XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

ILTON NORBERTO ROBL FILHO

ROBISON TRAMONTINA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314
Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/ UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Ilton Norberto Robl Filho, Robison Tramontina – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-205-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teorias da Justiça. 3. Teorias da Decisão. 4. Teorias da Argumentação Jurídica. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

Entre os dias 06 a 09 de Julho de 2016, ocorreu em Brasília, o XXV Encontro Nacional do CONPEDI. Entre os diversos Grupos de Trabalhos (GT), tivemos a oportunidade e a satisfação de coordenar o GT Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica I. As Teorias da Justiça e da Argumentação Jurídica encontram lugar de destaque tanto nos campos da filosofia como na prática e no pensamento jurídicos. Desse modo, os debates desenvolvidos nesse campo temático permitem uma rica construção interdisciplinar e a partir de diversas perspectivas sobre a estruturação do Estado, da sociedade civil e do conjunto de direitos. Não escapam ainda do debate das Teorias da Justiça e da Argumentação Jurídica o processo de construção das normas jurídicas e a sua aplicação no seio das sociedades complexas.

As apresentações e os debates, na ocasião, foram de altíssimo nível e instigantes.

Os artigos que constituem esta obra passaram por avaliação prévia (double-blind review), foram apresentados e discutidos no GT supracitado. São textos de alta qualidade redigidos por pesquisadores que se encontram em estágios diferentes de suas respectivas investigações. Exprimem, cada um a sua maneira e no interior do seu campo investigativo, a evolução recente da pesquisa jurídica no Brasil.

Para assegurar unidade temática e organicidade à obra, os trabalhos foram organizados em três blocos temáticos, a saber: a) Teorias da Justiça, b)Teorias da argumentação Jurídica e c) Teoria da Decisão Judicial.

Prof. Dr. Ilton Norberto Robl Filho (UPF)

Prof. Dr. Robison Tramontina (UNOESC)

A FUNDAMENTAÇÃO RELIGIOSA DAS NORMAS JURÍDICAS

RELIGIOUS FOUNDATION OF LEGAL NORMS

Marcos Silva Marinho [1]
Luciana Gaspar Melquíades Duarte [2]

Resumo

O presente artigo busca compreender o fenômeno da argumentação religiosa no âmbito parlamentar. Para tanto, foram discutidas as concepções juspositivista e neoconstitucionalista do Direito, com o objetivo de entender como elas analisam o processo legislativo em sociedades democráticas. Ao utilizar as teorias filosóficas de Jürgen Habermas, RobertAlexy e outros autores, concluiu-se pela defesa da racionalização da argumentação enquanto critério legitimador das decisões públicas.

Palavras-chave: Argumentação jurídica, Processo legislativo, Democracia

Abstract/Resumen/Résumé

This article tries to understand the phenomenon of religious argumentation in the parliamentary context. For that, were discussed the conceptsof legal positivismand post positivism, in order to understand how they analyze the legislative process in democratic societies. By using the philosophical theories of Jürgen Habermas, Robert Alexy and others, concluded the defense of rationalization of argumentation while legitimizing criterion in public decisions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal argumentation, Legislative process, Democracy

[1] Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito e Inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora.

[2] Mestre em Direito Administrativo pela UFMG e Doutora em Direito Público também pela UFMG. Pesquisadora e Professora do Mestrado em Direito e Inovações da Faculdade de Direito da UFJF.

1 INTRODUÇÃO

As tensões do espaço político parlamentar não são familiares ao cotidiano da sociedade e, muitas vezes, não refletem seus anseios e preocupações. Segundo Pierre Bourdieu (2010, p. 175), a politização de interesses nas democracias parlamentares está subordinada à "lógica da conquista do poder". Ela expressa as possibilidades de conservação e transformação do mundo social e evidencia o caráter divergente da representação política, uma vez que sua realização envolve a participação de diferentes agentes[1]. Essa circunstância condiciona o "jogo" da representação política àquilo que o autor chama de "*habitus* do político", isto é, à intersecção formada entre os interesses específicos do partido político, do "profissional" político e dos seus eleitores (Idem, 2010, p. 168).

Diante disso, é preciso analisar a criação das normas jurídicas pelos representantes políticos enquanto fenômeno crucial para o desenvolvimento de um tecido social democrático. O direito legislado, nesse sentido, seria a manifestação do que o Direito propriamente é ou, num outro prisma, seria apenas uma manifestação do jogo político a que se refere Bourdieu?

Existem, ao menos, duas respostas possíveis para essa pergunta. Uma delas é compatível com o referencial teórico juspositivista. A outra é compatível com as propostas neoconstitucionalistas de interpretação do Direito. Considerando a importância de ambas correntes teóricas para o processo de consolidação do Direito enquanto fundamento político das sociedades democráticas é que serão analisadas algumas características do Estado de Direito.

Nesse sentido, o problema da criação das normas jurídicas será analisado desde a sua propositura pelos parlamentares, de modo que se buscará compreender a inexistência de critérios legais que delimitem a argumentação no âmbito parlamentar brasileiro. Optou-se por analisar o uso de argumentos religiosos no processo legislativo porque eles contradizem flagrantemente o modelo de racionalidade alçado como parâmetro institucional das decisões jurídicas, bem como porque, conforme será demonstrado adiante, eles têm sido amplamente utilizados na política nacional.

[1] "Nas democracias parlamentares, a luta para conquistar a adesão dos cidadãos (o seu voto, as suas quotizações, etc) é também uma luta para manter ou subverter a *distribuição do poder sobre os poderes públicos* (ou, se se prefere, pelo monopólio do uso legítimo dos recursos políticos objectivados, direito, exército, polícia, finanças públicas, etc.)." (BOURDIEU, 2010, p. 174)

A Constituição da República (BRASIL, 1988) restringiu a influência religiosa no espaço público ao proferir a laicidade estatal, ainda que implicitamente, no rol dos princípios constitucionais (os incisos VI, VII, VIII e parágrafo 2º do artigo 5º do texto constitucional, bem como o inciso I do artigo 19, autorizam esta interpretação). No entanto, é possível considerar a colisão desses princípios com outros princípios constitucionais que autorizam a liberdade religiosa e a liberdade de expressão dos parlamentares no exercício de seus mandatos. Diante desse conflito, como identificar quais princípios devem prevalecer? E mais, de que forma seria possível vincular a atuação dos parlamentares ao conteúdo político (principiológico) previsto nas normas constitucionais? Essas e outras questões serão discutidas a seguir.

2A INTEGRIDADE FORMAL DO DIREITO

O surgimento do Estado de Direito culminou o fim da autoridade monárquica na Europa. Ele foi fruto de um complexo processo de transição paradigmática que determinou o nascimento de novas demandas acerca da existência humana e de sua organização social. O Positivismo, nesse contexto, pode ser considerado uma corrente de pensamento reativa ao domínio clerical. Isso porque visou estabelecer sobre o mundo uma interpretação não metafísica dos fatos, marcada pela rejeição das impressões subjetivas, bem como pela defesa da produção do conhecimento a partir da observação e da experimentação, isto é, da investigação empírica de relações constantes entre os fatos sociais.

A objetividade buscada pelos positivistas manifestou no campo do Direito a implementação de uma compreensão estritamente ontológica dos fenômenos jurídicos. Para eles, avaliar a justiça ou injustiça dos preceitos normativos foi algo irrelevante. Ao invés disso, ocorreu na Europa um progressivo movimento de abstração do conteúdo jurídico, ao passo que a cientificidade do Direito foi confirmada pelo rigor formalista das perspectivas positivistas.

A neutralidade axiológica do Direito defendida pelo Positivismo jurídico esteve relacionada com a necessidade política de garantir que o Estado não fosse determinado pelo arbítrio. A racionalização das estruturas sociais foi, nesse aspecto, um evento crucial da modernidade, pois deslocou o eixo da origem do poder da esfera divina para a natureza

racional do homem. Por isso, é possível afirmar que, em alguma medida, a razão emancipou o homem da autoridade religiosa. No entanto, vale ressaltar que as consequências desse processo não converteram a totalidade das estruturas sociais, de modo que, ainda hoje, elas desencadeiam transformações e conflitos nas esferas da vida pública e privada.

Naquele instante, foi imperativo assegurar que as instituições permaneceriam livres de qualquer espécie de decisionismo. Desde a Revolução Francesa, foram deflagrados na Europa vários processos de laicização estatal que demandaram ao Direito a tarefa de regulamentar as relações sociais segundo critérios racionalistas. Nesse sentido, é válida a compreensão da Escola francesa da Exegese, do romantismo alemão da Escola Histórica do Direito e, até mesmo, do Formalismo Jurídico Alemão, marcado pela tentativa de reelaboração de conceitos universais do Direito Romano pelos pandecctistas, enquanto diferentes etapas ou modalidades do pensamento positivista da época, uma vez que visavam o surgimento de uma nova modalidade de organização social: o Estado de Direito (BOBBIO, 1995).

Nesse processo, a lei assumiu um prestígio singular e passou a ser considerada enquanto parâmetro orientador das ações governamentais. Tal prestígio foi cultivado a partir da ideia de que a legislação detém sua legitimidade resguardada pela soberania coletiva desempenhada pelo Poder Legislativo. A figura do legislador racional serviu como comprovação de segurança e certeza contra a arbitrariedade e o abuso de poder. Assim surgiu a ideia da justiça como formalidade, isto é, como ausência de arbítrio e como garantia de aplicação do direito legislado, ideia que, de acordo com o pensamento juspositivista, seria capaz de realizar a igualdade de todos perante a lei.

O caráter científico que se buscou atribuir ao Direito restringiu o campo das elucubrações filosóficas a um rigor técnico preventivo. Para tanto, seria preciso idealizar uma ciência jurídica isenta de valores, necessária em virtude da impossibilidade do distanciamento das emoções e impressões subjetivas da atividade judicante. O reconhecimento da falibilidade humana provocou o desenvolvimento de uma técnica jurídica de subsunção caracterizada pelo silogismo jurídico, pelo rigor conceitual e pela lógica formal de matriz aristotélica. Segundo Camargo (2011, p. 85):

> A atividade científica consistia em estabelecer conceitos bem definidos, que pudessem garantir segurança às relações jurídicas, uma vez diminuída a ambiguidade e a vaguidade (*sic.)* dos termos legais. E foi por meio da elaboração de conceitos gerais, posicionados na parte superior da figura de uma pirâmide, capazes de conter e dar origem a outros conceitos de menor alcance, numa união total, perfeita e acabada, que o direito alcançou o seu maior grau de abstração e autonomia no campo do conhecimento. Esse alto

> grau de racionalidade deu origem ao "dogma da subsunção", que irá se impor no século seguinte.

Nesse sentido, vale destacar a obra do filósofo austríaco Hans Kelsen, para quem um tratamento abstrato e sistematizador transformaria o Direito numa ciência neutra, incapaz de alterar o conteúdo das relações sociais, voltada simplesmente ao reconhecimento das estruturas de poder. A Ciência do Direito se valeria de métodos próprios, válidos para a análise de qualquer ordenamento jurídico e seria como uma totalidade fechada em si mesma. Conforme explica Kelsen:

> A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito Positivo – do Direito positivo geral, não de uma ordem jurídica especial. [...] Contudo, fornece uma teoria da interpretação. Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Não importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. Quando a si própria se designa como "pura" teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir desse conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto se não possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. (KELSEN, 1996, p. 17).

Em virtude do isolamento das regras jurídicas de suas circunstâncias sociais, o Positivismo ocupou, por muito tempo, o lugar principal na ciência do Direito. Enquanto teoria, legitimou a prática do Direito segundo critérios meramente formais, segundo os quais não seria possível engendrar qualquer crítica ao sistema jurídico que não estivesse relacionada com sua estrutura normativa. Trata-se, em suma, de uma teoria formalista, preocupada preponderantemente com a integridade formal do Direito Positivo.

2.1 A crise de legitimidade do Positivismo Jurídico e a transformação linguístico-pragmática do direito

A crise do Positivismo Jurídico teve como marco o fim da Segunda Guerra Mundial. Ela teve como consequência a reabertura do Direito aos valores éticos e políticos e foi baseada no reconhecimento da complacência dos sistemas jurídicos europeus perante a injustiça extrema. Assim revela a obra do filósofo italiano Giorgio Agamben (2002) que, ao analisar o estatuto jurídico dos campos de concentração, comprovou que o Direito nazi-

fascista fez parte de uma esfera de relativização da vida humana orientada segundo os desígnios de um poder soberano. Segundo o autor:

> Quem entrava no campo movia-se em uma zona de indistinção entre o externo e interno, exceção e regra, lícito e ilícito, na qual os próprios conceitos de direito subjetivo e de proteção jurídica não faziam mais sentido; além disso, se era um hebreu, ele já tinha sido privado, pelas leis de Nuremberg, dos seus direitos de cidadão, e, posteriormente, no momento da "solução final", completamente desnacionalizado. Na medida em que os seus habitantes foram despojados de todo estatuto político e reduzido integralmente à vida nua, o campo também é o mais absoluto espaço biopolítico que jamais tenha sido realizado, no qual o poder não tem diante de si senão a pura vida sem qualquer mediação. Por isso o campo é o próprio paradigma do espaço político no ponto em que a política torna-se biopolítica e o homo sacer se confunde virtualmente com o cidadão. (AGAMBEN, 2002, p.177-178).

Como reação a barbárie protagonizada no continente europeu, surgiu no campo da Filosofia do Direito uma corrente teórica denominada neoconstitucionalismo (ou Pós-Positivismo). A princípio, é possível compreendê-la enquanto tentativa de delimitação do conteúdo político mínimo de uma sociedade democrática. Isto quer dizer que para o Neoconstitucionalismo, o Direito não mais estaria determinado pela configuração do poder político segundo critérios exclusivamente formais. Ao invés disso, a verificação da legitimidade formal das normas jurídicas estaria atrelada a valores universais, sem os quais não seria possível a existência do Direito.

Segundo Ronald Dworkin (2011), filósofo norte-americano pioneiro na elaboração de uma teoria democrática do Direito, o fundamento de um ordenamento jurídico legítimo está na exigência moral de igualdade de respeito e consideração entre os membros de uma comunidade política. Isso não significa dizer que a dimensão axiológica do Direito determinaria, em abstrato, a validade das normas jurídicas, uma vez que ela decorre do reconhecimento de premissas valorativas na própria estrutura normativa dos Estados democráticos, as quais necessitariam ser interpretadas de forma sistemática pelos aplicadores do Direito[2].

Nesse aspecto, foi muito importante a virada linguístico-pragmática realizada pela Filosofia da Linguagem no século XX. Autores como Theodor Viehweg, Chaim Perelman, Stephen Toulmin e Jürgen Habermas identificaram a existência de um campo argumentativo constante nas relações humanas e atribuíram à capacidade dialógica do homem a

[2] Assim observa Carla Faralli (2006, p. 11): "[...] a principal característica das teorias constitucionalistas consiste no reconhecimento do aumento da complexidade da estrutura normativa dos sistemas constitucionais contemporâneos, que está ligado à introdução dos princípios e à diferença entre estes e as regras".

possibilidade de solucionar racionalmente os seus conflitos. A análise do Direito segundo tais pressupostos contribuiu para o desenvolvimento de critérios argumentativos aplicáveis às práticas estatais, o que provocou a rediscussão do controle jurídico das atividades públicas pelo Neoconstitucionalismo (TOLEDO, 2005).

A prevalência da legalidade estrita no Positivismo Jurídico deu lugar à distinção qualitativa entre regras e princípios. Com isso, o campo argumentativo das decisões jurídicas foi ampliado e a indeterminação das possibilidades fáticas deixou de ser um problema para o Direito. O reconhecimento do caráter normativo dos princípios aumentou o âmbito de incidência das normas jurídicas, de forma que, assim como ocorre com o Poder Judiciário, também a atuação dos poderes Executivo e Legislativo devem estar pautada neles.

Essas transformações fizeram com que o Direito não mais pudesse ser reduzido ao direito legislado. Para os neoconstitucionalistas, a complexidade da estrutura normativa dos sistemas jurídicos contemporâneos é incompatível com a definição formalista do Direito utilizada pelos positivistas. A relação entre Direito e democracia deu origem, portanto, a outro modelo de organização social: o Estado Democrático de Direito.

2.2 Aspectos da criação do direito em sociedades democráticas

Para analisar a elaboração das normas jurídicas em contextos democráticos, é necessário compreender que ela se desenvolve numa situação real de fala, na qual os participantes do jogo político relacionam-se com interesses, não raras vezes contraditórios aos da comunidade política que representam. Dessa forma, por mais que se busque o estabelecimento de critérios para a argumentação dos parlamentares, é preciso, assim como em todo e qualquer campo da interação humana, reconhecer a existência de pressupostos subjetivos que influenciam os discursos por meio das experiências e emoções que todos vivem. Assim adverte Gadamer (2005, p. 368) ao afirmar que "[...] os preconceitos de um indivíduo, muito mais que seus juízos, constituem a realidade histórica de seu ser".

Em virtude disso, a adoção de critérios argumentativos que viabilizem a comunicação racional passou a ser defendida como algo necessário para o desenvolvimento das relações sociais. Na ausência desses critérios, é possível perceber o acirramento dos conflitos e

particularismos, de tal modo que o compartilhamento dos espaços políticos deliberativos tem repercutido, em muitos casos, em graves disputas pelo poder político. Nesses casos, ao invés de resolvê-las, as instâncias políticas as estimulam. Por isso, a presença de perspectivas políticas excludentes e discriminatórias num Estado Democrático de Direito necessita estar confrontada por um modelo argumentativo que os avalie criticamente segundo fundamentos políticos universais aplicáveis ao processo legislativo. Para Gilvan Hansen (2010, p. 7):

> O processo legislativo democrático deve possibilitar a reconstrução, em forma reflexiva, da intersubjetividade inerente a ação comunicativa exercida no mundo da vida e consequentemente, permitir que suas demandas comunicativas sejam sancionadas pelo estado de direito, fazer frente às prerrogativas funcionais dos sistemas (principalmente ao mercado) e adquirir força normativa para coordenar a ação.

No entanto, nem sempre isso ocorre na prática legislativa brasileira. No interior de sua intrincada rede de disputas, faz-se presente o associativismo parlamentar religioso, responsável pela utilização de práticas argumentativas baseadas na defesa intransponível de alguns dogmas de fé (GONÇALVES, 2010). O debate público em torno deles intensificou-se nos últimos anos, na medida em que os agentes políticos perceberam a iminência da resolução institucional de algumas controvérsias religiosas por meio da atividade legislativa. Tal fato provocou um incremento na atuação parlamentar de atores religiosos, verificada, sobretudo, na consolidação de uma Frente Parlamentar Evangélica no Congresso Nacional[3].

A "bancada evangélica", como ficou conhecida a Frente, conta atualmente com 52 deputados e 3 senadores[4] e representa uma das maiores forças políticas do Brasil. Apesar de sua heterogeneidade, é possível perceber que a atuação dos parlamentares é coesa no sentido dos interesses religiosos que professam. Assim explica Gonçalves (2010, p. 3), ao avaliar que:

> [...] a participação dos evangélicos na política nem sempre se apresenta de forma homogênea, na maioria das vezes ela é heterogênea, visto que eles votam em bloco somente naquelas ocasiões em que surgem questões que envolvam natureza religiosa ou corporativa. A atuação enquanto grupo coeso, no entanto, surge apenas nos momentos em que eles apresentam propostas que estejam de acordo com os seus interesses confessionais e que também estão presentes no campo religioso como, por exemplo, na proibição

[3] Conforme anuncia a Revista da Frente Parlamentar Evangélica, estão entre os seus objetivos: "Procurar, de modo contínuo, a atualização da legislação necessária à promoção de políticas públicas, sociais e econômicas eficazes, influindo no processo legislativo a partir de comissões temáticas existentes nas Casas do Congresso Nacional, segundo seus objetivos, combinados com os propósitos de Deus e conforme a Sua Palavra"; "[i]nfluenciar as políticas públicas do governo defendendo a sociedade e a família no que diz respeito à moral e aos bons costumes" (CONGRESSO NACIONAL, 2004, p. 6).

[4] Dados extraídos do site do DIAP – Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar. Disponível em: <http://www.diap.org.br/sileg/parlamentares/index.php>. Acesso em 01/08/2015.

> do aborto, dos direitos dos homossexuais, do tabagismo e alcoolismo, dos jogos de azar e das pesquisas que envolvem células-tronco embrionárias.

Conforme observa-se, a relação entre política e religião no Brasil revela a fragilidade da separação entre as esferas pública e privada. Ela revela também a imprecisão jurídica dos termos liberdade religiosa e liberdade política no cotidiano legislativo, uma vez que alguns parlamentares defendem a validade pública dos seus argumentos morais enquanto manifestação de sua liberdade religiosa[5].

Nesse sentido, são vários os projetos de lei que versam sobre temas de grande repercussão religiosa. Apenas em relação ao tema aborto, por exemplo, existem vinte e quatro (24) projetos de lei em tramitação, dentre os quais doze (12) propõem o aumento das restrições atuais para a sua realização, dez (10) propõem a redução destas e dois (2) não modificam as normas vigentes[6]. Já no que se refere ao reconhecimento de direitos e à proteção da população LGBT, o Projeto de Lei da Câmara nº 122 (BRASIL, 2006)[7], de autoria da Deputada Iara Bernardi, pode ser considerado um marco da argumentação religiosa no campo legislativo pátrio (DIAS, 2011).

Apesar da argumentação contrária ao projeto não ter sido sustentada apenas em preceitos confessionais, Gonçalves (2010, p.21) explica que eles "foram predominantes no discurso dos parlamentares evangélicos". A título de exemplo, o relato bíblico de Sodoma e Gomorra, o mais invocado entre os parlamentares, pode ser observado no discurso proferido pelo Deputado Zequinha Marinho acerca do Projeto de Lei nº122 (BRASIL, 2006):

> Deputados, o homossexualismo é a droga não combatida que assola a sociedade moderna e a desvirtua dos princípios divinos. No passado, apesar de misericordioso e bondoso, Deus teve de destruir Sodoma e Gomorra por não suportar tais práticas – isso está na Bíblia. A sociedade brasileira, independentemente do credo religioso, precisa preocupar-se, porque o castigo de Deus não caiu apenas sobre os *gays* de Sodoma e Gomorra, mas sobre todos os habitantes daquelas cidades. Dep. Zequinha Marinho, PSC – PA (Diário da Câmara dos Deputados, 30/05/2005, Sessão: 109.3.52.O/PE)

---

[5] Nesse sentido manifestou-se o Deputado André Zacharow, PMDB – PR, ao argumentar contra o projeto de Lei 122/2006: "Em nossa avaliação, o projeto fere de forma inaceitável princípios básicos da Constituição Federal, pois entre suas consequências estaria a de criar embaraços e restrições à liberdade religiosa e de opinião. Não podemos aceitar que aqueles que por questões de princípios éticos, morais e institucionais tiverem posições contrárias a determinados comportamentos não possam expressar livremente essas posições sob pena de serem criminalizados por isso." (GONÇALVES, 2010, p. 24).

[6] Dados extraídos do site da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/1437>. Acesso em 01/08/2014.

[7] Conhecido como projeto de criminalização da homofobia, o Projeto de Lei 122/2006 está arquivado desde fevereiro de 2015. Ele propõe aalteração da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor,bem como da redação do § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e do art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Diante disto, seria possível ressaltar a existência de alguns mecanismos de controle da argumentação criados para resguardar a legislação de projetos de lei que não condizem com o teor dos direitos fundamentais constitucionalmente tutelados (seriam eles o veto presidencial, a Comissão de Constituição e Justiça e o controle judicial de constitucionalidade). No entanto, há de se observar a ineficácia desses instrumentos, não havendo no ordenamento jurídico brasileiro a determinação expressa dos limites da argumentação parlamentar (OLIVEIRA, 2014). Nem mesmo no Código de Ética Parlamentar da Câmara dos Deputados e no Código de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal[8] há qualquer menção ao tema.

Em virtude disto, buscar-se-á, a seguir, compreender os processos de racionalização da argumentação deliberativa em espaços públicos por meio de algumas propostas teóricas de Jürgen Habermas (1989) e Robert Alexy (2005), dois autores relacionados ao campo teórico neoconstitucionalista que, apesar de apresentarem divergências, assemelham-se na tentativa de delimitação da conduta humana racional voltada para a colaboração e para o consenso.

3 LIBERDADE RELIGIOSA E DEMOCRACIA: UMA CONVERGÊNCIA POSSÍVEL

Entre as mais importantes contribuições das ciências sociais para a compreensão dos conflitos sociais contemporâneos, a análise do filósofo alemão Jürgen Habermas (2003) acerca da democracia é de extrema relevância. Isso porque ao evidenciar na Filosofia da Linguagem a capacidade cognitiva e sensorial do homem como elemento fundamental das interações intersubjetivas, ele identificou ser possível aprimorá-las mediante um comportamento colaborativo voltado à construção do consenso e do respeito mútuo entre os indivíduos.

A democracia, uma vez considerada como modalidade jurídico-política legítima para a organização da vida social, adquiriu no pensamento habermasiano algumas especificidades. Nele, a normatividade jurídica deve expressar o consentimento de todos os membros da comunidade política, de tal forma que os indivíduos sintam-se legisladores de si mesmos. Para tanto, Habermas (2003) identificou como pressuposto da democracia a existência de um amplo processo político protagonizado por toda a sociedade, que estaria subordinado a

[8] A resolução nº 20 de 1993 do Senado Federal instituiu o Código de Ética e Decoro Parlamentar. No ano de 2001, a resolução nº 25 da Câmara dos Deputados atualizou a resolução nº 20 do Senado Federal e instituiu o Código de Ética Parlamentar da Câmara dos Deputados. Disponíveis em: <http://www2.camara.leg.br/a-camara/eticaedecoro/Codigo%20de%20Etica%20da%20CD.pdf> e <http://www.senado.gov.br/atividade/conselho/atribuicoes.asp?s=CEDP>. Acesso em 01/08/2015.

critérios procedimentais estabelecidos com o propósito de assegurar a racionalidade da argumentação nos debates públicos.

Habermas (1989) enxergou na capacidade comunicativa dos indivíduos a possibilidade de construir uma ética procedimental do discurso capaz de neutralizar os particularismos éticos presentes na racionalidade estratégica. Isto é, por meio de seu exercício, a realização dos interesses coletivos obteria legitimidade no afastamento das perspectivas individualistas e excludentes do espaço político deliberativo.

É nesse sentido que se torna possível problematizar a defesa institucional de valores religiosos enquanto pretensão fundamentalista de homogeneização ética, pois falta, em alguns casos, aos seus defensores a consciência da falibilidade da argumentação religiosa no processo legislativo, o que a torna incompatível com a natureza pública do espaço parlamentar. Analisando o fundamentalismo, Habermas (2000, p. 260) defende que:

> [...] formas rígidas de vida tornam-se vítimas da entropia. Movimentos fundamentalistas podem ser entendidos como a tentativa irônica de, com meios restaurativos, conferir ultra-estabilidade ao próprio mundo vital. O fundamentalismo que conduz a uma práxis de intolerância é inconciliável com o Estado de direito.

Uma interpretação atenta da teoria habermasiana, no entanto, não permite afirmar que os argumentos religiosos devem estar excluídos *a priori* da comunicação racional. Ao invés disto, seria correto entender que, assim como todo e qualquer argumento, eles precisam ser admitidos mediante a implementação de critérios que viabilizem a deliberação consensual nos espaços políticos. Estes critérios estão primordialmente relacionados com a exigência moral de igualdade e liberdade entre os participantes de uma comunidade política. Além disso, eles devem preservar a pertinência lógica das práticas argumentativas, fazendo possível a distinção entre os argumentos discursivamente possíveis e os discursivamente impossíveis (TOLEDO, 2005).

Ao observar os critérios da argumentação prático-geral na obra de Habermas (1989), Robert Alexy (2005), filósofo alemão cujo pensamento foi basilar para a constituição de uma corrente neoconstitucionalista do Direito, os aprimorou por meio da criação de uma Teoria da Argumentação Jurídica. Para ele, a argumentação jurídica diferencia-se da argumentação prático-geral porque possui dois níveis de justificação, um interno e outro externo. No campo de justificação interna, a argumentação jurídica deve observar o teor do ordenamento jurídico vigente, para que exista, com isso, pertinência lógica no sistema jurídico.

Por outro lado, no campo de justificação externa, as exigências discursivas dizem respeito ao conteúdo dos critérios da argumentação prático-geral. Nesse sentido, Alexy (2005) sistematizou da seguinte forma as regras da racionalidade que o discurso jurídico deve obedecer:

> (1.1) A nenhum falante é lícito contradizer-se;
> (1.2) Todo o falante que aplicar um predicado F a um objeto A tem que estardisposto a aplicar F a qualquer outro objeto que se assemelhe a A sob todos os aspectos relevantes.
> (1.3) Não é lícito aos diferentes falantes usar a mesma expressão em sentidos diferentes. [...]
> (2.1) A todo o falante só é lícito afirmar aquilo em que ele próprio acredita.
> (2.2) Quem atacar um enunciado ou norma que não for objeto da discussão tem que indicar uma razão para isso. [...]
> (3.1) É lícito a todo o sujeito capaz de falar e agir participar de Discursos.
> (3.2) a. É lícito a qualquer um problematizar qualquer asserção.
> b. É lícito a qualquer um introduzir qualquer asserção no Discurso.
> c. É lícito a qualquer um manifestar suas atitudes, desejos e necessidades.
> (3.3) Não é lícito impedir falante algum, por uma coerção exercida dentro ou fora do Discurso, de valer-se de seus direitos estabelecidos em (3.1) e (3.2) (HABERMAS, 1989, p. 110-112).

Como se percebe, Habermas (1989) adotou a sistematização alexyana das regras de pertinência lógica dos discursos, reconhecendo-a como requisito de validade da argumentação racional. Ao lado do postulado de igualdade e liberdade dos indivíduos, defendidos pelos dois autores como condição primordial da comunicação racional, essas regras tornam possível a realização de uma avaliação crítica dos conteúdos argumentativos, fundada em elementos objetivos.

A aplicabilidade dessas regras não se restringe ao campo argumentativo do Poder Judiciário, sendo de grande importância para a racionalização das atividades legislativas e executivas. Especialmente sobre o campo legislativo, Alexy (2005, p.276) analisa que:

> A racionalidade da argumentação jurídica, na medida em que é determinada pela lei, é por isso sempre relativa à racionalidade da legislação. Uma racionalidade ilimitada da decisão jurídica pressuporia a racionalidade da resolução das questões práticas da sociedade. Para chegar a uma teoria do discurso jurídico que contenha também esta condição de racionalidade seria necessário ampliar a teoria do discurso racional prático geral até uma teoria da legislação e esta até uma teoria normativa da sociedade, da qual a teoria do discurso faz parte. Os fins perseguidos aqui são limitados. Cabe perguntar o que significa decidir racionalmente no âmbito de um ordenamento jurídico válido. Nessa teoria, é importante uma série de questões que também devem ser tratadas em uma teoria da legislação e em uma teoria normativa da sociedade. As teorias mencionadas podem-se distinguir, mas não se separar estritamente.

Diante disso, fica evidente que a racionalização da legislação afeta toda a organização social, uma vez que condiciona a legitimidade das normas jurídicas ao processo legislativo racional. Disso decorre uma mudança no paradigma ontológico do Direito, uma vez que ele não mais está determinado pelo conteúdo do Direito legislado. Esse fato, portanto, possibilita que as decisões jurídicas sejam orientadas segundo um método hermenêutico mais flexível e abrangente que o subsuntivo. Nele, os princípios jurídicos garantem à argumentação a multiplicidade de possibilidades, sem as quais, não seria possível cogitar a construção discursiva do Direito nos casos concretos.

Segundo Alexy (2005, p. 253), "os princípios são enunciados normativos de um alto nível de generalidade que, normalmente, não podem ser aplicados sem agregar premissas normativas adicionais e, muitas vezes, experimentam limitações através de outros princípios". O método da ponderação faz com que esses princípios sejam aplicados na maior medida possível. Por meio dele, buscar-se-á, como conclusão desse artigo, defender a vinculação dos parlamentares aos critérios racionais indicados por Habermas (1989) e Alexy (2005) enquanto fundamentos da comunicação racional.

Os princípios atuam na fundamentação da validade argumentativa das decisões jurídicas. Isto é, eles atuam na esfera de justificação das decisões. Nesse sentido, dois aspectos destacam-se na idealização de uma teoria da argumentação legislativa. O primeiro deles é a restrição de sua aplicabilidade aos casos concretos, isto é, aos discursos legislativos dos parlamentares, uma vez que, caso limitassem, *a priori*, alguns conteúdos, estar-se-ia considerando a existência de verdades absolutas, o que, por óbvio, no campo da teoria do discurso, é inadmissível.

Um segundo aspecto seria a identificação da esfera institucional onde a teoria da argumentação legislativa pode ser desenvolvida. É possível observar que, no caso da teoria da argumentação jurídica, a sua aplicação obedece a organização institucional do Poder Judiciário, isto é, as regras de competência que organizam os órgãos jurisdicionais ao estabelecimento de um processo revisional das decisões proferidas nas mais diversas instâncias. Da mesma forma, é preciso desenvolver um controle mais efetivo da argumentação legislativa. O desenvolvimento desses mecanismos representaria um modo de reduzir os particularismos éticos do processo de elaboração das normas.

Para tanto, seria necessário contar, sobretudo, com a adesão dos parlamentares a esse propósito. A construção de uma instância normativa institucional que dê conta não apenas de

garantir a racionalidade dos argumentos apresentados no cotidiano legislativo, mas que também insira nele o reconhecimento dos parlamentares enquanto agentes públicos subordinados ao controle constitucional de sua argumentação será decisiva para o amadurecimento democrático da política brasileira.

4 CONCLUSÃO

Com o objetivo de analisar alguns aspectos da relação entre processo legislativo, Estado de Direito e Democracia, o presente artigo buscou sintetizar os modos pelos quais as correntes juspositivista e neoconstitucionalista interpretam a representação política e as suas consequências práticas na esfera pública.

Nesse sentido, restou provada a insuficiência das teorias positivistas para a consolidação da democracia enquanto critério objetivo estabelecido para a realização do processo legislativo, uma vez que, ao enfocar suas análises na integridade formal do Direito, essas teorias secundarizam o seu conteúdo moral e democrático.

Por outro lado, observou-se ser adequada a defesa realizada pelas teorias neoconstitucionalistas em favor da existência um conteúdo moral mínimo nas normas jurídicas. De acordo com o que defendem Habermas (2003), Alexy (2005) e outros autores relacionados ao referencial teórico pós-positivista, o processo legislativo não deve se sujeitar ao estabelecimento, *a priori*, do conteúdo das normas jurídicas.

Concluiu-se que a observância de determinados requisitos não obsta a liberdade dos parlamentares durante a defesa de suas proposições. Ao contrário, legitima-as através da qualificação delas segundo critérios universais, denominados por Habermas (1989) como "regras da razão".

A presença das regras da razão no processo legislativo aproxima as normas jurídicas de um ideal democrático, uma vez que, para serem validadas, as proposições parlamentares devem ser acolhidas e debatidas pelos demais parlamentares e por toda a sociedade, superando, assim, a unilateralidade das articulações políticas mediadas pelo poder (BOURDIEU, 2010).

Por fim, concluiu-se pela necessidade de um incremento nos mecanismos de controle da argumentação parlamentar em virtude da impossibilidade de os parlamentares, por mais bem intencionados que sejam, legislarem excluindo de seus juízos suas impressões subjetivas.

Assim, o que se nota é a inafastabilidade da religião enquanto fonte moral e normativa da sociedade. Defender a presença dos argumentos religiosos no processo legislativo condiz com a laicidade prescrita pela Constituição brasileira, haja vista que a autoridade religiosa, na esfera pública, deve estar subordinada aos princípios de uma ética pública.

Com isso, é possível que uma proposição fundada em argumentos religiosos seja aprovada pelo Congresso Nacional sem que exista qualquer ofensa à Constituição e aos princípios democráticos. Para tanto, tal proposição deve estar condizente aos valores humanísticos e democráticos estatuídos pelas constituições contemporâneas e, principalmente, deve ser compatível com os procedimentos democráticos, estabelecidos para combater o uso das instituições estatais em favor das ideologias de apenas alguns grupos sociais.

5 REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I.** Tradução de Henrique Burigo. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica.** Tradução Zilda HutchinsonSchild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira, Cláudia Toledo. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico - lições de filosofia do direito.** Tradução: Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: 1988**– texto constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais de nº 1, de 1992, a 146, de 2005, e pelas Emendas Constitucionais de Revisão de nº 1 a 6, de 1994. – 25ª Ed. – Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2005.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** Tradução: Fernando Tomaz. 13ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe**. Hermenêutica e argumentação. Uma contribuição ao estudo do direito.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CONGRESSO NACIONAL. **Revista da Frente Parlamentar Evangélica.** Ano 1, Nº 1, Nov. 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução: Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito. Temas e desafios.** Tradução: CandicePremaorGullo e Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método.** Vol. I, 7 edição, Editora Vozes, Rio de Janeiro, 2005.

GONÇALVES, Rafael Bruno. **Dilemas entre dogmas religiosos e os direitos da população LGBT no discurso parlamentar evangélico.** Disponível em: <http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=8727&Itemid=429>. Acesso em 01 ago. 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 1.

_____. **A inclusão do outro – estudos de teoria política.** Tradução: George Sperber e Paulo AstorSoethe. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

_____. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro:Tempo Brasileiro, 1989. (Biblioteca Tempo Universitário, 84 – Série Estudos Alemães).

HANSEN, Gilvan Luís. **Facticidade e validade da desobediência civil como garantia da justiça e da democracia.** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3359.pdf.>.Acesso em: 01 ago. 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 5ª ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

OLIVEIRA, Bruno de Almeida. **Controle do processo legislativo: instrumentos de fiscalização da constitucionalidade das proposições legislativas no Brasil.** Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2014.

TOLEDO, Cláudia. **Teoria da argumentação jurídica.** Revista Veredas do Direito. Belo Horizonte, 2005. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/veredas_direito/pdf/4_28.pdf>. Acesso em 01 ago. 2015.