

## 4

### **Algumas contribuições para a construção do 'critério da correção'**

Após todas as considerações feitas ao longo deste trabalho, pretendemos elencar neste item, ainda que superficialmente, alguns elementos de outras teorias que julgamos trazerem uma contribuição para a construção do 'critério da correção'. Pudemos perceber quatro elementos cujos desenvolvimentos poderiam apontar para regras e formas do 'critério de correção':

1) O primeiro elemento seria a existência de um 'PU' mitigado ao campo e aplicação da norma, avaliando as circunstâncias do caso concreto em questão.

A utilização de um princípio de universalização empregado no caso concreto, levaria a uma observância de todas as circunstâncias relevantes para a justificação daquele caso, exaurindo sua argumentação. Seria algo próximo à regra de saturação de Alexy [*Sättigung*], porém ampliada para uma dimensão universalista, já que tal argumentação passaria pelos crivos da imparcialidade e reciprocidade inerentes a 'PU'.

2) O segundo elemento seria a pressuposição de uma 'comunidade partilhada de princípios' soldada por laços de solidariedade e que adota como parâmetro um estágio de desenvolvimento social 5 ou 6, procurando estar aberta à reciprocidade e à adoção de princípios por julgá-los corretos e universalizáveis.

Este elemento consiste numa combinação entre uma das características de 'adequação' de Günther - qual seja, o alcance do nível moral social estágios 5 ou 6 da escala Kohlberg - com uma das características da 'integridade' de Dworkin - o de 'comunidade partilhada de princípios'.

Um 'critério de correção' só faz sentido em uma sociedade que, ainda que idealmente, tenha o intuito de alcançar um patamar moral mais elevado, e repousar suas bases constitutivas em um conjunto de princípios universais partilhados pelos seus membros; conjunto este que funcionará como um pano de fundo para a tomada de decisões.

3) O terceiro elemento estaria relacionado a formas de aferição das condições subjetivas das 'pretensões de validade', a fim de solucionar o problema

apontado por Alexy, quando esboça um rascunho do 'critério de correção'. Vale a repetição:

“ um tipo de terceira dimensão da argumentação jurídica se refere às intenções presentes na 'regra fundamental 1.2'<sup>1</sup> do 'discurso prático racional geral e nas 'pretensões de validade' incorporadas nas 'regras de razão'<sup>2</sup> também do 'discurso prático racional geral'. As 'pretensões de validade' podem ser de ordem objetiva e subjetiva. No entanto teríamos dificuldades em trabalhar com as regras que se reportam a uma dimensão pessoal e interna do agente. Como por exemplo averiguar a sinceridade do ato de fala?<sup>3</sup>”

Em Habermas encontramos uma contribuição neste sentido, quando, ao tratar das 'pretensões de veracidade'<sup>4</sup>, nos apresenta como é possível o seu resgate, ou seja, como averiguar a sinceridade de um ato de fala. A coerência entre atos e palavras é um bom meio de se conferir a sinceridade do agente.

Tranferindo-se isto para o campo das decisões judiciais, um elemento para se aferir a correção e imparcialidade da decisão, residiria em uma análise das suas conseqüências. Trata-se de uma avaliação empírica que partiria para uma abordagem interdisciplinar. Poderemos considerar que a condição subjetiva da pretensão de veracidade estaria sendo cumprida, se as conseqüências advindas da

<sup>1</sup> 'regra fundamental'(1.2): todo orador só pode afirmar o que ele mesmo crê \_\_\_\_\_. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989. p. 183 e ss.

<sup>2</sup> “ 'regras de razão' :

- *quem pode falar pode participar do discurso (2.1)*
- *liberdade de discussão (2.2)*
  - ✓*Todos podem problematizar qualquer afirmação (a)*
  - ✓*Todos podem introduzir qualquer afirmação no discurso (b)*
  - ✓*Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades (c)*
- *nenhum orador pode ser impedido de exercer os direitos anteriores mediante qualquer coerção interna ou externa ao discurso (2.3)''*

\_\_\_\_\_. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989. p. 187 e ss.

<sup>3</sup> Definição ditada por Alexy em um dos encontros para discutir a questão. ( grifo nosso)

<sup>4</sup> A veracidade de um locutor é proveniente de um ato de fala representativo ( admitir, confessar, negar, esconder), que é aquele que expressa as intenções do falante. Segundo Rouanet, os atos de fala representativos são os que: “especificam o sentido pragmático da auto-apresentação do locutor diante do ouvinte, isto é, que situam, pragmaticamente, o sentido das intenções, atitudes e expressões do ouvinte.” ROUANET, Sergio Paulo. *Teoria Crítica e Psicanálise*. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro. 1998. p. 295

A 'pretensão de veracidade' cuida de uma coerência entre o que é falado e as intenções internas do falante. Este tipo de pretensão possui um desempenho não discursivo, pois depende das ações do falante que serão harmônicas, consentâneas com o que diz ou não. A confiança que depositamos em alguém de que há sinceridade no que diz, ou seja, que realmente pensa o que expressa se encontra na bagagem das experiências passadas que tive nas interações com esta pessoa.

decisão puderem ser reflexivamente consideradas, ou seja, se puder aceitá-las caso esteja na mesma situação jurídica. Isto significa dizer que a decisão foi tomada de acordo com a imparcialidade e reciprocidade e que seu resultado pode ser universalizado para os participantes de uma comunidade de indivíduos que se tratam com 'igual consideração e respeito'.

Igualmente Dworkin pode auxiliar neste ponto, através de leitura que realize um interface com a psicologia dos elementos formadores da 'comunidade de princípios', a qual é realizada por meio de uma compreensão emocional dos laços fraternais de solidariedade que se formam entre os indivíduos; e não como uma relação pautada pelo interesse como Dworkin contraditoriamente afirma em sua exposição.

A aceitação do elemento passional do homem como parcela indissociável de seu 'ego' poderá ajudar a suavizar o entrave existente hoje em se trabalhar a dimensão 'subjéctiva da pretensão de correção' e viabilizar a busca por elementos que possam aferir em alguma medida a sua observância.

- O quarto elemento decorre do segundo e seria a existência de uma estância reflexiva -argumentativa avaliadora da correção, constituída pelo 'espaço público'<sup>5</sup>.

Alexy tece as seguintes considerações sobre 'espaço público' :

"(...) a representação do povo em um Tribunal Constitucional é puramente argumentativa. (...)  
 (...)o controle de constitucionalidade enquanto representa podem distingui-ser uns de outros, na medida em que são bons ou maus, melhores ou piores. Assim pois, o controle de constitucionalidade como argumento não permite tudo.  
 (...)  
 (...) existem duas condições fundamentais para uma verdadeira representação argumentativa: (1) a existência de argumentos corretos ou razoáveis e (2) a existência de pessoas racionais que estejam dispostas e sejam capazes de aceitar argumentos corretos e razoáveis, pela mera razão de que são corretos e razoáveis. O controle de constitucionalidade só pode ter êxito se os argumentos apresentados pelo Tribunal Constitucional são razoáveis, e se um número suficiente de membros da comunidade são capazes de exercitar suas capacidades racionais e desejam fazê-lo."<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Para maiores aprofundamentos sobre o conceito de 'espaço público' remeto os leitores ao anexo 6.1 *A 'democracia deliberativa' como locus por excelência do procedimento discursivo: aproximações do modelo alexiano à democracia deliberativa habermasiana*, parte II) *Algumas características do modelo de 'democracia deliberativa' habermasiano*, item 3) *a 'democracia deliberativa' pressupõe a formação de um espaço para a argumentação*.

<sup>6</sup> "(...) *la representación del pueblo en el Tribunal Constitucional es puramente argumentativa.*  
 (...)

Alexy entende que o espaço público atuaria numa etapa posterior a decisão, supervisionando a mesma e avaliando se está argumentativamente de acordo com a correção. A sua legitimidade e aceitação por parte da sociedade estaria pendente deste requisito.

Não pretendemos elaborar este critério da correção. Nossa proposta foi somente a de apontar para sua necessidade. A complexidade do tema e a profundidade de análise que exigiriam escapam aos nossos objetivos. Os elementos apresentados são somente sementes de uma discussão que, por si só, poderia configurar uma tese inteira.

---

*(...)el control de constitucionalidad en tanto representación está conectado con lo que la gente realmente piensa. Los argumentos constitucionales se pueden distinguir unos de otros, en la medida en que son buenos o malos, mejores o peores. Así pues, el control de cnstitucionalidad como argumento no permite todo. (...)*

*(...) existen dos condiciones fundamentales para una verdadera representación argumentativa: (1) la existencia de argumentos correctos o razonables y (2) la existencia de personas racionales que estén dispuestas y sean capaces de aceptar argumentos correctos y razonables, por la mera razón de que son correctos y razonables. El control de constitucionalidad sólo puede tener éxito si los argumentos presentados por el Tribunal Constitucional son razonables, y si un número suficiente de miembros de lacomunidad son capaces de ejercitar sus capacidades racionales y desean hacerlo.” ALEXY, Robert. “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”. in: *Teoria del Discurso y Derechos Constitucionales*. México: Distribuciones Fontamara.2005. p 100-102.*