fictizio e validitá”, di come il linguaggio nel giudicare non può essere compreso solamente in “segnie prove analitiche”, ma devono puré apparire evidenti aspetti esistenziali, vissuti, storici e le sue ripercussioni e conseguenze nel concetto di ética e nelle manifestaziini letterarie giuridiche. Nel secondo tema ( secondo e terzo capitolo) saranno utilizzati due modelli tolti dalla ermeneutica del profondo e da Pierre Bourdieu, completado dadalle ricerche femministe : di come il corpo possiede una importanza fondamentale per la costruzione e formulazione di um giudizio. E la necessitá dela rivalorizzazione della ragione dramaturgica e dialettica come componente e parte integrale, allo scopo di identificare e eventualmente rimediare a “manifestazioni errate a livello psicologico” e incongruenze retoriche dele argomentazini. Infine, nella terza parte ( quarto capitolo): esporre il concetto di “potere” di Habermas, dando enfasi alla valorizzazione del concetto di “potere” nella filosofia politica e allo sviluppo di um potere “dramaturgico” e a um modelo di ricostruzione interpretativa del diritto legato al potere comunicativo.

**Parole chiave:** Giurisprudenza, Sociologia del diritto, Filosofia del diritto; Teoria Critica.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>PRIMEIRA TEMÁTICA: A LINGUAGEM.....</b>	<b>17</b>
<b>CAPÍTULO 1 – A REGRA JURÍDICA COMO EXPERIÊNCIA NORMATIVA: O PROBLEMA DA PRÁXIS E DO CONTEXTUALISMO LINGUÍSTICO NA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA .....</b>	<b>17</b>
1.1 HART E WITTGENSTEIN.....	19
1.2 HART E GADAMER .....	27
1.3 HART E HABERMAS .....	40
<b>SEGUNDA TEMÁTICA: O CORPO .....</b>	<b>54</b>
<b>CAPÍTULO 2 – PRELIMINARES DA RELAÇÃO ENTRE TEORIA DO DIREITO E CRÍTICA DA IDEOLOGIA: DE HART-DWORKIN ATÉ HABERMAS.....</b>	<b>54</b>
2.1 O DEBATE HART- DWORKIN: A CRÍTICA DA IDEOLOGIA COMO UM CONFLITO INTERPRETATIVO.....	55
2.2 HERMENÊUTICA PROFUNDA, PSICANÁLISE E INSUFICIÊNCIAS DE DWORKIN.....	59
2.3 O PROBLEMA DO DISCURSO MONOLÓGICO DO JUIZ HÉRCULES.....	66
2.4 HABERMAS E A TENSÃO EXTERNA DA ADJUDICAÇÃO: A TEORIA DISCURSIVA E A PSICOLOGIA CRÍTICA.....	67
2.4.1 Condições ideais e a crítica da ideologia.....	67
2.4.2 A teoria do processo judicial de Habermas: as restrições sociais .....	69
2.4.3 A ação dramática como um componente psicológico da imparcialidade processual.....	70
2.4.3.1 O discurso terapêutico.....	70
2.4.3.2 Ação dramática e psicologia crítica.....	72
2.4.3.3 Poder comunicativo e psicologia crítica.....	73
<b>CAPÍTULO 3 - BOURDIEU, DWORKIN E HABERMAS: O PROBLEMA DO PODER NA SOCIOLOGIA DA ADJUDICAÇÃO .....</b>	<b>77</b>
3.1 ALGUMAS IDEALIZAÇÕES SOCIOLÓGICAS DA ADJUDICAÇÃO DE DWORKIN.....	77
3.2 ALGUNS ASPECTOS PRELIMINARES DO TEXTO DE BOURDIEU .....	78
3.2.1 Alguns aspectos teóricos da teoria de Bourdieu .....	79
3.2.2 Teoria dos campos jurídicos como uma teoria da estetização do poder.....	82
3.2.3 Bourdieu: a combinação de Sociologia com Historiografia .....	85
3.2.3 As críticas de Bourdieu a Dworkin .....	86
3.2.4 As insuficiências da teoria do poder de Bourdieu .....	87
3.2.5 Problemas na relação entre Sociologia e Historiografia.....	90
3.3 ESTUDOS EMPÍRICOS SOBRE O CORPO REALIZADOS PELO FEMINISMO.....	91

3.4 PARADIGMAS JURÍDICOS COMO UM COMPONENTE DA IMPARCIALIDADE ARGUMENTATIVA E PROCESSUAL.....	97
3.4.1 A concepção de paradigmas jurídicos de Klaus Günther e a problemática do pluralismo cultural e da norma perfeita .....	97
3.4.2 As insuficiências da teoria de Klaus Günther para lidar com as formas de dominação presentes no corpo.....	101
3.5 PARADIGMAS LIBERAIS, REPUBLICANOS E IDENTITÁRIOS APLICADOS À ADJUDICAÇÃO .....	102
3.5.1 Paradigmas identitários, corpo e adjudicação.....	105
3.5.2 Medium dramático identitário como um componente da imparcialidade argumentativa .....	108
TERCEIRA TEMÁTICA – O PODER.....	111
CAPÍTULO 4 – TEMÁTICA DO PODER: PRELIMINARES.....	111
4.1 EXPOSIÇÃO DO CAPÍTULO 04 (QUATRO).....	112
4.2 DE DWORKIN A HABERMAS: E A CRÍTICA DE FRASER À SOCIOLOGIA NORMATIVA DE DWORKIN.....	113
4.3 A CRÍTICA SOCIOLÓGICA DA COMUNIDADE POLÍTICA.....	115
4.3.1 Comunidade política, poder e liberalismo .....	115
4.3.2 A relação entre direito e política em Dworkin: o problema do paradigma pragmatista.....	118
4.3.3 Comunidade política e teoria social .....	122
4.4 AS CRÍTICAS DA ESFERA PÚBLICA DE FRASER/HABERMAS APLICADOS À TEORIA DA COMUNIDADE POLÍTICA DE DWORKIN.....	123
4.4.1 Preliminares da crítica da esfera pública de Fraser à teoria de Habermas.....	124
4.4.2 Múltiplos Públicos .....	128
4.4.3 Âmbitos Públicos, interesses comuns e interesses privados .....	128
4.4.4 Públicos fortes e públicos frágeis .....	130
4.5 A PERSPECTIVA DE FRASER CONFRONTADA COM DWORKIN.....	131
4.5.1 O problema do republicanismo e comunidade política .....	131
4.5.2 O problema da relação entre direito e política aplicado às minorias.....	133
4.5.3 A tensão entre validade e socialização na comunidade política: o papel da epistemologia crítica.....	134
4.6 A TEORIA DE HABERMAS .....	136
4.6.1 A teoria dos direitos fundamentais de Habermas: autonomia privada e pública.....	137
4.6.2 Liberdades, minorias e paradigmas constitucionais .....	142
4.6.3 Poder dramático e Estado de Direito .....	146
4.6.4 Paradigmas identitários, poder social e epistemologia terapêutica .....	151
4.6.5 Sociedade civil, poder social e adjudicação .....	152
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	156
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	160

## INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é realizar uma abordagem sobre a filosofia da adjudicação em Habermas, desenvolvido em sua maior parte no *capítulo V de Direito e Democracia*. Isso com o objetivo de expandir uma das mais sofisticadas e complexas teorias do direito do século XX. Expandir no sentido de explicitar seus pressupostos, mas, ao mesmo tempo, acrescentar temáticas teóricas que, pelo menos na perspectiva de um habermasiano ou do próprio Habermas, não seria incompatível com sua teoria.

Conforme Nelson Boeira, tradutor de *Levando os Direitos a Sério* no Brasil, na tradução do termo inglês *adjudication*, nos escritos de Dworkin, o termo correspondente em português é “decisão judicial”. *Adjudication* deriva do latim *adjudicare*, que significa pronunciar uma sentença em favor de alguém (DWORKIN, 2002, p.VIII).

Indo além dos escritos de Dworkin este trabalho considerará *teoria da adjudicação* como uma teoria da decisão judicial ou do procedimento judicial no seguinte sentido: *uma teoria em que duas partes (especialistas ou não especialistas do direito), em argumentação com um juiz, mobilizam argumentos e práticas para chegar a uma resposta correta e resolver seus conflitos*.

A tensão entre facticidade e validade se caracteriza como uma tensão entre a possibilidade de uma resposta correta versus a necessidade de adequação com as decisões pretéritas do direito (ou as leis). E no nível do procedimento, uma tensão entre as condições ideais da argumentação versus as restrições fáticas do processo (HABERMAS, 1997b).

Basicamente, a teoria de Habermas está preocupada em desenvolver uma teoria da legitimidade do direito. Esta teoria da legitimidade afirma que as decisões judiciais só podem ser legítimas se houver uma adequada gestão da tensão entre pretensões morais versus respeito às fontes do direito positivo; e uma adequada gestão da tensão entre pretensões de construção pragmática da argumentação em condições ideais versus as restrições fáticas do processo.

Nesse viés, se mantendo nesta tradição, este trabalho tentará responder *ao problema geral* da possibilidade da formulação de uma decisão e construção de um procedimento legítimo. Em outras palavras, ao seguinte problema: é possível uma resposta correta na argumentação judicial?

De maneira mais estrita, a problemática pode ser reformulada como *três problemas específicos*: (1) qual a autocompreensão da linguagem jurídica na teoria da adjudicação de Habermas?; (2) qual o papel do corpo ou dos recursos retóricos na teoria de Habermas?; (3) qual o papel da teoria do poder dramático na teoria da adjudicação de Habermas?

A problemática desenvolvida por Habermas, seja na sua teoria da decisão seja na sua teoria do processo, é uma problemática preocupada em investigar uma teoria da legitimidade do direito. Isso significa problematizar se é possível a garantia de uma teoria do direito, da argumentação e do processo, os quais possam oferecer condições formais ou procedimentais para que as partes cheguem a uma verdade e, ao mesmo tempo, resolvam seus conflitos. A possibilidade de resolver os conflitos por meio do diálogo é fundamental para Habermas, tendo em vista que ele imagina uma teoria da emancipação em que as pessoas são livres para administrarem suas vidas como desejarem sem recorrer a meios injustos ou ilegítimos de violência.

Neste raciocínio, logo se percebe que uma teoria que prega o diálogo como forma de resolução de conflito é uma teoria profundamente associada a uma teoria da democracia. Para Habermas, na fase madura da sua teoria, o direito está profundamente ligado com a democracia no sentido de que o direito institucionaliza liberdades fundamentais, as quais possibilitarão que as pessoas possam exercer o diálogo em sociedades complexas marcadas: (1) por grande quantidade de pessoas, as quais não podem ao mesmo tempo participar da deliberação política; (2) por uma grande quantidade de temas, os quais as pessoas muitas vezes não têm condições cognitivas de compreender; (3) por uma sociedade marcada por uma grande quantidade de modos de vida culturais, em que as pessoas devem aspirar a uma forma de consenso em contraste com modos de vida idiossincráticos, os quais são de difícil compatibilização.

Como um quarto componente, poderia se acrescentar uma realidade marcada por sociedades desiguais ou estratificadas onde existem diferentes recursos sociais distribuídos entre os agentes sociais ou os cidadãos.

É com esse pano de fundo, que a teoria do *capítulo V de Direito e Democracia* foi formulada. Uma teoria que do ponto de vista da adjudicação incorpora uma tensão entre facticidade e validade, seja no nível da decisão seja no nível da construção do procedimento, que tenta oferecer condições de construção de imparcialidade processual sensível a uma realidade das sociedades complexas, sociedades pluralistas e sociedades estratificadas.

O intuito deste trabalho é explicitar, por meio de uma exposição conceitual, de que maneira o discurso prático se manifesta na teoria de Habermas. Porém, isso será feito especificando e aprofundando três temáticas. Temáticas estas implícitas na teoria da adjudicação de Habermas e que possuem relação com a problemática das sociedades complexas, pluralistas e estratificadas. Porém, na perspectiva deste trabalho, são pouco desenvolvidas ou pouco trabalhadas na tradição habermasiana.

Essas três temáticas são: (1) a concepção de linguagem da teoria do direito de Habermas; (2) a concepção de recursos retóricos ou corpo na teoria do processo de Habermas; (3) a concepção poder na filosofia da adjudicação de Habermas.

A concepção de linguagem na teoria do direito de Habermas está relacionada a um componente implícito na problemática de Habermas, de como ele se posiciona em relação ao problema do pluralismo cultural e ao problema do contextualismo linguístico. O problema do pluralismo cultural é a problemática de como nas sociedades contemporâneas se pode chegar a um modelo de imparcialidade para as instituições políticas (e jurídicas) em sociedades marcadas por diferentes modos de vida. Já o problema do contextualismo linguístico está relacionado à problemática de como desenvolver parâmetros científicos e racionais para que, em face das constatações de diferentes racionalidades (linguísticas) é impossível desenvolver parâmetros de transcendência cultural e científica que não caiam na metafísica.

A perspectiva deste trabalho tentará desenvolver uma abordagem da teoria da linguagem de Habermas. O objetivo é se posicionar em relação a estas problemáticas, mas dando um sentido diferente do encaminhado por ele. Ele de certa forma responderia ao problema do pluralismo cultural e do contextualismo linguístico por meio da tensão entre facticidade e validade, afirmando que o modelo interpretativo de Dworkin somado ao modelo de discurso de aplicação de Günther seriam modelos adequados para lidar com estes problemas, defendendo que existe uma tensão entre modos de vida culturais versus pretensões de verdade corretiva universais; e uma tensão segurança jurídica versus decisão correta.

Este trabalho complementarará esta perspectiva tomando um caminho diferente de exposição da problemática do contextualismo e do pluralismo cultural. Diferente porque realizará um percurso ausente na teoria de Habermas.

Tal percurso consistirá numa excursão pela teoria de Wittgenstein, Gadamer e as condições ideais de Habermas, a fim de demonstrar de maneira mais precisa como Habermas

se posiciona em relação a dois modelos de filosofia da linguagem profundamente sofisticados e céticos quanto a possibilidade de uma verdade transcendente. O fio condutor a ser demonstrado no próximo capítulo é o desafio da indeterminação do direito de Hart em cotejo com Wittgenstein, Gadamer e as condições ideais de Habermas, e como estes três autores se posicionam em relação à autocompreensão da linguagem de Hart.

A concepção de corpo da teoria de Habermas está relacionada a um componente pouco trabalhado em *Direito e Democracia*, de como Habermas pensa a teoria da adjudicação relacionada à crítica da ideologia. Habermas explicita que uma teoria da adjudicação apenas é possível se forem cumpridas condições ideais da argumentação, como, por exemplo, condições de inteligibilidade e expressividades intactas. O autor deste trabalho pretende expor como as condições ideais da argumentação se manifestam na teoria de Habermas (do processo) afirmando que a teoria de Habermas pressupõe determinadas *condições dramáticas ideais* para se tornar uma adjudicação legítima.

Essas *condições dramáticas* serão explicitadas no segundo capítulo, por meio de uma metodologia a qual afirma que a imparcialidade processual (ou argumentativa) apenas pode se institucionalizar com o auxílio das ciências sociais críticas. Neste viés, a hermenêutica profunda (Freud interpretado por Habermas), o habitus jurídico de Bourdieu e as pesquisas empíricas sobre o corpo realizadas pelo feminismo, serão teorias da psicologia e das ciências sociais críticas os quais, em cotejo com Habermas, elucidarão que as condições ideais apenas poderão cumprir condições procedimentais ideais da argumentação, se os participantes já tiverem modelos de remediação e neutralização das patologias denunciadas e (antecipadas) pelas ciências sociais críticas.

Algo que será bastante enfatizado, principalmente, pela perspectiva de Bourdieu e do feminismo, é como Habermas trata da problemática das minorias, as quais trazem repertórios retóricos desiguais para o processo judicial; e de como as minorias só podem ser tratadas por Habermas se houver a formulação de paradigmas jurídicos identitários.

A imparcialidade processual somente poderá se institucionalizar se forem institucionalizados paradigmas identitários prévios, os quais possibilitem antecipações teóricas (das ciências sociais críticas) que ofereçam modelos de neutralização e remediação de repertórios retóricos desiguais.

Por fim, no terceiro capítulo será explicitado o conceito de poder na filosofia da adjudicação de Habermas. A teoria o poder de Habermas é uma teoria pouco trabalhada em *Direito e Democracia no capítulo V*, entretanto ela ganhará relevância neste trabalho devido a sua relação com a crítica de ideologia.

Habermas não está somente preocupado com um enfoque centrado na teoria da argumentação a fim de lidar com o problema do pluralismo cultural. Também é uma teoria potencial para lidar com problemas da crítica da ideologia, mais especificamente, o problema dos desníveis de poder e das séries de exclusões históricas que as mulheres sofreram na sua história.

Em decorrência disso, Habermas, como será demonstrado, trata da problemática do feminismo num enfoque dos paradigmas constitucionais e num enfoque de uma teoria da esfera pública. Isso com o pano de fundo de remediar e neutralizar, por meio do direito, formas de exclusão historicamente estabelecidas.

No terceiro capítulo será demonstrado, realizando uma crítica à teoria da comunidade política de Dworkin, em cotejo com Fraser, de como Habermas trata da problemática em relação ao feminismo, do ponto de vista do direito constitucional, recuperando os conceitos de republicanismo e liberalismo não presentes na teoria de Dworkin. De como Habermas aposta numa teoria do poder comunicativo e administrativo para afirmar que o direito pode institucionalizar formas de esfera pública, de como seu pano de fundo de razão dramática tem o potencial de remediar formas de desníveis retóricos. E, seguindo uma reinterpretação do conceito de sociedade civil, sugerido a possibilidade de considerar a adjudicação como reconstrução de um poder dramático, ao invés de somente a reconstrução (nos termos de Dworkin) de um poder interpretativo. Uma exposição e análise sobre a teoria de Habermas se justifica para qualquer abordagem do direito preocupado com a investigação da natureza filosófica do que é o exercício da adjudicação (sua natureza e fundamentos) assim como qual a relação deste tipo de problemática (sobre o que é a adjudicação) com o problema da crítica da ideologia e com a concepção de cidadania.

É um trabalho que se justifica tanto para aqueles que são interessados por filosofia do direito (teoria do direito) quanto por aqueles que trabalham diretamente com o direito (operadores do direito).

Para os filósofos do direito, porque do ponto de vista teórico e conceitual, Habermas mobiliza diferentes perspectivas teóricas, no campo da filosofia da linguagem e da crítica da ideologia, o qual demonstra diferentes estratégias para se pensar a possibilidade de um procedimento e decisão justa no fazer jurídico. Em outras palavras, Habermas demonstra a pluralidade de abordagens, as quais podem ser aplicadas para se compreender, do ponto de vista filosófico a natureza da adjudicação.

Para os especialistas do direito, porque a teoria de Habermas é uma teoria preocupada com uma crítica ao positivismo clássico do direito, que resume o mesmo a uma abordagem estrita da dogmática jurídica. Segundo Habermas, o direito só pode ser compreendido em diferentes abordagens teóricas, e sua concepção defende que o direito está profundamente associado com a possibilidade de emancipação social, que por sua vez, está associada à promoção de cidadania e democracia. Assim, qualquer especialista jurídico que se debruce sobre esse trabalho terá em suas mãos uma pluralidade de abordagens teóricas, as quais oferecem diferentes ênfases para se compreender a relação entre direito, cidadania e democracia.

A pesquisa se fará, primeiramente, pela etapa do recolhimento da bibliografia básica da teoria de Habermas, dos teóricos confrontados com a teoria do mesmo, e dos comentadores destes autores. Isso com o intuito de construir uma abordagem conceitual dos mesmos.

Sob o ponto de vista do procedimento metodológico, será realizada uma leitura analítica dos principais conceitos dos autores e das periodizações de suas mudanças de fase e de opinião. Dessa maneira, irá se utilizar um método indutivo, no sentido de realizar leituras de textos específicos e retirar um apanhado geral dos principais temas relacionados à linguagem, ao corpo e ao poder.

A partir desta leitura, este projeto tem como objetivo compreender e apresentar de maneira adequada qual o conceito de adjudicação na teoria de Habermas, mais especificamente, a sua concepção de linguagem, de corpo e de poder dramático.

Logo, a pesquisa será feita com base na revisão bibliográfica sobre a obra de Habermas e os demais autores indicados de forma qualitativa, para se chegar a uma conclusão crítica, de que a teoria crítica de Habermas pode ganhar contornos interessantes quando desenvolvidos aspectos ligados à hermenêutica e crítica da ideologia, para todos os interessados numa teoria da legitimidade da decisão, argumentação e do processo.

# PRIMEIRA TEMÁTICA: A LINGUAGEM

## CAPÍTULO 01 -- A REGRA JURÍDICA COMO EXPERIÊNCIA NORMATIVA: O PROBLEMA DA PRÁXIS<sup>1</sup>E DO CONTEXTUALISMO LINGUÍSTICO NA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A problemática deste capítulo é explicitar o pano de fundo da teoria da linguagem presente na teoria da facticidade e validade de Habermas. A teoria de Habermas, como já dito, é uma teoria que defende a existência de uma tensão entre contexto linguístico e pretensões de validade corretivas, presentes na argumentação jurídica. A ideia deste capítulo é elucidar essa problemática.

A fim de apresentar essa questão será estabelecida uma relação entre o conceito de textura aberta de Hart e três abordagens de filosofia da linguagem: (1) das *Investigações Filosóficas* de Ludwig Wittgenstein; (2) de *Verdade e Método* de Hans Georg Gadamer; (3) e da *teoria das condições ideais* da argumentação de Jürgen Habermas.

O fio condutor para expor tal perspectiva é o estabelecimento de uma relação entre a problemática da indeterminação do direito de Hart com a perspectiva de Wittgenstein, Gadamer e Habermas. O intuito é demonstrar que a concepção de linguagem da teoria da adjudicação de Habermas é uma teoria mais complexa que a perspectiva “analítica” estabelecida por Hart; e possui desafios epistemológicos mais complexos que os concebidos por Hart.

A perspectiva analítica de Hart a ser demonstrada dá um enfoque para os conceitos do direito centrado somente nos aspectos analíticos, analíticos aqui como englobando os significados semânticos, sintáticos e pragmáticos da língua. Entretanto, teóricos como o próprio Wittgenstein, Gadamer e Habermas possuem uma teoria da linguagem que vai para além da analítica, evidenciando aspectos históricos, vivenciais e expressivos, e possuem repercussões na teoria da adjudicação.

A perspectiva epistemológica de Hart é frágil, pois não problematiza a dimensão transcendental da linguagem (no viés de Wittgenstein e Gadamer). No sentido, de não evidenciar a linguagem como uma dimensão na qual a racionalidade e a cientificidade do

---

<sup>1</sup> O termo *práxis* na perspectiva de Gadamer consiste na apropriação de um termo de Aristóteles para designar um saber prévio, anterior à retórica e à crítica; ou um tipo de racionalidade anterior à virtude da cientificidade e da competência técnica. O termo será importante para este trabalho porque remete à metodologia das ciências uma racionalidade e saber prévios, presentes na linguagem do mundo vivido (GADAMER,2002, p.374-375)

conhecimento são possíveis. Como consequência, possui uma teoria frágil para se posicionar em relação ao contextualismo linguístico; ou possui uma concepção de “ética” deficitária face ao problema do pluralismo cultural.

O intuito deste capítulo é demonstrar como no ponto de vista de três modelos de filosofia da linguagem a abordagem teórica de Hart, que tem como objetivo preservar a unidade da experiência normativa, está sempre em tensão com a experiência linguística. Em outras palavras, tanto no nível de uma concepção de regra de reconhecimento, do teórico do direito quanto do intérprete do direito, existe uma tensão entre a possibilidade de institucionalizar uma regra (que mantenha a própria identidade), conhecer a regra e interpretá-la numa adjudicação concreta com a experiência complexa, caótica e irracional da linguagem.

A ênfase neste contraste entre a experiência racional e científica de conhecer uma regra jurídica com a experiência linguística irracional e caótica que não pode ser sistematizada, será um elemento importante para a filosofia do direito, uma vez que será enfatizada a existência de uma lógica anterior à capacidade racional e científica dos agentes ao explicitar a realidade. Tal precariedade será manifestada pelas três abordagens por meio da crítica às teorias representativas da linguagem, da retomada da perspectiva histórica da língua e da valorização das teorias vivenciais e expressivas da mesma. É esse deslocamento entre uma concepção de linguagem representativa para uma teoria histórica, vivencial e expressiva o fio condutor do trabalho, pois a filosofia da linguagem colocará os aspectos performáticos como condição de possibilidade do conhecimento.

Por fim, será defendido que o acento nos aspectos vivenciais e expressivos da linguagem estão implícitos na teoria de Habermas, assim como na tradição de Wittgenstein e de Gadamer, os quais são teorias próximas ou que dialogam com a teoria de Hart. Porém, apesar de Habermas, Gadamer e Wittgenstein acentuarem os aspectos vivenciais e expressivos, do ponto de vista da jusfilosofia ou da teoria de Hart, essas dimensões são pouco trabalhadas ou enfatizadas.

Além disso, será demonstrado como a teoria de Habermas possui uma teoria epistemológica mais sofisticada que a teoria de Hart para lidar com o problema da indeterminação do direito, justamente por lidar com o contextualismo linguístico de Wittgenstein e Gadamer.

## 1.1 WITTGENSTEIN E HART

A fim de problematizar a perspectiva da linguagem do ponto de vista filosófico ou da jusfilosofia é importante estabelecer uma relação entre Wittgenstein e Hart, mais especificamente, uma relação entre a teoria da textura aberta de Hart, e a teoria de Wittgenstein. Tal relação será importante, uma vez que, por um lado, de certa maneira expressará os fundamentos da teoria de Hart; por outro lado, concomitantemente, estabelecerá uma crítica à própria teoria. Afirmar-se-á que Hart é um teórico que possibilita um trânsito entre a experiência normativa e a filosofia de Wittgenstein. Entretanto, Hart não enfatiza de maneira adequada a tensão entre práxis e a possibilidade da experiência normativa.

Neste viés, serão estabelecidos seis problemáticas em comum entre Wittgenstein e Hart afirmando que quatro delas podem ser consideradas como implícitas na teoria de Hart; e outras duas como não bem trabalhadas para quem quer investigar a perspectiva da linguagem na tradição jusfilosófica.

As quatro problemáticas em comum implícitas na teoria da textura aberta: (1) uma crítica às teorias da linguagem como representação; (2) uma crítica à perspectiva da linguagem metafísica como centrada num sujeito transcendental; (3) uma crítica às teorias da linguagem as quais preceituam um controle do sentido do significado das palavras jurídicas; (4) a falência de uma perspectiva da linguagem centrada num modelo semântico e sintático. Estas quatro problemáticas poderiam inserir-se na teoria de Hart, sem prejuízo da sua teoria do poder discricionário.

As duas problemáticas as quais Hart não enfatizam muito bem são: (5) que no ponto de vista da “ciência do direito” existe um compartilhamento do mundo da vida do teórico do direito e das práticas interpretativas dos operadores do direito, incluindo uma vivência e uma prática expressiva em comum; (6) que na teoria da textura aberta a teoria da norma jurídica está em tensão com o contexto global ou com a lógica holística dos jogos de linguagem. Neste viés, para ser fiel a teoria de Wittgenstein, seria mais correto formular uma teoria da norma não centrada nos aspectos semânticos ou sintáticos, mas nos aspectos sistemáticos da norma jurídica.

Assim este trabalho fará uma explicação da teoria de Wittgenstein em relação à teoria de Hart, explicitando cada um destes seis pontos elencados.

A teoria do segundo Wittgenstein pode ser explicitada por meio da apresentação de alguns aspectos da teoria desenvolvida no seu livro *Investigações Filosóficas*. Como

esclarece Manfredo, se na primeira fase do seu pensamento Wittgenstein desenvolve uma teoria da linguagem concatenada e cuidadosa, na segunda fase ele desenvolve uma teoria não sistemática da linguagem. Uma teoria que, de certa maneira, apresenta uma visão caótica da mesma (MANFREDO, 2006, p.117-118; WITTGENSTEIN,2005).

Isso será profundamente importante para a filosofia da linguagem, assim como para a filosofia do direito, porque este autor trabalha com a ideia de que a linguagem não pode ser considerada um “objeto do conhecimento” o qual pode ser estudado como “um fato”, ou algo empiricamente mensurável. A linguagem, ao contrário, é condição de possibilidade do conhecimento, e por ser condição, na perspectiva de Wittgenstein, é um contrassenso tentar explicitar “a natureza” ou “fundamento” dessa dimensão. Para Wittgenstein, o que podemos é somente realizar tentativas de compreender a nossa linguagem, mas nunca tentar encontrar o fundamento último ou a essência dela (MANFREDO, 2006, p.137; WITTGENSTEIN, 2005, p.71)<sup>2</sup>.

Wittgenstein utiliza como fio condutor expositivo para demonstrar como a linguagem é condição de possibilidade do conhecimento uma crítica à tradição das concepções de linguagem que possuem uma perspectiva representativa ou designativa da mesma. As concepções representativas da linguagem possuem uma perspectiva da mesma, as quais consideram que a linguagem se resume a uma função de representar a natureza tal como ela é. Ou possuem a função de estabelecer uma homologia, ou semelhança, entre a linguagem e a natureza (MANFREDO, 2006, p.119-120).

A teoria da linguagem que resume a função da linguagem à representação defende que a linguagem deve ser estudada e abordada sempre com a preocupação pictórica. A perspectiva da linguagem como designação sempre teve um grande prestígio, tendo em vista que ela endossa uma perspectiva de mundo no qual a verdade sempre está relacionada à verdade dos fatos. Uma perspectiva de mundo que enfatiza a conexão do homem com a natureza e de que maneira ele pode formular uma teoria que possa explicitar a lógica “real” do seu funcionamento (HABERMAS, 1989, p.24-25).

Neste viés, a linguagem como representação vai endossar uma homologia entre

---

<sup>2</sup> Obviamente que se deve ter cuidado com a afirmação de que Wittgenstein faz um estudo da linguagem como condição de possibilidade do conhecimento. Num primeiro olhar isso está implícito na sua obra tendo em vista que a analítica desenvolvida por ele tem como intuito problematizar questões a respeito do significado e da razão que são os fundamentos do conhecimento. Por outro lado, Manfredo explicita que a filosofia de Wittgenstein não tenta encontrar uma sistematização para a linguagem, para ações humanas e seus significados. A filosofia serve para constatar o que ocorre. Para Wittgenstein o problema da filosofia é não compreender o bom uso da linguagem no sentido de que ela não deve interferir na sua prática, mas apenas demonstrar como a prática efetiva se dá (MANFREDO, 2006, p.127; WITTGENSTEIN, 2005, p.74).

linguagem e natureza no sentido de uma perspectiva verificacionista do mundo. O sentido da linguagem e o esforço epistemológico da humanidade é incrementar maneiras de atingir uma verdade mais próxima da realidade e toda a analítica da construção da língua deve estar voltada para esse aspecto.

Nesta perspectiva, de relação entre linguagem e natureza, outro componente importante abordado por Wittgenstein é a perspectiva do papel que o ser humano possui na construção da linguagem ou da sua própria linguagem. Wittgenstein assim como será crítico das teorias representativas da linguagem, será crítico das teorias solipsistas da linguagem as quais estão relacionadas à teoria representativa (MANFREDO, 2006, p.124).

As teorias solipsistas da linguagem estão relacionadas a uma perspectiva da linguagem na qual o ser humano é capaz de fundar a sua própria linguagem e o significado dos objetos que estão ao seu redor. Pode-se dizer que na tradição da filosofia existiu uma perspectiva de que um sujeito transcendental é capaz de criar significado para as palavras e para a linguagem. Como consequência, ele não somente possui a capacidade de criar linguagens as quais somente ele compreende (linguagem privada) como também endossa uma perspectiva de que o ser humano pode ter um acesso privilegiado à verdade das coisas (MANFREDO, 2006, p.124; WITTGENSTEIN, 2005, p.124).

Geralmente as teorias solipsistas e as teorias representativas da linguagem estão associadas. Isso porque o acesso privilegiado às próprias sensações ou aos fatos do mundo são comprovações irrefutáveis de que a verdade possui uma existência independente dos homens, da cultura ou da intersubjetividade linguística.

Um terceiro componente que se pode associar às teorias solipsistas e representativas da linguagem são as teorias instrumentais da linguagem. A teoria instrumental da linguagem está relacionada à perspectiva de “controle” e à perspectiva de “instrumento”. Pode-se dizer que a tradição ocidental na sua obsessão em atingir a verdade das coisas também teve a obsessão em desenvolver uma linguagem técnica e precisa, a qual pudesse controlar a verdade ou controlar as suas condições.

O incremento numa analítica da linguagem e uma perspectiva científica na qual pudesse desenvolver uma linguagem técnica que fosse precisa aos fatos tais como ocorrem é uma perspectiva cultural que tem como fundamento implícito uma perspectiva instrumental da linguagem. Também o desenvolvimento de uma linguagem que fizesse um elogio à linguagem dos especialistas e um demérito à linguagem dos não especialistas como ambígua e vaga (CABRERA, 2003, p.31-32; MANFREDO, 2006, p.119-122; WITTGENSTEIN, 2005, p.23).

Além disso, a perspectiva instrumental da linguagem é uma teoria que geralmente parte do pressuposto de que a linguagem é um fenômeno que pode ser manipulável pelas pessoas. A perspectiva instrumental dissocia a experiência da linguagem como uma experiência existencial e parte do pressuposto de que a linguagem pode ser manipulada ou exercida sem afetar a forma de vida da pessoa ou a maneira como a pessoa possui uma forma de vida (CABRERA, 2003, p.31-32).

A perspectiva instrumental também endossa uma perspectiva da linguagem o qual ela pode ser aprendida por meio de “regras”. Tais regras consistem na formulação de um “método” ou de um “método analítico”. Pode-se dizer que a tradição de Wittgenstein formulou um método centrado na análise do significado das palavras ou conceitos e na análise do significado das frases ou expressões para realizar uma crítica à perspectiva instrumental da linguagem ou na perspectiva e controle do significado linguístico (MANFREDO, 2006, p.126; CABRERA, 2003, p.31-32).

Contra essas quatro perspectivas da linguagem Wittgenstein vai formular uma teoria o qual se contraponha a todas elas.

Contra as teorias representativas da linguagem, Wittgenstein vai formular uma teoria na qual afirma que a função da linguagem não se resume à teoria representativa da mesma. E, além disso, vai afirmar que a tradição filosófica a qual fez um esforço de “resumir” as outras dimensões da linguagem a uma perspectiva representativa, apresentaria uma teoria filosófica redutora da complexidade da linguagem (MANFREDO, 2006, p.126; WITTGENSTEIN, 2005, p.22-23)<sup>3</sup>.

Contra as teorias solipsistas afirmará que a linguagem não pode ser concebida tendo como fundamento a criação de um sujeito transcendental. A linguagem é construída intersubjetivamente e as regras do seu uso só são compreensíveis de maneira intersubjetiva (MANFREDO, 2006, p.137)<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Do aforisma 19 ao 20 de *Investigações Filosóficas* Wittgenstein demonstra por meio de um exemplo da prática de construir um edifício como a função da linguagem é muito mais complexa que a função designativa. A palavra só pode ser compreendida no seu jogo de linguagem. Então, por exemplo, qual o significado da palavra “laje” num contexto do construtor e ajudante construindo um edifício? A resposta é que depende de uma analítica mais precisa das práticas linguísticas dos construtores. Se um construtor diz ao ajudante “laje” pode significar que um indivíduo está nomeando ou ensinando a palavra “laje” para outro indivíduo; ou pode significar, de maneira elíptica, um pedido ou ordem para que o ajudante “passe a laje” para o construtor (WITTGENSTEIN, 2005, p.22-23).

<sup>4</sup> A perspectiva solipsista da linguagem está relacionada, na perspectiva de Wittgenstein, com a sua crítica as teorias da linguagem privada. Por exemplo, dos aforismas 243 até 258 de *Investigações Filosóficas* trabalha com a problemática das sensações e sobre as vivências privadas. Ele se pergunta se as sensações ou vivências idiossincráticas ou individuais como “a dor” podem ser pensadas ou sentidas somente pela pessoa que está sofrendo ou pelas outras pessoas também. Neste viés, uma vez constatado que uma pessoa pode sentir uma dor de maneira individual a qual ninguém pode sentir, se pode tirar a consequência filosófica que as pessoas possuem um “mundo interno” linguisticamente constituído capaz de ser reinventado a seu bel-prazer e que, pelo fato de as

Contra as teorias instrumentalistas Wittgenstein vai afirmar que a linguagem não pode ser dissociada da construção da forma de vida da pessoa (MANFREDO, 2006, p.137; WITTGENSTEIN, 2005, p.22-23).

E contra as teorias instrumentalistas centradas numa analítica semântica e sintática da língua, Wittgenstein vai formular uma teoria que acentue os aspectos sociopráticos da linguagem. Aquilo que ele vai denominar de contextos de uso (MANFREDO, 2006, p.137; WITTGENSTEIN, 2005, p.122-123).

Neste último ponto é interessante estabelecer o conceito de consciência de regras formulado por Wittgenstein. Do aforismo 143 a 148 de *Investigações Filosóficas*, Wittgenstein estabelece uma problemática de como alguém pode aprender uma regra linguística. O interesse dele se justifica justamente na perspectiva de explicitar como alguém é capaz de realizar (ou aprender) um pensamento, um enunciado ou formular uma equação matemática, de tal maneira, que sua prática esteja em concordância com as práticas dos outros membros da comunidade linguística.

As conclusões de Wittgenstein é que as pessoas aprendem uma linguagem não somente no nível de aprender uma regra para formular ou empregar uma palavra (nomeação), tampouco se resume à capacidade de formular uma frase. Para Wittgenstein, devido à vinculação que as pessoas têm com o processo de socialização, de terem praticado muitas vezes as mesmas práticas, as pessoas aprendem um processo de criação e criatividade das práticas as quais permitem, por um lado, que as pessoas repitam as mesmas regras linguísticas, mas, por outro lado, sejam capazes simultaneamente de criar novas práticas e novas regras. O que será permitido ou não nessa criação, vai depender da própria prática (WITTGENSTEIN, 2005, p.122-124).

Outro ponto importante, desta formulação teórica da consciência de regras, é que Wittgenstein associa o aprendizado da linguagem com o processo de socialização ou socioprático. Isso é importante porque a filosofia da linguagem já sinaliza um tipo de conhecimento “pré-linguístico”, um tipo de conhecimento localizado nas práticas

---

peças terem sensações individuais, se pode nomear ou renomear sensações idiossincráticas as quais somente a pessoa poderia entender. Este tipo de raciocínio, na perspectiva de Wittgenstein, é o que expressa o argumento da linguagem privada e endossa a filosofia da consciência a qual acredita que a linguagem é fundada numa intenção, mente ou espírito. Para Wittgenstein, como será explicitado mais à frente, isso está equivocado porque as linguagens ou conceitos, mesmos os mais idiossincráticos, são construídos de maneira intersubjetiva. Se não fosse assim, seria incompreensível explicitar como uma criança (aprendendo o seu primeiro idioma) aprenderia a nomear a sensação dor. Uma vez que é óbvio que para uma criança aprender o uso dessa palavra os pais de alguma maneira já teriam sentido ou poderia compartilhar o significado da palavra ou prática com ela. Desse modo, para Wittgenstein, no mínimo, cada palavra aprendida pelos indivíduos possuem um sentido individual, mas ao mesmo tempo, tem o potencial de ser compreendida por toda a comunidade linguística.

“inconscientes” das pessoas. Tal perspectiva é importante porque sinaliza a precariedade cognitiva, do ponto de vista da filosofia da linguagem, para a compreensão da totalidade da linguagem ou das práticas linguísticas por meio da formulação de regras além de sinalizar, mesmo que de maneira indireta e marginal, a perspectiva corpórea da língua.

Uma vez explicitada a perspectiva de Wittgenstein, cabe agora estabelecer uma relação entre Wittgenstein e Hart.

Hart se apropria da perspectiva da linguagem de Wittgenstein a fim de responder aos problemas metafísicos herdados pelo formalismo e realismo jurídico.

Do formalismo jurídico uma vez que o mesmo possui uma concepção de regra jurídica como capaz de regular a sua própria aplicação. Hart vai denominar tal concepção de interpretação jurídica de “paraíso dos conceitos” (HART, 2007, p.137-139).

Já o realismo jurídico será incrédulo em relação à regra jurídica de poder manter sua própria aplicação, defendendo um ceticismo de regras. Do ponto de vista da uma teoria da interpretação jurídica, é impossível apreender um padrão ou desenvolver um modelo ideal de interpretação, porque a interpretação jurídica não segue nenhuma fonte jurídica. Sua lógica só pode ser explicitada por lógicas a parte do direito (HART, 2007, p.149; TARELO, 2017, p.96).

Hart vai desenvolver uma teoria que tente compatibilizar as duas problemáticas. Em relação ao formalismo jurídico, vai criticar uma concepção de regra que seja capaz de regular sua própria aplicação. Em relação ao realismo, vai criticar um ceticismo de regras. Ele defenderá uma perspectiva jusfilosófica a qual preceitua que a linguagem jurídica possui uma textura aberta que em alguns casos, as regras jurídicas podem ser aplicadas semelhante ao formalismo e, em outros casos, pode ser aplicada segundo o realismo. Nesta última perspectiva, será utilizado um poder discricionário (HART, 2007, p.149).

Na teoria do poder discricionário e da textura aberta será possível estabelecer relações com Wittgenstein.

A primeira relação é que se a teoria de Hart é uma teoria que vai formular em enfoque de resgate do sentido normativo do direito, ele de alguma maneira é crítico em relação a uma perspectiva que fundamenta o direito segundo uma teoria representativa ou que reduz a linguagem racional e científica como somente das teorias das ciências da natureza (HART, 2007, p.149-155; PRIEL, 2012, p.303).

A segunda relação é que um dos componentes da crítica de Hart ao realismo jurídico e ao formalismo é uma perspectiva de que tais teorias não se sustentam filosoficamente, uma vez que endossam uma perspectiva da interpretação jurídica centrada numa perspectiva

metafísica da linguagem. O realismo porque duvida da capacidade do operador do direito de utilizar uma linguagem coerente ou sistemática do mesmo. E o formalismo porque possui uma perspectiva da linguagem centrada somente nos aspectos sintáticos ou semânticos. Será na perspectiva pragmática que serão encontradas garantias filosóficas de uma teoria jusfilosófica do direito.

A terceira relação é que a textura aberta do direito possui em seu bojo uma perspectiva de crítica do controle da argumentação jurídica. Em Hart tal perspectiva de crítica ao controle da argumentação jurídica se dá nos moldes da crítica ao formalismo jurídico e de recepção de parte das ideias do realismo. Uma vez que é impossível o legislativo prever e regular todas as situações possíveis de prática normativa dos cidadãos, e pelo fato da linguagem da adjudicação ser uma linguagem aberta, haverá a possibilidade de o juiz exercer um poder criativo no caso de lacunas jurídicas. Além disso, pelo fato de Hart considerar a linguagem como uma textura aberta, está implícita na sua teoria a perspectiva de que a construção da norma se dá no caso concreto e que não se confunde com o texto jurídico (HART, 2007, p.137-139).

A quarta relação, por fim, é que existe uma crítica à perspectiva instrumental da linguagem ou da analítica da linguagem concentrada nos aspectos semânticos e sintáticos da língua. E, obviamente, uma perspectiva diferente também como haverá uma teoria da argumentação.

Para finalizar é importante estabelecer, a respeito da relação entre Wittgenstein e Hart, dois pontos que não foram bem trabalhados. Esses dizem respeito à uma investigação de como a concepção de linguagem como forma de vida afeta a concepção de ciência do direito e qual o papel do holismo de sentido na interpretação jurídica.

O intuito da teoria de Hart é uma teoria positivista do direito que esteja preocupada somente em descrever como ele é, e não assumir uma postura prescritiva. Neste viés, apesar de não estarem muito claras quais as influências de Hart, tal postura positivista se daria em decorrência das influências epistemológicas que ele sofreu, mais especificamente a de Weber e a da filosofia analítica (HART, 2007, p.299-300).

Da filosofia analítica, tal como explicitado aqui, ele herdou uma analítica dos conceitos linguísticos. Das ciências sociais ele herdou a diferença entre juízos de valor e juízos de fato. Estas duas perspectivas endossariam a sua teoria positivista de analisar os conceitos jurídicos sem se preocupar com questões como as controvérsias morais, teóricas ou de como o teórico do direito poderia influenciar do ponto de vista epistemológico, os dados jurídicos.

Porém, tanto na perspectiva da filosofia analítica e da perspectiva das ciências sociais essas bases não se justificam. Os próprios desenvolvimentos de Dworkin e de Habermas, e uma leitura mais atenta da perspectiva de Wittgenstein e de Peter Winch, demonstram que do ponto de vista da filosofia do direito, da filosofia da linguagem e da filosofia social existe um compartilhamento ético entre o teórico do direito e as práticas dos agentes jurídicos. E, pelo fato dele desenvolver pouco esta perspectiva ética, enfatiza pouco o último ponto: a perspectiva do holismo de sentido (DWORKIN, 1999; WINCH, 1970).

Algo que Wittgenstein vai destacar é que a apreensão da linguagem se dá por meio de totalidades linguísticas ou de um ponto de vista relacional. Essa perspectiva de totalidades linguísticas vai endossar a perspectiva sistemática da apreensão da linguagem como fundamento da interpretação jurídica (WITTGENSTEIN, 2005, p.24)

Ela será importante tendo em vista que, no nível da filosofia da linguagem é evidente que se a lógica da linguagem é uma lógica relacional e não fundamentada numa consciência individual, se presume que a institucionalização de formas de controle da interpretação ou da própria prática interpretativa, via a consciência de regras das pessoas, se dá por meio de apreensão de totalidades de vida ou de sistemas conceituais.

As práticas interpretativas não acontecem em decorrência de uma essência presente na escrita jurídica ou numa normatividade metafísica. Elas se dão fundamentadas nas práticas éticas das pessoas por meio da apreensão de totalidades de sentidos.

Neste viés, sempre ocorrerá uma tensão entre uma perspectiva jurídica que mantenha sua própria identidade e uma perspectiva linguística ligada as práticas contextuais cotidianas.

A sistemática do direito e os contextos dos jogos de linguagem são importantes como uma dimensão intransponível da interpretação a qual justifica não somente que o indivíduo não possui controle da interpretação, mas tem em seu bojo a falência de uma teoria intencional da interpretação, assim como um desafio para a institucionalização de uma experiência jurídica como linguagem una.

## 1.2 GADAMER E HART

A hermenêutica se caracteriza como uma tradição relacionada à interpretação de textos. Ela parte do pressuposto de que os textos da tradição sempre possuem um sentido oculto, um sentido a ser decifrado. Nesta perspectiva, se justifica o uso do termo compreensão. Para a hermenêutica, a interpretação é sempre uma prática compreensiva tendo em vista que ela parte do pressuposto de que os textos sempre possuem um sentido inacabado, um sentido com um infinito potencial de elaboração e aprofundamento<sup>56</sup> (PALMER, 1986, p.19).

Porém, o que é interessante desta perspectiva textual é que ela ganhará uma imaginação filosófica mais consequente. Em outras palavras, a afirmação de que a interpretação também é uma prática que exige compreensão, por meio da teoria de Gadamer, ganhará uma perspectiva mais radical porque não serão somente os textos que serão interpretados e, ao mesmo tempo, compreendidos, mas o próprio modo de ser do homem será concebido desta maneira.

Se pode dizer que a afirmação de que o modo de ser do homem também exige compreensão e interpretação não começou pela filosofia, mas pela epistemologia das ciências sociais (*Geisteswissenschaften*). Com Wilhelm Dilthey se desenvolveu uma teoria das ciências da humanidade que estava preocupada com a explicitação das manifestações das

---

<sup>5</sup> O esforço constante em lidar com o fenômeno da compreensão, na medida que vai além da interpretação de textos, dá à hermenêutica um significado amplo no que se refere a todas as disciplinas habitualmente designadas por humanidades. Os princípios da hermenêutica transcendem a perspectiva meramente escrita, mas se referem a qualquer obra de arte. Na verdade, a hermenêutica se refere a qualquer *obra do homem*. Ela é mais do que meramente interdisciplinar, porque os seus princípios tratam dos fundamentos teóricos das humanidades (PALMER, 1986, p.22).

<sup>6</sup> Richard Palmer no seu livro *Hermenêutica* define seis campos de estudos para a hermenêutica: o bíblico, a filológica, uma ciência da compreensão linguística, uma base metodológica das ciências sociais, uma fenomenologia da existência e da compreensão existencial, e sistemas de interpretação utilizados para estudos dos símbolos e mitos. O bíblico está relacionado à formulação de uma teoria voltada para a exegese bíblica, em outras palavras, ligada a um método de investigação em que a preocupação teórica é formular um método, assim como uma teoria que oriente o intérprete a encontrar a mensagem de Deus nos textos sagrados. O filológico está relacionado a formulação de uma teoria voltada para a boa interpretação de textos antigos, levando em conta a dimensão histórica. Os textos não devem ser interpretados somente no sentido sistemático, mas também enfatizar a distância histórica que separa o intérprete do produtor do texto. A ciência da compreensão linguística, teoria desenvolvida por Schleiermacher, realiza uma crítica à filologia uma vez que tenta desenvolver uma ciência da interpretação o qual possa se aplicar para todas as interpretações, que descreva as condições de interpretação para qualquer interpretação de texto. A base metodológica das ciências sociais foi desenvolvida por Dilthey, no sentido de diferenciar a lógica do mundo social da lógica do mundo da natureza, estudado pelas ciências naturais. Para Dilthey as práticas sociais possuíam uma lógica que não poderia ser quantificada pela linguagem matemática ou pelas leis da física. Uma fenomenologia da compreensão existencial foi desenvolvida por Heidegger e Gadamer e consiste justamente no objetivo deste tópico, explicitar um ponto de vista hermenêutico em que a compreensão é o próprio modo de ser do homem. E por fim, a perspectiva dos estudos dos mitos, Palmer cita a teoria de Ricoeur como um tipo de abordagem, influenciada pela psicanálise, em que se desenvolve um sistema interpretativo prévio a fim de estudar, por exemplo, o sentido oculto dos sonhos e decifrar o seu sentido profundo (PALMER, 1986).

expressões humanas, a qual não fosse explicitada pelo método das ciências naturais. Neste viés, realizando uma crítica à filosofia de Kant, tentou desenvolver uma crítica da razão histórica que recuperasse a dimensão de historicidade da experiência das manifestações humanas. Nesta perspectiva de historicidade já estavam presentes a problemática da construção do sentido intersubjetivo e de maneira relacional como uma forma de afirmação que o objeto das ciências sociais era diferente dos objetos das ciências naturais. Como consequência, se esses objetos são diferentes, exigirão abordagens metodológicas diferentes (PALMER, 1986, p.22).

Em 1960 Hans Georg Gadamer lança o livro *Verdade e Método*. Ao contrário da tradição da hermenêutica que associa a perspectiva compreensiva como a base metodológica das ciências sociais ou como um instrumento metodológico para alcançar alguma verdade interpretativa, Gadamer tem como intuito questionar a própria concepção de metodologia. A problemática compreensiva se configura como algo que não pode ser encontrado na interpretação subjetiva do homem ou em regras formuladas para atingir alguma interpretação. A compreensão não se configura como um processo subjetivo do homem, mas como um modo de ser do próprio. A hermenêutica não é uma disciplina geral, como uma auxiliar das humanidades, mas um processo ontológico do próprio homem (PALMER, 1986, p.168).

Essa perspectiva ontológica, Gadamer retira de Heidegger. Este foi um autor que buscou ultrapassar as concepções de Ser defendidas pelo Ocidente. Em decorrência disso, buscou desenvolver uma abordagem filosófica de inspiração fenomenológica, o qual pudesse apresentar a perspectiva do “Ser” de maneira objetiva, sem cair no subjetivismo. Além disso, Heidegger estava preocupado em se manifestar no horizonte filosófico, numa seara pré-científica. Assim, não queria abordar objetivamente o Ser do ponto de vista “científico”, mas do ponto de vista filosófico. Sendo mais específico, ele não queria explanar a problemática do Ser numa perspectiva especializada ou entrecortada, mas queria se manter na impossibilidade de desenvolver a abordagem do Ser na sua totalidade e na sua impossibilidade de apreensão (PALMER, 1986, p.129).

A fim de inquirir a problemática do Ser, Heidegger via como insuficiente os enfoques filosóficos da tradição Ocidental, especialmente de seu mestre Husserl, o qual abordava a perspectiva do Ser centrado numa subjetividade ou consciência humana. Para Heidegger a problemática do Ser deveria ser vista em sua facticidade, numa perspectiva fenomenológica que estudasse os fenômenos anteriores ao seu surgimento na consciência ou mediada por uma subjetividade transcendental. Heidegger vai desenvolver uma analítica do Dasein, o qual vai pressupor que a subjetividade humana não pode ser estudada dissociada de uma perspectiva

de mundo. Além disso, a partir do momento em que Heidegger aplica o método fenomenológico para o Dasein, o seu enfoque se torna “hermenêutico” tendo em vista estudar como o ser humano possui uma experiência do Ser por meio da linguagem (PALMER, 1986, p.134).

Na perspectiva de mundo já se pode prenunciar o que será relevante para este trabalho. O conceito de mundo desenvolvido por Heidegger e recepcionado por Gadamer, tem em seu bojo muitos dos potenciais de crítica à Hart que este trabalho estabeleceu no tópico anterior quanto contrastou Hart e Wittgenstein.

Heidegger realiza um contraste entre mundo e mundo físico ou meio ambiente. O ser humano possui uma apreensão da realidade sempre englobante. Sempre “pré- predicativa”. A linguagem ou o conhecimento não começam na capacidade do indivíduo de emitir um juízo: “isto é uma cadeira”. Mas ocorrem muito antes, desde a capacidade de separar sujeito e objeto, a capacidade de utilizar verbo, adjetivo ou pronome. Ou a capacidade de diferenciar o objeto “cadeira” dos demais objetos ao seu redor. Porém, para Heidegger, a capacidade que as pessoas possuem de emitir um juízo enunciativo não se resume a uma competência linguística ou a uma competência gramatical de formular palavras ou enunciados. Mas numa propriedade do Dasein, um modo de ser de cada pessoa, ou qual existe juntamente com os objetos ao redor (PALMER, 1986, p.136-138). A perspectiva de mundo vai ser uma tentativa de Heidegger de desenvolver um vocabulário filosófico que substituísse no ponto de vista da tradição ocidental uma abordagem teórica que considerasse o conhecimento humano como centrado numa subjetividade. Heidegger concorda com essa tradição de que o conhecimento deve ser considerado como fundado pelo homem, porém, não no sentido de que o ser humano é uma entidade não temporal, não histórica e não linguística que funda a razão ou a cultura. Mas sim numa relação dialética, onde o ser humano sempre está interagindo com um campo ontológico no qual ele condiciona, mas também, ao contrário, o ser humano é condicionado por ele. Heidegger tinha como intuito colocar tal perspectiva no ponto de vista filosófico (PALMER, 1986, p.136-138).

Com a perspectiva de mundo, recepcionada por Gadamer, já está contida uma série de críticas de filosofia de linguagem que se assemelha muito à perspectiva do segundo Wittgenstein. Especificamente: (1) uma crítica às teorias da linguagem como representação; (2) uma crítica às teorias da linguagem centradas numa subjetividade ou consciência transcendental; (3) uma crítica às teorias da linguagem instrumentalistas; (4) uma crítica às teorias da linguagem centradas num modelo de analítica semântica ou sintática.

Dessa maneira, como o objetivo é estabelecer uma relação entre Hart e Gadamer, pode-se dizer que os dois autores chegariam às mesmas conclusões quando contrapostas suas respectivas filosofias de linguagem com suas teorias da interpretação jurídica, mais especificamente, com a perspectiva de textura aberta do direito. Porém, simultaneamente, na perspectiva deste trabalho, Gadamer possui um “algo a mais” que Hart. Gadamer vai preceituar uma perspectiva da linguagem que enfatizará os aspectos expressivos da língua, no sentido da precedência da fala sobre a escrita textual, a precedência da lógica do mundo da vida ou da linguagem sobre a formulação de um enunciado, a ênfase na dimensão poética ou expressiva da língua como verdade, ao invés, da ênfase numa verdade representativa e verificacionista, uma retomada da dimensão retórica da linguagem no campo da epistemologia das ciências sociais; o estabelecimento de uma relação entre ética e verdade científica mais consequente que Hart e uma teoria que dá mais ênfase à dimensão holística de sentido como um médium intransponível de qualquer interpretação; e uma ênfase na dimensão histórica da língua.

Assim, a ênfase na dimensão retórica da linguagem está relacionada a dimensão da verdade e da ciência e se apresenta como uma teoria que aponta na filosofia da linguagem de como o “corpo” se manifesta como uma dimensão importante na construção do conhecimento e da interpretação de qualquer ciência social, e quiçá, de qualquer ciência.

A fim de explicitar estas seis perspectivas de comparação entre Gadamer e Hart se irá começar abordando as quatro perspectivas de linguagem de Gadamer, somente utilizando o conceito de mundo herdado de Heidegger. Depois, remetendo-se ao conceito de ciências sociais e de holismo de sentido de Gadamer, serão desenvolvidos outros aspectos da teoria dele, principalmente, a importância da articulação entre dizer, mostrar e traduzir na sua teoria hermenêutica, a retomada da verdade da obra de arte, o papel da retórica nas ciências sociais e o conceito de círculo hermenêutico.

Gadamer recepciona esta perspectiva de mundo e, por meio dela, desenvolve uma perspectiva de representação da linguagem diferente da perspectiva verificacionista ou representativa criticada pelo segundo Wittgenstein. Se a tradição do primeiro Wittgenstein, por exemplo, concebe a linguagem como uma função onde um conjunto de signos deve expressar ou apontar para determinada relação fática do mundo, a concepção de linguagem como mundo de Gadamer possui uma concepção de linguagem cuja a função é revelar um sentido linguístico. A linguagem abre um determinado mundo, e não somente “representa” determinado mundo. Se a concepção de linguagem anterior tem como paradigma as afirmações constatativas: “Isto é uma cadeira”, Gadamer busca em termos religiosos

(teológicos) perspectivas para demonstrar uma nova concepção de representação. Então, por exemplo, no momento da Eucaristia o devoto católico vai consumir a “hóstia consagrada”. Se fosse questioná-lo sobre qual o significado de “hóstia”, ele não acredita que a hóstia representa Jesus ou Deus como o termo “cadeira” representa um objeto na realidade. Mas o católico acredita que a hóstia “presenta” ou torna realidade ou revela a experiência de uma divindade que nunca pode ser plenamente nomeada (GADAMER, 2015, p.541; PALMER, 1986, p.207-209).

Para Gadamer esta perspectiva religiosa é o melhor modo de conceber a linguagem. A linguagem para Gadamer consiste num tipo de experiência da qual o indivíduo nunca possui plena compreensibilidade. Ele sempre está aquém, pois é condição de possibilidade do conhecimento. Neste viés, semelhante ao segundo Wittgenstein, Gadamer já realiza uma crítica às teorias representativas da linguagem (MANFREDO, 2006, p.236-240).

Gadamer também será crítico da filosofia da consciência. Uma das muitas formas de defender esta perspectiva é justamente por meio da incorporação da perspectiva do *Ser aí* de Heidegger. Por si só esta perspectiva já parte do pressuposto de que não é o sujeito que funda o mundo, mas o mundo precede a constituição do sujeito. E esse mundo é constituído linguisticamente.

Neste viés, Gadamer é um teórico crítico à perspectiva de solipsismo epistemológico. Gadamer será um autor que partirá do pressuposto de que a intersubjetividade precede a construção da subjetividade. Como Gadamer recepciona a perspectiva de mundo de Heidegger, as condições transcendentais de conhecimento são construídas sempre de maneira anterior à formação da consciência ou da formação do conhecimento subjetivo.

Gadamer será crítico em relação às perspectivas instrumentais da linguagem. Isso porque para Gadamer a linguagem não é algo disponível. Mas sim um tipo de experiência da qual os indivíduos não podem ter controle. Um dos objetivos teóricos de Gadamer é justamente realizar uma crítica à tradição do conhecimento ocidental que tem como perspectiva principal de verdade a perspectiva verificacionista centrada num método. Para Gadamer na retomada da perspectiva da experiência artística, ele justamente irá se opor a essa perspectiva (PALMER, 1986, p.146-149).

Por fim, Gadamer assim como Wittgenstein, será crítico em relação às perspectivas semânticas e sintáticas da linguagem. Para ele existe uma lógica mais fundante do que essas perspectivas (PALMER, 1986, p.138-139).

Quando Gadamer formula sua teoria hermenêutica, pode-se dizer que existe a articulação entre três sentidos: exprimir ou dizer, explicar e traduzir.

Exprimir está associada à tradição hermenêutica ligada à dimensão dos poetas (gregos) em que a função do intérprete era anunciar a mensagem divina ou dos deuses. O interessante para este trabalho é que a expressão se configura como uma dimensão performática que se realiza junto com a prática enunciativa ou explicativa. Para a hermenêutica qualquer prática interpretativa sempre remete a uma prática performática primordial.

Richard Palmer vai enfatizar que, quando se desloca a palavra lida para a palavra falada, fica mais evidente como a prática oral é uma prática na qual sempre está refundando as circunstâncias da comunicação. Quando se realiza a leitura de um texto, por exemplo, tem-se a impressão de que a dimensão expressiva está oculta ou até eliminada. Mas no ponto de vista hermenêutico sempre existe uma referência em qualquer leitura a uma performance primeira, como se o aprendizado da língua se desse primeiro pela fala oral e depois pela escrita (PALMER, 1986, p.26).

A dimensão do explicar é uma dimensão mais próxima da tradição cognitiva da jusfilosofia, pelo menos na perspectiva deste trabalho. É uma dimensão que enfatiza os aspectos mais analíticos da interpretação. De como a interpretação, para ser compreendida, deve ser observada no seu aspecto significativo e relacional. A dimensão do dizer é aquela dimensão preocupada com uma perspectiva metodológica de verdade, no sentido de buscar algum critério objetivo para saber qualquer interpretação é correta ou não (PALMER, 1986, p.30).

A dimensão do traduzir está relacionada ao choque que existe entre o horizonte existencial e o horizonte interpretativo do intérprete e do autor. Se um intérprete lê um texto de um autor do passado ou até mesmo contemporâneo ao seu, sempre haverá um desnível ou abismo de sentido entre a linguagem e os preconceitos do intérprete e a linguagem e os preconceitos do autor. Essa perspectiva da tradução é importante porque demonstra que todo processo hermenêutico é um processo com potencial de diálogo, com um potencial de intersubjetividade onde o intérprete sempre pode abrir seu horizonte de sentido para a perspectiva do autor. O processo de tradução é a tomada da consciência de que a linguagem

possui um sentido inacabado exige para o exercício do diálogo uma consciência desse processo, mesmo que se chegue à conclusão de que essa consciência é sempre finita ou precária para abarcar todas as possibilidades de sentido ou tradução (PALMER, 1986, p.36).

A dimensão do exprimir, explicar e traduzir são dimensões que somente no ponto de vista analítico são separadas. O processo hermenêutico sempre ocorre nestas três esferas, ao mesmo tempo. Porém, o que importa para este trabalho é justamente a ênfase no aspecto “performático” da linguagem. Performático aqui não simplesmente no sentido de uma prática reiterada, a qual subjaz um domínio ou competência da linguagem. Mas performática como uma “reminiscência”. Como se a linguagem possuísse um telos (perdido) de criatividade onde a linguagem falada fosse mais autêntica para a expressão comunicativa do que a linguagem escrita ou verbalizada.

Gadamer enfatiza na sua teoria justamente a capacidade inventiva e criativa da performance corporal no sentido de que o corpo possui a capacidade de exprimir formas de comunicação, pré-enunciativas ou verbalizadas, as quais são condições de possibilidade para o exercício da razão, da ciência e da comunicação. A analítica da linguagem não pode ser separada, no sentido filosófico, dos aspectos corporais da expressão existencial, no sentido de que já existe uma lógica linguística que não se resume aquilo que é falado ou verbalizado.

Se for procurado este aspecto performático ou corporal da linguagem em Gadamer, na perspectiva deste trabalho, se manifesta de maneira conseqüente a retomada da verdade da obra de arte em cotejo com a epistemologia das ciências sociais. Gadamer vai retomar a verdade artística ou estética como uma forma de resgatar um tipo de verdade da tradição das ciências humanas que sempre foram renegadas ou consideradas como algo menor, uma vez que o modelo de cientificidade das ciências naturais, avesso ao saber estético, sempre teve maior prestígio. De maneira mais específica, Gadamer acredita que a subjetivação da estética ocorrida pela filosofia de Kant gerou um menosprezo do saber artístico no ponto de vista epistemológico o qual considerou a sensibilidade artística como algo não racional e desprovido de cientificidade.

Neste viés, Gadamer de maneira provocativa retoma justamente o saber estético como uma forma de saber mais autêntica que o saber representativo verificacionista. A verdade artística possui uma dinâmica de saber que representa o médium universal de qualquer conhecimento e que será útil para explicitar neste trabalho a importância da dimensão performática do conhecimento, assim como suas implicações epistemológicas para a ciência do direito.

Um conceito útil para explicitar esta última ideia está presente no conceito de jogo. O jogo para Gadamer envolve justamente uma dinâmica da obra de arte em que esta possui a capacidade de fundar um mundo próprio. E este mundo não pode ser separado da construção da existência do intérprete. Do ponto de vista filosófico, a inserção do indivíduo ou do intérprete na linguagem ou em qualquer prática interpretativa é uma inserção onde o mesmo se insere em dinâmicas cujas “regras” ou a “lógica de funcionamento” nunca são plenas para os mesmos. A linguagem é uma entidade viva da qual o intérprete sempre está participando. A obra de arte como jogo demonstra que a linguagem possui um tipo de verdade na qual se revela para o intérprete, entretanto, ele nunca possui o controle desse processo. Além disso, a sua existência sempre está em jogo (PALMER, 1986, p.177).

A arte possui um papel fundador da existência e do conhecimento que, potencialmente, possui a capacidade de sempre reconfigurar a realidade. Essa capacidade reconfiguradora é uma dimensão artística muito próxima da perspectiva de corporeidade, por exemplo, visto que a fundação do mundo sempre está presente, logo uma boa maneira de expressar tal ideia é pensar como os trejeitos e práticas corporais e linguísticas são capazes de preencher tal ato.

A sua consequência na perspectiva epistemológica é justamente a perspectiva de que existe um médium teórico linguístico (pré-científico) em qualquer comunidade científica, principalmente, nas comunidades científicas das ciências humanas. Com esse pano de fundo se pode compreender a reabilitação da retórica nas ciências humanas<sup>7</sup> e o papel da teoria de Aristóteles.

Já foi explicitado que a prática interpretativa também é uma prática compreensiva. Isso significa que a todo momento, o indivíduo, simplesmente pelo fato de possuir uma linguagem, está sempre reconstruindo o sentido dela e, ao mesmo tempo, reconstruindo o sentido da sua própria vida. A prática compreensiva também é uma prática interpretativa e existencial.

Um terceiro componente incorporado na teoria de Gadamer, além da interpretação e da compreensão, é o momento da aplicação. Quando se aplica uma interpretação de texto, ao caso concreto, como na hermenêutica jurídica, se abre o problema de como adequar o geral ao particular. De como o compreender se torna um caso especial da aplicação de algo geral a uma situação particular (GADAMER, 2015, p.411-412).

---

<sup>7</sup> No texto *Retórica e hermenêutica* (1976) presente nos escritos de *Verdade e Método II* Gadamer estabelece uma relação entre retórica e hermenêutica, bem como a relação com a teoria de Aristóteles (GADAMER, 2002, p.336-338).

Gadamer realiza uma reinterpretação da ética aristotélica a fim de desenvolver ou buscar um saber que não se confunda com o saber do método das ciências modernas. Um tipo de saber que não esteja restrito ao modelo de exatidão (GADAMER, 2002, p.350; GADAMER, 2015, p.413).

Para isso ele reabilita o ideal de filosofia prática de Aristóteles. Este será um teórico importante, na perspectiva de Gadamer, porque retoma uma perspectiva de prática a qual não se confunde com técnica, tal como é entendido na contemporaneidade. Não se confunde no sentido de um saber aplicado e instrumental (GADAMER, 2002, p.351-352).

A filosofia prática de Aristóteles está próxima da problemática da legitimidade das instituições, tal como colocado por Rousseau e Kant. Gadamer não está preocupado necessariamente em como Aristóteles poderia ser utilizado para resolver a problemática do liberalismo sobre a legitimidade ou possível legitimidade de instituições políticas. Mas quer demonstrar que a filosofia de Aristóteles, enquanto saber prático, reivindica um tipo de conhecimento que, pelo fato de estar mais próximo de problemáticas normativas pode ser contraposto ao saber da ciência moderna. Em outras palavras, Gadamer encontra em Aristóteles um tipo de saber prático “não técnico” para se contrapor ao saber técnico das ciências modernas (GADAMER, 2002, p.352-353).

Neste viés, Gadamer enfatiza que para se elucidar a concepção de filosofia prática de Aristóteles é necessário estabelecer uma relação entre retórica e hermenêutica. Como já foi explicitado no início do tópico, Gadamer parte da perspectiva, estabelecendo uma relação entre hermenêutica e retórica, que a problemática da interpretação dos textos tem como lógica anterior a capacidade de fala e da linguagem. A hermenêutica é a arte de trazer novamente a fala, ou ao dito, o escrito (GADAMER, 2002, p.354).

Realizando uma crítica à concepção de bem de Platão, Aristóteles desenvolve um tipo de saber ético, no qual para um saber ser racional ou científico, ele deveria ser sensível ao caso concreto ou a situação de aplicação. Um saber para ser racional não pode ser desvinculado da sensibilidade do falante ao contexto (GADAMER, 2002, p.355-356). Então, uma teoria do saber não poderia ser desvinculada da debilidade de toda a palavra escrita e toda palavra pronunciada. Isso justifica a formulação de ciência que seja sensível à realidade dos falantes da comunicação.

Seguindo Aristóteles, ele vai se perguntar como se pode formular um tipo de saber teórico que seja sensível ao ser ético do homem. Uma vez que o saber ético sempre está

relacionado a uma situação concreta. Uma teoria sobre o saber ético é uma teoria que consiga explicitar como se desenvolve um saber sobre cada situação concreta, mas que ao mesmo tempo, não se torne um saber casuístico.

Por fim, um último aspecto relacionado a problemática da tradução é que Gadamer traz a problemática da consciência histórica. A dimensão histórica, também é uma dimensão a qual contrapõe Gadamer a Wittgenstein e Hart, tendo em vista que Gadamer estabelece o problema da relação do indivíduo (e linguagem) com a tradição.

Como já explicitado, a tradição hermenêutica está profundamente arraigada com a interpretação e tradução de textos do passado. Neste viés, sempre se abre a problemática de que, se o autor tentar compreender o significado de um texto do passado ou de outra cultura, ele projetará os próprios preconceitos na interpretação dele.

Dessa maneira, a problemática da tradução dos textos, Gadamer transpõe para a relação da linguagem mediada pelos homens. O mesmo problema que os homens possuem para compreender ou traduzir um texto do passado, eles possuem para compreender outro indivíduo ou um indivíduo de outra cultura (ou de outro tempo). Sempre no exercício da interpretação, os indivíduos utilizam seus preconceitos como condição de possibilidade para compreender o passado ou outro, mas sempre existe o perigo de o indivíduo projetar seu próprio mundo e valores sobre o outro mundo, a princípio compreensível.

Pode-se dizer que a tradição do Iluminismo respondeu a esse problema determinando que os indivíduos ou o intérprete realizassem um esforço para se despirem de todos os preconceitos, a fim de obter uma compreensão ou interpretação neutra do texto. Entretanto, Gadamer irá se opor a esta perspectiva (GADAMER, 2015, p.368).

Para Gadamer, o intérprete deve ter lucidez que o processo de compreensão ou de interpretação nunca pode abrir mão dos preconceitos, e ao contrário, são os preconceitos que são condição de possibilidade para o conhecimento e interpretação. Neste viés, ele pregará uma fusão de horizontes, uma perspectiva de que o autor e o texto compartilham um horizonte (do Ser) em comum, pelo menos em potencial, e sempre existe a possibilidade de alinhamento destes horizontes, a fim de possibilitar a compreensão mútua e o diálogo (MANFREDO, 2006, p.228-229).

Com essa teoria, Gadamer estabelece na problemática da tradução a questão da linguagem como algo histórico em que o indivíduo sempre é mediado por uma tradição viva, numa perspectiva temporal por assim dizer. Essa tradição é um aspecto epistemológico e filosófico importante para a possibilidade do conhecimento, da racionalidade e da própria

antropologia do homem.

A partir daqui já se pode realizar algumas considerações sobre a dimensão epistemológica de Gadamer associada à perspectiva epistemológica de Hart.

Gadamer será um teórico que vai desenvolver, inspirado em parte em Aristóteles, uma teoria hermenêutica que seja crítica em relação ao método da ciência moderna a qual se guia pela exatidão. Além disso, se configura como um tipo de saber que não possui muita sensibilidade para o problema estético.

Neste viés, o intuito de Gadamer não será desenvolver um tipo de conhecimento necessariamente “anti-científico”, mas enfatizar que as ciências humanas precisam ser sensíveis para a singularidade dos seus objetos e desenvolver um método que seja sensível ao mesmo.

Gadamer concebe o indivíduo como permeado por uma realidade ética, o qual sempre está reconstruindo a sua vida estética, histórica e linguística; em outras palavras, a experiência hermenêutica do indivíduo é sempre uma realidade de imersão numa linguagem que sempre está se abrindo potencialmente para novos horizontes, sempre se reconstruindo historicamente e sempre se expressando linguisticamente. Gadamer vai trazer para a filosofia de Hart uma perspectiva ética e epistemológica bem mais sofisticada, porque trará a dimensão expressiva da língua e a dimensão da tradução da língua para a filosofia do direito.

Se Hart é um teórico que dá contribuição jusfilosófica para se “explicar o direito”, no sentido de construir uma prática normativa que se diferencie das demais práticas institucionais (como a etiqueta e a moral), Gadamer será um teórico que trará a possibilidade de explicar a problemática da “expressão” e da “tradução”.

Com a problemática da expressão, Gadamer traz para a jusfilosofia uma ênfase mais acentuada à performance corporal e à prioridade da linguagem falada sobre a linguagem escrita, no sentido filosófico. Neste viés, a experiência da retórica e da linguagem falada se configura como um tipo de experiência pré-predicativa ou pré-enunciativa, a qual enfatiza uma concepção de linguagem mais sofisticada que a tradição ocidental centrada nos aspectos semânticos e sintáticos da norma.

Outro ponto interessante de contraste entre Gadamer e Hart é comparar a sua perspectiva de textura aberta com a perspectiva de *phronesis* aristotélica. Em ambos os modelos pode se dizer que existe uma crítica ao modelo de exatidão. Porém, se Hart concebe a falência do modelo de exatidão fazendo um elogio ou simplesmente constatando a inevitabilidade, seja do poder legislativo, seja do poder judiciário de criar ou de assumir uma postura criativa em face do caso concreto, Gadamer parece sugerir também um processo

criativo da hermenêutica na interpretação jurídica, porém, esse processo criativo está mais associado a uma competência sociológica de falar e agir ou uma sensibilidade ou “um tato” em que o indivíduo adquire ou tem o potencial de adquirir a fim de resolver conflitos.

Para Gadamer essa sensibilidade não consiste numa habilidade somente “de explicitar” o sentido normativo, mas também numa série de competências de improviso e habilidades retóricas e de comunicação, as quais são anteriores à construção de qualquer enunciado jurídico.

Neste caminho, Gadamer também traz contribuições para a problemática do controle da interpretação ou dos parâmetros de controle da argumentação. Gadamer é um teórico por excelência do “círculo hermenêutico”: um processo ontológico em que o indivíduo no seu contato com a linguagem sempre está reconstruindo a sua compreensão por sucessivas e hipotéticas antecipações de sentido, as quais são sempre revisadas, alargadas ou diminuídas. O círculo hermenêutico, de maneira mais radical ou tão radical como os jogos de linguagem de Wittgenstein, demonstra como uma condição ontológica de cada indivíduo à recepção de qualquer conhecimento, passa pelo médium holístico da linguagem.

Esse ponto é importante porque a dimensão holística da linguagem é muito enfatizada como um recurso da hermenêutica jurídica para estabelecer controles objetivos da interpretação. O que é interessante da perspectiva de Gadamer é que o círculo hermenêutico também vai reivindicar a institucionalização e reconstrução dos aspectos existenciais do indivíduo, no sentido de que o círculo hermenêutico não é somente uma reconstrução do explicitar, mas também do expressar e do traduzir.

Por fim, é importante pontuar para a perspectiva apelativa ou “suscitativa” da linguagem. A função apelativa, na perspectiva deste trabalho, é um componente da relação entre estética e hermenêutica, explicitado anteriormente.

A função apelativa é uma dimensão que não é muito trabalhada na perspectiva da jusfilosofia. Ela está associada à perspectiva de que, qualquer exercício linguístico é um exercício de experimentação poética. Isso significa que entre as tentativas de estabelecer uma comunicação existe um médium sempre se reconstruindo em dizer a mesma coisa de maneiras diferentes.

A função apelativa também é uma dimensão que enfatiza a dimensão expressiva da língua, mas de maneira diferente. Geralmente quando se pensa em expressividade, se pensa em manifestar algo dentro de si, como se fosse uma vivência interior, uma intenção ou uma dimensão psicológica. A expressividade da qual Gadamer está falando é justamente a perspectiva de uma expressividade mais fundamental. Uma expressividade presente no próprio “ser da linguagem”. A todo momento existe uma pretensão linguística de reinventar a linguagem. E essa reinvenção da linguagem, no ponto de vista da filosofia da linguagem hermenêutica, é algo do qual o intérprete não pode prescindir.

É neste viés que ele pensa a linguagem como espelho. A dimensão espelhada ou especulativa da linguagem é justamente ela ser um reflexo de todas as possibilidades de significação. E esse médium de infinitas possibilidades atravessa todas as práticas linguísticas. Desta forma, é interessante realizar uma relação entre Hart e Gadamer na perspectiva apelativa.

Hart aborda a necessidade de controle da língua para lidar com a textura aberta. Ao mesmo tempo, também desenvolve uma perspectiva sobre a criatividade linguística no ponto de vista da teoria do poder discricionário. Porém, ao contrário de Gadamer, não problematiza a questão de que a criatividade linguística ou sua textura aberta não se resume, somente, a uma “abertura sem regras”, mas também consiste numa “poética sem regras”.

Neste contraste, entre Gadamer e Hart, é interessante que um autor que se considera um hermeneuta (Hart) não aborda a questão estética de que a linguagem possui regras a respeito dos modos expressivos de dizer.

Hart, em contraste com Gadamer, não sinaliza de que existe um consenso poético condicionado por uma lógica antropológica de fundo, no sentido de que a linguagem também é reconstrução dos aspectos existenciais do intérprete. Neste viés, a interpretação não pode ser desvinculada da pergunta pelo que é o homem.

O consenso poético de Gadamer é condicionado pela lógica da autoexpressão. O problema da expressividade (identidade) do ser humano. Não é somente uma teoria da coerência da norma. É também uma teoria da norma que reconstrua a identidade dos intérpretes. Em outras palavras, uma experimentação antropológica.

### 1.3 HABERMAS E HART

A grande novidade da teoria de Habermas, na perspectiva deste trabalho, é estabelecer a problemática das condições ideais da argumentação. Habermas comparado à perspectiva de Wittgenstein e Gadamer, será um teórico que pensará a perspectiva epistemológica condicionado à lógica da esfera pública. Em outras palavras, Habermas condicionará o conhecimento científico não somente a uma guinada linguística, seja de ênfase pragmática ou hermenêutica. Mas condicionará a perspectiva científica diretamente a uma imaginação das instituições democráticas<sup>8</sup>.

Em outras palavras, Habermas não se resumirá a constatar que a linguagem tem um papel primordial na constituição do conhecimento, razão ou ciência. Tampouco se resumirá a constatar os diferentes modos de uso da linguagem. Ele também se preocupará com a questão epistemológica de qual o parâmetro seguro para se chegar à verdade. No caso que interessará para este trabalho: as verdades de correção normativa (moral e direito) (HABERMAS, 1997a).

O telos da teoria de Habermas é a transcendência<sup>9</sup>, em outras palavras, a possibilidade de aprender e transcender determinado contexto cultural e histórico. Habermas será crítico em relação à tradição de Wittgenstein e Gadamer pelas (possíveis) consequências em relação à possibilidade de um conhecimento científico verdadeiro, assim como um conhecimento verdadeiro a respeito das formas de dominação. Para Habermas, uma teoria sobre a

---

<sup>8</sup> Como afirma Jorge Lubenow na sua tese de doutorado *A categoria da esfera pública em Jurgen Habermas*, o autor alemão começou sua trajetória filosófica realizando uma investigação sócio-histórico sobre a esfera pública, presente na sua obra *Mudança estrutural da esfera pública* de 1958. Porém, no decorrer da sua trajetória intelectual, Habermas teve dificuldade de apresentar uma teoria da esfera pública que fosse compatível com a realidade do capitalismo avançado. Como consequência, Habermas mudou sua estratégia teórica da formulação de abordagem história sobre a esfera pública para uma abordagem da racionalidade comunicativa que buscasse, nos (potenciais) desenvolvimentos do capitalismo contemporâneo e da modernidade contradições internas, as quais sugerissem como a sociedade é marcada por tendências de entendimento, presentes no histórico das teorias sociais como Weber, Marx e Durkheim, os quais sugerem que a comunicabilidade humana é um telos para apresentar um potencial de emancipação social (LUBENOW, 2007, p.117-119).

<sup>9</sup> A problemática da transcendência, em Habermas, deve ser diferenciada do projeto de Karl Otto Apel. Enquanto em Apel se formula uma teoria da pragmática transcendental, em Habermas se formula uma teoria da pragmática universal. A pragmática transcendental está preocupada com um programa filosófico no qual tenta investigar condições universais presentes na comunicação e no entendimento humano que possa reabilitar a filosofia como capaz de oferecer um lugar para validar ou não os conhecimentos, face ao problema do relativismo do conhecimento. Já Habermas está preocupado em realizar um programa de investigação filosófico o qual associando filosofia e ciências reconstrutivas (será explicitado no decorrer do capítulo) partirá do pressuposto que podem ser encontrados na psicologia, na linguística e na sociologia regras e estágios de desenvolvimentos implícitos presentes nas práticas sócio-linguísticas dos agentes sociais. Essas regras e estágios de desenvolvimentos implícitos podem oferecer de maneira hipotética regras universais de entendimento e estágios de desenvolvimentos universais, seja dos indivíduos ou da sociedade os quais podem lidar com o desafio do relativismo linguístico e do déficit normativo da teoria crítica (MANFREDO, 2006; HABERMAS, 1997b).

transcendência é uma teoria que dê garantias filosóficas de que por meio do discurso se possa superar as tradições, tanto no ponto de vista histórico quanto contextual (HABERMAS, 1997a, p.150).

De maneira mais específica, Habermas condicionará a perspectiva epistemológica da esfera pública a uma teoria das condições ideais. O fio condutor para Habermas apresentar essa teoria das condições ideais será a teoria da racionalidade na qual está implícitas duas tradições: a teoria dos atos da fala e a teoria da argumentação.

Habermas, seguindo o modelo de Wittgenstein e Gadamer, será um autor que desenvolverá uma teoria pragmática da argumentação. Para ele existem quatro pretensões universais, as quais podem ser exercitadas em todas as práticas. A teoria de fundo que Habermas utiliza é a teoria dos atos da fala (HABERMAS, 1997a, p.113).

A teoria dos atos da fala<sup>1011</sup> parte do pressuposto de que existe em qualquer prática linguística três níveis: um ato locucionário, um ato ilocucionário e um ato perlocucionário. Neste viés, dentro do quadro de uma pragmática universal, Habermas afirma que existe quatro pretensões universais, as quais são praticadas de maneira concomitante: retitude, veracidade, verdade e inteligibilidade. Essas quatro pretensões serão explicitadas nos parágrafos mais à frente (REPA, 2013, p.168).

Com as quatro pretensões universais teorizadas e estabelecidas, Habermas afirmará que as pretensões de validade são um potencial estabelecido das práticas linguísticas nas sociedades contemporâneas. Isso significa que na prática cotidiana a reprodução das práticas linguísticas e sociais se dá de maneira não problematizada, sem a preocupação em questionar a validade ou a legitimidade dos consensos de fundo. A esse conjunto de práticas, Habermas denomina de ação (HABERMAS, 1997a, p.116).

Porém, quando quaisquer pretensões de validade são levantadas e alguém questiona tal pretensão, se abre a possibilidade dos participantes criarem uma modalidade diferente de

---

<sup>10</sup> A teoria dos atos da fala se caracteriza como um programa filosófico desenvolvido por John Langshaw Austin, principalmente no seu livro *How do to things with words* em que realizando uma reinterpretação das reflexões do segundo Wittgenstein, formula uma teoria crítica a perspectiva da linguagem como somente descrição ou que se resume a descrever o mundo, e dá ênfase para os aspectos performáticos da linguagem. Neste viés, irá formular uma teoria que sistematizará o conceito de “uso” de Wittgenstein atribuindo três dimensões: a dimensão locucionária, ilocucionário e perlocucionária (MANFREDO, 2006, p.157).

<sup>11</sup> Seguindo o exemplo de Manfredo, quando se diz: “esse jacaré é perigoso”, consiste num ato locucionário, tendo em vista consistir na expressão com significado de um enunciado. Entretanto, esse ato sempre é realizado numa prática concreta, como consequência, simultaneamente ao ato locucionário ocorre também um ato ilocucionário, ato este que consiste numa prática (não enunciativa) em que o indivíduo está realizando uma “constatação” ou uma “prática de constatar algo”. Por fim, um terceiro ato é o perlocucionário, que consiste no efeito psicológico ou social da prática linguística, por exemplo, ao afirmar que esse “jacaré é perigoso”, dependendo da circunstância, se pode perceber que o falante está pedindo para o ouvinte tomar cuidado ou “ficar alerta” com um jacaré em específico (MANFREDO, 2006, p.157-160).

prática que permite questionar as pretensões levantadas. Para Habermas tal possibilidade de questionamento se chama discurso (HABERMAS, 1997a, p.116).

O discurso consiste na capacidade que os indivíduos possuem. É um potencial sociolinguístico presente nas práticas sociais nos quais os indivíduos, ao se depararem com uma situação, por exemplo, a respeito de uma questão moral (duvidosa) ou uma dúvida sobre a realidade de um fato, eles possuem o potencial de construir um tipo de interação e argumentação em que se pode suspender todas as certezas da realidade, neutralizar todas as formas de coação e construir uma forma de diálogo em que existe a tentativa de prevalência da força do melhor argumento. Aqui nessa ideia de discurso está o modelo mais importante da teoria de Habermas (HABERMAS, 1997a, p.116).

Para que se possa compreender a questão das quatro pretensões, é necessário explicitar outra tradição utilizada por Habermas fundamental para a sua teoria da linguagem.

Habermas será um autor que mobilizará uma tradição de pensamento denominado de teoria da argumentação. A teoria da argumentação é uma tradição a qual vai questionar dois pressupostos da teoria da racionalidade: uma forma de racionalidade centrado na lógica dedutiva e uma teoria da racionalidade centrado no aspecto representativo.

O raciocínio lógico dedutivo estabelece um tipo de racionalidade no qual as passagens das premissas para a conclusão ocorrem de maneira universal e necessária. De certa maneira, como no direito, por exemplo, o modelo lógico dedutivo serviu como modelo para a questão do que significa um raciocínio ou pensamento racional. No caso do direito, o pensamento dedutivo foi utilizado como parâmetro para saber se uma argumentação jurídica era válida ou não<sup>12</sup>.

A teoria da argumentação terá o mérito de preservar a problemática herdada da problemática dedutiva, questionando o que significa um raciocínio válido. Porém, desenvolverá um modelo no mínimo mais complexo que o do pensamento silogístico afirmando, por exemplo, que as premissas devem ser fundamentadas e que existem consensos anteriores à formulação do raciocínio, os quais devem ser levados em conta para

---

<sup>12</sup> Atienza define uma argumentação lógica dedutiva. No exemplo: todo o homem é mortal, Sócrates é homem, logo Sócrates é mortal, consiste num tipo de raciocínio clássico da lógica marcada pelo silogismo. O silogismo se caracteriza por um tipo de raciocínio em que se possui uma premissa maior (todo homem é mortal), uma premissa menor (Sócrates é homem) e uma conclusão (Sócrates é mortal). Neste viés, ocorre uma argumentação lógica dedutiva quando se realiza uma inferência lógica em que se constata ou intui que a passagem da premissa maior para a premissa menor leva a pensar que a conclusão é verdadeira. Uma das condições desse tipo de raciocínio é que as premissas devem ser fundamentadas e aceitas. O grande problema, no caso do direito, é quando se tenta utilizar esse modelo de raciocínio para explicitar o raciocínio jurídico, que como mostrou o próprio Hart, é marcado pelo problema da indeterminação da linguagem jurídica, no caso do direito, tanto a norma quanto os fatos necessitam de interpretação no caso concreto (ATIENZA, 2003, p.29).

saber qual a racionalidade da argumentação (ATIENZA, 2003).

Habermas se posicionará em relação a esse tipo de tradição e desenvolverá um programa filosófico, conforme será demonstrado mais à frente. Tal programa se preocupará em oferecer parâmetros argumentativos mais precisos (e mais complexos que o do pensamento lógico dedutivo), a fim de oferecer uma teoria da argumentação jurídica e da resposta correta.

Habermas se posicionará em relação a perspectiva do pensamento representativo e alargará a concepção de racionalidade. Para ele, em qualquer ato de fala são cooriginárias quatro pretensões de validade: inteligibilidade, verdade, retitude e veracidade (HABERMAS, 1997a, p.121-122).

A inteligibilidade consiste em se fazer compreensível, principalmente, do ponto de vista das orações proposicionais (HABERMAS, 1997a, p.122).

A verdade consiste no reconhecimento de determinadas condições de existência que um determinado enunciado levanta, tendo em vista a verdade de um fato (HABERMAS, 1997a, p.122).

A retitude consiste na identificação no cumprimento argumentativo de uma regra argumentativa no qual se pode considerar cada caso no ato de fala executado (HABERMAS, 1997a, p.122).

E a veracidade refere-se a questão se os sujeitos estão sendo autênticos ou expressando aquilo que realmente acreditam ou sentem (HABERMAS, 1997a, p.122).

A partir daqui já se pode fazer pequenas considerações a respeito de como a teoria de Habermas, assim como Wittgenstein e Gadamer, possui problemáticas em comum com a teoria de Hart. As quatro problemáticas em comum são: (1) uma crítica às teorias da linguagem como representação; (2) uma crítica à perspectiva da linguagem metafísica como centrada num sujeito transcendental; (3) uma crítica as teorias da linguagem que preceituam um controle do sentido do significado das palavras jurídicas; (4) a falência de uma perspectiva da linguagem centrada num modelo semântico e sintático. Estas quatro problemáticas poderiam inserir-se na teoria de Hart, sem prejuízo da sua teoria do poder discricionário.

Habermas realiza uma crítica às teorias da linguagem como representação recepcionando uma teoria da racionalidade aberta para outros tipos de racionalidade.

Neste viés, Habermas não somente reabilita as teorias da verdade no sentido da representação como também defende um modelo de racionalidade no qual os quatro mundos são pressupostos. Assim a possibilidade da verdade em cada um dos mundos é pressuposto da racionalidade de cada um deles, conforme será explicitado mais à frente.

Habermas recepciona as perspectivas críticas da consciência transcendental. Para ele, somente as pretensões de validade discursivas são capazes de estabelecer condições formais as quais permitam a transcendência das tradições.

Habermas também é crítico das teorias instrumentalistas. Crítica que será desenvolvida mais adiante, quando explicitado o seu conceito de mundo da vida.

Porém, o que se pode adiantar é que já está implícito na sua teoria dos quatro mundos a ideia de que a linguagem não é simplesmente um artefato manipulável pelos indivíduos. Mas uma prática constituinte de suas formas de vida. Obviamente, não se pode dizer que a linguagem seja um jogo de linguagem ou a casa do Ser, como na tradição hermenêutica, entretanto Habermas tem ciência de que a linguagem é construída intersubjetivamente e que uma consciência solipsista não é capaz de realizar isso sozinho. Esta última ideia é um dos fundamentos para o seu modelo argumentativo.

Uma vez que Habermas é um teórico que desenvolve um modelo pragmático estão implícitas as críticas a um modelo semântico e sintático da norma. Habermas é um teórico sensível, semelhante à Wittgenstein, que a lógica da construção semântica e sintática da língua depende dos contextos de uso.

O interessante na sua abordagem é o modo como ele defende uma teoria da verdade que de certa maneira reabilita o valor das perspectivas semânticas e sintáticas tendo em vista as pretensões de inteligibilidade.

Neste ponto, grosso modo, as condições ideais dialogam com Hart como se tanto a teoria das condições ideais quanto a teoria do poder discricionário são teorias críticas da metafísica, no sentido de uma teoria da racionalidade ou cientificidade que ignora que a razão ou o saber é sempre contextual e histórico, e que a linguagem é um ponto importante para se pensar a cientificidade de qualquer saber.

Habermas, seguindo Gadamer, também estabelecerá uma precedência da fala sobre a escrita textual, uma vez que estabelece uma prioridade performática da construção argumentativa sobre a dimensão do enunciado; algo, como já explicitado no capítulo anterior, pouco trabalhado por Hart.

Quanto a dimensão expressiva da língua, Habermas não terá o mesmo posicionamento de Gadamer, sobre uma lógica da verdade da obra de arte presente na língua.

Porém, ele colocará o problema da vivência e da inteligibilidade como um componente subjetivo da argumentação, no sentido de que a construção argumentativa não é somente uma construção enunciativa, mas diz algo sobre a vivência seja subjetiva seja objetiva (do indivíduo). A linguagem é expressão dos sentimentos e desejos do indivíduo, em decorrência disso, é uma dimensão de autoexpressão da língua e do indivíduo, simultaneamente.

E, por fim, a dimensão relacional da linguagem é algo que é recepcionado por Habermas sem nenhum problema.

O que será mais consequente para os fins deste trabalho será a questão epistemológica de Habermas. Neste sentido, a dimensão retórica no campo das ciências sociais, a relação entre ética e verdade científica e a dimensão histórica. Habermas, para os fins da teoria da adjudicação, desenvolve esta dimensão no conceito de mundo da vida e um conceito de paradigmas jurídicos, conceitos que serão explicitados posteriormente, que recepciona estas questões.

Habermas será um autor que dará prioridade aos aspectos pragmáticos da argumentação. Nesse viés, será um autor que muito enfatizará os aspectos corporais na sua teoria. A teoria das condições ideais estabelece como um dos seus componentes a possibilidade de expressão dos seus próprios sentimentos e desejos, em outras palavras, a questão da sinceridade como uma questão primordial para a verdade. Deste modo, Habermas, seguindo Gadamer, será um autor que fará uma reabilitação da retórica no campo da epistemologia das ciências sociais.

A questão da relação entre ética e verdade será um componente importante sobre o qual Habermas se debruçará por muito tempo. Dentro da questão da ética estará incluído o problema da história. Frente aos desafios de que a linguagem é vinculada contextual e historicamente aos modos de vida culturais, Habermas vai formular uma teoria das condições ideais para oferecer uma garantia filosófica de verdade no campo epistemológicos das ciências sociais.

Voltemos à questão dos quatro mundos. Habermas, ao buscar a perspectiva da verdade sinaliza, de maneira descritiva, que todos têm o potencial de mover em quatro campos e racionalidade: a inteligibilidade, veracidade, verdade e correção. Porém, para Habermas, o fato de se mobilizar nos quatro mundos, por si só, não é garantia de verdade alguma. Para Habermas, somente se forem oferecidas condições objetivas de argumentação, as quais independem dos partícipes, se pode chegar à verdade.

Dos quatro mundos, para Habermas somente em dois existe a possibilidade de construir discursos: o discurso teórico e o discurso prático. O discurso teórico trata da

possibilidade de verdade a respeito do mundo objetivo ou dos fatos. Já o discurso prático trata da possibilidade de verdade a respeito do mundo social, a respeito das normas. E neste ponto é importante desenvolver a perspectiva sobre o *discurso prático* (HABERMAS, 1997a, p.138-142).

A teoria do discurso prático será uma teoria interessante basicamente por dois motivos, para os fins deste trabalho: (1) é uma teoria com uma sofisticação intelectual que responde aos desafios de Wittgenstein e Gadamer, no sentido de formular uma teoria da verdade pós guinada pragmática e guinada hermenêutica; (2) é uma teoria que dialoga diretamente com o problema da legitimidade das instituições políticas, do ponto de vista normativo.

Quanto ao primeiro ponto, Habermas estabelecerá uma diferença importante: a diferença entre condições da formação do objeto e condições de verdade; (HABERMAS, 1997a, p.125).

Quanto ao segundo ponto, Habermas vai imaginar um modelo de argumentação em que prevaleça a força do melhor argumento. Neste viés, ele fará uma reabilitação sobre a possibilidade de se chegar à verdade sobre questões práticas.

As condições da formação do objeto consistem naquelas condições ontológicas da linguagem, as quais são pressupostas para uma relação entre sujeito do conhecimento e objeto do conhecimento. Porém, o mero fato de determinados objetos do conhecimento se formarem pelo médium da linguagem, não é suficiente para se chegar a uma verdade.

Por exemplo, qualquer conhecimento (enunciado) fático ou normativo, “a terra gira ao redor do sol” ou “matar é ilícito” são tipos de conhecimentos os quais possuem duas dimensões: estão relacionados a paradigmas epistêmicos das ciências naturais ou ordenamentos jurídicos presentes em determinada sociedade, os quais servem como conhecimento de fundo que possibilita a formulação desses enunciados (condições da experiência). Mas tais enunciados só podem ser testados sobre a sua verdade, se houver “condições de verdade” para aferir sua realidade. Habermas interpreta Wittgenstein e Gadamer como capazes de oferecer somente condições de experiência do objeto, mas dizem pouco sobre as condições de verdade do objeto.

Em decorrência disso, Habermas desenvolve sua teoria do discurso prático. Ele acredita que para se chegar a verdade é necessária a construção de práticas linguísticas segundo um modelo argumentativo onde os objetos questionados, seja do mundo teórico seja do mundo prático, possam sempre ser dialogados ou suspensos. A evidência de uma experiência, a intuição psicológica, por si só, não pode ser um critério definitivo para se

chegar à verdade. Para Habermas toda pessoa deve possuir um engajamento sincero, no sentido de ser capaz de suspender seus preconceitos e construir, com outra pessoa, uma interação dialógica tendo em vista a verdade. Para isso ele vai buscar em Toulmin um modelo para evidenciar justamente essa capacidade de distanciamento e suspensão dos preconceitos (HABERMAS, 1997a, p.144).

Na lógica do discurso prático Habermas desenvolverá três enfoques a respeito da relação entre ética e justiça, os quais terão desenvolvimentos subsequentes ao longo da sua teoria, mas em germe, já estão presentes na teoria das condições ideais de Habermas: (1) a importância das condições argumentativas como relacionadas e destacadas das condições de experiência; (2) a tensão entre contexto e validade, como uma tensão entre condições universais versus consensos linguísticos locais prévios; (3) a aspiração de que os consensos linguísticos prévios (sistemas linguísticos) estejam relacionados a processos de aprendizagem sociais, a fim de garantir a transcendência.

No modelo de Toulmin, da lógica informal<sup>13</sup>, reformulado por Habermas, as práticas argumentativas são realizadas como pretensões racionais. Mais especificamente, no caso do discurso prático, como pretensões normativas suscetíveis de correção. Neste viés, um dos componentes da teoria do discurso prático é que os participantes devem minimamente seguir as regras lógicas, como a perspectiva de não se contradizer ou formular algo impossível ou sem sentido (HABERMAS, 1997a, p.141).

Por outro lado, Habermas não está preocupado somente com a coerência lógica. Mas também com a coerência substancial dos argumentos. E isso com a constatação de que existem sempre regras prévias antes de qualquer empreendimento argumentativo. Regras prévias, no sentido de que o vocabulário e o sentido das palavras sempre são fundados consensualmente de maneira pré-argumentativa. Neste sentido, como se pode chegar a verdade se os consensos sempre são contingentes e construídos culturalmente?

---

<sup>13</sup> A teoria da Toulmin é considerada como lógica informal, uma vez que, pelo menos na perspectiva de Manuel Atienza, consiste numa teoria da argumentação juntamente com Viehweg e Perelman na formulação de uma teoria crítica em relação ao pensamento lógico dedutivo. Desta maneira, para Toulmin uma adequada teoria da lógica seria uma teoria não baseada no modelo aristotélico, que busca uma lógica idealizada. Mas uma lógica que esteja atenta aos argumentos práticos, mais próximo do modelo de jurisprudência (direito). Com isso, ele desenvolverá um modelo de argumentação que possui basicamente quatro elementos: (1) a pretensão (claim), (2) as razões (grounds), (3) a garantia (warrant) e (4) o respaldo (backing). A pretensão consiste numa afirmação argumentativa, por exemplo, “X tem direito a uma herança”. As razões significam justamente o fundamento que subjaz a afirmação: “X é o único filho de Y, que morreu sem deixar testamento”. A garantia são regras que permitem a passagem de um enunciado a outro: “os filhos são herdeiros dos pais quando eles morrem sem deixar testamento”. E por fim, o respaldo é uma fundamentação da própria garantia, afirmando que a garantir tem respaldo. Neste viés, é como se fosse uma justificativa de segundo nível: “o artigo 930 do Código Civil, norma presente por determinado ordenamento jurídico em vigor, respalda a minha garantia ou afirmação” (ATIENZA, 2003, p.97-98).

A resposta preliminar é que existe a necessidade de um acordo prévio entre as partes (uma espécie de paradigma) que estabilize de maneira prévia quais argumentos são válidos ou não. Mesmo que as partes a todo momento reconstruam os argumentos na prática, presume-se que há um acordo de fundo inquestionável.

Aqui já existe um primeiro posicionamento de Habermas quanto as teorias de Gadamer e Wittgenstein. E também uma sinalização de que não são os argumentos em si que geram a verdade, mas aquilo que ele denomina de desempenho discursivo, ou seja, o procedimento.

Desempenho discursivo consiste na ideia de que, para Habermas, não é qualquer consenso ou simplesmente a possibilidade de chegar a um consenso a explicitação do que é a verdade. Mas sim a garantia de que existam critérios objetivos (argumentativos) para se chegar a tal. Somado ao fato, contingente obviamente, de que as pessoas estejam realmente dispostas a chegar à verdade (HABERMAS, 1997a, p.139-140).

Neste caminho, Habermas pretende desenvolver uma teoria do discurso prático que ofereça condições de transcendência e desempenho discursivo. Com Toulmin, Habermas defenderá que as argumentações morais são constituídas por uma lógica informal, em que as observações universais e acontecimentos singulares são mediadas por princípios pontes. O que significa regras de argumentação que possibilitam a relação entre uma afirmação universal e uma afirmação singular (HABERMAS, 1997a, p.140- 141).

No caso do discurso prático, o princípio da universalidade vai afirmar que uma norma moral só poderá ter assentimento se as consequências e os efeitos colaterais, que previsivelmente resultam da obediência geral da regra controversa, para a satisfação dos interesses de cada indivíduo, podem ser aceitos, sem coação, por todos (HABERMAS, 1989, p.116).

E como algo implícito na teoria do discurso prático e no princípio da universalização está a ideia presente na própria formulação das condições ideais de Habermas, de que todo discurso prático tem uma regra de argumentação que exclui como inválidas as normas que não possam encontrar assentimento qualificado de todos os concernidos possíveis. Isto significa que a capacidade que um indivíduo tem de assumir a posição ou postura de todos os outros é uma regra de argumentação que possibilita a transcendência (HABERMAS, 1989, p.84-86; HABERMAS, 1997a, p.144-145).

Finalmente, o segundo nível, que é o próprio procedimento reconstutivo de Habermas. A reconstrução se caracteriza como uma abordagem de Habermas que está preocupada em identificar sistemas usuais de regras, seja de ordem cognitiva, moral ou

linguística como condições prévias para o exercício das práticas linguísticas dos indivíduos. Essas regras acontecem de maneira inconsciente, por assim dizer, não é algo que os indivíduos tenham consciência; e Habermas elabora seu programa reconstrutivo por meio do uso da psicologia cognitiva, psicologia moral e da linguística (VOIROL, 2008, p.90-91).

As principais características das ciências reconstrutivas são: (1) são práticas implícitas ou esquemas cognitivos prévios à reflexão dos indivíduos; (2) os sistemas estudados, sejam cognitivos ou morais, por exemplo, pretendem uma reconstrução universal das capacidades dos indivíduos, e não uma identificação de questões contextuais ou locais; (3) a reconstrução explicitam sistemas prévios de conhecimento e competências, sem que tenha consequências práticas, no sentido de servirem como parâmetros de idealização, contra fáticos, diferente da reflexão, por exemplo, onde o sujeito tenta apreender um processo real, por meio da linguagem (VOIROL, 2008, p.90- 91).

A reconstrução desenvolve uma metodologia própria de investigação. Ela tenta converter o “saber como” em um “saber que”, a fim de reconstruir a possibilidade de conhecimentos implícitos que possibilitam o exercício das competências linguísticas. Nesse programa reconstrutivo, Habermas tentará desenvolver uma teoria das competências universais do exercício da linguagem, a qual será o pano de fundo da sua teoria do discurso. Para Habermas, as pretensões de racionalidade, como por exemplo, as pretensões morais, têm como pano de fundo uma adequação no espectro abstrato a modelos de aprendizagem social, linguístico e cognitivo. Estes, por sua vez, dão possibilidade às pretensões de racionalidade transcenderem, pelo menos em potencial, o seu contexto histórico e social<sup>14</sup>.

A partir do momento em que Habermas desenvolve o seu método reconstrutivo, ele partirá do pressuposto de que a filosofia poderá ter uma relação de complementariedade com

---

<sup>14</sup> Luiz Repa explicita o percurso teórico de Habermas na sua abordagem da problemática reconstrutiva. A reconstrução surge num aprofundamento do contraste entre a estratégia de *Conhecimento e interesse* e a estratégia de *Verdade como Consenso*. Mais especificamente, Habermas dá muita importância à separação entre condições de objetividade ou constituição da experiência e as questões dos parâmetros para a verdade. A reconstrução consiste justamente num aprofundamento de fundo dos parâmetros para se chegar a verdade. Neste viés, três conceitos de reconstrução são importantes a se apresentar: a reconstrução horizontal, vertical e a reconstrução da história da teoria. A reconstrução horizontal trata do sistema de regras antropológicas fundamentais ( da lógica, da fala, da interação comunicativa, da ação instrumental, da aritmética e da medição) e da sua relação com a constituição dos discursos. A reconstrução vertical trata dos processos de evolução, tanto no plano ontogênico quanto no plano filogênico. No plano ontogênico (individual do agente social) trata de processos de aprendizagem internos como o aprendizado moral, da linguagem e operativo; já no plano filogênico (das sociedades) consiste em processos de aprendizagem das forças produtivas, das imagens do mundo e dos sistemas morais. Por fim, o terceiro significado de reconstrução consta na *Teoria da Ação Comunicativa* em que Habermas desenvolve uma reconstrução sistemática da história da teoria da sociedade tendo por finalidade uma teoria da racionalização social. Habermas vê dois méritos neste tipo de reconstrução da história da teoria: em primeiro lugar, o fato de que na teoria da sociedade os paradigmas clássicos ainda são contemporâneos ou ainda dizem respeito a algo das sociedades atuais; em segundo lugar, o fato de que esses paradigmas dizem algo a respeito do momento histórico em que surgiram, expressando determinados interesses e concepções de mundo (REPA, 2008, p.138-139).

os saberes reconstrutivos. Isso com o objetivo de que as conclusões que a psicologia cognitiva e a psicologia moral chegaram a respeito das habilidades morais e linguística dos indivíduos possam oferecer garantias filosóficas de transcendência nas questões locais.

O que será mais importante destacar neste aspecto é que Habermas, pelo menos para os fins deste trabalho, trabalha com dois níveis de aprendizagem: o primeiro nível, como já explicitado, consiste na capacidade que os participantes do discurso possuem de deliberar sobre determinada questão, e chegar a um consenso ou uma deliberação a respeito de determinado assunto.

Já o segundo nível é que todos os processos de deliberação, quando construídos como argumentações em que prevalece a força do melhor argumento, está relacionado com processo de aprendizagem mais profundos (pelos menos em potencial). Esses processos de aprendizagem mais profundos possibilitam que interações ou a sociedade possam se relacionar com microprocessos de aprendizagem situados.

Esse processo de aprendizagem prévio, determina que nas sociedades contemporâneas, marcadas pela razão, técnica, ciência e tecnologia, em que existe um interesse muito grande em dominar ou controlar a natureza e oferecer modelos de integração social (como a moral e o direito) que integrem formas de personalidade contemporânea. Somente com a razão procedimental se pode permitir que as sociedades mantenham as suas formas de vida; e ao mesmo tempo, com essa razão procedimental Habermas permite que haja processos de transcendência social.

Com esses dois níveis de aprendizagem, se pode compreender as duas principais afirmações de Habermas a respeito da relação entre linguagem, ética e justiça: (1) a diferença entre deontologia e modos de vida culturais; (2) o conceito de paradigmas jurídicos como um componente dos discursos de aplicação.

Para Habermas, algo que ele desenvolverá na sua *Ética do discurso* e na *Teoria do Agir comunicativo*, as sociedades contemporâneas são marcadas por aquilo que ele denominará de mundo da vida racionalizados. Aqui dois componentes são importantes destacar: (1) a diferenciação das esferas da ciência, da arte e da moral; (2) e a possibilidade das estruturas do agir comunicativo servir como garantia filosófica de transcendência da razão comunicativa (HABERMAS, 1989; HABERMAS, 2012b).

O mundo da vida consiste num conceito trabalhado principalmente na *Teoria do Agir comunicativo* em que enuncia uma camada de saberes (não problematizados) prévios às práticas e interações comunicativas. Para Habermas, os atores reproduzem a sua vida social por meio de práticas orientadas para o entendimento, tendo sempre como pano de fundo um

consenso linguístico e normativo. O mundo da vida sinaliza (algo que já está implícito na teoria de Habermas) justamente as contribuições da hermenêutica, de que existe um campo da lógica da linguagem que é pré-enunciativo e, ao mesmo tempo, histórico (HABERMAS, 2012b, p.218).

A diferenciação das esferas da ciência da arte e da moral consiste numa leitura que Habermas fez da teoria de Weber em que ele parte do pressuposto que a modernidade cultural se caracteriza pela institucionalização dessas esferas de saber, com seus diferentes tipos de pretensões de racionalidade, e elas são fundamentais para se compreender como a modernidade não se resume a um tipo de racionalidade instrumental, mas também a um tipo de racionalidade comunicativa.

Já o agir comunicativo vai justamente institucionalizar a teoria do discurso de Habermas possibilitando, do ponto de vista filosófico, a viabilidade de um modelo de racionalidade e imparcialidade argumentativa. O agir comunicativo afirmará que as diferenciações das esferas ocorridas no mundo da vida trazem potenciais discursivos de resgate de pretensões de validade não problematizadas. E que do ponto de vista filosófico, tais pretensões, se houver condições ideais dadas, permitem um modelo de imparcialidade.

Neste ponto, Habermas realiza uma diferença entre deontologia e valores teleológicos. Os valores têm sentido teleológico e estão relacionados ao modo de vida cultural da pessoa. Já a deontologia está relacionada justamente à possibilidade de transcender estes valores. Os valores têm perspectiva e preferência do que é bom para alguém, conforme seu modo de vida, já a deontologia, que tem código binário, determina aquilo que é moral ou não, lícito ou não (HABERMAS, 1997b, p.316-317).

Por fim, a teoria de Habermas vai culminar numa teoria dos paradigmas jurídicos relacionados justamente à possibilidade no campo da ciência do direito, de compatibilizar a dimensão contextual com a dimensão de transcendência. Porém, este trabalho voltará a tratar da problemática mais adiante.

Já foi explicitado a teoria do discurso prático. Com Klaus Günther, Habermas vai absorver um importante complemento da teoria do discurso prático. O discurso de aplicação.

Günther aponta uma série de insuficiências no princípio da universalidade de Habermas. Uma vez que tal princípio pressupõe que para a construção de um procedimento dialógico se exige a consideração de todos os interesses envolvidos, existe o perigo de se formular uma ideologia da norma perfeita.

A ideologia da norma perfeita é a ideologia de que uma norma, quando formulada, pode regular a sua própria aplicação. O que significa que através de um procedimento de feitura da

norma, seguindo os moldes da ética do discurso (do discurso prático) existe o perigo de os participantes acreditarem que podem elaborar normas as quais podem prever todas as consequências e efeitos colaterais quando aplicadas ao caso concreto.

Porém, tendo em vista que as normas morais são elaboradas com saber incompleto e tempo limitado, é necessário, sinalizando para o ideal de imparcialidade e universalidade, exigir que na aplicação da norma seja estabelecido um procedimento dialógico especial de como os indivíduos em concreto serão afetados (GÜNTHER, 2004, p.75-80; HABERMAS, 1997b, p.270-272).

O discurso de aplicação exigirá que a norma, ao ser elaborada e aplicada seja avaliada todas as circunstâncias da situação. Nesse viés, Günther estabelecerá uma diferença entre procedimentos de justificação da norma e de adequação da mesma.

O procedimento de justificação refere-se à formulação da norma. Se questionará se ela é feita no interesse de todos, se ela está respeitando o sentido recíproco da perspectiva de todos, a fim de possibilitar que ela seja válida. Porém, visto que se possui conhecimento e tempo limitado para se prever todas as consequências da aplicação de uma norma, com todos os efeitos sobre os indivíduos, é necessário também um novo discurso, o discurso de adequação (GÜNTHER, 2004, 75-80; HABERMAS, 1997b, p.270-272).

O discurso de aplicação vai exigir um procedimento dialógico no qual se avalie todas as perspectivas apresentadas pelos participantes, no caso concreto. Justamente para avaliar como uma norma jurídica quando interpretada e aplicada afetará (possivelmente) o interesse dos indivíduos (HABERMAS, 1997b, p.270-272).

Dentro da teoria dos discursos de aplicação, Habermas recepcionará também de Günther a teoria dos paradigmas jurídicos. Tal teoria estabelecerá que os discursos de aplicação são marcados por uma tensão entre contextualismo e universalismo, no nível da linguagem. Em outras palavras, para os paradigmas jurídicos os participantes e o juiz quando interpretarem uma norma, pelo menos do ponto de vista filosófico, terão que reivindicar uma teoria da imparcialidade, ao levantar suas pretensões argumentativas e bem como respeitar o acúmulo de questões elaboradas culturalmente pelos especialistas e não especialistas do direito (HABERMAS, 1997b, p.274).

Os paradigmas jurídicos serão um conjunto de questões de vida boa e questões normativas presentes de maneira prévia (pré-interpretativa) as práticas dos participantes e tem como intuito aliviar os mesmos antes de começar uma prática argumentativa do vazio, sem levar em conta a elaboração de discussões prévias já realizadas pelos outros membros

da comunidade jurídica; mas, ao mesmo tempo, está em contato com as pretensões do agir comunicativo de institucionalizar um modelo de imparcialidade argumentativa (HABERMAS, 1997b, p.274).

A teoria dos paradigmas jurídicos, quando relacionado com Hart, vai tratar da problemática do debate Hart-Dworkin e das complementações que Habermas irá acrescentar à teoria de Dworkin.

O mais importante para os objetivos deste trabalho é que a teoria dos paradigmas jurídicos possibilitará, do ponto de vista da filosofia da linguagem, uma teoria mais consequente da tensão entre a perspectiva contextual e a perspectiva universal, proposta por Habermas. E de como a teoria de Habermas elucidada a perspectiva de tensão entre facticidade e validade no nível da linguagem.

Neste viés, se voltarmos para a relação entre Hart e Habermas, percebe-se que a tensão entre facticidade e validade, pano de fundo da crítica de Habermas ao positivismo jurídico de Hart, tem como base uma recepção sofisticada de um debate sobre filosofia da linguagem onde está em jogo a tensão entre contextualismo e universalismo; e, ao mesmo tempo, uma concepção de linguagem envolvendo elementos que vão para além do marco analítico propriamente dito, de Hart, porque envolve também aspectos expressivos e vivenciais, os quais são fundamentais para uma boa compreensão do problema enfrentado por esses autores sobre uma adequada relação entre ética, direito e justiça.

## SEGUNDA TEMÁTICA: O CORPO

### CAPÍTULO 02 -- PRELIMINARES DA RELAÇÃO ENTRE TEORIA DO DIREITO E CRÍTICA DA IDEOLOGIA: DE HART-DWORKIN ATÉ HABERMAS

O intuito deste capítulo é explicitar a relação entre teoria do direito, passando pelo debate Hart-Dworkin até Habermas. O objetivo, pelo menos na perspectiva deste trabalho, é sinalizar que a teoria de Hart-Dworkin até Habermas possui uma relação implícita com a problemática da crítica da ideologia. Basicamente será afirmado que estes três autores, com suas discussões teóricas, possuem um modelo básico de teoria social da adjudicação, no qual os participantes são indivíduos racionais, com poder de argumentação e, principalmente, com poder de converter seus preconceitos em argumentações racionais.

Isso significa que esta tríade possui uma teoria apta para recepcionar problemáticas de sociedades estratificadas (desiguais) e acredita que a adjudicação pode criar condições de argumentação que possibilitem uma resposta correta.

A peculiaridade que se gostaria de enfatizar, neste capítulo, é que Hart e Dworkin possuem um modelo social de adjudicação frágil, do ponto de vista da psicologia crítica e da sociologia crítica, conforme será demonstrado.

Diz-se frágil porque parte apenas da boa vontade dos indivíduos ao se engajarem na argumentação e na capacidade dos indivíduos de converterem preconceitos inconscientes ou pré-interpretativos (nos termos de Dworkin) em termos interpretativos (conscientes).

Neste sentido, a teoria de Habermas será uma teoria com um modelo sociológico da adjudicação mais sofisticado, porque parte do pressuposto que a argumentação é construída por meio de interações ideais e, devido a isso, será mais sensível à maneira como os preconceitos judiciais se institucionalizam. Ao mesmo tempo, e isso é importante, a teoria de Habermas utiliza um modelo de idealização da adjudicação aberta para formulações, pesquisas e idealizações da psicologia crítica e da sociologia crítica.

Uma vez que a exposição dos capítulos é longa este trabalho pretende comprovar tais afirmações em partes. Neste capítulo serão expostas as problemáticas de Hart- Dworkin, chegando até Habermas afirmando que Hart e Dworkin não desenvolveram uma teoria (sócio) pragmática da argumentação de maneira adequada, do ponto de vista da psicologia crítica.

Será exposto que Hart e Dworkin não possuem um modelo teórico adequado para

explicitar como as patologias e formas de dominação social se institucionalizam por meio do “corpo” ou por meio dos aspectos retóricos, e que a teoria de Habermas é mais adequada porque na formulação da sua teoria da validade existe uma abertura para uma tensão entre validade e socialização.

Do ponto de vista da psicologia crítica, serão *oferecidas garantias filosóficas*, de que Habermas no seu enfoque da adjudicação e, simultaneamente, por meio da sua teoria do discurso terapêutico é aberto as problematizações da psicologia crítica.

Uma vez que Habermas será inserido na tradição da crítica da ideologia, este trabalho defenderá a formulação de uma abordagem *do poder social* no âmbito da adjudicação.

E, defendido como um componente da imparcialidade argumentativa e imparcialidade processual, *uma teoria da ação dramatúrgica*, a qual sinalizará justamente a tensão entre socialização concreta e pretensões de validade comunicativa ideais.

## 2.1 O DEBATE HART-DWORKIN: A CRÍTICA DA IDEOLOGIA COMO UM CONFLITO INTERPRETATIVO

Se for estabelecida uma relação entre Hart e Dworkin com a tradição da crítica da ideologia, o melhor fio condutor seria a maneira como eles se posicionam em relação ao realismo jurídico. Uma vez que o realismo jurídico foi a tradição teórica que estabeleceu de maneira mais próxima a incredulidade teórica de que o direito poderia manter sua identidade normativa frente à constatação de que as relações sociais e linguísticas são marcadas por relações de dominação e poder (HABERMAS, 1997b, p.249-250; TARELLO, 2017).

A crítica da ideologia se caracteriza como uma tradição teórica a qual denuncia na seara das ciências humanas que a linguagem e as relações sociais também são marcadas por formas de dominação (CABRERA, 2003, p. 170).

A crítica da ideologia será uma perspectiva interessante tendo em vista que ela vai se diferenciar dos marcos da filosofia analítica e da hermenêutica. A filosofia analítica vai se caracterizar como uma analítica do significado. Já a hermenêutica vai se caracterizar como uma experiência de linguagem. A crítica da ideologia será caracterizada como um ramo do conhecimento, que vai considerar a linguagem como um veículo de poder. Neste viés, ela vai pressupor uma analítica diferente da filosofia analítica e da hermenêutica (CABRERA, 2003, p. 170).

Como consequência, do ponto de vista epistemológico, a crítica da ideologia vai

trazer problemáticas diferentes para as ciências humanas. Enquanto o marco da filosofia analítica ou da hermenêutica parte de idealizações linguísticas ou sociais de que a linguagem serve como uma forma de “expressão de significado intacta”, seja pelo fato de ser compreensível o que alguém está falando por seguir regras linguísticas; seja pelo fato de alguém inevitavelmente utilizar a linguagem como forma de expressão da sua dimensão vivencial. Na crítica da ideologia, a linguagem é sempre vista como uma forma de expressão humana que está sempre aquém do indivíduo. Isso porque as dinâmicas e formas de relações de poder se manifestam ou se institucionalizam na sociedade de modo que o indivíduo dificilmente compreende o que está acontecendo. E os marcos da filosofia analítica e da hermenêutica não oferecem suporte para o diagnóstico.

Quando aplicados à perspectiva da crítica da ideologia para Hart e Dworkin os posicionamentos teóricos podem ser compreendidos conforme os problemas teóricos enfrentados por estes autores.

Hart será um teórico positivista muito preocupado, do ponto de vista da adjudicação, em defender o método positivista face às insuficiências do formalismo e do realismo. Do formalismo pelo fato de possuir uma concepção de regra jurídica, a qual não é sensível à veiculação da interpretação da norma jurídica ao contexto. Já do realismo jurídico pelo fato de confundir a interpretação jurídica com a vontade ou com aspectos psicológicos do intérprete do direito. Se pode estender também tal perspectiva para indivíduos os quais, por motivos sociológicos, reproduzem preconceitos sociais (MACCORMICK, 2010, p.166).

Hart se posiciona em relação a estas questões defendendo uma teoria da adjudicação, a qual preserve a perspectiva normativa face a estas duas correntes. Em relação ao formalismo, Hart afirma que é possível conciliar o problema do contexto com uma perspectiva da interpretação jurídica. Em relação ao realismo o fato de os operadores do direito, por meio da sua vontade, do seu mundo interno ou por motivos de preconceito, não são um empecilho em si para a impossibilidade de interpretação jurídica. Basta somente partir do pressuposto de que não importa qual a perspectiva social do indivíduo, este tem que justificar normativamente e argumentativamente as suas posições sociais (HART, 2007).

A teoria na qual Hart expressa as suas ideias consiste na teoria da textura aberta e do poder discricionário. A teoria da textura aberta afirmará que as práticas jurídicas são práticas linguísticas, as quais só podem ser compreendidas de maneira plena se for levado em conta o contexto linguístico e institucional em que a norma foi formulada. Já o poder discricionário consiste numa teoria que preceitua que face à realidade de indeterminação do direito (textura

aberta), em algumas circunstâncias, o direito permite que o operador do direito possa se utilizar de um poder criativo para preencher possíveis lacunas normativas (HART, 2007, p.149).

Antes de explicitar as (possíveis) críticas de Dworkin à teoria do poder discricionário de Hart, este já se posiciona em relação à crítica da ideologia. Hart vai colocar uma forma de raciocínio a qual, na perspectiva deste trabalho, vai acompanhar a teoria do direito, até mesmo (em parte) Habermas, na forma de lidar com a crítica da ideologia. Hart afirmará que não importam os aspectos psicológicos ou sociais do operador do direito, uma vez que ele, numa situação concreta, deverá assumir uma postura normativa em relação às suas reivindicações jurídicas. Em outras palavras, ele precisará traduzir os seus preconceitos sociais para uma justificação normativa (HART, 2007, p.149-154).

Esta perspectiva, porém, vai se complicar se for problematizada a possibilidade de uma resposta correta. Uma vez que, apesar de Hart estabelecer o raciocínio de que existem garantias filosóficas de que os operadores do direito devem traduzir seus preconceitos para argumentos jurídicos, Dworkin vai aprofundar tal raciocínio. Ele colocará a problemática do controle da argumentação jurídica (DWORKIN, 1999).

Dworkin não vai se contentar somente com o raciocínio da tradução dos preconceitos individuais do intérprete para uma linguagem jurídica. Ele também problematizará se existem garantias de “transcender” os preconceitos sociais (DWORKIN, 2001, p.175).

A problemática da transcendência vai se manifestar com a possibilidade de se chegar à verdade ou de existir critérios objetivos para se chegar a ela. O questionamento teórico sobre a verdade está relacionado com critérios para controle da argumentação do juiz e das partes (DWORKIN, 1999, p.271; DWORKIN, 2001, p.175).

Dworkin quando desenvolveu a possibilidade de uma única resposta correta, principalmente na sua teoria da Integridade do Direito, no seu livro *Império do Direito*, tem como pressuposto implícito o argumento de Hart cuja problemática dos preconceitos sociais pode ser traduzida para argumentos jurídicos, porém seu enfoque se deu mais na questão da possibilidade de consensos argumentativos, face a possibilidade de um pluralismo ético (DWORKIN, 1999, p.55).

Se Hart resumiu sua abordagem do direito à perspectiva de descrição das possibilidades de unidade da experiência normativa, definindo regras institucionais como a regra de reconhecimento, o qual manteria a unidade do direito, em Dworkin há o pressuposto de que existe um engajamento ético e moral do teórico do direito e dos partícipes do Direito em buscar uma única resposta correta.

Tal possibilidade de resposta correta ficará mais dramática do ponto de vista teórico, uma vez que Dworkin concorda com a perspectiva de que o direito possui uma linguagem indeterminada e, radicalizando mais Hart, é marcada por diferentes perspectivas teóricas. Neste viés, a estratégia de Dworkin para oferecer uma resposta correta é dupla.

Primeiro ele partirá do pressuposto de que existe uma relação ou homologia entre a constituição de uma comunidade política, como por exemplo, pressupostos de fraternidade e igualdade entre os cidadãos, e a postura dos partícipes da adjudicação. Para Dworkin a mesma consideração e respeito que os membros da comunidade política devem pressupor uns pelos outros, inclusive o Estado com seus cidadãos, o juiz (e as partes) devem ter entre si e pelo ordenamento jurídico. Em outras palavras, assim como alguém deve tratar com respeito um membro da família por ser da família ou alguém deve tratar com respeito um membro da comunidade política por ser cidadão, do ponto de vista da adjudicação, os funcionários públicos devem tratar as partes com respeito (DWORKIN, 1999, p.213).

Neste sentido, como consequência, no segundo aspecto a perspectiva de respeito entre os membros da comunidade política vai servir como pressuposto para que as partes, principalmente, o juiz, ao realizar uma interpretação judicial, deva partir do pressuposto de que existe uma coerência prévia nas fontes do direito.

Isso significa que o juiz deve partir de “idealizações” a respeito da sistematicidade do direito, idealizações estas hipotéticas, as quais podem ser falseadas. Isso permitirá que se pode partir do pressuposto, que ao interpretar, está não somente interpretando um caso concreto, mas reconstruindo todo o direito (DWORKIN, 1999, p.271).

Nesta linha de raciocínio, Dworkin formula o “juiz Hércules”, aquele que possui capacidade sobre humana e tempo ideal para realizar tal empreendimento. E formula a teoria do romance em cadeia, que consiste justamente nesta idealização de coerência do direito, este princípio hermenêutico de regulação, o qual vai oferecer garantias filosóficas, na perspectiva de Dworkin, que em face do pluralismo ético e da textura aberta do direito, existam garantias filosóficas de uma resposta correta (DWORKIN, 1999, p.287).

Quando aplicada tal perspectiva para a crítica da ideologia, a idealização do romance em cadeia e do juiz Hércules ganham outros contornos. Não se resume somente, como Hart, à possibilidade de traduzir um preconceito social para uma argumentação jurídica. Mas Dworkin também sinaliza a necessidade de condições objetivas prévias para se chegar à verdade (DWORKIN, 1999, p.276).

Sabe-se, por exemplo, no ponto de vista da crítica da ideologia, que os textos (como

os textos jurídicos) também são expressão de preconceitos sociais. Se os textos são feitos pelo legislativo ou pelo próprio judiciário, como as leis e precedentes, eles expressarão as convicções das pessoas os quais podem estar eivados de preconceitos.

Além disso, a ciência do direito, a função dos especialistas do direito, também ao confeccionar ou ajudar na interpretação das fontes do direito, contribuem para reproduzir perspectivas de classe.

Em vista disso, os pressupostos teóricos de Dworkin afirmam que, ou os textos jurídicos são feitos de maneira justa ou, o que é mais plausível, Dworkin parte do pressuposto de que por métodos hermenêuticos ou pela própria prática argumentativa (compartilhar argumentos uns com outros) se pode reformular tais preconceitos e traduzir para uma perspectiva jurídica (HUNT, 1992, p.21).

Neste raciocínio, se a ciência do direito expressa preconceitos de classe, existe a possibilidade de oferecer garantias filosóficas, encontráveis na própria tradição moral de determinado ordenamento jurídico, de encontrar um mínimo de fragmento de razão, o qual possibilite uma reconstrução hermenêutica de todo o direito. Em outras palavras, por mais que a tradição do direito seja muito incoerente, existe a possibilidade de o juiz se engajar na interpretação e reconstruir o mesmo, para aquele caso concreto, a fim de desenvolver uma resposta correta.

## 2.2 HERMENÊUTICA PROFUNDA, PSICANÁLISE E INSUFICIÊNCIAS DE DWORKIN

Dworkin parte na sua teoria da legitimidade da adjudicação, de algumas idealizações de self. Este trabalho gostaria de sugerir quatro idealizações: (1) o indivíduo é maduro o suficiente para aprender com o outro, no sentido de que é capaz de abrir mão dos próprios preconceitos; (2) o indivíduo é capaz de diferenciar aquilo que é real daquilo que é irreal na descoberta dos fatos; (3) o indivíduo deve possuir uma boa habilidade para ler textos, desde identificar o verdadeiro sentido do texto até não se incomodar com sentidos textuais que vão de encontro às suas convicções e (4) o indivíduo deve conhecer a si mesmo, no sentido de que as suas lógicas psíquicas devem ser minimamente transparentes para si mesmo, a fim de que ele possa lidar com os outros e consigo mesmo.

Desta forma este trabalho se dará em dois momentos: (1) no primeiro momento, será explicitada a hermenêutica profunda (Psicanálise desenvolvida por Habermas); (2) no

segundo momento, será demonstrado como estas idealizações de Dworkin são afetadas pela Psicanálise habermasiana.

Uma reflexão sobre os limites da universalidade da hermenêutica pode ser reformulada como uma identificação dos limites de um modelo de comunicação, seja pelo olhar de Gadamer, de Dworkin, seja de Habermas, de um indivíduo capaz de se comunicar, de ter acesso à linguagem para compreensão de si ou de utilizar a linguagem para argumentar e chegar a uma verdade jurídica (HABERMAS, 1987a, p.40-41).

Essa problemática é aquilo que Habermas denomina de comunicação sistematicamente distorcida.

Um dos pressupostos da problemática da comunicação sistematicamente distorcida é a precariedade psicológica do indivíduo ou *precariedade do self* para participar de uma comunicação. Isso porque, seguindo a esteira da tradição da ideologia o indivíduo é permeado por uma lógica social, psíquica ou linguística em que o mesmo nunca está preparado para expressar seus próprios sentimentos. Freud, interpretado por Habermas, parte do pressuposto de que o indivíduo é marcado por uma lógica narrativa e linguística a qual constitui o seu ser. Porém, ao mesmo tempo, tal linguisticidade da sua identidade é a expressão de uma socialização precária na qual o indivíduo teve problemas para a formação do seu self.

O que será importante, na perspectiva estabelecida pela hermenêutica profunda, é não somente a precariedade psíquica do indivíduo. Mas também a dependência das ciências (psíquicas) críticas para oferecer uma (possível) garantia de remediação (terapêutica) da socialização e o condicionamento das condições de verdade a um pano de fundo sociológico ideal. Um dos pressupostos da hermenêutica profunda é que a realidade é marcada por lógicas de poder onde o indivíduo não é imune a esta realidade. Ao mesmo tempo, a hermenêutica profunda sugere que o indivíduo sempre possui o potencial de reconstruir as condições de sua realidade a fim de manter algum ideal de comunicação <sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> A hermenêutica profunda de Habermas foi desenvolvida na primeira fase de sua teoria quando o modelo de crítica da ideologia do mesmo se baseava numa teoria dos interesses cognitivos, numa autocompreensão de época de quadro institucional do capitalismo monopolista e numa teoria da dominação tecnocrática. A teoria dos interesses cognitivos sugere que a Psicanálise corresponde a um tipo de interesse antropológico especial, um interesse emancipatório, em que os indivíduos possuem uma propensão a ter consciência dos seus próprios processos sociais (e de dominação) e superá-los. A teoria institucional do capitalismo monopolista sugere que as novas formas de dominação estão profundamente associadas ao papel que a ciência tem como capitalismo contemporâneo (monopolista) uma vez que as formas de dominação não ocorrem devido à distribuição desigual da riqueza gerada pelo trabalho das pessoas, mas a dominação é resultante de um modelo tecnocrático em que suprime as formas de sociabilidade e solidariedade, não abrindo espaço para alternativa nenhuma a uma sociedade tecnocrática. Por fim, a teoria da dominação tecnocrática consiste justamente numa teoria o qual estabelece a razão instrumental como a única razão possível e legítima nas sociedades contemporâneas. O papel da psicanálise, nesse contexto, é investigar (e oferecer) um modelo de crítica do indivíduo e da sociedade no qual se parte do pressuposto que associado a uma teoria da sociedade tecnocrática existem formas de repressão social onde há distorções das

A psicanálise de Freud demonstra que a lógica do indivíduo pode ser desvelada por meio de um pressuposto da realidade da clínica. Freud identificou alguns fenômenos de ordem psicológica, os quais quando não são elaborados, se manifestam por meio de sintomas (HABERMAS, 1987a, p.42-43).

Freud parte de um pressuposto de self precário. E isso se manifesta por meio do corpo. Neste viés, existem alguns pressupostos da sua teoria.

Um deles é que o self é constituído por uma constituição linguística, no sentido de que o self é feito de linguagem em forma de narrativa. Por outro lado, um indivíduo possui uma espécie de economia libidinal<sup>16</sup> o qual deve estar em equilíbrio com a sua linguagem (HABERMAS, 1987a, p.42-43).

O indivíduo sempre está realizando um esforço para equilibrar a sua identidade. Nesta perspectiva, Freud percebe que, quando o indivíduo não possui condições de criar uma narrativa adequada para constituir a sua identidade, o self “adoece” ou manifesta um “sintoma”. Esse sintoma é expresso por meio do seu corpo (HABERMAS, 1987a, p.42- 43).

Habermas utilizando Freud cita o exemplo do neurótico<sup>17</sup>. Habermas acredita que um dos pressupostos de qualquer socialização é que o indivíduo possa manifestar a sua consciência ou sua subjetividade como algo possível de comunicação. E um dos requisitos, por sua vez, para que o indivíduo se comunique é a capacidade de seguir regras públicas.

Freud, porém, demonstra que o indivíduo, em algumas situações traumáticas, fica tão alienado da sua consciência que cria uma linguagem privada. O acesso ao seu próprio “eu” se torna algo não possível. Em todos os níveis, pragmático, sintático e semântico, o indivíduo pode manifestar sentidos ocultos, os quais são imperceptíveis (HABERMAS, 1987a, p.43).

Habermas cita exemplos como condensação e deslocamento, a fim de demonstrar que

---

condições ideais de comunicação e de sociabilidade. Tal ideia está associada ao fato de que o indivíduo é estimulado a seguir regras autoritárias e desestimulado a seguir regras questionadoras ou críticas (ROUANET, 1983, p.332).

<sup>16</sup> Para explicitar essa ideia de economia libidinal pode-se sugerir dois conceitos da Psicanálise: o de libido e de pulsão sexual. Tal explicitação está baseada no *Dicionário de Psicanálise* de Elisabeth Roudinesco e Michel Plon. Libido consiste numa “energia”, numa manifestação dinâmica, na vida psíquica, do impulso ou pulsão sexual. Já a pulsão é a representação psíquica de uma fonte endossomática de estimulações que fluem continuamente, em contraste com a estimulação produzida por excitações esporádicas e externas. A pulsão, portanto, é um dos conceitos de demarcação entre o psíquico e o somático. Neste viés, a pulsão sexual, diferente do instinto sexual, não se reduz às simples atividades sexuais que costumam ser repertoriadas com seus objetivos e seus objetos, mas é um impulso do qual a libido constitui a energia. O que é importante sinalizar nos conceitos de pulsão e libido é que existe uma relação entre o organismo e a linguagem, do ponto de vista do corpo, que, se não estiver em equilíbrio, o indivíduo adoce (MICHEL PLON; ROUDINESCO; 1998).

<sup>17</sup> Neurótico significa um indivíduo com neurose. Neurose por sua vez, para Freud, é uma afecção ligada a um conflito psíquico inconsciente, de origem infantil e dotada de uma causa sexual. Ela resulta de um mecanismo de defesa contra a angústia e de uma formação de compromisso entre essa defesa e a possível realização de um desejo (MICHEL PLON; ROUDINESCO; 1998, p.535).

o indivíduo, na formação do seu Self, é capaz de criar defesas para a formulação racional. Neste caso, a lógica do indivíduo não é expor argumentos ou fundar um autoconhecimento. Mas preservar os desejos mais profundos do Self (HABERMAS, 1987a, p.43).

A condensação consiste numa análise de Freud, principalmente a respeito dos sonhos, em que o material onírico possui um significado mais profundo que o significado expresso nos símbolos e imagens. A condensação consiste numa forma de simbolização, seja através de imagens ou palavras, as quais retêm mais informação do que podem simbolizar (pelo menos num primeiro olhar). Como consequência, o indivíduo sempre ao se deparar com um símbolo condensado tem possui uma “sensação de estranheza”. Como exemplo, Freud utiliza os sonhos como algo que nunca é compreendido muito bem, causa estranheza, parece reunir elementos diversificados e dispersos, e passível de hermenêutica mais profunda (MICHEL PLON; ROUDINESCO; 1998, p.125-126).

O deslocamento consiste numa análise de Freud, também relacionado aos sonhos, onde ele percebeu que a lógica onírica possui a tendência de deslocar o significado “latente” ou “verdadeiro” de determinados símbolos, para aspectos secundários de um conteúdo manifesto. Isso significa que, por exemplo, qualquer sonho possui uma simbologia ou significado qualquer para o indivíduo. Mas se este parar para analisar o sonho, ou se ele analisar o sonho passando por um processo terapêutico, ele perceberá que o sonho é fruto de um deslocamento de sentimentos e significados emocionais mais profundos do inconsciente que, devido a processos de defesa da psique, não ficam manifestos (ou não são suportáveis) para o indivíduo (MICHEL PLON; ROUDINESCO; 1998, p.148-149).

Essas colocações são importantes porque demonstram que qualquer indivíduo socializado, seja no nível existencial seja no nível retórico, traz dinâmicas irracionais ou patológicas, ao entrar no diálogo, por exemplo, das quais eles não possuem muito controle e nem simples acesso por meio da reflexão hermenêutica (HABERMAS, 1987a, p.47- 48).

Um dos pressupostos do conhecimento é a diferença entre sujeito do diálogo e sujeito do objeto do conhecimento. Habermas demonstra por meio de Freud que um indivíduo com problemas psicológicos, como o psicótico <sup>18</sup>, tem dificuldade de distinguir o ser da aparência, e de construir sua identidade.

Se a perspectiva da formação da identidade depende do outro, logo a lógica de

---

<sup>18</sup> Freud formulou a psicose numa estrutura tripartite, opondo-o à neurose, de um lado e à perversão de outro. Ela consiste numa reconstrução de uma realidade alucinatória na qual o sujeito fica unicamente voltado para si mesmo, numa situação sexual autoerótica: toma literalmente o próprio corpo (ou parte deste) como objeto de amor (sem alteridade possível) (MICHEL PLON; ROUDINESCO; 1998, p.622).

formação do Self depende de uma relação de sociabilidade bem sucedida com o outro. Isso já afeta a argumentação jurídica, porque mostra que existe uma lógica de “reconhecimento” anterior à capacidade de argumentação (HABERMAS, 1987a, p.50).

Resumindo, o indivíduo com problemas psicológicos não consegue se conectar à realidade, seja pelos fatos ou pelos sujeitos (HABERMAS, 1987a, p.50-51).

Habermas, realizando uma reinterpretação de Alfred Lorenzer, afirma que a estrutura psíquica é composta por duas organizações simbólicas, geneticamente consecutivas. A esfera mais arcaica é composta pelo que Habermas chama de paleossímbolos, adquiridos na primeira infância, antes do aprendizado da linguagem. Já a esfera mais recente corresponde à linguagem utilizada de maneira comum. No nível dos paleossímbolos existe uma lógica de privatização e de primitivo, no sentido de que é um tipo de linguagem que não é possível distinguir entre signos, referentes e conteúdos semânticos. Não é possível diferenciar entre realidade e aparência e entre o mundo público e privado. Nesta perspectiva, o recalque é visto como um processo em que as representações proibidas são banidas para a esfera paleossimbólicas. Como consequência, a comunicação fica obstruída por meio do recalque, uma vez que todos os desejos proibidos são introjetados para um tipo de linguagem a qual é estrangeira para o próprio indivíduo. Além disso, Sérgio Rouanet cita também os mecanismos de defesa como projeção e negação, em que o indivíduo perde a capacidade de suportar determinada realidade a qual vai de encontro àquilo que ele deseja (ROUANET, 1983, p.330).

Por meio dos *paleossímbolos* Habermas demonstra que o indivíduo possui uma lógica de desenvolvimento interno. Tal desenvolvimento interno é importante, tendo em vista que, quando o indivíduo não consegue avançar no seu próprio desenvolvimento, ele confecciona uma linguagem primitiva a qual gera danos sociais e que o impossibilitam de se comunicar (HABERMAS, 1987a, p.51).

O indivíduo, sempre que se relaciona com outra pessoa, realiza um processo de transferência <sup>19</sup>. Esse processo tem dois sentidos: (1) o primeiro é que existe uma troca emocional entre dois parceiros linguísticos; (2) o segundo é que existe uma projeção de papéis da infância (geralmente os pais) na outra pessoa, no sentido de que as pessoas mais afetuosas ou os sentimentos mais profundos de proteção e identidade são projetados na outra pessoa.

---

<sup>19</sup> Conforme o Dicionário de Psicanálise, transferência consiste num processo constitutivo do tratamento psicanalítico mediante o qual os desejos inconscientes do analisando, concernentes a objetos externos, passam a se repetir no âmbito da relação analítica, na pessoa do analista, e este se coloca na posição desses diversos objetos externos (MICHEL PLON; ROUDINESCO; 1998, p.766-767).

Isso significa uma lógica de reconhecimento ou de identidade anterior à construção dialógica.

O que comprova tal perspectiva, na teoria da hermenêutica profunda de Habermas, é justamente o fato de que quando existe uma tentativa terapêutica, como a citada de Alfred Lorenzer, o analista tenta se aproveitar desta transferência automática, para reconstruir no indivíduo doente uma cena traumática a qual o indivíduo não pode elaborar (HABERMAS, 1987a, p.44).

O trauma se caracteriza justamente por um tipo de experiência que o indivíduo não consegue simbolizar (HABERMAS, 1987a, p.45).

Já o sintoma se caracteriza por um processo de dessimbolização. Um processo de criação de um tipo de linguagem, que não é crível nem para si nem para os outros e que se manifesta por meio de outro tipo de linguagem, geralmente nos aspectos corpóreos (HABERMAS, 1987a, p.44-45).

Explicitado alguns aspectos da teoria de Freud, pode-se, por fim, explanar como as quatro idealizações de Dworkin são afetadas.

Primeiro, Freud demonstra que a lógica interna do indivíduo a fim de argumentar ou exercer a linguagem, o conhecimento de si mesmo, é algo contingente. O indivíduo é marcado por lógica de socialização traumática, e existe uma lógica de organização psíquica que, quando o indivíduo não é bem sucedido em lidar com ela, tem o potencial de afetar a argumentação.

Neste ponto, filosoficamente, Freud afeta a perspectiva de Hart e Dworkin de capacidade de conversão dos preconceitos sociais em argumentos jurídicos, tendo em vista que as pessoas são incapazes, muitas vezes, de identificar suas próprias patologias, visto que elas se tornam inconscientes.

Segundo, Freud demonstra que a lógica de descoberta dos fatos está sujeita, no plano psíquico, à capacidade dos indivíduos de diferenciarem o real do irreal. Neste viés, psicóticos, como demonstrou Freud, possuem um potencial de não saberem distinguir o real daquilo que é real. Se partirmos do pressuposto de que as pessoas realizam um investimento erótico na realidade, e muitas vezes o real é insuportável, pode-se dizer que Freud inaugura uma relação erótica entre a realidade e os fatos. Como consequência, no plano jurídico, se a argumentação ou a interpretação jurídica ocorre na prática, os indivíduos terão dificuldade em se empenharem na busca da verdade jurídica.

Terceiro, na analítica dos sonhos, Freud demonstra que o movimento da interpretação está relacionado a investimentos eróticos, os quais muitas vezes não estão claros para o sujeito. A crítica da ideologia nos termos da Psicanálise demonstra que a interpretação de

símbolos e de textos sempre está sujeita a uma interpretação hermenêutica, mas também relacionada a processos psicológicos os quais podem afetar a compreensão de sentido e de realidade dos significados textuais.

Neste raciocínio, a relação autor e texto não é uma relação de clarificação de sentido, como preceitua Dworkin, mas uma relação passível de deformações e más compreensões em decorrência de processos traumáticos.

Finalmente, Freud demonstra por meio do conceito de sintoma como o corpo transmite ou expressa socializações mal desenvolvidas. Na prática jurídica, existe o potencial do indivíduo trazer formas de socializações, expressos no âmbito retórico, as quais impedem processos de expressão de sinceridade e autenticidade sobre o seu mundo interno.

### 2.3 O PROBLEMA DO DISCURSO MONOLÓGICO DO JUIZ HÉRCULES

No campo da tradição da teoria do direito, pelo menos da maneira como Habermas se apropria da tradição jurídica, a teoria de Dworkin possui dois déficits: (1) um argumentativo; (2) e um hermenêutico (HABERMAS, 1997b).

O déficit hermenêutico se dá pelo fato de que Habermas parte da constatação filosófica das teorias da argumentação de que a construção das argumentações jurídicas se dá, do ponto de vista cognitivo, por meio de antecipações hermenêuticas e construções dialógicas (HABERMAS, 1997b, p.274-275).

Um indivíduo nunca chega na argumentação jurídica sem que haja um consenso prévio, hermenêutico, já constituído. Além disso, as argumentações de fato e de direito são construídas no decorrer da argumentação (GUNTHER, 2004, p.335).

Em decorrência disso, para que haja garantias de uma imparcialidade argumentativa, é necessária a formulação de regras mais precisas, para garantir que as partes possam chegar a alguma verdade.

Obviamente Dworkin formula consensos pré-paradigmáticos para controlar a argumentação das partes e do juiz. Mas não existem formulações mais precisas sobre as argumentações sobre os fatos, por exemplo, ou até mesmo a constatação filosófica de que a argumentação é construída pelas partes e não pelo juiz (DWORKIN, 1999, p.81).

Outra problemática é que Dworkin não sinaliza que existe um desnível entre o juiz e as partes. Neste viés, existe a necessidade de institucionalizar condições de argumentação para “controlar” a argumentação do juiz. O juiz não pode desenvolver uma decisão somente nos seus próprios argumentos, mas deve também estar aberto aos argumentos das partes, e compreender que existem regras anteriores desenvolvidas seja pelas partes, seja em paradigmas jurídicos, os quais devem condicionar a decisão do juiz (HABERMAS, 1997b, p.274-275).

Como consequência, ele não constata que numa argumentação jurídica podem haver microformas de exclusão.

## 2.4 HABERMAS E A TENSÃO EXTERNA DA ADJUDICAÇÃO: A TEORIA DISCURSIVA E A PSICOLOGIA CRÍTICA

Uma vez explanadas as críticas ao debate Hart-Dworkin, do ponto de vista da crítica da ideologia e do discurso monológico do juiz Hércules, cabe agora explicitar como Habermas se posiciona (ou poderia se posicionar) em relação a estas questões.

No primeiro momento será feito um contraste entre a teoria de Habermas e do debate Hart-Dworkin, do ponto de vista da crítica da ideologia. Habermas vai ser um autor interessante porque não partirá do pressuposto de um processo de tradução dos preconceitos para argumentos jurídicos *somente*. Mas vai sugerir a importância de se definir as condições de argumentação em condições ideais, para que haja argumentação jurídica legítima.

No segundo momento será explanado o discurso terapêutico como um componente da teoria da argumentação. No nível filosófico, será defendido que a teoria da imparcialidade argumentativa ou processual de Habermas preceitua uma tensão entre socialização e validade na teoria da argumentação jurídica; e a ação dramatúrgica com um médium corporal o qual aloca a (auto) compreensão retórica dos participantes.

### 2.4.1 Condições ideais e crítica da ideologia

O que será interessante na teoria de Habermas é que ele estabelecerá uma prioridade do caso concreto em termos argumentativos. Isso tem dois significados: o primeiro é que Habermas estabelecerá a problemática da adjudicação investigando quais as condições argumentativas para se construir um caso concreto de maneira legítima; segundo é que Habermas, do ponto de vista da tradição da crítica de ideologia, estabelecerá condições ideais de neutralização e imunização de patologias que possibilitarão a preponderância da força do melhor argumento (HABERMAS, 1997a).

O caso concreto para Habermas é um tipo de argumentação destinado para a adequação da norma. Numa situação hipotética, as partes os quais têm como telos resolver um determinado conflito normativo por meio do diálogo, irá partir do pressuposto que uma norma jurídica não pode ser construída prescindindo da construção do caso concreto. Isso porque há sempre uma precariedade cognitiva dos indivíduos de saber qual é a verdade em dois pontos

de vista: a verdade normativa e a verdade sobre os fatos. A verdade normativa significa um questionamento sobre aquilo que é justo. A verdade fática significa um questionamento sobre aquilo que é real. Para Habermas, tanto a verdade normativa quanto a verdade fática não dependem somente de um esforço “psicológico” para se alcançar a verdade, no sentido de realmente o indivíduo se empenhar em ter “segurança” sobre aquilo que se diz (HABERMAS, 1997b, p.284; HABERMAS, 1997a, p.132).

Isso porque a verdade não depende de uma certeza psicológica ou de uma intuição. Muitas vezes aquilo em que as pessoas acreditam, seja a respeito da verdade dos fatos seja da verdade normativa, está profundamente ligada aos preconceitos de determinado contexto cultural. Em decorrência disso, é necessário criar critérios ou regras formais para que as pessoas possam “falsear” seus conhecimentos. Do ponto de vista dos fatos, por exemplo, existe critérios institucionais para saber aquilo que é científico ou não, seja nas ciências teóricas ou nas discussões fáticas do direito. Do ponto de vista das normas, estas não se confundem com a discussão fática, porém, exigem critérios de correção. No caso, do ponto de vista moral, o critério de universalização é um bom critério.

No discurso de aplicação, esse critério de universalização partirá do pressuposto de que as interpretações das normas jurídicas, de fatos ou normas, sempre serão hipotéticas. Elas dependem de condições ideais, em que as pessoas possam apresentar todas as versões do fato e participar do procedimento de maneira equânime.

A partir daqui já se pode apresentar uma primeira relação entre adjudicação e crítica da ideologia. Habermas incorpora ou poderia incorporar a mesma forma de lida com os preconceitos das estratégias teóricas de Hart e Dworkin. Em Hart porque Habermas defenderia que, apesar de qualquer pessoa ter preconceitos sociais, o que importaria na adjudicação é aquilo que ela expressaria argumentativamente (juridicamente). Com Dworkin ele concordaria com a ideia de que os preconceitos sociais podem ser lidados argumentativamente, partindo do pressuposto de que existem critérios objetivos (de transcendência) para superar os preconceitos sociais.

Entretanto, Habermas é mais crítico do que Dworkin, porque ele não aposta (somente) na institucionalização de um consenso textual para servir como critério para o controle da argumentação. Para Habermas devem existir condições pragmáticas, ou mais especificamente, *condições corporais* para ocorrer a legitimidade argumentativa.

Habermas será um autor que não desvinculará a argumentação com a dimensão expressiva e de inteligibilidade da argumentação jurídica. E obviamente isso também possui

relação com a crítica da ideologia (HABERMAS, 1997a, p.150).

A dimensão de inteligibilidade está relacionada com o pressuposto de que a argumentação tem como condição anterior um consenso linguístico e teórico a respeito das questões jurídicas. Tal consenso não está relacionado somente no nível interpretativo, mas no nível pré-interpretativo (HABERMAS, 1997a, p.150-153).

A dimensão da expressividade está relacionada à possibilidade de expressão da própria subjetividade do indivíduo ou indivíduos. Uma das exigências das condições argumentativas de Habermas é a exigência de sinceridade. Porém, tal exigência não se resume somente a um empenho psicológico. Mas está relacionado à construção de interações, as quais possibilitam essa sinceridade (HABERMAS, 1997a, p.150-153). Quando contrapostas a inteligibilidade e a expressividade à crítica de ideologia, ocorrem determinados fenômenos e questões, os quais o debate Dworkin e Hart não recepcionam: (1) a não identificação de condições ideais pragmáticas e corporais (expressivas e de inteligibilidade) que subjazem o processo de tradução dos preconceitos para a argumentação jurídica; (2) a não sinalização da capacidade dos indivíduos de identificar, gerir, remediar e neutralizar, pelo menos num ponto de vista filosófico mínimo, suas próprias patologias.

#### **2.4.2 A teoria do processo judicial de Habermas: as restrições sociais**

Habermas, ao desenvolver a relação entre crítica da ideologia e teoria da argumentação, estabelece mais um nível para a institucionalização de condições ideais em que prepondere a força do melhor argumento. Ele afirmará que o direito processual tem como telos a institucionalização de condições de imparcialidade processual o qual pode oferecer garantias filosóficas de que as partes possam argumentar em condições ideais (HABERMAS, 1997b, p.291).

Um dos componentes dessa teoria processual é a perspectiva de que a argumentação jurídica, pelo menos as partes, se institucionalizam por meio de papéis sociais. Esses papéis sociais são distribuídos entre a defesa, a acusação e o juiz, a fim de possibilitar que, mesmo que as partes tenham um interesse estratégico para chegar a uma resposta não verdadeira, pelo menos aos olhos do juiz, as regras processuais são engajadas para que isso não ocorra (HABERMAS, 1997b, p.292).

No nível do processo, Habermas reformula as mesmas idealizações da sua teoria da

argumentação, como necessidade de sinceridade e de expressividade ideal, mas o direito processual parece ter algo mais ou um incremento, porque sugere a possibilidade, de maneira mais consequente, da institucionalização de formas de remediação e neutralização, tendo em vista que as pessoas que vão participar do processo, geralmente estabelecem um diálogo entre estranhos, e mesmo assim, como já dito, as regras do processo são formuladas para chegar à verdade.

Do ponto de vista da crítica da ideologia, formulada nos termos de Hart-Dworkin, a problemática da tradução de preconceitos em argumentos jurídicos é reforçada e mantida sob o pressuposto de que as partes, assim como o juiz, principalmente este último, estarão engajados ou predispostos à argumentação. E o fato de haver uma abertura dialógica, o fato de haver o diálogo, pode reforçar tal potencial de remediação e autopercepção dos preconceitos caso o indivíduo não esteja percebido dos mesmos.

### **2.4.3 A ação dramatúrgica como um componente psicológico da imparcialidade processual**

#### 2.4.3.1 O discurso terapêutico

As condições idealizadas de consciência dos preconceitos estabelecidas por Hart e Dworkin, foram reformuladas por Habermas, como condições de interação idealizadas, onde predomina a força do melhor argumento. Entretanto, ainda resta a problemática da crítica da ideologia, tal como denunciada por Freud (de Habermas).

Na perspectiva da crítica da ideologia existe um pressuposto filosófico de *precariedade social e psicológica do indivíduo*. Sob a perspectiva da Psicanálise, a perspectiva do indivíduo é de que ele sofreu uma socialização traumática.

Habermas, ao formular sua teoria da imparcialidade, associa com as condições ideais da argumentação, no sentido de, para que uma argumentação seja legítima a formação do Self deve ser intacta, por assim dizer. Entretanto, como já dito, a partir do momento em que se insere a problemática da imparcialidade jurídica na tradição da crítica da ideologia, se abre no nível filosófico uma nova tensão que vai para além da tensão entre facticidade e validade, modelada para lidar com o pluralismo cultural. Agora a problemática de Habermas, na sua pretensão de imparcialidade, se abrirá para a problemática de sociedades estratificadas nos seus diferentes modelos. E simultaneamente, contará como uma teoria social da adjudicação,

a qual se pretende apta a institucionalizar condições argumentativas, do ponto de vista sociológico, para garantir a possibilidade de verdade.

Face ao problema denunciado pela própria hermenêutica profunda, quando relacionado com o direito e a adjudicação, o discurso jurídico fica condicionado ao discurso terapêutico. Isso significa que as condições ideais somente poderão se institucionalizar se houver condições ideais de subjetividade intacta, como já dito; porém, o discurso jurídico também realizará uma abertura às ciências sociais críticas, mais especificamente, da psicologia e das ciências sociais. Começemos pela psicologia crítica.

O diálogo psicanalítico não é um discurso (diálogo) semelhante ao diálogo moral ou jurídico. Isso porque, se no diálogo moral existe uma posição simétrica entre os participantes, e no discurso jurídico, apesar de não haver essa simetria, existe um esforço institucional, principalmente do direito processual em formular condições de institucionalização de condições simétricas, no discurso psicanalítico há uma posição de não simetria entre o paciente e o analista. No sentido de que o paciente é “dependente” do vocabulário do analista e do seu olhar científico para criar uma narrativa ou criar uma dinâmica para ter acesso às suas próprias questões e traumas, a fim de ter o potencial de remediar um self traumatizado e se tornar um indivíduo apto para exercer seu poder comunicativo. A função do discurso terapêutico é justamente oferecer essas condições (HABERMAS, 1997a, p.157).

O discurso terapêutico endossa uma perspectiva de que os indivíduos ao passarem por um processo de socialização estão sujeitos à formação de um self traumatizados por ideologias de dominação ou simplesmente por processos patológicos com a família, por exemplo, e em decorrência disso, o indivíduo possui uma constituição de autoengano. Neste viés, os indivíduos ao procurarem o analista, tentam reconstruir condições de remediação destas falsas percepções de si, a fim de se conectarem com seus próprios sentimentos e possibilitarem uma subjetividade apta para a argumentação.

Importante destacar é que, apesar do indivíduo ser dependente do analista e do seu discurso técnico, a perspectiva de cura terapêutica é um poder inerente a qualquer indivíduo, seja por sua capacidade de reflexão, seja pela capacidade de criar laços de afeto com seus amigos e familiares, por exemplo. Isso é importante porque demonstra que os indivíduos, nas suas relações sociais e linguísticas com outras pessoas, sempre têm o potencial de criar dinâmicas saudáveis ou não saudáveis, por assim dizer.

No caso da argumentação jurídica, teóricos como Dworkin e, em parte Habermas, partem do pressuposto idealizado de que o indivíduo é apto para argumentar e para traduzir

seus preconceitos para uma linguagem jurídica. Porém, do ponto de vista da Psicanálise, o indivíduo possui uma lógica narrativa (anterior) à argumentação. Tal lógica narrativa tem como intuito justamente formar a identidade de um ego, para que ele seja capaz de equilibrar seu mundo interno e traduzir linguisticamente seus sentimentos.

A partir do momento em que o indivíduo possui uma falha na constituição dessa narrativa, se estabelece uma tensão entre a lógica do self e a idealização da teoria do direito de uma consciência argumentativa intacta. A manutenção dessa tensão é importante porque é ela que fundamenta uma abertura das condições argumentativas de Habermas a pesquisas antropológicas, da psicologia crítica, por exemplo, a qual investiga formas de sociabilidade que sejam aptas para participar da argumentação.

Além disso, uma vez estabelecida a relação entre sociabilidade ideal (não traumatizada) e pretensões de validade (baseadas numa consciência racional argumentativa intacta) mostra a dependência, no nível das ciências sociais humanas, das pretensões de validade de Habermas, de conhecimentos sociais. Em outras palavras, mostra a dependência de uma teoria da imparcialidade processual dos conhecimentos da psicologia.

#### 2.4.3.2 Ação dramatúrgica e psicologia crítica

Se partimos das quatro idealizações de Dworkin, questionadas por Habermas, este trabalho gostaria de manter em aberto a tensão entre socialização e validade, formulando que a imparcialidade processual é constituída por interações dramatúrgicas.

Neste viés, a precariedade cognitiva será um pressuposto da teoria do direito habermasiana, com a potencialidade de justificar filosoficamente a exigência de pesquisas empíricas, no sentido de como já dito, que a problemática da validade do direito tem o potencial de ser auxiliado pela pesquisa das ciências humanas.

O telos, segundo os pressupostos questionados por Freud é justamente inquirir quais as condições que sujeitam os indivíduos a se tornarem inaptos e demonstrar maturidade psicológica para participar de alguma argumentação, como a lógica erótica da psique afeta as condições ideais da argumentação, como por exemplo, a impossibilidade de distinguir o real ou irreal, ou a relação entre possíveis defesas psíquicas contra argumentações válidas racionalmente, do que exatamente é o mundo interno do indivíduo e como ele condiciona a lógica da argumentação. Aqui nesta última ideia se mantém a questão do que é ser racional ou não.

E, quanto ao quarto pressuposto, de quais as formas de resistência e sintomas, expressas através do corpo, os quais servem de uma dramaturgia prévia, para institucionalizar, pelo menos no ponto de vista dos corpos, condições de argumentação.

A ação dramática colocaria em evidência a perspectiva retórica e corporal dos indivíduos, como um componente sociológico, onde os indivíduos teriam o potencial de autogerirem suas práticas argumentativas a fim de identificar não somente seus próprios sentimentos e vivências; mas também identificar as dinâmicas corpóreas herdadas em formas de socializações traumáticas ou construídas em sociedades estratificadas.

A ação dramática, por fim, traria para a imparcialidade processual o potencial de investigar microformas de poder social, em contato com os modelos de ciências sociais críticas, seja a psicologia seja a sociologia, no qual determinadas expectativas de normalização ideal estaria sempre suspensa ou questionada a fim de inquirir quais as condições (corporais) e institucionais seriam mais aptas para permitir uma construção argumentativa ideal. E, faz jus à ideia de que o corpo e seu repertório retórico é um recurso social o qual pode ser utilizado na argumentação e distribuído de maneira desigual.

#### 2.4.3.3 Poder comunicativo e psicologia crítica

Uma vez estabelecidas as condições da psicologia crítica, este trabalho gostaria de finalizar com um modelo de prática de poder, baseado na psicologia. O intuito é somente sugerir que as condições psicológicas prenunciam, as margens da argumentação, outras dinâmicas sociais.

Habermas estabelece uma diferença entre ação comunicativa e ação estratégica. Este tópico gostaria de formular esses dois enfoques no ponto de vista de uma psicologia crítica.

A ação comunicativa e a ação estratégica, quando transpostas para a adjudicação, podem ser reformuladas como aquilo que Perelman estabelece como a diferença entre persuasão e convencimento. A persuasão está relacionada ao enfoque na manipulação psicológica de um indivíduo sobre o outro. Já o convencimento está relacionado ao enfoque de convencer argumentativamente alguém (PERELMAN & OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p.29).

Na prática é muito difícil identificar se alguém está sendo persuadido ou convencido por algum argumento. Duas coisas podem ser ditas a respeito desta última ideia: (1) mesmo que seja difícil constatar a diferença entre persuasão e convencimento, na prática, se percebe

que essa diferença é útil para que sempre se possibilite um esforço em investigar ou questionar se alguém está sendo persuadido por algum argumento ou convencido por algum argumento; (2) do ponto de vista do poder comunicativo, “o poder de convencimento” é um único de poder legítimo, ao contrário do poder de persuasão.

Um dos pressupostos da socialização ideal é uma subjetividade intacta. É a construção de um tipo de subjetividade que seja capaz de utilizar a própria língua, não do ponto de vista hermenêutico (de simplesmente ter acesso ideal as suas vivências); ou do ponto de vista analítico (ser capaz de seguir regras); mas possuir autogestão psicológica para identificar suas próprias dinâmicas internas e remediá-las.

Quando o indivíduo, na perspectiva de Habermas, não consegue lidar com seus próprios traumas ou seus conflitos não resolvidos, a sua capacidade de argumentação, pelo menos do ponto de vista ideal, fica prejudicada. Ele se torna incapaz de realizar a conexão entre argumentação e demandas subjetivas tendo como pressuposto que a argumentação seja moral ou jurídica, tem como pressuposto expressar uma demanda interna e resolver um conflito intersubjetivo.

Ao mesmo tempo, entretanto, a dimensão subjetiva ou psicológica também tem uma dimensão de poder. O indivíduo, ao estabelecer uma relação com outro indivíduo, no sentido de começar a argumentação, estabelece uma relação de transferência. Assim, ele marca a sua presença frente a outro indivíduo. E quando isso ocorre, ele traz dinâmicas psicológicas as quais estão relacionadas à capacidade de estar com outro e se relacionar com o outro. Porém, dinâmicas psicológicas inevitavelmente ligadas a sua formação da personalidade, no sentido de que as influências sociais, as quais ele incorporou no seio da família, são relevantes para a sua capacidade de argumentação.

Do ponto de vista da sociologia crítica a dimensão psicológica da argumentação é um componente social que institucionaliza a argumentação. Neste raciocínio, os indivíduos se utilizam dessa dimensão psicológica para construir um ambiente intersubjetivo para chegar a um consenso ou estabelecer uma relação de manipulação ou de estratégia.

Este trabalho gostaria de sugerir que a psicanálise discursiva de Habermas ou a hermenêutica profunda, desenvolvida por ele, pode ser utilizada como uma ciência social crítica o qual pode oferecer um componente antropológico e terapêutico para uma teoria discursiva da adjudicação.

Antropológico porque oferece uma perspectiva do que é o ser humano. E terapêutico porque oferece modelos para identificar dinâmicas psicológicas e avaliar condições

psicológicas, em que as partes são maduras para participar de uma argumentação.

Por meio de uma ciência social crítica, como a psicanálise discursiva ou hermenêutica profunda, o indivíduo incorporará um modelo antropológico que servirá como componente para o exercício do poder, seja para persuadir seja para convencer.

Esse modelo antropológico afirmará que o indivíduo: (1) possui uma identidade narrativa; (2) que as primeiras experiências ocorridas na infância são fundamentais para o desenvolvimento do adulto; (3) que a dimensão retórica pode conter dimensões inconscientes, muitas vezes ocultas para o indivíduo; (4) que o corpo institui dinâmicas de transferência que afetam, do ponto de vista emocional, os outros indivíduos; (5) que a argumentação tem um potencial terapêutico de cura dos sintomas ocorridos na primeira infância.

A primeira constatação antropológica é de que o indivíduo possui uma identidade narrativa. Isso significa que, na participação de qualquer comunicação ou de uma argumentação, o indivíduo não somente está argumentando, mas também reformulando a sua identidade narrativa, pelo menos do ponto de vista psicológico. Isso significa que, se o indivíduo tratar de temas os quais confirmem ou neguem a sua identidade, pode ser relevante para se vencer ou perder a argumentação.

Essa perspectiva é importante porque do ponto de vista psicológico, o fato de o indivíduo ser constituído por uma identidade narrativa oferece ao argumentador a noção de que aquilo ou o que está sendo dito é fundamental para a institucionalização de um poder comunicativo ou estratégico.

A segunda perspectiva está relacionada à maturidade psicológica. Para a psicanálise, aqui interpretada por Habermas, o indivíduo precisa passar por estágios de desenvolvimento que os tornam aptos para exercer a argumentação. Se o indivíduo na primeira infância sofre algum trauma, este trauma se manifesta na argumentação do indivíduo.

Neste sentido, a problemática da maturidade psicológica demonstra, do ponto de vista psicológico, a existência de uma dimensão que aos olhos da psicanálise, remonta a primeira infância, a qual precisa estar bem desenvolvida para o exercício do poder comunicativo.

A terceira dimensão está relacionada com as duas anteriores. É a perspectiva do sintoma. Para a hermenêutica profunda o indivíduo, ao participar da comunicação, quando possui perspectivas mal desenvolvidas, manifesta por meio do corpo ou dos seus aspectos retóricos, os seus traumas. Esse componente é importante porque demonstra que, do ponto de vista da hermenêutica profunda, os sintomas corporais são manifestações presentes na argumentação e que o indivíduo, engajado no exercício do poder de convencer ou persuadir,

deve estar sensível a esses aspectos.

A quarta dimensão é a perspectiva da transferência. Quando o indivíduo está com outro indivíduo, numa perspectiva argumentativa, há um processo de transferência, uma troca emocional de um indivíduo para outro. Essa perspectiva emocional é fundamental para a construção de uma boa argumentação.

E por fim, existe a perspectiva de que a argumentação, auxiliada pela psicologia, tem o potencial de oferecer uma perspectiva terapêutica. Em outras palavras, antes de o indivíduo exercer uma comunicação, ele pode também elaborar sobre o mundo interno e permitir que o diálogo seja um processo de aprendizagem, existencial ou sobre as possíveis patologias da comunicação.

## **CAPÍTULO 03 - BOURDIEU, DWORKIN E HABERMAS: O PROBLEMA DO PODER RETÓRICO NA SOCIOLOGIA DA ADJUDICAÇÃO**

Já foi explicitado no tópico anterior a tensão entre facticidade e validade (socialização e poder comunicativo) do ponto de vista de Dworkin, psicanálise e Habermas.

Neste capítulo, será feita uma reformulação entre a tensão entre facticidade e validade tendo como fio condutor Dworkin e Bourdieu, e investigando como Habermas poderia se posicionar em relação a esta tensão.

Este trabalho pretende defender que Bourdieu apresenta os seguintes desafios para Dworkin: (1) uma teoria mais complexa do self corporal, presente na sua teoria do habitus jurídico; (2) uma teoria que traz para a sociologia da adjudicação a problemática da historiografia e da sociologia crítica como defensoras de um sistema social da adjudicação (do judiciário) como um ambiente social formado em condições desiguais e contra a institucionalização de uma imparcialidade argumentativa.

As respostas de Habermas serão duas: (1) uma teoria da ação dramaturgica como sensível ao problema da identidade, recepcionando dentro da teoria dos paradigmas a problemática da igualdade sacionormativa; (2) uma (possível) abertura da esfera pública a aprendizados institucionais de remediação e neutralização de desigualdades sociais e históricas, pelo menos enquanto garantia teórica.

### **3.1 ALGUMAS IDEALIZAÇÕES SOCIOLÓGICAS DA ADJUDICAÇÃO DE DWORKIN**

Não há a necessidade de explicitar novamente a teoria do juiz Hércules e a teoria da Integridade de Dworkin.

O objetivo agora é partir do pressuposto, para que seja possível o diálogo com Bourdieu, de que existem algumas idealizações sociológicas na teoria de Dworkin a fim de seja possível uma resposta correta.

São basicamente duas idealizações.

A primeira é que os participantes, quando começarem uma prática argumentativa jurídica, encontrarão condições socioargumentativas onde não existirão diferenças *de status* entre os partícipes. Significa que as condições simbólicas relacionadas à sua identidade não

serão fatores relevantes que influenciarão de maneira ilegítima uma argumentação. De maneira mais específica, o fato de *ser negro, mulher, homossexual ou imigrante ou pobre*, não será um fator, nas práticas argumentativas, os quais lhe darão menos estágio ou menos prestígio na argumentação para influenciar o juiz. E aqui, quanto ao pobre, por exemplo, se refere somente a dimensão simbólica, e não à dimensão de recursos econômicos para bancar um advogado ou arcar com os custos do processo.

A segunda é a combinação entre teoria do direito e, diretamente, historiografia e sociologia crítica. Aqui a problemática é, dentre as idealizações da teoria do direito de um poder comunicativo ideal, como se portar perante a abordagem da teoria dos campos jurídicos, por exemplo, que reconstróem aspectos institucionais da adjudicação como marcados por lutas de classes (e poder social em geral), lutas por ocupação dos espaços institucionais (o judiciário ser constituído por homens, brancos, ricos e heterossexuais) e, a adjudicação ser associada à formulação de serviços jurídicos (por advogados com interesses corporativos e financeiros)?

Este trabalho gostaria de, por meio da teoria dos campos de Bourdieu, fazer uma crítica a essas idealizações de Dworkin, para posteriormente colocar Habermas como um autor que pode recepcionar as críticas da sociologia crítica de Bourdieu e, simultaneamente, deixar em aberto sua abordagem como uma tensão de socialização identitária versus as pretensões ideais de validade da sociologia da adjudicação habermasiana.

A teoria de Bourdieu será apresentada em quatro momentos: (1) primeiro, serão expostos alguns aspectos preliminares da teoria de Bourdieu; (2) segundo, será explicitada a teoria de Bourdieu como uma teoria que defende um poder cênico; (3) serão evidenciadas as críticas de Bourdieu e as idealizações de Dworkin; (4) serão realizadas algumas considerações introdutórias sobre a tensão entre a estratégia de sociologia crítica de Bourdieu e a estratégia de Dworkin.

### 3.2 ALGUNS ASPECTOS PRELIMINARES DO TEXTO DE BOURDIEU

O texto *A força do direito: Elementos para uma sociologia do campo jurídico* possui uma Introdução e cinco temas: (1) a divisão do trabalho jurídico; (2) a instituição do monopólio; (3) o poder de nomeação; (4) a força da forma; (5) os efeitos da homologia. A fim de facilitar a exposição dos argumentos, será utilizado como material textual (exegético)

e expositivo somente *o primeiro tema: a divisão do trabalho jurídico*.

Neste tema, pretende-se estabelecer duas problemáticas da relação entre Dworkin e Bourdieu: (1) que há uma lógica retórica e de normalização social antes da construção argumentativa a qual envolve elementos de poder social na prática da adjudicação; (2) que existe a combinação de uma historiografia e sociologia crítica incrédula à idealização de igualdade da comunidade política e jurídica (direito e política como integridade) presentes em Dworkin.

### **3.2.1 Alguns aspectos teóricos da teoria de Bourdieu**

Bourdieu será um autor que não está preocupado com a legitimidade da adjudicação. Tampouco está focado em manter a unidade da experiência normativa como Hart e Dworkin (BOURDIEU, 1989, p.209).

Porém, é um autor que, a seu modo, concorda que o direito enquanto instituição tenta resolver conflitos por meio da interpretação de texto que autoriza o uso da força física e como instituição que se destina a resolver conflitos e aspira a uma autonomia das outras instituições. Em outras palavras, Bourdieu concordaria que, como prescreve o positivismo jurídico, o direito tenta se diferenciar da etiqueta, da moral e dos costumes (BOURDIEU, 1989, p.209-211).

Para Bourdieu, entretanto, a perspectiva positivista é ideológica. Ideológica no sentido de que a autonomia do direito é uma autocompreensão deformada ou “mentirosa” dos partícipes do direito. Pois, na verdade, ela serve para dois motivos: (1) ocultar a perspectiva contingente de que o direito é histórico, cultural e estratificado; (2) e, em decorrência disso, o direito reproduz formas de dominação ou de preconceitos sociais (BOURDIEU, 1989, p.209-211).

Entretanto, para Bourdieu comprovar esta ideia, se utiliza de uma sociologia do direito. Ele parte do pressuposto de que os enfoques da teoria do direito centrados na interpretação jurídica ou na argumentação jurídica são enfoques que endossam aquilo que ele denomina de “formalismo jurídico”. Para Bourdieu o grande problema dessas abordagens é que endossam uma autocompreensão da adjudicação como “auto-suficiente”. Endossam uma perspectiva da adjudicação como não histórica, não cultural e não estratificada (BOURDIEU, 1989, p.209-210).

Em decorrência disso, Bourdieu é profundamente incrédulo às teorias positivistas, as

quais pregam que a experiência normativa pode ser considerada como dissociada do seu contexto de mundo da vida.

Para substituir este tipo de abordagem Bourdieu vai considerar uma perspectiva realista tendo como pano de fundo uma perspectiva sociológica do direito. Uma espécie de “sociologismo” do direito. A perspectiva realista do direito, como já foi explicitado, é uma perspectiva incrédula em considerar o direito como uma prática normativa coerente, unitária e sistemática. Porém, Bourdieu vai trazer uma perspectiva provocante para a adjudicação, visto que, será um realismo que considerará, por meio de uma teoria de sociologia crítica, que o direito é sempre falho em se institucionalizar como equilíbrio de relações de poder (BOURDIEU, 1989, p.209-211; TARELO, 2017, p.96).

Bourdieu tocará em algo caro, na tradição da teoria do direito. Ele criticará a autocompreensão da teoria do direito como a de Dworkin, que as práticas da adjudicação têm como idealização de fundo uma equânime distribuição de poder na argumentação.

Apesar de Dworkin não desenvolver uma teoria do poder em sua teoria do direito, pode-se pressupor, por exemplo, que pelo fato de Dworkin compreender a adjudicação como uma prática argumentativa em que prepondera a força dos melhores argumentos, se pode dizer que Dworkin reivindica a institucionalização de iguais condições sociais (e de distribuição de poder) argumentativos (DWORKIN, 1999).

Ele defenderá por meio de sua sociologia crítica ou sociologia dos campos jurídicos que a teoria do direito sempre idealiza essa distribuição equânime de poder e, por causa disso, possui uma compreensão falha da realidade.

Então a crítica de Bourdieu ao positivismo jurídico possui dois níveis: (1) a incapacidade do positivismo perceber a sua vinculação cultural e sua vinculação de estratificação social; (2) a incapacidade do positivismo jurídico de perceber que as práticas do direito são mediadas *por uma lógica de recursos sociais interpretativos ou linguísticos*.

Para Bourdieu, o direito se institucionaliza na lógica dos recursos sociais interpretativos dos quais os participantes do direito sempre estão aquém. Porém, esses recursos sociais interpretativos se institucionalizam por meio de interações sociais. E seguem uma “lógica de um mercado simbólico<sup>20</sup>”, de uma distribuição desigual e desmedida entre os

---

<sup>20</sup> A teoria do mercado simbólico de Bourdieu consiste numa teoria sociológica da linguagem na qual o aprendizado de uma língua está associado a estilos expressivos de dizer a mesma. Em outras palavras, aprender uma língua está absolutamente associado ao “saber dizer” uma. Bourdieu associa tal teoria realizando uma crítica à tradição estruturalista. Para Bourdieu tal tradição não realizou um estudo adequado das “condições de produção da língua”. As condições de produção da língua estão relacionadas a competências linguísticas adquiridas, as quais correspondem a habilidades de expressar a língua de determinado modo socialmente aceito, ou seja, condições subjetivas. E condições objetivas, uma vez que esta aceitabilidade está relacionada a determinadas regras

participantes, os quais sempre estão em disputa.

Como será explicitado mais à frente, essa lógica de recursos sociais remete a uma distribuição de condições cênicas prévias à construção de qualquer argumentação. Isso significa que, para Bourdieu, devido ao conceito de habitus jurídico, antes de se construir a argumentação, o indivíduo institucionaliza condições retóricas ou corporais de comunicação, que são herança dos seus processos de socialização.

A partir do reconhecimento da distribuição desses recursos sociais interpretativos, Bourdieu realiza uma crítica a uma segunda tradição, de acordo com a sua teoria: a tradição do instrumentalismo jurídico (BOURDIEU, 1989, p.210).

O instrumentalismo jurídico é uma abordagem mais próxima do realismo jurídico. No sentido de defender que o direito não pode ser compreendido na perspectiva da teoria do direito, como uma teoria que busca a autonomia do direito. Ao contrário, o direito é um reflexo direto não somente das determinantes culturais e estratificadas da sociedade, como também das distribuições de poder presentes na sociedade (BOURDIEU, 1989, p.210).

Para Bourdieu essa teoria é equivocada porque não leva em conta que, apesar do direito estar relacionado com as distribuições de poder presentes na sociedade, ele possui “um médium” de distribuição de recursos sociais interpretativos que determina a argumentação jurídica. O direito não é uma reflexão direta da correlação de forças da sociedade, mas é mediado pela institucionalização de uma linguagem técnica dos especialistas do direito. Isso significa, por exemplo, que para um homem numa sociedade machista exercer o poder jurídico (nos termos de Bourdieu) na adjudicação, o seu poder não será exercido diretamente pelo poder social, mas será mediado por uma linguagem jurídica que justifique tal poder.

---

linguísticas e sociais que impõem ao intérprete determinadas sanções e censuras específicas quanto à forma de dizer. Esses modos de dizer a língua possuem uma lógica específica: lógica da distinção. A lógica da distinção está associada a outra lógica: a do “lucro simbólico”. A lógica do lucro simbólico é uma perspectiva sociológica da linguagem em que as práticas linguísticas dos indivíduos são compreendidas menos pela “intenção” dos agentes de se comunicarem, e mais pelos estilos “conscientes ou inconscientes” de ver suas produções ou práticas linguísticas aceitas. Tal aceitabilidade social está relacionada à lógica de poder e distinções sociais em que a linguagem possui dinâmicas internas de querer sempre ser hegemônica a reproduzir formas de poder social. E a questão da “intenção de comunicação dos agentes sociais” será menos priorizada por Bourdieu, uma vez que, para ele, a linguagem possui uma natureza indeterminada a qual sempre terá como resultado que nas interações comunicativas se pode compreendê-la pelos imperativos sociais que determinam o significado da língua. Em outras palavras, pelas dinâmicas de lucro simbólico. O lucro simbólico para Bourdieu está relacionado a dinâmicas anteriores às intenções comunicativas nas quais antes de informar algo, se comunica a respeito do jeito diferencial de informar, isto é, sobre o estilo expressivo a que se concede um valor social e uma eficácia simbólica. Tal valor expressivo e linguístico é determinado socialmente, numa luta convencional e social para determinar quais as formas de fala hegemônicas. Para Bourdieu, o significado da língua não é determinado somente em relação ao significado, mas também a lógicas “arbitrárias” de lutas políticas pela determinação do significado. Tais lógicas arbitrárias Bourdieu denomina de “força linguística” que corresponde a determinados jeitos de expressar acordados socialmente, por meio de lutas políticas, que servirão como mediação social para qualquer forma de comunicação (BOURDIEU, 2008, p.23-28; BOURDIEU, 2008, p.53-60).

Além disso, não somente existe um médium de distribuição, como também esse médium é distribuído por meio de lutas ou conflitos. Bourdieu será um teórico que afirmará que a adjudicação não pode ser explicitada como uma prática interpretativa, mas como uma luta prévia pela distribuição dos recursos sociais interpretativos que possibilitam a argumentação.

Por exemplo, imagine no direito, mais especificamente o Judiciário ou um tribunal construído historicamente por homens brancos, ricos e heterossexuais. De como existe uma possibilidade virtual da institucionalização de ambiente procedimental ou pré- discursivo não inclusivo ou não receptivo a subjetividades como mulheres, negros, pobres e homossexuais.

Somado a isso, Bourdieu será um autor que não explicitará adjudicação como algo que se destina à busca da verdade ou resolver formas de conflito. Mas como uma prática que se destina a reproduzir formas de poder e preconceitos sociais.

É tentando explicitar como o direito reproduz formas de disputa por recursos de poder (os quais não são um reflexo direto da correlação de forças da sociedade) e como o direito reproduz formas de preconceito social é que Bourdieu desenvolverá uma teoria dos campos jurídicos que tente preencher os déficits do formalismo jurídico e do instrumentalismo jurídico.

### **3.2.2 Teoria dos campos jurídicos como uma teoria da estetização do poder**

Bourdieu vai formular uma espécie de diagnóstico do direito contemporâneo. Pelo menos de maneira programática. Ou, em outras palavras, Bourdieu vai insistir na identificação de um fenômeno do direito, o qual se pode denominar de corporativismo jurídico (BOURDIEU, 1989, p.212).

Corporativismo (jurídico) será definido aqui como um conjunto de práticas informando que no fenômeno da adjudicação sempre existe um interesse oculto dos operadores do direito de preservar o seu saber jurídico (técnico) tendo como metodologia se diferenciar ou se opor ao não saber dos cidadãos (a sua não expertise) (BOURDIEU, 1989, p.212-215).

Bourdieu será um teórico que dará muito ênfase a essa questão. E na perspectiva deste trabalho é a questão central para se compreender o principal problema enfrentado pela teoria dos campos jurídicos, no sentido de qual desafio Bourdieu se presta a resolver ou denunciar.

O corporativismo jurídico vai ser apresentado por Bourdieu por meio de um programa teórico. De um lado, ele vai partir do pressuposto de que o direito é sempre, do ponto de vista histórico, antecedido por uma série de disputas e de lutas. Por meio de uma diferenciação analítica é como se Bourdieu elucidasse dois momentos para o direito: (1) primeiro, um grupo de pessoas com determinados recursos sociais, geralmente das classes dominantes, por contingências históricas criasse a instituição direito; (2) no segundo momento, elas se institucionalizam por meio de uma série de interações sociais, cujos os meios simbólicos para ter competência em dizer o direito são distribuídos de maneira desigual, mas, ao mesmo tempo, se institucionalizam numa lógica própria a qual já não mais se confunde com a correlação de forças iniciais da sociedade.

Para Bourdieu essa é a principal dinâmica denunciada pela sua teoria crítica do direito. Este se institucionaliza como um procedimento destinado a resolver conflitos, entretanto, é mediado por uma lógica oculta. Uma lógica em que os operadores do direito sempre estão preocupados em manter o seu poder jurídico. Seja para não perder contato com as classes dominantes, seja para manter o poder entre os seus pares. Neste viés, interessante é apontar a maneira como os operadores do direito institucionalizam tal dinâmica de poder, por meio da institucionalização *de um poder cênico* (BOURDIEU, 1989, p.212-214).

O poder cênico é uma denominação adotada por este trabalho para substituir o conceito utilizado por Bourdieu que é o de *habitus* jurídico. Para Bourdieu, o direito contemporâneo se institucionaliza por meio da distribuição de recursos interpretativos concomitantes a recursos cênicos ou expressivos. Também para ele, a perspectiva de poder interpretar um texto jurídico está profundamente ligada a uma performance ou estilo de interpretar um texto de determinada maneira.

O estilo mais importante na perspectiva de Bourdieu é *uma performance de imparcialidade ou neutralidade*. Para Bourdieu existe uma série de instituições, desde do próprio operador do direito, até instâncias como a comunidade jurídica (científica) e a hierarquia do próprio judiciário, que endossam esse tipo de performance (BOURDIEU, 1989, p.214-216).

O que será interessante é que, com este pano de fundo, Bourdieu vai se posicionar em relação a uma problemática importante da teoria do direito relacionada a questão da indeterminação do direito. Entretanto, ele não vai se posicionar como Dworkin ou Habermas, buscando uma transcendência. Mas ele vai oferecer uma perspectiva de como a indeterminação do direito pode ser utilizada pelo corporativismo jurídico para endossar dinâmicas de poder (a favor dos próprios operadores e contra os jurisdicionados).

Percebe-se que ele possuirá uma atitude incrédula em relação à possibilidade de conversão dos preconceitos sociais em argumentos jurídicos. Por exemplo, para Dworkin um homem que tenta reivindicar o seu poder machista afirmando que as mulheres não devem ser protegidas contra a violência doméstica numa família patriarcal, formulará tal reivindicação por meio de um discurso o qual realiza um esforço de reconstruir o sentido de igualdade. O homem pode afirmar, exemplificando, que ele deve ter o mesmo tratamento que a mulher e que ela não deve possuir um tratamento diferenciado ou alguma remediação histórica ou social por ferir normas de igualdade.

Para Bourdieu, no ponto específico da adjudicação, as coisas aconteceriam de outra forma. O homem, independente daquilo que fosse dito, no campo pré-argumentativo teria mais status ou prestígio para afirmar ou reivindicar qualquer direito. E o esforço de igualdade, por exemplo, somente seria uma linguagem técnica ou um estilo performático, fingindo ser imparcial ou fingindo interesse pela verdade, para institucionalizar formas de dominação (BOURDIEU, 1989, p.214-217).

Neste viés, o problema apontado nos termos de Dworkin do convencionalismo versus pragmatismo, em outras palavras, uma interpretação conservadora e “literal” das fontes jurídicas, o qual dá prioridade para o passado versus uma interpretação progressista e “política” ou “criativa” será vista por Bourdieu de duas maneiras (DWORKIN, 1999).

A primeira é que este debate pode ser elucidado como um “falso debate”. Para Bourdieu, na verdade, a forma que se institucionaliza o poder cênico nos direitos contemporâneos que se aproveitam “desta ambivalência” entre uma postura literal ou conservadora para ampliar os mecanismos de poder. Para Bourdieu é justamente a impossibilidade de se chegar à verdade, ou o teatro de ser chegar à verdade a característica dos próprios poderes contemporâneos (BOURDIEU, 1989, p.218-220).

Então o primeiro passo é a denúncia desse falso debate, de como as dinâmicas de poder contemporâneas se aproveitam dessa ambiguidade.

O segundo passo é revelar o que está por trás desse debate. Para Bourdieu a questão do convencionalismo x pragmatismo não é uma questão “interpretativa”, mas uma questão de historiografia de como grupos corporativos de poder lutaram historicamente para institucionalizar zonas sociais de argumentação.

Este último argumento será explicitado no próximo tópico.

### 3.2.3 Bourdieu: a combinação de sociologia com historiografia

Como já explicitado, para Bourdieu a sociologia da adjudicação, nos termos de Habermas e Dworkin não é a melhor autocompreensão social da adjudicação. Em outras palavras, para Dworkin (e Habermas) a adjudicação consiste em duas ou três pessoas (as partes e o juiz) realizando um diálogo em condições iguais a fim de encontrar uma resposta correta (e resolver conflitos sociais). Para Bourdieu as coisas não acontecem dessa maneira.

Bourdieu afirma que a melhor maneira de entender a adjudicação é como um campo de lutas. Existe, antes da parte adentrar a adjudicação, a construção de um campo prévio, de um espaço social prévio o qual a parte vai ser movimentar. Por exemplo, antes de uma mulher adentrar uma argumentação judicial, já existe um campo judicial construído por homens. Neste viés, virtualmente as mulheres sempre estariam numa posição de desvantagem ao começar uma argumentação.

O exemplo específico que Bourdieu utiliza para elucidar este argumento da construção da adjudicação é a ideia de que o direito foi construído historicamente pelos teóricos do direito e pelos práticos do direito ou pela luta entre eles. Os indícios históricos que Bourdieu utiliza são as experiências do common law e do civil law (BOURDIEU, 1989, p.217-222).

Para Bourdieu os teóricos do direito são aqueles preocupados em construir uma ciência do direito, um direito doutrinal. Já os práticos do direito são aqueles preocupados em construir um direito casuístico, voltado para a prática (BOURDIEU, 1989, p.217- 222).

Bourdieu pensa que uma historiografia crítica deveria se esforçar em realizar um estudo que investigue como esses dois grupos sociais, os teóricos e os práticos, lutaram entre si para tentar institucionalizar um determinado tipo de direito. Os teóricos construíram ou tentariam construir um direito mais voltado para a ciência do direito, para a sistematização das normas, para a interpretação da sintaxe (enunciados e frases do direito ou dos textos oficiais); já os práticos seriam aqueles construídos pelos juízes e advogados, por aqueles que estão vinculados aos interesses sociais e econômicos mais próximos (a burocracia judicial e os clientes), tendo como objetivo menos um interesse sistemático da norma, e mais um interesse casuístico, um interesse em alcançar fins práticos (BOURDIEU, 1989, p.217-218).

O pano de fundo desta historiografia crítica é o pressuposto de que o direito passa por um *processo de racionalização social*. O esquema ou moldura teórica através dos quais Bourdieu vê o direito, é que o mesmo passa por um processo de racionalização prévio em que a tendência desta instituição é racionalizar e tornar cada vez mais técnico suas formulações.

As práticas sociais dos teóricos e dos práticos do direito, de tentarem formalizar o direito ou tentarem desformalizar o direito, podem ser inseridos num processo mais amplo de racionalização do direito (BOURDIEU, 1989, p.225).

Esse processo de racionalização, finalmente, é combinado como já foi explicitado, com o pressuposto de que a racionalização faz do direito um campo social de lutas, onde geralmente as classes mais favorecidas se aproveitam dessa racionalização para instituir seus poderes. Um acréscimo a esta ideia feito por este trabalho, se poderia dizer que Bourdieu parte do princípio, em relação aos marcadores de diferença, que os homens brancos, heterossexuais e ricos, vão se aproveitar desse processo de racionalização para institucionalizar seus poderes.

Por fim, obviamente isso não impede que os subalternos lutem para institucionalizar suas próprias demandas. Mas o direito sempre continuará sendo um espaço de lutas, um campo agonístico no qual vencerá sempre o mais forte ou com melhores estratégias de poder.

Assim, Bourdieu vê com incredulidade a perspectiva de tradução dos preconceitos sociais para uma argumentação jurídica, como acreditam Dworkin e Hart, no sentido de possibilitar uma transcendência das questões de estratificação. Bourdieu, como já explicitado, não acredita que o direito seja um reflexo direto das forças sociais. Porém, assim como a sociedade é marcada por conflitos de marcadores de diferença, também o direito é marcado por forma de lutas simbólicas (corporativistas). Neste viés, quando alguém luta no campo social, a diferença quando transposta para o direito é que estas lutas (as quais permanecerão sendo lutas) serão mediadas pelos operadores do direito, mas sem possibilidade de transcender.

### **3.2.4 As críticas de Bourdieu à Dworkin**

Recapitulando, foi explicitada a teoria de Bourdieu, principalmente no seu conceito de poder cênico.

No próximo tópico serão explicitadas as insuficiências da teoria de Bourdieu, para elucidar como ocorre a construção sociológica da adjudicação.

Entretanto, mesmo Bourdieu sendo incrédulo à possibilidade de uma resposta correta na adjudicação, ele sinaliza por meio do seu conceito de poder cênico e habitus jurídico que as formas de institucionalização das subjetividades argumentativas envolvem aspectos

retóricos, os quais não são captáveis por Hart-Dworkin.

Os indivíduos, como já explicitado no capítulo sobre a psicologia jurídica, trazem aspectos retóricos no seu habitus jurídico que institucionalizam condições de argumentação os quais não são, muitas vezes, percebidas pelos participantes da argumentação. Em outras palavras, estilos de argumentar os quais podem ser um fator para vencer ou no mínimo compreender como ocorre a argumentação, e a teoria do direito de Dworkin não vislumbra.

Nesta perspectiva, este trabalho gostaria de explicitar a teoria de Habermas, nos próximos capítulos, como uma teoria que possui um modelo de imparcialidade argumentativa e processual sensível aos aspectos pragmáticos da argumentação.

Porém, fazendo um acréscimo à teoria da psicologia crítica, nos próximos tópicos será necessário explicitar que a teoria de Habermas somente será apta a institucionalizar as condições ideais da argumentação, quanto aos aspectos retóricos, se ela institucionalizar paradigmas jurídicos com concepções *socionormativas de igualdade* ou *paradigmas identitários* os quais: (1) possam antecipar modelos de igualdade de status argumentativo que afirmem porque tratar negros, mulheres e pobres com preconceito é algo violador; (2) combinar tais modelos normativos de igualdade com modelos antropológicos das ciências sociais críticas que afirmem as peculiaridades e singularidades retóricas que identifiquem o que é ser racista, machista, homofóbico etc, *numa prática argumentativa concreta*.

### **3.2.5 As insuficiências da teoria do poder de Bourdieu**

A primeira problemática que pode ser denunciada em relação à teoria de Bourdieu é que ele ignora todo um desenvolvimento da teoria do direito, principalmente a de Hart-Dworkin. Então, por exemplo, a problemática de um direito positivista a qual ignora suas determinantes históricas e culturais, desde Hart, já é questionado ou no mínimo é desenvolvida uma teoria da autonomia do direito, mas que leve em conta a relação do direito com a linguagem (HART, 2007).

O segundo problema da teoria de Bourdieu é que seu modelo de Self (habitus), se torna muito frágil, quando ignora a autocompreensão *normativa dos participantes*. Bourdieu sinaliza, do ponto de vista sociológico, que o indivíduo possui um corpo em forma de habitus jurídico no qual uma série de predisposições sociais estariam presentes nas suas práticas. Se poderia acrescentar, sem prejuízo da teoria de Bourdieu, que essas predisposições estariam

numa zona de fronteira entre aspectos inconscientes (pré-discursivo) e conscientes. De algum modo, o indivíduo teria capacidade de saber que foi socializado de determinada maneira e que pode ter “consciência” mínima disso.

Porém, se partimos do pressuposto de que a argumentação jurídica ou processual tem como telos alcançar a verdade e isso apenas pode ocorrer se houver igualdade de status argumentativo, iguais condições simbólicas de se argumentar; o modelo de habitus de Bourdieu se torna um modelo ineficaz para explicitar possíveis desigualdades sionormativas presentes na argumentação jurídica. Ele é incapaz de combinar uma estratégia (ou crítica) sociológica e normativa, para explicitar como formas de desigualdade de desníveis de poder retóricos ocorrem na argumentação jurídica.

Isso porque, como já dito, Bourdieu não trabalha com o telos da igualdade da argumentação e ignora, ou não acredita, que a argumentação jurídica possa institucionalizar condições corporais tendo em vista a verdade.

Se compararmos as condições ideais de Habermas com o modelo de habitus de Bourdieu, aquelas serão interessantes porque oferecerão critérios para se pensar o que é patológico ou não, do ponto de vista retórico.

Seguindo esta ideia, se torna muito difícil para Bourdieu realizar um diagnóstico de como ocorre as patologias, sem levar em conta também como os dispositivos institucionais do direito se determinam e distribuem formas de argumentação, como por exemplo, o papel do direito processual.

Caso exista preconceito entre mulher e homem, ou entre negro e branco, porque esse preconceito é injusto? Ou se houver um desnível de poder entre mulher e homem, haverá necessidade de oferecer formas de remediação e neutralização institucional?

Bourdieu realiza o diagnóstico do direito contemporâneo marcado pela institucionalização de um poder cênico. Porém, como este poder cênico pode ser útil para diagnosticar formas de patologias na argumentação jurídica relacionado aos marcadores de diferença?

Bourdieu responderia que somente uma sociologia jurídica crítica que denunciasses o direito contemporâneo como absolutamente ideológico, e substituísse tal direito por uma abordagem de um campo de lutas, seria adequado para explicitar lógicas de dominação na adjudicação. A forma de dominação se manifestaria por meio de estilos (inconscientes) institucionalizados como uma correlação de forças construídos historicamente. Por exemplo, pense num Judiciário construído por homens machistas sob o ponto de vista de uma mulher.

Se isso fosse aceito, a mobilidade de aprendizados, institucionalização e mudanças de

correlação de forças ou estados de poder seriam impossíveis de se compreender e identificar.

Uma série de injustiças ocorridas no âmbito argumentativo e processual ficariam sem guarida, de maneira contraditória, sugeridas por ele mesmo.

Por exemplo, pense na relação entre as partes e o juiz. E as partes são mediadas por seus possíveis advogados. Então, na relação entre as partes, advogados e juiz, pense como existe a possibilidade de possíveis relações de poder e preconceito entre esses agentes e de como isso impossibilitaria uma resposta correta.

Na perspectiva de Dworkin e Habermas se pressupõe que somente os indivíduos, por meio do diálogo, podem resolver seus conflitos. E para isso as pessoas devem possuir uma boa relação consigo mesmas (entender seus sentimentos e saber expressá-los) e boa relação entre seus pares (os advogados com seus clientes e os advogados entre si e com o juiz), mesmo que, obviamente, de maneira bem idealizada.

Para que ocorram essas condições, antes mencionadas, os indivíduos devem mobilizar seus corpos ou seus repertórios retóricos uns com os outros, de maneira ideal, e não permitirem que qualquer forma de preconceito afete esta interação. Se um dos membros (as partes, os advogados e, principalmente, o juiz) for preconceituoso ou tiver algo mal resolvido em seu mundo interno, pode ameaçar idealmente a validade da argumentação jurídica. Bourdieu sinaliza para todos esses fenômenos, mas é incapaz de identificá-los como uma situação injusta.

A questão de que existe uma tensão entre operadores do direito e seus jurisdicionados, a questão de que os operadores do direito são permeados por preconceitos jurídicos e manifestam na argumentação jurídica, a questão de que esses preconceitos não ocorrem somente no nível argumentativo intencional, mas se deve levar em conta também os aspectos inconscientes, geralmente manifestos por meio da sua expressividade, a questão dos recursos interpretativos os quais são distribuídos de maneira desigual, a questão dos recursos técnicos os quais também são distribuídos de maneira desigual. Todas essas questões somente podem ser identificadas e questionadas (inquiridas) se partir do pressuposto de que existem expectativas normativas quanto a distribuição de poder e antecipação de modelos de igualdade e imparcialidade política.

Bourdieu não aborda de maneira suficiente a problemática, em relação ao poder, de que é o juiz quem decide as questões argumentativas, e qual o papel dos operadores do direito face a esta realidade.

Todas essas provocações à teoria de Bourdieu estão relacionadas ao fato de que o direito contemporâneo compreende a adjudicação como uma prática que pressupõe uma

distribuição de poder de maneira ideal. Em outras palavras, recursos interpretativos ideais. Se não existir esta idealidade, se não for oferecida uma teoria a qual explicita quais condições são necessárias para essa idealidade da distribuição de poder, fica prejudicado, no nível teórico, como o poder pode se institucionalizar.

### **3.2.6 Problemas na relação entre sociologia e historiografia**

O objetivo deste tópico é somente demonstrar que, segundo os pressupostos de Dworkin e Habermas, a teoria de Bourdieu pode oferecer condições de identificação de formas de injustiças sociológicas, porém sob a condição de reformulações teóricas, a fim de combinar estratégias de ciências sociais críticas e teoria da justiça ou normativa.

Neste viés, se for estabelecida uma relação entre Bourdieu e Habermas, o conceito de racionalização do direito de Bourdieu, assim com a sua historiografia crítica, pelo menos a centrada no papel dos teóricos e práticos, encontra alguns problemas.

A questão da racionalização das instituições jurídicas encontra obstáculos uma vez que enfoca somente em antecipações sociológicas de que a direção ou o modelo de racionalização do direito é sempre voltado para técnica e formalização. De maneira mais específica, Bourdieu tenta demonstrar que o processo de racionalização jurídico é sempre direcionado para o esforço dos teóricos em formalizar o direito, em termos positivistas, que os membros do direito, por motivos sociológicos de concentração e organização de poder, realizam um esforço em formar consensos, formar estilos técnicos e teóricos de elaborar o direito em um saber racional e tecnicamente manipulável. A outra variante, no caso dos práticos, é que, como o direito é algo formal e previsível, no ponto de vista do estilo, os práticos tentaram criar outro, mais informal, voltado para a resolução da prática.

As limitações desse tipo de abordagem é que Bourdieu não consegue identificar todo (um possível) desenvolvimento sociológico do esforço dos teóricos do direito em imaginar ou criar formas de racionalidade jurídica voltadas para a compreensão do que é o ser humano e para a compreensão de como o direito pode remediar ou neutralizar formas de injustiça social (HABERMAS, 2012).

Estudiosos como Dworkin, por exemplo, tentam desenvolver abordagens jurídicas as quais oferecem modelos de igualdade sensíveis ao problema do pluralismo cultural, mas também sensíveis ao problema das desigualdades econômicas, se questionando, neste último

caso, como a problemática das desigualdades econômicas podem ser conciliadas com o problema da liberdade de todos.

Como será demonstrado, Habermas reconstruindo a teoria de Dworkin, tentará encontrar na sua teoria do direito, formas de racionalização as quais não se resumem aos seus aspectos instrumentais, mas também nos seus aspectos de promoção do diálogo e domesticação do poder político.

Do ponto de vista historiográfico, a resposta de Habermas (deste trabalho) contra Bourdieu é ambivalente: (1) de um lado, a historiografia de Bourdieu por si só não é um motivo para negar as pretensões de imparcialidade ou modelo de imparcialidade do direito, tendo em vista uma resposta geral de que se prefere oferecer garantias filosóficas de remediação institucional; (2) de outro lado, porém, a historiografia crítica de Bourdieu é algo louvável, porque o direito sempre deve estar aberto para dialogar com autocompreensões críticas que denunciam os processos de poder ocultos à sua lógica; justamente com o pressuposto de identificá-las e combatê-las.

São com esses pressupostos, de reinterpretação do conceito de habitus de Bourdieu e com a recepção ambivalente do potencial de crítica social dele que será formulado a teoria de Habermas como uma teoria marcada pela tensão entre validade e socialização.

### 3.3 ESTUDOS EMPÍRICOS SOBRE O CORPO REALIZADOS PELO FEMINISMO

Já foi explicitada a teoria do poder cênico e do habitus jurídico de Bourdieu. Isso com o intuito de apresentar, de maneira geral, como o habitus é capaz de incorporar formas de socialização argumentativa (jurídica) que expressam desníveis de poder social do ponto de vista retórico.

Neste tópico este trabalho gostaria de aprofundar um modelo desse desnível, a fim de *elucidar de maneira ainda mais específica*, como o corpo é guardado de uma série de repertórios retóricos. Para isso, serão utilizadas as pesquisas de Nancy Henley, as quais expressam como o feminismo aborda a questão do corpo.

Nancy Henley no livro *Body Politics: power, sex and non verbal communication* realiza um estudo a respeito dos aspectos “comportamentais” relacionados à questão do gênero, especificamente em relação às diferenças de papéis entre homens e mulheres.

Basicamente, ela vai corroborar com as premissas feministas de que o corpo das mulheres é (auto) concebido, (auto) analisado e (auto) compreendido de maneira diferente do corpo dos homens. E que tal percepção está atravessada por questões de poder (HENLEY, 1977).

Ela se preocupa em analisar: posturas corporais, movimentos, expressões faciais, gestos, formas de tocar, contato visual e uso do espaço. Todas essas dimensões, na perspectiva dela, como dimensões não verbais, as quais elucidam dimensões de poder, no caso, microformas de normalização relacionadas à autoridade (HENLEY, 1977, p.02-03).

Seguindo a linha da crítica da ideologia, Nancy Henley vai partir do pressuposto de que a linguagem é revestida de relações de poder. E, no caso, ela vai se preocupar como essas relações de poder favorecem os homens ao invés das mulheres, criando uma cultura onde as mulheres sempre são subordinadas e domesticadas (HENLEY, 1977, p.67).

Nancy estabelece uma diferença entre solidariedade e status.

A diferença entre solidariedade e status consiste no seguinte. Para ela existe uma diferença de tratamento entre pessoas próximas e em relações não hierárquicas; e pessoas “distantes” e em relações hierárquicas. Neste viés, ela cita pronomes de tratamento ou termos linguísticos para endereçar a alguém (*terms of address*) para elucidar que existe diferença de tratamento entre alguém que é próximo e igual, geralmente tratado por um pronome de tratamento informal como “você”, ao invés do “tu” em português. Henley cita casos como espanhol “tú”, alemão “du” e francês “tu” para diálogos entre amigos. Quando o relacionamento é mais distante se utiliza o “senhor”, senhora ou senhorita em português, no caso do inglês se utiliza o pronome “Mr.” ou “Mrs.” (HENLEY, 1977, p.68).

Porém, numa relação de status geralmente o superior hierárquico se utiliza de pronomes ou formas de falar informais; já o inferior hierárquico se utiliza de pronomes ou formas de falar formais, simbolizando respeito. Desta maneira Henley acrescenta que as formas de falar (o uso de pronomes) apenas é um exemplo da questão do status entre pessoas. Além das formas de falar, os sentimentos e a noção de espaço social também favorece a aproximação ou distanciamento entre pessoas, assim como a percepção de igualdade ou não. Geralmente um superior tem sentimentos de superioridade em relação aos seus subordinados e um inferior ao contrário. O superior se sente mais à vontade para ter acesso aos inferiores, entretanto, o inferior sempre se sente distante do superior. Estas situações estilizadas sobre a relação entre inferior e superior Nancy Henley utiliza para demonstrar como a linguagem é permeada por relações de poder (HENLEY, 1977, p.68). No nível de comportamento linguístico, na relação entre superior e inferior, Henley pontua aspectos interessantes do uso

da linguagem. Ela sugere que os superiores geralmente, numa conversa, interrompem mais os inferiores, enquanto estes, ao contrário, estabelecem uma relação de obediência e não interrupção. Seguindo este raciocínio, Henley sugere que os superiores têm mais controle sobre a conversa, sobre “o silêncio” da relação conversacional. Expressões como “não fale a menos que eu dirija a palavra a você” (“Don’t speak unless spoken to”) ou “me responda quando eu falar com você!” (“Answer me when I speak to you!”) são usos de autoridade que demonstram condições de controle sobre o que pode ser dito ou não, e quando pode ser dito ou não (HENLEY, 1977, p.68-69).

Nancy Henley também cita o exemplo da paralinguagem. A paralinguagem se caracteriza por um estudo da linguística, a qual estuda os sons do trato vocal os quais são carregados de significado, entretanto, não são estudados pela linguística ordinária. Ele dá uma ênfase não para o aspecto do significado (semântico e sintático), mas para o aspecto “pragmático”, de maneira mais específica, para os sons corporais (da voz) que acompanham as práticas linguísticas, tais como o tom de voz, o riso, a tosse durante a conversa, a pausa, sons como tch-tch e mm-hmm, os quais podem acompanhar a fala numa situação concreta (HENLEY, 1977, p.70-71).

Ela trata também da questão da revelação de algo íntimo ou pessoal (self- disclosure). Numa perspectiva de relações de poder e autoridade, Nancy citando um estudo sobre uma empresa de negócios (business organization<sup>21</sup>) demonstra que foi feita uma entrevista com os empregados questionando-os quais as pessoas com quem eles se sentem mais à vontade em falar e conversar a respeito de trabalho, gostos culturais, opiniões sobre assuntos controversos e problemas. Além de encontrar um padrão que os empregados se sentem mais à vontade de conversar com outros empregados do mesmo nível na empresa; foi percebido também que os empregados se sentiam mais à vontade em falar algo pessoal para os seus superiores do que aos seus subordinados. A conclusão que Henley retira desta pesquisa é que numa instituição qualquer permeada por relações de poder, o controle e retenção de informações sobre a intimidade das pessoas (subordinados) é uma forma eficaz de manter o controle e autoridade das mesmas (HENLEY, 1977, p.72).

Com essas premissas a respeito da linguagem e autoridade Henley explicita a questão da relação entre homens e mulheres. E fará questão de estabelecer duas premissas teóricas: (1)

---

<sup>21</sup> Dan I. Slobin, Stephen H. Miller, and Lyman W. Porter (“Forms of Address and Social Relations in a Business Organization”).

uma desnaturalização de alguns mitos relacionados aos papéis de gênero em referência à forma de falar; (2) uma crítica ao sexismo, no sentido de uma cultura que valoriza o imaginário masculino em detrimento do (ou em oposição ao) feminino (HENLEY, 1977, p.74).

São basicamente dois mitos: (1) que as mulheres falam mais que os homens; (2) que o som da fala dos homens é mais agressivo (*Beast*) do que o som da fala das mulheres (*Bird*).

Henley afirma, ao contrário do senso comum, por meio de pesquisas empíricas feministas, que as mulheres numa conversa, seja no seio família (mulheres e esposas) ou em programas de TV, que os homens num debate falam mais que as mulheres e interrompem mais as mulheres. Em consequência, percebe-se que as mulheres num debate com homens possuem condições desiguais (construídas culturalmente) para se expressar (HENLEY, 1977, p.75).

Por outro lado, a ideia de que os homens possuem uma fala mais agressiva ou impositiva que as mulheres, não pode ser vista como algo anatômico ou biológico. A hipótese de Henley é que, na verdade, é uma convenção cultural construído nos processos de socialização de gênero, e expressa por meio do imaginário da sociedade do que significa ser uma autoridade, a expressão de que os homens associam autoridade com masculinidade e feminilidade com subordinação. Em outras palavras, a construção masculino e feminino, na verdade, corresponde a um imaginário de construção dos papéis de gênero, imaginário ideológico, em que por meio de uma falsa construção de feminilidade, as mulheres não podem ser agressivas, decididas ou impositivas (HENLEY, 1977, p.75-76).

As mulheres, devido a construção de gênero, criam um modelo de uso da linguagem mais “inseguro” ou que pode passar um ar de insegurança, numa sociedade machista. Já os homens parecem utilizar a linguagem de maneira mais “segura”. Henley cita o exemplo de estudos de Robin Lakoff, o qual sugere que as mulheres quando adentram em qualquer lugar novo se utilizam de formas de perguntar (e se expressar) tais como “este é o lugar, não é?”, ao invés de, “é este o lugar?”. Tal forma de se expressar, Henley afirma, por meio de perguntas em forma de “tag questions”, as quais correspondem a perguntas curtas utilizadas no fim da frase para confirmar a informação dita na frase anterior (este é o lugar, não é?), demonstra uma possível insegurança, no nível psicológico das mulheres. Além disso, Robin demonstra por pesquisas empíricas que os homens, ao se dirigirem por meio da fala utilizam, comandos (commands) e as mulheres utilizam solicitações (request) (HENLEY, 1977, p.77).

As mulheres possuem uma cultura de passividade. Elas utilizam a linguagem e o imaginário preponderante, é que seu tom de voz e sua gesticulação irão aliviar a tensão, de

concordância (construção de consenso), cumplicidade, entendimento e aceitação. Já os homens são associados menos aos sentimentos e acolhimento, e mais a quantidade de informações, argumentativos e competitivos (HENLEY, 1977, p.77).

Como consequência, num debate ou numa situação onde as mulheres não correspondem a essas expectativas, numa situação em que as mulheres são mais agressivas, elas podem ser vistas de maneira preconceituosa. Henley chega a citar a relação ambivalente que as mulheres possuem como o humor e as piadas, tendo em vista, por um lado, que elas são domesticadas para “rirem” das piadas dos homens demonstrando senso de humor e inteligência. Por outro lado, de como elas evitam fazer piadas (principalmente com os homens) tendo em vista temer sua agressividade (HENLEY, 1977, p.78).

Outro aspecto também trabalhado por Henley, é a questão da intimidade. Para Henley as mulheres tendem a falar mais de seus aspectos pessoais. E os homens ao contrário. Essa situação se agrava quando as mulheres ocupam espaços de poder, pois na perspectiva de Henley, elas tendem a falar menos de seus aspectos pessoais, em contraste com o seu processo de socialização em que elas foram habituadas (de maneira saudável) a expressar seus sentimentos (HENLEY, 1977, p.80).

Por fim, Henley afirma que em sociedades machistas as mulheres potencialmente num debate enfrentam três desafios: (1) são frequentemente ignoradas; (2) sua feminidade é definida pelos homens; (3) sua feminilidade, por ser construída em oposição ao homem (masculinidade) é concebida de maneira depreciativa (HENLEY, 1977, p.80).

Henley afirma que em determinadas profissões ou situações os homens geralmente afirmam “este é o homem para o trabalho ou situação” (*the man for the job*); “para o cidadão (homem) comum” (*the man in the street*); “a pessoa (homem) que trabalha” (*the working man*); “homens de boa vontade” (*men of good will*). Estas expressões, na perspectiva de Henley, demonstra um imaginário de valorização do homem e exclusão da mulher (HENLEY, 1977, p.80).

Outro exemplo é em relação à definição do nome das mulheres. Enquanto o homem é definido nos termos de sua ocupação “o banqueiro da Flórida” (*the Florida banker*), as mulheres são em maioria definidas em termos relacionais: “a esposa de 29 anos do doutor e mãe de três filhos” (*the 29-year-old doctor’s wife and mother of three*) (HENLEY, 1977, p.81).

E em relação aos termos depreciativos, Henley demonstra que pesquisas empíricas constatam que a quantidade de termos (em inglês) para definir uma mulher promíscua são 220, enquanto para o homem são 22 (HENLEY, 1977, p.89).

As pesquisas de Nancy Henley demonstram que no nível da socialização entre homens e mulheres, estas incorporam imaginários, seja na sociedade ou no nível da família, onde elas possuem formas de normalização que privilegiam os homens em detrimento delas. Esses tipos de normalizações criam expectativas de comportamento, assim como estereótipos, os quais no nível da linguagem ou das conversações, determinam que as mulheres devem ser mais engajadas em prestar atenção ou conversar com os homens em determinadas situações, e se elas desrespeitam tais expectativas, são suscetíveis de sanções. Sanções estas como considerá-las loucas, desequilibradas ou agressivas, mal-educadas ou rebeldes quando, por exemplo, tentam controlar a argumentação.

Se houver uma combinação entre a noção de habitus jurídico de Bourdieu somada às pesquisas de Henley, pode-se afirmar que o “corpo”, seja o masculino seja o feminino, passa por processos de socialização, em que são incorporados determinadas competências e formas de viver. Na perspectiva da crítica da ideologia, principalmente do feminismo, são introjetados formas de socialização, as quais incorporam formas de preconceitos que demonstram ou sugerem que sempre existe o potencial das mulheres terem menos poder social para influenciar numa argumentação no caso concreto de uma argumentação jurídica.

A diferença de status da combinação (confrontação) de Dworkin e Bourdieu é reforçada pelas pesquisas feministas demonstrando que, do ponto de vista sociológico, quando é construída a argumentação no qual estão presentes mulheres e homens, existe uma série de expectativas e normalizações, às margens da argumentação jurídica, os quais não são de fácil constatação pelos participantes mas, do ponto de vista do observador, são relevantes para se preceituar a legitimidade ou não da construção argumentativa.

E, obviamente, apesar da ênfase da questão feminista, pode-se sugerir que imaginários preconceituosos também surgem, pelo menos potencialmente, em situações de presença de negros, homossexuais ou qualquer forma de minoria social.

### 3.4 PARADIGMAS JURÍDICOS COMO UM COMPONENTE DA IMPARCIALIDADE ARGUMENTATIVA E PROCESSUAL

A finalidade deste tópico é demonstrar que para se institucionalizar um equilíbrio de poder cênico dentro da adjudicação é necessária a formulação de *uma teoria da igualdade de status*, institucionalizada de maneira prévia na argumentação. A fim de oferecer garantias filosóficas desta institucionalização será defendido uma reinterpretação da teoria dos

paradigmas jurídicos de Klaus Günther (adotada por Habermas *no capítulo V de Direito e Democracia*). Esta reinterpretação irá criticar, ou ao menos complementar, a concepção de paradigmas centrados em antecipações teóricas e normativas das decisões corretas.

Será sugerido que, ao invés, sejam formulados paradigmas *socionormativos* os quais antecipam concepções de igualdade procedimentais e, ao mesmo tempo, concepções antropológicas das ciências sociais críticas, para identificar possíveis dinâmicas de poder presentes nos aspectos corporais dos participantes da argumentação. O fio condutor para a formulação desses paradigmas será a retomada da concepção de paradigmas jurídicos presentes no *capítulo IX de Direito e Democracia*, a qual na perspectiva deste trabalho, é uma concepção de paradigma mais sensível ao problema da estratificação social e seus aspectos sociológicos, como demonstra o modelo de paradigma do bem-estar social (e sua denúncia e identificação das desigualdades socioeconômicas) e o paradigma feminista centrado na tensão entre igualdade de fato e de direito.

### **3.4.1 A concepção de paradigmas jurídicos de Klaus Gunther e a problemática do pluralismo cultural e da norma perfeita**

A problemática da norma perfeita é um questionamento elaborado por Günther a respeito da possibilidade de uma norma ser capaz de regular sua própria aplicação. Realizando uma crítica ao positivismo jurídico e a teoria do juiz Hércules de Dworkin, Günther se inserirá na problemática da norma perfeita, a fim de oferecer critérios mais precisos da construção (argumentativa) da norma no caso concreto.

O fio condutor que Günther utiliza para elucidar a sua problemática são dois: o problema da coerência e o problema da norma que regula sua própria aplicação.

A coerência não se confunde com a consistência nem com o princípio da não contradição. Isso porque, para Günther, a consistência e o princípio da não contradição estão relacionados ao problema de normas jurídicas coexistirem ao mesmo tempo num mesmo ordenamento jurídico. Se isso ocorrer, macularia o princípio lógico de unidade e consistência do direito (GÜNTHER, 1995, p.274).

Para Günther, a unidade do direito não pode ser encontrada na coerência lógica das normas. Não é uma questão analítica, conceitual ou lógica se as normas jurídicas podem ser coerentes ou não. Mas uma questão “moral”, nos termos de Dworkin, uma questão de qual a concepção de moralidade política ou teórica que subjaz à problemática normativa.

Nesse viés, quando Günther desloca a problemática da unidade do direito, da problemática lógica para a problemática teórica, ele elucida, como já explicitado anteriormente neste trabalho, a tensão entre contexto e universalidade, ou contexto e validade, uma vez que existe uma tensão entre aquilo que pode ser construído localmente (contexto e ética) e aquilo que pode ser construído universalmente (pretensões morais ou jurídicas universais) (GÜNTHER, 1995, p.274).

A fim de garantir a tensão entre universalismo e contextualismo, Günther vai preceituar uma teoria da coerência, alojada numa estrutura argumentativa que retém determinados sentidos pré-simbólicos do direito, como normas não problematizadas, e por meio de uma argumentação jurídica, determinadas normas específicas são construídas tendo como telos resolver o caso concreto (GÜNTHER, 1995, p.276).

Neste sentido, ele problematiza a questão da norma perfeita. Esta é um tipo de norma capaz de prever e regular sua própria aplicação. Isso significa que aquela indeterminação entre fato e norma, aquela indeterminação da linguagem jurídica nos termos de Hart é abolida, tendo em vista que a norma por si só é capaz de prever sua aplicação.

Em termos morais, é uma norma onde as pessoas em condições de igual participação e sem coação, com tempo infinito e saber ilimitado, poderiam formular uma norma na qual seriam previstas todas as exceções ou efeitos colaterais (GÜNTHER, 1995, p.279).

Para Günther este ideal não se sustenta, tendo em vista que é impossível aos participantes terem condições de saber ilimitado e tempo infinito para argumentar ou confeccionar uma norma perfeita, seja no nível da justificação ou da aplicação.

Desta maneira, Günther pensa que em sociedades complexas, nas quais é impossível prever todas as possíveis aplicações da norma jurídica, é necessário um procedimento de aplicação da norma (GÜNTHER, 1995, p.279).

Por outro lado, existe uma diferença entre colisões externas e internas. As colisões internas são tipos de normas que, quando feitas, são contraditórias entre si, no sentido de estabelecerem um preceito não generalizável. São tipos de normas, tais como “se pode quebrar uma promessa, sempre que te propor uma vantagem”, nas quais os interesses das pessoas que querem suas promessas resguardadas possuem um tipo de norma que sempre vai violar seus interesses.

As colisões internas quando ocorrem sempre irão afetar a validade da norma em si. Já as colisões externas somente podem ser identificadas em situações de aplicação (GÜNTHER, 1995, p.281).

As colisões externas, diferentemente, já partem de situações em que duas normas

válidas são aplicáveis ao caso concreto. Por exemplo, uma norma preceitua que as pessoas devem cumprir promessas. Outra norma preceitua que amigos devem ajudar pessoas próximas em necessidade (GÜNTHER, 1995, p.281).

Essas normas podem se conflitar, se um amigo descumpre uma promessa de ir ao aniversário de outro amigo, tendo em vista a mãe passar mal e ter que levá-la ao hospital.

A fim de resolver esta problemática, Gunther desenvolve a teoria do discurso de aplicação e dos paradigmas jurídicos.

Tal discurso de aplicação vai partir do pressuposto de que as normas são somente *prima facie* aplicáveis e que, dependendo da argumentação jurídica de cada caso é que se poderá dizer qual norma é aplicável ao caso concreto (GÜNTHER, 1995, p.283-284).

Por outro lado, Klaus Günther, ao expor a sua teoria dos paradigmas jurídicos, se situa em relação a Dworkin. Ele desenvolve uma teoria a qual tente realizar uma crítica à concepção monológica de mesmo. Como já explicitado, Dworkin não desenvolve muito os aspectos argumentativos da adjudicação, e oferece um modelo de legitimidade centrado somente nos aspectos interpretativos dos participantes, principalmente do juiz.

Apesar de Dworkin apresentar de maneira interessante a dimensão das divergências teóricas, de sinalizar que o direito é constituído por divergências interpretativas, o mesmo não desenvolve a problemática de maneira adequada, visto que as normas e os fatos são construídos durante a argumentação. Não se pode chegar a uma resposta correta, a respeito dos fatos e das normas, sem levar em conta a maneira como os participantes interpretam essas normas e fatos; bem como a forma como as pessoas discutem entre si os aspectos mencionados.

Tendo em vista isso, como já explicitado, Günther realizará uma cisão entre os discursos de fundamentação e de aplicação. O discurso de fundamentação está destinado a construir a validade da norma. Já o discurso de aplicação está destinado a enfatizar todos os aspectos da argumentação, a levar em conta como as partes constroem a argumentação destes aspectos, para oferecer garantias filosóficas de uma resposta correta (GÜNTHER, 1995).

Nesse interim, para oferecer mais uma garantia filosófica de que as partes possam obter uma imparcialidade processual e argumentativa, Klaus Günther oferece um modelo de paradigmas jurídicos. Os paradigmas jurídicos consistem em normas em estado transitivo, normas pré-interpretadas pelos especialistas e não especialistas do direito que se acumulam como consensos pré-interpretativos os quais são capazes de oferecer antecipações de argumentações jurídicas e orientações teóricas para alcançar uma resposta correta (GÜNTHER, 1995, p.293).

Günther, porém, formula a teoria dos paradigmas jurídicos a fim de lidar com o problema do pluralismo cultural. Como já explicitado, o pluralismo cultural trata da maneira como os participantes podem desenvolver um modelo de imparcialidade argumentativa face à pluralidade de contextos éticos. De maneira mais específica, Günther trata da problemática da colisão de normas, da possibilidade de uma ou mais normas serem igualmente possíveis de serem aplicadas ao caso concreto, e os participantes têm que argumentar a respeito de qual norma deverá ser válida (GÜNTHER, 1995, p.04).

Não é intuito, neste trabalho, questionar o modelo de imparcialidade de Günther quanto a forma de lidar com a questão das divergências teóricas e colisão de normas. O objetivo é problematizar como esse modelo não é capaz de formular antecipações pragmáticas dos aspectos corporais dos participantes numa argumentação em concreto. É o que será explicitado no próximo tópico.

### **3.4.2 As insuficiências da teoria de Klaus Günther para lidar com as formas de dominação presentes no corpo**

Por um lado, a teoria de Habermas expõe uma teoria das condições ideais de argumentação; e possui um desenvolvimento presente na ética do discurso, o qual é sensível ao fato de que a argumentação é aberta aos quatro mundos da linguagem. Por outro lado, a teoria dos paradigmas jurídicos de Günther se restringe às discussões de colisões de normas e divergências teóricas, os quais não são capazes de lidar com o problema das sociedades estratificadas, pelo menos do ponto de vista das condições corporais.

Como Bourdieu e Freud demonstram, os aspectos retóricos são condições culturais e pré-argumentativas que também influenciam a argumentação. Aspectos como a gesticulação corporal, as vestimentas e o tom de voz são aspectos também relevantes para o direito e para a argumentação.

O imaginário cultural presente no mundo interno do indivíduo, a sua forma de socialização, a sua percepção de mundo são questões que, apesar de internas, as vezes são imperceptíveis para os demais, ou até para si mesmo; e são construídas e reconstruídas durante uma argumentação. O mundo interno, é expresso por meio de uma demanda normativa, e não deve ser separado do estilo e da retórica no qual esse enunciado é feito.

Além disso, a partir do momento em que se compreende a dimensão retórica como uma dimensão relacionada à ideologia, o participante da argumentação vai perceber a possibilidade de imparcialidade argumentativa relacionada a estratégias de poder. Uma

discussão sobre machismo ou sobre racismo não é somente uma discussão argumentativa, mas uma discussão que envolve também lutas contra formas de poder social. O jogo e questionamento de imaginários, formas de percepção e recursos retóricos são lutas por poder comunicativo e social.

Na perspectiva deste trabalho, os paradigmas jurídicos tal como formulados por Gunther, são incapazes de elucidar tais aspectos, uma vez que somente sugerem a possibilidade, de maneira geral, de discussões normativas a respeito qual a norma ou teoria normativa é mais adequada para resolver um caso concreto.

Apesar de obviamente Klaus Günther recepcionar a teoria das condições ideais de Habermas, na perspectiva deste trabalho, as condições ideais por si só são insuficientes para anteciparem possíveis situações numa situação concreta. Em decorrência disso, é necessário formular paradigmas complementares, os quais este trabalho denominará de *paradigmas sacionormativos* ou *identitários* para, pelo menos no caso dos marcadores de diferença, se tenha a identificação de modelos interpretativos e identitários prévios à construção da argumentação jurídica.

### 3.5 PARADIGMAS LIBERAIS, REPUBLICANOS E IDENTITÁRIOS APLICADOS À ADJUDICAÇÃO

Os paradigmas do capítulo *IX de Direito e Democracia* são diferentes dos paradigmas do *capítulo V* do mesmo livro. Enquanto os paradigmas de Gunther são focados em antecipações baseadas no modelo de Dworkin, de uma perspectiva normativa e de antecipações teóricas, o paradigma de Habermas (*capítulo IX*) é focado em modelos *sacionormativos*, no sentido de que é presumido, mesmo que de maneira abstrata, uma relação entre perspectivas sociológicas e historiográficas e perspectivas normativas e teorias do direito (HABERMAS, 1997c, p.123).

Isso significa para Habermas que as questões de teoria do direito não são somente de teoria do direito, restringidos à autocompreensão dos participantes do ambiente da adjudicação, mas também são ampliados à combinação de perspectivas e idealizações sociológicas e historiográficas. Por outro lado, como já foi demonstrado, a teoria de Dworkin, a partir do momento em que tenta criar um modelo de comunidade política com todas as suas idealizações sociológicas ou historiográficas, é passível de ser considerada como uma teoria que, do ponto de vista interno, é marcada por uma tensão entre sociologia e juridicidade.

Este trabalho gostaria de propor, neste tópico, uma ampliação filosófica e complementação da teoria dos paradigmas jurídicos de Günther-Habermas, afirmando que os paradigmas jurídicos não somente institucionalizam antecipações teóricas de possíveis discussões normativas e argumentativas. Mas também antecipam modelos antropológicos, seja de uma perspectiva global da sociedade, seja por uma perspectiva situada da adjudicação. O objetivo é demonstrar que os paradigmas liberais, do estado do bem-estar social, da identidade e procedimental podem ser aplicados à esfera social da adjudicação, associados à estratégia normativa e sociológica na sua institucionalização. Isso com a finalidade de manter em aberto a tensão entre socialização ideal e validade; e com o objetivo de oferecer um modelo de paradigma sionormativo, o qual possa ampliar de maneira mais consequente a relação entre crítica da ideologia e teoria do direito.

O telos do *capítulo IX de Direito e Democracia* de Habermas é propor um paradigma procedimental que atenda as insuficiências do debate entre o paradigma liberal do bem-estar social. Estes modelos, na perspectiva de Habermas, explicitam e conciliam aspectos situados da teoria do direito, como consensos teóricos para tentar chegar a uma resposta correta (exemplo é a doutrina jurídica e a jurisprudência) e uma autocompreensão global da sociedade. Autocompreensão global da sociedade como a ideia de que o direito privado está relacionado a uma sociedade formada pelo mercado e possui um modelo capitalista (HABERMAS, 1997c, p.123).

Os paradigmas jurídicos, liberal, do estado do bem estar social e procedimental, são modelos os quais tentam conciliar, de maneira heurística, a posição do participante jurista na teoria do direito com o observador historiador e sociólogo do direito. E este tipo de abordagem do direito é importante, porque para Habermas as abordagens são complementares (HABERMAS, 1997c, p.123-127).

Para Habermas, o direito terá um papel importante para as sociedades contemporâneas pelo fato de que ele não somente é útil para resolver disputas judiciais, como também representa, em parte, a autocompreensão normativa da sociedade. Pelo fato de o direito ser um médium que transita por todas as esferas sociais, pelo menos potencialmente, ele também institucionaliza determinadas expectativas normativas e serve para a integração social (HABERMAS, 1997b).

Habermas explicita que o grande problema o qual ele está enfrentando é que o paradigma liberal preceituava que as sociedades contemporâneas deveriam ser autocompreendidas como uma comunidade política no qual os cidadãos tinham seus direitos

e deveriam exercer sua cidadania num campo social separado do Estado e do mercado. Existia uma espécie de campo social natural, onde os cidadãos fundavam sua cidadania e reconhecimento recíprocos, porém, essa cidadania estava destacada do Estado (HABERMAS, 1997c, p.132-135).

Por uma série de contingências históricas, principalmente a constatação de que o mercado institucionalizava tipos de poderes os quais afetavam a distribuição de recursos econômicos entre os cidadãos, começou a se construir um estado do bem-estar social, o qual foi implantando, de maneira gradativa, modelos de remediação de questões distributivas, a fim de equilibrar a desigualdade econômica e social dos cidadãos. Se os cidadãos, no modelo liberal, realizam um elogio à liberdade, no modelo do bem-estar social começou a se elogiar a igualdade (HABERMAS, 1997c, p.138-139).

Somados a isso, as perspectivas identitárias também surgiram como modelos os quais questionavam os modelos liberais. Para as perspectivas identitárias como mulheres, negros e homossexuais, além da desigualdade econômica, também existe a desigualdade simbólica. As identidades passam por processos de socialização onde a formação da identidade servia como um ponto que poderia favorecer ou desfavorecer o exercício da sua cidadania, por exemplo. Constatou-se que mulheres sofriam machismo, que negros eram excluídos em decorrência da sua cor, e esses tipos de preconceitos criavam imaginários e micro-práticas de exclusão as quais feriam o ideal de liberdade e igualdade pregado pela modernidade (HABERMAS, 1997c, p.159-163).

É nesse contexto, de crítica do bem-estar social e das críticas identitárias, que Habermas vai tentar criar o modelo de paradigma procedimental. Basicamente ele afirmará que, pelo fato dos paradigmas de remediação de distribuição econômica e identitária denunciarem violações de liberdade e igualdade, como consequência, surgiu outro problema: a expansão do poder do Estado sobre as áreas do mundo da vida. Em consequência, a burocracia e a linguagem jurídica foram utilizadas como lógicas linguísticas que reificavam as zonas do mundo da vida, fazendo com que se, por um lado, as pessoas ou as minorias tinha remediação contra o poder do Estado e do mercado ou de preconceitos institucionais, no ponto de vista identitário, por outro lado, os cidadãos ficavam cada vez mais dependentes da burocracia estatal para realizar sua liberdade (HABERMAS, 1997c, p.170-173).

Além disso, a linguagem burocrática e a linguagem jurídica acabam se tornando uma linguagem ideológica, a qual camuflava lógicas de normalização e de poder social (HABERMAS, 1997c, p.164-165).

É neste contexto, que Habermas prega que o modelo procedimental pode auxiliar no combate ao fenômeno de expansão do poder burocrático sobre o mundo da vida e, ao mesmo tempo, manter as críticas e possíveis remediações ao poder do mercado.

Para isso, basicamente Habermas vai preceituar duas afirmações: a primeira é que um dos motivos para a expansão do poder burocrático sobre o mundo da vida é o fato de as sociedades contemporâneas não possuírem uma perspectiva adequada de que, além do modelo liberal, social e identitário, existe também uma reivindicação republicana alojada no imaginário das sociedades contemporâneas. E tal reivindicação, do ponto de vista do modelo sócio normativo de Habermas, afirmará que o poder comunicativo não está situado nem no mercado nem no Estado, mas na solidariedade presente nas relações comunicativas do mundo da vida (HABERMAS, 1997c, p.178-180).

A segunda afirmação de Habermas, seguindo este preceito, é que para se combater as possíveis dificuldades das reivindicações de remediação do estado do bem-estar social é necessário não perder de vista a perspectiva republicana, mas também seguir como linha teórica a sempre promoção da liberdade pública das pessoas, no sentido de que somente as pessoas, nos seus potenciais de solidariedade, podem exercer sua liberdade e resolver seus conflitos; pois, nenhuma postura paternalista do mercado e do estado podem fazer tal ato. Como consequência, enquanto paradigma, Habermas sugere uma postura sempre de desconfiança das instituições do estado e mercado, não a fim de negá-las, mas constantemente se questionar de que maneira podem promover espaços mais republicanos (HABERMAS, 1997c, p.170).

O desenvolvimento do conceito de paradigmas é importante, neste capítulo, tendo em vista que os modelos de paradigmas são modelos os quais estão relacionados aos paradigmas do processo judicial de Habermas e comprovam que as situações de remediação retórica são componentes que já fazem parte do imaginário do estado do bem-estar social e do, possível, imaginário procedimental. Estes paradigmas são mais sofisticados que a proposta de consensos teóricos de Dworkin e de Günther, mas não incompatíveis.

### **3.5.1 Paradigmas identitários, corpo e adjudicação**

Já foram explicitadas as condições ideais de Habermas, incorporando aspectos de

inteligibilidade e expressividade como um componente da sua teoria da argumentação (jurídica). E já foi esclarecida também a teoria do discurso terapêutico como um discurso que oferece garantias filosóficas de remediação argumentativa.

Nesta direção, *na teoria da Ética do Discurso* de Habermas, assim como *na teoria da Argumentação jurídica* de Alexy, já existe a problemática da inclusão, onde qualquer pessoa pode participar de um discurso e que na argumentação para prevalecer a força do melhor argumento deve estar imunizada de qualquer repressão e coação (ALEXY, 2001, p.190-191; HABERMAS, 1989, p.111-112).

Como consequência, Habermas é ciente das possíveis formas de exclusão identitária, ou relacionadas à perspectiva das minorias (e dos marcadores de diferença). O intuito deste trabalho é somente complementar tal “ciência” acrescentando um médium dramático (e paradigmático) do ponto de vista da adjudicação que indique a tensão entre aspectos corporais aspectos de validade.

Os aspectos de validade, como já explicitado, estão relacionados às pretensões de validade racionais, para quem constrói um discurso tendo em vista a verdade. Os indivíduos estão dispostos a chegar à verdade e devem seguir uma série de condições idealizadas para que prevaleça a força do melhor argumento.

Entretanto, do ponto de vista do habitus jurídico, Bourdieu, assim como os teóricos das minorias, traz uma problemática de que o “corpo”, ao passar por processos de socialização, carrega uma memória social incorporada. Traz, ainda, uma série de normalizações e memórias de formas de desigualdade social que afetam o status argumentativo de quem está no procedimento argumentativo. Essas normalizações muitas vezes são ocultas, implícitas, e sua identificação depende dos conhecimentos presentes no mundo da vida mas, ao mesmo tempo, depende da contribuição das ciências sociais críticas.

Somadas a isso, as problemáticas dos marcadores de diferença trazem não somente uma discussão “retórica”, de difícil identificação na prática. Mas também trazem autocompreensões da sociedade. As questões dos marcadores da diferença conduzem problemáticas antropológicas sobre a identidade dos partícipes.

Para explicitar tal ideia, este trabalho utilizará a problemática feminista. Esta é um tipo abordagem que envolve aspectos, sociológicos, comportamentais, historiográficos e de filosofia política. Este trabalho gostaria de sugerir que uma discussão jurídica, por exemplo, em que existe a presença de uma mulher envolve potencialmente um questionamento sobre o que é ser machista (tanto para o homem quanto para a própria mulher) e sobre o que é uma

sociedade machista. E nestas duas perguntas estão presentes os aspectos (sociológicos, comportamentais, entre outros) mencionados.

Pode-se elucidar os aspectos sociológicos, por exemplo, explicitando os argumentos de Fraser contra Habermas. Nancy Fraser inicia uma discussão com Habermas a respeito do conceito de mundo da vida (reprodução simbólica) e sistemas (reprodução material) relacionados à questão de gênero. Fraser questiona que a teoria crítica de Habermas tratou de maneira não satisfatória a problemática da desigualdade entre gêneros, mais especificamente a maneira como uma sociedade pode criar arranjos institucionais e imaginários simbólicos os quais favorecem os homens em detrimento das mulheres, assim como a dominação deles sobre elas (FRASER, 1987, p.58-60).

O mundo da vida é uma forma de interação social e âmbito social no qual prevalecem as formas de reprodução simbólica em que os membros antigos transmite aos novos membros as normas e os padrões de interpretação linguisticamente elaborados, que são constitutivos das identidades sociais. A reprodução simbólica compreende a socialização do jovem, o cimentar da solidariedade de grupo, a transmissão e a extensão das tradições culturais (FRASER, 1987, p.58-60).

A reprodução material (mercado como sistema) compreende um âmbito social em que as sociedades devem se reproduzir materialmente; tem que regular com sucesso a troca metabólica de grupos de indivíduos biológico com um ambiente físico não humano e com outros sistemas sociais. A reprodução material compreende aquilo que Habermas denomina de trabalho social (FRASER, 1987, p.58-60).

A grande questão é que Fraser demonstra que esta distinção (sem o devido cuidado) pode endossar formas de preconceito e dominação de gênero. Pode aflorar, por exemplo, que o cuidado das crianças feito pelas mulheres corresponde à reprodução do mundo da vida, no qual prevalece a função simbólica e, em decorrência disso, deve ser considerado um trabalho não remunerado. Em outras palavras, Fraser demonstra que uma discussão sobre o mundo da vida e sobre o sistema envolve aspectos (potencialmente ideológicos) a respeito da naturalização de determinados papéis sociais os quais servem para a dominação de gênero; e pode influenciar perspectivas ideológicas que neguem relação de poder dentro do mundo da vida como do poder do pai sobre a mulher e os filhos e de como esse poder está relacionado justamente ao fato de que o único trabalho reconhecido socialmente é o trabalho masculino ou exercido fora do espaço doméstico; ou de como tanto no trabalho doméstico quanto no trabalho “remunerado” (fora do espaço doméstico) existem formas de trabalho sexualizadas em que as mulheres são aptas para exercerem algum tipo de trabalho e não aptas para outro

(FRASER, 1987, p.66).

Comportamentais, por exemplo, Fraser citando a pesquisa empírica feminista a respeito dos padrões de comunicação entre maridos e esposas, afirma que os homens tendem a controlar as conversas, determinando que tópicos devem ser seguidos, enquanto as mulheres fazem mais trabalho de “interação” como fazer perguntas e dar apoio verbal (FRASER, 1987, p.67).

Historiográficas, por exemplo, Fraser no texto *Repensar el ámbito público: una contribución a la crítica de la democracia realmente existente*, demonstra por meio de pesquisas historiográficas de Joan Landes e Geoff Eley, os quais, respectivamente, fizeram pesquisas sobre a formação da esfera pública na França e na Inglaterra e Alemanha.

As críticas de Joan Landes demonstram que a formação da esfera pública na França foi constituída por um *ethos* que estava em oposição a uma cultura de salão das mulheres que eram consideradas de maneira pejorativa: como artificial, afeminada e aristocrática. Em oposição a esse estilo o grupo masculino se autoafirmava como um grupo racional, virtuoso e viril (FRASER, 1993, p.28).

Ela demonstra que as perspectivas masculinas de gênero foram edificadas na construção mesma do âmbito público republicano e que, no apogeu do regime jacobino, levou a exclusão formal da mulher da vida política. Os republicanos se apoiaram na tradição clássica, a qual considera o público e o feminino como contraditórios ou incompatíveis (FRASER, 1993, p.28).

Geoff Eley realiza um estudo sobre os modos de exclusão da esfera pública no âmbito da Inglaterra e da Alemanha. Ele afirma que a formação da esfera pública nestes países se deu com a criação de uma classe burguesa em forma de rede de clubes e associações (filantrópicas, civis, profissionais e culturais) a qual estabelecia o poder de discutir temas universais como um poder de distinção. Isso significa redes que não eram acessíveis à qualquer um. Ao contrário, era uma rede de treinamento que o público (de homens) se preparava para ser um universal e capaz de governar. O pano de fundo dessa cultura de discussão pública ou liberal é uma cultura de formação de um grupo social (burgueses) que se diferenciava culturalmente e socialmente das elites (aristocráticas) antigas e dos estratos populares ou classes mais humildes. Fraser interpreta as pesquisas de Geoff como indicativos históricos, os quais apontam que nestes espaços liberais existia a exacerbação de uma cultura sexista que pregava a domesticação da feminilidade e a separação, por meio da construção do público privado, de um espaço de diferenciação social da burguesia, dos aristocratas, e das classes mais baixas (FRASER, 1993, p.29).

As pesquisas historiográficas feministas demonstram como uma discussão sobre feminismo ou sobre machismo ou o papel da mulher também envolve a compreensão historiográfica de uma determinada sociedade, a formação por exemplo, das suas instituições políticas e do imaginário sociopolítico.

O que este trabalho quer evidenciar por meio dessas elucidações comportamentais, sociológicas e historiográficas trazidas por Fraser, é que o “corpo” institucionaliza uma discussão que não se restringe a uma discussão meramente argumentativa, mas envolve também uma discussão holística sobre a sociedade em que se vive, principalmente, numa discussão sobre a crítica da ideologia como a questão feminista.

A discussão feminista envolve também uma discussão sobre filosofia política, mais especificamente sobre igualdade. Entretanto, tal questão será abordada no próximo capítulo devido a sua complexidade.

Por fim, este trabalho exemplificou a problemática do corpo e da problemática identitária por meios das pesquisas feministas. Entretanto, as questões comportamentais, sociológicas, historiográficas (e políticas) também se referem a outros marcadores de diferença como os negros, os homossexuais ou até mesmo os pobres.

Pode-se questionar quais os imaginários a respeito dos homossexuais, dos negros ou dos pobres e de como eles podem servir como estigmas sociais que prejudicam, de maneira pré-argumentativa, a argumentação em geral. Por exemplo, a própria Fraser, ao realizar a sua crítica da esfera pública, demonstra por dados historiográficos de Geoff Elley, a respeito da construção da esfera pública na Alemanha e Inglaterra, que pobres e mulheres foram excluídos, uma vez que a própria autoconcepção de universalidade dos indivíduos burgueses que construíram a esfera pública, de maneira contraditória, promovia a exclusão de minorias que não fossem homens e ricos.

### **3.5.2 Medium dramático identitário como um componente da imparcialidade argumentativa**

Não há necessidade de repetir o conceito de ação dramática (ou médium dramático) desenvolvido no capítulo sobre psicologia. E tampouco repetir o conceito de discurso terapêutico.

O intuito deste tópico é somente elucidar do ponto de vista da teoria da imparcialidade argumentativa e processual o componente corporal, do ponto de vista identitário ou das minorias. Se partir do pressuposto de que a imparcialidade argumentativa

de Habermas possui um compromisso com a inclusão; e que a imparcialidade argumentativa possui uma tentativa de remediação e neutralização das patologias da adjudicação, pode-se dizer que a ação dramaturgica, o médium dramaturgico e o discurso terapêutico são componentes da imparcialidade argumentativa. O médium dramaturgico, no caso das minorias, consistirá (num potencial) empenho dos partícipes de uma argumentação em se autogerirem suas formas de expressar sentimentos, a fim de mobilizar um diálogo em condições de igual status.

Um homem (ou mulher) ao construir uma argumentação terá a preocupação em avaliar (na maioria das vezes de maneira pré-argumentativa) os seus próprios preconceitos (e os preconceitos dos outros) a fim de construir um médium de subjetividade que possibilite uma conversa inclusiva.

Como consequência, a argumentação seja moral seja jurídica terá um potencial de fazer jus à ideia de Habermas que afirma que quando os partícipes estão num diálogo devem demonstrar sinceridade e empenho numa argumentação; mas também devem possuir habilidades sociológicas para autoidentificarem suas próprias patologias e seus próprios sentimentos.

Dito isto, percebe-se que a problemática terapêutica das minorias é uma problemática diferente da psicanalítica. A problemática psicanalítica, nos termos da hermenêutica profunda de Habermas, está preocupada em identificar formas de repressão sexual ou do self os quais impedem formas de socialização linguística de um indivíduo apto para compreender seus próprios sentimentos e ser capaz de dialogar. Habermas está preocupado em saber como as sociedades contemporâneas (do capitalismo monopolista) implantam formas de ideologia as quais reprimem a liberdade e estimulam a domesticação e subordinação; e como isso afeta a capacidade de dialogar, compreender e questionar o status quo.

Já a problemática das minorias está relacionada a uma autocompreensão da sociedade, assim como sua crítica, desenvolvida e pensada de maneira diferente. No caso das minorias como mulheres, negros e homossexuais, de questionar como imaginários políticos, sociais e morais foram construídos por homens brancos e heterossexuais, e como nos seus interstícios, nas sutilezas dos seus sentidos e do seu possível universalismo, existe uma vontade ou potencialidade de marginalização, exclusão e abolição da diferença.

No caso das mulheres, como já explicitado, de como no ideário de razão e argumentação, existe uma exclusão dos sentimentos e dos afetos, concebidos como algo feminino e como algo desvalorizado (não racional). Ou como no caso da autoridade, os homens são concebidos como fortes e seguros, enquanto as mulheres ou a feminilidade é

concebida como subserviente.

Por fim, a questão das minorias está conectada também a uma reformulação da relação entre ação comunicativa e ação estratégica na adjudicação (convencimento versus persuasão), abrindo uma ênfase na problemática do poder social e de como questões como a retórica, seja a gesticulação corporal seja o espaço social, podem ser utilizadas para fins de manipulação da argumentação.

# TERCEIRA TEMÁTICA: O PODER

## 4 A TEMÁTICA DO PODER: PRELIMINARES

Foi realizada, na perspectiva do corpo, uma associação entre Hart- Dworkin com a perspectiva de habitus jurídico de Pierre Bourdieu e as pesquisas feministas de Nancy Henley. Todos esses enfoques culminaram na perspectiva de razão terapêutica e razão dramatúrgica como um componente da imparcialidade argumentativa de Habermas.

Entretanto, não é uma tarefa óbvia estabelecer uma relação entre estas perspectivas. Por exemplo, entre o modelo de poder de Pierre Bourdieu e a perspectiva de poder (dramatúrgico) de Habermas. Isso porque, evidentemente, respondem a questões diferentes. Enquanto Pierre Bourdieu trata a perspectiva de corpo na tradição da sociologia do direito, combinando com sua historiografia; Habermas estabelece sua teoria do poder dramatúrgico na sua teoria do agir comunicativo (da modernidade) e, não estão muito claros os fundamentos dessa razão dramatúrgica (terapêutica).

O mesmo vale para o enfoque de poder de Nancy Henley. Os enfoques de Henley trabalham com uma perspectiva de estudos das rotinas cotidianas das mulheres, trazendo o pressuposto geral das teorias feministas de que existe um desnível de poder entre homens e mulheres.

Somado a isso, se torna ainda mais difícil se estabelecer uma relação entre as estratégias de filosofia política, como a de Dworkin, de encontrar um modelo de justificação normativa para as instituições políticas, marcadas pelo pluralismo cultural, versus as estratégias de denúncia do feminismo, ou mesmo de Bourdieu, os quais são incrédulos em relação à função da moral, da política ou do direito como instituições capazes de oferecer emancipação social ou justiça social. Para estas abordagens, essas instituições normativas são veículos de dominação social.

Em outras palavras, fica evidente a questão de enfoques “inconciliáveis” sobre o direito e a adjudicação, pois de um lado Bourdieu vê tais dimensões como dominação, de outro lado, Dworkin vê tais perspectivas como emancipação.

Para ser mais dramático, filósofas como a Nancy Fraser desenvolvem uma abordagem feminista mostrando não somente que são incrédulas ou desconfiadas da moral e do direito como instituições capazes de oferecer emancipação social; como também denunciam esta

incredulidade para além dos marcos normativos liberais. Nancy Fraser denuncia a questão do feminismo tendo como pano de fundo uma crítica às pretensões republicanas da esfera pública.

Neste viés, a teoria do poder desenvolvida nestes dois últimos tópicos lidará com estas perspectivas e desafios, ao todo três: (1) oferecer uma teoria do poder que concilie o poder dramaturgicamente de Habermas (ligado à sua teoria da imparcialidade) com a teoria do poder do feminismo e de Bourdieu; (2) assim como oferecer uma teoria do poder que concilie estratégia de normalização (desconfiança do direito) com uma teoria do poder ligado à filosofia política, a qual defende um modelo de imparcialidade política; (3) desenvolver uma teoria do feminismo para além dos marcos liberais, sensível à problemática republicana.

Talvez seja difícil ou impossível estabelecer uma relação direta entre essas abordagens. Como consequência, a fim de *oferecer garantias filosóficas* de que é possível reivindicar uma teoria do poder dramaturgicamente em Habermas, será utilizado como fio condutor o debate Nancy Fraser e Dworkin, e o posicionamento de Habermas.

Será afirmado que Habermas, ao responder aos questionamentos de Fraser direcionados a comunidade política de Dworkin, oferecerá uma teoria que se posicionará em relação aos três desafios.

Frente ao primeiro desafio, Habermas desenvolverá uma teoria que *contornará* os desafios da filosofia social de Fraser, por meio de uma *teoria do mínimo sociopsicológico* com uma distribuição de poder ideal no Estado de Direito.

Frente ao segundo desafio, Habermas oferecerá uma teoria do poder sensível à perspectiva de poder do feminismo, quando acata que o direito institucionalize a razão comunicativa e permite que possa haver processo de aprendizagem sobre a remediação e neutralização de desníveis de poder. Aqui estão inclusos a razão terapêutica e os paradigmas identitários, e aquilo que este trabalho denominará de *epistemologia terapêutica*.

Frente ao terceiro desafio, Habermas desenvolverá uma teoria da autonomia privada e pública sensível às pretensões normativas do liberalismo e do republicanismo.

#### 4.1 EXPOSIÇÃO DO CAPÍTULO QUATRO

A teoria de Dworkin/Fraser/Habermas será explicitada em dois momentos. Isso com o intuito de oferecer garantias filosóficas de um poder dramaturgicamente em Habermas.

Num primeiro momento, será explicitado como Nancy Fraser impõe à Dworkin os três desafios mencionados.

Iniciar-se-á o debate Dworkin e Fraser afirmando que esta impõe desafios à teoria da comunidade política de Dworkin, de explicitar a problemática do feminismo somente na perspectiva liberal. Fraser vai provocar Dworkin afirmando como o feminismo também reivindica pretensões normativas republicanas.

Depois será explicitado como a questão do liberalismo e republicanismo afeta a autocompreensão normativa da adjudicação.

E por fim, como Fraser confronta Dworkin com a exigência da distribuição de um poder ideal, a fim de garantir que a teoria de Dworkin possa manter seus ideais de transcendência. Aqui se aproveitará para estabelecer também que relacionado à temática do poder, Fraser, ao contrário de Dworkin, é sensível a como os movimentos sociais, no caso o feminismo, constroem espaços de legitimidade política e contestação das patologias dramáticas da esfera pública.

Num segundo momento, será explicitado que no confronto entre Dworkin e Nancy Fraser, Habermas responde às provocações de Fraser desenvolvendo uma teoria da autonomia privada e pública e dos paradigmas constitucionais sensíveis ao problema do liberalismo e republicanismo.

E, será exposta também, uma teoria do poder dramático, embutida na teoria do Estado de Direito, sensível ao problema do desnível retórico na esfera pública. Aqui será estabelecida uma relação entre razão dramática com a problemática da inclusão das minorias. E uma consideração de como o conceito de sociedade civil pode expressar a relação entre movimentos sociais e adjudicação, no sentido de que a sociedade civil corresponde a movimentos sociais os quais institucionalizam a esfera pública assim como condições dramáticas ideais.

#### 4.2 DE DWORKIN À HABERMAS: E A CRÍTICA DE FRASER A SOCIOLOGIA NORMATIVA DE DWORKIN

Este trabalho gostaria de sugerir quatro críticas de Fraser à Dworkin.

Estas críticas, de maneira preliminar, estão relacionadas ao fato de que Dworkin foi um teórico incapaz de lidar *com a problemática das minorias, mais especificamente, as feministas*. Elas também estão relacionadas ao fato de que, do ponto de vista da crítica feminista, existe certa *desconfiança da moral e do direito como instituições capazes de*

*promover emancipação social e autoesclarecimento* (HABERMAS, 1997c, p.165-166). A primeira crítica é que o modelo de comunidade política como o centrado num conflito interpretativo, num contexto de pluralismo ético, é incapaz de problematizar de maneira adequada outras demandas “normativas” da relação entre indivíduo, sociedade e estado, no qual o indivíduo não é somente passivo em relação a um poder concentrado do estado. Mas também é ativo ao legitimar, e até mesmo constituir, o poder estatal. Nesse viés, uma averiguação da problemática das minorias está relacionada não somente com a ampliação de um conceito de igualdade desenhado ou mobilizado a incluir direitos individuais excluídos da proteção do estado; mas também a incluir concepções de agentes e grupos sociais, os quais são excluídos de participar e constituir o poder do estado.

A segunda crítica, desenvolvimento da primeira, é que a concepção da relação entre poder e sociedade civil muda no papel da filosofia na adjudicação. Para Dworkin existe uma separação entre poder e sociedade civil, uma vez que o poder está concentrado no estado. Por sua vez, para Dworkin um dos papéis da filosofia política associada à filosofia do direito é considerar alguns direitos individuais como trunfos, os quais podem proteger os cidadãos de políticas utilitaristas e autocompreensões “pragmatistas” da adjudicação. Porém, Dworkin não consegue dar conta de problemáticas de construção de espaços de legitimação onde a liberdade dos cidadãos deve ser ampliada, a fim de garantir controle (e participação) sobre a política e sobre o estado.

A terceira crítica está relacionada a uma perspectiva mais sociológica, desenvolvendo a ideia de desconfiança do feminismo com a moral e o direito. Para o feminismo, discursos sobre a moral e o direito são fortes candidatos, em sociedades machistas, sejam por argumentos historiográficos sejam sociológicos, a mobilizar formas de *normalização social* nas quais a masculinidade é construída como oposição, domesticação ou exclusão das mulheres dos espaços públicos e privados; e tais formas de exclusão são mobilizadas por meio de discursos legitimadores daquilo que é certo, justo, moral e lícito. Por trás daquilo que é certo, justo, moral e lícito se ocultam tentativas sutis e não legítimas de definir aquilo que é normal.

A quarta crítica, e última, está relacionada ao fato de que Fraser, ao contrastar com Dworkin, estabelece, do ponto de vista das teorias que aspiram transcendência, uma teoria da distribuição de poder ideal, a fim de permitir que a possibilidade de superação da realidade injusta, possa ser realizada.

Como consequência, na perspectiva deste trabalho, a terceira e quarta crítica demonstram que as tentativas de reconstrução do conceito de igualdade necessitam não somente da inclusão de perspectivas republicanas, mas também o auxílio de ciências sociais críticas as quais denunciam de maneira incessante formas “imperceptíveis” de normalização social. Assim como é necessário o desenvolvimento de uma filosofia social capaz de abarcar as problemáticas de identificação de desníveis de poder social.

#### 4.3 A CRÍTICA SOCIOLÓGICA DA COMUNIDADE POLÍTICA DE DWORKIN

Este trabalho irá sugerir três aspectos da teoria de Dworkin como relevantes para explicitar as problemáticas deste tópico: (1) o conceito de comunidade política de Dworkin como um conceito de legitimação do poder do estado centrado num modelo liberal; (2) o conceito de relação entre política e direito como um contraponto de deontologia (princípios) e políticas (utilitárias); (3) a teoria social (da interpretação) de Dworkin voltada para uma frágil sociologia normativa, a qual encontra o papel da igualdade como constituinte sociológica das comunidades políticas.

##### 4.3.1 Comunidade política, poder e liberalismo

Dworkin no seu livro *Império do Direito* no nível da adjudicação enfrenta o problema do pluralismo cultural. O pluralismo cultural é o problema de como encontrar garantias filosóficas de imparcialidade num mundo marcado por diferentes culturas. No caso da crítica da ideologia, como já foi explicitado, a teoria de Dworkin aposta na possibilidade dos indivíduos terem a capacidade de converter seus preconceitos em argumentações jurídicas.

Um dos componentes da estratégia teórica de Dworkin, a fim de sustentar sua teoria da imparcialidade, é uma teoria de filosofia política associada à filosofia da adjudicação, a qual vai defender que existem do ponto de vista sociológico, alguns tipos de relações sociais, mais especificamente, alguns tipos de solidariedade, os quais são pressupostos para a constituição de qualquer comunidade política e, simultaneamente, se tornam um componente das comunidades jurídicas (DWORKIN, 1999).

Dworkin defenderá que as comunidades políticas são marcadas por tipos de solidariedades mediadas e compreendidas por práticas linguísticas. Essas solidariedades e

práticas linguísticas dão o potencial para os participantes da comunidade política (e jurídica) de resolverem seus conflitos por meio do diálogo ou por práticas interpretativas. O intuito deste tópico é justamente explicitar esta ideia, tendo como fio condutor principalmente o conceito de obrigações associativas. Nos próximos tópicos será demonstrado que a teoria de Dworkin possui uma filosofia (social) política frágil para lidar com problemáticas relacionadas à desigualdade social (e identitária).

Obrigações associativas, para Dworkin, consistem num conjunto de responsabilidades, as quais são atribuídas uns aos outros, pelo fato de pertencerem a determinada instituição, como família, vizinhança ou amizade (DWORKIN, 1999, p.237).

O próprio Dworkin reconhece que em sociedades de massas as obrigações associativas ficam muito restritas a pequenas instituições. Entretanto, mesmo assim, ele insiste neste conceito, porque na perspectiva dele, é capaz de elucidar como as práticas sociais são marcadas por práticas linguísticas e identitárias, nas quais as pessoas se utilizam da linguagem para formar sua identidade e integrar suas condutas. E o que será interessante para Dworkin é que as pessoas, por meio da linguagem, sempre estão reinventando o sentido do que é amizade e do que é a família (DWORKIN, 1999, p.238).

Dworkin está preocupado com esse conceito de obrigações associativas justamente devido as suas preocupações de filosofia política. A filosofia política na qual Dworkin se insere e dialoga, remete às teorias contratualistas preocupadas em desenvolver teorias políticas que pudessem explicitar como o Estado pode exercer a sua coerção estatal de maneira legítima e, ao mesmo tempo, como uma ordem política pode desenvolver seu arranjo social, de tal forma que a liberdade de todos pode ser compatibilizada (DWORKIN, 2007, p.199-200).

Nas sociedades contemporâneas, tal problemática se manifesta em como formular uma teoria que pense um modo de arranjo social que compatibilize o direito que as pessoas possuem de exercer suas liberdades à luz de diferentes modos de vida; visto que, pelo fato de as pessoas serem provenientes de diferentes culturas e modos de viver, sempre há suscetibilidade de conflitos (FURQUIM, 2010, p.14).

Nesse viés, Dworkin está preocupado em explicitar como uma teoria política pode se adequar a sociedades pluralistas, de tal maneira que possa explicar formas de responsabilidade coletivas e imparciais que uma comunidade política deverá ter com seus membros.

Para tratar disso, Dworkin vai defender que nas sociedades modernas, no caso norte americana e inglesa, pode ser encontrado um princípio político, extraído da tradição cultural destas tradições, que expressa uma responsabilidade coletiva denominada de integridade a qual pode elucidar como ocorre a legitimidade do poder político e do Estado (DWORKIN, 1999, p.213-214).

A integridade corresponde a um ideal de igualdade presente nas práticas sociais de uma comunidade política, constituinte para essa própria comunidade, no sentido de que expressa uma responsabilidade coletiva que uma instituição pública possui pelos seus membros que, apesar de ser interpretada e reinterpretada pelos cidadãos, não se confunde com o sentido que esses cidadãos lhe atribuem individualmente.

As obrigações associativas tentam elucidar justamente essa perspectiva. Quatro características Dworkin associa às obrigações associativas: (1) especiais; (2) pessoais; (3) como uma responsabilidade geral; (4) igual interesse por todos os membros (DWORKIN, 1999, p.243).

Especiais no sentido de que os grupos devem ser vistos na sua singularidade. Pessoais ao referir que cada pessoa tem igual valor. Responsabilidade geral no sentido de pressupor uma boa vontade ou uma predisposição em se preocupar com os outros. E igualitárias, no sentido de que promove sempre a igualdade (DWORKIN, 1999, p.244).

As obrigações associativas serão as bases da integridade, no sentido de que ela possibilitará a ideia de personificação. Esta ideia afirma que as comunidades políticas e o estado, por exemplo, podem ser tratados como agentes morais. Isso significa que se pode elucidar responsabilidades públicas que são irredutíveis aos seus membros (DWORKIN, 1999, p.204).

Para esclarecer tal responsabilidade Dworkin cita a indignação que a cultura política norte-americana e inglesa possuem com as práticas conciliatórias na política. A conciliação política pressupõe formas de negociação e de acordos realizados de maneira arbitrária, tais como a prevalência da vontade políticas de maiorias numéricas no legislativo, sem uma preocupação com uma proporcionalidade de poder e participação adequada dos destinatários dessas decisões (DWORKIN, 1999, p.216).

A prática de personificação será uma exigência moral importante, haja vista que exigirá das comunidades políticas e das instituições estatais uma coerência de tratamento dos seus cidadãos, no sentido de que suas práticas não podem ocorrer de forma arbitrária e casuística. É necessário um engajamento moral dessas instituições no sentido de cumprir um

ideal de integridade com seus cidadãos. Tal ideia expressa a ideia de um estado democrático de direito.

No caso da adjudicação, é justamente a ideia de personificação, a qual exigirá, como já foi explicitado, que o juiz enquanto membro do poder judiciário, se responsabilize por seus destinatários.

O que será interessante nesta estratégia teórica de Dworkin é que o mesmo está preocupado somente com a legitimação do poder coercitivo do Estado frente aos cidadãos. Dworkin tem como pressuposto normativo e sociológico de que o poder se concentra na instituição do estado e que os cidadãos, por meio da moral e do direito somente mobilizam seus discursos a fim de autorizar ou não a sua coerção.

Somado a isso, como já explicitado, possui um modelo de sociedade como uma comunidade política marcada por conflitos interpretativos, em que os sentidos de igualdade são mobilizados para legitimarem o poder estatal.

Dois problemas se abrem nesta perspectiva: (1) Dworkin não possui uma teoria adequada para problematizar que os cidadãos também constituem o poder do estado; (2) não possui uma teoria adequada, do ponto de vista sociológico, para identificar a problemática de que a sociedade civil também é constituída por desigualdades de poder.

#### **4.3.2 A relação entre direito e política em Dworkin: o problema do paradigma pragmatista**

Outro componente da teoria de Dworkin é uma determinada autoconcepção da relação entre direito e política. Na perspectiva liberal de Dworkin, a função da teoria do direito é desenvolver teorias ou paradigmas pré-interpretativos, os quais possam antecipar ou fundamentar um modelo que: (1) ofereça uma boa justificativa moral e política para a coerção do Estado; (2) estabeleça um vínculo entre as justificativas de moralidade política e as justificativas de moralidade jurídica (DWORKIN, 1999).

Não há necessidade de retomar à teoria da comunidade política de Dworkin. O que eu gostaria de enfatizar é que o enfoque liberal de Dworkin tenta responder a problemáticas específicas das teorias com as quais o mesmo está dialogando. Ele será um teórico que desenvolverá uma teoria da integridade como forma de compatibilizar os desafios do paradigma convencionalista e do paradigma pragmático.

O paradigma convencionalista se caracteriza por oferecer um modelo de direito que dá enfoque para como as decisões do passado justificam a coerção do direito. Já o enfoque

pragmático prioriza como a possibilidade de modificar o direito, em prospectiva ou para o futuro, e é um bom princípio hermenêutico para modificar e guiar a interpretação do juiz. O pano de fundo da problemática do paradigma convencionalista e pragmático é uma discussão com o positivismo jurídico e com algumas abordagens do direito (como a teoria econômica do direito) as quais são abordagens que chegam a conclusões incompatíveis do direito. A abordagem do positivismo jurídico dá prioridade para as fontes do direito e acredita que as instituições jurídicas podem preservar o enfoque normativo de autoidentidade de suas próprias práticas. Já a abordagem da teoria econômica do direito (e do utilitarismo) dá prioridade para o avanço do direito e de como este é melhor interpretado segundo a luz de princípios econômicos (DWORKIN, 1999; DWORKIN, 2002).

O problema do positivismo jurídico é que realiza um enfoque jurídico centrado somente numa analítica das fontes. Já o problema da teoria econômica do direito é que realiza um enfoque centrado na relação entre política e direito, porém, ignora não somente a autocompreensão de igualdade das teorias econômicas, como também ignora que a tradição do direito norte-americano e inglês endossa direitos individuais que não conseguem ser explicados pelo enfoque da teoria econômica (DWORKIN, 2002).

De certa maneira, o paradigma pragmático é uma reformulação das problemáticas da teoria econômica do direito aplicada à interpretação jurídica, afirmando que o modelo pragmático não consegue compreender de maneira adequada o sentido normativo do direito em dois sentidos: (1) que a instituição direito é sempre uma reconstrução de sentidos normativos reconstruídos pela tradição, mais especificamente, de uma igualdade de reconhecimento mútuo e integridade; (2) que o direito é sempre a reconstrução de uma teoria dos direitos individuais que servem como trunfos do direito (DWORKIN, 2002, p.127).

Esse modelo de direitos como trunfos será algo que acompanhará Dworkin pelo menos até o *Império do Direito* e será importante porque será um modelo que servirá como pano de fundo para Dworkin se posicionar em relação à problemática das minorias. Dworkin reconhecerá no seu trabalho a problemática das minorias de maneira implícita e explícita. De maneira implícita porque ele é um teórico da igualdade, logo, oriundo de um contexto norte americano de luta por direitos civis, é muito improvável que Dworkin não se interessasse por este tema. Mas independente do contexto, a problemática da igualdade por si só já sugere a possibilidade de problematização do confronto entre minorias versus maiorias.

O segundo aspecto é que Dworkin se posiciona em relação as problemáticas negras ou raciais norte-americanas. Este trabalho passando por *Levando os Direitos a Sério, Uma questão de Princípio* e o *Império do direito* não encontrou registros da discussão de Dworkin a respeito do feminismo (DWORKIN, 2002; DWORKIN, 2000; DWORKIN, 1999).

São dois os enfoques a se considerar da abordagem sobre discriminação racial, o qual também se *pode presumir seria abordado também em relação ao feminismo*.

O primeiro aspecto entre o modelo de direito e política e minorias é que Dworkin aborda a questão das minorias, dos preconceitos dos marcadores de diferença, como expansão do conceito de integridade, ou mais especificamente, da igual consideração e respeito. Isso significa que a problemática da igualdade é uma problemática de inclusão de determinados grupos desfavorecidos historicamente dentro de um modelo de igual distribuição ou reconhecimento de direitos individuais.

Neste viés, a problemática da política é um problema de como a vontade da maioria não pode preponderar sobre a vontade das minorias. E como se pode construir políticas específicas para remediar violações históricas.

Seguindo este raciocínio, do ponto de vista constitucional, Dworkin é fiel aos pressupostos da sua teoria e aborda a questão da discriminação racial no estrito aspecto da sua filosofia política e jurídica. A sua preocupação é encontrar uma expansão do conceito de igualdade, assim como combinar com o seu modelo hermenêutico (interpretativo) de ser sensível às diferentes concepções de igualdade ou divergências teóricas.

No *capítulo X* de *Império do Direito*, Dworkin examina a plausibilidade e potencialidade do seu modelo de integridade do direito assim como do juiz Hércules de explicitar, da melhor maneira possível, os casos jurídicos controversos, dar continuidade à tradição de igualdade jurídica do contexto norte-americano e, dar continuidade também à tradição de controle de constitucionalidade norte americano (DWORKIN, 1999, p.425). Dworkin inicia como um autor que faz questão de enfatizar como na tradição dos Estados Unidos é a Suprema Corte que possui o papel de realizar o controle de constitucionalidade. Para Dworkin, os Estados Unidos fizeram uma boa escolha ao conceder esse papel de controle constitucional para os tribunais superiores, ao invés, das instituições majoritárias (como o Congresso) (DWORKIN, 1999, p.426-427).

Uma vez reconhecido o papel dos tribunais constitucionais, assim como a importância deles na democracia, Dworkin estabelece a problemática de que a Constituição por ser confeccionada textualmente, estabelece múltiplas interpretações, as quais autorizam

diferentes poderes. Neste viés, o papel do direito como Integridade é justamente questionar como o juiz ou os juízes devem se posicionar ao fato da Constituição ser não somente um problema interpretativo, mas também político (DWORKIN, 1999, p.428).

É neste contexto de definir os limites da interpretação constitucional que Dworkin começa se posicionando em relação a duas correntes. Os conservadores e os liberais. Os conservadores são aqueles fiéis ao texto da Constituição. Evitam muda-la. Já os liberais possuem uma perspectiva mais progressista ou de modificação da Constituição (DWORKIN, 1999, p.428-430).

Dworkin também irá se posicionar em outra corrente de interpretação da Constituição. A denomina de historicismo. O historicismo se caracteriza por um tipo de postura interpretativa, em que o intérprete vai buscar na intenção do constituinte o sentido subjacente ou oculto ao texto da Constituição (DWORKIN, 1999, p.432).

Para Dworkin, o historicismo é falho porque é impossível recuperar a verdadeira intenção do constituinte para resolver alguma demanda constitucional. Entretanto, em alguns casos, é interessante partir do pressuposto de que os constituintes fundaram a Constituição dentro de determinados princípios constitucionais, o que Dworkin chamará de convicções, e que é função do intérprete (juiz Hércules) reconstruir o sentido desta convicção (DWORKIN, 1999, p.432-434).

Desta maneira, o juiz Hércules deve decidir a respeito do caso Brown. As escolas pleiteantes defendem que o esquema de segregação racial entre as escolas públicas do Kansas é inconstitucional, porque lhes nega a igualdade perante a lei, apesar de sua longa história (de segregação) nos estados do Sul, e apesar da decisão aparentemente contrária da Corte no *caso Plessy vs. Ferguson* (DWORKIN, 1999, p.453).

O juiz Hércules vai realizar uma reinterpretação dos direitos individuais da Constituição dos Estados Unidos, em particular, a cláusula de igualdade perante a lei. Ele irá se perguntar se a Constituição determina em nome da igualdade certos direitos individuais que todo os estados devem respeitar, independente da interpretação de igualdade que estes mesmos estados adotaram (DWORKIN, 1999, p.456).

Para Dworkin, sim. Entretanto, a grande questão é qual o sentido e significado desses direitos. O juiz Hércules, a fim de garantir coerência das práticas constitucionais adotará três teorias de igualdade racial, as quais combinem a tradição norte americano e o sentido de igualdade (da décima quarta emenda) presente na Constituição.

A teoria das classificações suspeitas, das categorias banidas e das fontes banidas. A teoria das classificações suspeitas considera a problemática da discriminação dos negros como algo “suspeito”, como algo que deve ser visto com desconfiança. Entretanto, a princípio não é algo que gere injustiça por si só. A integração entre negros e brancos poderia ser negada porque se poderia constatar que em sociedades estados historicamente segregados, um ambiente escolar integrado produziria um ambiente educacional inferior (DWORKIN, 1999, p.457).

A das categorias banidas considera que discriminações como de sexo ou racial são inconstitucionais em qualquer circunstância (em qualquer sociedade ou estado) (DWORKIN, 1999, p.458).

A das fontes banidas retoma a tensão entre vontade das minorias e das maiorias, mas acrescenta um detalhe ao afirmar que a vontade das maiorias é importante quando se posiciona em relação aos direitos das minorias, mas não ao ponto de que as preferências das maiorias gerem desvantagens (injustas) para as minorias ou que as preferências das maiorias sejam lastreadas em algum preconceito determinado historicamente (DWORKIN, 1999, p.458).

Por fim, Dworkin chega à conclusão de que o juiz Hércules poderia escolher entre a teoria das categorias banidas e ou a teoria das fontes banidas para defender uma teoria da igualdade racial compatível com a Constituição norte-americana. Para Dworkin, a teoria das classificações suspeitas é incompatível, uma vez que a mesma não consegue reconhecer o ideal de justiça (direitos individuais) inerentes à Constituição norte-americana, uma vez que o povo norte-americano tinha convicções de que a discriminação racial era injusta (DWORKIN, 1999, p.462).

O intuito na explanação deste tópico é apenas elucidar filosoficamente como Dworkin trata da questão das minorias por meio de sua teoria da integridade. No exemplo da discriminação racial, Dworkin vai realizar uma reinterpretação da igualdade (de um direito individual como trunfo) para se posicionar em relação à tradição constitucional e luta pelos direitos civis nos Estados Unidos, de qual o sentido normativo destas práticas.

### **4.3.3 Comunidade política e teoria social**

O pano de fundo sociológico da teoria de Dworkin é um modelo de sociedade que tem como base uma problemática de construção da identidade e de reprodução social das condutas, como no exemplo da cortesia, em que muitas vezes os indivíduos não sabem

como se portar frente a uma situação porque possuem perspectivas diferentes do que é a situação ou de qual o significado normativo desta conduta (DWORKIN, 1999, p.57).

Normativa no sentido amplo. Seja como etiqueta, moral ou direito, os indivíduos precisam interpretar a situação para reproduzir tal prática; e precisam concordar para reproduzir tal prática. Porém, em sociedades pluralistas, os indivíduos muitas vezes podem ter a identificação de uma mesma situação, entretanto são incapazes de entrar em consenso sobre o que fazer. Sendo mais dramático, por questões interpretativas, os indivíduos podem não concordar linguisticamente sobre a mesma situação.

Dworkin vai extrair desta constatação sociológica que as próprias práticas sociais e linguísticas são marcadas por ambivalências de sentido, sejam linguísticas e sociais, os quais vão afetar a maneira como representamos nossos ideais de imparcialidade política e jurídica. Se as práticas sociais são ambivalentes, como se pode construir uma teoria da imparcialidade política? Como se pode ser neutro em relação a diferentes modos de vida? (DWORKIN, 1999).

A resposta de Dworkin é que do ponto de vista ético, pode-se encontrar uma teoria da igualdade, pressuposto nos próprios modos de vida, o qual endossa uma ideia de consenso prévio à interpretação o qual garante que as pessoas possam chegar a acordos. A construção e identificação de consensos prévios não irá necessariamente oferecer uma resposta correta, mas é uma garantia mais forte que a do positivismo (DWORKIN, 1999). Tal perspectiva aplicada à problemática dos marcadores de diferença coloca o problema do preconceito como um problema ético/deontológico, no sentido de que as problemáticas da diferença podem ser reconstruídas como problemas culturais e de moralidade política, em que basta uma conversão dos preconceitos em interpretação moral (política) ou jurídica que o indivíduo será capaz de elucidar, para uma perspectiva de conflitos interpretativos, o problema dos preconceitos.

#### **4.3.4 As críticas da esfera pública de Fraser/Habermas aplicados à teoria da comunidade política de Dworkin**

Neste tópico será estabelecida uma relação entre as críticas de Fraser a Habermas contra Dworkin. O intuito é demonstrar por meio da síntese teórica de Fraser, a respeito da historiografia da esfera pública, assim como sua teoria social, que a formulação da

comunidade política de Dworkin não consegue se sustentar filosoficamente como uma teoria plausível de oferecer uma abordagem da legitimidade jurídica.

Dworkin, como já explicitado, oferece uma perspectiva de que as pessoas ou os cidadãos podem encontrar nas suas relações sociais práticas de igualdade e fraternidade as quais podem ser reconstruídas linguisticamente como ideais de imparcialidade política. Por meio dessa ideia, Dworkin dialoga com um ideal moderno da esfera pública trabalhado por Habermas e Fraser.

Fraser interpreta Habermas como um defensor de um espaço público no qual prepondera o poder da fala. É um espaço onde os cidadãos deliberam sobre assuntos comuns e realizam interações discursivas em determinadas condições ideais. Este espaço se diferencia do Estado e do mercado. Do Estado pelo fato dessas interações discursivas, virtualmente, não se confundirem com as interações ou espaços burocráticos, pois o poder é gerado pela própria relação comunicativa (força do melhor argumento). Já do Mercado porque a lógica não é do dinheiro ou da mercantilização. Para Fraser este espaço de solidariedade e interação discursiva como dissociado do mercado e do Estado é fundamental para a teoria democrática (FRASER, 1993, p.25).

A esfera pública habermasiana se constitui como ideal para que todas as desigualdades sejam suspensas. Para Habermas, na construção da esfera pública se pode estabelecer garantias de que as partes possam resolver seus conflitos de maneira dialógica e, simultaneamente, chegar a uma verdade legítima (FRASER, 1993, p.34-35; HABERMAS, 1997).

Seguindo os temas abordados no tópico anterior, este trabalho gostaria de sugerir três problemáticas de Fraser/Dworkin: (1) a ausência, no modelo de legitimidade política, da problemática do republicanismo; (2) o problema das minorias associado à representatividade política, e não somente ao problema da remediação social; (3) o problema de um modelo sociológico da comunidade política, que leve em conta nos conflitos interpretativos (argumentativos), também o problema dos recursos retóricos dos participantes.

#### 4.4 PRELIMINARES DA ESFERA PÚBLICA DE FRASER A TEORIA DE HABERMAS

Neste tópico o trabalho abordará o texto *Repensar el ámbito público: una contribución a la crítica de la democracia realmente existente* (FRASER, 1993).

Aqui será feito um prenúncio ou estabelecida uma relação entre Dworkin e Nancy

Fraser com o intuito de demonstrar como a teoria de Fraser, no âmbito de uma teoria da comunidade política, realiza uma crítica aos pressupostos de filosofia política de Dworkin, a qual a teoria de Habermas vai preencher.

Basicamente, será feita uma exposição sucinta e geral de que a teoria de Fraser é uma teoria focada para o feminismo, centrado nos aspectos de um poder dramatúrgico, permeando a esfera pública de Habermas, o qual serve como um fator de exclusão das minorias sociais.

Depois, desenvolvendo a teoria de Fraser, será exposto que a mesma, em cotejo com a teoria de Dworkin, exige deste um enfoque centrado nas minorias sociais, que precisa ir além do enfoque liberal e destacado para o enfoque republicano.

Por fim, será demonstrado como Habermas compatibiliza a problemática das minorias por meio de uma teoria dos direitos fundamentais, os quais reconhece uma autonomia privada e pública; e uma teoria dos paradigmas constitucionais, os quais são sensíveis ao problema do liberalismo e republicanism.

Nancy Fraser, com pano de fundo habermasiano, estabelece uma teoria da esfera pública, crítica em relação ao Habermas, mas com novos contornos, do ponto de vista de uma esfera pública das minorias, principalmente a feminista (FRASER, 1993).

Fraser vincula sua ciência social crítica a um modelo de estudo voltado para as lutas feministas, a fim de desenvolver categorias que esclarecessem, ao invés de ocultar, as formas e estratégias de subordinação (FRASER, 2003, p.57).

Fraser começa explicitando a teoria da esfera pública de Habermas. Ela explicita que a esfera pública surgiu como um ideal burguês que se opunha aos estados absolutistas. Este espaço institucional pretendia, no começo, realizar uma relação entre a sociedade e o estado, fundando aquilo que era de bem comum ou do público. Isso permitia que as atividades do estado passassem pelo filtro do escrutínio crítico e pela força da opinião pública (FRASER, 1993, p.27).

Mais adiante significou transmitir o considerado interesse geral da sociedade burguesa ao estado por meio de formas de liberdade de expressão, liberdade de imprensa e liberdade de associação garantidas legalmente, pouco a pouco, por meio das instituições parlamentares de um governo representativo (FRASER, 1993, p.27).

Dois ideais estavam embutidos nesta instituição da esfera pública: (1) o primeiro é a promessa ou o potencial de que os cidadãos, por meio das leis e do exercício de um poder sobre os seus governantes, poderiam institucionalizar uma domesticação do poder do estado; (2) o segundo é que a participação da esfera pública se daria com a máxima inclusão e permissão de participação de todos (FRASER, 1993, p.27).

Para Habermas, diz Fraser, o ideal utópico da concepção burguesa de público nunca foi exercido na prática. Em particular, a demanda para abrir ao acesso de participação neste espaço de discussão nunca foi alcançada. Porém, o ideal de esfera pública abriu um espaço social diferenciado do mercado e do estado e promoveu um ideal de discussão pública que excluía debates a respeito de questões privadas (FRASER, 1993, p.27).

Habermas diagnostica ao final, na perspectiva de Fraser, que estas condições ideais iniciais da ascensão da burguesia passaram a se erodir, quando estratos não burgueses começaram a participar dos espaços de poder de discussões públicas. A questão social (questão da desigualdade econômica) começou a se destacar, se acentuou a questão da luta de classes e o ideal de um público uno o qual poderia representar o povo para domesticar o estado, se dissolveu em interesses heterogêneos que competiam entre si. Com o surgimento da democracia de massas do Estado do bem-estar social a sociedade e o estado se entrelaçaram mutuamente e o público como escrutínio crítico perdeu espaço para o poder da manipulação da mídia e para as relações públicas (FRASER, 1993, p.28). Porém, Fraser problematizará esses pressupostos. Ela afirmará que a esfera pública habermasiana, apesar de ser um ideal de igualdade, possui um histórico de exclusão de determinados grupos sociais para a construção de um diálogo legítimo.

Quatro pressupostos serão questionados em relação à noção de teoria social esfera pública: (1) que os interlocutores podem suspender a diferença de status e deliberar como iguais; (2) ignorar que existem outras formas de espaço público ou privilegiar somente uma forma determinada; (3) estabelecer de maneira essencialista o que é público ou o que é privado antes da construção do próprio espaço público; (4) o pressuposto de que o espaço público requer uma aguda separação entre sociedade civil e estado.

Fraser demonstra que Habermas já tinha alguma noção de que a esfera pública burguesa continha aspectos excludentes, seja em relação ao gênero, seja em relação às pessoas mais pobres, como a questão de propriedade. Neste viés, existe uma espécie de sugestão na teoria de Habermas que, apesar da esfera pública ser inicialmente excludente, ela poderia passar por processos de aprendizagem mais includentes, a ponto de que essas exclusões fossem eliminadas (FRASER, 1993, p.34).

Porém, Fraser realiza uma postura de crítica mais contundente a este ideal de aprendizagem e correções de desigualdade (formais). Isso porque ela parece estabelecer que as características de exclusão estão tão interligadas aos processos de socialização dos indivíduos e dos grupos, que tais processos de exclusão se mantêm nas fronteiras dos

processos dialógicos. Fraser pontua que a esfera pública burguesa foi formada por protocolos de decoro ou de estilo que funcionavam, como já dito, como marcas de distinção, e promoviam a marginalização das mulheres e dos homens pobres (FRASER, 1993, p.35).

Fraser está falando de formas de normalização, micropráticas de exclusão, e verdadeiros imaginários, associados ao vocabulário e preconceitos, os quais institucionalizam uma dinâmica de construção dialógica que é anterior àquilo que é verbalizável ou mesmo consciente. Fraser cita pesquisas empíricas dos estudos feministas os quais constataam que os homens tendem a interromper mais as mulheres do que as mulheres interrompem os homens; os homens tendem a falar mais que as mulheres; as intervenções feitas pelas mulheres são mais ignoradas ou não respondidas do que as dos homens (FRASER, 1993, p.35).

Fraser, baseada na teoria de Jane Mansbridge, tem argumentado que os processos de inclusão na deliberação política, a conversão do “eu” em “nós” pode mascarar formas sutis de controle. Aqueles marginalizados, como as mulheres, podem adentrar ou serem incluídas superficialmente em práticas deliberativas de homens, mas devido a um imaginário machista, podem ser excluídas ou se apropriar de uma linguagem a qual não seja capaz de expressar sua própria identidade ou sentimentos (FRASER, 1993, p.35-36).

Seguindo este raciocínio, ela coloca sob suspeita o ideal de esfera pública presente tanto em Dworkin quanto em Habermas, a ideia de que um público ou um espaço público os indivíduos podem suspender seus contextos éticos e chegar num consenso moral. Em sociedade estratificadas, os contextos éticos são permeados por lógicas de poder no sentido de que seus estilos de vida são desigualmente valorados. O resultado, como já dito, é o desenvolvimento de poderosas pressões informais que marginalizam as contribuições dos membros subordinados, tanto na vida diária quanto em âmbitos públicos oficiais (FRASER, 1993, p.36-37).

Por fim, Fraser estabelece uma crítica à concepção liberal de esfera pública burguesa, no sentido de que ela é insuficiente para estabelecer, pelo menos na sua autocompreensão enquanto estrutura dialógica, para lidar com o problema da forma como se institucionaliza os poderes ou capacidades de diálogo em sociedades marcadas por desigualdades socioeconômicas e sociosexuais. Neste viés, ela coloca a necessidade de que, caso ainda se tenha a intenção de manter esse ideal de igualdade e, simultaneamente, o ideal de paridade política e dialógica nas esferas públicas, é necessária uma teoria mais sensível ao problema da desigualdade social e sexual; e de uma teoria mais sensível a essas microformas de normalização e exclusão que permeiam a esfera pública.

#### 4.4.1 Múltiplos públicos

Habermas, no seu ideal de esfera pública, e Dworkin no nível filosófico, estabelecem a possibilidade de uma comunidade política ser marcada por indivíduos aptos a dialogarem entre si e com o Estado, simultaneamente, uma ideia de cidadania onde existe um possível “público uno” o qual representa o público (FRASER, 1993, p.39). Entretanto, Fraser será crítica desta ideia. Ela defenderá a perspectiva de múltiplos públicos versus os públicos dominantes, em dois tipos de concepção de sociedades modernas: sociedades estratificadas e sociedades igualitárias multiculturais (FRASER, 1993, p.39).

Fraser defende que numa democracia, em sociedades estratificadas, é preferível a identificação e promoção de múltiplos públicos do que somente um. Isso porque, uma teoria da esfera pública tem que ser sensível ao fato de que é impossível imaginar espaços institucionais que possam conceber espaços neutros sem o perigo de endossar formas de vida hegemônicas ou dominantes sobre os públicos subalternos (FRASER, 1993, p.40).

Nesse viés, baseada na historiografia utilizada por ela, propõe uma teoria dos contra-públicos subalternos, a qual se conceitua como terrenos discursivos em paralelos onde os membros dos grupos sociais subordinados inventam e fazem circular contradiscursos que, ao mesmo tempo, permitem formular interpretações de oposição acerca da sua identidade, interesses e necessidades (FRASER, 1993, p.41).

#### 4.4.2 Âmbitos públicos, interesses comuns e interesses privados

Para Fraser, a problemática do que é o público possui uma conotação diferente de Dworkin. Neste, a problemática do que é público está relacionada a uma problemática “hermenêutica” de se tornar capaz, no caso os cidadãos, o juiz e os participantes, de reconstruir por meio da interpretação condições de imparcialidade, para se chegar a uma resposta correta. O público institucionaliza condições de “imparcialidade hermenêutica”, em Dworkin.

Em Habermas, na perspectiva de Fraser, o público ganha várias conotações: (1) relacionado com o Estado; (2) acessível a todos; (3) de interesse para todos; (4) pertencente ao bem comum. Em relação à privacidade: (1) pertence à propriedade privada em uma economia de mercado; (2) pertencente à intimidade doméstica ou pessoal, que inclui a vida

sexual (FRASER, 1993, p.47).

Fraser começa estabelecendo que o sentido é “acessível a todos”, como definindo o público, é algo ambíguo. No sentido de que ela demonstra que na tradição do feminismo ou na tradição da luta pelos direitos dos homossexuais que a definição do que é público ou privado ou do que “deve ser” acessível a todos ou não depende de lutas interpretativas e discursivas (FRASER, 1993, p.47).

Fraser então avalia o sentido republicano da esfera pública de Habermas como se contrapondo a uma perspectiva liberal individualista. O sentido republicano parte do pressuposto de que a lógica da política é um grupo de indivíduos ou pessoas que raciocinam juntas, a fim de promover um bem comum que transcende as preferências individuais. O sentido republicano parte do pressuposto de que as preferências, interesses e identidades não sejam dadas antes do discurso e da deliberação pública. Já o sentido liberal assume que o indivíduo se constrói anteriormente à formação de qualquer coletividade. E que ele é capaz de construir suas preferências, interesses e identidades à margem da deliberação pública (FRASER, 1993, p.49).

A grande questão para Fraser é que a postura republicana, da esfera pública, de reivindicar um espaço argumentativo de “bom para todos” ou de “bem público” sempre gera o perigo desse bom para todos reivindicar ideologias excludentes, no sentido do “público” ser utilizado como ideologia que oculta a identidade e interesses dos subjugados (FRASER, 1993, p.50).

Fraser defende, neste sentido, um maior trato da teoria crítica com os conceitos de “público” e “privado”, tendo em vista que sempre possui o potencial de reivindicar discursos ou ideologias, os quais trazem classificações culturais e etiquetas retóricas. Os discursos políticos podem ser utilizados como mecanismos de poder os quais desqualificam argumentos de classes subalternas e menos desfavorecidas (FRASER, 1993, p.51).

O conceito de privacidade também tem esse problema. A retórica da privacidade, na perspectiva de Fraser, de estabelecer um espaço doméstico e propriedade privada como privado, possuem sempre o potencial de serem utilizados para desqualificar “a discussão pública destes assuntos”, como no caso identificação, deliberação e combates a formas de poder “domésticos”, como o poder dentro da família (o poder dos homens sobre a esposa ou as crianças, em sociedades machistas), o poder de mercado daqueles que possuem os meios de produção; ou o discurso da privacidade como um espaço não político que permite a intervenção de discursos técnicos do Estado, que não tem interesse “público”, mas somente tecnocrático (FRASER, 1993, p.51).

Seguindo este último raciocínio, o discurso da privacidade pode fundamentar, por exemplo, que questões de violência doméstica sejam apreendidas por discussões das ciências humanas, normalizadoras, e não haja a possibilidade da identificação de um espaço público que seja capaz de contestar discursivamente estas estratégias (FRASER, 1993, p.52).

#### **4.4.3 Públicos fortes e públicos frágeis**

Fraser realizando uma reinterpretação da teoria da esfera pública de Habermas trabalha, de maneira crítica, com a ideia de separação entre sociedade civil, estado e mercado. A primeira ideia é uma ideia liberal. Nesta ideia, a sociedade civil é um espaço que se destaca do Estado, porém, o poder do mercado pode se infiltrar e se exercer de maneira livre. Fraser critica esta perspectiva, porque demonstra que o discurso privatizador do mercado pode ser utilizado para justamente apagar aquilo que é público e favorecer formas de dominação (FRASER, 1993, p.54).

A segunda ideia é que sociedade civil é um nexo de associações secundárias ou não governamentais que não são nem econômicas nem administrativas. O âmbito público não é o Estado; ao contrário, é um corpo informalmente mobilizado de opinião discursiva não governamental que pode servir como contrapeso ao Estado.

Neste viés, a concepção burguesa de esfera pública promove aquilo que é denominado de públicos débeis, cuja prática deliberativa consiste exclusivamente na formação de opiniões e não inclui a tomada de decisões. A concepção burguesa (de Habermas) sugere a expansão da autoridade de tais práticas deliberativas dentro do Estado mas, ao mesmo tempo, existe o perigo dessa relação ao público de se confundir com o Estado e se perder o público como algo de interesse de todos (FRASER, 1993, p.54).

As coisas se complicam na perspectiva de Fraser, quando se constata a questão dos parlamentos, o qual ela denomina de públicos fortes. Em tais espaço existe uma combinação de formação de opiniões e tomada de decisões.

A questão que Fraser deixa em aberto é a proliferação desses públicos fortes, no sentido de pensar outras formas de esfera pública em outros espaços institucionais. Ela coloca em aberto a questão de novas formas de construção de espaços institucionais em que as pessoas poderiam se autogerir (FRASER, 1993, p.55).

## 4.5 A PERSPECTIVA DE FRASER CONFRONTADA COM DWORKIN

### 4.5.1 O problema do republicanismo e da comunidade política

É sempre um desafio estabelecer uma relação direta entre a teoria de Fraser e a teoria de Dworkin. Simplesmente afirmar que os dois estão preocupados com as mesmas questões é algo que deve ser feito com cuidado. O fio condutor para afirmar a mesma questão, de Dworkin e Fraser, é a ideia de que os dois teóricos estão preocupados em formular uma teoria da esfera pública. Tal teoria irá afirmar que aquilo (a igualdade) que os indivíduos reconhecem uns aos outros nos âmbitos das interações sociais não estatais e, fora do mercado, são a base para a legitimidade das instituições estatais, mais especificamente, das instituições políticas e das instituições jurídicas.

Porém, Dworkin e Fraser possuem sentidos diferentes para uma teoria da esfera pública. É essa ideia que se gostaria de desenvolver. De como Fraser, seguindo Habermas, estabelece uma problemática de legitimidade das instituições políticas que se diferencia da de Dworkin e, ao mesmo tempo, critica-o. Este trabalho gostaria de problematizar que Fraser estabelecer um conjunto de liberdades normativas, que pressupõem novas noções de poder social e político, que Dworkin não foi capaz de identificar. E, como consequência, do ponto de vista de uma teoria voltada para a remediação das violações das minorias, se torna uma teoria deficitária.

A concepção de política de Dworkin está relacionada a uma perspectiva liberal onde existe uma diferença entre sociedade civil e Estado. O papel da sociedade civil é legitimar (e programar) o poder do Estado, que nos termos do Habermas, foi constituído nas sociedades modernas como aparato administrativo especializado em integrar coletivamente os indivíduos. A sociedade civil é constituída por uma circulação de pessoas e de trabalho social estruturados segundo leis de mercado, em outras palavras, voltado para os seus próprios interesses (HABERMAS, 2002, p.270-271).

De maneira mais específica, Dworkin não desenvolve uma teoria do Estado ou uma teoria do mercado. Porém, estes complementos, na perspectiva deste trabalho, poderiam ser feitos sem prejuízo da explicitação e compreensão da teoria de Dworkin. Este desenvolve uma teoria em que os indivíduos possuem seus próprios interesses, e por meio da linguagem e suas práticas sociais, podem deliberar sobre seus assuntos; mas, atente-se, sempre para legitimar o poder (coerção do estado).

Já a perspectiva republicana possui uma perspectiva da política que não é de legitimar

o poder do Estado, nos termos liberais, como mediação. Mas ela constitui o poder do estado. Para essa tradição, o poder não se aloca no Estado, mas é gerado pelo compartilhamento ético entre os cidadãos. Neste viés, ao lado do poder do mercado e do poder do estado, surge o poder da solidariedade (HABERMAS, 2002, p.271).

A concepção de cidadania, dos liberais e de Dworkin, consiste em direitos subjetivos e individuais negativos em que o indivíduo pode agir conforme sua vontade, sem coerção de outrem ou do Estado, contanto que exerça sua liberdade legalmente, sem desrespeitar a lei. Quanto aos direitos políticos dos liberais, consistem em poder votar e exercer seus próprios interesses (HABERMAS, 2002, p.271).

Já os republicanos possuem uma concepção de liberdade e de cidadania como algo positivo. Os direitos políticos como direito de participação e de comunicação política não é algo que os indivíduos utilizam para prevalecer seus interesses pessoais, mas para garantir o bem público. A concepção de cidadania dos republicanos não consiste em direitos negativos, mas em direitos positivos nos quais o direito somente pode ser exercido condicionado ao reconhecimento mútuo dos demais partícipes, enquanto iguais. O telos da liberdade não é uma prática legal no qual o outro ou o estado não pode intervir, mas uma prática de construção de uma práxis comum.

Com isso se diferencia a função do estado para os liberais e para os republicanos. Para os liberais a função do estado é proteger os direitos individuais. Para os republicanos é garantir processos inclusivos de opinião e de vontade na política (HABERMAS, 2002, p.271-273).

Existe também diferença quanto aos direitos. Para os liberais, os direitos são constituídos como direitos individuais, os quais serão contatados caso a caso, conforme a violação. Já para os republicanos, os direitos são constituídos de maneira anterior ou concomitante à formação da sociedade (HABERMAS, 2002, p.273).

Existe diferença também quanto a natureza do processo político. Para os liberais a política é uma disputa por posições que permitam dispor do poder administrativo. Já para os republicanos a política é a construção de espaços comuns, uma reinterpretação e atualização de comunidade ética e de reconhecimento mútuo primário, o qual sempre deve ser rememorado. Como consequência, para os liberais o modelo do agir estratégico é adequado para explicitar a política, já para os republicanos é o modelo do entendimento mútuo (HABERMAS, 2002, p.275).

Desta maneira, se pode iniciar a apresentação da abordagem de Fraser, estabelecendo uma reivindicação normativa que está além ou à margem da perspectiva de Dworkin.

#### 4.5.2 O problema da relação entre direito e política aplicado às minorias

Se é feita uma crítica assim como uma comparação entre republicanismo e liberalismo, pode-se presumir, no nível dos conceitos e no nível das categorias, que o republicanismo e o liberalismo terão um olhar diferente sobre os mesmos fenômenos, no caso a questão das minorias.

Para a problemática liberal, a questão das minorias diz respeito à remediação social, a fim de garantir um resguardo contra as arbitrariedades do Estado. De um lado, as minorias não podem ser tratadas com discriminação social seja por uma questão de liberdade seja por uma questão de igualdade. Liberdade uma vez que as pessoas têm o direito de exercer sua vida e expressar suas características culturais, por assim dizer, como etnia, gênero ou sexualidade. Entretanto, a princípio, os liberais não teriam nenhuma preocupação em julgar ou avaliar o mérito, em si, destas características. Em sociedades pluralistas, a função do liberalismo é garantir condições imparciais para a legitimidade política.

Do ponto de vista da igualdade, a perspectiva se complica um pouco mais, porque a igualdade parte do pressuposto de que os marcadores de diferença podem contar como indicadores sociais, reconstruíveis e constatáveis do ponto de vista historiográfico e sociológico, os quais geram desigualdades de status entre os indivíduos. Neste sentido, uma teoria da igualdade o qual tente preservar a liberdade das pessoas necessita de uma teoria de remediação social das desigualdades.

Dworkin, na sua teoria da filosofia do direito, parece desenvolver uma perspectiva mais voltada para a igualdade do que para a liberdade. Possui uma teoria sobre a discriminação social, estabelece uma relação entre a sua teoria da integridade e a possibilidade da jurisdição remediar desigualdades históricas, como a questão da etnia (dos negros). No nível da teoria filosófica da adjudicação, sua teoria é um pouco dúbia. De um lado reconhece e relação entre ética e justiça na sua teoria da comunidade política e jurídica, no sentido de reconhecer que qualquer tentativa de imparcialidade deve levar em conta a dimensão ética e cultural dos indivíduos. Porém, como não desenvolve uma teoria da argumentação e possui uma teoria social da adjudicação frágil, não consegue problematizar filosoficamente (na adjudicação) a questão da cultura negra ou feminista como uma cultura que gera desnível de igualdade entre os participantes.

Porém, no nível da teoria republicana, a problemática da cultura ganha outros

contornos. Isso porque o republicanismo parte do pressuposto de que os indivíduos possuem um poder cívico de fundar a política. Cada cidadão ao mobilizar seu corpo ou seus corpos possui um potencial de fundar espaços de mobilização, principalmente na perspectiva argumentativa, que possibilita a fundação de um poder social e político de influenciar o estado e, virtualmente, auto-organizar a sua vida. Mas, nesta última ideia, diferente do liberalismo, tal auto-organização não se resume em eleger representantes para administrar a vida das pessoas, mas na possibilidade de participação direta.

Como consequência, a problemática e as categorias do republicanismo mobilizam um enfoque diferente das minorias. Em que medida as minorias possuem o reconhecimento e a garantia de participação política? Em que medida as minorias possuem poder, seja para influenciar o estado, seja para fundar determinados espaços discursivos?

Por exemplo, Nancy Fraser na crítica a Habermas, demonstra que na formação da esfera pública burguesa se formou em oposição, constatável no ponto de vista historiográfico, a uma série de públicos femininos e de pessoas pobres os quais demonstra que a esfera pública burguesa se forma como estilos pré-argumentativos, os quais se opõem aos estilos de outros grupos sociais. Nesta perspectiva, como este trabalho tem demonstrado, existem verdadeiros imaginários no ponto de vista da crítica de ideologia, os quais constatarem fenômenos que antecedem a construção de espaços públicos ou espaços de mobilização política, que minam a possibilidade de haver representatividade política, com a qual o modelo de Dworkin (liberal) não consegue prever, ou pelo menos não se preocupa.

Por fim, Fraser demonstra que discursos como público e privado são utilizados para excluir ou incluir determinados assuntos da discussão política.

#### **4.5.3 A tensão entre validade e socialização na comunidade política: o papel da epistemologia crítica**

Se a teoria de Dworkin parte do pressuposto de que há homologia entre um modelo interpretativo da política e do direito, Fraser vai propor tal abordagem colocando a problemática do poder social.

Em Dworkin a igualdade é um ponto em comum, tanto na política quanto no direito. Neste viés, quando os indivíduos estão reconstruindo a adjudicação, eles também estão reconstruindo as práticas de solidariedade da política.

Em Fraser, a sociedade é marcada por disputas de poder, pelo menos na ótica feminista. E quando ela adentra as problemáticas da moral, do direito e da política, ela não está interessada em oferecer um modelo de imparcialidade ou emancipação social, mas em

realizar uma abordagem discursiva das formas de ideologia as quais se institucionalizam por meio do direito, da política e da moral.

O que será interessante desta perspectiva é que a abordagem de Fraser irá realizar uma constante tentativa de identificar as formas de ideologia presentes nas sociedades modernas. E não somente denunciar para combater. O interesse de Fraser pela teoria de Habermas não é somente um interesse normativo para clarificar as questões liberais ou republicanas das teorias normativas; mas também promover formas de aumento do poder social dos grupos minoritários. Fraser quer realizar uma abordagem crítica das ciências sociais o qual possa realizar tal empreendimento.

E a promoção de poder desses grupos minoritários está relacionada justamente à promoção do seu poder comunicativo. Para Fraser, o poder de influenciar as instituições políticas está relacionado à possibilidade de pensar instituições sociais marcadas por desigualdades, tais como a família, o estado e o mercado.

E aqui, este trabalho gostaria de enfatizar, no âmbito desta epistemologia crítica, o papel dos movimentos sociais. Uma vez que a epistemologia crítica de Fraser está relacionada com a denúncia do público e privado como ideologia; e uma vez que ela denuncia estratégias históricas de exclusão de grupos minoritários, como na questão dos públicos subalternos, ela reivindica uma teoria, mesmo que no nível mais básico, de poder social no qual a cada vez que os indivíduos estão lutando para construir seu espaço social, numa argumentação; em cada momento que grupos minoritários desconstruem formas de imaginários machistas ou excludentes, eles também estão promovendo o poder social destes mesmos grupos.

Os movimentos sociais serão importantes, porque de alguma maneira Fraser estabelece uma relação entre condições de argumentação e a reconstrução de lutas prévias. Semelhante à abordagem de Bourdieu, Fraser combina com a construção das condições da argumentação, a possibilidade de uma reconstrução histórica e sociológica de como aquele espaço social foi construído por grupos sociais.

Esta perspectiva comparada com a perspectiva de Dworkin é uma novidade, porque a epistemologia crítica de Fraser permite uma relação mais consequente da crítica da ideologia com as teorias normativas. E permite um trânsito de como práticas argumentativas estão ligadas a práticas de lutas sociais.

Finalmente, outro aspecto importante quanto a questão do poder social é a tensão que ela estabelece entre socialização e imparcialidade política. A abordagem de Fraser estabelece uma crítica não somente normativa à teoria de Dworkin, mas também uma crítica sociológica

à autocompreensão de poder de Dworkin. Sendo mais específico, Fraser estabelecerá a problemática da distribuição de poder ideal e, ao mesmo tempo, qual a natureza desse poder.

Obviamente, como já demonstrado, a tradição liberal trabalha com uma noção de poder concentrado no Estado. A perspectiva de poder atravessando as relações sociais ou a sociedade civil é uma perspectiva mais próxima do republicanismo, uma vez que para este as pessoas, quando compartilham o mesmo mundo ético, são capazes de fundar a política.

Porém, do ponto de vista da crítica da ideologia, Fraser está trazendo uma reivindicação de crítica baseada num modelo de distribuição de poder social, o qual vai para além dos marcos da filosofia política de Dworkin. Traz uma perspectiva de imparcialidade política, combinada com perspectivas históricas de microexclusão social, modelo que traz o questionamento do que significa para uma sociedade liberal (ou republicana) que determinada sociedade possa institucionalizar um poder deliberativo nas sociedades contemporâneas. O que significa esse poder?

Fraser, na perspectiva deste trabalho, traz esse desafio no sentido de afirmar que uma teoria da filosofia política que tente oferecer parâmetros para a validade ou legitimidade da adjudicação, não pode realizar esta pergunta sem questionar ou oferecer um modelo do que significa uma distribuição ideal de poder.

#### 4.6 A TEORIA DE HABERMAS

Neste tópico, pretende-se desenvolver a teoria do direito de Habermas como uma resposta às provocações de Fraser a Dworkin. Deseja-se sugerir que a resposta de Habermas é uma resposta parcial. De um lado, ele irá ampliar o modelo normativo para incorporar problemáticas republicanas. Com isso ele se tornará uma teoria adequada para remediar os déficits normativos de Dworkin e se posicionar em relação aos problemas das liberdades públicas.

Somado a isso, ele trará instrumental teórico mais adequado para lidar com a problemática do feminismo

Por outro lado, gostaria de propor uma relação entre a teoria da adjudicação de Habermas e teoria da esfera pública do mesmo, assim como sua teoria do poder comunicativo.

Tais ideias gerarão duas consequências.

A primeira é explicitar como está presente na teoria do poder de Habermas, mais

especificamente, na sua teoria do Estado de Direito, uma racionalidade terapêutica oriunda da teoria do agir comunicativo. Isso significará que o Estado de Direito institucionaliza o seu poder comunicativo tendo como potencial um poder terapêutico, uma vez estabelecida a relação entre poder comunicativo e agir comunicativo. Aqui será sugerido que a teoria do poder dramático pode lidar com a questão do desnível retórico denunciado pelo feminismo, demonstrado no capítulo sobre o corpo e na perspectiva da historiografia da esfera pública, apontada por Nancy Fraser.

A segunda é conceber a teoria da adjudicação de Habermas como uma teoria que não somente reconstrói práticas interpretativas, como propõem Dworkin. Não somente reconstrói o sentido da liberdade tanto da autonomia privada quanto da autonomia pública. Mas também reconstrói ou tem o potencial de reconstruir práticas de poder comunicativo (poder social).

Neste viés, se pretende propor que a partir do momento que é estabelecido uma relação entre adjudicação e esfera pública judicial, o direito tem como missão reconstruir espaços de deliberação na esfera pública. Porém, a partir do momento em que ele é aberto para as problematizações das ciências sociais críticas, como a do feminismo, ele tem o potencial também de reconstruir espaços de poder. A forma de constatar isso é estabelecer uma relação entre as abordagens feministas da denúncia de machismo em geral com a formação de paradigmas identitários. Será proposto que para o exercício da adjudicação, a sociedade civil feminista pode ser um veículo de poder para ajudar na institucionalização de imaginários feministas, os quais possam mediar a relação entre as partes e o juiz. E, devido ao contato que todas as relações sociais (da adjudicação) têm com o Judiciário, em outras palavras, a cada tentativa de instaurar um procedimento e construí-lo argumentativamente, o imaginário dramático construído pela sociedade civil feminista pode ser um veículo não somente de antecipação de possíveis discussões, mas também formas de institucionalização de poder social na adjudicação.

#### **4.6.1 A teoria dos direitos fundamentais de Habermas: autonomia privada e autonomia pública**

Habermas vai desenvolver uma teoria da cidadania e tal perspectiva tem como intuito desenvolver uma compatibilidade conceitual, que na perspectiva de Habermas, as tradições da filosofia política não conseguem ou tem dificuldade de conciliar. De maneira mais específica, o problema da tensão entre autonomia pública e privada ou entre a tradição dos

direitos humanos e da soberania política (HABERMAS, 1997b, p.115).

Como explicita Felipe Gonçalves, Habermas por meio da sua teoria do discurso tenta conciliar essas duas tradições. A filosofia moderna cunhou a noção de autonomia como a liberdade do sujeito de seguir apenas as normas que ele mesmo produz; como a liberdade que permite ao indivíduo ser seu próprio senhor. Do ponto de vista jurídico, a autonomia jurídica é um direito subjetivo portado por cidadãos de comunidades jurídicas específicas para autoconduzir com liberdade sua própria vida (GONÇALVES, 2008, p.91).

Entretanto, nos desenvolvimentos do pensamento jurídico filosófico moderno produziu-se uma cisão no conceito de autonomia jurídica com o intuito de alcançar tanto a liberdade para os cidadãos decidirem sobre as normas que regulam o comportamento de todos os membros de suas respectivas comunidades, como também a liberdade para decidir sobre a orientação que darão, cada um, às suas próprias vidas. Como já dito, a autonomia jurídica, desse modo, cinde-se entre uma autonomia privada e pública para referir-se a esferas da vida social distintas (GONÇALVES, 2008, p.92).

Para Habermas, a autocompreensão equivocada da tensão entre autonomia privada e pública no âmbito do pensamento político e jurídico não representam apenas compreensões equivocadas da política e do direito, mas também formas específicas de autoritarismo, por sempre reprimirem um desses âmbitos da liberdade em benefício do outro (GONÇALVES, 2008, p.92).

Não há a necessidade discorrer novamente sobre a diferença entre liberalismo e republicanismo. O liberalismo como já explicitado corresponde a uma tradição do pensamento político, o qual está preocupado em proteger o indivíduo da intervenção do estado, estabelecer uma fronteira entre o público e privado, e instituir um leque de liberdades negativas individuais que pudessem figurar como uma “capa protetora”, na perspectiva de Felipe Gonçalves, do sujeito de direito contra o controle público (GONÇALVES, 2008, p.94).

No âmbito da política, o liberalismo defende a participação dos indivíduos na mesma, por meio do direito ao voto, por exemplo, entretanto, o liberalismo possui uma concepção de “política” marcada mais pela não intervenção do Estado na vida dos cidadãos, e pela prevalência dos próprios interesses individuais, em outras palavras, uma perspectiva reduzida da política (GONÇALVES, 2008, p.95-96).

Já o republicanismo defende a vontade coletiva do povo como a vontade soberana no interior de uma comunidade política. O republicanismo possui uma concepção mais ampliada de política, porque parte do pressuposto de que a mesma é fundada no compartilhamento ético

entre os cidadãos, e nos laços de solidariedade e construção do bem comum. Além disso, do ponto de vista dos direitos, estes são concebidos como “positivos”, no sentido de uma preocupação com a participação efetiva dos cidadãos na política (GONÇALVES, 2008, p.96).

Estes dois âmbitos geram uma tensão, uma vez que o republicanismo dá ênfase para a vontade das maiorias, enquanto o liberalismo para a vontade das minorias e dos indivíduos. Como consequência, é possível a geração de duas formas de autoritarismo: (1) o paternalismo das leis; (2) e a ditadura da maioria (GONÇALVES, 2008, p.98).

O paternalismo das leis ocorre quando existe uma suspeita da vontade das maiorias quando aplicadas aos direitos individuais das minorias ou dos indivíduos. Uma vez que no liberalismo a privacidade, por exemplo, é vista como algo sagrado, não se pode estabelecer leis que regulem tal âmbito, tendo como consequência desrespeito às liberdades individuais (GONÇALVES, 2008, p.98).

Entretanto, esta visão de que a regulação da privacidade é sempre paternalista, consiste num falso autoritarismo. Como demonstram as feministas, existe uma série de violações ou injustiças no âmbito da intimidade, tais como maus-tratos, abusos sexuais, desigualdades e relações ilegítimas de poder entre os cônjuges. Como consequência, as feministas denunciam que o discurso liberal de proteção da intimidade pode camuflar tais injustiças e, de maneira contraditória, não identificar violações da própria intimidade (GONÇALVES, 2008, p.98-99).

A segunda forma de autoritarismo é a ditadura da maioria. Uma vez que o republicanismo pressupõe um compartilhamento ético entre os cidadãos, existe o perigo do mesmo não ser sensível ao problema da diferença, de como minorias podem possuir perspectivas culturais e modos de vida que estão em tensão ou divergem das perspectivas das maiorias (GONÇALVES, 2008, p.99-100).

A fim de compatibilizar essas duas perspectivas, e combater estas duas formas de autoritarismo, Habermas apela para a sua teoria do discurso. Em tal teoria Habermas acredita que formas de comunicação que sejam pautadas pelo convencimento racionalmente motivado das partes, pode oferecer um bom caminho de compatibilização (GONÇALVES, 2008, p.100-101).

Para Habermas, a autonomia privada e pública poderia encontrar um ponto em comum na teoria do discurso, porque esta pressupõe o reconhecimento de liberdades, nas suas formas de comunicação mais básicas, as quais podem ser estendidas para a compreensão da

política e do direito. A teoria do discurso afirma que a compreensão da autonomia está profundamente relacionada com práticas linguísticas (interações linguisticamente reguladas), no intercâmbio comunicativo do saber teórico e prático, bem como de experiências estéticas e sentimentais, elaboradas linguisticamente (GONÇALVES, 2008, p.101).

Somada a isso, a liberdade que fundamenta as práticas discursivas está relacionada a situações isentas de coerção. Situações ideais e potenciais, do ponto de vista sociológico, em que numa interação dialógica prevalece somente a força do melhor argumento (GONÇALVES, 2008, p.101).

Entretanto, a fim de que o discurso possa exercer esse papel de fundamento para as duas formas de autonomia jurídica, ele deve ser instaurado em condições que possibilitem sustentar a racionalidade dos resultados por ele obtidos. Tais condições são representadas pelo princípio do discurso: “são válidas apenas as formas de ação, as quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”. O que significa que, para uma prática dialógica ser legítima, os participantes precisam dialogar em condições de igualdade de status, livre introdução de temas e contribuições e que todas as partes afetadas com a decisão possam concordar com ela antes que a mesma seja considerada válida (GONÇALVES, 2008, p.101-102).

Com isso reformula a sua teoria da autonomia privada e pública na perspectiva da teoria do discurso. A autonomia privada consiste numa esfera de liberdade individual institucionalizada na forma específica do direito, em outras palavras, na forma de direitos subjetivos. Estes caracterizados como âmbitos externos das condutas dos cidadãos os quais não sofrem interferência ilegal do Estado, deixando seu âmbito interno sem regulação, e permitindo que os cidadãos possam fazer tudo aquilo que não seja proibido legalmente (GONÇALVES, 2008, p.102).

Dentro da autonomia privada, Habermas defende a liberdade de arbítrio e a liberdade ética. Liberdade de arbítrio consiste na autorização dada ao sujeito de direito para agir sem prestar contas ou justificar-se publicamente. A liberdade de arbítrio permite que as ações dos direitos subjetivos possam ser realizadas sem qualquer exigência de seu destinatário e convença os demais de que seu comportamento apresenta-se como o mais correto ou coerente possível. A liberdade de arbítrio permite que o indivíduo possa escolher quando exercer, ou não, sua liberdade comunicativa (GONÇALVES, 2008, p.103).

A liberdade ética consiste na possibilidade do indivíduo construir a sua vida conforme ele quiser, no sentido de ele ter o direito de expressar e construir o seu modo de vida cultural, sem necessariamente prestar contas deste modo para os outros (GONÇALVES, 2008, p.103).

A autonomia pública consiste numa liberdade de autogoverno. Consiste na liberdade do povo de decidir sobre as normas e instituições políticas que regulam sua vida em comum. Nesta perspectiva, Habermas defende uma perspectiva de soberania popular presente em procedimentos deliberativos nos quais as vozes de todos os concernidos possam ser igualmente consideradas, e a gênese da vontade coletiva possa ser produzida segundo a livre aceitação dos melhores argumentos (GONÇALVES, 2008, p.108).

Desta maneira Habermas tenta definir a teoria da relação co-origiária entre autonomia privada e pública. Para Habermas, a autonomia privada somente pode se institucionalizar se houver um reconhecimento prévio de que o indivíduo é cidadão da mesma comunidade política. Por outro lado, só faz sentido o cidadão reclamar liberdades públicas, de participação da política e valorizar solidariedades coletivas, tendo em vista que ele precisa preservar o seu modo de vida individual.

Por fim, Habermas formula uma teoria dos direitos fundamentais. Nesta ele vai defender uma perspectiva de quais direitos os participantes de uma comunidade política devem pressupor uns para os outros para regular a sua vida política com os meios dos direitos positivos nas sociedades contemporâneas. Ao mesmo tempo, ele tentará formular uma abordagem a qual vai compatibilizar na teoria do direito, a tensão entre autonomia privada e pública (HABERMAS, 1997b, p.154).

Habermas vai formular uma teoria dos direitos fundamentais, ao todo, cinco categorias de direitos.

No ponto de vista da autonomia privada Habermas vai formular os seguintes direitos, como três primeiras categorias: (1) direitos à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação; (2) direitos ao status de membro numa associação voluntária de parceiros do direito; (3) direitos à possibilidade de postulação judicial e proteção jurídica individual (GONÇALVES, 2008, p.105-106).

No ponto de vista da autonomia pública Habermas vai formular uma quarta categoria: direitos à participação igualitária nos processos públicos de formação da opinião e da vontade (GONÇALVES, 2008, p.108).

E, por fim, como quinta categoria, os direitos a condição de vida ecologicamente, socialmente e tecnicamente para garantir as liberdades privadas e públicas.

Estes direitos, para Habermas são fundamentais no sentido de que se estes não forem reconhecidos nas sociedades e democracias contemporâneas, a domesticação do poder político não poderá ocorrer, e as sociedades não poderão regular suas formas de vida de

maneira legítima, com os meios do direito positivo.

Com essa explanação, fica explicitado o primeiro aspecto da contraposição entre Habermas, Fraser e Dworkin. Com a teoria dos direitos fundamentais de Habermas, fica incorporado uma teoria da comunidade política, que incorpora dentro do seu quadro de legitimidade uma teoria da autonomia privada e pública, que por sua vez, incorpora as duas problemáticas dos paradigmas liberais e republicanos estabelecidos por Dworkin e Fraser.

#### **4.6.2 Liberdades, minorias e paradigmas constitucionais**

Uma vez estabelecida a relação entre Dworkin e Fraser, e já realizado o prenúncio de como Habermas compatibiliza liberalismo e republicanismo, cabe agora neste tópico se manifestar como Habermas teoriza a respeito das minorias, do ponto de vista da adjudicação.

Para isso é necessário ter um deslocamento teórico do *capítulo V de Direito e Democracia* para o *capítulo VI Justiça e legislação: sobre o papel e a legitimidade da jurisdição constitucional*.

Neste capítulo Habermas inicia a discussão sobre a jurisdição constitucional, abordando dois problemas: (1) como se estabelece a legitimidade da jurisdição em sociedades marcadas pela indeterminação do direito, a qual não desrespeite o papel do poder legislativo?; (2) como a jurisdição lida com o fato de que não tem, a princípio, poder ou controle de fazer leis justas, uma vez que tal papel é do legislativo? (HABERMAS, 1997b, p.297-298).

O *capítulo VI* é longo e vai tratar de temas como a dissolução do paradigma liberal, a compreensão metodologicamente falsa do controle de constitucionalidade alemão (ponderação de valores) e o papel da jurisdição constitucional, na visão da política liberal, republicana e procedimental (HABERMAS, 1997b).

O que vai interessar para este trabalho são duas questões: (1) dentro da compreensão metodologicamente falsa do controle de constitucionalidade, existe uma discussão específica feita por Habermas, do papel dos tribunais constitucionais em garantir condições de gênese e participação democrática, e a respeito de como os tribunais devem se posicionar em relação às minorias sociais; (2) o próprio papel da jurisdição constitucional recepcionando as problemáticas republicanas e procedimentais.

Habermas acredita que a jurisdição constitucional é uma instituição que tem justamente a função de possibilitar o controle de leis injustas elaboradas pelo legislativo; e, ao mesmo tempo, a ser explicitado mais à frente, tem como telos garantir a institucionalização

da democracia; uma democracia focada na esfera pública e não necessariamente na jurisdição ou no legislativo. Para Habermas democracia não se confunde com “o incremento de poder” da jurisdição ou do legislativo, mas com incremento do poder de esferas públicas esclarecidas, capazes de exercer liberdades fundamentais e influência no sistema político (HABERMAS, 1997b).

Neste viés, o que será interessante é que Habermas vai ter como pressuposto da sua discussão a dissolução do paradigma liberal. Para ele o modelo liberal tinha como autocompreensão normativa e da sociedade que a relação entre o Estado (aparelho administrativo) e o cidadão era uma relação de proteção do mesmo (desarmado) e o Estado armado. O direito autocompreendia sua prática adjudicativa como interpretar leis do passado, a fim de garantir a previsibilidade. E, por fim, endossando a linha positivista, o paradigma liberal é fechado ao reconhecimento de desigualdades entre pessoas privadas, no sentido, de que o direito é fechado recursivamente (HABERMAS, 1997b, p.305).

O paradigma social questionou essas premissas. Com a materialização do direito trouxe uma moralização deste, no sentido de que ele agora é aberto a argumentos de princípio (morais) e argumentos de política (visando fins). Com isso, a ideia clássica do positivismo de um direito fechado recursivamente vai sendo minado. Somado a isso, o direito começa a ser mais sensível aos problemas de remediação das minorias, tanto do ponto de vista de minorias políticas como no caso das minorias econômicas, como os pobres (HABERMAS, 1997b, p.300-309).

O que vai interessar a respeito da dissolução do paradigma liberal é o efeito no campo da teoria do direito (interpretação e decisão). A partir do momento em que o direito é aberto a argumentos morais e de política, Habermas vai se questionar em que medida os tribunais são capazes de confeccionar decisões as quais não firam a separação dos poderes. E também, Habermas vai questionar em que medida, face ao problema da separação dos poderes, existem parâmetros filosóficos para orientar os tribunais a realizarem condições democráticas.

Neste posicionamento, Habermas incorporando a tradição de Dworkin, concorda com a importância que os tribunais possuem para manter as liberdades individuais e a autonomia privada. Concordaria também, com a perspectiva de Dworkin de incorporar e remediação das minorias numa ampliação do conceito de igualdade. Porém, Habermas seguindo a tradição de Fraser (e a sua própria) se preocupa com a problemática republicana, no sentido de como revitalizar a esfera pública e as autonomias públicas em sociedades complexas, marcadas por esferas como o mercado o estado.

Para Habermas, como já dito, somente se for mantida a tensão entre autonomia privada e autonomia pública que se pode oferecer garantias filosóficas no ponto de vista da filosofia política, de compatibilização dos ideais do liberalismo (direitos humanos) e soberania popular (republicanismo).

O paradigma procedimental o qual tenta conciliar o liberal e o republicano, mas sem se confundir com os dois, quando aplicado ao direito, e as problemáticas das minorias, irá preceituar que os tribunais constitucionais não devem tomar partidos em relação aos valores culturais dos participantes. Mas deve investir em condições de construção democrática, proteger o sistema de direitos (que possibilita a autonomia privada e pública) (HABERMAS, 1997b, p.326).

No ponto de vista dos paradigmas constitucionais Habermas expressa justamente como a autocompreensão normativa (dos direitos fundamentais) afeta a maneira como os tribunais devem lidar com as minorias. Para Habermas essa lida não pode se resumir a perspectiva de combater os excessos do Estado, mas devem preservar e promover as liberdades fundamentais dos cidadãos. Nesta perspectiva, ele cita J.H. Ely para elucidar esta abordagem de um enfoque procedimental para lidar com as minorias (HABERMAS, 1997b, p.326-327).

Realizando uma reinterpretação da teoria de Ely, Habermas explicita que Ely parte da ideia que a constituição americana regula, em primeira linha, problemas de organização e procedimento, não sendo talhada para distinção e implementação de valores fundamentais. A função da constituição não reside em regulamentos materiais, e sim formais (como o *equal protection* ou *due process*). A suprema corte deve, em primeira linha, prestar atenção aos procedimentos e normas organizacionais dos quais depende a eficácia legitimativa do processo democrático. Os tribunais têm que zelar para que permaneçam intactos os canais de formação de opinião e de vontade, através dos quais uma comunidade jurídica se auto-organiza (HABERMAS, 1997b, p.327).

Dessa maneira, os direitos de comunhão e participação, adquirem um lugar privilegiado. Assim, como leis que discriminam minorias étnicas ou religiosas, grupos sociais marginalizados, homossexuais, aleijados velhos etc., que pecam contra o princípio do tratamento igual, e não somente no ponto de vista do conteúdo. No viés do procedimento, Ely (na perspectiva de Habermas) entende as classificações implicitamente desiguais, de grupos que deveriam ser tratados como iguais, como resultado de um processo político deformado nas condições procedimentais democráticas (HABERMAS, 1997b, p.327).

Em decorrência disso, o controle de constitucionalidade deve referir-se, em primeira

linha, às condições de gênese democrática das leis, iniciando pelas estruturas comunicativas de uma esfera pública ligada aos meios de comunicação de massa, passando a seguir pelas chances reais de se obter espaço para vozes desviantes e de reclamar efetivamente direitos de participação formalmente iguais, chegando até a representação simétrica de todos os grupos relevantes (HABERMAS, 1997b, p.327-328).

O que será interessante da interpretação de Habermas a respeito da teoria de Ely é que o autor alemão formulará uma teoria a respeito das questões das minorias no qual o papel do tribunal constitucional é garantir o desbloqueio dos impedimentos das iguais chances de participação das minorias no espaço público. Neste viés, Ely será a favor de que o tribunal possua um engajamento menor na formulação de princípios valorativos nas decisões, e tenha um enfoque mais formal, centrado na construção de procedimentos democráticos (HABERMAS, 1997b, p.328).

Aqui percebe-se que o enfoque de Habermas, reinterpretando Ely, é diferente de Dworkin. Enquanto Dworkin, estava mais preocupado com a promoção e reinterpretação das discussões interpretativas sobre igualdade, Habermas já possui uma preocupação com a construção de procedimentos democráticos, de que maneira o tribunal constitucional pode implementar a democracia.

Por fim, Habermas realiza uma diferença entre o paradigma liberal, republicano e procedimental.

Estabelecendo uma relação entre Frank Michelman e Ely, Habermas realiza uma reformulação republicana da perspectiva procedimental de Ely. Para Habermas o interesse (a racionalidade) procedimental do tribunal constitucional está baseado não somente numa igual chance de participação na política, mas também uma autocompreensão republicana de que o poder é proveniente da soberania popular ou do povo (HABERMAS, 1997b, p.331).

Neste viés, Habermas explicita as concepções de liberdade política do processo democrático republicano e de como ele se diferencia da perspectiva liberal, algo que já foi explicitado.

O que interessará é justamente a ideia de que o tribunal constitucional deve utilizar-se dos meios disponíveis, no âmbito de sua competência, para o processo de normatização jurídica se realizar sob condições da política deliberativa, que fundam legitimidade (HABERMAS, 1997b, p.332).

E, por fim, Habermas realiza uma diferença entre o seu paradigma republicano e o paradigma procedimental. Apesar dele incorporar muitas ideias do paradigma republicano, ele será crítico da “impregnação ética do mesmo”. Para Habermas, em sociedades complexas,

marcadas pelo pluralismo cultural, o direito é aberto a argumentos pragmáticos, de bem viver e morais.

Os argumentos pragmáticos se caracterizam como tipos de argumentação os quais são sensíveis a interesses estratégicos e destinados a alcançar algum fim. Os de bem viver são argumentos destinados a reconstruir o contexto ético das comunidades políticas. E os morais, consistem justamente na possibilidade de o direito aprender com a perspectiva universalista da moral (HABERMAS, 1997b, p.351).

Com isso, Habermas afirma que os tribunais não devem somente se atentar para a validade ética das leis. Mas também levar em conta os interesses estratégicos das partes, e em que medida eles se compatibilizam com o bem comum. Assim, como recuperar princípios universalistas de justiça no horizonte de uma forma de vida cunhada por constelações de valores particulares.

Diferindo do estreitamento ético do republicanismo, o paradigma procedimental faz jus a multiplicidade das formas de comunicação, dos argumentos e das institucionalizações do direito através de processos (HABERMAS, 1997b, p.352).

#### **4.6.3 Poder dramático e Estado de Direito**

Já foram explicitadas as críticas de Fraser a Dworkin a respeito dos limites da teoria da comunidade política, para lidar com as questões das minorias, uma vez que resume a sua abordagem ao enfoque liberal. E também já foi realizado o prenúncio de como Fraser, semelhante a Bourdieu e Nancy Henley, estabelece o problema do feminismo e normalização permeado pela moral e pelo direito.

Habermas tem sido apresentado até agora como um teórico que desenvolve uma teoria de filosofia política, a qual incorpora o liberalismo e o republicanismo, conseqüentemente, mais desenvolvido que a teoria de Dworkin. É um teórico sensível ao problema da desigualdade dramática na esfera pública.

Foi afirmado nos capítulos sobre o corpo, como Habermas, por meio da razão dramática e terapêutica realiza tal remediação, neutralização e identificação dos desníveis retóricos. E ele faz isso porque reivindica uma teoria da esfera pública e da imparcialidade política e jurídica como condição de possibilidade da emancipação.

O que este tópico gostaria de explicitar neste momento é: (1) o que significa essa

razão dramaturgica; (2) como ela se relaciona com a teoria do poder de Habermas; (3) e como ela se *configura no estado de direito* como um poder dramaturgico; (4) de como esta racionalidade dramaturgica se relaciona com o feminismo.

Basicamente será afirmado neste tópico que a razão dramaturgica consiste numa racionalidade ancorada na retomada da razão comunicativa desenvolvida na teoria da modernidade de Habermas, no seu livro *Teoria do Agir Comunicativo*; (2) que a teoria do poder de Habermas consiste num potencial de formar consensos e, no exercício do agir comunicativo, em fazer prevalecer a força do melhor argumento; (3) que a teoria do poder dramaturgico, na teoria do Estado de Direito, consiste numa teoria em que o poder comunicativo se institucionaliza dentro das instituições, a fim de mediar a relação mundo da vida e sistemas, e direcionar o poder administrativo ou burocrático para a emancipação; (4) e que essa razão dramaturgica pode lidar com a problemática feminista.

Para se compreender a perspectiva da razão dramaturgica, é necessário realizar um breve resumo do percurso intelectual de Habermas, mais especificamente da sua teoria da racionalidade.

Habermas começa sua teoria do agir comunicativo centrado numa teoria dos interesses cognitivos, desenvolvidos durante a década de 60. Neste período, Habermas estava preocupado em desenvolver uma teoria dos interesses técnico, prático e emancipatório (REPA, 2008, p.64).

A teoria de Habermas, por uma série de críticas, principalmente pela não capacidade de distinção entre crítica da ideologia e reconstrução das condições transcendentais do conhecimento, guinou para uma teoria do discurso e, mais tarde, para uma teoria do discurso incorporada numa teoria da modernidade (REPA, 2008, p.112).

Nesta fase da sua teoria, Habermas insere a problemática da dramaturgia dentro da perspectiva da sua teoria da racionalidade, em cotejo com a modernidade cultural desenvolvida a partir de Weber. Para Habermas, os quatro componentes da teoria da verdade podem servir como telos, os quais orientam potenciais de racionalização que explicitam aspectos da teoria social de Weber. Mais especificamente, Habermas vai estabelecer uma conexão entre as formas discursivas de racionalidade e a análise cultural da modernidade cultural desenvolvida por Weber, o qual realizou uma diferenciação entre as esferas de valor, arte, moral e ciência (REPA, 2008, p.112-113).

O seu intuito é reformular o diagnóstico weberiano da modernidade cultural. Ele quer estabelecer uma vinculação entre a modernidade cultural, a qual se especializou nas questões de gosto, de justiça e de verdade com processos de aprendizagem especializados. Para

Habermas, cada uma dessas esferas corresponde a âmbitos de racionalidade com aspiração ou potencial de validade, e que expressam estruturas da consciência embutidas nas compreensões modernas, descentradas do mundo, que, por sua vez, são caracterizadas por um maior grau de formalização e universalização de princípios para o julgamento das racionalidades relacionadas à verdade, justiça e veracidade (REPA, 2008, p.127).

Neste viés, Habermas desenvolverá aquilo que ele denominará de complexo estético-expressivo da razão (REPA, 2008, p.112-113). Aqui dois conceitos serão importantes: o da ação dramaturgica e o discurso terapêutico.

A ação dramaturgica consiste numa racionalidade embutida na teoria do agir comunicativo. Ela é permeada por atos de falas expressivos, onde o agente realiza uma autoexposição, surgindo sempre a dúvida se o ator manifesta no momento apropriado a vivência que tem, se pensa o que diz, ou se meramente simula a vivência que manifesta. Neste sentido, a questão da exposição corporal ou retórica do mundo interno está relacionada ao conceito de veracidade. Porém, ao mesmo tempo, a veracidade está relacionada à autenticidade, no sentido de expressar a capacidade do indivíduo em ter realmente condições de expressar “poeticamente” aquilo que deveras sente. À medida em que as manifestações da subjetividade de cada um expressam uma racionalidade e um saber expressivo, entram em jogo interpretações de vivências, desejos e sentimentos, baseados em standards de valor ou formas de expressão que, por sua vez, podem ser modificados com o desenvolvimento das artes (REPA, 2008, p.125-126).

Já o discurso terapêutico é um componente também relacionado ao complexo estético-expressivo, haja vista estar relacionado a autopercepção dos indivíduos de perceberem as suas próprias patologias, no sentido mínimo. A habilidade terapêutica, apesar de ser uma referência baseada na psicanálise, é uma habilidade antropológica inerente ao aprendizado da língua e ao processo de socialização, e é uma garantia filosófica de conhecimento e expressão dos seus próprios sentimentos, e combate aos preconceitos em formas de ideologia (HABERMAS, 1997, p.156-157).

No desenvolvimento deste complexo, Habermas vai encontrar numa teoria da modernidade os pressupostos e potenciais de uma crítica terapêutica e artística o qual vai representar justamente, em termos da sua teoria, como os indivíduos por meio do mundo da vida são aptos a incorporar contribuições da psicologia e das artes nas suas formas de autoexpressão.

Como já explicitado no decorrer deste trabalho, o intuito é evidenciar como esse

complexo estético-expressivo é um componente das condições ideais do discurso, o qual por sua vez está presente no discurso da adjudicação como um potencial de análise retórica das práticas corporais dos participantes, e de crítica da ideologia, quando relacionado à hermenêutica profunda (psicanálise de Habermas) e feminismo.

Esse complexo estético-expressivo também expressa um poder comunicativo.

Habermas, a fim de definir seu conceito de poder, estabelece uma explicitação e diferenciação entre o conceito de poder de Hannah Arendt, Max Weber e Talcott Parsons.

Para Max Weber, o poder consiste em impor em cada caso a própria vontade sobre o comportamento dos demais. Max Weber define poder segundo um modelo teleológico de ação: um sujeito individual ou um grupo se propõe a um fim e elege os meios apropriados para realizá-lo. Quando o agente necessita do comportamento do outro para alcançar um fim, ele se utilizará de meios de manipulação para alcançar o comportamento (do outro) de maneira desejada. Para Habermas, Max Weber desenvolve uma noção de poder em que os agentes só necessitam do entendimento quando funcionalmente necessários, uma noção de poder onde a busca do entendimento ou acordo não é importante (HABERMAS, 1975, p.205-206).

Já Hannah Arendt entende o poder como uma capacidade de se pôr de acordo com os demais, em uma comunicação sem coações, sobre uma ação em comum. Em outras palavras, como uma ação voltada para o entendimento e, pelo fato de os indivíduos poderem chegar a um acordo ou entendimento, se estabelece um potencial de poder comunicativo (HABERMAS, 1975, p.206).

Já Talcott Parsons desenvolve uma teoria do poder na perspectiva da teoria dos sistemas. Ele entende o poder como a capacidade geral de um sistema social para conseguir fazer, naquilo que tem que fazer, o interesse de fins coletivos. O poder consiste num conjunto de recursos sociais os quais podem ser transformados em decisões vinculantes (HABERMAS, 1975, p.207).

Para Habermas, Parsons repete as mesmas características da teoria do poder de Weber, de resumir a perspectiva de poder a um enfoque instrumental. No sentido de que acentua ou enfatiza a capacidade que um sistema possui de utilizar dos recursos sociais para manipular as pessoas ou o meio ambiente. Entretanto, tanto Weber quanto Parsons não conseguem formular uma teoria do poder que explicita a força geradora de consenso entre as pessoas (HABERMAS, 1975, p.207).

Habermas explicita que esta força geradora de consenso, realizando uma combinação da sua teoria com Arendt, está presente justamente na possibilidade de um agir e

racionalidade comunicativo em que nos potenciais sociais estejam presentes o exercício da força do melhor argumento. Quando os indivíduos, numa situação concreta, possuem o potencial de entrar num entendimento ou argumentação destinados a discutir e formular razões a respeito da verdade dos fatos, correção das normas e veracidade dos seus próprios sentimentos, eles são capazes de gerar poder comunicativo (HABERMAS, 1975, p.207).

Habermas vai incorporar esta ideia do poder comunicativo e inserir no marco da sua obra *Direito e Democracia* (HABERMAS, 1997b).

Neste livro, Habermas desenvolve a ideia de que o direito, diferente da moral, está profundamente ligado ao poder político. Poder político aqui, no sentido de uma relação entre sociedade civil e estado, em que este possui meios coercitivos e uma organização política para o exercício de coerção e poder sobre os cidadãos. Para Habermas o direito, em sua estrutura, é marcado pela tensão entre reconhecer liberdades, mas, ao mesmo tempo, impor sanção; de reconhecer liberdades públicas ao criar leis, porém, simultaneamente, confeccionar leis técnicas positivas as quais devem respeitar rituais convencionados politicamente. (HABERMAS, 1997b, p.170).

Por outro lado, para o poder político poder ser executado, tanto no seu aspecto de coerção quanto de organização política (burocracia), ele precisa do direito. O direito, como estabelece Hart, possui regras primárias e secundárias, os quais estabelecem e organizam regras que podem impor sanções, mas também possui regras secundárias os quais organizam os procedimentos de feitura da lei, ou rituais de aplicação das leis, como no caso dos procedimentos regulados pelo direito processual (HABERMAS, 1997b, p.183).

É com essa moldura que Habermas explicitará que o direito e a política são co-dependentes, uma vez que a política precisa do direito para se institucionalizar em termos de organização e, ao mesmo tempo, em termos de aspiração de legitimidade; e o direito, necessita da política para a produção das suas próprias leis, e para a execução das mesmas (HABERMAS, 1997b, p.171).

Com esse pano de fundo, Habermas afirmará que o poder comunicativo e o poder administrativo estão inscritos no estado democrático de direito. O poder comunicativo consiste justamente no poder dos cidadãos por meio do reconhecimento jurídico de argumentarem na esfera pública, terem o poder de realizarem accountability sobre as rotinas burocráticas ou o poder burocrático. Já o poder administrativo consiste justamente na perspectiva sistêmica da administração pública, em que pelo fato de serem organizadas em termos de burocracias, podem ser vistas por um teórico social (observador externo) como um sistema político capaz de auto regulação movido somente pela lógica da eficiência e pela

manutenção do seu poder burocrático e rotinas burocráticas (HABERMAS, 1997b, p.189-190).

A tensão entre poder comunicativo e poder administrativo não pode ser desfeita, uma vez que nas sociedades contemporâneas, o poder burocrático (poder do estado) surgiu como um poder originado pela própria evolução social (nos termos de Habermas), no qual o poder político evolui de modelo de poder consuetudinário e religioso, para um poder estatal e de dominação legal, nos termos de Weber (HABERMAS, 1997b, p.182- 186).

Se partir do pressuposto de que o poder comunicativo incorpora a dimensão do agir comunicativo, e que este tem dentro si uma teoria da racionalidade terapêutica e dramatúrgica, se pode considerar que a teoria de Habermas estabelece um mínimo sociopsicológico como um poder comunicativo institucionalizado nas democracias contemporâneas, *em potencial*.

Tal racionalidade pode servir como um mínimo sociopsicológico para lidar com a inclusão das minorias desfavorecidas retoricamente.

#### **4.6.4 Paradigmas identitários, poder social e epistemologia terapêutica**

Não há necessidade de retomar o conceito de paradigmas identitários.

Este trabalho reconhece que a perspectiva de construção do Estado de Direito e de razão terapêutica não foi construído para lidar com a perspectiva de gênero. Se seguirmos a linha de Nancy Fraser no seu texto *O que é crítico na teoria crítica: Habermas e gênero*, ela confirma esta ideia (FRASER, 2003, p.58).

Neste viés, para se estabelecer uma relação entre gênero e razão terapêutica o ideal seria ir para o marco das teorias do reconhecimento, em que existe uma construção de filosofia social mais desenvolvida (HABERMAS, 1997c, p.168).

Por outro lado, entretanto, Habermas se posiciona em relação à questão do feminismo, como foi demonstrado. E estabelece o direito como uma instituição capaz de institucionalizar liberdades e paradigmas identitários capazes de incorporar formas de remediação e neutralização de desigualdades de fato.

Este trabalho gostaria de aproveitar a ideia de paradigmas identitários, direito e razão terapêutica para afirmar que os paradigmas identitários institucionalizam formas de poder comunicativo, os quais permeiam o Estado de Direito.

Se partir do pressuposto que os paradigmas identitários combinados com a razão

terapêutica possuem o potencial de remediar e neutralizar formas de desníveis retóricos, se pode afirmar que a razão terapêutica reivindica uma epistemologia terapêutica para se contrapor a epistemologia crítica reivindicada por Fraser. E essa *epistemologia terapêutica* apesar de não ser muito desenvolvida, em termos de filosofia social, se pode preceituar como *um mínimo sociopsicológico* capaz de fundar *uma autogestão corporal*.

A *epistemologia terapêutica* irá preceituar justamente que os paradigmas identitários permeiam o direito e permitem processos de aprendizagem, enquanto garantia teórica da esfera pública judicial e não judicial. E reivindicam formas de poder.

#### **4.6.5 Sociedade civil, poder social e adjudicação**

Habermas desenvolve uma teoria da esfera pública. Ela será importante para este trabalho porque vai culminar, no ponto de vista da teoria das minorias (teoria feminista), numa abordagem o qual associa uma prática de exercício de poder e, ao mesmo tempo, uma prática deliberativa.

A prática deliberativa significa, nos termos de Habermas, uma prática onde os participantes estarão empenhados em levar os melhores argumentos para influenciar e convencer alguém. Simultaneamente, a prática de exercício de poder será vista como um espaço de influência, um espaço de institucionalização de um poder de influir dos cidadãos sobre o sistema político.

No caso das minorias, o interessante é que estas trarão uma perspectiva de luta ou de construção de espaços de poder em que existe o pressuposto de um histórico e constatações sociológicas de desníveis de poder prévios. No caso das feministas, elas construirão seus espaços de exercício de poder comunicativo tendo como pressuposto que este âmbito foi construído por homens ou por um ideário machista.

No ponto de vista sociológico, as construções destes locais serão vistas como lutas contra imaginários machistas e microformas de exclusão social nas quais as mulheres são sempre consideradas como menos aptas ou inferiores, em status, para participar de alguma deliberação.

A respeito da relação entre comunidade política e adjudicação, nos termos de Dworkin, Habermas trará uma perspectiva de que os espaços deliberativos, desenhados segundo uma autonomia privada e pública, não servem somente para oferecer os ideais de liberdade e (igualdade) como pano de fundo das práticas reconstrutivas da adjudicação. Mas

se pode estender tal perspectiva reconstrutiva para as práticas da adjudicação (discursos de aplicação) considerando-as também como reconstruções de poder, pelo menos do ponto de vista da crítica da ideologia, mais especificamente das minorias (feminismo).

É esta ideia que o presente trabalho gostaria de desenvolver neste tópico. De como Habermas no nível da sua teoria da comunidade política combina uma teoria normativa (autonomia privada e pública e uma teoria do poder comunicativo). No caso mais específico, na teoria do poder comunicativo existe um sub aspecto que, quando relacionado às práticas feministas, determina que este poder será um espaço de construção e contestação de espaços de dominação reformulando, mesmo que no nível mais básico, condições corporais (dramatúrgicas) machistas, para condições corporais da esfera pública mais inclusivas.

Habermas desenvolve uma teoria de um mundo da vida que estabelece uma teia de ações comunicativas. Essa teia possui relação com a formação dos sistemas segundo a formação clássica de Habermas. O mundo da vida consiste num conjunto de interações onde predomina o agir comunicativo; os sistemas são um conjunto de operações em que predomina o código do poder e do dinheiro. Para Habermas, o direito com sua dupla face de Janus, com sua autonomia privada e pública, permite que o mundo da vida e a teoria dos sistemas se comuniquem (HABERMAS, 1997c, p.86).

É com esse pano de fundo que Habermas vai pensar um modelo sociológico da circulação de poder no Estado de Direito. De um lado encontra-se no núcleo do sistema político, formado pela administração, o Judiciário e as instituições de formação democrática da opinião e da vontade. Todo esse aparato concentra as funções políticas decisórias, variando a abertura que se dá a tematizações e justificativas (LUBENOW & NEVES, 2008, p.252).

Essas três instâncias possuem abertura para demandas externas e não burocráticas em forma de institucionalizações de práticas argumentativas. São essas práticas argumentativas que vão institucionalizar o poder deliberativo ou comunicativo por entre as instituições administrativas e burocráticas.

O direito funciona como um instrumento de organização do poder do Estado. O direito positivo constitui a administração das sociedades modernas e complexas: ele estabelece as competências normativas, as funções e atribuições dos entes governamentais, o processo de elaboração e aplicação das leis e a organização do aparelho coercitivo do Estado (LUBENOW & NEVES, 2008, p.253).

No interior desse modelo, “a capacidade de ação” varia conforme a complexidade organizatória. O parlamento, por exemplo, é mais sensível às práticas argumentativas da

esfera pública. Já o complexo administrativo, apesar da sua capacidade técnica de resolver problemas, em forma de políticas públicas, por exemplo, é mais fechado às pretensões levantadas por cidadãos leigos (LUBENOW & NEVES, 2008, p.253).

Por outro lado, está presente uma periferia composta por associações e organizações formadoras de opinião e capazes de gerar influencia pública. Essas associações são a infraestrutura civil de uma esfera pública que, em alguns casos, tenta influenciar na formulação e implantação de políticas. As periferias são esferas públicas informais, altamente diferenciadas e, por isso, mais porosas às tematizações de problemas que podem chegar ao sistema político. A participação nessas associações encontra expressão em inúmeros grupos ou movimentos sociais, quando se trata de levantar algum tipo de reivindicação política (LUBENOW & NEVES, 2008, p.253-254).

Os direitos fundamentais exercem um papel importante aqui, tais como os direitos à liberdade de reunião e de associação, liberdade de pensamento, incluindo-se aí liberdades de crença, opinião, expressão, informação e imprensa e liberdades de locomoção. Eles serão importantes porque institucionalizarão uma rede de esferas públicas, cuja prática deliberativa consiste apenas em formar a opinião dos participantes, sem se ater à tomada de decisão (LUBENOW & NEVES, 2008, p.254).

A função dessa rede periférica é influenciar o sistema político. Tal influencia ocorre, uma vez que a esfera pública consiste num sistema de alarme dotado de sensores não especializados, porém sensíveis no âmbito de toda a sociedade, e que funciona como uma caixa de ressonância, onde ecoam os problemas que precisam ser processados pelo sistema político.

A esfera pública institucionaliza uma malha de comunicação que é capaz de identificar e elaborar problemas presentes em toda a sociedade e que, nos termos de Habermas, consiste em problemas latentes de integração social.

Ela se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas o domínio de uma linguagem natural. Neste raciocínio, a esfera pública é uma estrutura comunicacional do agir orientado para o entendimento, a qual tem a ver com o espaço social gerado no agir comunicativo, não com as funções nem com os conteúdos da comunicação cotidiana (HABERMAS, 1997c, p.92).

Por outro lado, a sociedade civil consiste num núcleo institucional formado por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes do mundo da vida (HABERMAS, 1997c, p.99).

Ela é formada por movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política (HABERMAS, 1997c, p.99).

A sociedade civil de modo geral possui a capacidade de institucionalizar os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral (HABERMAS, 1997c, p.99).

Dito isto, pode-se estabelecer que Habermas recepciona uma teoria da circulação do poder, no qual existe uma tensão entre uma estratégia normativa e as pesquisas das ciências sociais críticas. No caso mais específico, os movimentos feministas (sociedade civil) podem ser incluídos como movimentos que, ao discutirem os espaços públicos e privados, são capazes de repensar as condições básicas de igualdade da esfera pública, mas, ao mesmo tempo, são capazes de contribuir para a discussão de distribuição de poder de a toda sociedade.

Em outras palavras, repensar as condições básicas de igualdade da esfera pública significa reorganizar as condições institucionais de inclusão da esfera pública. Repensar a distribuição de poder de toda a sociedade significa reformular discursos e práticas de normalização os quais permeiam, virtualmente, todas as práticas sociais. Uma discussão sobre machismo, na esfera pública, por exemplo, possui uma dupla função: (1) questionar o imaginário machista o qual permeia toda a sociedade, isso significa, estabelecer novos discursos, contestações e reformulações de práticas identitárias os quais estão presentes nos imaginários das famílias, por exemplo; (2) problematizar o próprio espaço institucional onde as práticas comunicativas são possíveis, isso significa, que uma discussão sobre machismo também é uma discussão sobre a possibilidade de construir espaços comunicativos em que predomina o poder da solidariedade e da possibilidade de construções de espaço onde predomina o mútuo entendimento.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O intuito desta pesquisa foi realizar uma abordagem assim como complementos críticos do capítulo *V de Direito e Democracia* de Habermas. A fim de explicitar um conjunto de temáticas (linguagem, corpo e poder) pouco trabalhadas, na perspectiva deste trabalho, por Habermas.

No campo da linguagem, foi realizado um contraste entre Hart, Wittgenstein, Gadamer e Habermas, com o objetivo de elaborar uma crítica ao enfoque centrado na indeterminação do direito. Foi demonstrado como Hart formula uma teoria da indeterminação do direito centrado nos aspectos analíticos, e como Wittgenstein, Gadamer e Habermas realizam uma expansão, no ponto de vista da filosofia da linguagem, do conceito de textura aberta, complementando com enfoques expressivos, vivenciais e históricos, assim como uma perspectiva ética e epistemológica mais desenvolvida.

Neste viés, foram elencados quatro pontos como fios condutores para realizar um cotejo entre Wittgenstein, Gadamer e Habermas: (1) uma crítica às teorias da linguagem como representação; (2) uma crítica as teorias linguísticas metafísicas centradas num sujeito transcendental; (3) uma crítica as teorias linguísticas as quais determinam um controle do sentido e do significado das palavras jurídicas; (4) a falencia de uma perspectiva linguística centrada no modelo semântico e sintático. Foi defendido, basicamente, que a teoria de Hart com sua teoria do poder discricionário, comunga destes pontos teóricos juntamente com os três autores citados, no sentido, de que o positivismo jurídico de Hart para fundamentar o seu conhecimento racional do direito deve incorporar uma crítica de filosofia da linguagem semelhante as críticas adotadas por Wittgenstein, Gadamer e Habermas.

Porém, dois outros pontos teóricos, Hart não enfatiza, ou as vezes, não trabalha de maneira adequada na sua teoria, que foram desenvolvidos por Wittgenstein, Gadamer e Habermas. Estes dois pontos são: (5) que na perspectiva da “ciência do direito” existe um compartilhamento do mundo da vida do teórico do direito e das práticas interpretativas dos operadores do direito, incluindo uma vivência e uma prática expressiva em comum; (6) que na teoria da textura aberta a teoria da norma jurídica está em tensão com o contexto global ou com a lógica holística dos jogos de linguagem. Como consequência, foi defendido que os três autores citados possuem um desenvolvimento teórico mais detalhado a respeito das perspectivas históricas, expressivas e vivencias que envolvem o conhecimento, além de destacarem esferas da linguagem que não são percebidas pela consciencia, mas são de

condição de possibilidade do conhecimento, além de estarem presentes como conhecimentos implícitos. Somado a isso, os três autores de filosofia da linguagem destacam a dimensão holística da linguagem e do conhecimento como algo fundamental para se conhecer a realidade ou a norma jurídica, por isso, destacam a interpretação sistemática ou relacional como uma tendência fundamental de qualquer relação cognitiva. Em conclusão, tais autores possuem uma teoria mais sofisticada da problemática ética e suas implicações epistemológicas.

No campo do corpo, foram utilizadas duas perspectivas, da hermenêutica profunda (Freud interpretado por Habermas) e do habitus jurídico de Bourdieu (somado ao enfoque feminista) para demonstrar como dois modelos “de corpo”, desenvolvidos na perspectiva da crítica da ideologia, afetam a argumentação jurídica de maneira diferente.

Do ponto de vista da hermenêutica profunda, o corpo é um veículo de sintomas e aspectos do mundo interno, os quais estão vinculados a processos de socialização (muitas vezes traumáticos) realizados na família. No enfoque de Freud, a lógica do indivíduo é uma lógica narrativa permeada por uma economia libidinal. Foi demonstrado como tal lógica libidinal pode entrar em confronto com a lógica argumentativa, estabelecido por Dworkin, e como na perspectiva da imparcialidade argumentativa de Habermas, existe a possibilidade de uma postura argumentativa e simultaneamente terapêutica de autogestão corporal.

Neste viés, foi sugerido retomada da importância do discurso terapêutico como um componente do agir comunicativo e da adjudicação de Habermas, tendo em vista a possibilidade de remediação psicológica. Sugerido também a relevância dos aspectos corporais da adjudicação, de como o corpo pode mobilizar condições expressivas para a argumentação, através de possíveis sintomas psicológicos, que se não remediados, ferirão as condições ideais da argumentação (de expressividade). E, por fim, um modelo de poder baseado na psicologia crítica, em que se pode utilizar da teoria da psicanálise de Habermas para repensar condições de persuasão ou convencimento dos indivíduos, tendo como premissas a constituição narrativa do indivíduo, que as primeiras experiências ocorridas na infância são fundamentais para o desenvolvimento do adulto; que a dimensão retórica pode conter dimensões inconscientes, muitas vezes ocultas para o indivíduo; e que o corpo institui dinâmicas de transferência que afetam, do ponto de vista emocional, os outros indivíduos; que a argumentação tem um potencial terapêutico de cura dos sintomas ocorridos na primeira infância.

No ponto de vista do habitus jurídico e do feminismo, foi demonstrado como o corpo pode ser veículo de desníveis retóricos, associados a uma cultura e sociedade machista, onde

as mulheres possuem menos status que os homens. Neste raciocínio, foi sugerido que esse desnível, quando cotejado com Dworkin, gera uma diferença na compreensão da filosofia política e na compreensão da argumentação jurídica, visto que, percebe-se que algumas minorias possuem desvantagem tanto na esfera pública quanto na adjudicação.

Com isso, este trabalho buscou em Habermas, na sua teoria da imparcialidade argumentativa, a possibilidade de conciliação entre uma postura argumentativa e uma postura terapêutica, a fim de oferecer um mínimo sociopsicológico de remediação e neutralização das diferenças de status argumentativo. E foi buscada uma teoria dos paradigmas identitários para garantir processos de aprendizagem, bem como abertura da teoria da esfera pública da adjudicação para as contribuições das ciências sociais críticas.

Por fim, com a finalidade de oferecer garantias filosóficas de compatibilidade entre as teorias do poder de Pierre Bourdieu e Nancy Henley, com as teorias de Dworkin e Habermas, foi estabelecido um diálogo entre Dworkin, Habermas e Fraser, com o intuito de encontrar garantias filosóficas de um poder dramaturgico, permeando as esferas públicas da adjudicação, assim como uma teoria da adjudicação sensível às problemáticas das minorias, no horizonte do liberalismo e republicanism. Foi realizado uma exposição e cotejo entre a teoria de Ronald Dworkin e Nancy Fraser, num primeiro momento. Isso com o objetivo de combinar uma teoria liberal da política e do direito com uma teoria crítica do feminismo. A teoria de Dworkin é marcada por um enfoque liberal da relação entre política e sociedade civil em que o poder é problematizado como uma questão de controle da coerção do estado, possui uma perspectiva de igualdade sensível, parcialmente, ao problema do pluralismo ético, porém, ignora os desníveis retóricos da esfera pública e desenvolve uma teoria social preocupada somente com uma fundamentação normativa da política, do direito e da política.

Já Nancy Fraser, possui um enfoque republicano da política e da sociedade civil, se preocupando com existe uma perspectiva de poder permeando a sociedade civil capaz de legitimar as instituições políticas, possui uma perspectiva de igualdade sensível ao problema do desnível retórico na esfera pública e desenvolve uma teoria social preocupada não somente em legitimar a política, mas também oferecer um diagnóstico crítico das formas de dominação feministas da esfera pública.

E, por fim, foi exposta a teoria de Jürgen Habermas como uma teoria que tenta conciliar estes enfoques, assim como a repercussão na sua teoria da adjudicação. Foi defendido que a teoria de Habermas pode ser interpretada como uma teoria que tenta conciliar os desafios expostos por Nancy Fraser a Dworkin postulando que: (1) uma teoria que compatibiliza autonomia privada e autonomia pública ou liberalismo e republicanism; (2) sensível ao

problema do pluralismo ético, mas também sensível a problemática do desnível retórico na argumentação, no caso das feministas; (3) e uma teoria capaz de ser sensível as formas de dominação na esfera pública, no caso as feministas, por meio de uma teoria do poder dramático e uma teoria do poder terapêutico, assim como uma teoria que ligue as lutas da esfera pública a institucionalização de formas de remediação por meio de uma teoria da sociedade civil.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2001.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teorias da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2003.
- BAXTER, Hugh. **Habermas: The Discourse Theory of Law and Democracy**, Stanford, CA: Stanford University Press, 2011.
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 1989.
- \_\_\_\_\_. **Coisas ditas**. São Paulo, Brasiliense, 2004.
- CABRERA, Julio. **Margens das Filosofias da Linguagem**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003. 320 p
- COELHO, André. **Dworkin e Gadamer: Qual conexão?** Disponível em: [https://www.academia.edu/6695724/Dworkin\\_e\\_Gadamer\\_-\\_Qual\\_Conex%C3%A3o](https://www.academia.edu/6695724/Dworkin_e_Gadamer_-_Qual_Conex%C3%A3o)  
Acesso em: 01. Outubro. 2015 às 10:00.
- COELHO, André. **Facticidade e Validade no Processo Judicial**. Disponível em: [http://www.academia.edu/4435632/Facticidade\\_e\\_Validade\\_no\\_Processo\\_Judicial](http://www.academia.edu/4435632/Facticidade_e_Validade_no_Processo_Judicial).  
Acesso em: 11. março. 2017 às 15:30.
- DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Uma questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Levando os Direitos a Sério**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FRASER, Nancy. **O que é crítico na teoria crítica?: o argumento de Habermas e gênero**. In: BENHABIB, Seyla; CORNELL, Drucilla (Org.). **Feminismo como crítica da modernidade**. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Repensando la esfera pública: una con-tribución a la crítica de la democracia actualmente existente**. *Revista Ecuador Debate*, n. 46, 1999.
- FURQUIM, Lilian de Toni. **O liberalismo abrangente de Ronald Dworkin**. 2010, 233f. Dissertação (Doutorado em Filosofia Política) – Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo. São Paulo.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma Hermenêutica filosófica**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Verdade e método II: complementos e índices**. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- \_\_\_\_\_. **O problema da consciência histórica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.
- GIDDENS, Anthony. **Novas regras do método sociológico: uma crítica positiva as sociologias interpretativas**. Lisboa: Gradiva, 1996.
- GONÇALVES, Felipe Silva. A solidariedade entre o público e o privado. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org). **Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros Medeiros Ltda, 2008.
- GUNTHER, Klaus. **Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica**. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo, *Doxa*, v. 17-18, pp.271- 302, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação**. São Paulo: Landy Editora, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica**. Porto Alegre: L&pm, 1987a.
- \_\_\_\_\_. **Perfiles filosófico-políticos**. Madrid: Taurus, 1987b.
- \_\_\_\_\_. **A nova intransparência: a crise do Estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas**. Tradução de Carlos Alberto Marques Novaes. *Novos Estudos Cebrap*: São

Paulo. nº 18, p: 77-102, setembro/1987c.

\_\_\_\_\_. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

\_\_\_\_\_. **Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos**. 2a .ed. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Cátedra, 1997a. pp.369-395.

\_\_\_\_\_. **Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade**. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b.

\_\_\_\_\_. **Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade**. Volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997c.

\_\_\_\_\_. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **A inclusão do outro: Estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002

\_\_\_\_\_. **A lógica das ciências sociais**. 2. ed. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Agir Comunicativo: Racionalidade da Ação e Racionalização Social**. Volume I. São Paulo: Martins Fontes, 2012a.

\_\_\_\_\_. **Teoria do agir comunicativo**. Sobre a crítica da razão funcionalista. Volume II. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. São Paulo: Martins Fontes, 2012b.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 2. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2007.

HENLEY, Nancy. **Body, politics: Power, Sex, and non verbal communication**. New Jersey, Prentice-Hall, Inc.1977.

HONNETH, Axel. (1991) **Critique of Power: Reflective Stages in a Critical Social Theory**. Cambridge: MIT Press.

HORA PEREIRA, Leonardo Jorge da. **A noção de capitalismo tardio na obra de Jurgen Habermas: em torno da tensão entre capitalismo e democracia**. 2012, 232 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Estadual de Campinas.

HUNT, Alan. **Reading Dworkin critically**. New York and Oxford: Berg, 1992.

JOAS, Hans; KNOBL, Wolfgang. **The Unhappy Marriage of Hermeneutics and Functionalism**. In: HONNETH, Axel; JOAS, Hans (Eds.). **Communicative Action: Essays on Habermas**. The Theory of Communicative Action. Cambridge: The MIT Press, 1991.

\_\_\_\_\_. **Twenty Introductory Lectures**. 7<sup>th</sup> printing. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

KRYGIER, Martin. **The concept of law and social theory**, Oxford Journal of legal studies, 2, pp.155-80, 1982.

LUBENOW, Jorge Adriano. **A categoria da esfera pública em Jurgen Habermas**, 2007, 257f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade Estadual de Campinas.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. de Maria da Conceição de Corte Real. Brasília, Editora Universidade Brasília, 1980.

MACCORMICK, Neil. **H.L.A. Hart**. Tradução de Cláudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MCCARTHY, Thomas. **La teoria crítica de Jurgen Habermas**. 3.ed. Madrid: Tecnos, 1995.

\_\_\_\_\_. **Complexity and Democracy: or the Seducements of Systems Theory**. In: HONNETH, Axel; JOAS, Hans (Eds.). **Communicative Action: Essays on Habermas**. The Theory of Communicative Action. Cambridge: The MIT Press, 1991.

MONICA, Eder Fernandes. **A possibilidade de uma única resposta correta para cada caso**. 2008. 160p. Dissertação. Mestrado em Direito – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2008

MONICA, Eder Fernandes. **Entre direitos fundamentais e democracia: superando a**

**dicotomia no direito brasileiro.** Niterói: Eduff, 2016.

NEVES, Raphael; LUBENOW, Jorge. **Entre promessas e desenganos: lutas sociais, esfera pública e direito.** In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org). **Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas.** São Paulo: Malheiros Medeiros Ltda, 2008 NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo Ribeiro. **Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas.** São Paulo: Editora Malheiros, 2008

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea.** 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica.** Lisboa: Edições 70, 2011. (Coleção o saber da Filosofia: 15).

PERELMAN, Chaim & Olbretchts-Tyteca, Lucie. **Tratado da Argumentação: Nova Retórica.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PRIEL, Dan. **Jurisprudence Between Science and the Humanities,** 4 Wash. U. Jur. Rev. 269 (2012).

RABINOW, P.& SULLIVAN, W. M. **Interpretive Social Science: a Reader.** Berkeley: University of California. (eds.).1979

REPA, Luiz. **A transformação da filosofia em Jurgen Habermas: os papéis de reconstrução, interpretação e crítica.** São Paulo: Singular; Esfera Pública, 2008.

\_\_\_\_\_. **A teoria reconstrutiva do direito.** Notas sobre a gênese lógica do sistema de direitos fundamentais em Habermas. Dois pontos: justiça, virtude e democracia: da amizade ao reconhecimento, Curitiba, São Carlos. v. 7, n. 2, p. 141- 156, out.2010.

REPA, Luiz. **Jurgen Habermas e o modelo reconstrutivo da teoria crítica.** In: NOBRE, Marcos (Org). **Curso livre de teoria crítica.** Campinas: Editora Papyrus, 2013. REPA, Luiz; NOBRE, Marcos. **Introdução – Reconstruindo Habermas: etapas e sentido de um percurso.** In: REPA, Luiz; NOBRE, Marcos (Org). **Habermas e a Reconstrução: Sobre a categoria central da Teoria Crítica Habermasiana.** Campinas: Editora Papyrus, 2012.

SIEBENEICHLER, Flavio Beno. **Razão Comunicativa e Emancipação.** 2.ed. Rio de Janeiro: Edições tempo Brasileiro Ltda, 1990.

RODRÍGUEZ, César. **La decisión judicial.** de H. Hart y Ronald Dworkin. Santa-Fé de Bogotá. Colômbia, 1997.

ROUANET, Sérgio Paulo. **Teoria Crítica e Psicanálise.** Rio de Janeiro- Fortaleza. Editora Tempo Brasileiro, 1983.

SILVA, Felipe Gonçalves; Melo, Rúrion. **Crítica e Reconstrução em Direito e Democracia.** In: REPA, Luiz; NOBRE, Marcos (Org). **Habermas e a Reconstrução: Sobre a categoria central da Teoria Crítica Habermasiana.** Campinas: Editora Papyrus, 2012.

SUMMERS, Robert S., **The New Analytical Jurists.** *Cornell Law Faculty Publications.* Paper 1126, 1966.

TARELLO, Giovanni. **El realismo jurídico americano.** Lima: Palestra Editores S.A.C, 2017.

VEIGA DA ROCHA, Jean Paul C. **Separação dos poderes e democracia deliberativa.** In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org). **Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas.** São Paulo: Malheiros Medeiros Ltda, 2008.

VILLAS BOAS, Orlando Filho. **Legalidade e legitimidade no pensamento de Jurgen Habermas.** In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org). **Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas.** São Paulo: Malheiros Medeiros Ltda, 2008.

VOIROL, Olivier. **Teoria crítica e pesquisa social: da dialética à reconstrução.** Novos Estudos CEBRAP, 93, 2012, pp. 81-99

WEBER, Max. **Ensaio de sociologia.** Rio de Janeiro: LTC — Livros Técnicos e Científicos Editora S.A, 1982.

WERLE, Denilson Luís. **Construtivismo “não metafísico” e Reconstrução “pós-metafísica”**: o debate Rawls-Habermas. In: REPA, Luiz; NOBRE, Marcos (Org). **Habermas e a Reconstrução**: Sobre a categoria central da Teoria Crítica Habermasiana. Campinas: Editora Papirus, 2012.

WINCH, Peter. **A ideia de uma ciência social e sua relação com a filosofia**. Trad. Anísio Teixeira e Vera Freitas de Castro, 1970.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Trad. José Carlos Bruni. 3a ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

\_\_\_\_\_. **Tractatus-Logico-Philosophicus**. 3.ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2010.