

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

RAZÃO E JUSTIFICAÇÃO PÚBLICAS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

LUIZ FERREIRA DE FREITAS NETO

MESTRADO EM DIREITO
ÁREA DE ESPECIALIZAÇÃO:
CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

LISBOA
2018

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

RAZÃO E JUSTIFICAÇÃO PÚBLICAS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

LUIZ FERREIRA DE FREITAS NETO

MESTRADO EM DIREITO
ÁREA DE ESPECIALIZAÇÃO:
CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

Dissertação de mestrado apresentada ao departamento de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a orientação do Prof. Dr. Luís Pereira Coutinho.

LISBOA
2018

À Renata

Publicamos para não passar a vida a corrigir rascunhos

Jorge Luís Borges

Agradecimentos

Concluir a dissertação de mestrado na área de Ciências Jurídico-Políticas na rigorosa Universidade de Lisboa, definitivamente, foi desafiante. Há inúmeras pessoas e instituições que contribuíram direta e indiretamente com o meu propósito. Em breves palavras, destacarei algumas, já pedindo vênica pela omissão de outras.

Tive sorte na escolha dos docentes. Paulo Otero, Jorge Reis Novais e Luís Pereira Coutinho foram os meus professores. Os três com leituras distintas do fenômeno jurídico, porém, em comum, a dedicação extrema à docência. Registro aqui meu muito obrigado. Com relação ao professor L.P. Coutinho, há de ser feito um agradecimento mais enfático. Trata-se de um líder nato. Um questionador eterno, a buscar sempre demonstrar aos seus alunos que apreensão de conhecimento demanda muita dedicação e senso crítico. Muito obrigado, professor. Espero ter incorporado ao menos em parte suas lições. Torço para que o senhor seja mais lido no Brasil, principalmente nos tempos atuais de pouca reflexão.

Agradeço ao Centro de Estudos Jurídicos e Aperfeiçoamento Funcional dos membros do Ministério Público do Estado da Bahia por acreditar e financiar esse projeto acadêmico.

Aos amigos companheiros de mestrado, que assim como eu se apaixonaram pela investigação e se dedicaram com o máximo de afinco para compreender esse universo tão carente que é a Teoria do Direito: Felipe Ribeiro, Guilherme Pratti, André Mello, André Dickstein, Fabio Macedo, Dalvan, Eduardo Moraes, Felipe Moraes, Felipe Pavan, Bruno Caires e Rafael Castro. Estaremos sempre juntos. Talvez as respostas para os nossos questionamentos do café nunca venham, mas foram elas que nos fizeram caminhar até aqui.

Por fim, mas sempre em primeiro lugar, à minha família. Renata, minha esposa; Maya, minha filha. Vocês foram e serão sempre meu maior incentivo. A essas, não há como escrever o agradecimento, pois as convenções gramaticais impedem de expressar a extensão exata do que sinto. Digo apenas, o que é muito pouco: amo vocês.

RESUMO

Esta dissertação busca comprovar uma interconexão possível entre a tradição filosófico-política da *justificação pública* (razão pública) com a leitura neoinstitucionalista colhida na filosofia do Direito contemporâneo, sobretudo nas obras de, respectivamente, Gerald Gaus e Neil MacCormick. Para a compreensão de MacCormick, foi feita uma digressão de sua origem no institucionalismo clássico até a leitura de seu conceito de Direito, nominado pelo autor de *ordem normativa institucional*. Após a exposição das bases do marco teórico no Direito, serão descritos os fundamentos da doutrina de justificação pública, principalmente, nesse momento, em Rawls. O autor norte-americano sustentou até o final de sua carreira a viabilidade do seu modelo de razão pública ser experimentado como eixo de fundamentação judicial em casos de desacordos julgados pela Suprema Corte. A seguir a essa provocação, a dissertação buscará compreender todas as características da sugestão rawlsiana para compreender até que ponto é possível tal sugestão feita pelo autor. Após, serão trazidas as críticas sofridas ao formato rawlsiano, desde a crítica na filosofia (Habermas, entre outros) até as contestações feitas no desenvolvimento judicial do Direito (Dworkin). Depois dessa exposição, será aprofundada a tese de justificação pública que nasceu com oposição a Rawls; trata-se da construção de Gerald Gaus. Gaus desenvolve uma epistemologia da moral de matriz neocontratualista baseada na sua proposta de convergência, fora da base tradicional consensual rawlsiana. Nessas bases, será pensada uma teoria neoinstitucionalista no Direito com marco teórico em MacCormick/Gaus. O experimento é transportar a justificação pública de Gaus como argumento de ser possivelmente empregado nas decisões judiciais de uma Corte Suprema em casos sensíveis. A doutrina de Gaus, portanto, será experimentada como base epistemológica para o neoinstitucionalismo de Neil MacCormick a gerar um consequente argumento de matriz gausiana, chamado de argumento de matriz convergente, utilizado nos padrões da teoria da argumentação de MacCormick. Por fim, será evidenciado que o referido argumento já foi testado na doutrina de Jorge Reis Novais, de maneira a ser apresentada a devida crítica proposta feita pelo professor da Universidade de Lisboa.

Palavras-chave: Teoria do Direito. Desacordos morais. Teoria da Argumentação. Justificação pública.

ABSTRACT

This dissertation tries to prove a possible interconnection between the philosophical-political tradition of public justification (public reason) and the neoinstitutionalism reading of the philosophy of contemporary law, especially in the works of Gerald Gaus and Neil MacCormick, respectively. In order to understand MacCormick, a digression of his origin in the classic institutionalism was made until reading his concept of Law, nominated by the author normative institutional order. After exposing the bases of the theoretical framework in Law, the fundamentals of the doctrine of public justification will be described, mainly, at that moment, in Rawls. The American author maintained until the end of his career the viability of his model of public reason to be tried as axis of judicial justification in cases of disagreements judged by the Supreme Court. Following this challenge, the dissertation will seek to understand all the characteristics of the Rawlsian suggestion to understand to what extent such suggestion made by the author is possible. Afterwards, criticism will be brought to the Rawlsian format, from criticism in philosophy (Habermas, among others) to contestations in the legal development of Law (Dworkin). After that exposition, we will deepen the thesis of public justification born in opposition to Rawls; it is Gerald Gaus' construction. Gaus develops an epistemology of neocontractualist matrix morality based on his proposition of convergence, outside the traditional consensual Rawlsian basis. On those bases a neoinstitutionalism theory in Law with a theoretical framework in MacCormick/Gaus will be thought. The experiment is to convey Gaus' public justification as an argument for possibly being used in court decisions of a Supreme Court in sensitive cases. Gaus' doctrine, therefore, will be tried as an epistemological basis for Neil MacCormick's neoinstitutionalism to generate a consequent Gaussian matrix argument, called a convergent matrix argument, used in the patterns of MacCormick's Theory of Argumentation. Finally, it will be evidenced that the aforementioned argument has already been tested in the doctrine of Jorge Reis Novais, in order to be presented the appropriate criticism proposed by the professor of University of Lisbon.

Palavras-chave: Jurisprudence. Moral disagreements. Theory of Argumentation. Public justification.

NOTA DO AUTOR

I – Informo que optei por traduzir – sob minha responsabilidade – a bibliografia utilizada em língua estrangeira. O intuito é facilitar o acesso ao conteúdo do texto. Em alguns poucos momentos, será identificado pelo leitor o uso de expressões no idioma original, sem tradução, haja vista que julgamos ser mais apropriado para aquele trecho específico.

II – Para a redação do texto, respeitosamente, utilizamo-nos da escrita corrente em solo brasileiro, tendo inclusive buscado nos adequar a reformas mais recentes de ortografia.

III – Do ponto de vista epistemológico, compreendemos que o Direito preenche todos os requisitos para ser afirmado como Ciência. Nesse sentido, entendemos que, para fazer uma Ciência do Direito possível, devemos ser objetivos, transparentes, a manter um esforço iterativo de clareza, pois a Ciência deve ter alguma pretensão de objetividade. Por isso, optamos por uma forma de redação mais transparente e simples, mesmo reconhecendo o risco dessa escolha. O leitor vai perceber o uso de muitos exemplos do cotidiano, no intuito de nos comunicar com o maior número possível de leitores e tentar afastar algumas obscuridades da realidade da linguagem gramatical da Teoria do Direito.

FOLHA INTENCIONALMENTE DEIXADA EM BRANCO

SUMÁRIO

Introdução.....	11
Apresentação e delimitação de tema.....	11
Capítulo 1 – Introdução ao institucionalismo jurídico.....	19
1.1 O institucionalismo clássico.....	19
Capítulo 2 – O neoinstitucionalismo.....	21
2.1 O neoinstitucionalismo de MacCormick.....	23
2.2 Ordem normativa institucional.....	24
2.3 Problemática entre hábitos e regras sociais.....	28
Capítulo 3 – Construindo uma interface: Razão Pública e Direito.....	343
3.1 – Justificação e Razão: ideias preliminares.....	354
3.2 Panorama atual do debate.....	36
Capítulo 4 – A proposta de Razão Pública por meio do consenso.....	42
4.1 Consideração preliminar.....	42
4.2 Da <i>Teoria</i> à Razão Pública.....	42
4.2.1 Do consenso sobreposto.....	46
4.2.2 Da Razão Pública Rawlsiana.....	48
4.3 Críticas à proposta de Rawls.....	519
4.3.1 A não adoção da viragem hermenêutica no modelo Rawlsiano.....	519
4.3.2 A inviabilidade do discurso racional por uma Suprema Corte.....	53
4.3.2.2 O aprisionamento do pensamento secular e o <i>smuggling</i> de Rawls.....	54
4.4 Dignidade humana pela Razão Pública.....	56
4.4.1 Igreja, Estado e <i>cláusula</i>	59
4.4.2 Consideração preliminar.....	59
4.4.3 Definição de cláusula.....	59
4.4.4 A novelty objection.....	63
4.4.5 Estabilidade social e Razão Pública.....	65
4.4.5.1 Consideração preliminar.....	65
4.4.5.2 A estabilidade pelas razões certas.....	66
Capítulo 5 – A proposta de Razão Pública por meio da convergência.....	70
5.1 Consideração preliminar.....	70
5.2 Do consenso à convergência: uma nova compreensão do uso público da razão.....	72
5.3 Características e fundamento.....	75
5.3.1 O problema da indeterminação.....	76
5.3.2 Moral e autoridade.....	79
5.3.3 Regras, evolução e cooperação.....	84
5.3.4 Dworkin e Razão Pública.....	85
5.3.5 Razão Pública em <i>Justice in Robes</i>	85
5.4 Convergência, Dworkin e democracia.....	886
5.5 Enquadramento teórico no Direito.....	90
5.6 Rawls, Vallier e MacCormick.....	942
5.7 Gaus por meio de MacCormick.....	98
5.7.1 Gaus, MacCormick e a teoria da argumentação jurídica.....	98
5.7.2 Juiz Hércules contra MacCormick e Gaus.....	102
5.7.2.2 Argumentação jurídica e moral em MacCormick/Gaus.....	113
5.8 A sistematização de Luís Pereira Coutinho.....	1153
Conclusão.....	1221
Referências bibliográficas.....	1243

Introdução

Apresentação e delimitação de tema

O epicentro do debate da teoria do Direito por muitos anos se afivelou na célebre discussão da relação entre o Direito e a Moral. Os questionamentos perpassaram diversas perguntas, tais como: se a relação entre ambos os conceitos é contingencial ou não, se o Direito pode ou não ser descrito com uma ramificação da moralidade política, a superação ou não da perspectiva convencionalista pela leitura interpretativista, entre outros pontos.

Na atualidade, o esforço dos teóricos do Direito tem um campo próximo de investigação, mas nitidamente distinto. O foco de interesses – de maneira preponderante – caminha para caracterizar a relação entre os *valores morais* e a *própria teoria do Direito*¹. É nesse cenário mais recente que se insere o objeto da investigação, a partir de uma das vertentes pós-positivistas contemporâneas do Direito.

A presente dissertação tem o objetivo principal de buscar a demonstração de uma interface possível entre a doutrina de Neil MacCormick (filósofo do Direito escocês) e Gerald Gaus (filósofo político norte-americano). Apesar de pouco explorado pela doutrina, estamos convencidos da viabilidade desse diálogo. Essa interconexão irá apontar duas consequências principais para a teoria do Direito.

Em primeiro lugar - em sede de teoria do Direito –, será constatada uma leitura do Direito de matriz neoinstitucionalista (MacCormick) articulada com pressupostos epistemológicos na chamada *teoria da convergência* de Gerald Gaus. Além disso, avançar-se-á para – agora já na seara da teoria da argumentação jurídica – compreender a necessidade de se acrescer à tese de MacCormick um novo argumento de justificação – inspirado na matriz gausiana –, chamado por nós de *argumento de justificação pública de matriz convergente*, demonstrando, por conseguinte, em quais situações é mobilizável.

Para atingir a meta proposta, faz-se necessário se atentar para uma exposição lógica e concatenada de ideias, haja vista que a tese se apresentará em um conteúdo transversal, movimentando-se ora na filosofia do Direito, ora com aportes intensos na filosofia política. Com esse propósito, é salutar colocar já no início as principais premissas da proposta *no* Direito, ou seja, começar a exposição sobre as bases do institucionalismo jurídico.

¹ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a Teoria do Direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

Serão trazidas então no capítulo I as sugestões do institucionalismo clássico, sobretudo em Santi Romano e Hauriou, até se alcançar a vertente neoinstitucionalista sustentada –entre outros - por Neil MacCormick. A descrição das origens da tradição institucionalista destacará entre vários pontos uma importante mudança de pensamento da passagem entre institucionalismo clássico para o neoinstitucionalismo: o resgate da noção de *norma*, muito presente na doutrina de MacCormick.

Pois bem, a construção mais recente de MacCormick pode ser diagnosticada como pós-positivista, pois é evidente seu foco em manter a ética como um limite para aplicação do Direito assim como este deve ser justificado pelos moldes de uma *racionalidade prática*.² Além disso, assume também do pós-positivismo a necessidade de uma dose de moral – em especial com a adoção da tese da correção de Alexy – na justificação judicial de uma resolução concreta, a prescrever que um Direito nesses moldes melhor se adapta às exigências de uma comunidade democrática.

Para MacCormick, a construção da compreensão da consistência do fenômeno jurídico começa com a leitura do pensamento institucionalista. Nessa tradição filosófica, é possível identificar em uma comunidade política *facta brutos*, mas não somente. Há também *facta institucionais* e são justamente as regras que conduzem à passagem de um estado para outro. Em razão disso, a identificação de fatos institucionais – como a regra social de respeitar a fila de embarque no avião – só pode ser feita no interior de sistemas normativos, como é o caso do Direito.

Pela razão exposta, MacCormick afirma que o Direito é exemplo de *instituição normativa*.³ O capítulo II irá se debruçar sobre esse objeto, buscando compreender melhor o que é uma norma, por conseguinte uma ordem normativa e, por fim, uma ordem normativa institucional.

A partir dessas premissas do professor escocês, já será possível avançar em debates mais sensíveis, assim como promover associações com a obra de outros pensadores contemporâneos.

O caráter *normativo* do Direito para MacCormick exterioriza a influência de Hart sobre o autor. O professor escocês colhe de Hart o ensinamento chamado pelo próprio MacCormick de “*virada hermenêutica*”. Para MacCormick, é imprescindível para a teoria do Direito a adoção da perspectiva dos destinatários da norma. Ou seja, ao contrário do que

² MACCORMICK, **Retórica y estado de derecho**: una teoría del razonamiento jurídico. Lima: Palestra, 2016, p. 19.

³ MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 59-60.

propunha Kelsen – uma leitura externa das normas – Hart motiva a comunidade acadêmica a pensar o fenômeno jurídico pelo caráter interno das normas, a identificar qual o ponto de vista dos participantes que recebem o comando advindo das normas jurídicas. Assim também pensa MacCormick.

A partir dessa perspectiva interna, o autor escocês busca compreender as razões determinantes para o cumprimento e formação de *regras sociais*. Para MacCormick, o homem ocidental cumpre regras também de caráter social por meio de fontes informais. Essas regras possuem normatividade que não pode ser desconsiderada pela Teoria do Direito, haja vista que as regras jurídicas buscam nesse campo sua legitimidade. Em outras palavras, o autor pensa qual a importância do fenômeno de cumprimento de regras sociais informais pela sociedade para o Direito. Porque, mesmo diante da ausência de uma lei vigente, paramos em uma fila de um embarque de um avião em um aeroporto e aguardamos nossa vez de embarcar? Porque paramos o automóvel no sinal vermelho em um cruzamento mesmo que não esteja passando nenhum outro carro em direção contrária? O Capítulo III pretende também responder a essas perguntas.

Nesse sentido avançamos. A ordem normativa, portanto, é um gênero no qual o Direito se apresenta com uma espécie *institucional* dessa ordem. Com base nisso, MacCormick defende que as regras sociais identificadas como padrões de conduta similares ao exemplo da *fila de embarque* são retiradas de uma fonte normativa informal de produção de normas que podem ser trazidas por uma fonte formal – o Direito – por meio de um procedimento de *institucionalização* de regras. Após, as agências que originam e aplicam o Direito podem se valer de sua autoridade para zelar pelo cumprimento dessas regras sociais agora já formalmente institucionalizadas.

O fenômeno narrado é descrito dessa forma em MacCormick por uma razão mais intensa; não se trata de um costume ou de um hábito social *convergente* apenas. Esse é um ponto central na tese. Para o autor escocês, não somente as regras sociais – como afirmava Hart – mas também os hábitos de convergência são relevantes e determinantes para o funcionamento adequado das práticas sociais. Para MacCormick, depreendem-se da natureza humana a compreensão e o alcance desse comportamento convergente em qualquer ordem normativa, inclusive no Direito.

Nesse momento – já no capítulo IV –, é possível fazer o primeiro paralelo com a tradição político-filosófica da *razão pública*, de maneira a se iniciar uma imersão maior na filosofia política. Explica-se a pertinência da temática, em particular, por dois motivos.

Em primeiro lugar, a compreensão de formação de regras sociais a partir de hábitos de convergência em MacCormick segue uma tradição de pensamento fundada em Aristóteles até Austin, de maneira a se identificar também – eis uma parte da nossa proposta – com determinada corrente de pensamento tradicionalmente chamada de “*razão pública*”.

Além disso, o institucionalismo do professor escocês admite o ingresso da moral no Direito como limite à produção da norma, logo imprescindível para esse projeto o desenvolvimento de uma *teoria sobre moralidade social*. Nossa sugestão é colher essa base nas teorias políticas de justificação pública, especialmente em Gaus. Seguir essa linha de raciocínio significa dizer que a primeira proposta é utilizar a teoria de justificação pública ou “razão pública” desenvolvida por Gaus como base epistemológica para a adoção da leitura neoinstitucionalista de MacCormick. Não se trata de uma revisão completa da tese do professor escocês, ao contrário. O primeiro objetivo aqui é apresentar a possibilidade dessa interface Gaus/MacCormick no sentido de formação de regras sociais e compreensão dos hábitos de convergência. A construção dos referidos autores – um na filosofia política e outro na Teoria do Direito – serão lidas como complementares.

Sendo Gaus um autor conhecido como um “*liberal da razão pública*”, a investigação irá ao capítulo IV expor uma abordagem introdutória sobre o tema. Os “*liberais da razão pública*”, a exemplo de Rawls, Habermas, Gauthier e Gaus – para citar alguns – compõem uma família de autores com construções teóricas fora do Direito. Sendo assim, para a completa compreensão da tese de Gaus, é indispensável – cremos – situar o pensamento do autor dentro do contexto contemporâneo da filosofia política.

John Rawls foi o primeiro autor a defender, até o final de sua trajetória acadêmica, que a Suprema Corte do Poder Judiciário deve utilizar como único eixo de justificação judicial dos litígios de desacordos morais a proposta do autor de razão pública colhida fora do Direito. Em outras palavras, Rawls busca na filosofia política uma linha de justificação pública baseada no *consenso* da comunidade política sobre determinados desacordos morais. Para o autor, só assim será alcançada uma estabilidade suficiente para manutenção de uma ordem democrática constitucional. Enfim, o capítulo IV vai investigar todas as características, nuances peculiaridades e críticas da construção rawlsiana que a todo o momento nos alertará que a saída para a resolução de casos de difícil harmonização – ou impossível harmonização – levados ao Poder Judiciário deságuam em um *fato institucional* tradicionalmente estudado pela filosofia política e iterativamente esquecido pela Teoria do Direito: trata-se da *razão pública*.

Um segundo motivo que nos impulsionou a expor e contextualizar a tese rawlsiana antes da abordagem de Gaus é o atual cenário do debate da razão pública na filosofia política analítica anglo-saxã. A tese de Gaus surge como uma antítese à tese rawlsiana, a formar uma construção de justificação pública *a partir* das críticas feitas à razão pública de Rawls. Sendo assim, é natural desenvolver-se em princípio Rawls para, a partir da compreensão de suas falhas e equívocos, atingir a tese de Gaus. Tal meta é cumprida no capítulo V.

Gerald Gaus é o autor que lidera um modelo de justificação pública – entendida como um gênero da qual a razão pública é uma espécie – fora da base rawlsiana. A compreensão do instituto da razão pública decorre de um percurso muito anterior a Rawls, apesar de encontrar nesse autor uma evidente homenagem. Em 2011, por meio da obra *The order of public reason*, Gerald Gaus fomenta a discussão se a tradição contratualista pode ser pensada fora do modelo *consensual* rawlsiano, porém sem fugir da ideia de justificação pública. Vejamos com mais detalhes.

O neocontratualismo na tradição da razão pública tenta recriar o contrato social em uma comunidade política sem recair nas noções de assentimento tácito ou expresso dos contratualistas anteriores⁴. A chave para compreender a função reconciliadora da filosofia política está na *justificação pública* do direito coercitivo, diria Rawls, e mais: o melhor formato para essa justificação é a proposta do autor de razão pública, baseada no *consenso sobreposto* (*shared public reason*).

Gaus segue o mesmo projeto de prescrever a justificação pública como a forma mais estável de equilíbrio entre as relações sociais na alta contemporaneidade, porém a sua proposta de justificação é completamente distinta de Rawls a colocá-lo como o maior crítico do formato rawlsiano na atualidade. Para Gaus, uma justificação pública é legítima mesmo se indivíduos com doutrinas diferentes *convergiem* para instituições compartilhadas por suas próprias razões. E mais, o autor põe a *moralidade social* como fundamento da justificação ao colocar uma teoria da justiça com valor secundário em sua proposta. Em palavras objetivas, Gaus revela a moral como o *coração* da justificação pública.

Sob essa compreensão, o professor da Universidade do Arizona desenvolve uma epistemologia da moral de matriz neocontratualista baseada na sua proposta de *convergência*, repita-se, fora da base tradicional *consensual*. A partir dessa proposta, deve ser feita uma justificação pública coerente com essa compreensão prévia. Essa justificação é a forma de conferir legitimidade às decisões tomadas por ordens normativas de maneira a trazer

⁴VALLIER, Kevin. Must politics be war? In: **Defense of Public Reason Liberalism: restoring our trust in free society**. Oxford University Press, 2018. p. 10.

estabilidade nas relações sociais, sem flertar com autoritarismo ou sectarismo. O autor questiona se alguma compreensão da moralidade social é suficiente para formar um espaço de integração em uma comunidade política, mesmo diante do fato do pluralismo. *A justificação pública por meio da teoria da convergência* é a sua resposta positiva para tal problema. Registre-se desde já: Gaus não nega a viabilidade da teoria rawlsiana de compartilhamento de valores, só defende – inclusive com testes empíricos mediante sistemas de computação – que a justificação pública baseada na moralidade social convergente é dotada de mais estabilidade.

Ainda no capítulo V, será discutido que, antes da vigência de qualquer Direito posto, MacCormick já constata comportamentos voluntários convergentes em resultados comuns estáveis. Do mesmo modo – agora já em Gaus –, a convergência pode servir tanto para a formação de instituições normativas – o Direito, por exemplo – quanto para a *manutenção*⁵ *estável* dessa mesma instituição, pois se trata da mesma resposta para um idêntico questionamento. Nesse sentido, a justificação pública de matriz convergente – uma vez institucionalizada pelo Direito – pode ser ensaiada como um argumento a ser trazido para a teoria da decisão judicial. Estamos tratando dos mesmos desacordos; logo, a mesma solução de estabilidade pode ser experimentada.

Nesse momento, já é possível – sem atropelos teóricos – avançar para a uma sugestão da inclusão do argumento de matriz convergente na teoria da argumentação proposta por MacCormick. Assim como Rawls apostou no seu formato de justificação pública (razão pública) como veículo necessário para justificar decisões de Suprema Corte, estamos experimentando usar o modelo de justificação pública de Gaus no Direito por meio da teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick. Vejamos.

O dualismo apontado por MacCormick pode ser revisitado para apontar uma terceira hipótese de julgamento a reconhecer. Além de casos de fácil resolução com o uso de silogismos e um segundo grupo de casos difíceis, em que o silogismo não atende às necessidades de uma decisão legítima, pode ser sugerido um terceiro grupo. São casos bem específicos, hipóteses em que assumidamente o intérprete deve partir da premissa de que o ceticismo interno de algumas propostas contemporâneas em Teoria do Direito –entre elas Dworkin – podem não ser suficientes para desvelar uma paz social na aplicação do Direito. Ou seja, trata-se do reconhecimento da hipótese de casos de *difícil desacordo moral não harmonizável*.

⁵CHUNG, Hun. **Public Reason, Convergence Discourse, and the Well-Ordered Society Under Crisis**. Disponível em SSRN:<<https://ssrn.com/abstract=2862832>>.p.5.

Nessa linha de intelecção além dos critérios já trazidos pelo autor escocês – que serão revisitados pela investigação –, será acrescido mais um ônus argumentativo ao magistrado. O universo moral é o universo da argumentação para Gaus; a fuga da teoria da argumentação pode ser o princípio da ilusão para aplicação da tese gausiana no Direito. Nesse esteio, a proposta consiste em ressaltar a viabilidade da transposição para a teoria da argumentação de MacCormick de mais um argumento somente aplicável aos casos narrados. Vejamos em poucas palavras.

A partir de um sistema jurídico de matriz convergente, a leitura moral de uma norma jurídica não se atém a conteúdos objeto de *consenso* (Rawls) positivados em fontes formais e informais dotadas de normatividade como afirma MacCormick. O objeto de análise das regras sociais será ampliado para descrever a pertinência de *regras sociais e hábitos de matriz convergente gausiana*.

Sendo assim, o Poder Judiciário, nesse caso, deverá reproduzir os argumentos utilizados na Política para o uso da coação com base nos fundamentos teóricos desenvolvidos na justificação pública de Gaus.

Em palavras finais, é possível dizer que o neoinstitucionalismo busca resgatar o mundo prático para o Direito, muito afastado dessa realidade nas leituras positivistas que entendiam o Direito como um conjunto abstrato de regras. Nesse sentido, a investigação tenta fixar o olhar do jurista para a justificação pública, já que essa compreende um *fato institucional* – a partir de uma matriz neoinstitucionalista – de suma importância para o equilíbrio das relações sociais. Destarte, sendo a normatividade do Direito relativa – para MacCormick – é salutar buscar em outra normatividade social um *fato institucional* (justificação pública) capaz de melhor equilibrar as relações jurídicas a partir de uma decisão judicial, haja vista a aproximação com a faticidade da norma.

Aqui, há um ponto de suma importância. A adoção desse eixo de justificação pública irá gerar algumas consequências distintas do defendido por teorias do Direito predominantes no cenário internacional, caso nos permitamos ter um olhar mais pragmático sobre a proposta.

Em primeiro lugar, irá desvelar um afastamento da tese de *coesão de valores* de Dworkin de maneira a se reconhecer que o Poder Judiciário pode se deparar com situações da contemporaneidade nas quais a utilização de uma vertente propriamente substancialista de decisão pode ser carente de legitimidade. Ou seja, descarte-se aqui a única melhor saída do juiz Hércules.

Em segundo lugar, é possível afirmar que a nossa proposta acena positivamente ao questionamento de Rawls sobre a necessidade de se colher um formato de “justificação pública” na política para o Direito. Essa premissa nos coloca dentro do cenário de teoria do Direito global – digo tanto anglo-saxã quanto continental –, como uma voz minoritária assumiu.

Outro esclarecimento a ser feito é a pretensão desta dissertação. O leitor irá observar uma preocupação de buscar compreender os fundamentos da proposta da justificação pública no desenvolvimento judicial no Direito; é proposital a constatação. Não foi o foco da investigação esmiuçar aspectos dogmáticos da hipótese, mas sim refletir as bases jurídico-políticas da justificação pública *na* Jurisdição.

Em palavras diretas, com receio de sermos repetitivos, o nosso experimento é trazer uma arquitetura teórica que esboce conjuntamente as teses de MacCormick e Gaus. Essa simbiose consiste, sobretudo, em duas propostas no Direito: *i*) em sede de Teoria do Direito, reconhece-se a existência de regras sociais e hábitos de matriz convergente no Direito lido por meio de uma perspectiva neoinstitucional como base epistemológica em Gaus; *ii*) em uma perspectiva de teoria da argumentação, a exigência de um argumento de justificação pública convergente na decisão judicial quando em pauta desacordos morais potencialmente divisivos.

Capítulo 1 – Introdução ao institucionalismo jurídico

A palavra instituição pode ser empregada em diversos sentidos, seja no âmbito da interpretação jurídica, seja no cotidiano de determinada sociedade, seja, ainda, em outras áreas das ciências humanas. O que nos ocupa é uma corrente de pensamento denominada institucionalismo, em especial sua vertente no Direito.

O institucionalismo jurídico, portanto, é um movimento intelectual iniciado no final do século XIX por uma família de estudiosos da Europa Continental que, em termos gerais, pode ser lido como uma postura de reação ao positivismo jurídico. O institucionalismo rejeita a visão superficial do Direito como um conjunto abstrato de normas para compreender o Direito de outra maneira.

Em um sentido geral, a doutrina – em suas distintas vertentes – valoriza e busca clarificar a relação entre comportamentos sociais, linguagem e normas jurídicas.⁶ Dessa maneira, sem dúvida, é uma leitura que favorece e reluz o papel da comunidade política na construção do próprio Direito que a rege, haja vista o destaque à coletividade, e não aos indivíduos singularmente considerados. Vejamos as vertentes, iniciando pelo institucionalismo clássico.

1.1 O institucionalismo clássico

O institucionalismo clássico se insurgiu contra o positivismo jurídico derivado da *jurisprudência dos conceitos*, tendo dois autores de maior renome: Maurice Hauriou (França) e Santi Romano (Itália)⁷.

O institucionalismo de Hauriou se insurge contra a tendência de codificação do Direito Francês, cujo maior exemplo é a fundamentação teórica que formou o Código Civil napoleônico. O Direito não deve ser interpretado apenas no seu aspecto normativo formal, isto é, a interpretação literal do enunciado normativo não deve ser o início, meio e fim de uma interpretação jurídica. Há outros elementos pertinentes além da forma legal. Com essa argumentação, Hauriou – na leitura da Massimo La Torre⁸ – fomenta uma interpretação

⁶MASSIMO, La Torre. **Law as Institution**. Dordrecht, Heidelberg, London, New York: Springer, 2010.p. 97.

⁷Idem, p. 98.

⁸ As ideias de Hauriou e Santi Romano, muito brevemente expostas aqui, foram colhidas da investigação de Massimo La Torre, na obra **Law as Institution**. Dordrecht, Heidelberg, London, New York: Springer, 2010.

jurídica material da norma jurídica, afastando-se do formalismo exacerbado predominante à época.

Em sua vertente institucionalista, Hauriou sustenta uma diversidade de fontes do Direito, sendo colhido em diversas instituições presentes na comunidade, no entanto, obrigatoriamente, submetidas à “*instituição das instituições*”, o Estado. Assim, mantém-se em Hauriou a autoridade do Estado que se apresenta como um mecanismo de equilíbrio entre as normas jurídicas formais e as normas sociais buscadas na sociedade.⁹

Já em Santi Romano, o institucionalismo recebe outras nuances. O Direito como um conjunto de normas é um conceito insuficiente – assim também em Hauriou –, a apontar três características do Direito além do caráter normativo. Deve-se considerar na interpretação a sociedade, a ordem social e a organização social, a culminar nessa equação em um corpo material, autônomo e dinâmico denominado *instituição*. Sendo assim, Romano não é um ceticista interno do Direito; ao contrário. Entende a relevância de institutos externos ao Direito para defini-lo. Direito não é fruto imediato da força ou do poder; ele é espontâneo e floresce sob a égide de elementos materiais, colhidos no substrato social *antes* do seu aspecto normativo-formal. Nessa linha, é um menosprezo à ciência compreender o Direito apenas pelo seu rótulo – textos normativos – em detrimento do rico conteúdo que advém do fenômeno social¹⁰.

Hauriou considerava o nascimento do Estado cronologicamente anterior ao Direito. Santi Romano, por outro lado, sustentava a coincidência temporal de gênese dos dois institutos. Assim, não se compreende em Romano uma norma fundamental basilar ao ordenamento jurídico a conferir validade a este, pois – repita-se – ambos são formados no mesmo momento.

Nesta senda institucionalista do Direito, no século XX surgem dois autores: Neil MacCormick (Escócia) e Weinberger (Alemanha)¹¹. Essa retomada do institucionalismo se apresenta também como um impulso contra o positivismo, mas agora não em desfavor da antiga jurisprudência dos conceitos, mas sim contra o pensamento de Kelsen e H.L.A Hart. Trata-se do movimento denominado neoinstitucionalismo jurídico.

⁹MASSIMO, La Torre. **Law as Institution**. Dordrecht, Heidelberg, London, New York: Springer, 2010.p. 146-148.

¹⁰Idem, p. 98-106.

¹¹ Há outros autores que desenvolvem a perspectiva neoinstitucionalista no Direito na contemporaneidade. Entre os de maior destaque estão MASSIMO, La Torre. **Law as Institution**. Dordrecht, Heidelberg, London, New York: Springer, 2010; RUITER, David. **Legal Institutions**. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2001.

Capítulo 2 – O neoinstitucionalismo

O neoinstitucionalismo jurídico funda suas bases em um reconhecimento de que o Direito está eminentemente imerso de forma densa na *realidade fática*¹²; no entanto, não pode ser aplicado em compreensões diminutas da ciência jurídica, tais como a compreensão meramente *realista* do Direito¹³. O fenômeno jurídico é mais complexo para a leitura institucionalista. Nesse sentido, definitivamente não é uma leitura do Direito que se afivele a doutrinas pragmáticas¹⁴.

Sendo assim, a fim de situar o Direito no mundo dos *factos* a doutrina neoinstitucionalista acompanha a distinção de J. Searle entre fatos brutos e fatos institucionais.¹⁵ O que uma pessoa usa no dedo anelar da mão esquerda, em formato circular, de cor dourada, é um anel de casamento. O objeto utilizável no pulso esquerdo, de formato redondo, preso a uma pulseira de borracha, é um relógio.¹⁶ São, portanto, brutos esses fatos, uma vez que observados fisicamente. Há ainda outros exemplos mais elaborados sobre fatos brutos. Vejamos mais um.

Dizer que em um parque de estacionamento de carros há automóveis parados é uma afirmativa que depende da descrição de uma realidade física observada. Enfim, a frase só poderá ser considerada *verdadeira* na hipótese de ter um automóvel ao menos estacionado no local, dependente, destarte, desse estado de coisas (fato bruto) ¹⁷.

No entanto, no Direito, o neoinstitucionalismo descreve uma realidade diferente da descrita anteriormente. Afirmar a existência da celebração de um contrato de doação, por exemplo, não é apenas um fato bruto, fisicamente observado. Essa descrição depende da confirmação de normas jurídicas sobre o contrato em apreço. Regras que irão disciplinar o instituto, nominando-o como contrato, cláusulas obrigatórias para sua validade jurídica, a determinar as pessoas naturais com capacidade de celebração da avença. Isso – na leitura de J.

¹² FARALLI, Carla. **Filosofia contemporânea do direito: temas e desafios**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.p. 27.

¹³Idem, p.3.

¹⁴ Na atualidade, o pragmatismo no Direito pode ser associado a diversos marcos teóricos distintos. No geral, doutrinas pragmáticas enxergam as normas jurídicas unicamente como valor instrumental, de maneira que o juiz deve descobrir qual decisão é a melhor do ponto de vista consequencialista. Os dois maiores exemplos são a escola da análise econômica do Direito, capitaneada por Richard Posner e o movimento do *Critical Legal Studies*, tendo como patriarca Mangabeira Unger. Ver: UNGER, Mangabeira. **The critical legal studies movement**. Cambridge, Massachusetts, London: Harvard University Press, 1983.

¹⁵ A dicotomia apontada originalmente por Sarle é trazida por MacCormick e Weinberger para o fundamento da doutrina neoconstitucionalista como uma redimensão do “ser” no Direito.

¹⁶ O exemplo é de autoria de MacCormick. Ver: MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law...**, p. 13.

¹⁷ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva 2013.p. 137-138.

Searle – é um exemplo de fato institucional, sendo esta uma realidade somente possível a partir de algum *start* normativo compartilhado.

Em outras palavras, os fatos institucionais são fatos distintos dos fatos brutos. São detentores de uma perspectiva *ontológica*¹⁸ própria, provenientes de regras capazes de constituir esses fatos. O Direito, enfim, está situado nesse universo.

Na obra de MacCormick, três sentidos de fatos institucionais podem ser descritos no exercício da razão prática do Direito. Em primeiro lugar, estão as agências de aplicação do Direito. O autor nesse ponto se refere ao Ministério Público, à Magistratura, à Ordem de Advogados, entre tantas outras instituições que compõem a estrutura necessária para a aplicação prática do Direito¹⁹. O segundo sentido descrito pode ser traduzido como *adaptações institucionais*²⁰, tais como o conceito de contrato, união estável, posse, detenção, propriedade etc. Ou seja, são institutos consequentes da ação individual ou advindos das próprias agências de aplicação do Direito. Por último, as *coisas institucionais*. São institutos caracterizados pela sua intangibilidade, haja vista que uma vez tangíveis seriam fato brutos, não institucionais. Como exemplo, pode-se referir à propriedade intelectual²¹.

Nessa linha de intelecção, é possível dizer que das normas jurídicas surgem comandos, cuja condição para aferir a verdade é distinta de um fato bruto, a julgar a insuficiência da descrição do mundo físico para definir o fenômeno jurídico. Faralli ainda é mais incisiva na análise e destaca que a lei é um item dentro de um grupo maior, que são os fatos institucionais. Nesse sentido, a autora sustenta a diferença entre o gênero fatos institucionais e uma de suas espécies: as normas jurídicas. Estas possuem um *propósito* estabelecido de proteção de bens, tais como a liberdade, igualdade, propriedade em determinada comunidade política, característica esta não necessariamente observada em outros fatos institucionais.²²

Em conclusão parcial, é possível dizer que as normas jurídicas não podem ser concebidas ou descritas como um estado de coisas *bruto*. Trata-se de uma construção institucional atrelada à tradição cultural-histórica e antropológica da sociedade. Afastar-se dessa realidade a identificar o Direito apenas com um conjunto de normas em abstrato (fato bruto) é um equívoco, diriam os neoinstitucionalistas.

¹⁸ FARALLI, Carla. **Filosofia contemporânea do direito: temas e desafios**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.p.4.

¹⁹ MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007.p. 12 e 35.

²⁰Idem, p. 35.

²¹ Os exemplos são de autoria do próprio MacCormick. Ver: MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007.p.35-36.

²² FARALLI, Carla. **Filosofia contemporânea do direito: temas e desafios**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.p.4.

Exposta a base do neoinstitucionalismo, busca-se, a partir de agora, a compreensão de outros pontos da tese de MacCormick.

2.1 O neoinstitucionalismo de MacCormick

A trajetória acadêmica de MacCormick denota uma evidente evolução de pensamento a transparecer uma característica ousada da doutrina do autor em não demonstrar amarras com pensamentos pretéritos. Ao contrário, MacCormick modificou ao longo de seu percurso seu modo de pensar o ordenamento jurídico e sua maneira de contribuir para o desenvolvimento crítico da teoria do Direito.

A doutrina do professor escocês pode ser dividida em três grandes fases²³ facilmente identificáveis. Em um primeiro momento – ainda muito influenciado pelo seu professor H. L. A. Hart –, MacCormick apresentou à comunidade acadêmica um desenvolvimento científico com marco teórico no positivismo. Essa fase se encerra no início da década de 80 do século XX. A partir de então, o professor de Edimburgo começa a rever seu marco positivista e inaugura sua nova fase a partir de 1994.

MacCormick, então, começa a negar a leitura positivista que enxerga o Direito como mero conjunto abstrato de normas jurídicas, passando a compreendê-lo como um exercício social, direcionado por valores políticos e princípios jurídicos. Tal ruptura é evidenciada – principalmente – na obra *Rhetoric and The Rule of Law*. Em apertada síntese, o autor reconhece e nessa novel compreensão que meras análises dedutivas hartianas são capazes de responder aos anseios de problemas de aplicação do Direito apenas em casos dotados de facilidade²⁴. O Direito é um fenômeno mais complexo. A partir de agora, adentra o autor propriamente na família de juristas denominada *pós-positivista*.

Em 2007, na obra *Institutions of Law*²⁵²⁶, o autor segue em seu marco pós-positivista, contudo, inaugura a última fase de sua doutrina. Trata-se do momento neoinstitucionalista de

²³ Essas três fases, com os respectivos marcos temporais, são assumidas por MacCormick em entrevista feita a Atienza, em 2006. Ver: ATIENZA, Manuel. Entrevista a Neil MacCormick. **Cuadernos de Filosofía del Derecho, Doxa**, v. 29, 2006, p. 485-486.

²⁴ O autor não usa no geral a expressão *easy case*, mas sim *casos claros*. Cf. MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law**. [S.l.: s.n]. 2005. p. 71-72.

²⁵ Entre as obras de MacCormick, esta será a mais explorada pela tese.

²⁶ É interessante identificar que em **Institutions of Law** MacCormick apresenta a sistematização completa de seu pensamento neoinstitucionalista; no entanto, já era possível identificar as matrizes desse pensamento desde o artigo *Law as a Institutional Fact*, publicado ainda em 1973.

MacCormick que acompanhou seus escritos finais até seu falecimento em 2009, acometido por um câncer. Tenhamos uma visão panorâmica sobre o obra do autor.

Na leitura do sumário do livro *Institutions of Law*, já é possível visualizar a divisão sistemática da obra em quatro partes principais. Em um primeiro momento, é exposta a base de sua tese em três conceitos principais: *i)* norma; *ii)* instituição e *iii)* ordem. Nessa primeira parte, também é desenvolvida a diferença entre hábitos e regras sociais, ponto de extrema importância para a compreensão da epistemologia moral proposta nesta dissertação, com fundamento na moralidade social de Gaus. A parte I culmina com o conceito de Direito, compreendido pelo autor como ordem normativa institucional. Esse é o ponto central da tese de MacCormick. Toda sua contribuição para a teoria do Direito a partir de *Institutions of Law* terá como fundamento esse capítulo.

Na parte II, busca-se compreender os motivos que determinam a necessidade da vida em sociedade ser regulada por normas jurídicas. Como o Direito impõe deveres e também é permissivo em outras condutas humanas, o autor vê a necessidade de buscar compreender melhor os membros de uma determinada comunidade política – pessoas – suas relações entre si e com os objetos. Já na parte III, torna-se evidente um esforço de simbiose entre o primeiro e o segundo MacCormick. O autor reconhece a viabilidade da adoção – sob a influência de Dworkin – de uma concepção interpretativista do Direito, porém – agora sob a influência de H. L. A. Hart – também constata a necessidade de leitura jurídica por meio das lentes da filosofia analítica. Nesse parte, portanto, o autor busca compatibilizar as duas leituras narradas no intento de compreender os valores internos da razão prática do Direito.

Na quarta e última parte, MacCormick defende sua constatação da validade das normas dotadas de *injustiça* e expõe sua concepção sobre a relação Direito e Moral. Vejamos os pontos de maior importância para a tese ao menos nesse primeiro momento. A começar pelo conceito de Direito.

2.2 Ordem normativa institucional

Em MacCormick, o Direito é uma espécie de ordem normativa institucional. Nesse sentido, é preciso compreender, portanto – e essa foi a opção do autor em *Institutions of Law*²⁷ –, cada elemento de sua definição.

A sugestão usada pelo professor escocês para desenvolvimento da ideia de “*ordem normativa*”²⁸ é a formação de *filas*.²⁹ O objetivo do exemplo é trazer uma hipótese de fácil compreensão e fazer uma analogia com o Direito, que, nessa nova versão do autor, como restará claro, aproxima-se muito de uma *prática social*.

Quando estamos em uma cafeteria sem serviço de mesa, compreendemos e aplicamos a regra da *fila* sem necessidade do uso de uma autoridade formal, diz MacCormick. Após a utilização do serviço, dirigimo-nos à fila de pagamento e, espontaneamente, ao compreendermos aquele padrão de conduta como a prática social devida naquela ocasião – adotamos a postura de aguardar nossa vez de pagar de forma a ocuparmos nosso lugar. Veja que não cumprimos a regra em razão do *conteúdo* que ela oferece, mas porque *convergimos* na prática social daquela conduta. E mais – acrescentamos –, caso o gerente do estabelecimento empresarial seja provocado a justificar publicamente o uso da regra social da fila, será possível até discordarmos das razões eventualmente trazidas por ele para formá-la, mas certamente aceitaríamos a justificação para aplicação da regra, pois seriam razões que *poderíamos aceitar*, mesmo que não concordemos subjetivamente, pois fundamentam o nosso comportamento convergente³⁰.

A hipótese do acesso prioritário por pessoas portadoras de necessidades especiais é um bom exemplo para refletir sobre a regra social da fila. É possível até não anuir com essa prioridade, mas a tendência desse exemplo de normatividade é que todos convirjam no resultado de permitir que pessoas com mais de sessenta anos sejam privilegiadas na espera³¹.

²⁷ MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press. p. 285.

²⁸ Idem, p. 14 e ss.

²⁹ O exemplo original de MacCormick é a *fila de ônibus*.

³⁰ Aqui alertamos que MacCormick ainda não discute o exemplo em um contexto de ordem jurídica. O autor pretende frisar a possibilidade de uma normatividade fora do Direito – na verdade, anterior ao sistema jurídico – apresentando-se o Direito apenas como uma espécie de ordem normativa, a não guardar imediata dependência ou correlação necessária com outras ordens. Há outras ordens normativas, diria MacCormick, não apenas o Direito, Cf. MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007.p. 18.

³¹ É claro que a aceitação de critérios de discriminação positiva na fila depende também de circunstâncias específicas de determinados contextos sociais. Uma fila para a utilização de um serviço público no Japão terá características distintas de uma fila utilizada no mesmo serviço público na Índia, por exemplo. Ver:

No entanto, não é mais adequado afirmar o caminho da prática para esse sentido permissivo sempre, de forma apriorística. Há contextos sociais em que mesmo pessoas em estado de vulnerabilidade não terão prioridades na fila.

Essa constatação é evidente, porque fila é uma prática *interpretativa*.³² Sendo assim, configura-se um reducionismo definir aprioristicamente um padrão conjuntural de ação para prática de uma regra social. Para usar a linguagem positivista, a fila não é uma prática *convencional*. Esta se desenvolve de maneira interpretativa, sendo a regra composta pelo debate entre participantes (usuários) que compartilham da existência da prática.³³

Nesse momento, MacCormick introduz outro elemento do conceito de Direito: a ideia de *institucionalização* da prática normativa, característica peculiar da espécie de ordem normativa chamada Direito. Uma vez que regras sociais – tal como o exemplo da fila – são institucionalizadas pelo ordenamento jurídico, elas podem, por meio do Direito, migrar da normatividade informal para a normatividade formal.

Há diversas vantagens funcionais na institucionalização de regras sociais. No caso da *fila*, haverá a possibilidade de utilização de um *coreógrafo* para dirimir desavenças e proteger os bens jurídicos envolvidos e/ou ainda legitimar o uso da coação caso seja necessário para eliminar eventual conflito. Poderá ainda o coreógrafo explicitar e justificar publicamente a regra social em jogo, no intuito de que sejam evitadas dúvidas capazes de gerar desequilíbrio ao desenvolvimento da prática.

Nessa senda, MacCormick avança e estratifica didaticamente dois níveis de regras sociais para melhor compreensão do elemento institucionalização. Esse é um ponto pertinente, pois representa uma ruptura parcial com Hart. Em um primeiro nível, é possível identificar uma realidade prática em cumprir a regra social em uma ordem normativa, sem uma autoridade formal. Apenas os próprios agentes se autoorganizam e realizam a prática. Já um segundo nível identifica-se quando é eleito um *terceiro* para solucionar eventuais conflitos com características de autoridade, a permitir uma maior eficiência de controle do cumprimento. E é justamente esse último nível que representa o elemento institucionalização. Em outras palavras, a institucionalização corresponde à passagem do primeiro para o segundo nível da regra social.

MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007.p. 17.

³² O autor reconhece a influência de Dworkin nesse ponto. Cf. MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007.p. 15.

³³ MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007.p. 16.

Para o autor, no caso da ordem normativa chamada Direito a institucionalização da regra social é um elemento imprescindível para o seu regular funcionamento, uma vez que a prática jurídica revela a imensidão de desacordos existentes na sociedade que precisam ser conformados por meio de instituições democráticas.

Nessa linha de raciocínio, evidencia-se o mais recente entendimento de MacCormick com relação à compreensão do fenômeno jurídico. O Estado Democrático de Direito, então, apresenta-se para o autor como um exemplo de ordem normativa institucional, obviamente constituída de inúmeras peculiaridades que exigem do intérprete preparo e cuidado para realizar uma interpretação de normas dotada de segurança jurídica, pois a complexidade é uma característica marcante dessa ordem.

Nessa mesma linha de pensamento, ainda é assim possível associar o neoinstitucionalismo de MacCormick como uma Teoria do Direito voltada à *racionalidade prática*. As instituições que aplicam o Direito devem invariavelmente sua gênese a ações humanas que as originaram. Sendo assim, as instituições democráticas – como a Suprema Corte, por exemplo – devem ser compreendidas dentro das fronteiras da própria razão prática. Os bens são escassos, os desacordos são múltiplos e cada vez mais crescentes na sociedade contemporânea, logo, a formação de instituições no Direito é um dado necessário. Nesse item, já é possível avançar.

Se o raciocínio de MacCormick estiver correto, urge a necessidade de investigar os *starts* normativos que explicaram a formação das instituições. Sobre essa ótica torna-se de suma importância, na perspectiva institucionalista, compreender a origem normativa de cada fato institucional, pois a fuga desse entendimento pode trazer uma neblina sobre o real propósito justificativo da existência normativa do fato.

No que concerne à formação de Estados contemporâneos, o autor destaca um marco normativo comum nessas ordens normativas institucionais. Trata-se da Constituição da República. A Carta Magna se mostra como uma ferramenta de formalização das instituições democráticas – tais como os poderes da República – para o desempenho da divisão de funções preestabelecidas e assumidas pelos agentes do Estado³⁴.

Em conclusão, é possível retirar algumas lições da sugestão do autor escocês.

Uma comunidade política é composta individualmente por seres humanos dotados de capacidade para seguir regras sociais. Sociedades mais cooperativas tendem a seguir mais as regras advindas da normatividade social. Essa ação humana – de cooperar para o

³⁴Idem, p. 45.

cumprimento de regras sociais – tem a capacidade de trazer mais paz social e segurança nas relações sociais, ou seja, *ordem*. Essa normatividade precede o Direito, assim como a aceitação do padrão normativo pelos usuários das normas também. Assim sendo, o ordenamento jurídico – para ser compreendido dessa forma – *deve* ter suas práticas reconhecidas pelos destinatários.

A partir da compreensão do conceito de Direito de MacCormick e a ideia de que a institucionalização de uma regra social é um fenômeno típico no Direito, avançaremos nas distinções conceituais feitas entre regras sociais e hábitos de convergência, ponto fundamental para alinhar nossa proposta com a doutrina de Gaus. Iniciemos por Hart.

2. 3 Problemática entre hábitos e regras sociais

A distinção entre hábitos de convergência e regras sociais é um ponto central na obra de Hart. A partir desse estudo sobre a descrição do instituto da regra social, Hart desenvolve a premissa para desconstrução da tese de Austin³⁵. Vejamos.

Hart descreve uma distinção não apontada por Austin. Trata-se da diferenciação entre regras sociais e hábitos de *convergência*³⁶. Hart reconhece a existência de práticas convergentes realizada por grupos sociais em determinada comunidade política e a regularidade desse comportamento. Um grupo de amigos, por exemplo, pode convergir em posturas como frequentar um bar no mesmo local, horário e dia da semana, mas isso é incapaz de gerar uma regra social em Hart.³⁷

Em primeiro lugar, identifica-se nos hábitos de convergência uma desnecessidade de existência de críticas nos desvios de conduta. Se por acaso um dos frequentadores do bar não comparecer em um determinado dia, não necessariamente haverá censuras por parte de outros indivíduos praticantes daquela atividade social, pois se trata de uma mera convergência comportamental de fato³⁸. Nesse exemplo, para Hart, não se configura uma regra dotada de autoridade para impor um cumprimento desse *fazer*; o que há é um mero hábito, chamado de *hábito social de convergência*.

³⁵ Hart assume o compromisso já nos primeiros capítulos da obra **O conceito de Direito** de desconstruir a tese de Austin e dedica boa parte de sua obra a argumentar por essa desconstrução.

³⁶ Hart é enfático em ressaltar a importância da distinção entre esses dois conceitos para melhor compreensão do Direito. Ver: HART, Herbert L.A. **O conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.p. 16.

³⁷Idem, p. 14.

³⁸Idem, p. 64.

No entanto, Hart também reconhece a existência de comportamentos sociais dotados de exigibilidade; essa hipótese é nominada pelo autor de *regra social*. Trata-se de uma categoria de fato social mais complexa, composta por mais elementos. Nesse caso, observam-se sanções advindas dos outros membros do mesmo grupo com relação à anormalidade de condutas realizadas. Um exemplo fornecido pelo próprio autor ajuda na distinção entre as duas hipóteses, no qual Hart narra, respectivamente, um exemplo de hábito de convergência e outro de regra social, *in verbis*:

*Não há [...] qualquer regra, nem é verdade, que todas as pessoas tenham de ou tenham o dever de ou devam ir ao cinema todas as semanas: só é verdade que há um hábito regular de ir ao cinema todas as semanas. Mas há uma regra a estabelecer que os homens devam descobrir a cabeça na igreja.*³⁹

Apenas esse último exemplo – de que os homens devam descobrir a cabeça na igreja – consiste em uma regra social para Hart e apenas essa norma é dotada de autoridade; hábitos convergentes, não. Nessa linha de intelecção, Hart se afasta mais ainda de Austin, pois defende a noção de regra como central na descrição do Direito, ao contrário de Austin, que reduzia o Direito apenas a um fenômeno desprovido de normatividade, refém de algumas formas de comando baseado em hábitos sociais.⁴⁰

Destarte, Hart aponta ainda dois aspectos de uma regra: um externo e outro interno. O primeiro aspecto é identificado pela regularidade do comportamento. Nos dois exemplos dados por Hart, é possível apontar uma reprodução de comportamentos, seja na ida ao cinema ou na postura respeitosa na igreja. Esse aspecto é o externo: um fato existente no mundo capaz de ser identificado. Esse *fato bruto* é incapaz de isoladamente diferenciar os dois conceitos, pois a uniformidade de comportamento é comum tanto aos hábitos de convergência assim quanto nas regras sociais⁴¹. No entanto, é possível explicar fenômenos sociais por meio apenas de uma perspectiva externa ao fato; muitas vezes, é até extremamente útil para a ciência essa leitura. É iterativa na sociologia o uso dessa análise e, por meio dessa observação externa, cientistas sociais fazem prognósticos, analisam causa e efeito, e prospectam

³⁹Idem, p. 14.

⁴⁰Idem, p. 23: na leitura de MacCormick, “Que a teoria do direito de John Austin é moldada em termos de tal visão externa é central para a crítica de Hart a ela. Enquanto Austin define ‘soberanos’ em termos do hábito dos sujeitos de obediência a eles, e define as leis como comandos dos soberanos, Hart insiste que o que deve estar em operação é mais do que um mero hábito de obediência (regularidade estatística do comportamento obediente)”. Cf. MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 62.

⁴¹Idem, p. 64.

determinados resultados a serem alcançados. Porém, em determinados segmentos científicos – tais como o Direito – isso é insuficiente.⁴²

Nesse sentido, há necessidade, para melhor compreensão do Direito, de outro aspecto das normas: trata-se da perspectiva interna, advinda dos destinatários.

Esse aspecto interno é uma característica exclusiva das regras sociais. Trata-se de uma dimensão crítica da norma. Não se exige em um hábito que os indivíduos reflitam *criticamente* sobre o comportamento se, por exemplo, a maioria dos membros da comunidade vai cumprir ou não a regra social, pois em um hábito de convergência basta que cada um isoladamente exerça sua conduta. Já nas regras sociais, a consciência de um molde comportamental para o grupo é imprescindível em Hart. Os membros do grupo – ou boa parte deles – tem consciência que estão a atuar em um padrão de conduta cuja relevância é medida também coletivamente.⁴³ Enfim, a regra social exige uma postura crítico-reflexiva na leitura hartiana.

O clássico exemplo de Hart para ilustrar a perspectiva interna dos destinatários da norma é o jogo de xadrez⁴⁴. Os jogadores de xadrez sabem quais as regras para movimentar as pedras ou ao menos se espera isso deles para o andamento regular da partida. Isto é, as jogadas feitas pelo participantes são coordenadas pelas regras do jogo. Cada participante tem uma “*opinião formada*”⁴⁵ sobre a jogada; não se trata de um comportamento isolado, é presente a certeza do padrão de jogo estipulado para qualquer jogador. O mesmo modelo para todos. Esse entendimento – sobre as regras de como se jogar – é evidenciado quando na própria irresignação contra o oponente na hipótese de esse tentar *trapacear* e movimentar de forma distinta as peças.

Enfim, após essa breve exposição já é possível extrair alguns questionamentos do projeto hartiano na descrição de regras sociais.

As *razões* são relevantes nessa compreensão de regras. Quando cumprimos uma regra social, não o fazemos apenas por uma perspectiva externa de realização mecânica da conduta. A perspectiva interna da regra social expõe a própria razão (justificação) para o cumprimento da regra. Se questionados sobre o porquê da regra da fila de ônibus, a racionalidade da justificação pública emanada pelo agente é a própria “*razão do nosso comportamento*”

⁴² MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do Direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.p. 123.

⁴³ HART, Herbert L.A. **O conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 65.

⁴⁴Idem, p. 66.

⁴⁵Idem, p. 66.

⁴⁶.Sempre haverá a existência de *intrusos* que descumprirão a regra social da fila, por exemplo, mas a observância da aplicabilidade por meio da tradição social nos demonstra que não é *provável* que aconteça. É a própria existência concreta da regra da fila – ou de qualquer outra regra social – que forma a razão para o transeunte permanecer na fila do ônibus aguardando sua vez e, se uma vez indagado sobre a sua postura, irá justificá-la publicamente com a existência da regra.⁴⁷ Ou seja – diria MacCormick –, o entendimento de uma regra não significa o *consenso* com relação às suas razões; eu posso valorar moralmente de forma negativa uma regra social, tendo como consequência o seu cumprimento ou não, mas para essa postura já reconheci – de forma pretérita – a sua existência.⁴⁸

Após a exposição das ideias de Hart sobre as regras sociais, enfrente-se as críticas de MacCormick na temática.

Esse filósofo do Direito escocês reconhece a importância da classificação entre regras sociais e hábitos de convergência em Hart; no entanto, pontua fortes críticas. Objetivamente serão abordadas duas delas: *i)* o menosprezo de Hart à força normativa dos hábitos de convergência e; *ii)* o equívoco do professor inglês em afirmar que o cumprimento de regras sociais pelos usuários demanda uma postura “*crítico-reflexiva*.”⁴⁹ Vejamos.

É um erro em MacCormick apontar distinções entre regras sociais e hábitos *fora* da leitura interna dos destinatários das normas. Há diferenças, diria MacCormick, mas elas devem ser analisadas *na* perspectiva interna, pois o valor atribuído a um hábito é empregado pelos usuários das normas. São os próprios destinatários que irão avaliar o hábito ou a regra, não sendo válida a atribuição apriorística do valor à prática. O desrespeito à regra social da fila de carros pode incomodar os destinatários; no entanto, uma manifestação pública em uma estrada responsável pelo atraso de um motorista pode ser muito mais prejudicial a esse usuário do que a violação à regra. Em outras palavras, MacCormick pretende destacar a

⁴⁶ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do Direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.p. 121.

⁴⁷Idem, p. 122.

⁴⁸ Nessas bases, sustentamos que o jurista deve compreender de que maneira no cotidiano do *mundo vivido* a sociedade se vincula moralmente às normas jurídicas, mesmo não anuindo necessariamente com a prática. É pertinente para o Direito uma compreensão mensurável das práticas sociais. Deve ser possível buscar algum sentido moral objetivamente constatado em uma comunidade política no intuito de compreender quais as *razões morais compartilhadas* que permitem a aplicação do *Direito*, sem que haja fuga da experiência compartilhada em sociedade. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do Direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.p. 125-126.

⁴⁹ HART, Herbert L.A. **O conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.p. 66.

importância das regras sociais para construção de uma ideia de ordem institucional, mas alerta para a igual importância dos hábitos para a mesma compreensão.⁵⁰

A suposta postura crítico-reflexiva dos agentes também – como já afirmado – foi alvo de críticas por MacCormick. Muitos indivíduos iterativamente repetem hábitos diários sem qualquer socorro de postura crítica. Até aqui, não há ruídos com Hart, visto que o professor inglês não atribui aos hábitos de convergência a postura reflexiva, mas apenas as regras sociais. No entanto, para MacCormick mesmo nas regras sociais a postura crítico-reflexiva descrita por Hart é uma situação idealizada, superdimensionada. Vejamos.

O uso de cartões de crédito, por exemplo. Usuários utilizam o instrumento de crédito, mas não têm conhecimento de muitas normas jurídicas aplicáveis ao contrato; aliás, essa é uma característica dos contratos civis de adesão: o público em geral desconhece suas cláusulas apesar de terem contratualizado o serviço. Não se sabe ao certo o valor das alíquotas de juros bancários em caso de inadimplência, mas o cidadão tem uma noção sobre seus gastos, sem contudo, repita-se, ter o completo domínio cognitivo das regras vigentes na relação jurídica.

Sendo assim, um questionamento válido é saber como a sistemática das relações jurídicas desses contratos subsiste, mesmo diante da experiência comum apontar que as pessoas desconhecem muitas regras. MacCormick é incisivo na resposta, ao afirmar que o sustentáculo dessa relação de crédito é “*a ausência de pensamento sobre regras, não a presença de pensamento sobre regras*”⁵¹.

O sistema funciona então pelo conjunto de hábitos exercidos pelos usuários, tais como: conhecer a senha do seu cartão, ter uma razoável noção de administração de suas dívidas bancárias, pagar mensalmente a fatura por meio do banco etc. Os hábitos nessa compreensão de MacCormick – a acompanhar uma variante de Aristóteles⁵² – devem ser

⁵⁰ Nas palavras do autor, “As regras são importantes para nós, mas os hábitos também são importantes para nós, e os hábitos de uma pessoa podem ser uma razão para fazer as coisas tanto quanto as regras. Portanto, há muitos pontos importantes a serem feitos sobre o ponto de vista interno, mas apenas tratá-lo como uma marca de diferença entre regras e hábitos não é o maneira certa de levar isso adiante”. Ver: MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007.p. 63.

⁵¹ MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007.p. 67.

⁵² A influência aristotélica nesse ponto, visto que na doutrina de Aristóteles – por MacCormick – encontra-se virtude no hábito e este pode ser difundido por meio de cultura e da educação. Os seres humanos possuem a capacidade inerente à sua condição de aprender práticas virtuosas e aplicá-las no dia a dia. Ver: MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press. p. 63-65.

reavaliados no Direito, posto que a virtude pode ser evidenciada no hábito, e não na postura reflexiva⁵³.

Nesse sentido, em conclusão parcial a doutrina de MacCormick convida a comunidade acadêmica a pensar mais as regras sociais pela perspectiva interna dos destinatários, sem olvidar a importância dos hábitos, a constituir esse passo um avanço pós-Hart.

Após a exposição das ideias basilares da doutrina de MacCormick, fundamento da tese no Direito, é chegado o momento de avançar.

Passemos a experimentar a viabilidade de uma interface entre o desenvolvimento judicial do Direito – sobretudo com o marco teórico em MacCormick – com o instituto conhecido na filosofia política como *razão pública*.

⁵³ MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007.p. 63.

Capítulo 3 – Construindo uma interface : Razão Pública e Direito

A diversidade de *modus vivendi* existentes nas comunidades políticas contemporâneas desafia a construção de um modelo de justificação pública que se acomode a essa realidade. A fragmentariedade do homem atual, a diversidade extrema de concepções de *vida boa* exige da comunidade política uma postura de conformidade com essa multiplicidade de escolhas, sob pena de não atingir-se uma estabilidade e paz sociais necessárias para uma vida comum em sociedade.

A constatação do *fato do pluralismo* evidente nas sociedades ocidentais reflete não só uma tensão entre as diversas concepções de vida existentes na política e na moral como denota também – o que para nós é de suma importância – o reflexo da divergência no Direito.

Assim, em razão da tradicional inafastabilidade da Jurisdição, o Poder Judiciário é convidado a decidir – o que não significa apaziguar – desacordos morais. São comuns hoje decisões sobre casamento homoafetivo, autorização de aborto, bioética, ensino religioso obrigatório, entre diversos outros exemplos. Diante disso, em algumas sociedades – principalmente nas de países de *modernidade tardia* como o Brasil – Cortes Supremas vêm ocupando um espaço de protagonismo que apenas aguça a necessidade de melhor investigação dos contornos dessa complexa problemática atual.

Enfim, o tema é amplo e conduz a diversas reflexões e questionamentos de ordem teórica e dogmática. Dessa forma, no intuito de necessidade de otimização da investigação, nosso recorte busca compreensão de qual a melhor receita de justificação judicial na Jurisdição Constitucional ao se deparar com o julgamento desses *hard cases*. Essa investigação é pertinente, pois é iterativa a aplicação de princípios constitucionais abertos – tais como dignidade humana, liberdade e igualdade – no julgamento de desacordos morais pelo Judiciário, apresentando-se como um formato de inclusão de distintas concepções de bem, subjetivamente alocadas em decisões judiciais sob a roupagem de um discurso jurídico apenas formalmente legítimo⁵⁴. Em outras palavras, em muitos casos difíceis analisados pela Jurisdição Constitucional conceitos jurídicos abertos tornam-se canais de escoamento de formulações prescritivas subjetivamente aferidas pelos magistrados sem respaldo em sentidos partilhados na comunidade política.

⁵⁴ COUTINHO, Luis Pedro Dias Pereira. O facto do pluralismo e a fiscalização judicial de constitucionalidade. In: Paulo Adragão (Coord.), **Atlas do colóquio Luso-Italiano sobre liberdade religiosa**. Coimbra: Almedina, 2014.p. 71.

Na filosofia política, há uma tradição de pensamento que pensa o ato de justificar publicamente opiniões decorrentes de desacordos substanciais colhidos no dia a dia das sociedades contemporâneas; trata-se da *razão pública*. Sistematizar os principais argumentos dessa tradição e transportá-los para o desenvolvimento judicial do Direito foi uma das maiores preocupações de John Rawls e de seus seguidores. Vejamos.

3.1 –Justificação e Razão: ideias preliminares

O leitor irá observar ao longo do texto um aporte intenso na filosofia política. Essa opção metodológica merece uma explicação. Em primeiro lugar, constata-se que tradicionalmente o ensino jurídico nas universidades brasileiras – quiçá em outros países da mesma forma – se desinteressa pelo estudo da teoria política e pela história do pensamento político⁵⁵, a centralizar o objeto de investigação e de aprendizado na – e quando muito – Teoria do Direito. Acenamos em um movimento contrário.

O estudo da filosofia política e moral é, em primeiro lugar, um reconhecimento de que a dificuldade dos desacordos morais não harmonizáveis na alta modernidade é um problema de natureza filosófica, no qual o isolamento da problematização apenas por meio do Direito pode não buscar uma solução satisfatória. Não há como fugir de uma interdisciplinaridade⁵⁶ nesse ponto. Assim, justifica-se que a busca de subsídios fora do Direito pretende investigar as bases para a construção de uma adequada interpretação de princípios jurídicos abertos positivamente descritos em uma Carta Constitucional.

Uma segunda razão é de natureza evidencial. Desde a reação à jurisprudência da “Era Lockner”⁵⁷ nos Estados Unidos, vários são os discursos concorrentes na atualidade para a concretização de princípios constitucionais abertos. A tradição da filosofia política ocidental esteve – e ainda persiste – debruçada na questão central decorrente da harmonização de

⁵⁵ Esse desinteresse também é narrado por DYZENHAUS. Cf. DYZENHAUS, David. Hobbes on the Authority of Law. In: Dyzenhaus, D.; Poole, T. Eds. **Hobbes and the Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.p. 187.

⁵⁶ Se formos seguir o argumento de Dworkin, não há nem propriamente que se falar em interdisciplinaridade na busca de soluções na filosofia política, pois a filosofia do Direito constitui um departamento da filosofia política. Ver: DWORKIN, Ronald. Rawls and the Law. **Fordham Law Review**, v. 72, p. 1387, 2004.

⁵⁷ “Era Lochner” é como ficou conhecido um momento histórico vivido pela Suprema Corte Norte-Americana no início do século XX, mais precisamente após o caso “Lochner vs. New York”, em 1905, em que predominou o subjetivismo judicial exteriorizado pela inserção da doutrina do liberalismo político na interpretação do princípio do devido processo legal. No caso, uma lei estadual de Nova York determinava um limite de horas para a jornada de trabalho de empregados em um estabelecimento comercial. A Corte entendeu pela inconstitucionalidade da imposição, haja vista que a referida fixação de carga horária fere a liberdade de contratar garantida pelo princípio aberto do devido processo legal. Foi nesse cenário que diversos doutrinadores dispararam críticas sobre essa metodologia de interpretação exercida pela Corte Americana.

desacordos morais nas comunidades políticas. Busca-se uma compreensão ou metodologia para atingir a tão desejada estabilidade social apesar do fato do pluralismo. A razão pública, inclusive, apresenta-se como uma das propostas para essa questão.⁵⁸

O que nos importa é que o discurso jurídico predominante na atualidade não foge a essa lógica. A tese de integridade⁵⁹ do direito de Dworkin, por exemplo, parte de uma observância concreta de que a solução para resolução de desacordos não harmonizáveis decorre – assim como nas teorias de soberania popular – de alguma prática, no caso de Dworkin da prática do Direito, a buscar uma solução pretensamente estável na definição judicial de direitos⁶⁰. É a partir dessa leitura que se autoriza a investigação da razão pública, pois a problemática da teoria política moderna e da Teoria do Direito é a mesma: solução para desacordos não harmonizáveis. É óbvio que há diversos obstáculos dogmáticos e epistemológicos para o transporte de teorias políticas para o desenvolvimento judicial do Direito; a investigação não fugirá deles. No entanto, a pertinência da temática para o Direito já nos parece justificada.

Após a explicação da importância do tema para o Direito, inicie-se o panorama atual do debate sobre a razão pública no cenário acadêmico.

3.2 Panorama atual do debate

Um dos debates mais intensos na filosofia contemporânea, mormente nas universidades norte-americanas, é sobre a melhor compreensão da razão e justificação públicas. Assim, antes do desenvolvimento do assunto é importante apresentar ao leitor uma visão sistemática da discussão com o objetivo de expor os conceitos básicos e divergências gerais sobre o tema de pouca familiaridade no universo jurídico. Essa constatação deve ser lida com cautelas. Apesar de ser uma temática pouco explorada pela teoria do Direito, a ideia de “razão pública” – como se observará ao longo da investigação – é de forma iterativa invocada como ferramenta de concretização de princípios constitucionais no Direito sem as devidas cautelas teóricas.

⁵⁸ VALLIER, Kevin. Convergence and Consensus in Public Reason. *Public Affairs Quarterly*, v. 25, n. 4, 2011.

⁵⁹ O livro: **O império do Direito**, de autoria de Ronald Dworkin, é o livro no qual o autor expõe com maior profundidade sua tese de integridade do direito. Essa tese é diagnosticada como a obra jurídica com o maior número de citações em textos científicos no mundo.

⁶⁰ COUTINHO, Luís Pereira. The Practice-Independency of Human Rights. **Conferência Human Rights and the Controversy about the Nature of Law**. Org. Prof. Doutor Mart Tutsi, Universidade de Tallinn, Estônia, 9 e 10 de fevereiro de 2017.p.1-2.

Em primeiro lugar, cabe uma distinção conceitual. Diversos são os sentidos atribuídos à expressão “razão pública”, porém eles não são imediatamente coincidentes com a expressão “justificação pública”. Esta abrange aquela. A justificação pública busca fundamentar o uso do poder de coerção exercido por meio do Estado, isto é, há lei para todos, mas alguns acadêmicos exigem *razões* para todos também. Temos razão pública se a justificação do uso do poder pelo Estado for fundamentado por meio de um acordo deliberativo (Rawls) ou, ainda, exemplificadamente, em um procedimento discursivo (Habermas).

Entretanto, é possível aventar hipóteses de justificação pública fora desses padrões, como é o caso, por exemplo, da teoria da convergência, a seguir narrada. Nessa linha de raciocínio, a noção de razão pública é mais restrita do que a lógica da justificação, não se apresentando, portanto, como excludentes. Nas palavras de Vallier e Agostino: “[...] a justificação pública é o gênero e a razão pública a espécie”⁶¹.

Pois bem. Há dois principais grupos de acadêmicos que se manifestam na temática. É possível classificá-los inicialmente entre os simpáticos ao ideal de justificação pública e os céticos com relação a essa proposta.

Preliminarmente, os defensores da justificação. Essa primeira família de acadêmicos sustenta a necessidade de justificação perante o público de atividades específicas do Estado, ainda mais no caso de poder coativo e político.⁶² Esses autores – de um modo geral diante do fato do pluralismo – assumem que a melhor postura do Estado é atuar por meio de um modelo de “razão pública” cujas razões sejam objeto de justificação para todos os indivíduos presentes na comunidade política⁶³. No ambiente acadêmico, esse grupo de autores é comumente denominado “*liberais da razão pública*”.⁶⁴

Entre os *liberais da razão pública*, há diversas formas de compreensão e abordagens distintas a partir de pressupostos teóricos muitas vezes divergentes entre si.

⁶¹ VALLIER, Kevin and D’AGOSTINO, Fred. Public Justification. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Spring 2014 Edition), Edward. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/justification-public/>>. p.1. Acesso em: 10/09/2017.

⁶² Idem, p.1.

⁶³ MANG, Franz. Public Reason Can Be Reasonably Rejected In Social Theory and Practice, [S.l.: s.n.], p. 1, abril de 2017.

⁶⁴ VALLIER, Kevin and D’AGOSTINO, Fred. Public Justification. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Spring 2014 Edition), Edward. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/justification-public/>>. p. 1. Acesso em: 10/09/2017.

Kevin Vallier e Fred D'Agostino identificam quatro grupos de liberais da razão pública e seus respectivos precursores de maior notoriedade. São as vertentes: *i*) discursiva (Habermas); *ii*) universalizante (John Rawls); *iii*) evolucionista (Gerald Gaus) e *iv*) da barganha (David Gauthier).⁶⁵

Para os liberais da razão pública discursiva, sobretudo Habermas, a razão prática é desenvolvida a partir de um discurso. As opiniões são dinâmicas e, por meio de um lugar ideal da fala, o autor insiste em afirmar a possibilidade de se atingir um consenso racional.⁶⁶

O segundo grupo, chamado universalizante, é composto pelos autores afinados com a matriz desenvolvida por John Rawls⁶⁷. Trata-se do modelo de razão pública de matriz *consensual*⁶⁸. Em Rawls, a problemática da justificação é resolvida pela escolha dos princípios de justiça eleitos pelas partes na posição original e distribuídos por todos os membros da sociedade. Em palavras diretas, a extrema dificuldade de justificação é resolvida mediante um viés deliberativo firmado a partir do véu da ignorância⁶⁹.

Entre os autores de matriz rawlsiana, há divergências. A principal controvérsia interna entre os autores dessa corrente de pensamento diz respeito à justificação da coação estatal. Para Rawls, o uso da coação pelo Estado nem sempre necessita de justificação. Esta se torna obrigatória apenas quando o caso concreto tiver como objeto as questões básicas de justiça ou as questões constitucionais essenciais⁷⁰. O principal seguidor da razão pública universalizante na atualidade é Jonathan Quong. O autor norte-americano abre uma divergência com Rawls

⁶⁵ Idem, p. 7.

⁶⁶ VALLIER, Kevin and D'AGOSTINO, Fred. Public Justification. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Spring 2014 Edition), Edward. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/justification-public/>>. p. 8. Acesso em: 10/09/2017.

⁶⁷ RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000. A construção rawlsiana da razão pública não se atém unicamente a essa obra; trata-se de uma evolução do pensamento do autor desde a publicação da *Teoria da Justiça*, como ficará claro no capítulo I.

⁶⁸ JONATHAN QUONG desenvolve inicialmente a ideia na obra QUONG, Jonathan. **Liberalism Without Perfection**. Oxford: Oxford University Press, 2011. No Brasil, a utilização dessa matriz na Jurisdição Constitucional é defendida por Claudio de Souza Neto, em SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.p. 178-189; DANIEL SARMENTO, em SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.328-330; LUÍS ROBERTO BARROSO, em BARROSO, Luís Roberto. Here, there and everywhere: human dignity in contemporary law and in the transnational discourse. **Boston College International and Comparative Law Review**, v. 35, n. 2, p. 331-393.(texto integral 331-393). O estudo mais detalhado da matriz consensual será feito no capítulo II.

⁶⁹ VALLIER, Kevin and D'AGOSTINO, Fred. Public Justification. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Spring 2014 Edition), Edward. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/justification-public/>>. p. 8. Acesso em: 10/09/2017.

⁷⁰ MANG, Franz. Public Reason Can Be Reasonably Rejected In Social Theory and Practice, [S.l.: s.n.], p. 1, abril de 2017.

nesse ponto a exigir a necessidade de justificação pública de *qualquer* ação estatal, estando ou não em causa o uso da coação⁷¹.

O terceiro grupo são os evolucionistas. São autores que se afinam com a chamada teoria da convergência, cuja paternidade é atribuída a Gerald Gaus⁷². Este pensador tem uma vantagem histórica com relação aos demais. Sua doutrina é mais recente, de maneira a possibilitar a construção de uma tese a partir dos problemas deixados pelos outros três grupos. A teoria da convergência, com adesão hodierna de investigadores norte-americanos⁷³, assim como de diversos outros países⁷⁴, esforça-se em manter viva a ideia de justificação pública, porém com uma premissa distinta das outras já apresentadas e antitéticas a elas. A convergência, em palavras simples, compreende que uma justificação pública pode ser atingida mesmo que os membros da comunidade não endossem as razões expostas pelos seus semelhantes. Ou seja – ao contrário do que defende RAWLS –, é reconhecida a possibilidade de uma justificação pública mesmo sem imediato compartilhamento de razões *entre* cada indivíduo, mas sim entre os indivíduos e o resultado.⁷⁵

As três vertentes apontadas seguem variantes de *razões práticas* distintas desta quarta, que se revela como uma leitura prudencial da razão pública⁷⁶.

Esse quarto grupo adota a teoria da barganha e possui David Gauthier como seu maior expoente⁷⁷. O autor segue uma linha neo-hobbesiana a sustentar o atingimento de uma

⁷¹Ibidem.

⁷² A obra referência do autor sobre o tema é GAUS, Gerald. **The Order of Public Reason: A Theory of Freedom and Morality in a Diverse and Bounded World**. Londres: Cambridge University Press, 2011.

⁷³ Por todos VALLIER, Kevin. Convergence and Consensus in Public Reason. **Public Affairs Quarterly**, v. 25, n. 4, p. 261, 2011.

⁷⁴ Pelo autor inglês, Convergence liberalism and the problem of disagreement concerning public justification. **Canadian Journal of Philosophy**, n. 47, p. 541-564, 2017.p. 541-564; pelo croata BACCARINI, Elvio. **Public Reason**. “The Consensus and the Convergence View”. [S.l.: s.n.: s.d.]; pelo coreano CHUNG, Hun. The instability of John Rawls’s stability for the right reasons. **Episteme**, p. 1-17, 2017, a investigação aponta que o primeiro artigo em língua portuguesa a refletir – assumidamente – sobre a utilização da teoria da convergência como um método de justificação pública na Jurisdição Constitucional, sem adesão imediata do autor a essa linha de raciocínio é de autoria de Luís Pereira Coutinho. Ver: COUTINHO, Luís Pereira. Jurisdição Constitucional e Justificação Pública. **II Jornada de Metodologia Jurídica – Desenvolvimento Judicial do Direito**. Org. Prof. Doutor José Lamego, Centro de Investigação de Direito Privado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 6 de outubro de 2016.

⁷⁵ Na síntese de BILLINGHAN, “Os liberais da convergência sustentam que a justificação pública pode ser alcançada por meio de leis que se justificam a diferentes cidadãos por razões diferentes, incluindo razões enraizadas em doutrinas abrangentes, ao invés de exigir justificação utilizando um conjunto particular de ‘razões públicas’ compartilhadas ou acessíveis a todos os cidadãos razoáveis”. Cf. BILLINGHAN, Paul. Convergence liberalism and the problem of disagreement concerning public justification. **Canadian Journal of Philosophy**, n. 47, p. 541-564, 2017; a teoria de convergência será mais bem desenvolvida no capítulo III.

⁷⁶ O maior expoente dessa vertente é DAVID GAUTHIER, sobretudo em GAUTHIER, David. Public Reason. **Social Philosophy and Policy**, v. 12, p. 19-42, 1995.

⁷⁷Especialmente no artigo GAUTHIER, David. Public Reason. **Social Philosophy and Policy**, v. 12, p. 19-42, 1995.

estabilidade social por meio de um equilíbrio transacionado de razões instrumentais⁷⁸. Gauthier distingue duas capacidades da natureza humana. Uma delas compreende o *agir* conforme razões, desenvolvida por Hobbes pelo conceito de “*representações do mundo*”⁷⁹. A outra é o atributo inerente ao ser humano que se constitui em medir e refletir sobre de que modo as ações do homem se identificam com as representações postas. Esta última para Gauthier é deficiente, sempre. Por isso, a forma privada de cada indivíduo de interpretar as representações gera atritos sociais; por ser falha, pode não haver identificação.

A solução de Gauthier está em Hobbes. É o reconhecimento das falhas da racionalidade do homem que nos autoriza a nomeação do soberano para decidir os desacordos. Essa delegação, portanto, é uma necessidade da natureza humana em Gauthier. Para solucionar o fato do pluralismo, não se trata de uma mera opção superficial. A decisão do soberano, por fim, constitui a *razão pública correta*⁸⁰.

Por fim, a diagnosticar de forma mais específica o debate entre os *liberais da razão pública*, é possível dizer ainda que a principal oposição na atualidade é evidenciada entre as matrizes universalizantes e convergentes, a fomentar uma forte bipolarização da discussão nesses termos. Essa constatação justifica a opção da investigação em contraditar Rawls e Gaus.⁸¹

Há, ainda, um grupo de estudiosos céticos à justificação pública tanto na filosofia do Direito – tal como Steven Smith⁸² – quanto na filosofia política, como é o caso de Enoch⁸³, entre outros filósofos. Esses autores rejeitam qualquer compreensão de razão pública, seja de natureza discursiva, universalizante, convergente, seja da barganha.

⁷⁸ D’AGOSTINO. The possibility of Public Reason. **A Journal of Social and Political Theory**, n. 90, p. 25, 1997.

⁷⁹ GAUS, Gerald. Hobbesian-inspired Liberalism: Public Reason Out of Individual Reason. In: **Contemporary Theories of Liberalism: Public Reason as a Post-Enlightenment Project**. Sage publications: London; Thousand Oaks, New Delhi, 2003. p. 68.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Na pesquisa, será aproveitada parte da crítica feita por Habermas a Rawls, em particular no que se refere ao uso de razões religiosas no debate público, conforme restará exposto no capítulo II. Porém, a investigação não apostou em um diálogo mais intenso com a “teoria do agir comunicativo”, de Habermas, por dois motivos. Primeiro: o debate entre Habermas e Rawls já foi bem explorado no campo doutrinário – ou pelo menos mais bem explorado do que a discussão a que nos propusemos investigar; em segundo lugar, optou-se, como afirmado, pelo aporte da construção anglo-saxã, na qual a controvérsia está presente na bipolarização consenso *vs.* convergência, ou seja, Rawls *vs.* Gaus.

⁸² SMITH, Steven. **The disenchantment of secular discourse**. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2010.

⁸³ Enoch é um dos maiores críticos da matriz convergente. Cf. ENOCH, David. The Disorder of Public Reason: A Critical Study of Gerald Gaus’s The Order of Public Reason”. **Ethics** 124, p. 1-36, 2013.

Assim, feita a sistematização inicial, a investigação segue para compreender as construções teóricas mais pertinentes de razão pública, com o objetivo de fundamentar com mais solidez a nossa proposta.

Capítulo 4 – A proposta de Razão Pública por meio do consenso

4.1 Consideração preliminar

A investigação aborda como objeto central a ideia do uso público da razão no intuito de apontar a justificação pública de Gaus como base epistemológica da tese de MacCormick assim como também apresentar uma solução para a interpretação de princípios constitucionais abertos. Por esse motivo, haverá diálogo mais profundo – já nesse capítulo – com a tese desenvolvida pelo autor que mais se esforçou na compreensão do tema da razão pública: John Rawls.

Já propriamente na construção rawlsiana, optou-se por uma revisita às principais abordagens do autor, destaco três obras, problematizadas – propositadamente – em sua ordem histórica: *A teoria da Justiça*, *O Liberalismo Político* e *Razão Pública Revisitada*. A narrativa é essencial para a melhor compreensão da proposta uma vez que a construção doutrinária do autor na *Teoria* sofre uma mudança substancial no *Liberalismo Político*, com o desenvolvimento de um mecanismo para trazer uma estabilidade maior na sua proposta de concepção de Justiça: a razão pública. Por fim, em *Razão Pública Revisitada*, Rawls enfrenta algumas críticas mais importantes e aprimora sua proposta de uso público da razão.

Logo, a investigação se atenta para o fato de reconstruir o raciocínio rawlsiano até o alcance do conceito de razão pública – central na obra do autor. Dessa forma, serão trazidas as características, os detalhes e as peculiaridades da razão pública, uma vez que a Suprema Corte – para Rawls – é o principal *fórum* de exercício do uso público da razão.

4.2 Da Teoria à Razão Pública

O principal objetivo de John Rawls – ainda na década de 70 do século XX – era desconstruir o predomínio do utilitarismo até então predominante na filosofia política baseada em Jeremy Bentham⁸⁴. Desenvolve o autor, portanto, uma espécie de neocontratualismo com

⁸⁴ O autor assume esse compromisso, já no início da *Teoria*, *in verbis*: “[...] Meu objetivo é elaborar uma teoria da justiça que represente uma alternativa ao pensamento utilitarista em geral a conseqüentemente a todas suas diferentes visões”. Ver: RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. Tradução Almiro Piseta (et al.). São Paulo: Martins Fontes, 2000.p. 25. O utilitarismo pode ser compreendido para Catherine Audard como uma: “Doutrina clássica de Bentham e Mill, segundo a qual uma ação é boa se as suas consequências aumentam a felicidade do maior número de pessoas”, em RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Tradução Irene Paternot. Seleção, glossário e apresentação Catherine Audard. São Paulo: Martins Fontes, 2000.p. 382. Nesse mesmo sentido, POGGE, Tomas. **John Rawls: his life and Theory of Justice**. Tradução Michelle Kosh. Nova York: Oxford University Press, 2007.p. 29-31.

inspiração na ética kantiana e elabora uma tese em que busca critérios de justiça a serem seguidos em uma comunidade política. Nesse intento, publica uma obra em 1971 denominada *Uma Teoria da Justiça*. O livro teve imenso impacto na comunidade acadêmica, sendo traduzido em 28 idiomas diferentes, a inovar diretamente o pensamento político-filosófico não só nas universidades americanas mas também na América Latina e Ásia⁸⁵.

Na *Teoria*, o autor imagina que homens em uma *posição original*⁸⁶⁸⁷, vestidos de um *véu da ignorância*⁸⁸, irão declarar as condições para a formação da concepção de justiça sugerida na obra. Na proposição rawlsiana, a pertinência do contrato hipotético original é manter uma posição igualitária entre os partícipes da sociedade de maneira que as instituições, ao cumprirem essas premissas, aproximem-se do modelo de Justiça por equidade. Em outras palavras, há uma escolha anterior de princípios a serem seguidos pela sociedade em Rawls, posicionando-se de forma pré-constitutiva à ordem jurídica vigente.

Na hipótese do autor, os homens fundados nesse *contrato hipotético* não se recordam de suas crenças, religiões, concepções de “vida boa” ou qualquer outra informação pessoal que os retire da perspectiva de neutralidade política, considerada pelo autor essencial para alcançar a estabilidade social.⁸⁹ Apenas permanece viva em suas memórias a convocação para formarem a única concepção de justiça aplicável em uma sociedade democrática. Para o autor, a lembrança de suas perspectivas individuais desequilibraria o *Justo*⁹⁰ e não garantiria as condições mínimas para o efetivo cumprimento institucional do reconhecimento equânime de direitos fundamentais, liberdades básicas e eventuais ajustes nas disparidades sociais e econômicas. Em palavras diretas, Rawls usa a receita liberal de isolar a moralidade privada da pública para buscar um modelo de cooperação social passível de harmonização em uma sociedade civil.

⁸⁵ POGGE, Tomas **John Rawls: his life and Theory of Justice**. Tradução Michelle Kosh. Nova York: Oxford University Press, 2007.p.3.

⁸⁶ Rawls reconhece que a posição original se aproxima do estado de natureza trazido pelos contratualistas clássicos. Cf. RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. Tradução Almiro Piseta (et al.). São Paulo: Martins Fontes, 2000.p. 13; para doutrina de Bobbio, a tese de Rawls pode ser considerada “neocontratualista”, pois possui “bases contratualistas”, mas se afasta dos jusnaturalistas, tais como Locke, Rousseau e Hobbes, porque apresenta uma preocupação em construir uma Teoria sobre Justiça, ao contrário daqueles que buscaram legitimar uma teoria sobre o poder. Ver: BOBBIO Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 6. ed. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986; 1997, formato e-book. p.143.

⁸⁷ A afirmar que nesse ponto – formação da posição original – Rawls não se liberta do utilitarismo, pois os homens em sua posição original se movem ainda em um interesse utilitarista. Ver: COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A autoridade moral da Constituição: da fundamentação da validade do direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.p. 52.

⁸⁸ RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. Tradução Almiro Piseta (et al.). São Paulo: Martins Fontes, 2000.p. 146-531.

⁸⁹ Idem, p. 147-150. O tema da estabilidade em Rawls será tratado de forma mais detalhada mais à frente.

⁹⁰ Idem, p. 151.

A seguir o pensamento rawlsiano, a comunidade política agora deve se submeter ao procedimento denominado *equilíbrio reflexivo*. Trata-se de mais um conceito relevante trazido por Rawls para a Teoria Política. Vejamos as características e conceito da propositura, tendo em vista sua importância também para a filosofia do Direito.

É possível identificar três possíveis perspectivas distintas sobre uma teoria da justiça a depender do *lugar da fala* em que se situa o intérprete. A primeira é o lugar das instituições na posição original, a segunda dos indivíduos integrantes de uma sociedade bem ordenada e em terceiro lugar dos filósofos que estão a teorizar sobre a concepção política de justiça⁹¹. A experiência com o *equilíbrio reflexivo* se concretiza nesse terceiro momento. Assim, o equilíbrio reflexivo deve ser compreendido como uma análise externa à manifestação feita pelas instituições e pelos indivíduos propriamente presentes naquela comunidade. Ou seja, os princípios de justiça serão submetidos a uma crítica técnica, a fim de que sejam ajustados por esse outro olhar, agora de natureza filosófica⁹². Além disso, uma vez realizada essa terceira análise sugerida pelo autor, a comunidade política está apta a atingir definitivamente os princípios que irão formar a base da justiça por equidade, uma vez que a concepção de justiça escolhida é a mais *razoável*⁹³ para a formação de desenvolvimento das instituições democráticas.⁹⁴

São declarados, destarte, os princípios⁹⁵ que, nas palavras do autor, são *in verbis*:

Primeiro princípio: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para todos.

Segundo princípio: as desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo: a) tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa, e b) sejam vinculadas a cargos e posições abertos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.

Assim, nessas bases o autor confere a possibilidade dos princípios básicos narrados serem concretizados em sua concepção de justiça por equidade. Para esse intento, é

⁹¹ RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000. p. 71-72.

⁹² Idem, p. 72.

⁹³ Idem, p. 72.

⁹⁴ Registre-se que os princípios da justiça não são imediatamente dirigidos aos indivíduos, mas sim às instituições. Cf. RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. Tradução Almiro Piseta (et al.). São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 58.

⁹⁵ Um ponto às vezes esquecido pela doutrina é que Rawls aponta no início de *Teoria* os princípios formadores de sua concepção de justiça por equidade. Porém, assume-os em caráter provisório como um *ensaio*. Ao longo da obra, o autor reformula e demonstra uma nova roupagem aos dois princípios, a explicitá-los como descritos nesse artigo, agora em caráter definitivo, Idem. p. 64 e 333.

imprescindível a obediência a uma ordem de prioridade estabelecida entre eles, o que o autor chamou de *ordem serial*. Ao seguir essa ordem, o primeiro princípio – composto pelas liberdades básicas⁹⁶ – não cede para o segundo – cujo conteúdo é representado por um esforço de superação das desigualdades socioeconômicas (diferença). Nesse sentido, a tese do autor mantém-se fiel à preferência do primeiro princípio, de maneira a não admitir que compensações sociais ou econômicas sejam justificadas em restrições às liberdades.⁹⁷

Registre-se que na tese rawlsiana a formação dos princípios da Justiça não derivam de uma construção dedutiva racional, mas sim de equilíbrio reflexivo – como já dito – retirados coerentemente da cultura de fundo da comunidade política,⁹⁸ construtivamente interpretados e não objetivamente colhidos ou impostos. Nesse ponto, surge outra ideia pertinente em Rawls; trata-se do *construtivismo político*. Aqui está clara uma dose de afastamento entre Rawls e Kant. O professor norte-americano não adota imediatamente o construtivismo moral kantiano para formação dos princípios básicos. Cabe, a este respeito, uma pausa para um esclarecimento necessário. Rawls comumente é lido como um autor de inspiração kantiana e de fato o é. Todavia, uma leitura mais atenta não aponta para essa direção em alguns itens; um deles é o construtivismo. Explica-se.

A dissidência entre Rawls e Kant é destacada pelo primeiro.⁹⁹ Rawls não acolhe o privilégio conferido por Kant à autonomia individual no cenário construtivista. A autonomia em Kant tem um “*papel regulador em tudo na vida*”¹⁰⁰, o que para Rawls representa uma leitura muito forte desse conceito. Em Rawls, a autonomia kantiana não deve formar uma base de justificação pública de uma concepção de justiça, pois constitui uma doutrina abrangente. O autor não nega a importância da autonomia e a possibilidade de ela vir a fazer parte do conteúdo da concepção política de justiça se assim colhida da cultura de fundo. No entanto, repita-se, nenhuma doutrina abrangente é apta – e na construção rawlsiana a afirmativa é coerente – para ocupar todo esse espaço basilar em uma comunidade política.¹⁰¹

⁹⁶ O autor narra distintas liberdades específicas, tais como liberdade de expressão, reunião, consciência, entre outras, a informar que todas devem ser alocadas no primeiro princípio e devem ser consideradas iguais. Ver: RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. Tradução Almiro Piseta (et al.). São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 64 e p. 275.

⁹⁷ Idem, p. 65, 274, 275, 333 e 334.

⁹⁸ LAMEGO, José. Teologia da Liberdade e o conceito de direito: a compreensão criticista da juridicidade como exigência da constitucionalização do ordenamento jurídico. Tese (Doutoramento) – Ciências Jurídico-Políticas, Universidade de Lisboa, 2003. p. 368-369.

⁹⁹ RAWLS traz outros argumentos; atendo-me, aqui, à autonomia. Para uma visão mais ampla das diferenças, ver RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000. p. 144 em diante.

¹⁰⁰ Idem, p.144.

¹⁰¹ RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000. p. 144.

Após intensa crítica de um grupo de estudiosos denominados *comunitaristas*,¹⁰² Rawls publica, em 1993, uma obra que pretensamente condensa suas respostas. Trata-se do *Liberalismo Político*. O autor reconhece a necessidade de adaptação de sua tese ao pluralismo típico das sociedades contemporâneas – o que ele chamou de “fato do pluralismo” – e indaga como indivíduos podem viver de forma harmônica em uma comunidade política mesmo com profundas divergências religiosas e morais¹⁰³.

Para responder à hipótese narrada, o autor transmuda sua proposta de justiça. No *Liberalismo Político* – ao contrário da *Teoria de Justiça* – Rawls defende uma concepção eminentemente política de justiça. Reconhece a natureza de *doutrina abrangente*¹⁰⁴ do modelo de justiça por equidade feito na *Teoria* e indica a sua nova concepção política de justiça como a melhor para ser adotada por uma sociedade civil. Entretanto, reconhece não ser a única. Para compor sua novel proposta de Justiça inova, principalmente, em duas ideias: consenso sobreposto e razão pública.¹⁰⁵ Começemos pelo primeiro.

4.2.1 Do consenso sobreposto

No consenso sobreposto¹⁰⁶, Rawls reforça seu viés contratualista, ao aconselhar que a concepção política de justiça – proposta pelo autor – deve ser aceita pelas doutrinas abrangentes razoáveis. É um componente essencial para legitimar sua tese.¹⁰⁷ Rawls relembra que em um regime democrático o pluralismo de valores é evidente e incompatível imediatamente. Assim, os membros de determinada comunidade política devem se atentar à

¹⁰² Para uma melhor visão das ideias dos principais críticos do liberalismo político, em especial na descrição da análise dos autores Michael Sandel (p.40-69), Alisdair Mac Intyre (p. 70-101), Charles Taylor (p. 102-126) e Michael Walzer (p. 127-156), ler em MULHALL, Stephen; SWIFT Adam. **Liberals and comunitarians**. 2. ed. United Kingdom: 1996.

¹⁰³ RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.p. 25-26.

¹⁰⁴ Usa-se no artigo a expressão “doutrina abrangente” para denominar o conceito *comprehensive doctrine* trazido por Rawls. A palavra *comprehensive* é um falso cognato, tendo como tradução imediata o significado *abrangente*, e não *compreensivo*; esta última corresponderia à palavra *understanding*. Esse é o motivo pelo qual é amplamente acolhido o termo “doutrina abrangente” nos livros que traduzem as obras de Rawls para a língua portuguesa, com poucas exceções. No sentido excepcional – que também nos parece ser um sentido possível – o autor Reis Novais usa o termo “doutrina compreensiva”. Ver: REIS NOVAIS, Jorge. **A dignidade da pessoa humana**. V. II – Dignidade e Inconstitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2016.p. 79.

¹⁰⁵ RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.p. 261-306.

¹⁰⁶ Idem, p.179-219.

¹⁰⁷ Em crítica, Paulo Otero narra que o consenso sobreposto – nos moldes rawlsianos – não é adequado para embasar uma justificação judicial, pois ao adotar a primazia do *razoável* menospreza a “hierarquia de valores”. Cf. OTERO, Paulo. **Instituições políticas e constitucionais**. v. I. Coimbra: Almedina. 2001.p. 412.

dificuldade de conciliação dos mais diversos valores compartilhados em suas respectivas doutrinas, a constituir o consenso sobreposto um mecanismo saudável para essa equalização.

Exemplificando: um indivíduo devoto do hinduísmo e praticante dos dogmas de sua doutrina religiosa – por exemplo, não se alimentar de carne bovina, considerada sacra – deve ter consciência da dificuldade em convencer um ateu sobre a legitimidade dessa fundamentação (religiosa) para a negação do fornecimento de carne para uma escola pública. Esse fato – fato do pluralismo – não pode ser negado. Talvez ateus e hindus nunca cheguem a uma conclusão sobre essa discussão. Há parâmetros morais de difícil – ou impossível – harmonização. Assim, a partir do reconhecimento dessa dificuldade, é que Rawls propõe a busca do denominador comum argumentativo, uma base de legitimidade para a justificação pública baseada em razões minimamente compartilhadas, chamado por ele de *consenso sobreposto*. Visto dessa forma, o consenso sobreposto revigora e complementa o procedimento de escolha dos princípios feitos pelas instituições no contrato hipotético. Vejamos.

Após a etapa de formação dos princípios advindos do contrato hipotético – como já dito – haverá a filtragem externa da escolha por meio do mínimo comum das doutrinas abrangentes (consenso sobreposto). Assim, o equilíbrio reflexivo é a receita de auxílio para atingir – em uma perspectiva construtivista – a identificação do consenso sobreposto.¹⁰⁸

Para o autor, a forma de compatibilizar as mais fervorosas e distintas escolhas em uma sociedade é por meio do consenso sobreposto que renuncia a suas concepções morais individuais, a se buscar o *razoável* por meio do consenso. Em outras palavras, diante de tantos desacordos morais típicos de uma sociedade contemporânea, apenas o isolamento da moral privada da moral pública pode imunizar a sociedade de uma desarmonia – na visão do autor. Para o exemplo dado sobre o argumento religioso a fim de legitimar a opção alimentar nas escolas públicas, Rawls tem uma resposta. Sua doutrina aponta que um argumento puramente religioso¹⁰⁹ não passa pelo filtro do consenso sobreposto, pois a vedação ao uso de carne bovina por meio de uma fundamentação existe propriamente na doutrina do hinduísmo, mas não nas outras doutrinas abrangentes (como o catolicismo ou o secularismo, por exemplo).

¹⁰⁸ A explicar didaticamente esse procedimento relata José Lamego que Rawls busca “[...] a < reconstrução > da normatividade implícita na vida política democrática: o < consenso por sobreposição > (*overlapping consensus*) que caracteriza a vida pública democrática é < reconstruído > a partir de um fundo de ideias e princípios básicos implicitamente reconhecidos e < articulado > numa visão coerente sobre a base de acordo que subjaz à cultura política de um regime < constitucional >”. Ver: Teologia da Liberdade e o conceito de direito: a compreensão criticista da juridicidade como exigência da constitucionalização do ordenamento jurídico. Tese (Doutoramento) – Ciências Jurídico-Políticas, Universidade de Lisboa, 2003. p. 368-369.

¹⁰⁹ Essa noção é atenuada em Rawls pelo instituto do proviso ou cláusula, explicitada mais à frente.

Logo, desde já deve ser excluído esse argumento do debate político e também da possibilidade desse uso argumentativo pela Suprema Corte. Para Rawls, entretanto – agora no *Liberalismo Político* – a maneira mais aconselhável de se atingir a estabilidade¹¹⁰ social, apesar do fato do pluralismo, é reconhecer a viabilidade do consenso sobreposto.

Nessa concepção de Justiça, também proposta pelo autor, insere-se outro pilar da teoria rawlsiana objeto de nossa investigação. Trata-se de modelo de justificação, chamado pelo autor de *razão pública*, a ser examinado no próximo item da dissertação.

4.2.2 Da Razão Pública Rawlsiana

Aqui se chega ao ponto central da tese rawlsiana: a sua proposta de uso público da razão.

Razão pública pode ser compreendida como a justificação pública utilizada pelos membros de uma sociedade em uma democracia.¹¹¹¹¹² Em Rawls, o conteúdo da sua razão pública não pode de forma legítima ser preenchido por motivos diversos da razão secular como fundamento direto. Assim, no exemplo narrado no item anterior, o argumento de não fornecer carne bovina no ensino público por critério religioso, como já afirmado, é previamente excluído pela razão pública, pois o argumento religioso peculiar não é objeto de consenso entre as doutrinas abrangentes razoáveis¹¹³.

Assim, a razão pública é um método de justificação que tem a pretensão de possibilitar a cooperação social necessária para a acomodação do pluralismo em uma sociedade. Como o objeto da razão pública está delimitado pelo consenso sobreposto, não se retoma a moral individual por meio do modelo rawlsiano de justificação. As escolhas morais individuais ficam reservadas para a esfera privada. O intuito é afastar a esfera pública de inevitáveis *desacordos morais* passíveis de inviabilizar a estabilidade social.

¹¹⁰ A noção de estabilidade para Rawls é uma etapa posterior à declaração dos princípios de justiça pelas instituições. Apenas com os princípios já elencados, torna-se cabível o questionamento se são suficientemente estáveis. Nas palavras do autor “[...] isto é, se gera em seus membros um senso de justiça forte o bastante para se contrapor às tendências da à injustiça”. RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.p. 186.

¹¹¹ Quong define razão pública no sentido rawlsiano como “[...] o estoque comum de ideias políticas que todos os cidadãos compartilham quando se debate ou volta a fazer uso do poder político. Ela expressa a ideia de que o debate político não deve ser caracterizado por ameaças, persuasão retórica, ou a negociação, mas deve antes ser caracterizado pelo esforço para justificar publicamente nossas conflitantes visões políticas em termos que todas as pessoas podem razoavelmente aceitar”. Cf. QUONG, Jonathan. **Liberalism Without Perfection**. Oxford: Oxford University Press, 2011.p. 171.

¹¹² No caso da nossa investigação, interessa-nos mais a razão pública utilizada por uma Suprema Corte.

¹¹³ Salvo se for objeto de tradução por meio da *cláusula*. Voltaremos a isso mais à frente. RAWLS, JOHN. **A lei dos povos e a ideia da Razão Pública Revisitada**. Tradução Paulo Barcelos. Lisboa: Almedina, 2014.p. 189.

Seguindo essa linha, conclui-se que a razão pública é uma *regra de regulação*¹¹⁴ de um debate público. Primeiramente, serve como uma regulação do próprio ator, participe da discussão por meio do domínio do conteúdo de sua fala. Assim, uma Corte Suprema, ao aceitar a premissa de razão pública em suas decisões, terá de imediato o efeito de se *autoavaliar* quanto ao preenchimento do conteúdo da razão, questionando-se quais argumentos devem ser trazidos ou excluídos de fundamentação judicial de forma válida nos moldes do uso público da razão¹¹⁵.

Todavia, não se presta unicamente para análises feitas pelo próprio agente. Há uma segunda face – mais pertinente inclusive – para a contenção da atividade judicial. A razão pública também se coloca como uma receita argumentativa para exigir que os outros membros da comunidade política baseiem-se dentro do padrão de civilidade já configurada pelo uso público da razão¹¹⁶. Isto é, uma vez aceita como um padrão normativo de discurso pode vir a ser exigível aos outros membros da comunidade e conter uma fundamentação judicial que escape desses parâmetros normativos. Enfim, possui funções de autocontenção e de heterocontenção.

Em Rawls, a razão pública tem como palco de exercício o espaço público. A razão pública deve ser o modelo de justificação utilizado no Poder Legislativo, Executivo, campanhas partidárias e – principalmente – pela Suprema Corte¹¹⁷. Para Rawls, todas as decisões judiciais confeccionadas por uma Suprema Corte devem seguir a razão pública como única receita legítima de justificação da Constituição. É um dever funcional do Poder Judiciário – que possui legitimidade contramajoritária – fundamentar suas decisões nessa metodologia, ao contrário dos particulares que a razão pública se situa como um dever moral.

Assim, caso algum ator presente em um processo constitucional queira persuadir a Corte no sentido de acolhimento de sua argumentação, deve fazê-lo por meio da *tradução*¹¹⁸ dos fundamentos de sua doutrina abrangente no conteúdo da justificação racional.

Na Justiça Constitucional, portanto, a razão pública rawlsiana se apresenta como um método que reduz a margem de fundamentação do juiz às razões seculares. Assim, evita o fundamento em doutrinas abrangentes, a impedir – ao pelo menos tentar – que o intérprete

¹¹⁴ SOLUM, Lawrence B. Construction Ideal of Public Reason. **San Diego Law Review**, v. 30, p. 732-733, 1993.

¹¹⁵ Idem, p. 733.

¹¹⁶ Idem, p. 733.

¹¹⁷ RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000. p. 286.

¹¹⁸ SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: Coerência, razão pública, decomposição analítica e standards de ponderação. **Boletim Científico**, ESMPU: Brasília, a. 4 – n. 15, 2005.p.10.

retrate suas pré-compreensões diretamente na decisão. Em outras palavras, há uma exclusão *a priori* de alguma fundamentação não autorizada pelo consenso sobreposto, por pertencer a uma visão abrangente de uma doutrina, que – na visão de Rawls – se for acolhida iria gerar uma instabilidade social; logo, não deve sê-la, a caber à razão pública exercer papel de filtragem.¹¹⁹

A defesa do uso público da razão como eixo argumentativo na Suprema Corte é um ponto polêmico, objeto de diversas críticas feitas, em especial, por Dworkin¹²⁰. Consciente dessa dificuldade, Rawls expõe em *Liberalismo Político*¹²¹ as bases de sustentação da sua proposição.

Rawls afirma que a utilização por uma Corte Suprema da razão pública como eixo de justificação de suas decisões – entre outros benefícios – promove a proteção contra o arbítrio de maiorias ocasionais representadas no Legislativo. Explica-se.

O autor parte de uma constatação de política legislativa. Rawls reconhece a dificuldade de proteção de minorias representadas no Legislativo fora da metodologia do uso público da razão. Para o professor norte-americano, é inevitável a ordem normativa constitucional se tornar refém – ocasionalmente – de maiorias bem representadas no Legislativo, a apresentar o remédio para o mal: a razão pública na jurisdição constitucional. Contudo, para o alcance desse intento, a Corte deve observar estritamente a metodologia apresentada a fim de evitar erros de aplicação tão caros à democracia deliberativa.¹²²

Identificadas as ideias principais da razão pública de Rawls, assim como seus conceitos prévios teóricos, caminhamos para as críticas a esse pensamento.

¹¹⁹ SOLUM, Lawrence B. Construction Ideal of Public Reason. **San Diego Law Review**, v. 30, p. 732-733, 1993.

¹²⁰ As críticas de Dworkin à aplicação da razão pública rawlsiana na jurisdição constitucional será desenvolvida mais à frente.

¹²¹ RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000. p. 281 e ss.

¹²² O próprio Rawls aponta a jurisprudência da “Era Lockner” da Suprema Corte Americana com erro histórico nesse sentido. RAWLS, John, **O liberalismo político**. 2. ed. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000. p. 284.

4.3 Críticas à proposta de Rawls

4.3.1 A não adoção da viragem hermenêutica no modelo Rawlsiano

Antes de adentrar propriamente nas críticas aos meandros operacionais da razão pública rawlsiana, urge a identificação das bases em que se ajustam o pensamento do autor que ficará mais evidente por meio das *lentes* da hermenêutica jurídica¹²³ fundada remotamente na filosofia hermenêutica de Heidegger e – de maneira mais próxima – na hermenêutica filosófica de Gadamer¹²⁴.

Em apertada síntese, deve-se reconhecer que a interpretação tem um pressuposto anterior a si que não pode ser desconsiderado pelo intérprete. O pressuposto é a compreensão, já transmitida anteriormente ao hermeneuta pela *linguagem*¹²⁵. Nessa perspectiva, retira-se o caráter pretensamente isolado-condutor da interpretação, a reconhecer a existência de uma pré-compreensão¹²⁶ atuante como condição de possibilidade da interpretação.¹²⁷ Assim, a concretização de uma construção interpretativa funcionalmente vem explicitar o já compreendido pelo intérprete.

Nesse sentido, compreende-se que toda interpretação jurídica – assim como na hermenêutica filosófica de Gadamer¹²⁸ – tem um *Ser* constituído na linguagem. O paradigma formatado na relação entre *sujeito-objeto*, que busca fundamento na filosofia da consciência,

¹²³ No Brasil, Lênio Streck. Ver: STRECK, Lênio. **Hermenêutica em crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Em Portugal, José Lamego. Ver: LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência**. Dissertação (Mestrado) – Ciências Jurídico-Políticas, Universidade de Lisboa, 1984-1985.

¹²⁴ O objetivo de trazer a crítica hermenêutica para esse capítulo é apenas de sistematizar as principais críticas sofridas por Rawls, sem nenhum endosso imediato do autor a esse marco teórico.

¹²⁵ STRECK, Lênio. **Hermenêutica em crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 72-73; afirma ainda Jean Grodin, “Todo pensamento já é a busca da linguagem. Não existe pensamento sem linguagem. [...] Tudo que pode ser entendido é um ser que se articula em linguagem”, GRODIN, Jean. **Hermenêutica**. Tradução Marcos Marcionilo. Parábola Editorial: São Paulo, 2012. p. 76-77.

¹²⁶ A expressão “pré-compreensão” é atribuída a Rudolf Bultman. Ao discorrer sobre hermenêutica bíblica, o autor defendeu que toda interpretação é sempre conduzida por uma compreensão anterior do que se busca no texto. Ver: LAMEGO, José. **Elementos de metodologia jurídica**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 88. Na didática explicação de Karl Larenz significa “A sua <pré-compreensão> é o resultado de um longo processo de aprendizagem, em que se incluem tanto os conhecimentos adquiridos na sua formação ou posteriormente com as últimas experiências profissionais e extra-profissionais, mormente as que respeitam factos e contexto sociais”, LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 288-289.

¹²⁷ STRECK, Lênio. **Hermenêutica em crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 308.

¹²⁸ SANTIAGO, Marcus Firmino. Um estudo de hermenêutica jurídica à luz de Hans-Gerog Gadame. **Revista Portuguesa de Filosofia**, v. 70, fasc. 2-3, p.429-430, 2014.

cede para a estrutura de pensamento *sujeito-sujeito*,¹²⁹ a encontrar respaldo na filosofia da linguagem. É o reconhecimento dessa mudança de paradigma – da metafísica para linguagem –, que ficou conhecida como *giro ontológico-linguístico*¹³⁰, que forma o marco teórico da proposta de autores hermeneutas.

Em outras palavras, o objetivo da hermenêutica jurídica é fazer com que a filosofia do Direito reconheça a quebra do paradigma narrado de maneira a trazer para a interpretação jurídica a relação sujeito-sujeito, o que gera uma contribuição para aproximar o homem *abstratamente* considerado da leitura do homem *situado*¹³¹. Explica-se.

A concepção do homem abstrato e racional¹³² deriva de uma leitura liberal, a demonstrar as fortes mudanças sociais que advieram da superação da Idade Média. Nessa concepção, observa-se um menosprezo aos valores compartilhados pela comunidade ou ainda uma secundarização da tradição e conexões comunitárias.¹³³

Volte-se à razão pública rawlsiana e questione-se qual o enquadramento filosófico de sua tese. Parece-nos que o autor liberal tem como referencial teórico a filosofia da consciência. Um exemplo nítido dessa linha de pensamento em Rawls é a criação de uma *Teoria* fundada na “posição original”, nos termos já narrados aqui. Essa recondução do homem em um estado de natureza hipotético o desvincula de sua comunidade e o recoloca em uma situação imaginária, no intuito de *refundar* a sociedade, fato este não esquecido pela oportuna crítica.¹³⁴

Assim, com assento na metafísica clássica, o pensamento de Rawls é preso na *Teoria* à leitura do homem em um espaço no qual tenha a necessidade de se autodeterminar de maneira

¹²⁹ Ao discorrer sobre a necessidade de superar a relação *sujeito-objeto* afirmou peremptoriamente Arthur Kaufmann “[...] Qualquer tentativa de, nas ciências da compreensão, separar racionalidade e personalidade do intérprete está condenada ao fracasso”. **Filosofia do direito**. 2. ed. Tradução Antonio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 397.

¹³⁰ Idem, p. 83.

¹³¹ Jorge Miranda menciona a ideia do homem *isolado* e do homem *situado* à luz da doutrina de Burdeau. Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. V. IV. Lisboa: Almedina, 2014, p. 114.

¹³² A apontar a dificuldade de interpretação no sentido do homem como ser abstrato afirmou Mafalda Blanc que “[...] não [se] interpreta o sujeito cognitivo de forma lógica e atemporal, mas como condicionado, na interpretação que faz do sentido da experiência, pelo contexto cultural e histórico em que se insere”, BLANC, Mafalda. O problema da metafísica em Heidegger no período de gestação de Ser e Tempo. In: **Philosophica**, Lisboa, n. 43, p. 104, abr. 2014.

¹³³ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 42-43.

¹³⁴ MACHADO, Jónatas E.M. Tempestade perfeita? Hostilidade à liberdade religiosa no pensamento teórico-jurídico. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldri Guedes (Orgs.). **Direito à liberdade religiosa, desafios e perspectivas para o século XXI**. [S.l.: s.n.: s.d.]. p.135; COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A autoridade moral da Constituição**: da fundamentação da validade do direito constitucional. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.p. 50-51.

atomística,¹³⁵ a manter-se, portanto, afivelado ao paradigma liberal-individualista. Nessa linha de entendimento paradigmático, o indivíduo se afasta da sua origem comunitária, renega sua tradição e desconsidera sua historicidade. O que se sustenta é a manutenção da perspectiva liberal-iluminista ou, como já foi dito ainda por Macpherson's, “*possessivamente individualista*”.¹³⁶

Assim, em conclusão parcial é defensável que o pensamento de Rawls assenta suas bases na filosofia da consciência –a gerar uma concepção fortemente idealizada –¹³⁷ para o desenvolvimento sadio de uma interpretação constitucional. Nesse sentido, a considerar a razão pública fruto da construção concatenada de ideias do autor, é inevitável concluir que o modelo de justificação pública – razão pública – proposto por Rawls se mostra impróprio desde sua origem. Não há como realizar *sincretismos metodológicos* se apropriando de “*partes nobres*”¹³⁸ de uma perspectiva paradigmática¹³⁹ e aplicar em outra sem causar ruído a uma disciplina científica. Enfim, ou se funda uma razão pública obediente à virada *ontológico-linguística* ou se baseia na filosofia da consciência. O que nos parece é que a tese de Rawls optou pela última, a revelar, ao menos nesse ponto, uma influenciada tradição do pensamento kantiano.¹⁴⁰

4.3.2 A inviabilidade do discurso racional por uma Suprema Corte

A razão pública rawlsiana – como já demonstrado –delimita o objeto de questões que podem ser conduzidas à justificação, ou seja, não há uma abertura para um debate amplo, a reservar o objeto da discussão apenas para as razões seculares. Nesse ponto, surgem alguns

¹³⁵ COUTINHO, Luís Pedro Dias Pereira. **As faculdades normativas universitárias no quadro do direito fundamental à autonomia universitária:** o caso das universidades públicas. Dissertação (Mestrado) – Ciências jurídico-políticas, Universidade de Lisboa, 2001. p. 86.

¹³⁶ A autoria da expressão, comumente utilizada pela doutrina, é atribuída a MACPHERSON. **The Political Theory of Possessive Individualism:** from Hobbes to Locke. Oxford: Clarendon Press, 2011. A expressão se refere na obra ainda aos contratualistas.

¹³⁷ Não se está aqui a aderir à hermética jurídica como marco teórico de interpretação de normas jurídicas, mas apenas a destacar que dentre as críticas ao trabalho de Rawls, essa compreensão do Direito choca frontalmente com as ideias do autor, por isso nosso destaque.

¹³⁸ As expressões são de Lênio Streck, em STRECK, Lênio. **Hermenêutica em crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.p. 412.

¹³⁹ Para uma visão mais acurada do conceito de paradigma, ver KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.p. 218-236.

¹⁴⁰ “[...] O imperativo categórico [...] de Kant significa o atrevimento de deduzir enunciados de conteúdo moral a partir dum processo de pensamento. [...] Essas tentativas designam hoje, na maioria das vezes, como “teorias processuais” da verdade ou da Justiça. Seguidamente deverão ser apresentados os dois mais importantes paradigmas: o paradigma contratual (John Rawls) e o paradigma do discurso (cujo principal garante é Jürgen Habermas). É comum a ambos os paradigmas o facto de o consenso ser considerado como critério decisivo de verdade e correção”. KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito.** 2. ed. Tradução Antonio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.p. 398.

questionamentos no tocante à operacionalização do método, pois Rawls coloca a razão pública como o único discurso de fundamentação de decisões judiciais legítimo para uma Suprema Corte.

Destarte – ao adotar a razão pública rawlsiana–, pergunta-se como fundamentar os *hard cases* que cotidianamente chegam ao Poder Judiciário atualmente. A dúvida é pertinente, pois, nas sociedades contemporâneas – compostas por indivíduos com escolhas morais sensivelmente distintas –, cada vez mais se busca no Poder Judiciário uma resposta para os desacordos morais. São demandas que envolvem questionamentos sobre bioética, negação do Holocausto, abate de aviões em caso de terrorismo, possibilidade de tortura em suspeitos de crimes graves, entre diversas outras hipóteses de difícil resolução.

E, a considerar o *fato do pluralismo*, volta-se para a questão: a razão pública da forma concebida pelo pensador liberal consegue responder a essa exigência e apresentar um discurso de justificação legítimo para o Poder Judiciário do século XXI? A doutrina de Steven Smith contribui e enriquece essa reflexão. A sua crítica pode ser dividida objetivamente em dois grupos. Na primeira ideia, o autor defende a impossibilidade da adoção do modelo de qualquer racionalidade deliberativa na justiça constitucional¹⁴¹ e, em um segundo momento, dispara críticas diretas ao formato do uso público da razão rawlsiana por uma Corte Suprema¹⁴². Vejamos.

4.3.2.2 O aprisionamento do pensamento secular e o *smuggling* de Rawls

A razão pública rawlsiana possui características típicas de uma razão secular.¹⁴³ Uma razão secular secundariza as razões religiosas e axiológicas individuais. Trata-se de uma visão que aposta em uma promessa iluminista de que a separação entre Igreja e o Estado, por exemplo, deve ser conduzida inclusive no discurso público. Nesse sentido, imagina-se que essa divisão é vital em um regime democrático, a ser indispensável que argumentos religiosos individuais não sejam diluídos em um discurso constitucional.

¹⁴¹SMITH, Steven. Judicial Activism and “Reason”. COUTINHO, Luís Pereira; LA TORRE, Massimo; SMITH, Steven D. (Orgs.). **Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences**. Heidelberg, New York; Dordrecht, London: Springer, 2015, p. 21-30.

¹⁴²SMITH, Steven. **The disenchantment of secular discourse**. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2010.

¹⁴³ Deve-se reconhecer que Rawls se esforça para argumentar no sentido de que a sua proposta de razão pública não é puramente secular. Justifica a dizer que o conteúdo de sua razão pública é mais amplo do que a razão secular e por isso não se configuraria propriamente uma razão secular. RAWLS, JOHN. **A lei dos povos e a ideia da Razão Pública Revisitada**. Tradução Paulo Barcelos. Lisboa: Almedina, 2014.p. 177-178.

Com isso aponta-se a verdadeira encruzilhada da razão secular. A sua adoção plena pode levar a um modelo *opaco*,¹⁴⁴ sem expressão viva, que não revele as principais pré-compreensões do intérprete na decisão. Em outras palavras, o Tribunal Constitucional não irá relatar em sua fundamentação – fiel à razão pública rawlsiana – as apreensões subjetivas que colaboraram para formação do convencimento, haja vista, como já exaustivamente dito, a razão pública não autorizar esse transporte direto.

Essa ideia pode ser associada à doutrina de Tercio Sampaio Ferraz, em especial no fenômeno denominado por ele de *astúcia da razão dogmática*¹⁴⁵.

Para Tercio, a dogmática jurídica quando não encontra espaço no discurso apresentado formalmente busca solução em artifícios argumentativos. Esses *disfarces* são em geral trazidos à fundamentação no Direito por meio de termos passíveis de interpretação, a utilizar cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados como veículos¹⁴⁶.

Voltemos a Rawls. É possível, então, defender que a razão pública rawlsiana utiliza-se de disfarces discursivos para incutir na fundamentação aspectos *a priori* não permitidos pela Justiça por equidade? Para Steven Smith, a resposta é positiva e está associada ao insucesso do discurso secular.

Em Smith, o discurso secular do iluminismo fracassou. A promessa dos filósofos iluministas de trazer nitidez moral aos desacordos observados na sociedade não veio à tona. A comunidade política do século XXI é rica em diversidade cultural, étnica e religiosa de maneira a assoberbar o espaço público com visões de mundo plenamente distintas que a razão secular, ao longo de três séculos de discurso, não conseguiu – e ainda não consegue – trazer respostas legítimas¹⁴⁷.

Esse insucesso racional-iluminista justifica o *mal-estar* característico do pensamento secular evidenciado na atualidade.¹⁴⁸ Assim – agora a responder o questionamento inicial –, diante da superficialidade do modelo da razão pública rawlsiana, resta ao intérprete o uso de *contrabando de valores* no intento de preencher o seu discurso com o conteúdo de argumentos previamente excluídos pelo consenso sobreposto e pela razão pública.¹⁴⁹ Para esse

¹⁴⁴ SMITH, Steven, **The disenchantment of secular discourse**. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2010. p. 26.

¹⁴⁵ FERRAZ, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.301-302.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ SMITH, Steven. **The disenchantment of secular discourse**. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2010. p. 211.

¹⁴⁸ *Idem*, p.6 e 211.

¹⁴⁹ Steven Smith ilustra a pretensão de aprisionamento feita pela razão secular por meio da metáfora que chamou de *iron cage* (gaiola de ferro). A *gaiola* representa a manutenção do paradigma que impede a utilização direta no discurso dos verdadeiros valores do agente. *Idem*, p. 24-25.

exercício, o intérprete usará do que o autor chamou de princípios jurídicos maleáveis, tais como, a igualdade,¹⁵⁰ a liberdade, entre outros, que facilitam a inclusão de pré-compreensões distintas do discurso descrito no texto da decisão judicial.

Nesse ponto, uma pausa para melhor compreensão do tema. Talvez o exemplo mais nítido de princípio jurídico maleável a sofrer *contrabandos* ou *astúcias* seja a dignidade humana¹⁵¹ (artigo 1º, inciso III, da CRFB). Vejamos algumas posições doutrinárias sobre a aplicação judicial do instituto. Esse aporte servirá para clarificar a aplicação das bases da filosofia política trazida nesse capítulo para o desenvolvimento judicial do Direito.

4.4 Dignidade humana pela razão pública

A falta de uniformidade na delimitação jurídico-constitucional do conteúdo normativo da dignidade humana é um consenso na comunidade jurídica internacional. É iterativa a aplicação da dignidade humana nos sentidos mais variados, seja no prestígio à autonomia individual, seja na valorização dos valores comunitários compartilhados por determinado corpo social. Nesse contexto, insere-se a tão difundida *banalização* da aplicação judicial do referido princípio que, sem um conteúdo objetivo consensualmente delimitado, enfraquece-se no uso excessivo¹⁵².

Muitas são as razões invocadas pela doutrina sobre o uso descomedido da dignidade.

Pode-se apontar, por exemplo, a ausência de concretude do conceito de dignidade, seja por opção histórica em não delimitá-lo¹⁵³, seja por se tratar de uma qualidade¹⁵⁴ cujo abstracionismo abre margem para diversas opções hermenêuticas, dificultando sua

¹⁵⁰ Idem, p. 29.

¹⁵¹ A chamar atenção para essa dificuldade na dignidade humana, cf. COUTINHO, Luis Pereira. O facto do pluralismo e a fiscalização judicial de constitucionalidade. In: Paulo Adragão (Coord.), **Atlas do colóquio Luso-Italiano sobre liberdade religiosa**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 70.

¹⁵² Ao falar do discurso da dignidade humana, afirma Virgílio da Silva: “[...] com o passar do tempo, quanto mais se recorre a um argumento sem que ele seja necessário, maior é a chance de uma banalização de seu valor”. Ver: DA SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. p. 195.

¹⁵³ Destacando o *acordo* em não se definir a dignidade humana em documentos internacionais do pós-segunda guerra mundial, haja vista o risco de *desacordos* na aplicação, ver REIS NOVAIS, Jorge. **A dignidade da pessoa humana**. V. I – Dignidade e Direito Fundamentais. Coimbra: Almedina, 2015.p. 22-23.

¹⁵⁴ SARLET, Wolfgang Ingo. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988 – algumas notas, com destaque para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Jorge Miranda**. V. I. Coimbra: Coimbra Ed., 2012. P. 944, ao tratar das divergências no discurso da dignidade, aponta o autor que “[...] uma das principais dificuldades, todavia, reside no fato de que no caso da dignidade da pessoa humana, diversamente do que ocorre com as demais normas que definem e asseguram direitos fundamentais, não se trata de demarcar aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade etc.), mas sim de uma qualidade tida por muitos [...]”.

objetividade conceitual. É oportuno destacar também que a busca do consenso sobre uma definição mais objetiva da dignidade dota-se de maior dificuldade, devido à sua alta carga valorativa e à constatação de que a diversidade é um marco central em todas as sociedades contemporâneas ocidentais.

A busca por um conteúdo normativo da dignidade humana para melhor se distinguir os usos dos abusos de utilização, coloca-se, portanto, como um desafio intelectual posto ao jurista do século XXI. No entanto, sem embargo dessa dificuldade de delimitação de conteúdo normativo, é comum a recepção do método de razão pública rawlsiano como procedimento adequado para alcançar uma interpretação sobre a dignidade, conforme se descreverá mais à frente.

A nossa provocação é demonstrar que a ausência de um parâmetro filosófico, político e moral partilhado sobre o que consiste a dignidade humana é uma forte razão para ausência de uniformidade na aplicação judicial do instituto. Essa constatação é corroborada pela doutrina de Luís Pereira Coutinho e Naomi Rao¹⁵⁵. Iniciemos pela doutrina portuguesa.

¹⁵⁵ A professora da Universidade de Notre Dame – Naomi Rao – desenvolve uma investigação sobre os sentidos aplicados ao princípio da dignidade humana em julgados da Suprema Corte Norte-Americana e aponta que a solução para a compreensão da problemática não está diretamente na dogmática, mas sim na filosofia do Direito, o que corrobora o pensamento da necessidade de aportes filosóficos para resolução de casos jurídicos. A autora – no esteio do que sustenta Luís Pereira Coutinho – conclui que a diversidade de sentidos filosófico-políticos judicialmente aplicados nos julgados conduzem a conclusões complementemente distintas. Esses sentidos, para a autora, são de matriz filosófico-política. Nessa linha, Naomi Rao¹⁵⁵ cataloga três grupos de sentidos da dignidade humana aplicados pelos magistrados e propõe uma taxonomia, a saber: dignidade: *i*) inerente, *ii*) substantiva e *iii*) como reconhecimento. Aplicar judicialmente a dignidade inerente¹⁵⁵ é admitir que todas as pessoas são iguais em dignidade. É comumente invocada em casos que envolvam o respeito às escolhas feitas por cada indivíduo na sua esfera privada, de maneira a evitar interferências estatais que o titular julgue prejudiciais ao desenvolvimento de sua personalidade. Privilegia-se a autonomia. A tradição do constitucionalismo norte-americano é no sentido de privilegiar a autonomia individual, frente a intervenções heterônomas do Estado. Por isso, a frequente associação da dignidade inerente com a autonomia individual, de matriz kantiana, para fortalecer o valor intrínseco de cada indivíduo. Essa não é a tendência, segundo Naomi Rao, do desenvolvimento judicial de alguns países da Europa ocidental,¹⁵⁵ que buscam a retirada da autonomia do conceito de dignidade, justamente no intuito de trazer maior prevalência de uma concepção substantiva da dignidade. As concepções substantivas são perspectivas não dotadas de universalidade como a dignidade inerente.¹⁵⁵ O exemplo mais corrente, é o comunitarismo. A vertente individualista da dignidade inerente é substituída por uma lógica de privilegiar a dignidade emanada das tradições e valores sociais, historicamente consagrados pela maioria. Consequentemente, se a dignidade inerente exige uma dose de *neutralidade* do Estado em respeito às concepções de vida escolhidas por cada um, a concepção comunitária da dignidade rejeita a ideia do Estado *neutro* de maneira a permitir a inserção de estimas sociais majoritárias como forma de limitar a autonomia. Por último, é observada a aplicação judicial da dignidade como *reconhecimento*. Trata-se de uma perspectiva substantiva alinhada com posturas de reciprocidade derivadas das concepções filosóficas de *solidariedade*,¹⁵⁵ respeito e tolerância tão necessárias para uma convivência harmônica nas sociedades contemporâneas atuais. Usualmente, a dignidade como reconhecimento é fundamentada em decisões judiciais para acolher direitos de minorias estigmatizadas, tais como: homoafetividade, diferenciação de gênero, proteção Estatal contra discurso de ódio¹⁵⁵ entre outros. Para uma visão mais detalhada da abordagem, ver: RAO, Naomi. Three concepts of dignity in Constitutional Law. **Notre Dame Law Review**, Georgetown, v. 86, n. 1, p. 183-272, 2011e, ainda, RAO, Naomi. On the use and abuse of dignity in Constitution Law. **Columbia Journal of European Law**, v. 14, n. 2, p. 201-256, 2008.

Para Luís Pereira Coutinho, a aplicação do parâmetro moral de igualdade fundamental entre os homens de matriz cristã pode gerar uma expressão vetorial no direito da dignidade humana calcada na *igualdade*. Por outro lado, outro parâmetro moral, típico da argumentação secular fulcrada em Rawls, gera um sentido filosófico-político à dignidade humana mais coincidente com essa tradição; privilegiar a *autonomia* de matriz kantiana. Sendo assim, toda dogmática jurídica construída sobre essas bases irá influenciar diretamente conclusões distintas na resolução de desacordos morais pelo Judiciário¹⁵⁶.

Essa é a corrente de pensamento, por exemplo, defendida pelo professor Jorge Reis Novais em recente obra.¹⁵⁷ O autor sustenta o uso desse procedimento de justificação pública como método discursivo adequado e necessário para fundamentar a interpretação constitucional da dignidade no caso concreto por uma Corte Suprema. Em outras palavras, se couber ao Tribunal Constitucional a delimitação do conteúdo normativo do princípio, *a razão pública de Rawls é o procedimento justificativo legítimo para esse intento* na doutrina de Novais.

Caso seja obedecida a sugestão proferida por Jorge Reis Novais, ao ser encaminhada uma demanda a uma Corte Suprema que envolva a dignidade – por sinal presente em diversas discussões atuais – a razão pública rawlsiana tem dois caminhos a seguir, de acordo com as bases já narradas nesse capítulo: manter-se puramente aos reduzidos fundamentos permitidos pela razão secular ou ainda *contrabandear valores* para inserir na dignidade os aspectos de uma rica construção histórica. Assim, parece ser inevitável a segunda postura interpretativa. A construção dogmática da dignidade é repleta em aspectos valorativos, históricos e, ainda – o mais temido argumento aos olhares seculares –, “*verdades religiosas*”.¹⁵⁸

Em conclusão parcial, portanto, já é possível afirmar que a utilização da razão pública rawlsiana no formato sugerido por Reis Novais certamente se socorrerá de seus contrabandos valorativos. Trata-se da única forma suficiente para preencher um conteúdo que, se mantido exclusivamente na argumentação secular, restará vazio.

¹⁵⁶COUTINHO, Luis Pedro Dias Pereira. O facto do pluralismo e a fiscalização judicial de constitucionalidade. In: Paulo Adragão (Coord.), **Atlas do colóquio Luso-Italiano sobre liberdade religiosa**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 69-70.

¹⁵⁷ REIS NOVAIS, Jorge. **A dignidade da pessoa humana**. V. II – Dignidade e Inconstitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2016.p. 83.

¹⁵⁸ Steven Smith, ao criticar o uso da dignidade humana pela promessa secular, é assertivo na questão: “às vezes, o termo [dignidade] é usado como uma janela para um relato mais religioso ou metafisicamente ambicioso da personalidade humana. Em escritos religiosos, por exemplo, a afirmação de que os seres humanos têm ‘dignidade’ está intimamente associada com a crença de que os seres humanos são feitos ‘à imagem de Deus’ [...]. Mas essas racionalidades estão excluídas da gaiola do discurso secular moderno. Como, então, pode a reivindicação ser compreendida e justificada?” Cf. SMITH, op.cit. p. 178.

4.4.1 Igreja, Estado e cláusula

4.4.2 Consideração preliminar

Ainda sobre a razão pública rawlsiana, outras características marcantes podem ser apontadas. Uma delas é o esforço argumentativo em separar a Igreja do Estado de maneira que as “crenças” enraizadas na cultura da sociedade não sejam trazidas diretamente para o debate público¹⁵⁹ a transparecer uma aproximação com o secularismo. Esse posicionamento fomentou diversas críticas advindas de muitos setores distintos da Academia.¹⁶⁰ Como pressuposto para melhor aproveitamento do debate, identifica-se a necessidade do avanço nesse momento no instituto denominado por Rawls de cláusula (ou proviso), visto sua relação imediata com a discussão da razão pública no cenário religioso.

Enfim, nesse item será exposta a ideia de cláusula e, posteriormente, as críticas ao instituto e ao posicionamento da razão pública rawlsiana no tocante à exclusão do conteúdo religioso do debate democrático.

4.4.3 Definição de cláusula

A seguir a linha de raciocínio da razão pública de Rawls não será possível – com o mesmo esforço – trazer diretamente um argumento religioso para o debate público por meio da razão pública. Exclui-se *a priori* o uso de razões religiosas no sentido de evitar eventual instabilidade que se possa trazer com esse debate. Vale um exemplo. Se houver uma discussão em Suprema Corte sobre manipulação genética, não está autorizado o Judiciário a fundamentar qualquer argumento com base na encíclica de “Evangelho Vitae”, proferida no Papado de João Paulo II.¹⁶¹ O fato de a Igreja Católica anunciar a inviolabilidade da vida

¹⁵⁹ EBERLE, Christopher J. **Religious conviction in Liberal Politics**. UK: Cambridge Press, 2004. Formato e-book. p. 29 e ss.

¹⁶⁰ Um interessante esforço de concentração dessa argumentação foi feito por James Boettcher e Jonathan Harmon¹⁶⁰. Esses autores classificaram em cinco grupos as críticas apontadas: i) *Quanto aos critérios normativos e epistêmicos de formação da razão pública e seus destinatários*; ii) *Quanto à faticidade da razão pública e quanto à justiça da razão pública; que onera mais os cidadãos religiosos e exige que a identidade dele seja dividida*; iii) *Incompatibilidade da exigência da razão pública com a intenção dos cidadãos religiosos se autodeterminarem inteiramente de acordo com suas crenças mais profundas*; iv) *Quanto as consequências da exclusividade das razões públicas, o que diminuiria a força das religiões para combater injustiças, empobreceria o debate e afastaria os bens comuns fornecidos por organizações religiosas*; v) *Quanto a ligação necessária entre o Liberalismo e a Razão pública*. Refiro-me ao artigo BOETTCHER, James; HARMON, Jonathan. Introduction: religion and the public sphere. **Philosophy and Social Criticism**, Boston, v. 35, n. 1-2, p. 5-22, 2009.

¹⁶¹ Na encíclica, o Papa, à luz da dignidade, anuncia a inviolabilidade da vida humana.

humana, a não admitir o aborto, métodos contraceptivos, suicídio assistido e – no que interessa no exemplo – a manipulação genética, autoriza apenas o uso dessa argumentação na moral privada. Trata-se de razão “não pública”, sem alcance imediato no debate público, salvo se houver uma *tradução* dos argumentos por meio da *cláusula*.

A cláusula foi um complemento trazido pela construção rawlsiana¹⁶² a representar um caráter mais permissivo da razão pública em seu conteúdo, porém eis a pergunta: em que consiste e como se opera a *cláusula*?

A cláusula seria a permissão de tradução de uma doutrina abrangente por meio da razão pública desde que se apresente como uma “razão apropriada”. Assim, o autor traz a possibilidade de inserção de valores individuais no discurso público desde que sejam necessários para respaldar os valores políticos fundamentais.

Assim, no exemplo narrado, para inserção por meio da cláusula caberia ao interessado argumentar que o direito à vida tem um caráter indisponível de acordo com o artigo 5º da Constituição Brasileira. Dessa forma, há um tratamento especial do legislador a esse direito fundamental e essa perspectiva acolhida pelo Constituinte pode ser atribuída – também – às razões religiosas invocadas. Assim, necessária se faz a narrativa da religiosidade para lastrear em completude a argumentação, o que para Rawls não gera ruído na razão pública, pois o postulante assume publicamente a adesão ao compromisso de respeitar uma democracia constitucional.¹⁶³

A *cláusula* gera diversas indagações na sua operacionalização e legitimidade.

A primeira questão é a pobreza de explicação sobre a operacionalização da cláusula. Há uma lacuna na doutrina rawlsiana em não apontar quais as condições para o seu cumprimento. O autor sugere o instituto, no entanto não esclarece exaustivamente as nuances da sugestão e o faz de forma proposital. Na *Razão Pública Revisitada*, sustenta que o funcionamento da cláusula vai depender de aspectos políticos da sociedade, não sendo possível essa previsão ser feita de antemão em sede doutrinária.¹⁶⁴ Assim – para Rawls –, justificada está a ausência de explicação em sua teoria sobre os elementos e peculiaridades de aplicação da cláusula em razão da impossibilidade de fazê-la.

¹⁶² Refiro-me à obra RAWLS, John. **A lei dos povos e a ideia da Razão Pública Revisitada**. Tradução Paulo Barcelos. Lisboa: Almedina, 2014.

¹⁶³ Rawls sustenta que há uma hipótese em que não há necessidade de o indivíduo enfatizar sua doutrina religiosa em seus dogmas. Rawls dá o exemplo dos militantes dos direitos civis americanos, como Martin Luther King. Na visão do autor, o pastor americano notadamente cumpre a cláusula com o seu discurso, pois sua doutrina – apesar de ser ter fundamentos religiosos – tem assento direto em valores descritos na Constituição Americana. Ver: RAWLS, John. **A lei dos povos e a ideia da Razão Pública Revisitada**. Tradução Paulo Barcelos. Lisboa: Almedina, 2014.p. 191.

¹⁶⁴Idem, p.189.

Em segundo lugar, é questionável a distribuição do ônus argumentativo atribuído às razões seculares e não seculares no modelo de razão pública de Rawls. Ao exigir que os ideais religiosos (por exemplo) sejam traduzidos na razão pública—e apenas por meio da cláusula —, cria-se em Rawls um desequilíbrio. Evidencia-se uma necessidade de um esforço argumentativo maior ao indivíduo que comungue de determinada doutrina religiosa (ou não secular) em comparação com alguém que pretenda trazer para o debate apenas argumentos seculares. Constata-se, portanto, um descompasso entre pessoas crentes e não crentes.¹⁶⁵

Essa indefinição se agrava mais ainda quando o debate é trazido para o Judiciário. Em países de “*democracia tardia*”¹⁶⁶ — como é o caso do Brasil —, é difícil não remeter as dúvidas surgidas com a cláusula diretamente ao princípio da igualdade (artigo 1º, *caput*, CRFB). O mesmo ônus de formação da cláusula que recai sobre uma associação civil que representa os interesses econômico-jurídicos de instituições financeiras também recai sobre uma pessoa jurídica com poucos recursos que patrocina interesse dos indígenas na Suprema Corte, por exemplo. Ambos estão sujeitos ao cumprimento da cláusula? Há algum ator na Justiça Constitucional que pode ser imunizado do cumprimento da cláusula ou estão todos obrigados no mesmo sentido ao adimplemento dela?¹⁶⁷ Sem respostas a essas demandas em Rawls e, especialmente no exemplo tratado dos indígenas — mas não somente —, a questão ainda pode ser agravada por exigir a razão pública uma atuação racional e “neutra” de grupos minoritários.

Na atualidade, em que tudo se coloca dentro de um aspecto relativo, mutante e extremamente dinâmico — fruto de uma *modernidade líquida*¹⁶⁸ —, é imprescindível que o Direito acomode a pluralidade de grupos sociais dentro da diversidade a preservar a autenticidade de cada universo de pessoas comuns¹⁶⁹. A crítica também pode ser estendida a outras formas de expressão de identidade, tais como o movimento feminista, entre outros que possuem características próprias de manifestação, tais como a emotividade no discurso, por exemplo.¹⁷⁰

¹⁶⁵ BOETTCHER, J. Public reason and religion. In: BROOKS, T.; FREYENHAGEN, F. (Eds.). **The Legacy of John Rawls**. London: Continuum, 2007. p. 129.

¹⁶⁶A expressão é de Lênio Streck. STRECK, Lênio. **Hermenêutica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.p. 23.

¹⁶⁷ BOETTCHER, J. Public reason and religion. In: BROOKS, T.; FREYENHAGEN, F. (Eds.). **The Legacy of John Rawls**. London: Continuum, 2007.p. 129.

¹⁶⁸ O conceito de modernidade líquida é do sociólogo polonês Zygmunt Bauman. Ver: BAUMAN, Zygmunt. **Modernid Líquida**. Tradução Mirta Rosenberg. Buenos Aires: Fundo de cultura econômica da Argentina, 2002.p.7-20.

¹⁶⁹ TAYLOR, Charles. The Politics of Recognition. In: **Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition**. Amy Gutmann (Ed.). Princeton: Princeton University Press, 1994. p. 51-61.

¹⁷⁰ YOUNG, Iris Marion. **Inclusion and democracy**. New York: Oxford University Press, 2000.p. 63.

São hábitos culturais típicos de um determinado grupo que uma vez traduzidos para a racionalidade pública à luz do restrito modelo rawlsiano podem gerar exclusões indevidas, o que se apresenta como um contracenso democrático para o pensamento liberal.¹⁷¹

Nesse momento, é pertinente trazer a crítica de Habermas¹⁷², cuja doutrina divergiu de Rawls nesse ponto. O autor sistematiza a crítica em dois pontos principais: *i)* não é todo membro da comunidade política que possui *aptidão* para traduzir seus argumentos religiosos em razões públicas e, além disso, *ii)* Não é todo cidadão que tem a *pretensão* em empreender essa tradução, em respeito a dogmas de sua própria religião¹⁷³. Pode ocorrer – e frequentemente ocorre – que determinada expressão religiosa incentive seus adeptos a fazerem uso de argumentações em espaço público *através e por meio* de argumentos religiosos. Em outras palavras, exigir que um determinado grupo social religioso *traduza* suas peculiaridades no espaço público é não respeitar a autenticidade deles, é retirar do debate público a ação de atores legitimados para participação a configurar uma verdadeira modalidade de *opressão*.¹⁷⁴¹⁷⁵

Habermas avança nesse aspecto ao defender que o menosprezo ao uso público da razão religiosa por Rawls deriva de uma compreensão equivocada do autor, pois os religiosos não possuem uma capacidade diminuída de argumentação secular. Um protestante ao se posicionar contra o aborto com fundamento em seus dogmas de inviolabilidade de vida não exterioriza nenhum déficit argumentativo. Há uma identidade distinta muitas vezes não compreendida – ou mal compreendida – pelo secularismo.¹⁷⁶ E qual o fundamento dessa leitura rawlsiana? Para Habermas, a motivação da imposição do rótulo de “não público” às

¹⁷¹ Nas palavras de YOUNG, “Alguns teóricos da democracia deliberativa mantêm uma distinção platônica entre o discurso racional e mera retórica, e ao fazer isso eles muitas vezes denigrem a emoção, linguagem figurativa, ou formas incomuns ou lúdicas de expressão. O discurso racional, sobre este ponto de vista, o discurso a que a democracia deliberativa deve ser confinada, consiste em argumentos universalistas, desapaixonados, cultural e estilisticamente neutros que se concentram a mente em suas conexões provas e lógicas, em vez de mover o coração ou envolver a imaginação”. *Ibidem*.

¹⁷² A crítica é feita na obra HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro 2007.

¹⁷³ HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro 2007.

¹⁷⁴ Curioso no exemplo é que a ideologia liberal muitas vezes se coloca como detentora de uma “virtude” em favor dos grupos minoritários, mas diante da construção feita revela-se outra face.

¹⁷⁵ YOUNG, Iris Marion. **Justice and the politics of difference**. New Jersey: Princeton University Press, p. 39-65.

¹⁷⁶ Nesse mesmo sentido, afirma Jónatas Machado tecendo críticas diretas ao pensamento rawlsiano: “[...] No fundo o Liberalismo Político concede uma posição de vantagem epistemológica à razão, às razões e as justificações secularizadas, em detrimento da razão religiosa, obrigando os ‘crentes’ a colocarem ‘entre parênteses’ as convicções religiosas quando entram na esfera do debate público”. Em MACHADO, Jónatas E.M. *Tempestade perfeita? Hostilidade à liberdade religiosa no pensamento teórico-jurídico*. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldri Guedes (Orgs.). **Direito à liberdade religiosa, desafios e perspectivas para o século XXI**. [S.l.: s.n.: s.d.], p.126.

razões religiosas deriva da compreensão de que a religiosidade é uma etapa de aprendizado da humanidade, a crer na extinção ou diminuição gradativa dessa forma de pensar ou de ver o mundo. No entanto, a visão pós-secular habermasiana do homem nega essa leitura.

De acordo com Habermas, a dita razão pública de Rawls de matriz tomista com forte inspiração em ideais iluministas também não é capaz de trazer respostas imediatas para a coexistência apesar do fato do pluralismo. Então, é descabida a secundarização de argumentos religiosos, pois os argumentos seculares são incapazes de exteriorizar uma completa identidade do homem, a não justificar a catalogação dos cidadãos em “crentes” e “não crentes”. Uma compreensão do debate no espaço público deve incluir a todos no projeto de cidadania, sem desprestígio à igualdade fundamental.

4.4.4A novelty objection

Jeremy Waldron também contribuiu para o debate da razão pública rawlsiana ao levantar a hipótese da *novelty objection*¹⁷⁷. Para o autor da Nova Zelândia, a deliberação pública é uma metodologia de compreensão do espaço público dotada de legitimidade, no entanto não da maneira compreendida por Rawls no tocante às razões religiosas. Waldron insiste em expor o caráter excessivamente restritivo com conteúdo da razão pública rawlsiana. Aponta sua crítica, então, para dois pontos.

Em primeiro lugar, Waldron discorda de um pressuposto rawlsiano. Rawls aponta que apenas uma sociedade bem ordenada pode atingir uma linguagem necessária comum e saudável na comunidade política. Para Waldron, essa condição é um engano. Waldron defende – ao contrário de Rawls – que mesmo uma sociedade detentora de uma *cultura de fundo fraca*¹⁷⁸ é capaz de firmar um debate maduro na política. Uma cultura de fundo comum – mesmo forte ou fraca – já possibilita uma linguagem entre os participantes da sociedade civil que convivem entre si em uma relação dotada de historicidade.

Em outro ponto, Waldron busca desconstruir o consenso sobreposto. O fundamento da ordem jurídica está no pluralismo, na diversidade de compreensões de mundo, assim – para

¹⁷⁷ Laurence Solum explica o termo ao narrar o conteúdo do seu artigo: “[...] Esse ensaio se ocupa de uma objeção importante e influente para a concepção de razão pública de Rawls. Essa objeção, feita por Jeremy Waldron, tem como premissa a noção de que a conformidade com o ideal rawlsiano empobrece o discurso político ao banir novos argumentos. Chamo a tese de Waldron de *novelty objection*”. Cf. SOLUM, Laurence. Novel public reasons. **Loyola of Los Angeles Law Review**, Los Angeles, v. 29, n. 4, p. 1460, 1996.

¹⁷⁸ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.p. 835.

Waldron – não se justifica delimitar a argumentação a ideias apreendidas do consenso entre os cidadãos, pois há pessoas fora do alcance da razão pública rawlsiana¹⁷⁹.

Em um debate, por exemplo, sobre a legitimidade da vedação do uso da *burka* em escolas públicas na França, a permissão de intromissão de razões unicamente seculares visivelmente empobrece o debate e, sendo assim, também enfraquece as deliberações democráticas. Nitidamente é mais saudável para o desenvolvimento da discussão a inserção de perspectivas novas de vida derivadas de distintos *lugares da fala*. Torna a discussão mais dinâmica a impulsionar um terreno fértil para inovações. No exemplo, se a restrição à *burka* se ativer apenas a razões ditas “públicas” por Rawls, muçulmanos não fundamentalistas terão as dificuldades já apontadas para externarem os argumentos religiosos que trazem sentido à sua vida e a discussão tenderá a ser restrita ao secularismo. Uma vez aceita a sugestão de Rawls de usar a razão pública como justificação judicial para o desacordo, a fundamentação da Suprema Corte recairá na mesma limitação espelhada na política.

Enfim, a novidade e o desconhecido enriquecem o debate, por isso não é legítimo para Waldron limitar a discussão em argumentos já fruto do consenso rawlsiano.

Dessa forma, com a demonstra da assimetria entre razões públicas e não públicas – especialmente religiosas nessas últimas – outras dúvidas surgem no tocante à concretização de deliberações democráticas.

Os representantes de doutrinas religiosas podem não ser encorajados a trazerem seus argumentos ao debate.¹⁸⁰ A notória dificuldade gera desmotivação. E, assim, as exigências feitas pela razão pública rawlsiana com seus consectários – como a cláusula – acabam por fomentar uma secularização do debate, mesmo que isso não seja imediatamente consentido pelo autor em sua novel adaptação na *Razão Pública Revisitada*.

Em outras palavras, se o objeto da cláusula é retirar o discurso rawlsiano de um caráter estritamente separatista no que se refere às questões religiosas a permitir a inserção de argumentos religiosos na razão pública, o paradoxo se apresenta, pois, mesmo ao permitir a introdução de fundamentos não seculares por meio do filtro da cláusula, a dificuldade assimétrica com as outras “razões” pode gerar um sentimento de desânimo aos crentes, como já afirmado. Dessa forma, é legítimo o questionamento se a cláusula por fim se apresenta mais como um *disfarce* da razão secular do que propriamente uma abertura para um debate plural,

¹⁷⁹Idem, p. 840.

¹⁸⁰BOETTCHER, J. Public reason and religion. In: BROOKS, T.; FREYENHAGEN, F. (Eds.). **The Legacy of John Rawls**. London: Continuum, 2007. p. 129.

a demonstrar que Rawls *apenas tolera*¹⁸¹ o discurso religioso, mas não o fomenta e não emprega um tratamento equânime com relação às chamadas “razões públicas”.

Trata-se de uma perspectiva que pode ser fruto de investigação, inclusive por juristas não seculares no sentido de buscar outro modelo de razão pública (voltaremos a isso mais à frente). Por ora, concordemos com Gerald Gaus. A tese rawlsiana se apresenta como incompleta¹⁸² e talvez na *cláusula* essa construção se mostre ainda mais evidente.

4.4.5 Estabilidade social e Razão Pública

4.4.5.1 Consideração preliminar

Uma inquietação iterativa nos filósofos de tradição contratualista é a estabilidade social apesar dos desacordos morais presentes nas comunidades políticas. É uma preocupação nossa também. Em Rawls, a atenção a essa problemática é central. A promessa de atingir a desejável estabilidade social já é identificada na construção do autor já na “*Teoria de Justiça*”. No entanto, após reconhecer a dificuldade da alta fragmentariedade do homem contemporâneo (fato do pluralismo), o autor remodelou sua proposta a apresentar o formato que o acompanhou até suas últimas publicações. Trata-se da estabilidade pelas “*razões certas*”.

O objetivo desse item é compreender se a proposta rawlsiana das “*razões certas*” é capaz de atingir a pretensa estabilidade social desejada com seu modelo de razão pública.¹⁸³

A considerar a importância do tema e a fim de melhor problematizar a proposta do professor norte-americano, é possível estratificar – antes de catalogar a doutrina de Rawls – a ideia de estabilidade social prometida pela filosofia política em duas espécies: estabilidade *imposta* ou *inerente*.¹⁸⁴

A primeira existe por imposição do poder político estatal, sendo irrelevante para a sua constatação a aceitação dos membros da comunidade política. Essa leitura da estabilidade – a trazer um exemplo de fácil percepção – é característica de sociedades ditatoriais. Já a estabilidade *inerente* é um modelo de justificação que se mantém por suas próprias razões,

¹⁸¹ A expressão no sentido do texto é usada por Boettcher. Idem, p. 130.

¹⁸² GAUS, Gerald. Public Reason Liberalism. In: **The Cambridge Companion to Liberalism** Edited by Steve Wall. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 113-140.

¹⁸³ O problema da estabilidade no projeto rawlsiano vem sofrendo diversas críticas doutrinárias. CHUNG, 2017, p.6, no rodapé, sistematiza.

¹⁸⁴ Essa classificação é desenvolvida por THRASCHER, John; VALLIER, Kevin. The Fragility of Consensus: Public Reason, Diversity and Stability. In: **European Journal of Philosophy**, v. 23, Issue 4, p. 936, Dec.2015.

sendo desnecessário o uso da força para esse êxito.¹⁸⁵Essa última proposta é uma meta muito sedutora para os estudiosos da filosofia política, por se apresentar como um pressuposto para o estabelecimento seguro de um regime de cooperação entre os membros de uma comunidade.¹⁸⁶Mostra-se, portanto, como um sistema reflexivo em que o oferecimento e o acolhimento das razões expostas se retroalimentam e conduzem à estabilidade naturalmente. Caso seja atingida a estabilidade *inerente*, o discurso aproxima-se da fidelidade aos postulados da igualdade e liberdade, uma vez que – com a ausência de coação – floresce o respeito à condição dos homens como sujeitos morais autônomos, sendo um indicativo de sociedade bem ordenada.¹⁸⁷

4.5.5.2 A estabilidade pelas razões certas

A construção de Rawls tem a pretensão de alcançar a estabilidade *inerente*, atingida por ele por meio da sua proposta de estabilidade “*por razões certas*”.¹⁸⁸¹⁸⁹ A estabilidade pelas *razões certas* é atingida quando os membros da comunidade política reconhecem, apesar das divergências entre si, uma concepção política de justiça *coerente*¹⁹⁰ com esse pluralismo e cultivam os princípios da justiça. Em palavras nossas, trata-se de uma consequência natural da adoção da concepção política de justiça sugerida por Rawls. Após a passagem do véu da ignorância, do consenso sobreposto, do equilíbrio reflexivo, o uso público da razão irá atingir a estabilidade social *inerente*, chamada por Rawls de *razões certas*, haja vista que sustentada apenas pelas razões ditas públicas. Essa é a promessa do autor.

No entanto, não basta ultrapassar todo o procedimento narrado para atingir a estabilidade inerente (em Rawls, estabilidade pelas *razões certas*). Há um pressuposto prévio,

¹⁸⁵THRASCHER, John; VALLIER, Kevin. The Fragility of Consensus: Public Reason, Diversity and Stability. In: **European Journal of Philosophy**, v. 23, Issue 4, p. 936, Dec. 2015.

¹⁸⁶Idem, p. 935.

¹⁸⁷Idem, p. 936. O que se problematiza no ponto é se a tese de Rawls consegue atingir a estabilidade *inerente* prometida.

¹⁸⁸ RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University, 1996.p.390 em diante. Aqui, Rawls apresenta a sua ideia mais recente de estabilidade por “*razões certas*”. A tradução para língua portuguesa do *Liberalismo Político*, referenciada por nós nessa investigação, a saber: RAWLS, John, **O liberalismo político**. 2. ed. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000não possui a nona conferência intitulada “Reply to Habermas”, p.371- 390. Essa nona conferência também foi publicada, em primeiro lugar inclusive, como um artigo na revista: **The Journal of Philosophy**, publicado em março de 1995, e consta na versão inglesa de 1996, referenciada agora com relação a esse ponto.

¹⁸⁹ THRASCHER, John; VALLIER, Kevin. The Fragility of Consensus: Public Reason, Diversity and Stability. In: **European Journal of Philosophy**, v. 23, Issue 4, p. 935, Dec. 2015.; VALLIER, Kevin. **Three Concepts of Political Stability: An Agent-Based Model**. Forthcoming. [S.l.: s.n: s.d.].p. 04-08.

¹⁹⁰ THRASCHER, John; VALLIER, Kevin. The Fragility of Consensus: Public Reason, Diversity and Stability. In: **European Journal of Philosophy**, v. 23, Issue 4, p. 933, Dec. 2015.

uma característica da comunidade— assumida pelo próprio autor — para habilitar a sociedade a percorrer o procedimento de formação dos princípios da justiça. A sociedade deve se mostrar como *bem ordenada*¹⁹¹. Vejamos, então, no que consiste uma sociedade bem ordenada para Rawls.

Uma concepção de justiça para ser exitosa deve ser dotada de estabilidade. Caso não seja, não valeria a pena empreender esforços em sua manutenção, pois é fadada ao insucesso, segundo Rawls.¹⁹² Só há uma maneira de uma concepção política de justiça adotada por uma comunidade se manter estável apesar da diversidade e a atitude correta é observar se a comunidade preenche três requisitos apontados pelo autor. Caso sejam preenchidos os três requisitos, a comunidade obterá o rótulo de *bem ordenada* e estará apta a formular os princípios definitivos da justiça e atingir, por fim, uma tão desejada concepção política de justiça estável¹⁹³. O autor avança, então, e narra três requisitos necessários para a configuração de uma sociedade bem ordenada.¹⁹⁴

Inicialmente, é imprescindível a adesão de todos os membros da comunidade à mesma concepção política de justiça. Ou seja, uma sociedade bem ordenada para Rawls é aquela regulada por uma única concepção política de justiça, baseada no compartilhamento de razões (*shared public reason*).¹⁹⁵ Relembre-se: Rawls — ainda na *Teoria da Justiça* — propõe uma concepção de justiça a ser necessariamente adotada em uma comunidade política, já no *Liberalismo Político* apenas *sugere* um modelo de justiça a ser seguido *ou não* pela comunidade. Para ser bem ordenada — em primeiro lugar —, deve ser constatada na sociedade a anuência de cada cidadão pela mesma concepção de justiça, mas registre-se: não necessariamente a adesão deve ter como objeto a proposta rawlsiana; o que importa é a aceitação de uma única concepção pelos membros da sociedade civil.¹⁹⁶

Em segundo lugar, uma exigência também de ordem subjetiva, pessoal. Cada cidadão deve espontaneamente nutrir um estado de motivação espontâneo na adesão da concepção política de justiça. Esse requisito não é cumprido se o assentimento for baseado no medo — ou em qualquer outra pressão externa tal como a coação — para cumprir as decisões da justiça

¹⁹¹ Quem avança nesse ponto é Hun Chung no texto *The instability of John Rawls's stability for the right reasons*. **Episteme**, p. 1-17, 2017.

¹⁹² RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.p. 188.

¹⁹³ RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University, 1996.p. 390-395.

¹⁹⁴ RAWLS, John. **Justice as fairness: a restatement**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.p. 8-9.

¹⁹⁵ VALLIER, Kevin. **Three Concepts of Political Stability: An Agent-Based Model**. Forthcoming. [S.l.: s.n: s.d.]. p. 5.

¹⁹⁶ CHUNG, Hun. *The instability of John Rawls's stability for the right reasons*. **Episteme**, p. 2, 2017.

pública. Para o ingresso e a aceitação no indivíduo na construção coletiva da justiça, deve haver, sinceramente, repita-se, um sentimento espontâneo e voluntário de adesão.

Por último – mas talvez a condição de maior importância para nós –, o conhecimento dos requisitos narrados deve fazer parte do senso comum do cotidiano da comunidade política, não sendo suficiente se for exclusivo de determinado setor científico como o meio acadêmico ou determinada classe social. Em Rawls, se uma sociedade é de fato realmente regulada por um modelo de justiça, pressupõe-se um conhecimento comum e amplo sobre a concepção adotada (terceira condição) ¹⁹⁷. Assim, por exemplo, se uma comunidade pretende adotar o utilitarismo como concepção pública de justiça, essa adesão deve ser amplamente aceita. Não satisfaz a construção rawlsiana da aceitação do utilitarismo apenas em alguns setores, como determinada categoria de economistas ou classe social. O conhecimento e o endosso devem ser amplos.

O professor da Universidade de Harvard avança para dissertar sobre a manutenção da pretendida estabilidade. Afirma que os indivíduos surgirão na comunidade política de maneira que a lealdade e a cooperação entre as pessoas irão sendo mantidas e paulatinamente renovadas geração após geração.¹⁹⁸

De acordo com essa linha, uma análise mais cautelosa da argumentação apresentada pode nos oferecer mais pontos de compreensão.¹⁹⁹ Aqui nos socorremos das lições de Hun Chung. O PhD da Universidade de Cornell evolui para atestar a incompletude da estabilidade pelas *razões certas* de Rawls.

Nenhum modelo de sociedade escapa de eventuais instabilidades ou insurreições; trata-se de uma realidade do fato do pluralismo. Nesse sentido, a considerar que toda comunidade terá dificuldades inesperadas com indivíduos não aderentes à concepção de justiça vigente, a solução educacional para manutenção da estabilidade em Rawls pode não ser suficiente para a resolução do problema. A dificuldade é apresentada justamente porque nem as sociedades bem ordenadas estão imunes à existência de indivíduos não aderentes às *razões certas*.²⁰⁰

Essa constatação leva CHUNG a sustentar a incompletude do modelo de estabilidade rawlsiano, haja vista a não observância da possibilidade da existência de *intrusos* – não cooperadores – na comunidade política²⁰¹. Em outras palavras, a proposição rawlsiana de

¹⁹⁷Idem, p. 2.

¹⁹⁸Idem, p. 3.

¹⁹⁹ Aqui nos socorremos da crítica feita por Chung, Hun. The instability of John Rawls's stability for the right reasons. **Episteme**, p. 2, 2017.

²⁰⁰ CHUNG, Hun. The instability of John Rawls's stability for the right reasons. **Episteme**, p. 1, 2017.

²⁰¹Idem, p.3.

sociedade bem ordenada pode ser uma solução para períodos de normalidade, porém não se pode dizer o mesmo em momentos de *crise*, a demonstrar uma solução construída por meio do uso exacerbado da idealização²⁰².

²⁰²Idem, p. 2.

Capítulo 5 – A proposta de Razão Pública por meio da convergência

5.1 Consideração preliminar

O segundo capítulo da tese narrou a proposta rawlsiana para formação das instituições democráticas assim como seu método de razão pública também aplicado para a concretização de princípios constitucionais abertos. Após a exposição e crítica do modelo de justificação proposto por John Rawls, resta a dúvida se é pertinente prosseguir no projeto de razão pública ou abandoná-lo como uma perspectiva de racionalidade discursiva. Justifiquemos a adoção da primeira alternativa.

Dentro de um contexto de alta modernidade, momento este em que a identidade do homem é fragmentada, o uso público da razão se coloca com mais ênfase como instrumento de regulação do discurso público. A sociedade brasileira – e norte-americana²⁰³ – nunca estiveram tão divididas politicamente. No Brasil, é evidente a bipolarização política cada vez exteriorizada na sociedade, muitas vezes expostas como mensagens de ódio ao semelhante evidenciada pelas ferramentas digitais presentes no cotidiano da sociedade atual.

É com a observância desses fatores que a alta modernidade exige um esforço do jurista para que o Direito cumpra a sua missão de integração social, a formatar o espaço jurídico como um *locus* de integração e não constituir mais um espaço de divisão da comunidade. A continuidade do projeto de razão pública aposta nessa possibilidade.

Porém, a matriz rawlsiana – pela argumentação apresentada – não é dotada de adjetivos para atingir esse fim. Há de considerar que diante do fato do pluralismo – cujo respeito exige uma necessária compatibilização entre valores de uma comunidade política para *construção* do Direito –, torna-se praticamente inviável o intento diante de um discurso jurídico baseado em uma razão pública puramente secular.

Nesse contexto, coloca-se a busca de um modelo de justificação pública de caráter inclusivo, pois daqui se encaminha para um compromisso ético. Se a sociedade possui um espaço discursivo compartilhado, mesmo a reconhecer o universo individual de cada um com as suas próprias concepções de bem, a comunidade deve cumprir uma obrigação moral de reconhecer e estender a todos o debate político. Essa construção favorece o respeito a cada

²⁰³ A leitura da situação atual norte-americana é feita por KEVIN VALLIER, *in verbis*, “A política americana está mais dividida hoje do que em qualquer momento desde a Guerra Civil”. Ver: VALLIER, Kevin. Must politics be war? In: **Defense of Public Reason Liberalism: restoring our trust in free society**. Oxford: Oxford University Press, 2018.

membro da comunidade política com relação aos ditames da liberdade e igualdade,²⁰⁴ a trazer mais proximidade com a igual dignidade (artigo, 1º, inciso III, da CRFB), concebida essa como o fundamento do Estado Democrático de Direito quando se acolhe um ideal de razão pública normativo não excludente.

A proposta de Rawls não nos convence conforme já se apontou nas críticas anteriores à sua proposição. Nesse sentido, o que se busca é a continuidade do projeto, mas não necessariamente um *continuismo* de parâmetros e paradigmas trazidos por Rawls, uma vez que a proposta de razão pública – apesar de receber uma grande homenagem rawlsiana – já fora bem antes ensaiada.²⁰⁵

É possível observar que a busca de uma razão que possa compreender e conformar no espaço público as desavenças morais privadas remonta a autores como Hobbes, Locke e Rousseau.²⁰⁶ Ou seja, na busca de um modelo adequado de razão pública nas sociedades contemporâneas, é devida uma atenção às teorias contratualistas,²⁰⁷ posto que os questionamentos apontados pelos autores liberais são identificados atualmente. No entanto, a primeira leitura de um *continuismo* referente aos pensadores liberais clássicos até Rawls não afasta – como restará claro nesse capítulo – uma segunda interpretação das teorias contratualistas a desafivelar o intérprete do modelo *consensual* de razão pública. Ao contrário. O marco teórico pode ser justamente um procedimento de justificação pública fora dos ditames desse paradigma, a acompanhar o esforço de alguns autores.²⁰⁸

Pensar a razão pública “pós-Rawls” é reconhecer que a construção deve ser colocada em um formato a não classificar doutrinas *a priori*, a fim de não excluir segmentos sociais à partida do debate.²⁰⁹²¹⁰ E, mais, cabe o abandono da perspectiva de aprisionar o discurso na

²⁰⁴ SOLUM, Laurence B. Construction Ideal of Public Reason. **San Diego Law Review**, v. 30, p. 733-734, 1993.

²⁰⁵ GAUS, Gerald. Public Reason Liberalism. In: **The Cambridge Companion to Liberalism** Edited by Steve Wall. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 112. “[...] a teoria do contrato social era fundamentalmente e explicitamente em causa com a identificação de uma fonte de razão pública”.

²⁰⁶ Idem, p. 112-120.

²⁰⁷ A doutrina aponta algumas semelhanças e contrastes entre a tese de Rawls com outros pensadores liberais “Para Hobbes, razão pública é a razão de uma pessoa – o monarca absoluto – que é o soberano. Para Rawls, a razão pública é a razão do público em geral. Muito mais perto de ideia de Rawls da razão pública é a de Rousseau. Ambos, Rawls e Rousseau, constataam a razão pública ligada a uma razão distinta da lei. Rawls vê a Corte Suprema como a razão pública por excelência e Rousseau afirma que os magistrados devem usar a razão pública, em oposição à razão fornecida por sua própria inclinação natural. No entanto, a crença de Rousseau de que há uma divisão claramente demarcada entre a razão pública e interesse privado não é uma característica da ideia em Rawls”, SOLUM, Laurence B. Construction Ideal of Public Reason. **San Diego Law Review**, v. 30, p. 733, 1993.

²⁰⁸ SOLUM, Lawrence B. Construction Ideal of Public Reason. **San Diego Law Review**, v. 30, p. 733-734, 1993.

²⁰⁹ GAUS, Gerald. Public Reason Liberalism. In: **The Cambridge Companion to Liberalism** Edited by Steve Wall. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.p. 18.

“gaiola de ferro” (*iron cage*) do pensamento secular, a favorecer o uso de *disfarces* argumentativos tão iterativos na *praxe* de aplicação do Direito. A razão pública não deve segmentar os indivíduos. A leitura deve ser oposta. O esforço deve ser inclusivo.²¹¹

Desse modo, busca-se outra matriz teórica de razão pública que possa superar as críticas disparadas contra Rawls. Nesse sentido, a investigação irá trazer os fundamentos, características e propriedades da *teoria da convergência*, cuja paternidade é atribuída a Gerald Gaus.²¹² Após a apresentação dessa teoria, será pensada a viabilidade de seu transporte para a jurisdição constitucional como metodologia de fundamentação pelo Judiciário, sobretudo ao julgar casos de princípios constitucionais não harmonizáveis, ideia essa já testada pelo constitucionalista Jorge Reis Novais, porém no formato rawlsiano, conforme já discutido.

5.2 Do consenso à convergência: uma nova compreensão do uso público da razão

Gerald Gaus é o autor que lidera a construção teórica de um modelo de razão pública fora da base *consensual* rawlsiana, por isso a investigação se debruça sobre sua construção e de seus seguidores (tal como Kevin Vallier), nesse momento, a assentar suas premissas teóricas na *teoria da convergência* no intuito de subsidiar a tese de MacCormick no Direito.

A ideia de razão pública – cuja paternidade é atribuída a Rawls, deriva de um percurso histórico muito mais longo, herdeiro da tradição filosófico-liberal ocidental. Ao interpretar essa tradição – principalmente à luz da leitura de Rousseau e Kant –, Rawls desenvolveu toda sua construção de consenso e razão pública como fórmula para solução do fato do pluralismo²¹³.

Uma interpretação diferente pode apontar para outro sentido da tradição filosófica continental a nos auxiliar cada vez mais a perceber o uso público da razão. De fato, a ideia de razão pública é proveniente da teoria do contrato social – como visto em Rawls –; no entanto, não imediatamente idêntica, há diferenças substanciais. A ideia de razão pública – seja em Rawls ou em Gaus – tenta recriar um formato de “contrato social” entre os indivíduos de uma

²¹⁰ Um esforço de inclusão pode ser feito de diversas maneiras, por exemplo, quando se compreende que o conteúdo da razão pública deve ser preenchido não com razões que os cidadãos obrigatoriamente *vão* aceitar, mas sim que *poderiam* aceitar. SOLUM, Lawrence B. Construction Ideal of Public Reason. **San Diego Law Review**, v. 30, p. 736, 1993.

²¹¹ GAUS, Gerald. Public Reason Liberalism. In: **The Cambridge Companion to Liberalism** Edited by Steve Wall. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 21.

²¹² Refiro-me a obra já mencionada GAUS, G. **The Order of Public Reason: A Theory of Freedom and Morality in a Diverse and Bounded World**. Londres: Cambridge University Press, 2011.

²¹³ GAUS, Gerald. Public Reason Liberalism. In: **The Cambridge Companion to Liberalism** Edited by Steve Wall. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 112.

comunidade política; isso é inegável, não nos parece um equívoco tentar expressar a razão pública dessa forma, como um esforço neocontratualista.

Todavia, enquanto os contratualistas tradicionais focaram-se na ideia de consentimento mútuo entre os indivíduos, a lógica da razão pública busca assentar suas bases na *exigência de justificação pública*²¹⁴. Esse ponto é central. Objetivamente, é possível dizer que a tradição contratualista sempre elegeu o fato do pluralismo como um desafio a ser enfrentado, mas – ao contrário do que menciona Rawls – *a necessidade de compartilhamento de valores através de consenso não é a única leitura possível dessa tradição*. Nas palavras de Vallier, apresentam-se bem as duas compreensões:

A tradição do contrato social foi dividida entre estes dois métodos de resolver o problema da cooperação social: a cooperação social deve ocorrer com base no raciocínio comum [Rawls] ou indivíduos com doutrinas diferentes podem simplesmente convergir para instituições compartilhadas por suas próprias razões [Gaus]?²¹⁵

Essa é a encruzilhada da razão pública liberal. O projeto pode seguir dois caminhos. O primeiro é o *modelo consensual*, no qual as razões devem ter algum conteúdo em comum, tal como ser compartilhada ou objeto de acesso a todos (*shared public reason*). O segundo formato é *modelo convergente*, que não acolhe as premissas narradas e exige que os indivíduos convirjam em direção à formação de instituições públicas.²¹⁶ Nesse sentido, cresce a viabilidade de um paralelo – como veremos – com a doutrina neoinstitucionalista, haja vista que o Direito para esse ramo do pensamento é uma *instituição*. Por ora, voltemos a Gaus; as identificações entre as duas construções irão aparecer naturalmente ao longo da narrativa.

Para Gaus, o desacordo moral é inevitável – Rawls até aqui concorda –, logo reconhece que os cidadãos têm razões distintas; a convergência não busca um equilíbrio consensual, mas sim a *“justificação da consciência pública”*²¹⁷ do pluralismo razoável. Exemplificando a ideia basilar.

²¹⁴VALLIER, Kevin. Must politics be war? In: **Defense of Public Reason Liberalism**: restoring our trust in free society. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 10.

²¹⁵ VALLIER, Kevin. Convergence and Consensus in Public Reason. **Public Affairs Quarterly**, v. 25, n. 4, p. 261, 2011.

²¹⁶ Na distinção de Kevin Vallier, “Uma concepção de convergência de razões exige apenas que os indivíduos aceitem leis e propostas políticas por suas razões individuais; enquanto o consenso requer que as leis e propostas políticas sejam aceitas por razões que têm alguma propriedade epistêmica comum como a compartilhabilidade”, VALLIER, Kevin. Convergence and Consensus in Public Reason. **Public Affairs Quarterly**, v. 25, n. 4, p. 263, 2011.

²¹⁷Idem, p. 264.

Em um restaurante, trabalham três chefes de cozinha de diferentes nacionalidades e formação distintas. Se o prato a ser servido for um peixe cozido, diversos serão os argumentos para a utilização de ingredientes dos mais variados. O chefe francês vai argumentar pelo uso de certos ingredientes típicos da sua formação, assim como o marroquino irá sugerir os temperos que está mais acostumado a usar, e o chefe inglês também usará sua experiência.

Talvez se cada um fosse fazer o prato sozinho, o resultado seria diferente, mas a proposta não é essa, o intuito é cozinhar um prato feito pelos três em conjunto. Se formos buscar um *consenso* a ser justificado à luz do que cada chefe tem para argumentar em defesa da sua experiência culinária, a dificuldade em se chegar ao resultado seria grande. O chefe inglês terá de ser convencido do uso de um tempero muito forte proposto pelo marroquino, talvez não se convença nunca, ou caso demonstre anuência pode ser apenas por gentileza, sem mudar realmente de opinião. Mas, se um deles justificar aos outros a necessidade de deformarem um projeto coletivo e todos buscarem o resultado da entrega do prato, simplesmente confiarem e *convergirem* para esse resultado, será atingida a meta de forma mais simples e estável.

Assim, a convergência, por não exigir a aceitação recíproca e o compartilhamento de razões, avança para, de forma iterativa, recordar à comunidade política a natureza indissociável do pluralismo nas concepções de bem. O chef inglês não precisa ser convencido de que a pimenta marroquina é o melhor ingrediente para o peixe, pois exige-se apenas que os cozinheiros devam convergir no resultado final do prato. Em um modelo de democracia deliberativa cujo o centro de sua preocupação é a justificação pública, a lembrança da diversidade aos cidadãos pode trazer maior sinceridade nas interações políticas a promover, portanto, uma maior estabilidade social, promessa feita pelos adeptos da compreensão consensual, mas não atingida.²¹⁸

Registre-se que a exigência do modelo consensual ao uso de razões permitidas – já muito criticado principalmente no tocante a razões religiosas – gera uma estigmatização de indivíduos em detrimento das concepções de bens de outros indivíduos igualmente racionais que, uma vez *secundarizados*, não são reconhecidos como razoáveis, a ferir a igualdade fundamental entre os homens. A convergência rejeita essa premissa, a incluir todos na jornada

²¹⁸Ibidem. Com relação à estabilidade, há um experimento científico que mostra a autenticidade desta compreensão. Foram feitos testes científicos experimentais reproduzindo situações controladas em computadores de maneira a demonstrar cientificamente, ao menos se trata de uma evidência, que a estabilidade do consenso (Rawls) é a menor do que a estabilidade do modelo convergente (Gaus). Cf. *The Fragility of Consensus: Public Reason, Diversity and Stability*. In: **European Journal of Philosophy**, v. 23, Issue 4, p. 936, Dec. 2015.

de construção da cidadania. Em outras palavras, o modelo consensual comprime o fato do pluralismo; a convergência, não.

A convergência reconhece nos indivíduos um amplo desenho social de atuação, a fomentar uma vida de acordo com seus próprios julgamentos (*moral individual*), ou seja, se afina com o direito fundamental de liberdade, tão perquirido pela tradição liberal. Objetivamente, é possível constatar o ataque do modelo consensual à liberdade quando alguns indivíduos são restringidos de atuar de forma legítima no espaço de uso público da razão para impedir a produção de leis coercitivas. É o exemplo, mais uma vez, de uma pessoa religiosa, cuja identidade torna-se dividida entre o público e o privado, a ponto de ser culpada por sustentar no espaço público sua crença²¹⁹.

Após a apreensão das ideias básicas da teoria da convergência, enfrentemos o mais importante para a investigação. As características, peculiaridades e nuances da teoria.

5.3 Características e fundamento

A matriz da teoria da convergência foi inicialmente formulada por Gerald Gaus na obra *The Order of Public Reason: A Theory of Freedom and Morality in a Diverse and Bounded World*, publicada em 2011. A complexa e extensa obra pode ser dividida em três partes principais. Em um primeiro momento, o autor antecipa um panorama geral sobre as centrais ideias a serem abordadas na sua tese²²⁰. Na segunda parte, propriamente, inicia sua construção. Gaus defende a compreensão de uma funcionalidade da moralidade social – malgrado o ceticismo de muitos²²¹ – capaz de exercer autoridade sobre os membros de uma comunidade política.²²² Por fim, na terceira parte, expõe o ponto culminante de sua tese. Apresenta sua proposta de justificação pública como necessária para compor uma equação possível de ajustamento entre a perspectiva de autoridade da moralidade social e os membros livres, iguais e dotados de responsabilidade presentes na sociedade.

Nesse sentido, a teoria da convergência aposta que em uma leitura da moralidade é possível identificar quem adere e quem não adere à ordem social por meio de um arquétipo.

²¹⁹ VALLIER, Kevin. Convergence and Consensus in Public Reason. *Public Affairs Quarterly*, v. 25, n. 4, p. 264, 2011. Essa crítica à razão pública rawlsiana foi mais desenvolvida no capítulo II.

²²⁰ GAUS, Gerald. **The Order of Public Reason: A Theory of Freedom and Morality in a Diverse and Bounded World**. Londres: Cambridge University Press, 2011.p. 1-49.

²²¹ Por todos, ENOCH, David. The Disorder of Public Reason: A Critical Study of Gerald Gaus's *The Order of Public Reason*". *Ethics* 124, p. 149, 2013.

²²² GAUS, Gerald. **The Order of Public Reason: A Theory of Freedom and Morality in a Diverse and Bounded World**. Londres: Cambridge University Press, 2011.p. 53-258.

Esse divisor de águas, esse padrão de referência em Gaus que irá fazer essa identificação, é a *justificação pública*²²³. Essa é a proposta, enfim, da “*ordem da razão pública*”²²⁴.

Para reconstruir a teoria da Gaus, não será seguido fielmente o percurso feito pelo autor na sua obra. Na busca de um itinerário didaticamente mais palatável, serão expostas e criticadas as seguintes ideias em uma ordem distinta da original.

5.3.1 O problema da indeterminação

O problema da falta de determinação da justificação pública se coloca quando estão em voga questões de maior complexidade de resolução; esta é uma questão central em Gaus. Situações de difícil harmonização solicitam respostas mais objetivas – não necessariamente simples – para, de fato, trazer uma proposta conclusiva à controvérsia. Para o alcance desse objetivo, a proposta de justificação pública deve ser passível de completude e determinação no caso concreto. Essa dificuldade é enfrentada pelos *liberais da razão pública*.

Gaus procura compreender a saída trazida por Kant e Rawls. A busca dessa leitura irá ajudar na elucidação de como a teoria da convergência tenta superar essa dificuldade.

A resolução kantiana parte de tradicional equação liberal de separação entre o público e o privado, sobretudo em duas escalas. Em primeiro lugar, deve-se tentar evoluir nas diferenças pessoais. Não se trata de abandoná-las, mas reconhecer que levá-las ao espaço público pode gerar instabilidade. Trata-se de um exercício de abstração. Em um segundo momento – após esse filtro –, o procedimento segue na busca de algum denominador comum que possa autorizar a produção de normas dentro desse segundo cenário de compartilhamento, a partir de deliberações individuais. Lembre-se que, em Kant, a autonomia individual é o valor central da vida em sociedade²²⁵.

Rawls se inspira em Kant e propõe sua ideia de razão pública a obedecer esse procedimento bifásico. No primeiro momento – relembre-se –, os homens na posição original se despem de todas as suas visões particulares de mundo a autorizar uma normatividade universalizante. Já nesse segundo momento, a escolha irá recair – segundo Rawls – necessariamente sobre os básicos bens suficientes para uma vida em sociedade, posto que os homens estão em situação hipotética de igualdade e, por fim, a escolha nessas bases de uma

²²³VALLIER, Kevin. Must politics be war? In: **Defense of Public Reason Liberalism: restoring our trust in free society**. Oxford: Oxford University Press, 2018.p.7.

²²⁴ Esse é o título do seu livro principal sobre o tema. Ver: GAUS, Gerald. **The Order of Public Reason: A Theory of Freedom and Morality in a Diverse and Bounded World**. Londres: Cambridge University Press, 2011.p. 261-546.

²²⁵Idem, p. 37-42.

única concepção de justiça que irá reger a vida em sociedade. Ou seja, mesmo com uma primeira etapa entregue para uma deliberação coletiva, retorna-se para Kant – escolha individual –, no segundo momento, no cunho de se unificar uma concepção de justiça política nos moldes propostos por Rawls.

Em palavras diretas, Rawls visualiza o obstáculo do pluralismo, a reconhecer que a multiplicidade de avaliações normativas no primeiro momento gera – inevitavelmente – uma *indeterminação*, a se socorrer, por fim, da abstração metafísica para evitá-lo²²⁶. Feita dessa forma, a receita de compartilhamento de ideias comuns segue fiel em Rawls; sem ela não há razão pública.

Entretanto, é pertinente problematizar. Uma coisa é dizer que as razões fruto de um compartilhamento no consenso sobreposto geram uma base normativa consensual para autorizar a concepção de justiça rawlsiana. Isso está claro. Por outro lado, uma circunstância distinta é diagnosticar a única saída para o modelo de justificação na colheita das visões compartilhadas sobre as bases rawlsianas. A leitura de Rawls pode não ser suficientemente estável. O que compartilhamos pode não ser satisfatório para atingir o objetivo. Vejamos um exemplo de desacordo.

O caso da eutanásia, muito em voga hoje em Portugal. Haverá indivíduos razoáveis que defenderão o intangível valor da vida²²⁷, assim como outros sustentarão – a partir de uma influência kantiana – a autonomia do enfermo em se submeter ao procedimento médico fatal. Essas duas premissas podem ser enquadradas na mesma concepção de justiça rawlsiana compartilhada pela sociedade, mas – questione-se – teremos um procedimento seguro e determinado no caso concreto?²²⁸ O exemplo denota a resposta negativa. São duas argumentações legítimas sob o mesmo marco teórico, porém completamente distintas.

Há mais um ponto a ser dito. Rawls se atenta a essa problemática e busca avançar. A opção do autor foi limitar o *conteúdo* da razão pública aos “fundamentos constitucionais e [à]s questões de justiça básica”.²²⁹ Esses são dois pontos em que os indivíduos razoáveis – na leitura rawlsiana – irão consentir livremente e, a partir desses conceitos apontados, as respostas aos desacordos morais serão concretamente mais bem definidas. É um empenho de

²²⁶ Esse diagnóstico é apresentado por GAUS. Cf. GAUS, Gerald. **The Order of Public Reason: A Theory of Freedom and Morality in a Diverse and Bounded World**. Londres: Cambridge University Press, 2011.p. 38.

²²⁷ Não usamos aqui um argumento religioso de forma proposital, haja vista que Rawls já o afasta *ex ante* do consenso.

²²⁸ QUONG, Jonathan. **Liberalism Without Perfection**. Oxford: Oxford University Press, 2011.p.281.

²²⁹ Essa tentativa de Rawls é narrada por seu principal seguidor, Jonathan Quong. Ver: QUONG, Jonathan. **Liberalism Without Perfection**. Oxford: Oxford University Press, 2011.p. 259; p. 281-289.

superar as dificuldades de *indeterminação* em casos complexos, como no exemplo da eutanásia.

Todavia, o esforço rawlsiano não é plenamente satisfatório. O que se observa em Rawls denota *circularidade*. Voltamos para o mesmo problema. A tentativa rawlsiana certamente delimita o espaço da razão pública, malgrado não de maneira decisiva. Fundamentos constitucionais e as questões de Justiça Básica são ainda proposições feitas por meio de conceitos abertos, o que dificulta a concretização da razão pública na prática discursiva.

Em outras palavras, definitivamente não há respostas determinadas para os desacordos morais por meio do formato rawlsiano; persiste ainda certa vagueza ou falta de concretização na construção. Essa crítica ficou conhecida como a *indeterminação da razão pública rawlsiana*²³⁰. Vejamos se a teoria da convergência supera esse desafio.

Para Gaus, um modelo exitoso de justificação pública deve abandonar o esforço em descrever o conteúdo das deliberações dos membros do público. Se for cometido esse erro – como em Rawls –, *sempre* se apresentará o problema da indeterminabilidade. Ou seja, Rawls identifica corretamente o problema, mas não consegue trazer uma solução convincente, ao menos para Gaus.

A resposta pode vir de uma releitura de Kant e Hume²³¹. Esses autores são tradicionalmente lidos como antagônicos. Não é essa leitura de Gaus. A teoria da convergência busca um ponto de conformação entre as duas teorias como caminho inicial para apresentar uma resposta eficaz para a questão da indeterminabilidade da razão pública²³².

Na visão de Gaus, Kant e Hume são leituras complementares e os pontos de contato pertinentes para a proposta da convergência podem ser divididos em dois momentos.

De Hume, pode ser retirada a visão do reconhecimento da *utilidade* das regras morais presentes na comunidade política. É por esse motivo que a moralidade social é pertinente. As suas regras têm serventias para a sociedade, são úteis. Isso determina uma visão obrigatoriamente utilitarista? Se a resposta a essa pergunta for dada por meio das lentes kantianas, será negativa. É o que Gaus faz. Busca diluir Kant em Hume de maneira a concluir

²³⁰ VALLIER, Kevin. Must politics be war? In: **Defense of Public Reason Liberalism: restoring our trust in free society**. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 171-172.

²³¹ Gaus usa a expressão *reconciliação* entre Kant e Hume. Ver: GAUS, Gerald. **The Order of Public Reason: A Theory of Freedom and Morality in a Diverse and Bounded World**. Londres: Cambridge University Press, 2011. p. 45.

²³² GAUS, Gerald. **The Order of Public Reason: A Theory of Freedom and Morality in a Diverse and Bounded World**. Londres: Cambridge University Press, 2011. p. 45-46.

que as regras sociais apresentam utilidade, sim, porém não se pode reduzi-las a uma visão meramente instrumental-utilitarista de regras sociais.

Em um segundo momento, Gaus volta a reconciliar os dois pensadores. Busca em Kant uma dose de “imparcialidade” no uso da razão e reconhece em Hume o caminho gradual da história como meio de compreensão das escolhas feitas pela sociedade no desenvolver da moralidade como *coordenação*²³³. Com essas premissas, Gaus demonstra como o exercício da autoridade na normatividade convergente se liberta do modelo de justificação consensual e se aproxima de uma perspectiva de percepção da progressão gradual das escolhas morais feitas pela sociedade em uma linha evolutiva social.

Gaus evolui e estratifica três pontos sobre o tema que serão agora abordados, nessa ordem: *i*) moralidade social como coordenação; *ii*) autoridade moral e *ii*) regras, evolução e cooperação.

5.3.2 Moral e autoridade

Jeremy Waldron – ao assumir a existência de uma moralidade social objetiva – traz uma classificação aplicável aos autores que pensam a moral nesses termos. Há um primeiro grupo definido pelo autor – de pensadores que reconhecem na moralidade social um aspecto objetivo – fora dos parâmetros normativos individuais ou de escolhas meramente subjetivas. Esse grupo de autores é denominado por Waldron de “*realistas morais*”. Há, ainda, uma segunda família de filósofos que estudam o tema. Esses agora são céticos com relação à existência de uma moralidade objetivamente aferível. A moral é preenchida apenas por prescrições ou juízos morais individuais, não havendo possibilidade de ser objetivamente aferida fora desses padrões; são os denominados por Waldron de “*antirealistas*”.²³⁴

Gaus – na classificação de Waldron – deve ser catalogado como um realista moral. A principal base de sustentação da teoria da convergência é a moralidade social objetiva.²³⁵ Definitivamente, Gaus não aposta – como os liberais contratualistas fizeram – em posicionar a política como solução central para o problema do pluralismo. Para Gaus, a saída está na compreensão convergente da moralidade social, a defender a possibilidade da

²³³Ibidem.

²³⁴ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.p.164-165.

²³⁵ Gaus esclarece que a ideia de moralidade é um conceito mais amplo. Dedicar-se apenas a uma ramificação, denominada por ele de moralidade social. Cf. GAUS, Gerald. **The Order of Public Reason: A Theory of Freedom and Morality in a Diverse and Bounded World**. Londres: Cambridge University Press, 2011. p. 3. Aqui, já é possível identificar um ponto de contato com Dworkin.

justificação pública dessa autoridade²³⁶. Aqui está o fundamento de sua teoria. Um exemplo pode ajudar a demonstrar a importância de moral para a teoria da convergência.

Vejam os exemplos do aborto. Uma pessoa pode aconselhar uma amiga a não realizar o procedimento abortivo com base em argumentos morais. A grávida pode não acolher a sugestão de maneira que a pessoa que aconselhou pode pensar na insignificância do seu conselho em respeito à “autonomia” da mulher que pretende abortar. Poderia pensar algo assim: “Eu lhe dei argumentos morais relevantes, mas não cabe a mim tomar a decisão final; a escolha moral é da pessoa que recebeu o conselho”. De fato, muitas discussões morais se encerram dessa forma. Mas a teoria da convergência não se atém a essa última resposta conformista, não busca autoritarismos de imposições na moralidade, mas definitivamente não menospreza prescrições morais e busca um cunho de legitimidade no exercício da autoridade da moralidade social²³⁷.

Aqui há de se caminhar com cautelas, pois, no geral, construções com esse cunho são imediatamente interpretadas como conservadoras ou autoritárias, pois demandariam leituras subjetivamente alocadas em indivíduos dotados de “autoridade” de maneira a impô-las aos seus semelhantes. Não é bem essa a ideia de Gaus sobre a estrutura e funcionalidade da moral no mundo contemporâneo.

Para desenvolver sua tese, Gaus assume uma variante de Stuart Mill²³⁸ e expõe a moralidade social como uma estrutura básica da vida em sociedade, imprescindível para a constituição de uma comunidade política regulada por um modelo de justificação pública.

A moralidade social é composta em Gaus pelo acúmulo de normas sociais e morais que dirigem a cooperação entre indivíduos de uma comunidade. É a moralidade social que vai *coordenar*²³⁹, por meio de suas regras e hábitos, como as pessoas devem se comportar quando se relacionam perante seus semelhantes em um ambiente de diversidade, típico da alta modernidade.²⁴⁰ Em outras palavras, a teoria da convergência se propõe a explicitar qual é a seleção das regras morais feita pela sociedade para que a vida social não se transforme em um palco de guerras pessoais caracterizada pela ausência do compartilhamento de expectativas.

²³⁶ GAUS, Gerald. **The Order of Public Reason: A Theory of Freedom and Morality in a Diverse and Bounded World**. Londres: Cambridge University Press, 2011. p. 47.

²³⁷ Idem, p. 12.

²³⁸ Idem, p.4.

²³⁹ Nas palavras de GAUS, “Como a moralidade social tem o trabalho de coordenar nossas expectativas normativas e empíricas, é inútil que cada um tenha sua própria visão idiossincrática”. Ver: GAUS, Gerald. On Dissing Public Reason: A Reply to Enoch. **Ethics**, Chicago, University of Chicago Press, n. 125, p. 1092, jun. 2015. p. 1082.

²⁴⁰ GAUS, Gerald. **The Order of Public Reason: A Theory of Freedom and Morality in a Diverse and Bounded World**. Londres: Cambridge University Press, 2011. p.4.

Essa leitura ganha grande relevância, em especial nos desacordos de natureza moral não harmonizável.

Gaus encontra na moralidade social uma funcionalidade determinada e necessária para uma vida harmônica em sociedade²⁴¹. Essa constatação por si só já é um objeto de controvérsia. No entanto, sendo superada essa objeção inicial – para imediata compreensão da teoria gausiana –, é possível avançar e discutir a dicotomia existente entre os autores que valorizam a importância do reconhecimento da moralidade social.

Há uma primeira leitura nesse debate – com fundamento em David Gauthier – a apontar uma finalidade meramente instrumental da moralidade social. A seguir essa linha de raciocínio, as regras morais se comportam como orientações dirigidas a cada membro da comunidade política para que estes atinjam seus objetivos de modo mais eficaz. Não há imperatividade; as regras morais são apenas bússolas de orientação nessa compreensão.²⁴²²⁴³

Gaus nega essa leitura. As razões são independentes e imprescindíveis para o modelo gausiano. Se for pensada uma funcionalidade meramente instrumental da moralidade social, as razões se caracterizariam apenas como uma mera contingência da finalidade instrumental já apontada. Em suma, uma moralidade social, ao privilegiar os fins instrumentais, secundariza as razões a se mostrar incompatível com um modelo de razão pública gausiano.²⁴⁴ A moralidade tem a sua função, porém as razões são autônomas e independentes desta²⁴⁵.

O segundo ponto defendido por Gaus é a defesa da *autoridade da moralidade social*²⁴⁶.

A visão de Gaus aponta para uma fórmula que possa constituir uma receita legítima para qualquer ato estatal de autoridade²⁴⁷. Aliás, para o autor, a moralidade deve ser compreendida como capaz de exercer autoridade. A moralidade social, em Gaus, não se impõe por meio do *autoritarismo*,²⁴⁸ mas sim pela autoridade. Esse conceito para Gaus

²⁴¹ GAUS, Gerald. On Dissing Public Reason: A Reply to Enoch. **Ethics**, Chicago, University of Chicago Press, n. 125, p. 1092, jun. 2015. p. 1081.

²⁴² GAUS, Gerald. **The Order of Public Reason: A Theory of Freedom and Morality in a Diverse and Bounded World**. Londres: Cambridge University Press, 2011. p.5.

²⁴³ Já na introdução Gaus afirmou: “regras morais são necessárias se quisermos avançar nossos fins, mas eles não são apenas servos dos nossos fins”. Ver: GAUS, Gerald. **The Order of Public Reason: A Theory of Freedom and Morality in a Diverse and Bounded World**. Londres: Cambridge University Press, 2011. Introdução, p. vii.

²⁴⁴ Idem, p. 104.

²⁴⁵ Idem, p.6.

²⁴⁶ Idem.

²⁴⁷ Idem, p. 467-4

²⁴⁸ Essa foi uma das principais críticas feita por Enoch à razão pública de Gaus. Ver: ENOCH, David. **The Disorder of Public Reason: A Critical Study of Gerald Gaus’s The Order of Public Reason**. **Ethics** 124, p. 1-36, 2013.

objetiva a preservação de uma autoridade fulcrada no tratamento igual, paritário e responsável entre todos os membros de uma mesma sociedade. Algumas palavras sobre autoritarismo e autoridade – por meio da leitura gaussiana – irão elucidar o sentido compreendido pela convergência.

É possível criticar o *autoritarismo* de diversas formas. Podemos dizer que o regime de Kim Jong-Un na Coreia do Norte faz as escolhas moralmente equivocadas no dirigismo daquela determinada comunidade política ou ainda lembrar que o facismo italiano emitia ordens moralmente reprováveis aos militares, isso, claro, para expressar exemplos didáticos de fácil percepção. Esses argumentos são suficientes para criticar o autoritarismo, mas não são decisivos. O principal argumento possui sua origem em outro ângulo; a convergência pode socorrer nesse ponto.

Com um marco teórico na teoria da convergência, é possível sustentar que identificar a maneira pela qual um governante na prática do autoritarismo enxerga os membros da comunidade é a chave para o principal argumento desconstrutivista do autoritarismo. O olhar de um governante – nessa hipótese – consome a *responsabilidade* dos concidadãos para com a moralidade social. Agride essa responsabilidade a limitar o campo de autoavaliação da normatividade em que se insere o indivíduo. Vejamos com mais um exemplo.

A proposta marxista de normatividade política parte da pressuposição que a classe dos trabalhadores encontra-se em um latente domínio derivado da luta de classes, ou seja, o governante vê o operário sob a veste de uma consciência inventiva de dominação²⁴⁹. Dessa forma, justifica-se a coordenação e autoridade dos líderes sobre os seus membros a disparar uma neblina na capacidade dos homens livres, iguais e responsáveis a rever – em razão desse olhar pretensamente paternalista – a própria base normativa em que estão envolvidos²⁵⁰. Em outras palavras, em Marx, os operários estão atrelados a uma base normativa marxista, asfixiados por essa única visão da natureza humana.

Esse autoritarismo é incompatível com a autoridade da moralidade social sob a ótica da convergência. Essa teoria busca autorizar os membros da comunidade política a reverem – se assim entenderem – as bases da própria normatividade vigente. Ou seja, Gaus invoca a autoridade – a diferenciar do *autoritarismo* –, pois essa só pode ser exercida e mantida nos pressupostos normativos convergentes já acolhidos por cada membro da comunidade

²⁴⁹ O exemplo de Karl Marx é trazido por Gaus em GAUS, Gerald. On Dissing Public Reason: A Reply to Enoch. *Ethics*, Chicago, University of Chicago Press, n. 125, p. 1092, jun. 2015.

²⁵⁰ *Ibidem*.

política²⁵¹. Isso porque a moralidade social lida sob a ótica da normatividade convergente e fornece o substrato suficiente para a prática da autoridade moral dos membros da comunidade política, sem desrespeito ao pluralismo.

Em suma, uma reivindicação de superioridade moral na convergência não se coloca sobre o *conteúdo* da discussão, não se completa com a leitura de quem está certo ou errado. Se a convergência não evoluísse nesse ponto, não haveria como escapar de um eterno *estado de natureza* nas relações entre os indivíduos e pouco se avançaria com relação à teoria rawlsiana. Em Gaus, a alegação de superioridade em um debate sobre um desacordo qualquer, por exemplo, não é posta com base em uma normatividade pessoal, subjetiva, própria do agente, mas sim apenas quando se compreende avaliada do ponto de vista da moralidade social de matriz convergente.²⁵² Nesse momento, faz-se necessária a alusão a alguns pontos trazidos por Gaus como imprescindíveis à compreensão de moralidade social, no intuito de que se atinjam os objetivos narrados.

Em primeiro lugar, uma afirmação problemática, mas necessária. A moralidade social compartilhada é uma evidência nas sociedades contemporâneas²⁵³. Há uma expectativa recíproca de comportamentos sociais no cotidiano. Se Gaus estiver certo nessas afirmativas, mesmo diante do fato do pluralismo, as sociedades contemporâneas vivem em um mínimo denominador político de convivência e a convergência pretende defender que a base normativa não pode derivar de “razão individual”.²⁵⁴ Em palavras diretas, a convergência identifica na obediência o conjunto de regras sociais acolhido pelos membros de determinada comunidade política, mesmo diante da multiplicidade de discursos da contemporaneidade. E aqui está a chave para a compreensão da tese de Gaus.

Ao contrário de outros teóricos da filosofia política, Gaus não apostou na imposição de uma racionalidade deliberativa como solução para um desacordo. Na visão gaussiana, a justificação pública não deve comprovar uma “razão” a um indivíduo no intuito de que ele manifeste seu consenso para a aplicação, mas sim justificar que as razões que ele possuiu –

²⁵¹ Nas palavras de Gaus, *in verbis*, “um sistema de moralidade social baseado na normatividade convergente é aquele em que os membros de uma ordem social, ao engajarem-se em um ‘respeitável’ raciocínio com base em suas próprias perspectivas avaliativas, podem apreciar a base normativa da moral vigente”. Ver: GAUS, Gerald. On Dissing Public Reason: A Reply to Enoch. *Ethics*, Chicago, University of Chicago Press, n. 125, p. 1092, jun. 2015.

²⁵² GAUS, Gerald. **The Order of Public Reason: A Theory of Freedom and Morality in a Diverse and Bounded World**. Londres: Cambridge University Press, 2011. p. 467-468.

²⁵³ GAUS, Gerald. On Dissing Public Reason: A Reply to Enoch. *Ethics*, Chicago, University of Chicago Press, n. 125, p. 1092, jun. 2015.

²⁵⁴ *Ibidem*.

pela sua própria base de avaliação – são capazes de favorecer a aplicação da regra e cooperar para melhor aplicação funcional desta.

5.3.3 Regras, evolução e cooperação

Gaus desenvolve um modelo de justificação pública de base evolucionista, a identificar que a evolução natural de indivíduos em uma sociedade perpassa por seguir regras. As pessoas, ao seguirem as regras sociais, tornam-se mais cooperativas e acabam se beneficiando em uma relação de confiança mútua entre os membros daquela comunidade política.²⁵⁵

Assim, o pensamento gausiano busca compreender a evolução das regras na sociedade e como elas exercem seu poder punitivo sobre os homens; enfim, relata “*o que as regras podem fazer por nós*”.²⁵⁶

Para Gaus, os indivíduos em uma comunidade seguem regras por um motivo específico. Seguir regras significa se adaptar melhor a uma *seleção natural*. Em uma perspectiva evolucionista, Gaus compreende que indivíduos socialmente mais cooperativos tendem a ser mais aptos, mais capazes para contribuir, por fim, para a formação de uma sociedade conjuntamente mais cooperativa.

Veja, desde já, que essa compreensão afasta Gaus da leitura tradicional da filosofia política – Rawls, por exemplo. Para Gaus, os indivíduos não seguem regras por opção de sua racionalidade, não é por meio do uso propriamente da “razão” que seguimos as regras. O que nos coloca na posição de seguidores é uma coordenação de um processo de equilíbrio impulsionado por uma cooperação social alimentada por uma linha evolucionista. Quanto mais as pessoas se empenharem em cooperar para o cumprimento de uma regra, mais irão atrair outros comuns à cooperação. Veja que a atração ao cumprimento da regra não é feita – em Gaus – pelo conteúdo material desta, mas sim em razão dessa função de coordenação feita pela moralidade.

Isto é, as pessoas não irão *consentir* no conteúdo da regra, até podem, mas não é o determinante para Gaus. Com base na teoria da convergência, as pessoas vão *convergir* no cumprimento da regra, fundamentadas na consulta da sua própria avaliação e deverão

²⁵⁵ GAUS, Gerald. **The Order of Public Reason: A Theory of Freedom and Morality in a Diverse and Bounded World**. Londres: Cambridge University Press, 2011.p. 103.

²⁵⁶Ibidem.

justificar publicamente por meio das razões – assim como pensa MacCormick – da formação da própria regra social.

Encerradas as premissas básicas da construção de Gaus, avancemos para o diálogo com outros autores que irão facilitar a reflexão crítica da doutrina gausiana. Em primeiro lugar, Ronald Dworkin.

5.3.4 Dworkin e Razão Pública

A tese da integridade de Ronald Dworkin vem sendo aplicada iterativamente pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro e possui grande aceitação na comunidade acadêmica no Brasil. Nesse sentido e – pela importância da tese para a Teoria do Direito e a Teoria Política – serão trazidas as críticas feitas por Dworkin em diálogo direto com o tema de justificação pública. Foram catalogadas pela investigação a *não adoção* por Dworkin da razão pública rawlsiana em três obras.²⁵⁷

Em *Justice in Robes* o autor dispara várias críticas ao modelo de razão pública aplicado à Jurisdição. Há pontos em que a argumentação de Dworkin pode ser aplicada também à suposição genérica do uso da justificação pública no Direito. Tal debate também pode subsidiar a reflexão crítica sobre a adoção do modelo convergente de justificação pública que será enfrentado mais à frente, o que justifica a exposição da abordagem dworkiniana.

5.3.5. Razão Pública em *Justice in Robes*

A investigação constatou que *Justice in Robes*²⁵⁸ foi a obra em que Dworkin mais contribuiu para o desenvolvimento da razão pública com suas críticas.

Quando Dworkin dialoga com Rawls em *Justice in Robes*, sobretudo no capítulo 9, “Rawls and the *Law*”²⁵⁹, ressalta a importância do estudo da doutrina rawlsiana para o

²⁵⁷ Foram catalogados os seguintes momentos: *i*) DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e prática da igualdade. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, parte um; *ii*) DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, capítulo 9; *iii*) DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, partes 1, 2, e 5. DWORKIN em *Virtude soberana* critica a posição original defendida por Rawls, argumentos esses já enfrentados nesse capítulo, a dispensar uma segunda abordagem nesse momento, para a leitura da crítica DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e prática da igualdade. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.p. 155-156.

²⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, capítulo IX, p. 241-261.

Direito, visto que o formato das razões utilizadas pelos juízes (uso público da razão) é um ponto comumente esquecido pela doutrina jurídica.²⁶⁰

Esse pensador destaca que a filosofia do Direito é um departamento da filosofia política, logo se torna essencial a compreensão dessa disciplina científica que abarca o Direito. No caso de Rawls, Dworkin reforça a noção de que o autor ainda assim pode ser lido como um filósofo do Direito, posto que a sua obra trata indistintamente – de forma proposital – de ambos os ramos do conhecimento: filosofia política e filosofia do Direito²⁶¹.

Dworkin, então, concentra-se em debater o uso público da razão como ferramenta de justificação de desacordos pelo Poder Judiciário, como propunha Rawls, e escolhe as principais características desse formato a concentrar suas críticas, são elas: *i) a reciprocidade* e *ii) a impossibilidade de fundamentação com base em doutrinas abrangentes*²⁶².

A razão pública de Rawls foi originariamente defendida na obra *O Liberalismo Político*, ainda em 1993. A ideia de reciprocidade defendida pelo autor surgiu na “*razão pública revisitada*”, em 1997, como resposta às críticas ao formato inicial. A reciprocidade é um novel requisito para admissão do uso da razão no qual para admissão do projeto rawlsiano se coloca como imprescindível a aceitação da justificação por todos os membros razoáveis da comunidade política.

Dworkin questiona essa condição a não identificar a utilidade ou necessidade dessa construção. A dificuldade do professor norte-americano é entender como a defesa por um cidadão de uma postura moral determinada pode gerar desconfiança com relação à adesão dos outros cidadãos razoáveis no tocante à sua alegação, haja vista tratar-se de um modelo de cooperação social, segundo a argumentação do próprio Rawls.

Dworkin, assim, avança para tentar compreender melhor a ideia. Talvez, pensa o autor, Rawls tivesse o intuito de dizer que um magistrado, ao julgar por meio da razão pública, deveria reivindicar razões que os cidadãos razoáveis *poderiam* aceitar²⁶³. Isso demonstra, portanto, mais uma incompletude da doutrina rawlsiana, pois esse ponto, na leitura de Dworkin, não restou esclarecido em Rawls.

²⁵⁹ Esse capítulo foi originalmente publicado antes do *Justice in Robes*, ainda em 2004, de maneira que as referências nossas serão feitas ao artigo original: DWORKIN, Ronald. Rawls and the Law. In: *Fordham Law Review*, vol. 72, 2004, p. 1387-1405.

²⁶⁰ DWORKIN, Ronald. Rawls and the Law. In: **Fordham Law Review**, v. 72, p. 1388, 2004.

²⁶¹ Idem, pág. 1387.

²⁶² Há ainda outra crítica feita por Dworkin que é a fuga do enquadramento original da razão pública, pois esta não foi pensada para ser um modelo de justificação judicial. Essa constatação dworkiniana será objeto de um tópico à parte, abordado mais à frente.

²⁶³ DWORKIN, Ronald. Rawls and the Law. In: **Fordham Law Review**, v. 72, p. 1397-1398, 2004.

Interessante pensar que o modelo de Gerald Gaus de justificação pública se identifica com a crítica dworkiniana. Como já comprovado, Gaus desenvolve a noção do convencimento das razões *que poderíamos aceitar*, e não, como sugeriu Rawls, nas razões objeto de consenso. Enfim, definitivamente Dworkin descartou a viabilidade do modelo de *shared public reason* na Jurisdição; entretanto, essa argumentação não atinge Gaus, pois ambos os autores – Gaus e Dworkin – comungam da mesma insatisfação quanto ao formato rawlsiano, ao menos nesse ponto.

A segunda crítica feita por Dworkin – esta com mais ênfase – discute a vedação da fundamentação judicial com base em uma doutrina abrangente. Dworkin usa o caso do aborto *Roe vs Wade*²⁶⁴ julgado pela Suprema Corte Norte-Americana para esboçar sua irresignação contra a construção rawlsiana. O autor narra a complexidade da questão jurídica submetida ao Poder Judiciário em razão do viés filosófico e moral.

A reconhecer essa dificuldade, caso a decisão seja em favor da autonomia da mulher para autorizar o aborto – com decidiu a Corte Norte-Americana – não há como escapar de um fundamento direto em uma *doutrina abrangente*. Essa argumentação é coerente com a tese de Dworkin, pois as *razões substantivas* são suficientes para a resolução de desacordos para o autor; logo, não é adequado restringi-las a ponto de predeterminar a vedação da fundamentação judicial direta em apenas uma doutrina abrangente. Eventualmente, pode acontecer – como no exemplo do aborto – a necessidade dessa fundamentação²⁶⁵.

Como se revelará adiante, mais uma vez, a proposição dworkiniana não atinge a construção de Gaus. A teoria da convergência não exclui doutrinas *a priori* do debate, logo a catalogação de doutrinas abrangentes para Gaus é inaplicável; o palco de discussão de dialética em Gaus é mais inclusivo. Não há vedação na construção gausiana para fundamentação *substancialista* de uma decisão judicial, mas há condições. As razões devem ser – repita-se – razões *que poderíamos aceitar*, dentro da lógica já apresentada da teoria de convergência.

Sendo assim, restou claro que as críticas apresentadas por Dworkin, de fato, são diretamente direcionadas ao formato rawlsiano. Estendê-las à teoria da convergência é um equívoco.

²⁶⁴ Para uma abordagem mais minuciosa sobre o caso *Roe vs. Wade*, ler DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. [S.l.]: Harvard University Press, 1997, capítulo 1.

²⁶⁵ DWORKIN, Ronald. Rawls and the Law. In: *Fordham Law Review*, v. 72, p. 1398, 2004.

5.4 Convergência, Dworkin e democracia

É possível ainda explorar a construção de Dworkin para subsidiar a reflexão com a tese de Gaus. Nesse ponto, o diálogo será entre a leitura dworkiniana de democracia²⁶⁶. Para isso, iremos nos socorrer das lições de John Trascher e Kevin Vallier, dois expoentes seguidores da tese gaussiana na atualidade para subsidiar a construção.

Registre-se que, nitidamente, a razão pública *indireta*²⁶⁷ – sustentada pelos autores – ainda é uma proposta em construção a necessitar de um melhor desenvolvimento. No entanto, a compreensão do conteúdo da proposição pode ser associada à compreensão de democracia de Dworkin.

Dworkin sugere que a leitura moral²⁶⁸ da Constituição é uma “verdade” de maneira a trazer a moralidade política para o centro²⁶⁹ do direito constitucional, mesmo a reconhecer que o Poder Judiciário negue essa premissa explicitamente em suas decisões²⁷⁰. Assim, segue o autor a afirmar que a compreensão da leitura moral – ao contrário do que possa aparecer em uma visão apressada – não causa ruídos à Democracia; ao contrário, é um instrumento para fortalecê-la.²⁷¹²⁷²

Segundo tal linha de intelecção, ao afirmar que a “*democracia é um governo do povo*”²⁷³ deve-se observar se a comunidade política age coletivamente em determinadas ações. Em algumas delas, o indivíduo atua singularmente; em outras, em uma perspectiva coletiva. Aqui, surge a necessidade de se compreender as formas de “*ações coletivas*”²⁷⁴, realizadas por grupos para melhor situar-se no exercício adequado da democracia e saciar a ansiedade de

²⁶⁶ Refiro-me à obra DWORKIN, Ronald. **Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution**. [S.l.]: Harvard University Press, 1997.

²⁶⁷ A nomenclatura conferida para teoria da convergência de Gaus usada pelos autores mencionados é *razão pública indireta*. A investigação não percebeu rupturas com a moralidade social convergente gaussiana; trata-se apenas de uma novel nomenclatura apontada pelos autores.

²⁶⁸ O próprio autor destaca que a leitura moral não se presta a ser utilizada em todas as normas constitucionais; tem normas que não demandam essa leitura. Por outro lado, “[...] você só pode entender o *Bill of Rights* com um conjunto de princípios morais”. Cf. DWORKIN, Ronald. **Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution**. [S.l.]: Harvard University Press, 1997. p. 7-8.

²⁶⁹ Idem, p.2.

²⁷⁰ Idem, p.4.

²⁷¹ Idem, p.7.

²⁷² A partir dessa premissa, o autor parte para uma análise da premissa majoritária, que nos seduz a dizer que o poder, uma vez delegado pelo povo aos seus representantes, o foi realizado por meio de um processo político justo. Porém, o próprio Dworkin questiona se os próprios argumentos de defesa da premissa majoritária não seriam argumentos baseados na moralidade política. Ver: DWORKIN, Ronald. **Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution**. [S.l.]: Harvard University Press, 1997. p. 15-19.

²⁷³ Idem, p. 19.

²⁷⁴ Ibidem.

estudiosos do Direito em compreender uma estratégia de interpretação constitucional que possa melhor conter o exercício da competência (do Poder) do Judiciário²⁷⁵.

Destarte, é possível distinguir duas modalidades de ações coletivas: *i)* estática e *ii)* comum²⁷⁶. Na estática, o indivíduo age por conta própria sem se dar conta de que está atuando como um grupo. Quando o mercado financeiro baixa o valor do dólar, evidencia-se uma manifestação da *ação coletiva estática*. A queda do valor foi resultado de uma ação de instituições financeiras internacionais, por meio de investidores que, a partir de transações financeiras *individuais*, afetaram o preço da moeda. Todavia, alerta Dworkin, “*quando as pessoas faziam não tinham isso em mente*”²⁷⁷.

Em outras palavras, as decisões da democracia na perspectiva estática são tomadas pelo povo a desconsiderar o individualismo de cada membro. Nesse sentido, é possível concluir que a premissa majoritária propõe uma leitura da democracia nesses moldes²⁷⁸.

Já na *ação coletiva comum*²⁷⁹, o indivíduo age com a sua contribuição individual, porém na consciência e harmonia de um grupo. Dworkin traz o exemplo de uma orquestra sinfônica. A orquestra, para tocar uma sinfonia, depende de ação *individual* de todos os músicos. No entanto, não se trata de um mero exercício de ação coletiva estática, pois para o êxito da orquestra não é suficiente que o pianista, baixista ou o flautista se contentem na ação *apenas* individual. É imprescindível que toquem *como* uma orquestra.²⁸⁰

Nessas premissas, Dworkin defende o modelo de democracia baseado na *ação coletiva comum*, de maneira a se exercer uma democracia com esteio na *moral* de cada um de seus membros da comunidade política a encorajá-los a terem suas próprias reflexões e convicções morais pessoais²⁸¹.

Nesse modelo, indivíduos têm a oportunidade de fazer a diferença nas ações coletivas, mas constata-se uma tendência dos *músicos* a acompanharem a decisão do *maestro*, mesmo que subjetivamente não a endossem, pois o maestro busca a harmonia, atento a não romper com a democracia comum. Nenhum músico, por exemplo, submeter-se-ia a uma postura

²⁷⁵ DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. [S.l.]: Harvard University Press, 1997.p. 12.

²⁷⁶Idem, p. 19.

²⁷⁷ O exemplo é de autoria de Dworkin. Cf. DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. [S.l.]: Harvard University Press, 1997.p. 19.

²⁷⁸Idem, p. 17-18.

²⁷⁹Idem, p. 20.

²⁸⁰Idem, p. 20.

²⁸¹Idem, p. 25.

excessiva do maestro que não apenas apontasse a direção da harmonia musical mas se arvorasse em um ato de estipular qual o padrão determinado músico deveria tocar²⁸².

Nesse ponto, associamos a tese de democracia comum de Dworkin com o neoinstitucionalismo de MacCormick e a justificação pública de Gaus.

Aqui, a justificação pública – não como no frágil modelo rawlsiano de consenso sobreposto – torna-se dinâmica e segura a trazer uma ferramenta para instrumentalizar a democracia no sentido *dworkiniano*. O intuito é alcançar uma estabilidade *inerente*, ferramenta salutar para o exercício da cidadania e transportá-la para o Direito – já que a comunidade política é a fonte de legitimidade – sem causar ruídos à democracia quando a Suprema Corte julgar desacordos morais cada vez mais frequentes nas sociedades do século XXI, em particular nas hipóteses que envolvam a interpretação de *cláusulas abertas* previstas na normatividade.

Dessa forma, formadas estarão as bases para a atenuação de modelo de democracia majoritário²⁸³ e para caminhar em direção à adoção do modelo comum de democracia. Nesse intuito, fomenta-se que a Suprema Corte funcione ao julgar os casos de inconstitucionalidade na sua função de *institucional* (MacCormick) de agência de aplicação do Direito. Ou seja, uma função de *coreógrafo* (Gaus) a se comportar como o *maestro* da *orquestra* compreendida por Dworkin.

Obviamente, surgem diversos outros questionamentos a partir das premissas elencadas nesse item que fogem ao objetivo da tese. Porém – ainda que de forma superficial –, restou evidente o enquadramento da sugestão de Dworkin da moldura de democracia com o neoinstitucionalismo de MacCormick e a teoria da convergência de Gaus.

5.5 Enquadramento teórico no Direito

O transporte de um modelo de justificação pública – seja de Gaus ou Rawls – para um eixo de fundamentação de decisões judiciais de uma Suprema Corte é uma das maiores dificuldades de quem se debruça sobre o tema e aqui reside a mais pertinente crítica de Dworkin.²⁸⁴ Vejamos como o autor contextualiza sua análise.

O professor de Harvard destaca dois momentos da construção rawlsiana para expor sua crítica. Primeiro, expõe a chamada “posição original” como um momento em que

²⁸²Idem, p. 25.

²⁸³Idem, p. 17-18.

²⁸⁴ DWORKIN, Ronald. Rawls and the Law. In: **Fordham Law Review**, v. 72, p. 1387-1405, 2004. .

assumidamente Rawls formata os princípios da justiça dirigidos à constituição das instituições democráticas, mas alerta para um recorte. Apenas em um segundo instante – após a criação das instituições –, torna-se possível a interpretação de princípios abertos por essas mesmas instituições já formadas, incluindo aí as decisões da Suprema Corte Americana. É nesse contexto que Dworkin é assertivo no questionamento: “[...] *Porque as pessoas que escolheram os dois princípios de justiça de Rawls na posição original também irão escolher a mesma caracterização de um papel do juiz?*”²⁸⁵.

Em palavras nossas, se a razão pública coloca-se como um modelo de racionalidade deliberativa para formação das instituições será viável deslocá-la dessa leitura inicial e realocá-la para a concretização de princípios abstratos na jurisdição?

Como Dworkin didaticamente divide a tese de Rawls em dois momentos para criticá-la – criação das instituições e posterior justificação – é possível dividir também sua crítica em dois pontos.

Em primeiro lugar, Dworkin se dirige às instituições na posição original para demarcar a formação dos princípios de justiça naquele momento. Apenas depois questiona se essa escolha deve ser a mesma na jurisdição constitucional. Ou seja, a crítica de Dworkin ao uso público da razão – *ao menos nesse item* – se aproxima mais de um questionamento à posição original do que da razão pública propriamente dita, pois atinge antes o pressuposto teórico da razão pública, e não as características do uso público da razão. Desconstruído o pressuposto, porque dar prosseguimento à tese rawlsiana? Nesse ponto, concordamos com Dworkin: a posição original de Rawls recai em um abstracionismo a não formar uma base sólida para a configuração de uma concepção política de justiça. Sendo assim, fadado ao insucesso o método de justificação (razão pública) construído com esse marco teórico, ponto esse já enfrentado no capítulo IV.

No entanto, é possível evoluir. Caso seja identificada uma hipótese de justificação pública cuja formação não se dê por meio dos princípios escolhidos na posição original, mas com outra compreensão de gênese epistemológica – no caso a teoria da convergência –, talvez seja possível afastar a crítica de Dworkin a essa nova matriz. Essa superação não seria imediatamente decisiva, mas certamente poderia isolar e manter a crítica de Dworkin somente com a matriz com que ele dialogou diretamente: a matriz rawlsiana.

Insistimos no ponto. Talvez, mesmo com esse esforço, problematizamos, o questionamento de Dworkin ainda não tenha sido inteiramente respondido. Alguns podem

²⁸⁵Idem, p. 1395.

dizer que o problema persiste, pois mesmo com a identificação de um novo fundamento para justificação pública distinto da criticável posição original de Rawls, porque esse novel fundamento pode ser transportado para a fundamentação da jurisdição constitucional? Aqui se chega a uma dificuldade que deve ser assumida aos investigadores que se debruçam sobre a viabilidade da adoção de um modelo de justificação pública na Jurisdição Constitucional.

A teoria da convergência pode ser lida como uma superação de diversos aspectos do modelo consensual-rawlsiano, malgrado permaneça o questionamento feito por Dworkin sobre a justificativa do transporte para a justiça constitucional. Muitos são os avanços; todavia, algumas críticas coincidem e essa é uma delas.

Nessa linha de argumentação, o alerta de Dworkin é atualizado por Luís Pereira Coutinho, agora em diálogo com a teoria da convergência. O jurista da Universidade de Lisboa destaca que a fuga do enquadramento original é um questionamento a ser respondido pelos adeptos da teoria gausiana²⁸⁶. Pois bem, pergunta-se: será possível avançar nesse ponto? Ou, mais uma vez, voltamos a ser incrédulos em negar a viabilidade da adoção de um vetor de justificação pública para o Judiciário e membros do público em tempos de alta modernidade? Vejamos se é possível desenvolver uma resposta construtiva.

A busca do uso de uma razão pública comum para a formação de uma instituição não é diferente de uma justificação feita pelo Judiciário nas suas decisões. Na verdade, a pergunta é a mesma a nos intuir a mesma resposta para os dois problemas.

A problemática que nos motiva, para muitos, é de natureza jurídico-política²⁸⁷. Busca-se um modelo de fundamentação judicial quando a Suprema Corte decidir desacordos fraturantes a partir de demandas provocadas pela comunidade política. Objetivamente se questiona: a teoria da convergência pode subsidiar a manutenção da autoridade dessa Corte em caso de desacordos morais? Há alguma teoria sólida do Direito que possa subsidiar a aplicação da convergência dentro de um ambiente democrático?

Nesse momento, não interessa diretamente a resposta, mas sim identificar a semelhança da problematização com o questionamento que a teoria de Gaus pretende responder. Se essa identificação for feita, isto é, se o questionamento de Gaus for o mesmo que o nosso, talvez a resposta de Gaus possa servir para responder nossa pergunta a autorizar

²⁸⁶Essa dificuldade foi apontada por LUÍS PEREIRA COUTINHO. Cf. COUTINHO, Luís Pereira. Jurisdição Constitucional e Justificação Pública. **II Jornada de Metodologia Jurídica – Desenvolvimento Judicial do Direito**. Org. Prof. Doutor José Lamego, Centro de Investigação de Direito Privado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 6 de outubro de 2016.

²⁸⁷ COUTINHO, Luis Pedro Dias Pereira. O facto do pluralismo e a fiscalização judicial de constitucionalidade. In: Paulo Adragão (Coord.), **Atlas do colóquio Luso-Italiano sobre liberdade religiosa**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 72.

um experimento de transporte do modelo de justificação pública convergente para a teoria da decisão. Por óbvio, essa exigência – de fundamentar desacordos morais com base na convergência – só seria posta no Direito em casos bem excepcionais nos quais fossem identificados exatamente o mesmo problema que motiva Gaus a desenvolver sua tese.

O intento de Gaus é de propor uma novel compreensão de uma epistemologia da moral. A partir dessa proposta, deve ser feita uma justificação pública coerente com essa compreensão prévia. Essa justificação é a forma de conferir legitimidade às decisões tomadas pelas instituições públicas de maneira a trazer estabilidade nas relações sociais. O autor questiona se alguma compreensão da moralidade social é suficiente para formar um espaço de integração em uma comunidade política, mesmo diante do fato do pluralismo. A teoria da convergência é a sua resposta positiva para tal problema.

O recorte feito nessa investigação também busca investigar uma metodologia de justificação capaz de manter a estabilidade e a autoridade possível do Poder Judiciário em decisões moralmente sensíveis, típicas de julgamentos feitos por Corte Supremas no século XXI. Por isso, vislumbra-se a possibilidade de transporte para Jurisdição Constitucional.

Em palavras diretas. A convergência pode servir tanto para a formação do Poder Judiciário – como órgão dotado de estabilidade – quanto para a *manutenção*²⁸⁸ *estável* desse mesmo órgão, pois se trata da mesma resposta para um idêntico questionamento. Desse modo, a justificação pública de matriz convergente pode ser ensaiada como um argumento a ser trazido para a teoria da decisão judicial²⁸⁹.

Todavia, o fato de identificarmos a mesma preocupação tanto na filosofia política quanto na jurisdição constitucional não esgota, por óbvio, nossos desafios de utilização da justificação pública pela jurisdição constitucional, mas já é possível identificarmos uma conclusão parcial.

Se Gaus – em uma perspectiva de filosofia analítico-normativa – propõe a justificação pública com base na teoria da convergência como a melhor solução para o problema do funcionamento adequado das *instituições*, essa visão serve de base epistemológica de uma leitura neoinstitucionalista do Direito. Nossa sugestão é MacCormick, cujas bases já foram apontadas. Em MacCormick, a ideia do transporte da teoria de justificação pública de Gaus da política para a jurisdição constitucional aproxima-se de uma viabilidade.

²⁸⁸CHUNG, Hung. Public Reason, Convergence Discourse, and the Well-Ordered Society Under Crisis. Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2862832>>. p. 5.

²⁸⁹ Retornaremos a esse ponto mais à frente.

5.6 Rawls, Vallier e MacCormick

Há alguns pontos de contato de MacCormick com Rawls. Esse item busca a identificação deles a destacar também como é possível superá-los com a teoria da convergência.

Como já afirmado, Rawls assenta que o consenso sobreposto é possível mesmo com o pluralismo existente nas sociedades atuais²⁹⁰. Assim, com o consenso justificado por meio da razão pública atinge-se a estabilidade *inerente*, uma vez evidenciada a aceitação entre os membros da comunidade.²⁹¹ Com essa postura, cada cidadão confia ao próximo o exercício do poder político por meio das razões públicas, a gerar *confiança social* e consolidar a concepção política de justiça proposta no liberalismo político.²⁹²

Aqui, há uma debilidade. Rawls invoca o chamado *dever de civilidade*²⁹³, que sugere a utilização da razão pública aos membros da comunidade, a gerar uma dívida. Se imposto – ou sugerido – pelo dever moral de civilidade, como garantir ao indivíduo a reciprocidade da estabilidade? Em outras palavras, a sugestão de um dever de civilidade generalizado para o uso público da razão não cega a real adesão do indivíduo às razões certas? E, a partir daí, não se caracterizaria uma *fragilidade do consenso sobreposto*, pois sem essa real adesão individual não tenderia a ruir o consenso? Não há garantias de aceitação das razões compartilhadas entre todos. Há de se reconhecer que no modelo rawlsiano o indivíduo pode manifestar as razões de aceitação *em nome* da civilidade ou por um mero “acordo de cavalheiros”.

Assim, caso seja encontrada uma forma de incrementar a *sinalização* aos indivíduos de que os outros membros da comunidade também comungam do mesmo formato de justificação pública, isso pode trazer estabilidade, ainda mais agora em uma perspectiva mais segura, sem a necessidade de preencher as condições metafísicas – propostas por Rawls – de uma sociedade radicalmente idealizada.

Em outras palavras, a busca é a compreensão de um modelo de justificação pública em que os indivíduos tenham a garantia de que os outros membros da sociedade também reconhecem a existência desse novo formato sugerido. Para John Trascher e Kevin Vallier, o

²⁹⁰ RAWLS, John, **O liberalismo político**. 2. ed. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000. p. 179.

²⁹¹ RAWLS, John, op.cit.,p. 194, 195, 196.

²⁹² THRASCHER, John; VALLIER, Kevin, op.cit.,p. 934.

²⁹³ THRASCHER, John; VALLIER, Kevin, op.cit.,p. 939-940.

modelo rawlsiano não atinge esse objetivo. Os autores propõem, então, uma classificação dicotômica entre razão pública direta e indireta. Denomina-se, portanto, a tese da razão pública rawlsiana de *direta*²⁹⁴, pois é “*a deliberação direta dos cidadãos uns com os outros que fornecem a garantia*”²⁹⁵ da estabilidade, que parece ser insustentável. Explica-se²⁹⁶ por meio da analogia.

Se dois carros estão em um cruzamento, qual a melhor maneira de atravessarem de forma segura? Inicialmente, imagine-se uma rua com deficiências de iluminação pública e sem nenhuma sinalização de parada. Nesse caso, os condutores de cada veículo irão utilizar seus recursos internos, tais como buzinas e faróis, além de sentidos como a visão e audição para se guiarem de forma adequada.

Segundo John Trascher e Kevin Vallier, esse mecanismo usado no exemplo é semelhante à razão pública *direta* (Rawls) a apontar um déficit com o *fato do pluralismo*, apesar de essa ser a promessa rawlsiana. Na analogia, caso o número de automóveis cresça, o tráfego de veículos torna-se caótico, o trânsito não flui com naturalidade, pois a maneira com que os condutores se comunicam diretamente é falha, porque é inconsistente em empreender uma garantia recíproca entre os motoristas quando a quantidade de condutores é extensa.

Aqui, surge a sugestão nominada de razão pública *indireta* de matriz gaussiana a fomentar um paralelo com a leitura de MacCormick sobre a dinâmica do cumprimento espontâneo das regras sociais pelos indivíduos.

A teoria da convergência quer garantir a adesão dos cidadãos no projeto de razão pública, mas pretende evitar a direta deliberação entre os partícipes. Na analogia, é sugerível um *semáforo*. Assim, é desnecessária – diante dessa experiência – a confirmação *direta* dos motoristas da intenção de cada um, pois os condutores vão identificar facilmente que o melhor interesse é *convergir* na sinalização apontada pelo semáforo. Destarte, basta conduzir na orientação emitida pelo semáforo (*coreógrafo*)²⁹⁷ para garantir a segurança do trânsito, indiretamente.

²⁹⁴ THRASCHER, John; VALLIER, Kevin, op.cit., p. 953, ao argumentar pela fragilidade do consenso sobreposto: “A Lei por si só não pode produzir estabilidade pelas razões certas; ela só pode manter as pessoas na linha. Portanto, o principal mecanismo de garantia de Rawls é direta. Se o mecanismo de garantia direta falhar [...] os mecanismos indiretos secundários provavelmente não serão fortes o suficiente para salvar o sistema”.

²⁹⁵ THRASCHER, John; VALLIER, Kevin, op.cit., p. 941.

²⁹⁶ O exemplo é de autoria de John Trascher e Kevin Vallier, em THRASCHER, John; VALLIER, Kevin, ob.cit. p. 946-947.

²⁹⁷ Os autores apontam que o semáforo, no exemplo narrado, equivale ao *coreógrafo* para a teoria dos jogos. Assim, “Coreógrafos ajudam de forma significativa o processo de formação e manutenção da garantia porque os jogadores não precisam de coordenação direta; eles ganham simplesmente cumprindo as instruções prestadas pelo coreógrafo”. Cf. THRASCHER, John; VALLIER, Kevin, ob.cit. p. 946. Os autores prosseguem e concluem sobre a atuação do *coreógrafo* que “[...] nenhum motorista pode unilateralmente fazer melhor ao desviar da

Essa compreensão é próxima da leitura institucional feita por MacCormick do funcionamento das regras sociais, já exposta aqui por meio do exemplo da *fila na cafeteria*. Influenciado pela leitura de Hart sobre a moralidade social – na qual o autor diferenciava *hábitos de convergência de regras sociais* –, MacCormick parece identificar a normatividade do padrão de conduta convergente, mas, ao contrário de Hart – suspeitamos –, parece não ser cético com relação à relevância de comportamentos sociais convergentes para o Direito, ao contrário. A leitura inicial do autor nos faz apreender o desenvolvimento dessa ideia, não a sustentar o sentido afirmado por Austin de que os hábitos de convergência determinaram o Direito, mas sim compreender que há uma *coordenação* de comportamentos sociais convergentes na comunidade política que possuem relevância para o Direito e essas condutas podem, sim, serem mais relevantes do que as *regras sociais*, pois muitas das vezes não se constata a famosa postura *crítico-reflexiva* – dita por Hart – na concretização de regras.

No entanto, MacCormick não dialogou com Gaus. A obra *Institutions of Law* é datada de 2007.²⁹⁸ Naquele momento histórico, o debate entre Rawls e Gaus ainda não havia sido inaugurado no cenário acadêmico internacional. Relembre-se que a obra *The order of public reason*, de Gerald Gaus, veio a ser publicada pela primeira vez apenas em 2011.²⁹⁹ Assim, é natural a identificação de alguns pontos de contato entre MacCormick ainda com Rawls.

No nosso caso, um único ponto se apresenta de maior evidência: a leitura de MacCormick sobre a dinâmica de desenvolvimento das regras sociais a partir do *compartilhamento* dos sentidos morais entre os indivíduos.

MacCormick, apesar de identificar a regra social como uma prática convergente, parece não fugir de algumas noções rawlsianas, como a *necessidade de compartilhamento* de conteúdos para formação do consenso sobreposto, a ser justificado em Rawls pelo seu formato de razão pública. Essa interseção fica clara quando MacCormick afirma que as regras sociais produzidas por fontes informais podem representar um limite na argumentação judicial do Direito. O autor exemplifica esse limite por meio dos *mínimos consensuais éticos* descritos nos documentos internacionais de Direitos Humanos.

direção da luz de tráfego; assim, o novo mecanismo de correlação cria uma nova convenção, estável”, THRASCHER, John; VALLIER, Kevin, ob.cit., p. 946.

²⁹⁸ Refiro-me à obra: MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

²⁹⁹ Refiro-me à obra: GAUS, G. **The Order of Public Reason: A Theory of Freedom and Morality in a Diverse and Bounded World**. Londres: Cambridge University Press, 2011.

Ocorre que, em Gaus, a justificação das regras sociais não derivam necessariamente de um *compartilhamento de conteúdos substantivos*³⁰⁰. Ao deslocar a premissa da estabilidade do consenso para a atuação do *coreógrafo*, a teoria da convergência ganha em dinamismo. Em matéria de legitimidade, o Direito, visto sob esse ângulo, não está atrelado ao conteúdo da deliberação direta entre os partícipes da sociedade, como se evidencia na razão pública rawlsiana. A relação-base da razão pública não se perfaz entre os indivíduos, mas sim entre os indivíduos e o *coreógrafo* – a Constituição, por exemplo – a ser interpretada pela Corte Suprema.

Assim, tanto na razão pública direta quanto na indireta as pessoas vão avaliar subjetivamente se vão seguir ou não no projeto de acolhimento do uso público da razão. A razão pública indireta (convergência)³⁰¹ também se utiliza do dever de civilidade como pretende a razão direta, porém há uma diferença substancial. A figura do *coreógrafo* torna de menor importância o dever de civilidade na razão indireta, a trazer uma estabilidade *inerente*,³⁰² a evitar, portanto, que a sincera anuência ao projeto do *coreógrafo* seja encoberta pelo dever de civilidade, como ocorre na razão pública direta.

John Trascher e Kevin Vallier problematizam, ainda, a questão a apontar como identificar e quais seriam os *coreógrafos*³⁰³ aptos a desempenhar com exatidão o papel apresentado. Podem ser considerados como coreógrafos: grupos, leis, pessoas, Constituição, Suprema Corte e, inclusive – que desperta nosso interesse –, *uma instituição* ou, nas palavras de MacCormick, uma *ordem normativa institucional*.

Dessa forma, o Direito na perspectiva de MacCormick se apresenta como instituição que aos olhos da teoria da convergência pode figurar como coreógrafo para sinalizar o sentido adequado da moralidade social de matriz convergente no ordenamento jurídico. Ou seja, regras sociais de caráter normativo identificadas em fontes informais por meio das lentes da teoria da convergência podem se tornar regras jurídicas a partir de um coreógrafo: o Direito, agora, já assumindo a natureza de uma *instituição*.

A partir desse ponto, passa-se ao segundo coreógrafo: a Suprema Corte. A lógica é a mesma. Ao compreender esse papel, mostra-se valorizada a teoria da convergência no Direito

³⁰⁰ Há diversas outras diferenças com Rawls. No momento, estamos dando ênfase apenas a uma delas: a necessidade de compartilhamento.

³⁰¹ Compreende-se a expressão razão pública indireta como um *nominalismo* utilizado pelos autores em uma perspectiva didática para ressaltar a diferença entre a estabilidade das duas matrizes Gaus e Rawls, mas fora esse recurso não observamos distinções com a leitura de Gerald Gaus sobre a justificação pública de matriz convergente.

³⁰² THRASCHER, John; VALLIER, Kevin, op.cit., p. 947.

³⁰³ THRASCHER, John; VALLIER, Kevin, op.cit., p. 946.

de maneira a surgirem novas respostas sobre a legitimidade das decisões do Judiciário e a manutenção de sua autoridade.

A Suprema Corte, fiel à perspectiva de MacCormick a partir dos destinatários das normas, pode sinalizar que a mera imposição de comandos decisórios pelo Judiciário, sem preocupações com a *lealdade*³⁰⁴ dos usuários da norma, não atende a um discurso judicial legítimo para julgar desacordos morais³⁰⁵. Em outras palavras, é possível refletir se a justificação pública por meio da convergência utilizada por uma Corte em suas decisões fomentariam uma atuação do Tribunal em se arvorar no dever de agir como *coreógrafo* a se empenhar na função de direcionar os *motoristas* a não se afastarem das luzes apontadas pelo *semáforo*.

Assim, em conclusão parcial, parece-nos viável experimentar o Direito como *ordem normativa institucional* em MacCormick como destinatário de regras sociais de matriz convergentes (agora com Gaus). Nesse sentido, poderia ser formada uma base epistemológica de MacCormick em Gaus cujas consequências teóricas e dogmáticas ficarão mais claras com um aporte na teoria da argumentação de MacCormick.

5.7 Gaus por meio de MacCormick

5.7.1 Gaus, MacCormick e a teoria da argumentação jurídica

MacCormick escolhe ideias de Dworkin na sua construção ao revelar a necessidade de adoção do interpretativismo. Para o professor de Edimburgo, não há como fugir de um discurso de fundamentação judicial do Direito fora da interpretação. A prática interpretativa do Direito não é simples. Dessa maneira – como os casos de dúvida são extremamente

³⁰⁴ THRASCHER, John; VALLIER, Kevin, op.cit.,p. 948.

³⁰⁵ Em sentido próximo a essa preocupação, afirmou Luís Pereira Coutinho: “A questão que tenho em mente prende-se ao pluralismo constitucional, com ausência de sentidos partilhados nas sociedades contemporâneas – sentidos dos quais os juízes pudessem retirar a sua ‘força’, interpretando as Constituições em conformidade e concretizando as correspondentes normas. [...] há questões sérias a levantar. Desde logo, juízes constitucionais que ajam a partir de sentidos não partilhados serão inevitavelmente vistos, não apenas como destituídos de legitimidade, mas pior ainda, como um corpo ao serviço de pretensões ao absoluto e das pretensões simbólicas de um sector da comunidade contra outro. À tirania das maiorias substituir-se-á a – pelo menos assim percebida por muitos – tirania da jurisdição constitucional”, COUTINHO, Luis Pereira. O facto do pluralismo e a fiscalização judicial de constitucionalidade. In: Paulo Adragão (Coord.), **Atlas do colóquio Luso-Italiano sobre liberdade religiosa**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 76.

frequentes –, a disputa de sentidos de textos normativos é nominado por MacCormick como *problemas de interpretação do Direito*.³⁰⁶

Ao abandonar o modelo positivista, o autor, em *Rhetoric and the Rule of Law*³⁰⁷, compreende a inevitável interpretação e aplicação de normas jurídicas com lastro em valores políticos. Em outras palavras, mesmo em raciocínios simples, a coordenação de princípios jurídicos e valores políticos é inevitável³⁰⁸. Como já afirmado, trata-se de uma constatação tipicamente pós-positivista.

O Direito para MacCormick é uma ciência essencialmente argumentativa.³⁰⁹ A consequência desta constatação observa-se na afirmativa de que a construção do processo judicial dialético é realizado a partir de argumentos *persuasivos*³¹⁰, ou seja, as partes no litígio irão apresentar suas razões no intuito de convencer o Estado-Juiz sobre a preponderância de sua argumentação.³¹¹ Sendo assim, a dificuldade que se coloca no Direito é alcançar uma segurança jurídica satisfatória apesar da naturalmente consequente incerteza decorrente de sua dimensão argumentativa.

Segundo essa linha de intelecção, MacCormick sustenta a possibilidade da teoria do Direito apontar quais os argumentos a partir de um padrão de racionalidade são os mais convincentes e aptos a persuadir. Aqui, nos interessa a justificação dos casos difíceis – ou pragmaticamente difíceis –, pois nesta seara reside a maior dificuldade do operador do Direito do século XXI. Vejamos, então, a proposta de justificação do professor escocês, a iniciarmos por sua influência em Robert Alexy.

MacCormick assume a influência de duas teses de Alexy, que são a tese do *caso especial* e a tese da *correção*³¹². Em Alexy, o raciocínio prático é um gênero a comportar o raciocínio jurídico como uma espécie, daí surge a nomenclatura *especial*. Logo, todo o manancial argumentativo colhido no gênero deve ser admitido na espécie, no Direito. Sendo

³⁰⁶ Há outros problemas apontados na aplicação dogmática do Direito pelo autor, que são: relevância, classificação e prova; no entanto, foge ao alcance deste trabalho desenvolvê-los. Cf. MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Oxford University Press, reimpressão de 1994.p. xii-xiii.

³⁰⁷ Neste trabalho, iremos dialogar com a tradução espanhola: MACCORMICK, Neil. **Retórica y estado de derecho**: una teoría del razonamiento jurídico. Lima: Palestra, 2016.

³⁰⁸MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Oxford University Press, reimpressão de 1994. p. xiii.

³⁰⁹ MACCORMICK, Neil. **Retórica y estado de derecho**: una teoría del razonamiento jurídico. Lima: Palestra, 2016. P. 50.

³¹⁰Idem, p. 19-20.

³¹¹Idem, p.15.

³¹²Idem, p. 11-12.

assim, no raciocínio jurídico *não podemos admitir argumentos racionalmente indefensáveis* e devemos admitir regras básicas do raciocínio prático geral.³¹³

Dessa forma, as normas de argumentação propostas na argumentação prática geral também são válidas no Direito, uma vez respeitadas as construções institucionais presentes no sistema jurídico. E, mais, a tese da *correção* reconhece que pode ser identifica danos atos argumentativos no Direito uma forma implícita – ou até explícita – do propósito de *correção* moral.³¹⁴ A pensar dessa maneira, é possível afirmar que as mesmas *contenções* aplicáveis aos argumentos práticos em geral são imediatamente aplicáveis ao argumentos jurídicos.

Na doutrina de MacCormick, a abertura diante dessa colocação autoriza consequentemente o diálogo com dois pensadores invocados pelo professor escocês: Kant e Habermas.

No nosso caso, quanto à proposta, em vez de alinhar com uma *razão pública discursiva habermasina*, temos o intento de experimentar a argumentação jurídica com interface com a *razão pública evolucionista* de Gerald Gaus, ou seja, a já mencionada teoria da convergência. Voltaremos a esse ponto mais à frente, na defesa do argumento de matriz convergente, por ora, à tese de MacCormick.

A primeira exigência da teoria da argumentação jurídica de MacCormick é a *universalização*.³¹⁵ Essa característica pode ser associada à igualdade fundamental entre os homens livres e iguais. A decisão judicial deve ser capaz de atender ao caso submetido à jurisdição da mesma forma que seria julgada em outros casos idênticos. Isso não significa adotar abstratamente a mesma decisão a todos.

MacCormick não nega as particularidades dos casos submetidos à jurisdição, apenas prescreve a necessidade de atenção à universalização. O autor narra vários exemplos para ilustrar sua proposta e nos parece que basta reproduzir uma única ilustração para compreensão do tema. Há um senso comum ou uma afirmativa universal de que no caso de divórcio dos pais a guarda será estabelecida para a genitora (mãe biológica). Na hipótese de um erro na maternidade, no qual descobre-se a troca dos menores anos após o nascimento a máxima tende a prevalecer?³¹⁶ O questionamento deixa claro a incapacidade – na leitura pós-

³¹³Idem, p. 19.

³¹⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacCormick, **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 106, p. 285, jan./jun. 2013.

³¹⁵MACCORMICK, Neil. **Retórica y estado de derecho: una teoría del razonamiento jurídico**. Lima: Palestra, 2016. p. 149 e ss.

³¹⁶ Esse exemplo é trazido na obra MACCORMICK, Neil. **Retórica y estado de derecho: una teoría del razonamiento jurídico**. Lima: Palestra, 2016. p. 154 e 155.

positivista – de ler uma regra jurídica com a característica de completude em todas as situações fáticas passíveis de incidência.

Em outras palavras, a ideia de universalidade de MacCormick não é uma busca dessa característica no texto frio do enunciado normativo, mas por meio da racionalidade prática aplicada *no* caso específico.

No exemplo dado, a afirmativa inicial no sentido de que a guarda deve ser entregue à mãe biológica pode ser suprimida por uma argumentação universalizável apreendida no caso concreto, baseada na troca dos bebês na maternidade. Essa é uma realidade possível, diria MacCormick. Fora desse cenário de universalidade, portanto, o julgamento judicial se apresentaria como *solipsista*, ou seja, refém da subjetividade exacerbada do julgador.

MacCormick avança após a universalização para afirmar alguns testes necessários para identificar o melhor argumento racional. Trata-se, inicialmente, do teste das *consequências*. Nessa avaliação, devem ser identificadas as consequências do argumento trazido pela parte litigante no processo, mas não somente, também nos casos posteriores.

Nesse ponto, MacCormick assume a ausência de neutralidade³¹⁷. Analisar as consequências é usar de valorações. Por reconhecer essa premissa, o autor determina que avaliar consequências deve ser uma atividade colhida sob o manto da *coerência* e *consistência* do sistema jurídico³¹⁸. E, mesmo assim, há casos em que irá se atingir situações jurídicas sem uma *única solução correta*.

Por último, a proposição deve ser testada no sistema jurídico que está sendo aplicada. Esse critério é subdividido em dois: *consistência* e *coerência*.

Para a manutenção da argumentação, é imprescindível que se mantenha após esses três filtros apresentados; caso contrário, *deve* ser rejeitada. O cerne da questão aqui é identificar se hipoteticamente algum membro da comunidade política chancelaria a aplicação dessa regra por todos.

Aqui, mais um ponto de contato com Gaus. Ao usar o manancial argumentativo da filosofia moral e política de Gaus, pode-se identificar uma complementação da obra de MacCormick. Com base na moralidade social de matriz convergente, é possível compreender a ideia. As razões – no formato sugerido na tese – não configuram razões objeto de *consenso* entre os membros da sociedade. Parece-nos que o raciocínio jurídico de MacCormick é

³¹⁷ MACCORMICK, Neil. **Retórica y estado de derecho**: una teoría del razonamiento jurídico. Lima: Palestra, 2016. p. 183 ss.

³¹⁸ MACCORMICK, Neil. **Retórica y estado de derecho**: una teoría del razonamiento jurídico. Lima: Palestra, 2016. p. 319 ss.

distinto. Na obra do autor escocês, o que se persegue são razões universalizáveis as quais os cidadãos livres e iguais *poderiam aceitar*.

Em outras palavras, a teoria da argumentação de MacCormick não apresenta uma antítese ao modelo de justificação pública de Gaus, que aponta a desnecessidade do *consenso sobreposto* das razões apresentadas. O que basta para Gaus para atingir a estabilidade em uma argumentação moral é a convergência nas razões. Assim, é possível afirmar que o Direito por meio dessas lentes mostra uma possível compreensão da argumentação jurídica por meio de uma análise de *consequências de matriz convergente*.

Ao agir dessa forma, o jurista age com *coerência* em observância aos princípios e valores como um todo e, por óbvio, deve ser dotado de *consistência*, isto é, deve se ater ao limite de normas jurídicas postas e cogentes.

Após a apreensão das breves ideias da teoria da argumentação de MacCormick na sua novel versão institucionalista, torna-se viável problematizar alguns pontos em comparação com a doutrina de outros pensadores. Iniciamos, mais uma vez, com Dworkin, haja vista que um ponto de extrema importância em MacCormick/Gaus é a não adoção do ultrarracionalismo dworkiniano da única resposta correta do juiz Hércules.

5.7.2 Juiz Hércules contra MacCormick e Gaus

O objetivo desse item é apontar o fundamento que gera a antítese entre MacCormick/Gaus *vs.* Dworkin no tocante à possibilidade de *uma única resposta correta*. Busquemos alguns aportes na doutrina do Dworkin e, mais uma vez, seu diálogo com a justificação pública de Rawls para desvendar a hipótese.

Dworkin, em *Justice in Robes*, apresenta diversas críticas ao modelo de justificação pública rawlsiano conforme já discutido no capítulo II. Há, ainda na mesma obra, outras apreciações trazidas por Dworkin ao formato rawlsiano, perfeitamente aplicáveis a qualquer modelo de justificação pública pretensamente utilizada pela jurisdição.

Dworkin sustenta que se for adotada a noção de interpretativismo na jurisdição constitucional – que por sinal pode ser inclusive colhida na doutrina de Rawls – é desnecessária a busca de uma resposta na doutrina de justificação pública (razão pública)³¹⁹. Bastaria – para Dworkin – investigar a interpretação adequada na compreensão do que é o Direito, já reconstruído interpretativamente na tese dworkiniana.

³¹⁹ DWORKIN, Ronald. Rawls and the Law. In: **Fordham Law Review**, v. 72, p. 1399, 2004.

Em outras palavras, toda preocupação de Rawls em formar a razão pública para restringir argumentos judiciais sensíveis é uma discussão já englobada pelo clássico debate sobre o *conceito de Direito*. Nesse sentido, a busca da solução para o problema do Direito em uma doutrina autônoma da filosofia política está na direção errada para Dworkin³²⁰.

A partir dessas palavras de Dworkin, é possível ainda avançar e compreender melhor a argumentação do autor. Observemos. Rawls aponta a razão pública como um modelo de justificação na jurisdição, como forma de limitar a atuação judicial perante o fato do pluralismo. Pois bem. Se Dworkin traz esse debate para o conceito de Direito, por lógica, a resposta para o questionamento de Rawls (fato do pluralismo na jurisdição) estará solucionada – em Dworkin – na sua própria proposta para o *conceito de Direito*.

Dessa forma, é preciso entender qual a resposta de Dworkin para o conceito de Direito e se a resposta é antitética ao uso do modelo de justificação pública na jurisdição, como o autor afirma.

Uma pausa para o esclarecimento dessa premissa teórica dworkiniana pode ajudar com maior clareza a retornarmos a Dworkin e respondermos sua provocação, sem atropelos teóricos. Não será reconstruída toda a tese de Dworkin, pois este não é o intento da pesquisa, porém é preciso compreender alguns pontos da teoria do autor.

Três pontos principais devem ser revisitados: *i*) a leitura de Dworkin sobre a relação Direito/Moral e sua tese de independência do valor; *ii*) a sua compreensão da estrutura da moralidade e; *iii*) as críticas de Waldron na visão dworkiniana sobre a relação integridade e justiça.

5.7.2.1 A Moral e a coesão de valores

O cerne da questão sobre o debate do conceito de Direito encontra-se no estudo da relação Direito e Moral. Em Dworkin, não existe uma única leitura dessa relação. É pertinente distinguir para evitar equívocos de referência dois momentos bem diferentes do percurso acadêmico do autor.

Em *Taking Rights Seriously*³²¹, ainda em 1977, sua compreensão da separação entre Direito e Moral era mais intensa. Esse é o “*primeiro Dworkin*”,³²² recém-chegado de seu

³²⁰ Idem, p. 1399.

³²¹ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1977.

³²² MASSIMO, La Torre. Positivismo giuridico. In: **Enciclopedia del diritto**, Annali, v. 6, Giuffrè, Milano, p. 689, 2013.

estágio na Universidade de Oxford, sob a coordenação de Hart e ainda muito influenciado pelas orientações de seu mestre. Até então – para o autor – Direito e Moral eram sistemas distintos que se relacionavam entre si. Ou melhor, o mais importante para a Teoria do Direito não era onde se situavam os dois sistemas, mas sim a forma como se *interrelacionavam*.³²³ Dworkin, até então, compreendia que a Moral não englobaria o Direito. A Moral e o Direito são descritos por Dworkin nesse momento como universos normativos separados, a se relacionarem por meio de uma *via de mão dupla*, gerando impulsos e recebendo outros reciprocamente. Essa leitura acaba sendo muito próxima de como o positivismo hartiano descreve a relação entre Direito e Moral, doutrina que Dworkin afirmava negar em razão da adoção do interpretativismo.³²⁴

Dworkin, então, muda esse entendimento ao longo de sua trajetória e o faz assumidamente³²⁵ para melhor se adaptar à sua defesa do interpretativismo. Assim, ao revisitar a relação Direito e Moral o autor aponta uma falha na sua antiga leitura. Para Dworkin, não há um campo de “*neutralidade*”³²⁶ na relação entre Direito e Moral que permita a determinação cristalina de um sem o apelo ao outro. Isto é, sempre haverá a necessidade de elementos do Direito para definir a Moral e vice-versa. Essa compreensão para o autor conduz sempre à circularidade de argumentos³²⁷. Logo, compreender Direito e Moral como separados é um equívoco, diria Dworkin, pois esses institutos fazem parte da mesma família. No entanto, resta a dúvida: em que termos consiste essa relação afinal? O professor norte-americano responde.

Dworkin modifica sua tese e evolui para compreender o Direito como um ramo da moralidade política. É possível identificar, portanto, um “*segundo Dworkin*”³²⁸ a partir da publicação da obra *O Império do Direito*³²⁹, em 1986, quando desenvolve sua tese de integridade do Direito. Todavia, registre-se, essa segunda compreensão da relação Direito e Moral surge apenas inteiramente em 2011 na obra *Justice for Hedgehogs*³³⁰ em que o autor se

³²³ DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.p. 402.

³²⁴ Idem, p. 402.

³²⁵ Essa mudança de entendimento é assumida pelo autor na última obra que publicou em vida. Ver: DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.p. 402.

³²⁶ DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 402.

³²⁷ Idem, p. 403.

³²⁸ MASSIMO, La Torre. Positivismo jurídico. In: **Enciclopedia del diritto**, Annali, v. 6, Giuffrè, Milano, p. 689, 2013.

³²⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

³³⁰ DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.p. 402.

propôs a apresentar uma teoria unitária do Direito, de caráter mais abrangente. Continuemos em Dworkin.

Na ilustração de uma árvore, Dworkin explica sua novel compreensão. A árvore é a moralidade em geral. Nessa árvore, há diversos galhos e a moralidade política é um deles. Há, ainda, um galho menor – desdobramento desse último – que é o Direito.³³¹ Nesse sentido, Dworkin descreve um conceito de Direito não conflitante com a Moral, pois não são visualizados mais como sistemas normativos isolados. É possível agora – nessa nova leitura dworkiniana – revelar um conceito de Direito sem aportes legais ou morais previamente definidos como desejam os positivistas. Eis a sua proposição *interpretativista*.

De acordo com Dworkin, os conceitos morais e políticos são controvertidos, pois são objeto de valorações individuais. Logo, qualquer definição sobre um valor político ou moral terá dificuldades de se apresentar como pacífica, ou seja, sempre estará sujeita a controvérsias, pois cada indivíduo pode *interpretar* de forma diferente as práticas sociais presentes na comunidade de acordo com seus propósitos.³³² Em razão disso, a defesa de um valor em uma sociedade contemporânea precisa estar amparada também em outros valores. Não há – para Dworkin – um sustentáculo a apoiar a defesa de um único valor sem a conformação dos outros. É com base nessa premissa que se questiona: como possibilitar a integração desses valores por meio da interpretação? Essa resposta é um dos desígnios de Dworkin em *Justice for Hedgehogs*.

5.7.2.2 A moralidade social objetiva

O autor parte da premissa de que é possível identificar uma moralidade social objetiva na sociedade. Há verdades objetivamente postas e passíveis de identificação.³³³ Isto é, mesmo cidadãos com diferentes religiões, formações educacionais e perspectivas filosóficas distintas são capazes de coligar certos valores políticos objetivamente independentes. Porém, para que esses valores objetivamente aferíveis sejam demonstrados, há necessidade de ser objeto de

³³¹ Idem, p. 405-407.

³³² Nas palavras de Dworkin, “[...] A interpretação das obras de arte e das práticas sociais [...] na verdade, se preocupa essencialmente como propósito, não com a causa. Mas os propósitos que estão em jogo não são (fundamentalmente) os de algum autor, mas os do intérprete. Em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou a prática [...]”. Cf. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.63-64.

³³³ DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.p.23-39. De fato, o autor já havia antecipado esse ponto em um artigo publicado em 1996. Ver: DWORKIN, Ronald. Objectivity and Truth: You'd Better Believe it. **Philosophy and Public Affairs**, v. 25, n. 2, p. 87-139, 1996.

argumentação em um padrão sistemático com outros valores. Estamos ainda em sede da construção de filosofia política e moral do autor.

Nessa linha, a justificação sistemática de valores em padrões dworkinianos não é feita com base em argumentos filosóficos (externos); a chave para sair do subjetivismo aqui é trazer um argumento que transpareça a objetividade moral. Em palavras diretas, demonstrar de forma argumentativa que o valor é verdadeiro mesmo que hipoteticamente *ninguém* pense daquela maneira³³⁴.

Quando nos assustamos, por exemplo, com a conduta de uma pessoa que agride fortemente um recém-nascido pelo simples fato de se divertir³³⁵ e dizemos que ela está errada, argumentamos objetivamente pelo cristalino erro cometido por ela, ainda que possa existir alguém que no seu íntimo (subjetividade moral) pense em contrário.

O que isso demonstra? Dworkin responderia: denota que a objetividade da moral é independente de convenções humanas e, portanto, – evoluímos aqui –, também não depende de um *consenso sobreposto rawlsiano* sobre esse objeto, pode até haver acidentalmente um consenso – tão perquirido por Rawls – mas não é determinante para aferir a moral.

Em outras palavras, se identificado que em alguma sociedade na história tenha se obtido algum *consenso* sobre a prática agressiva narrada, não há nenhuma modificação no *status* argumentativo que temos contra a prática de agressão de bebês nos dias de hoje. Pois – repetimos – a moral é independente de acordos humanos e, no seu próprio universo, com suas próprias razões, desvelar-se-á a melhor solução ao intérprete.

O exemplo demonstra em Dworkin que a argumentação moral decorre de uma forma de raciocinar *interna* à própria moral. Não há, em Dworkin, necessidade de se buscar *fora* da moral a solução para a argumentação apresentada sobre a agressão do bebê. Após uma discussão argumentativa com base na própria moralidade, chega-se à conclusão se o argumento é verdadeiro. Não necessitamos – frise-se – de uma doutrina *externa*³³⁶ para avaliar se o argumento apresentado corresponde à “verdade”, ou no dizer de MacCormick, para atingirmos o argumento mais persuasivo.³³⁷ Se formos buscar algo externo à moral para

³³⁴ Idem, p. 10.

³³⁵ O exemplo é de Dworkin. Idem, p.9.

³³⁶ Nas palavras do autor, “A moralidade e outros departamentos de valor são filosoficamente independentes. Respostas a grandes perguntas sobre a verdade moral e o conhecimento deve ser buscado dentro desses departamentos, não fora deles”. DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.p. 24.

³³⁷Dworkin é enfático nesse ponto: “[...] rejeito o ceticismo [...] que nega qualquer base para a moral ou a ética. Rejeito a ideia de uma inspeção externa, meta-ética da verdade moral. Insisto que qualquer ceticismo moral sensível deve ser interno à moralidade”. Cf. DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.p. 25

dirimir o debate, estaríamos questionando a possibilidade de uma avaliação moral ser ou não verdadeira, mas para Dworkin, o nosso problema não é esse: devemos nos empenhar em identificar, dentre os juízos morais, *qual é o verdadeiro*³³⁸.

Insistimos em Dworkin. Seria então possível contraditar a argumentação moral de que a agressão a recém-nascido por diversão não é moralmente aceita? Sim, a resposta é positiva. Porém, a tarefa só poderá ser cumprida com outros argumentos morais contrários. No entanto, o didático exemplo demonstra a derrota dessa argumentação moral a favor da agressão por uma razão *substantiva*. Esse é um ponto importante. O autor apresenta uma teoria substancialista do valor a se fazer valer apenas por argumentos de primeira ordem – internos, substantivos –, sendo dispensados argumentos de segunda ordem, colhidos em ambiente externo à moral.³³⁹ Enfim, em Dworkin, “*as razões substanciais são suficientes*”³⁴⁰.

Após a leitura das ideias apresentadas de Dworkin, podemos dizer que há uma moralidade objetivamente aferível e justificável a partir de uma argumentação moral feita em uma base ética interna.

Segundo Dworkin, essa argumentação moral deve ser feita em respeito ao apoio mútuo e recíproco existente entre os valores políticos. Nesse sentido, qualquer choque de valores identificado no caso concreto é uma ilusão em Dworkin. Não há esse conflito. Em um debate sobre um desacordo moral, irá prevalecer um argumento substancial de primeira ordem, colhido em uma argumentação sistemática. O que Dworkin observa é uma *coesão de valores*, cuja fumaça pode aparentar para o intérprete desavisado uma colisão aparente, somente aparente, mas não real. Tal tese é central na obra *Justice for Hedgehogs* e corresponde à espinha dorsal da proposta da teoria unitária de Dworkin na obra. O próprio autor reconhece a ousadia da construção e a nomina de tese “*metafísica da independência do valor*”³⁴¹.

A partir dessa premissa, algumas características da dogmática jurídica dworkiniana tornam-se mais evidentes. Não há em Dworkin um conflito real de valores – conforme já dito –, por consequência lógica, agora na dogmática, também não há conflito entre *princípios constitucionais* no caso concreto. Os princípios se relacionam em apoio recíproco e mútuo em

³³⁸ Idem, p. 25.

³³⁹ Nas palavras de Dworkin, “Os filósofos usam um vocabulário diferente para fazer a mesma distinção: eles distinguem entre questões ‘de primeira ordem’ ou ‘substantivas’ dentro de um sistema de ideias e questões de ‘segunda ordem’ ou ‘meta’ sobre esse sistema de ideias. A afirmação de que torturar bebês é imoral é uma reivindicação substancial da primeira ordem. A hipótese de que esta opinião é quase universalmente realizada é uma segunda ordem ou meta-reivindicação”. Idem, p. 133.

³⁴⁰ DWORKIN, Ronald. Rawls and the Law. In: **Fordham Law Review**, v. 72, p. 1404-1405, 2004.

³⁴¹ DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.p.9.

Dworkin, sendo assim não são vistos em uma relação de *competição*, mas sempre em uma relação de *concorrência aparente*, passíveis de conformação pelo Poder Judiciário, a partir de argumentos de primeira ordem.

Assim, desde *Justice for Hedgehogs* – obra na qual se funda a teoria unitária de Dworkin – torna-se mais fácil compreender sua tese da integridade, já dentro desse novo momento do autor, exposto em sua última obra publicada em vida.

Para Dworkin, o Direito é um ramo do conhecimento construído pela comunidade política de modo conjunto. Trata-se de um autor construtivista. Nesse sentido, os juízes não podem ter a discricionariedade de decidir subjetivamente de acordo com suas visões pessoais sobre um caso concreto. A metáfora do *romance em cadeia* melhor exprime a ideia do autor. O Direito é desenvolvido historicamente – e também institucionalmente – de maneira que cada magistrado ao julgar deve se colocar na função de escrever um capítulo desse grande livro. Deve-se atentar também para todos os capítulos já escritos por seus antecessores de maneira que o romance não se perca na sua sequência lógico-histórica. Cada magistrado deve ter a compreensão de sua contribuição – um capítulo – para o sucesso de toda obra coletiva.

Se for obedecido esse *modus operandi* de interpretação por meio da integridade, diria Dworkin, o método irá concluir por uma única – ou melhor – resposta correta a ser desvelada pelo magistrado em um processo judicial. Há coerência em Dworkin. Se ele parte de uma tese no âmbito da zetética de coesão de valores – no qual os conflitos entre princípios são aparentes –, é salutar que haja apenas uma resposta certa ou mais adequada para satisfação plena de sua teoria agora no plano dogmático.

Em outras palavras, Dworkin estruturou a tese de metafísica do valor como fundamento teórico para justificar a sugestão do juiz Hércules em dar uma única resposta certa. Dessa forma, a partir da sua construção depreende-se que já existe a única resposta correta a caber ao intérprete apenas *desbravar* o seu sentido no caso concreto por meio do método da integridade³⁴².

Com base nessa análise, surgem então dois caminhos a serem seguidos na investigação.

Em uma primeira direção, será factível concordar que a tese da integridade de Dworkin soluciona de forma eficaz o problema do fato do pluralismo na Jurisdição Constitucional e, por consequência lógica, devemos acolher a crítica dworkiniana de

³⁴² GAUS, Gerald. **The Order of Public Reason: A Theory of Freedom and Morality in a Diverse and Bounded World**. Londres: Cambridge University Press, 2011.p. 467.

desnecessidade de utilização da doutrina da justificação pública externa ao Direito³⁴³, pois o problema já estará solucionado na própria construção da integridade que aponta para uma resposta mais adequada no interior da própria prática jurídica.

Uma segunda compreensão desse ponto também pode ser seguida. Será possível compreender que a tese da integridade é incompleta³⁴⁴ ou mesmo não é capaz por meio da sua *coerência interna* e seu *romance em cadeia* dirimir o problema que Rawls e Gaus colocaram. Caso seja seguida essa segunda opção, esclarecemos, nosso desafio não estará encerrado, porém estará refutada a crítica de Dworkin da desnecessidade de uma doutrina externa – no caso a razão pública – para melhor acomodar o fato do pluralismo na justiça constitucional.

Adiante-se desde já a escolha do segundo caminho e a leitura de Jeremy Waldron que pode auxiliar nesse intento com outros argumentos.

Há vários motivos para que a tese de integridade negue a tese da justificação pública, alguns deles já apresentados. Um deles é a *coerência* e o *ceticismo interno* característicos dessa construção. Dworkin, no seu modelo de integridade, busca um código jurídico de unidade que possa ser utilizado pelo Judiciário (e pelos agentes do poder público) apesar dos desacordos morais presentes nas sociedades contemporâneas. Em outras palavras, a integridade é uma resposta ao fato de que as várias decisões políticas atualmente em vigor em uma determinada sociedade – originárias de múltiplas fontes diferentes – podem não concordar umas com as outras ao menos de forma aparente³⁴⁵. Sendo assim, a integridade do Direito é a última *fronteira* da discussão a definir – ou pretensamente definir – o debate do desacordo moral no Poder Judiciário, sem apelos a *verdades externas*.

Nesse sentido, para manter o discurso coerente da integridade, faz sentido Dworkin negar a doutrina de justificação pública, pois o autor se entusiasma com a possibilidade da integridade ser o melhor método para fundamentação judicial. Esse ponto é de pertinência extrema. Não há ruído na política com a decisão do juiz Hércules para o professor norte-americano.

A nossa dificuldade está nas bases de legitimidade política da tese de integridade de Dworkin por meio da tese da independência metafísica do valor e seus consectários lógicos. Observar a leitura de Dworkin na relação *integridade e justiça* também pode esclarecer melhor nossa posição.

³⁴³Dworkin dialoga com a razão pública rawlsiana, mas é perfeitamente aplicável, entendemos, a mesma crítica à teoria da convergência.

³⁴⁴ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.p. 190-192.

³⁴⁵Idem, p. 189.

Dworkin interpreta a moralidade política e relata que no “conflito” entre integridade e justiça deve prevalecer o primeiro. Qual o problema dessa leitura? A partir da tese da independência do valor, a saída dworkiniana incentiva a apontar a solução para o desacordo moral sempre na lógica do peso e contrapeso, porque os valores não estão em *competição* em Dworkin, mas estão se apoiando mutuamente.

A saída de Waldron é compreender a integridade como um valor político funcionalmente aplicado sobre outro ângulo. Isso parece aceitar melhor uma leitura – distinta de Dworkin – de que o desacordo moral de difícil – ou impossível – harmonização não se resolve unicamente com o método de integridade emanado do Judiciário. Podem permanecer ruídos na política.

Deve-se reconhecer que há parâmetros morais partilhados não passíveis de harmonização que a eventual lógica de ponderação de princípios pode não resolver de forma definitiva tal dificuldade. Se partimos desse pressuposto, talvez fosse possível pensar em identificar e reconhecer que esses parâmetros fazem parte da moralidade política e, se um julgamento por uma Suprema Corte assumir uma leitura em uma dessas vertentes de racionalidade, há consequências na política e na moral. A postura pode representar uma exclusão de determinada racionalidade em prol de outra na lógica de ponderação de um objeto possivelmente *imponderável* nessa linha de raciocínio.

Esse reconhecimento, de que a integridade não reconhece desacordo de justiça, ou se reconhece superestima o método da integridade para resolvê-lo, pode justificar uma contenção desse discurso no caso de parâmetros morais não harmonizáveis, ou seja, o Judiciário teria como limite na política um denominador comum presente na comunidade para atingir sua legitimidade. Fora disso, não haveria respaldo para a resolução desses conflitos. Aqui, reside a ideia de buscar – na filosofia política e moral – um aporte na doutrina de justificação pública como método de argumentação em decisão de Supremas Cortes com litígios sensíveis. O intento final, portanto, é *olhar a outra face do problema*, e não desconsiderar os efeitos negativos derivados de uma decisão judicial de um desacordo moral fraturante.

A razão pública convergente pode apresentar essa solução por buscar um ponto em comum na política entre as diversas racionalidades, sem o propósito de aderir ao *conteúdo* de qualquer delas, pois se trata de uma leitura distinta do pluralismo, conforme já apontado. Esse é o intuito de Gaus, é definitivamente seu propósito: identificar que é possível a leitura de um modelo de justificação pública *apesar* do fato do pluralismo, pois nem sempre chegar-se-á no

Direito a uma única resposta mais adequada a partir de argumentos de primeira ordem³⁴⁶. Há, aqui, um ponto de contato muito evidente entre MacCormick e Gaus a aproximar ainda mais as duas teses.

MacCormick também considera um *ultrarracionalismo* de Dworkin a existência de uma única resposta correta em um caso concreto. Nesse sentido, se for possível compreender a importância da adoção de um modelo de justificação pública em casos bem específicos da jurisdição, a teoria da convergência pode ser modelo apresentável em MacCormick, já que, a nosso ver, supera em muito o formato rawlsiano. Continuemos em Dworkin.

Dworkin, como já dito, parte do pressuposto de que o método da integridade irá solucionar por meio de uma balança a questão de eventual conflito entre princípios. A partir daí, é possível problematizar: será que essa compreensão resolve o problema da diversidade de discursos racionais na contemporaneidade? Para Waldron, a resposta é negativa.

Waldron aponta que um problema tão grave quanto a fragmentariedade do homem no século XXI não pode ser integralmente dirimido pelo método apresentado por Dworkin. Nas palavras do autor: “[...] o ideal de integridade de Dworkin nos ordena a falar em nome de uma comunidade em uma só voz”.³⁴⁷ Nessa linha – a evitar uma solução meramente hobbesiana –, Waldron – a se apoiar em uma variante de David Hume³⁴⁸ – aponta que algumas circunstâncias sociopolíticas devem ser compreendidas como complemento à tese de Dworkin, haja vista a insuficiência do método da integridade perante o fato de pluralismo. Trata-se de uma crítica ao ceticismo da teoria dworkiniana ao ingresso de argumentos *externos*.

Desprestigiar o desacordo moral na Política – ou pretensamente apostar que o método da integridade irá acomodar o problema na Jurisdição – mostra-se um erro e menospreza a

³⁴⁶Gaus, ao explorar brevemente o debate entre Dworkin vs. Hart sobre o conceito de Direito, firma sua divergência com Dworkin, pois para Gaus não é possível afirmar, do ponto de vista substantivo, a existência de uma resposta correta em um caso difícil. Em: GAUS, G. **The Order of Public Reason: A Theory of Freedom and Morality in a Diverse and Bounded World**. Londres: Cambridge University Press, 2011.p. 467.

³⁴⁷ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.p. 189.

³⁴⁸ A sugestão de Waldron é baseada em uma variável inicialmente desenvolvida por David Hume. Hume propôs circunstâncias que deveriam ser postas com relação à aplicabilidade da Justiça. Ou seja, a Justiça necessita de um ambiente sociopolítico para sua aplicação. A ideia de Hume é compreender que a inobservância de determinadas circunstâncias sociopolíticas pode conduzir ao fracasso da Justiça, seja porque a teorização só seria capaz de ser aplicada em um mundo ideal, seja ainda porque se tornaria difícil habitar uma sociedade com uma normatização extremamente rigorosa. Nesse sentido, Waldron provoca a reflexão – em analogia – de circunstâncias para a aplicação da integridade em uma comunidade política. Nas palavras de Waldron, “[...] para falar de ‘circunstâncias de integridade’, precisamos identificar características do mundo real que a distingue, por um lado, de um utopia em que a integridade seria redundante, e, por outro lado, de um mundo de pesadelo em que a integridade seria impraticável. E, de fato, a concepção de integridade de Dworkin é estruturada exatamente por essas distinções”. WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.p. 192.

instabilidade social decorrente desse equívoco nos tempos de alta modernidade. Waldron vai além e assinala o ruído já salientado por nós. O desacordo moral é uma categoria mais intensa do que um eventual conflito de princípios.³⁴⁹E, por isso, acrescentamos que a epistemologia moral de Dworkin – com suas consequências lógicas na dogmática – menospreza essa afirmativa de Waldron.

Assim, a argumentação de Waldron nos alerta sobre a necessidade da busca de um modelo de discurso judicial dotado de integridade no Direito e no *mundo vivido*. O intuito é viabilizar uma tese de interpretação, exigindo uma construção sobre *o que se exige* (circunstâncias) para uma justiça, e não se a justiça deva perder uma disputa de peso em um caso concreto para a integridade. Explicamos melhor esse ponto.

Para Dworkin, justiça e equidade conflitam com frequência no caso concreto a sugerir uma forma de resolução³⁵⁰. Nessa linha, a solução será o acolhimento e a aplicação do método da integridade a constituir um terceiro ideal político suficiente para dirimir a tensão, seja para favorecer a equidade ou a justiça³⁵¹. Além disso, Dworkin reconhece que esse terceiro ideal – integridade – coloca-se muitas vezes em situação de tensão com o valor que será sacrificado – justiça ou equidade. Mesmo assim, o caminho para a solução é a integridade.³⁵²

Waldron narra esse posicionamento de Dworkin a formar o ambiente para a apresentação de sua crítica.³⁵³O professor da Nova Zelândia sustenta um novo olhar sobre a relação da integridade com a justiça a se posicionar contra uma compreensão aparentemente conflituosa entre esses valores. Não se usa uma balança para resolver essa aparente tensão, pois não se trata de uma lógica de quem pesa menos ou mais. Se mantivermos essa leitura de equilíbrio, sempre haverá o problema da colocação prescritiva de pretensões do absoluto no caso.

Em outras palavras, se a lógica entre justiça e integridade for ontologicamente uma disputa de forças, a sugestão de vitória da integridade feita por Dworkin sempre irá conduzir a desconfiança de qual concepção de justiça foi agraciada pela integridade,³⁵⁴recaindo, novamente, nas armadilhas da instabilidade produzida pela inserção de pretensões subjetivas do intérprete.

³⁴⁹ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.p. 195.

³⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 214.

³⁵¹ Idem, p. 214-215.

³⁵² Idem, p. 228.

³⁵³ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.p. 188-208.

³⁵⁴Idem, p. 198.

Em conclusão parcial, é possível concordar com Waldron, nas palavras do professor neozelandês: “[...] *o problema não é sobre paisagem e equilíbrio; o problema é que discordamos sobre o que a justiça exige*”³⁵⁵.

Uma leitura possível da resolução dos desacordos morais não pode se restringir ao debate sobre eventual conflito entre princípios. A partir dos argumentos de Waldron, podemos avançar, portanto, para apontar onde está o ruído na tese de Dworkin com a nossa compreensão. A dificuldade da tese dworkiniana se aloca na sua concepção da independência metafísica do valor e, conseqüentemente para Dworkin, na identificação interna do argumento moral mais correto. Essa construção vai autorizar Dworkin a concordar com a resposta autossuficiente – sob o aspecto político-jurídico – da decisão do juiz Hércules.

Adere-se aqui a outro ponto de partida. É possível partir do mesmo ponto de MacCormick. Há outra tradição filosófica que reconhece que não necessariamente haverá harmonia em desacordos morais, sendo possível concluir que método judicial da integridade por si só pode gerar danos na política. Destarte, incentiva-se a busca de uma metodologia da fundamentação das decisões judiciais – especialmente em casos de desacordos morais – que se atente para um limite à jurisdição também fora do Direito, sobretudo na política e na moral. A teoria da justificação pública por meio da tese neoinstitucionalista de MacCormick pode ser uma proposta por meio de Gaus.

5.7.2.2 Argumentação jurídica e moral em MacCormick/Gaus

Em MacCormick, os raciocínios moral e jurídico são espécies do raciocínio prático em geral, bem como em Alexy. Nesse sentido, o ponto de unidade de ambos os universos de argumentação são as regras basilares do raciocínio prático em geral.

Para o autor escocês – assim com em Gaus –, a meta do raciocínio moral é a formação de sujeitos morais e autônomos capazes de por si só reverem as bases normativas nas quais estão inseridos. Já no raciocínio jurídico, depreende-se a resposta da tutela jurisdicional ao consumidor da justiça no caso. O elemento característico do Direito que institucionaliza regras sociais, apontado por MacCormick como *institucionalização*, traz um marco diferente entre a moral e o Direito. A proximidade da entrega jurisdicional de certeza é mais próxima da realidade no Direito do que na moral. As agências de aplicação do Direito, sobretudo o

³⁵⁵Idem, p. 190.

Poder Judiciário, são capazes de trazer esse acertamento, uma vez que são agentes que determinam formalmente a solução de desacordos.

Assim, MacCormick afirma que o raciocínio moral pode gerar uma conclusão, bem como o Direito pode gerar outra distinta. Até esse momento sem muitas novidades. No entanto – aqui está o cerne da antítese com Dworkin nesse ponto –, *as duas respostas são igualmente corretas*. Além do mais, uma vez considerando que são igualmente corretos os dois raciocínios, observa-se uma constatação de uma forte analogia entre eles.³⁵⁶

Desse modo, a buscar um sentido de objetividade no questionamento, qual seria a relação direta entre o raciocínio moral no jurídico? O fundamento de uma decisão jurídica será sempre alguma concepção moral – para alguns, um modelo de justiça – fruto de justificação com base na racionalidade prática. Destarte, plenamente viável, por meio de MacCormick, experimentar o modelo de moralidade social gausiana como base para sua aplicação de uma teoria institucional do Direito, já que este é reconhecido como uma *prática social*.³⁵⁷ Continuemos.

Em MacCormick, a decisão tomada no reino argumentativo moral tem relevância para o Direito, porém não nos convencem – sob uma base epistemológica ainda em MacCormick – os limites empregados pelo professor escocês dessa interface. As decisões firmadas no debate moral podem impulsionar alterações interpretativas judiciais a persuadir a Corte Suprema da necessidade de modificação de entendimentos em temas moralmente sensíveis. Entretanto, ainda persiste a dúvida sobre quem decidirá em uma hipótese de desacordo moral sensível, sobretudo quando o intérprete identifica – com fulcro na doutrina de MacCormick – que há *uma resposta correta no Direito e outra resposta correta na moral*. Só há uma solução em MacCormick para resolver esse problema: a formação de uma hierarquia de paradigmas de decisões combinadas com a contabilidade majoritária dos votos da maioria da Corte³⁵⁸.

Em outras palavras, o autor demonstra que o raciocínio jurídico pode ser não conclusivo; no entanto, socorre-se de uma solução hobbesiana de acertamento da questão por meio da lógica da autoridade, agora devidamente institucionalizada. Aqui, tentaremos um avanço nos próprios moldes MacCormick/Gaus.

Se há possibilidade de encontrar duas respostas igualmente corretas em casos muito específicos da Jurisdição Constitucional, em especial desacordos morais, como atribuir ao Poder Judiciário a autoridade legítima para dirimir definitivamente o conflito?

³⁵⁶ MACCORMICK, Neil. **Retórica y estado de derecho**: una teoría del razonamiento jurídico. Lima: Palestra, 2016.p. 11.

³⁵⁷Idem, p. 114

³⁵⁸Idem, p. 431.

A partir de uma epistemologia em Gaus, que busca um senso determinável de justificação moral, parece-nos adequado perceber a viabilidade do *coreógrafo* – refiro-me aqui à Constituição da República – e escolher de forma normativa qual instância de raciocínio – jurídica ou política – é suficiente para realizar o acertamento da questão. Na linha argumentativa desenvolvida, não se observa nenhum protagonismo judicial no feito; ao contrário, a decisão judicial nos casos sensíveis pode gerar fortes ruídos na política – como afirmou Waldron – a ser um ponto que merece uma reflexão mais sincera por parte da comunidade acadêmica.

Nessas bases, e somente após toda a narrativa já feita, estamos aptos a refletir sobre a análise feita pelo primeiro artigo em língua portuguesa que problematizou assumidamente a hipótese de aplicação da teoria da convergência como eixo de fundamentação judicial. Vejamos a análise do professor da Universidade de Lisboa.

5.8 A sistematização de Luís Pereira Coutinho

O jurista português inicia seu experimento na utilização da teoria da convergência, como eixo de fundamentação das decisões judiciais, a afirmar a necessidade de se pensar modelos de resolução de desacordos morais no Poder Judiciário fora de soluções meramente “*hobbesianas*”. Em outras palavras, a reflexão quer problematizar saídas – como a dita por MacCormick – que simplesmente atribuem ao Poder Judiciário a competência para a decisão definitiva de desacordos morais³⁵⁹.

Assim, o autor descreve a possibilidade – mesmo a reconhecer a fuga do enquadramento original – de experimentar dois modelos de justificação pública como metodologia judicial para dirimir desacordos: trata-se da chamada *teoria da independência* e *teoria da convergência*.

Identificamos a primeira nomenclatura como a hipótese defendida por Rawls, já exposta no Capítulo IV. Trata-se da *razão pública rawlsiana* aplicada às bases sustentadas

³⁵⁹ Nas palavras do autor, “Não caíamos, no entanto, na tentação de pôr de lado em definitivo a possibilidade de o problema da justificação pública merecer uma solução hobbesiana – ou, melhor dizendo, a possibilidade de uma solução hobbesiana ser a única solução possível para o problema da justificação pública. Tal solução, recorde-se neste contexto, é o fruto de um ceticismo profundo em torno de a possibilidade de a razão humana produzir razões ou conclusões partilhadas – ou mesmo minimamente toleráveis em termos intersubjetivos – relativamente a específicas questões controversas. Estaremos em condições de superar esse ceticismo?”. Cf. COUTINHO, Luís Pereira. *Jurisdição Constitucional e Justificação Pública. II Jornada de Metodologia Jurídica – Desenvolvimento Judicial do Direito*. Org. Prof. Doutor José Lamego, Centro de Investigação de Direito Privado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 6 de outubro de 2016.

pelo autor norte-americano cujo *locus* de aplicação principal é a Suprema Corte. Já a segunda refere-se ao conteúdo descrito no capítulo V cuja paternidade se atribui a Gerald Gaus; trata-se do modelo de *justificação pública convergente*³⁶⁰.

De início, o autor expõe algumas dificuldades de aplicação da razão pública rawlsiana para o intento de justificar publicamente decisões de Suprema Corte, crítica esta já corroborada por nós. A persistir no experimento, o jurista da Universidade de Lisboa esboça algumas características de outro possível modelo, a chamada justificação pública de matriz convergente, a representar esta uma saída para o ceticismo do uso público da razão nos referidos julgamentos. Nas palavras do autor :

*caso, não se exige que às consequências normativas assacadas a princípios constitucionais divisivos correspondam razões comuns e, desse modo, independentes de doutrinas abrangentes, concepções de bem ou pressupostos de base. O que se exige é que, nessas consequências normativas, traduzidas designadamente em decisões de inconstitucionalidades confluem razões diferentes correspondentes àquelas doutrinas, concepções ou pressupostos*³⁶¹.

Na visão do autor, sendo adotado tal eixo de fundamentação, a jurisdição deixará de compor um cenário bem frequente nas sociedades contemporâneas e muitas vezes menosprezado por teorias renomadas do Direito. A Suprema Corte voltaria – dentro dessa lógica – a se posicionar com um espaço de inclusão cidadão, e não um palco de desestabilização da paz social. A delimitação sugerida pela teoria da convergência seria, nesse cenário, *negativa*, a constituir um forte limitador da fundamentação judiciais nos desacordos.

Na hipótese de julgamento de princípios abertos pela Jurisdição em casos sensíveis, resta ao juiz prestar *negativamente* a tutela jurisdicional, ao contrário de uma postura iterativa de tutela *positiva* de concretização da dignidade humana. A consequência desse ato é acomodar a decisão na realidade contemporânea evidentemente plural. Vejamos a sugestão de Luis Pereira Coutinho em revistar a tese do também professor da Universidade de Lisboa, Jorge Reis Novais. O intuito é observar como a metodologia de *justificação pública* é adotada por constitucionalista.

O jurista da Universidade de Lisboa aponta que o professor Jorge Reis Novais defendeu a tese – não assumidamente – na sua obra REIS NOVAIS, Jorge. *A dignidade humana*. V. II – Dignidade e Inconstitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2016.

Uma pausa para compreensão da formulação.

³⁶⁰Idem.

³⁶¹Idem.

Jorge Reis Novais inicia sua argumentação ao expor a dificuldade de aplicação de um sentido *consensual* do princípio da dignidade humana, haja vista a plasticidade da dignidade e, acrescentamos, o caráter interpretativo do Direito. Nesse sentido, o autor assinala uma solução de delimitação judicial *negativa* do referido princípio. Após a exposição por nós da tese de Gaus/MacCormick, a identificação com a tese apresentada por Reis Novais será notória.

Como já descrito por nós, Jorge Reis Novais *prescreveu* na obra *A dignidade humana* que a metodologia da razão pública de matriz consensual, com fundamento na obra de John Rawls, é o eixo de fundamentação judicial que deve ser utilizado pelas Cortes Supremas em decisões de controle de constitucionalidade. O autor é categórico na afirmativa³⁶².

No entanto, a partir da provocação feita por Luís Pereira Coutinho, foi possível identificar que Reis Novais na mesma obra adere – implicitamente – à necessidade de justificação pública de matriz convergente para a delimitação jurisdicional do princípio da dignidade da pessoa humana.

Reis Novais destaca que a dificuldade de delimitação do sentido normativo da dignidade humana exige cautelas extremas do intérprete. Em razão da plasticidade do conceito, há um risco iminente de utilização indevida do instituto para privilegiar interpretações excessivamente subjetivas ou até *solipsitas*.³⁶³

A solução para evitar eventuais equívocos para o autor consiste no método de fundamentação judicial utilizado de forma predominante – segundo Reis Novais – pelo Tribunal Constitucional Alemão.³⁶⁴ Trata-se da delimitação *negativa* do sentido normativo da dignidade humana. Em palavras diretas, o método consiste em admitir que a delimitação *positiva* da dignidade revela-se de extrema dificuldade a considerar um contexto plural de alta modernidade. Sendo assim, a metodologia de delimitação *negativa* deve ser adotada para apontar não o que é, mas quais são as hipóteses concretas de violação do princípios. As palavras do autor serão transcritas para expressar com exatidão a ideia trazida pelo mesmo, *in verbis*:

[...] A possibilidade de elaboração tendencialmente consensual do conteúdo normativo do princípio parece frustrada, à partida. No entanto, pesem embora aquelas diferenças, já teremos muito mais possibilidade de convergência em concordar na identificação do que seja uma atitude indigna, uma violação da

³⁶² REIS NOVAIS, Jorge. **A dignidade da pessoa humana**. V. II – Dignidade e Inconstitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2016. p. 81-82.

³⁶³ Idem, p. 83.

³⁶⁴ O autor faz menção ao precedente. Idem, p. 83.

dignidade, mesmo que sejam diversas as razões porque qualificamos como tal (grifos nossos).

A seguir a mesma linha de raciocínio, o autor afirma que a metodologia apresentada não exige o *consenso* prévio sobre o conteúdo substantivo aplicado ao princípio³⁶⁵. Em palavras nossas, bastariam razões *que poderíamos* aceitar, como defende Gaus. Avancemos em Jorge Reis Novais.

O autor narra algumas características de matrizes filosóficas empiricamente colhidas da experiência comum como propulsoras da proposta de delimitação negativa³⁶⁶. A uma, o risco – tão comum na jurisdição constitucional – da prescrição por meio da coação de concepções substantivas individuais *não compartilhadas* na comunidade política quando se busca um acerto positivo da dignidade humana. A duas, é funcionalmente mais atrativo identificar por meio da convergência das doutrinas existentes no pluralismo a delimitação negativa da violação do que positiva, visto que “*nunca chegaremos a um consenso*”³⁶⁷ sobre esse ponto.

Os dois argumentos utilizados se identificam com o formato do uso público da razão em Rawls; logo, a crítica se coloca antitética à doutrina rawlsiana e ao anterior formato defendido por Reis Novais. Além disso, a crítica apresentada é imediatamente coincidente com a justificação pública de Gaus.

Um dos objetivos da justificação pública em Gaus é justamente evitar o alerta feito por Reis Novais. O uso de um método de justificação pública gaussiana socorre o intérprete da armadilha de prescrições subjetivas não compartilhadas, pois não é fundamentado no acordo substantivo das concepções de bem, mas sim na abordagem de razões passíveis de serem aceitas pelos indivíduos, mesmo que no íntimo de cada um não exista endosso com relação a prescrições substantivas.

Em segundo lugar, o método de razão pública rawlsiano é definitivamente mais *frágil* e revela uma situação altamente idealizável para atingir-se o consenso. De fato, como afirmou Reis Novais, buscar um consenso nas concepções materiais de vida boa nos tempos de alta modernidade é um caminho ineficiente. A partir de uma matriz evolucionista de justificação pública, há uma tendência de maior proximidade de atingimento da estabilidade *inerente*. Para

³⁶⁵ REIS NOVAIS, Jorge. **A dignidade da pessoa humana**. V. II – Dignidade e Inconstitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2016. p. 84.

³⁶⁶Idem, p. 85.

³⁶⁷Idem, p. 84.

Gaus, a sua determinabilidade independe imediatamente de consenso nas razões. Basta, repetimos, a convergência.

Por último, o autor arremata e conclui que o modelo de convergência é o mais adequado para as sociedades contemporâneas, *in verbis*: “[...] qualquer tentativa de consenso ou de acordo generalizado não pode ultrapassar patamares mínimos de convergência de posições”³⁶⁸

Luís Pereira Coutinho traz ainda outra reflexão sobre a doutrina de Reis Novais. Ao passar pelo teste de *consequências*, a propositura de Reis Novais será fortemente limitativa da Jurisdição no tocante à concretização de princípios constitucionais em casos de desacordos.³⁶⁹ Nesses moldes, se identificado por meio desse raciocínio algum sentido substancialmente positivo ao conceito de dignidade humana deverá este ser imediatamente rejeitado com base na argumentação jurídica de *matriz convergente*³⁷⁰.

Assim, questiona Luís Pereira Coutinho, a quem deve ser atribuída normativamente a faculdade de conferir sentido positivo ao princípio da dignidade humana nas bases oferecidas? Segundo Luís Pereira Coutinho, o próprio Reis Novais aponta a saída. Esta consiste no silêncio da Jurisdição Constitucional e entrega individual a cada membro da comunidade política que crie o conceito de sua própria dignidade.

A solução apresentada por Reis Novais denota *circularidade*. O problema retorna para onde começou: na autonomia individual, a transparecer uma influência kantiana na doutrina de Reis Novais. Não sendo satisfatória a escolha, quem deve delimitar, portanto, o conteúdo normativo no caso? A resposta para Luís Pereira Coutinho pode estar na Política. Vejamos como a sugestão pode ser instrumentalizada a partir da classificação apontada por Coutinho.

Ao esclarecer as dificuldades da proposta, o autor classifica duas hipóteses possíveis de aplicação da teoria da convergência nas decisões de desacordos. A primeira denominada *convergência real* e a segunda, *convergência hipotética*. Vejamos em que consistiria a convergência de forma mais dogmática na Jurisdição Constitucional para logo após expor a sistemática pensada pelo autor.

Se constatado em um processo judicial de julgamento de desacordos sensíveis na Suprema Corte com a comprovação probatória de que grupos representativos da comunidade política *não convergiram* em determinados temas morais substantivos, os magistrados

³⁶⁸Idem, p. 90.

³⁶⁹ COUTINHO, Luís Pereira. Jurisdição Constitucional e Justificação Pública. **II Jornada de Metodologia Jurídica – Desenvolvimento Judicial do Direito**. Org. Prof. Doutor José Lamego, Centro de Investigação de Direito Privado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 6 de outubro de 2016.

³⁷⁰Idem.

estariam autorizados a reconhecer esse *fato institucional* na decisão judicial. Tecnicamente, esse reconhecimento não será feito no relatório nem no dispositivo da decisão do colegiado, mas sim na própria fundamentação do julgado.

A seguir a matriz apresentada nesse trabalho, essa argumentação será catalogada com um *argumento de justificação pública de matriz convergente*. Nesse sentido, no caso de uma questão prejudicial terá como *consequência* normativa a declaração – assim como reconhece MacCormick – que o argumento que possui seu esteio na moralidade social de Gaus está *correto*, o que não significa – como já apontado – que outro raciocínio derivado de distinta racionalidade prática também não possa estar de mesma forma *correto*. Relembremos um ponto exhaustivamente debatido.

Ao contrário de Dworkin, que persegue uma tradição de pensamento filosófico-jurídica que aponta uma *única melhor resposta*, MacCormick reconhece a impossibilidade da razão humana determinar em todos os casos essa única resposta correta, sobretudo em casos moralmente sensíveis³⁷¹. É justamente para a resolução desses casos que ensaiamos a solução.

Sendo assim, o raciocínio empregado – caso seja a opção institucionalizada – pode ser ensaiado por meio da denominada *convergência real*. Nesse campo, a identificação pelos julgadores da hipótese de convergência será diretamente obtida pelos membros da sociedade plural por meio dos partícipes do processo judicial. Explicamos a nossa compreensão.

Do ponto de vista pragmático, no caso de uma demanda que envolva o aborto, por exemplo, poderão ser abertos editais de convocação de segmentos representativos da comunidade política a apontar a *convergência* ou não da argumentação moral apresentada. Na hipótese de apenas um segmento razoavelmente representativo apontar a *não convergência*, surge para o Tribunal a autorização já previamente descrita em lei de declarar como correto o raciocínio prático debatido e justificar o argumento de matriz convergente nesse sentido. Aqui – no caso de aborto –, poderia ser reconhecido o argumento sugerido como *universalizável*, em razão da particularidade da *não convergência* nos demais casos posteriores, se assim o caso apontar.

³⁷¹ Atienza, no prólogo da edição espanhola, é assertivo na análise ao afirmar que MacCormick “[...] não aceita completamente a tese da única resposta correta, mas sim a ideia de Alexy da pretensão de correção e de que o raciocínio jurídico é um caso especial do raciocínio prático geral. Digamos que para MC, assim como para Alexy, a tese da única resposta correta operaria como um ideal regulativo, mas não chega ao extremo de pensar que o raciocínio jurídico pode determinar o Direito (a resposta correta em cada caso) de maneira correta”. MACCORMICK, Neil. **Retórica y estado de derecho: una teoría del razonamiento jurídico**. Lima: Palestra, 2016, p. 11.

Cabe um esclarecimento. Relembramos que tanto Gaus quanto MacCormick assumem a influência aristotélica de que a virtude encontra-se no *hábito*, no caso *hábito de convergência*, e que este pode ser difundido e integrado na sociedade. Além disso, Gaus prescreve que a convergência é o modelo de justificação mais estável dentro de uma linha *evolucionista* que se perfaz ao longo do tempo, a ser enfático – mais uma vez na matriz aristotélica – na exigência da metodologia da justificação pública ocupar espaços de debates em universidades, segmentos sociais em geral etc., no intuito de que se convença moralmente os membros da comunidade política dessa melhor forma de construção de cidadania.

A seguir essa linha de inteligência, o dispositivo da decisão judicial restará definitivamente afivelado a esse reconhecimento do limite ao Poder Judiciário em julgar os referidos casos, na hipótese –experimentemos – de previsão constitucional autorizativa nesse sentido.

Enfim, por mais que possa representar na atualidade uma heresia ao controle de constitucionalidade, a convergência pode – e deve – ser difundida, esclarecida e ensinada por seus defensores na comunidade política como a melhor e mais estável justificação de desacordos *ao longo do tempo*. Os *olhares imediatista* se pragmáticos – tão comuns no cenário atual – não enxergarão a pressuposição de Gaus, mas o curso da história da estabilidade das decisões de Suprema Corte pode tomar outro rumo.

Já na *convergência hipotética* – caso adotada como regra institucionalizada –, o tribunal terá um esforço da reconstrução racional das concepções convergentes ou não presentes na comunidade política. A dificuldade descrita pelo autor aqui é maior, posto que na expressão do autor a normatividade nem sempre é um dado objetivamente aferível.

Em conclusão, a reconhecer o argumento de matriz convergente nos moldes propostos no presente trabalho há de se considerar a possibilidade de dois raciocínios práticos corretos.

Em consequência, poderá ser autorizado – se assim houver previsão institucionalizada, no intuito de manter o requisito da *consistência* – a devolver à política a atribuição de delimitar positivamente um princípio constitucional maleável em uma hipótese de desacordo sensível. Trata-se de uma construção que, a nosso ver, merece uma reflexão mais apurada sem atropelos teóricos, dentro das bases sugeridas nesta dissertação.

Conclusão

É notória a dificuldade atual da Teoria do Direito em compor um eixo de racionalidade democrática para decidir judicialmente desacordos morais. Há várias correntes de pensamento na Academia que buscam a superação desse desafio intelectual. Esta dissertação se filiou à tradição político-jurídica da *justificação pública*, tornando-a viável no Direito por meio da leitura neoinstitucionalista de MacCormick.

Usar um método de justificação pública para concretizar princípios constitucionais abertos foi a principal contribuição de John Rawls para o desenvolvimento judicial do Direito, sendo defendida até os dias atuais por alguns autores, como Jorge Reis Novais (chamo de *primeiro* Jorge Reis) e os renomados autores brasileiros Claudio Pereira de Souza Neto e Luís Roberto Barroso.

Um segundo método de justificação pública, atribuível a Gerald Gaus, também já foi testado pela doutrina portuguesa. Mediante um diagnóstico descrito por Luís Pereira Coutinho, foi exposto na dissertação que Jorge Reis Novais (*segundo* Jorge Reis Novais) em recente obra defendeu e aplicação da teoria da convergência de Gerald Gaus com uma solução para a concretização de princípios abertos na Jurisdição Constitucional.

No entanto, os constitucionalistas que defenderam o modelo de justificação pública na Jurisdição não formaram, digo respeitosamente, as devidas bases político-jurídicas para uma sugestão de um discurso *outsider* como é a defesa da justificação pública na Jurisdição Constitucional. Essa lacuna doutrinária foi a motivação da presente dissertação: contribuir – nos limites possíveis de uma dissertação de mestrado – para a formação de um sustentáculo na Política e no Direito a fim de tornar viável ao menos a apresentação do tema à teoria do Direito.

Isso justificou a sistematização de todo o instituto com suas principais vertentes e autores a trazer para a investigação um dos maiores debates da filosofia política norte-americana na atualidade : Rawls vs. Gaus.

Após a sistematização, buscou-se problematizar e demonstrar os equívocos da construção rawlsiana na Política e no Direito até viabilizar uma proposta pessoal com fundamento na teoria da convergência apresentada em dois pontos principais.

No primeiro ponto, demonstrou-se uma leitura do Direito de matriz neoinstitucionalista pronunciada com bases epistemológicas na teoria da convergência. Além disso – no campo da teoria da argumentação jurídica –, compreendeu-se a necessidade de se

acrescer ao pensamento de MacCormick o *argumento de justificação pública de matriz convergente*.

Nesse sentido, foi imprescindível uma imersão na Filosofia Política, na Filosofia do Direito e, ainda, na dogmática dos direitos fundamentais, uma vez que o objetivo da dissertação foi a apresentação de uma solução para um problema não resolvido unicamente pela dogmática.

Referências bibliográficas

ATIENZA, Manuel. Entrevista a Neil MacCormick. **Cuadernos de Filosofía del Derecho, Doxa**, v. 29, 2006. p. 485-486.

BACCARINI, Elvio. **Public Reason**. “The Consensus and the Convergence View”. [S.l.: s.n.: s.d].

BARROSO, Luís Roberto. Here, there and everywhere: human dignity in contemporary law and in the transnational discourse. **Boston College International and Comparative Law Review**, v. 35, n. 2, p. 331-393.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernid Líquida**. Tradução Mirta Rosenberg. Buenos Aires: Fundo de cultura econômica da Argentina, 2002.

BILLINGHAN, Paul. Convergence liberalism and the problem of disagreement concerning public justification. **Canadian Journal of Philosophy**, n. 47, p. 541-564, 2017.

BLANC, Mafalda. O problema da metafísica em Heidegger no período de gestação de Ser e Tempo. In: **Philosophica**, Lisboa, n. 43, p. 99-114, abr. 2014.

BOBBIO Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 6. ed. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986;1997, formato e-book.

BOETTCHER, James; HARMON, Jonathan. Introduction: religion and the public sphere. **Philosophy and Social Criticism**, Boston, v. 35, n. 1-2, p. 5-22, 2009.

_____. Public reason and religion. In: BROOKS, T.; FREYENHAGEN, F. (Eds.). **The Legacy of John Rawls**. London: Continuum, 2007.p. 124-151.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o carácter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacCormick, **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 106, p. 263-313, jan./jun. 2013.

CHUNG, Hun. The instability of John Rawls’s stability for the right reasons. **Episteme**, p. 1-17, 2017.

_____. **Public Reason, Convergence Discourse, and the Well-Ordered Society Under Crisis**. Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2862832>>.p. 1-44.

COLOMER, José Luis. Autonomía y Gobierno. Sobre la posibilidad de um perfeccionismo liberal. **DOXA – Cuadernos de Filosofia del Derecho**: Universidad Autónoma de Madrid, n. 24, p. 251-296, 2001.

COUTINHO, Luís Pedro Dias Pereira. **As faculdades normativas universitárias no quadro do direito fundamental à autonomia universitária: o caso das universidades públicas**. Dissertação (Mestrado) – Ciências jurídico-políticas, Universidade de Lisboa, 2001.

_____. **A autoridade moral da Constituição: da fundamentação da validade do direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

_____. A convergência de pensões como questão política. **E-pública: revista eletrônica de direito público**, n.1, p. 1-20, 2014.

_____. O facto do pluralismo e a fiscalização judicial de constitucionalidade. In: Paulo Adragão (Coord.), **Atlas do colóquio Luso-Italiano sobre liberdade religiosa**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 69-78.

_____. Jurisdição Constitucional e Justificação Pública. **II Jornada de Metodologia Jurídica – Desenvolvimento Judicial do Direito**. Org. Prof. Doutor José Lamego, Centro de Investigação de Direito Privado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 6 de outubro de 2016.

_____. The Practice-Independency of Human Rights. **Conferência Human Rights and the Controversy about the Nature of Law**. Org. Prof. Doutor Mart Tutsi, Universidade de Tallinn, Estônia, 9 e 10 de fevereiro de 2017.

_____. LA TORRE, Massimo; SMITH, Steven D. (Orgs.). **Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences**. Heidelberg, New York; Dordrecht, London: Springer, 2015, p. 21-30.

D'AGOSTINO. The possibility of Public Reason. **A Journal of Social and Political Theory**, n.90, p. 25-47, 1997.

DA SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros Ed., 2009.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade**. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 155-156.

_____. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. [S.l.]: Harvard University Press, 1997.

_____. **Justice in Robes**. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

_____. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

_____. Objectivity and Truth: You'd Better Believe it. **Philosophy and Public Affairs**, v. 25, n. 2, p. 87-139, 1996.

_____. **O império do direito**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. Rawls and the Law. **Fordham Law Review**, v. 72, p. 1387-1405, 2004.

_____. **Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality**. [S.l.]: Harvard University Press, 2002.

_____. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1977.

DYZENHAUS, David. Hobbes on the Authority of Law. In: Dyzenhaus, D.; Poole, T. Eds. **Hobbes and the Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 186- 209.

EBERLE, Christopher J. **Religious conviction in Liberal Politics**. UK: Cambridge Press, 2004. Formato e-book.

ENOCH, David. The Disorder of Public Reason: A Critical Study of Gerald Gaus's The Order of Public Reason". **Ethics** 124, p. 1-36, 2013.

FARALLI, Carla. **Filosofia contemporânea do direito: temas e desafios**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FEINBERG, Joel. **Harm to self: the moral limits of criminal law**. V. III. New York: Oxford University Press, 1986.

FERRAZ, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.p. 301-302.

GAUS, Gerald. Hobbesian-inspired Liberalism: Public Reason Out of Individual Reason. In: **Contemporary Theories of Liberalism: Public Reason as a Post-Enlightenment Project**. Sage publications: London; Thousand Oaks, New Delhi, 2003.p. 56-82.

_____. On Dissing Public Reason: A Reply to Enoch. **Ethics**, Chicago, University of Chicago Press, n. 125, p. 1092, jun.2015.

_____. Public Reason Liberalism. In: **The Cambridge Companion to Liberalism** Edited by Steve Wall. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 112-140.

_____. **The Order of Public Reason: A Theory of Freedom and Morality in a Diverse and Bounded World**. Londres: Cambridge University Press, 2011.

GAUTHIER, David. Public Reason. **Social Philosophy and Policy**, v. 12, p. 19-42, 1995.

GRECO, Luís. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, RT, n. 87, p. 84-102, 2010.

GRODIN, Jean. **Hermenêutica**. Tradução Marcos Marcionilo. Parábola Editorial: São Paulo, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro 2007.

HART, Herbert L.A. **O conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. 2. ed. Tradução Antonio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LAMEGO, José. **Teologia da Liberdade e o conceito de direito**: a compreensão criticista da juridicidade como exigência da constitucionalização do ordenamento jurídico. Tese (Doutoramento) – Ciências Jurídico-Políticas, Universidade de Lisboa, 2003.

_____. **Hermenêutica e jurisprudência**. Dissertação (Mestrado) – Ciências Jurídico-Políticas, Universidade de Lisboa, 1984-1985.

_____. **Elementos de metodologia jurídica**. Coimbra: Almedina, 2016.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

_____. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Oxford University Press, reimpressão de 1994.

_____. **Retórica y estado de derecho**: una teoría del razonamiento jurídico. Lima: Palestra, 2016.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a Teoria do Direito contemporânea. São Paulo: Saraiva 2013.

MACHADO, Jónatas E.M. Tempestade perfeita? Hostilidade à liberdade religiosa no pensamento teórico-jurídico. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldri Guedes (Orgs.). **Direito à liberdade religiosa, desafios e perspectivas para o século XXI**. [S.l.: s.n.: s.d.].

MACPHERSON. **The Political Theory of Possessive Individualism**: from Hobbes to Locke. Oxford: Clarendon Press, 2011.

MANG, Franz. **Public Reason Can Be Reasonably Rejected In Social Theory and Practice**, [S.l.: s.n.],p. 1-26, abril de 2017.

MARNEFFE, Peter de. **Liberalism and Prostitution**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

MASSIMO, La Torre. Positivismo giuridico. In: **Enciclopedia del diritto**, Annali, v. 6, Giuffrè, Milano, p. 688-736, 2013.

_____. **Law as Institution**. Dordrecht, Heidelberg, London, New York: Springer, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**.V. IV. Lisboa: Almedina, 2014, p. 114.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Coimbra: Centelha Ed., 1973.

MULHALL, Stephen; SWIFT Adam.**Liberals and comunitarians**.2. ed. United Kingdom: 1996.

OTERO, Paulo. **Instituições políticas e constitucionais**. v. I. Coimbra: Almedina. 2001.

PACHUKANIS, Eugeny. **A teoria geral do direito e o marxismo**. Coimbra: Centelha. 1977.

POGGE, Tomas. **John Rawls: his life and Theory of Justice**. Tradução Michelle Kosh. Nova York: Oxford University Press, 2007.

QUONG, Jonathan. **Liberalism Without Perfection**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

RAO, Naomi. Three concepts of dignity in Constitutional Law. **Notre Dame Law Review**, Georgetown, v. 86, n. 1, p. 183-272, 2011.

_____. On the use and abuse of dignity in Constitution Law. **Columbia Journal of European Law**, v. 14, n. 2, p. 201-256, 2008.

RAWLS, John. **A lei dos povos e a ideia da Razão Pública Revisitada**. Tradução Paulo Barcelos. Lisboa: Almedina, 2014.

_____. **Justiça como equidade: uma reformulação**. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fortes, 2003.

_____. **Justice as fairness: restatement**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

_____. **Justiça e democracia**. Tradução Irene Paternot. Seleção, glossário e apresentação Catherine Audard. São Paulo: Martins Fortes, 2000.

_____. **O liberalismo político**. 2. ed. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

_____. **Political Liberalism**. New York: Columbia University, 1996.

_____. **Uma teoria da Justiça**. Tradução Almiro Piseta (et al.). São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REIS NOVAIS, Jorge. **A dignidade da pessoa humana**. V.I – Dignidade e Direito Fundamentais. Coimbra: Almedina, 2015.

_____. **A dignidade da pessoa humana**.V. II – Dignidade e Inconstitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2016.

RUITER, David. **Legal Institutions**. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2001.

SANTIAGO, Marcus Firmino. Um estudo de hermenêutica jurídica à luz de Hans-Gerog Gadame. **Revista Portuguesa de Filosofia**, v. 70, fasc. 2-3, p. 417-434, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

_____. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988 – algumas notas, com destaque para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Jorge Miranda**. V. I. Coimbra: Coimbra Ed., 2012. p. 941-971.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 42-43.

_____. **Ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SMITH, Steven. **The disenchantment of secular discourse**. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2010.

_____. Judicial Activism and “Reason”. COUTINHO, Luís Pereira; LA TORRE, Massimo; SMITH, Steven D. (Orgs.). **Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences**. Heidelberg, New York; Dordrecht, London: Springer, 2015.p. 21-30.

SOLUM, Laurence. Novel public reasons. **Loyola of Los Angeles Law Review**, Los Angeles, v. 29, n. 4, p. 1459-1486, 1996.

_____. Construction Ideal of Public Reason. **San Diego Law Review**, v. 30, p. 729-762, 1993.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: Coerência, razão pública, decomposição analítica e standards de ponderação. **Boletim Científico**, ESMPU: Brasília, a. 4 – n.15,2005.

_____. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica em crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TAYLOR, Charles. The Politics of Recognition. In: **Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition**. Amy Gutmann (Ed.). Princeton: Princeton University Press, 1994.p. 51-61.

THRASCHER, John; VALLIER, Kevin. The Fragility of Consensus: Public Reason, Diversity and Stability. In: **European Journal of Philosophy**, v. 23, Issue 4, p. 936, Dec. 2015.

UNGER, Mangabeira. **The critical legal studies moviment**. Cambridge, Massachusetts, London: Harvard University Press, 1983.

VALLIER, Kevin. Must politics be war? In: **Defense of Public Reason Liberalism: restoring our trust in free society**. Oxford: Oxford University Press, 2018.

_____. Convergence and Consensus in Public Reason. **Public Affairs Quarterly**, v. 25, n. 4, p. 261, 2011.

_____. **Three Concepts of Political Stability: An Agent-Based Model**. Forthcoming. [S.l.: s.n: s.d.].

_____; D'AGOSTINO, Fred. Public Justification. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Spring 2014 Edition), Edward. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/justification-public/>>. Acesso em: 10/09/2017.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.

_____. Religious contributions in public deliberation. **San Diego Law Review**, San Diego, v. 30, n. 4. p. 817-849, nov. 1992.

WALL, Steven. Perfectionism in Moral and Political Philosophy, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Winter 2012 Edition), Edward N. Zalta (Ed.). Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/perfectionism-moral/>>. Acesso em: 4 maio 2016.

YOUNG, Iris Marion. **Inclusion and democracy**. New York: Oxford University Press, 2000.

_____. **Justice and de politics of difference**. New Jersey: Princeton University Press, p. 39-65.