

Fundamentos normativos para um novo modelo de análise

Com vistas à superação das limitações de uma análise estritamente jurídica da questão da legitimidade da atuação normativa das agências reguladoras, surgem, atualmente, no âmbito acadêmico jurídico, propostas que buscam ampliar o foco de seu estudo para além do campo do Direito. Nesse sentido, a utilização de aportes teóricos “importados” de outras áreas do conhecimento afetas ao tema da legitimidade do poder estatal, como a filosofia política e a sociologia, começa a ganhar espaço no cenário jurídico brasileiro. Essa tendência evidencia, em última análise, o reconhecimento, por parte de alguns juristas, de que a dificuldade de legitimação teórica da atuação normativa das agências é apenas um dos desdobramentos do problema mais amplo da crise de legitimação do poder estatal num período histórico marcado pela incerteza resultante da contestação teórica e prática do projeto iluminista de civilização ¹.

De fato, uma vez verificados os efeitos perversos gerados por um racionalismo exacerbado, que privilegia a dominação do espaço social por sistemas que se orientam segundo uma lógica tecnicista e instrumental, bem como a impossibilidade de compreensão e assimilação do turbilhão de transformações sociais decorrentes dos avanços tecnológicos pelo modelo de conhecimento instaurado pela modernidade, resta abalada, atualmente, a crença na razão como fundamento da coordenação da vida em sociedade. E os efeitos desse abalo também se estendem ao Estado e às instituições jurídicas modernas, cuja idealização e construção se deram sobre os pressupostos do racionalismo iluminista. Como consequência, o projeto de um Estado de Direito fundado, em última análise, na razão humana torna-se cada vez mais difícil de ser sustentado.

Cria-se, portanto, uma situação bastante problemática. Isso porque, com o advento do racionalismo moderno, afastou-se, nas sociedades capitalistas

¹ Como explica Sérgio Paulo Rouanet: “(...) assistimos hoje a uma contestação teórica e prática de cada elemento do projeto iluminista de civilização”. Isso porque: “No plano teórico, a partir de uma matriz nietzschiano-heideggeriana, a ciência é vista como ideologia (Habermas) e como agente de um processo de dominação sobre a natureza e sobre os homens (Adorno e Horkheimer). A razão, em geral, é uma simples antena na superfície do poder e uma indutora da docilidade social (Foucault). O irracionalismo se difunde nas atitudes e comportamentos sociais. Banidos pela ilustração, o mito e a superstição voltam triunfalmente” (Cf. ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-estar na Modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 98).

contemporâneas, a possibilidade de se recorrer a critérios metafísicos de fundamentação do poder político. Vale dizer: fatores como a religião e a tradição perderam sua capacidade de justificação da obediência à ordem jurídica e ao poder estatal nessas sociedades. Por outro lado, a razão, apontada como fundamento último do poder legítimo pelos iluministas, também se encontra, agora, desacreditada.

Some-se a isso o fato de que, diferentemente das sociedades pré-modernas, a realidade pluralista das sociedades capitalistas contemporâneas não comporta uma análise por modelos teóricos pensados a partir da homogeneidade entre indivíduos que se reconhecem a partir de uma identidade coletiva. A diferença e o desacordo são seus traços fundamentais, de modo que qualquer tipo de solução para o problema da legitimidade deve levar em conta a necessidade de busca de um consenso em meio à heterogeneidade e ao conflito ².

A grande questão que se coloca àqueles que buscam conferir legitimidade aos ordenamentos jurídicos e ao poder do Estado, portanto, é como fazê-lo sem recorrer a critérios metafísicos de fundamentação – como a religião e a tradição – e nem a uma suposta ética universal iluminista, fundada nos ideais “racionais” de bem comum e totalmente desconectada da realidade. Dito de outro modo, trata-se de construir um conceito de legitimidade que mantenha relação com a realidade e supere concepções por demais abstratas – seja por sua excessiva idealização, seja por seu caráter formalista –, mas que, ao mesmo tempo, conserve, em si, um componente normativo, que torne possível a possibilidade de crítica e alteração dessa mesma realidade.

Nesse sentido, o modelo teórico de Jürgen Habermas tem sido apontado como uma solução promissora e, cada vez mais, sua utilização no ambiente jurídico brasileiro – dos direitos humanos à regulação econômica – vem ganhando novos adeptos. Isso porque, para Habermas, uma teoria social que tenha como

² Explica Gisele Cittadino que: “Diferentemente da modernidade, é possível apreender as sociedades tradicionais enquanto coletividades ‘naturais’, como um todo homogêneo, pois ainda que seja possível analisá-las a partir de um ponto de vista específico – religião, política, economia – todas estas noções se entrelaçam de tal forma que constituem uma realidade única, orgânica e integrada. O consenso aqui se confunde com a dimensão ‘natural’ do agrupamento social. A sociedade democrática contemporânea não pode ser apreendida desta forma. A multiplicidade de valores culturais, visões religiosas de mundo, compromissos morais, concepções sobre a vida digna, enfim, isso que designamos por pluralismo, a configura de tal maneira que não nos resta outra alternativa senão buscar o consenso em meio da heterogeneidade, do conflito e da diferença” (Cf. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva – Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 78).

objeto de análise as sociedades modernas contemporâneas – democráticas e capitalistas – tem que escolher seus conceitos básicos de maneira que estes permitam identificar nas práticas políticas fragmentos e partículas de uma “razão existente” a elas incorporadas, ainda que ela possa estar distorcida. Não se admite, portanto, a contraposição entre ideal (normativo) e real (sociológico) nesse tipo de análise, uma vez que na facticidade dos processos políticos empiricamente observáveis estaria inserido, ainda que apenas parcialmente, um conteúdo normativo. Em suas palavras:

“(...) o modo de operar de um sistema político, constituído pelo Estado de Direito, não pode ser descrito adequadamente, nem mesmo em nível empírico, quando não se leva em conta a dimensão de validade do Direito e a força legitimadora da gênese democrática do Direito”.³

No presente capítulo, apresentarei, sucintamente⁴, o modelo teórico desenvolvido por Habermas, a fim de preparar as bases para a análise, no capítulo III, de uma corrente teórica que, a partir de tal modelo, tem buscado investigar o tema da legitimidade democrática da atuação normativa das agências reguladoras brasileiras.

Habermas tem como foco o problema teórico das condições de integração e reprodução, sobre bases racionais, das sociedades modernas contemporâneas – caracterizadas por um alto grau de complexidade e diferenciação funcional, bem como pela ruptura da possibilidade de justificação referida a uma moral de nível convencional⁵ ou a critérios metafísicos⁶. Propõe, como solução, sua *Teoria da Ação Comunicativa*, que introduz um novo tipo de racionalidade – a *racionalidade comunicativa* – supostamente existente nas relações interpessoais na sociedade e reproduzido nas instituições jurídico-políticas do Estado de Direito moderno. Com isso, constrói um paradigma procedimental do Direito discursivamente estruturado e, segundo ele, capaz de dar conta das dificuldades de

³ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Democracia e Direito entre Facticidade e Validade* – Vol. II. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 9.

⁴ Em razão da vasta produção do autor, não há, aqui, qualquer pretensão de proceder a uma análise exaustiva de sua teoria. Do mesmo modo, tendo em vista que sua obra recebeu a influência dos mais variados campos do conhecimento, não serão apontadas as origens das idéias por ele assimiladas e desenvolvidas, salvo quando condição necessária para a compreensão das mesmas.

⁵ Ver a respeito: HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

⁶ Ver a respeito: HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

legitimação das normas jurídicas, das estruturas de dominação política e do exercício do poder administrativo enfrentadas nas sociedades contemporâneas.

Antes, porém, de aprofundar a proposta habermasiana de legitimação da ordem jurídica e do poder estatal, farei uma breve introdução (1) aos principais aspectos da *Teoria da Ação Comunicativa* de Habermas e (2) ao papel desempenhado pelo Direito em sua teoria. Somente então, tratarei da (3) reconstrução habermasiana da idéia de Estado de Direito, onde serão apresentados a idéia de legitimação pelo procedimento estruturado segundo a ética do discurso e seus obstáculos nas sociedades modernas.

3.1

Ação comunicativa e ética discursiva

Embora reconheça que o advento da modernidade e o deslocamento dos fundamentos do poder para o *locus* da razão humana significaram para o homem a sua emancipação face às fontes da dominação no período pré-moderno, Habermas identifica efeitos colaterais gerados pelo racionalismo, que se encontram no cerne de processos repressivos contemporâneos.

Nesse sentido, sua preocupação principal é desenvolver uma teoria capaz de assimilar os problemas gerados pela modernidade – mais precisamente, pela compreensão da modernidade fundada na filosofia do sujeito ⁷ – sem, contudo, abrir mão do potencial crítico que acompanha o conhecimento racional ⁸. Dessa

⁷ Como explica Habermas: “A modernidade inventou o conceito de razão prática como faculdade subjetiva. (...) Isso tornou possível referir a razão prática à felicidade, entendida de modo individualista e à autonomia do indivíduo, moralmente agudizada – à liberdade do homem tido como um sujeito privado, que também pode assumir os papéis de um membro da sociedade civil, do Estado e do mundo. No papel de cidadão do mundo, o indivíduo confunde-se com o do homem em geral – passando a ser simultaneamente um eu singular e geral” (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade* – vol. I..., p. 17). Essa concepção mostrou-se, porém, problemática, pois “após a implosão da figura da razão prática pela filosofia do sujeito, não temos mais condições de fundamentar os seus conteúdos na teleologia da história, na constituição do homem ou no fundo casual de tradições bem-sucedidas. Isso explica os atrativos da única opção que ainda parece estar aberta: a do desmentido intrépido da razão em geral nas formas dramáticas de uma crítica da razão pós-nietzscheana, ou à maneira sóbria do funcionalismo das ciências sociais, que neutraliza qualquer elemento de obrigatoriedade ou de significado na perspectiva dos participantes. Ora, todo pesquisador na área das ciências sociais que não deseja apostar tudo em algo contra-intuitivo, não será atraído por tal solução. Por esta razão, eu resolvi encetar um caminho diferentes, lançando mão da teoria do agir comunicativo: substituo a razão prática pela comunicativa. E tal mudança vai muito além da simples troca de etiqueta” (Cf. Ibid., p. 19).

⁸ Juan Carlos Veslasco Arroyo, sobre esse ponto, assinala que, para Habermas, “*Una condena absoluta de la razón en su conjunto, sin embargo, dista mucho de constituir el modo más reflexivo e idóneo de reaccionar ante las manifestas patologías del mundo moderno. El ‘malestar de le*

forma, o autor desenvolve sua teoria como uma “autocrítica” ou “revisão” no âmbito da própria modernidade, e não como tentativa de superação do projeto cultural moderno⁹.

Ponto central da elaboração do modelo teórico habermasiano é, portanto, a defesa da possibilidade de reabilitação da razão como fundamento da integração social. De modo simplificado, é possível enxergar o problema da integração social como um problema de interação social, isto é, de coordenação de ações dos indivíduos na sociedade. Habermas utiliza, basicamente, a tipologia weberiana segundo a qual uma ação é social quando os agentes, na persecução dos seus planos de ação individuais, orientam-se a partir de suas próprias expectativas a respeito das ações individuais e expectativas dos outros¹⁰.

Assim, da perspectiva dos indivíduos, problemas podem surgir quando a execução de seus planos de ação depende do comportamento – da ação ou omissão – de outro agente. Quando isso acontece, é necessário que um agente tenha seu plano de ação anexado ao(s) plano(s) de ação do(s) outro(s)¹¹.

Tendo isso em vista, Habermas procura encontrar nas próprias interações sociais a solução para o problema de como tornar possível a anexação dos planos individuais de ação dos agentes delas participantes de modo a que eles ajam de forma coordenada. O autor direciona seu olhar para a identificação de estruturas

modernidad’está provocado fundamentalmente por una realización deformada de la razón en la historia, por una suerte de hipertrofia racionalista. Sin embargo, anatematizar de plano cualquier uso de la razón moderna constituye un sinsentido, ya que la viabilidad de una crítica lógicamente consistente de los efectos no deseados de la modernización depende a su vez de los presupuestos racionales y normativos ‘que la modernidad puso a punto’. En el moderno proceso de racionalización hay elementos positivos subyacentes que ciertamente pueden y deben ser salvados; es más, en muchos ámbitos el proceso de ilustración ha sido realmente insuficiente y, por tanto, tal como enfatiza Habermas, la modernidad es un proyecto inacabado y aún no superado. No habría, por tanto, que apresurarse en despedirla, sino, mas bien, en llevar a su cumplimiento aquellos aspectos emancipatorios que tras ser anunciados fueron abandonados o traicionados”. (ARROYO, Juan Carlos Velasco. *La Teoría Discursiva del Derecho: Sistema jurídico y democracia en Habermas*. Madrid: Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 16).

⁹ Ver a respeito HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo...*, p. 361.

¹⁰ Cf. SCHUARTZ, Luís Fernando. *Entre Teoria e Esperança: Os “Potenciais de Racionalidade” do Direito Moderno na Teoria da Ação Comunicativa de Jürgen Habermas*. In: *Norma, Contingência, Racionalidade: Estudos preparatórios para uma Teoria da Decisão Jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 230. Ver a respeito, também: HABERMAS, Jürgen. *The Theory of Communicative Action – Vol. I: Reason and the Rationalization of Society*. Transl. Thomas McCarthy. Boston: Beacon Press, 1984..., pp. 279-286.

¹¹ *Ibid.*, p. 231. Nas palavras de Habermas: “Podemos entender uma interação como sendo a solução para um problema de coordenação: como coordenar entre si os planos de ação de vários atores, de tal modo que as ações de Alter possam ser engatadas nas de Ego? (...) O problema da coordenação coloca-se a partir do momento em que o ator só pode executar o seu plano de ação de modo interativo, isto é, com o auxílio (ou mediante a omissão de auxílio) de pelo menos um outro ator” (HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico...*, pp. 70-71).

presentes na comunicação intersubjetiva que tornariam possível o entendimento mútuo entre os participantes de uma interação social linguisticamente mediada ¹². A atenção por ele dispensada ao entendimento no contexto da interação comunicativa tem por objetivo evidenciar os mecanismos que possibilitam aos agentes harmonizarem os seus planos individuais de ação cooperativamente ¹³ – isto é, sem recorrerem aberta ou veladamente à violência física ou simbólica e nem à manipulação –, sobre a base de interpretações convergentes da situação que forma o contexto da interação ¹⁴.

Assim, Habermas faz uma aposta na ação comunicativa como mecanismo privilegiado para a solução do problema de coordenação das ações individuais em sociedade. Mais especificamente, o autor acredita na existência de um potencial de racionalidade contido nas ações comunicativas (ações voltadas para o entendimento mútuo), que pode ser verificado nas interações sociais linguisticamente mediadas.

Buscando identificar essa estrutura racional – isto é, os pressupostos comunicativos universais internos à linguagem – dos processos comunicativos

¹² “Nunca teria tentado uma reconstrução pragmático-formal do potencial racional da fala se não tivesse a expectativa de que, dessa maneira, pudesse obter um conceito de racionalidade comunicativa do conteúdo normativo dos pressupostos universais e inevitáveis da prática necessária (*uncircumventable*) de processos cotidianos de alcançar entendimento. Não é o caso dessa ou daquelas preferência, de noções ‘nossas’ ou ‘deles’ de uma vida racional; em vez disso, o que está em jogo aqui é a reconstrução de uma voz da razão, uma voz que estamos obrigados a deixar falar nas práticas comunicativas diárias – se queremos ou não” (HABERMAS, *apud* BANNEL, Ralph Ings. *Habermas & a Educação*. Belo Horizonte: Autêntica, 2006, pp. 52-53). Ralph Ings Bannel explica que, em sua análise, Habermas “tenta descrever ‘as estruturas gerais da comunicação lingüística’, que são universais, e, sobretudo, a condição da possibilidade de uma reflexão crítica e a construção do conhecimento em todos os domínios da vida, incluindo as esferas moral-prática e estética. Assim, Habermas amplia a análise da razão para além da razão teórica; para a razão prática, em uma concepção que recupera a unidade da razão, mas uma razão fraca em comparação com a concepção de razão desenvolvida pelo pensamento iluminista”. Vale dizer: “(...) é na análise da linguagem, especificamente na sua pragmática formal, que Habermas localiza a racionalidade comunicativa e, portanto, os vestígios do sonho da liberdade através da razão. Habermas argumenta que existe um potencial para a racionalidade contido em práticas lingüísticas” (Cf. BANNEL, ob. cit., p. 52).

¹³ Esse ponto é especialmente importante para Habermas, na medida em que é o fundamento para a construção de sua teoria do Direito e da democracia, que “(...) toma como ponto de partida a força social integradora de processos de entendimento não violentos, racionalmente motivadores, capazes de salvaguardar distâncias e diferenças reconhecidas, na base da manutenção de uma comunhão de convicções” (Habermas, Jürgen. *Democracia e Direito entre Facticidade e Validade* – vol. I..., p. 22).

¹⁴ Porém, como explica Luís Fernando Schuartz, “[i]sso de modo algum implica que todo e qualquer processo de negociação de interpretações convergentes no âmbito de uma interação comunicativa tenha que desembocar, necessariamente, em um consenso entre os participantes. O aspecto decisivo é que também os dissensos sejam conjunta, cooperativa e consensualmente (!) identificados, bem como levados em conta no curso futuro da interação” (SCHUARTZ, ob. cit., p. 233).

humanos, Habermas desenvolve, como resultado da incorporação em seu pensamento de idéias oriundas tanto da crítica à filosofia analítica da linguagem quanto da teoria dos atos de fala ¹⁵, o que denomina *teoria da pragmática formal*. Sua intenção é examinar a função cognitiva da linguagem – responsável pela compreensão do significado daquilo que é dito e, conseqüentemente, pela viabilidade do entendimento – não apenas de um ponto de vista semântico, mas também do ponto de vista pragmático.

Da crítica à filosofia analítica da linguagem – principalmente por parte da semântica formal – Habermas aproveita as idéias de que as sentenças – e não as palavras isoladas – devem ser a unidade básica de significado da análise lingüística e que seu significado não pode ser separado da relação que a linguagem tem com a validade de afirmações ¹⁶. Ou seja, “falantes e ouvintes compreendem o significado de uma sentença quando *sabem* sob que condições ela é verdadeira”¹⁷. A semântica formal, então, desenvolve a tese de que o significado de uma frase é determinado por suas condições de verdade ¹⁸.

No entanto, esse tipo de análise se baseia em três formas de abstração que não se adéquam ao projeto habermasiano. A primeira é uma abstração semântica. Vale dizer: assume-se que o significado poderia ser abstraído das regras pragmáticas para o uso de enunciados, o que Habermas discorda. A segunda é uma abstração cognitivista, que afirma que todo significado poderia ser reduzido a conteúdos proposicionais e frases assertóricas. Habermas, porém, pretende estender a idéia das condições de validade de um proferimento lingüístico para além desses limites. E a terceira é uma abstração objetivista, segundo a qual aquilo que faz com que uma proposição seja verdadeira poderia ser explicado por condições de verdade compreensíveis do ponto de vista de uma terceira pessoa.

¹⁵ A teoria dos atos de fala tal como incorporada por Habermas foi desenvolvida por John Searle a partir da obra de John Austin (Ver a respeito: SEARLE, John. *Speech Acts*. Cambridge: Cambridge University Press, 1976; e ARAÚJO, Manfredo. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996).

¹⁶ “The semantics founded by Frege and developed through the early Wittgenstein to Davidson and Dummett gives center stage to the relation between the sentence and state of affairs, between language and the world. (...) The meaning of sentences, and the understanding of sentences meanings, cannot be separated from language’s inherent relation to the validity of statements” (Cf. HABERMAS, Jürgen. *The Theory of Communicative Action – Vol. I...*, p. 276). Sobre esse ponto, ver, também: BANNEL, ob. cit., p. 67.

¹⁷ “Speakers and hearers understand the meaning of a sentence when they know under what conditions it is true” (Cf. HABERMAS, Jürgen. *The Theory of Communicative Action – Vol. I...*, p. 276).

¹⁸ “Thus truth semantics developed the thesis that the meaning of a sentence is determined by its truth conditions” (Ibid., p. 277).

Segundo esse raciocínio, o conhecimento das condições de verdade atribuível a um falante e a um ouvinte do ponto de vista performativo – isto é, enquanto participantes de uma interação linguisticamente mediada que, em suas performances, devem adotar posturas de “sim” e “não” em relação ao que é dito – não seria contemplado.

Habermas precisava, pois, conservar a idéia introduzida pela semântica formal de que a compreensão do significado de uma sentença (necessária para o entendimento mútuo) estaria ligada ao conhecimento, por parte dos atores de uma interação linguisticamente mediada, das condições sob as quais ela é verdadeira e, ao mesmo tempo, superar as três abstrações assumidas por essa teoria. O passo inicial para isso se deve à apropriação de uma crítica interna à tradição da semântica formal. Habermas incorpora a distinção feita por Michel Dummet entre *conhecer as condições* que fazem com que uma proposição seja verdadeira e *conhecer as razões* que permitem a um falante afirmar a proposição como verdadeira. Ou seja, “[s]e a proposição é a expressão de suas condições de verdade, precisamos, para compreendê-la, ser capazes de *reconhecer* as condições sob as quais a proposição é verdadeira”¹⁹. Assim, conhecer apenas “as circunstâncias observáveis que indicam o hábito dos falantes de tomar por verdadeira uma proposição não é suficiente”, pois “o conhecimento das condições de verdade repousa no conhecimento das *razões* que dizem por que elas são eventualmente preenchidas”²⁰.

Haveria, pois, uma relação interna entre as *condições* de verdade de um enunciado e as *razões* que poderiam justificar uma correspondente pretensão de verdade. E, com isso, a práxis da justificação – vale dizer, o jogo da argumentação – adquire papel essencial, na medida em que “[a]o jogo lingüístico do afirmar não pertencem apenas a apresentação e a contestação de afirmações, mas também sua fundamentação ou refutação”²¹. E as razões que justificam uma pretensão de verdade só podem ser acessadas se o terceiro é capaz de se colocar na perspectiva de participante da interação comunicativa. É com base nessa idéia que Habermas procurará superar a abstração objetivista.

¹⁹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Filosofia hermenêutica e filosofia analítica: Duas versões complementares da virada lingüística*. In: *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, pp. 84-85, grifos nossos.

²⁰ Ibid., p. 85, grifos nossos.

²¹ Ibid., loc. cit..

O segundo passo para superar as abstrações assumidas pela semântica formal e, também, para desenvolver o *insight* da teoria do significado de Dummett – concebido ainda na tradição da semântica formal – dentro de uma teoria da ação comunicativa, que tem como foco a dimensão pragmática da linguagem, se dá através da apropriação por Habermas da *teoria dos atos de fala* de John L. Austin e John Searle ²². Segundo essa teoria, os enunciados (atos de fala) – e não as sentenças, como sustentado pela semântica formal, ou as palavras, como sustentado pela filosofia analítica da linguagem – são os elementos primários de uma análise do significado lingüístico. E atos de fala podem ser analisados com relação a dois elementos: seu conteúdo proposicional e sua força ilocucionária. Isso implica reconhecer que, com atos de fala, não somente dizemos algo sobre o mundo dos fatos e estados de coisas (conteúdo proposicional), mas também empregamos a linguagem para outros fins, como, por exemplo, prometer, ameaçar, avisar etc. A esse segundo elemento do uso da linguagem dá-se o nome de *força ilocucionária* ²³.

A força ilocucionária lingüística decorre do compromisso assumido pelo participante, ao se engajar na interação, em satisfazer as pretensões de validade sustentadas na sua oferta comunicativa. As pretensões de validade sustentadas em um ato de fala podem ser satisfeitas tanto por meio de razões reconhecidas como válidas quanto por meio da consistência futura do seu comportamento em termos de adequação entre o que o participante fala e faz. Por isso, seria possível dizer, segundo Habermas, que o engajamento na interação “é fonte de obrigações para o sujeito da oferta comunicativa, da mesma maneira que o ‘Sim’ – expresso ou tácito – do outro participante da comunicação diante da oferta o vincula a fazer ou a deixar de fazer determinadas coisas (em função do conteúdo semântico da oferta a que seu assentimento foi dado)” ²⁴.

Assim, através da apropriação da idéia de dupla estrutura da fala (*conteúdo proposicional* + *força ilocucionária*), desenvolvida por Austin e Searle, Habermas consegue superar as duas primeiras abstrações assumidas pela semântica da

²² “A teoria dos atos de fala desenvolvida por Austin e Searle é própria para situar o pensamento fundamental da teoria da significação de Dummett na moldura de uma teoria do agir comunicativo” (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Filosofia hermenêutica e filosofia analítica: Duas versões complementares da virada lingüística...*, p. 91). Ver, também, a respeito: HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, pp. 118-123; e HABERMAS, Jürgen. *The Theory of Communicative Action – Vol I...*, cap. 3.

²³ Cf. BANNEL, ob. cit., p. 70.

²⁴ Cf. SCHUARTZ, ob. cit., pp. 232-233.

verdade. Isso porque a compreensão do significado de um enunciado pressupõe a consideração de sua força ilocucionária, isto é, da dimensão pragmática (do uso da linguagem) desse mesmo enunciado. Uma análise lingüística não deve se prender, portanto, apenas ao conteúdo proposicional e às frases assertóricas – isto é, à dimensão semântica da linguagem. Ao contrário, com base na teoria dos atos de fala, Habermas afirma ser possível, também, analisar, formalmente, as regras pragmáticas do uso da linguagem. E, com isso, “a validade não é vista como amarrada somente à função representacional da linguagem e ao conteúdo proposicional dos enunciados”²⁵, mas seria possível sustentar *pretensões de validade* de acordo com outras duas funções da linguagem, a saber: a função de estabelecer e regular normas no mundo ‘social’ e a de expressar a subjetividade do falante no mundo subjetivo²⁶.

Assim, por meio da idéia de “condições de validade”, desenvolvida por Habermas, a análise da validade de um enunciado numa interação comunicativa é generalizada para além dos limites da pretensão de “verdade das proposições” – relacionada ao mundo dos objetos e estados de coisas – podendo incluir, também, os enunciados que veiculam normas sociais – que sustentam uma pretensão de validade normativa – e os enunciados que expressam estados subjetivos dos interlocutores em comunicação – que sustentam uma pretensão de autenticidade (ou sinceridade)²⁷. Ou seja, é com base nas *pretensões de validade* que as *razões* apresentadas pelos participantes em sua busca pelo entendimento no processo de interação comunicativa devem ser analisadas.

Desse modo, ao condicionar a compreensão dos enunciados lingüísticos como “enunciados válidos” – e, portanto, *aceitos* pelos participantes – à possibilidade de sustentação dessa *pretensão de validade* por meio de *razões* numa interação comunicativa, Habermas afirma existir uma *conexão interna* entre a *compreensão* de um enunciado e suas *condições de validade*. Sua tese, portanto, “é a de que para entender um enunciado temos que saber como o usáramos com o objetivo de alcançar um entendimento sobre algo”, isto é, temos que saber sob

²⁵ Cf. BANNEL, ob. cit., p. 70.

²⁶ Ver a respeito: HABERMAS, Jürgen. *The Theory of Communicative Action – Vol. I...*, pp. 325-326.

²⁷ Ibid., p. 71.

quais condições o ouvinte o aceitaria (o compreenderia como um enunciado válido)²⁸.

Isso implica que o *sucesso ilocucionário* – ou seja, ligado à produção da força ilocucionária – de um enunciado (ato de fala) dependerá da satisfação das pretensões de validade por ele levantadas²⁹. O que pressupõe que o ouvinte não apenas a compreenda a expressão lingüística, mas também que ele aceite o enunciado como válido e assuma obrigações relevantes para a seqüência de interações³⁰. É nesse efeito coordenador das ações dos indivíduos, produzido pelo sucesso ilocucionário racionalmente alcançado numa ação comunicativa, que Habermas concentrará seu projeto de construção de uma teoria social da ação, com o objetivo de enfrentar os problemas de integração social das sociedades modernas³¹.

Importante notar que, para Habermas, as pretensões de validade não se restringiriam às interações comunicativas realizadas em um contexto social específico, mas estariam presentes em qualquer interação comunicativa, sendo, nesse sentido, universais³². Ou seja, em qualquer atuação orientada para o entendimento mútuo, qualquer ato de fala inteligível emanado pelo falante ergue os três tipos de pretensão de validade, a saber: que o enunciado formulado é

²⁸ “We understand a speech act when we know what makes it acceptable” (Cf. HABERMAS, Jürgen. *The Theory of Communicative Action – Vol. I...*, p. 297).

²⁹ “O êxito ilocucionário de um ato de fala mede-se pelo reconhecimento intersubjetivo que a pretensão de validade levantada por meio dele encontra” (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Racionalidade do Entendimento Mútuo...*, p. 109).

³⁰ “O sentido ilocucionário de um proferimento não é o de que o ouvinte tome conhecimento da opinião (ou intenção) de *F* [– o falante –, mas o de que ele chegue à mesma concepção de *F* (ou que leve a sério o anúncio de *F*). Para que *F* alcance sua meta ilocucionária, não basta que *O* [– o ouvinte –] conheça as condições de verdade (ou de sucesso) de “*p*” [conteúdo proposicional do proferimento]; *O* também deve compreender o sentido ilocucionário de afirmações (ou de declarações de intenção) e, se possível, aceitar as pretensões de verdade correspondentes” (Ibid., p. 112). Dito de outro modo: “A hearer understands the meaning of an utterance [enunciado] when, in addition to grammatical conditions of well-formedness and general contextual conditions, he knows those essential conditions under which he could be motivated by a speaker to take an affirmative position. These acceptability conditions in the narrower sense relate to the illocutionary meaning that *S* [the speaker] expresses by means of a performative clause” (HABERMAS, Jürgen. *The Theory of Communicative Action – Vol. I...*, p. 298).

³¹ “From the standpoint of a sociological theory of action, my primary interest has to be in making clear the mechanism relevant to the coordinating power of speech acts. To this end I shall concentrate on those conditions under which a hearer can be motivated to accept the offer contained in a speech act, assuming that the linguistic expressions employed are grammatically well formed and that the general contextual conditions required for a given type of speech are satisfied” (HABERMAS, Jürgen. *The Theory of Communicative Action – Vol. I...*, p. 298).

³² Segundo Habermas: “Qualquer um que participe de uma prática argumentativa já deve ter aceito essas condições de conteúdo normativo. Pelo simples fato de terem passado a argumentar, os participantes estão necessitados a reconhecer esse fato” (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo...*, p. 161).

verdadeiro; que o ato de fala é correto em relação a um contexto normativo existente; e que o objetivo manifestado no ato de fala expressa os seus sentimentos e objetivos verdadeiros³³.

Vale destacar que enquanto as relações sociais e comunicativas de nossa vida cotidiana não são problematizadas, pretensões de validade não são desafiadas e a interação se desenvolve sobre as bases de um consenso de fundo fornecido por significados compartilhados entre os atores³⁴. Com efeito, somente quando esse consenso de fundo é quebrado e, portanto, a pretensão de validade de um determinado ato de fala é questionada, é que se recorre ao procedimento discursivo. Assim, por meio da argumentação, procurar-se-á restaurar as pretensões de validade postas em questão, que poderão, ao final, ser reafirmadas ou substituídas³⁵.

Assim, em linhas gerais, o que caracteriza a interação comunicativa é a coordenação dos planos individuais de ação dos participantes por meio do mecanismo do entendimento mútuo. E o que torna possível essa coordenação – isto é, essa “anexação” das ações de uns às ações dos outros – “é, em última instância, a aceitação das pretensões de validade sustentadas *uno acto* com a oferta comunicativa, baseada na suposição de que tais pretensões podem, em caso de demandas por razões, ser satisfeitas por meio de argumentos intersubjetivamente válidos”³⁶. Vale dizer: “o agir comunicativo estabelece uma relação reflexiva com o mundo, na qual a pretensão de validade levantada em cada enunciado deve ser reconhecida intersubjetivamente; para isso acontecer, o

³³ Ver: HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo...*, pp. 167-168; e BANNEL, ob. cit., pp. 80-81.

³⁴ Como explica Luís Fernando Schuartz “Na aceitação por parte do outro participante que viabiliza a coordenação dos planos individuais de ação e que, estruturalmente, se constitui como negação da possibilidade de negação de uma pretensão de validade, manifesta-se a convicção desse outro participante a respeito da aceitabilidade racional (i.e. bancada por razões) da oferta comunicativamente veiculada” (SCHUARTZ, ob. cit., p. 236). Assim, “O sucesso da oferta comunicativa do participante A se verifica na aceitação da oferta pelo participante B, mas tal aceitação repousa, por sua vez, em uma dupla negação, i.e. na negação da – sempre presente – possibilidade de negação ou rejeição da oferta. Ao aceitar a oferta de A, B está negando uma possível negação, a qual, contudo, sobrevive, como momento constitutivo da sua aceitação, no acordo comunicativo entre A e B e que pode ser, a qualquer momento, atualizada. Habermas fala de um ‘risco de dissenso’ (*Dissensrisiko*) inscrito de maneira permanente no próprio mecanismo do entendimento” (Ibid., p. 238).

³⁵ O resgate de uma pretensão de validade, no caso de pretensões de verdade e correção, estabelece-se argumentativamente, ou seja, aduzindo razões, e o resgate das pretensões de sinceridade, pela consistência do comportamento dos falantes (Ver: HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo...*, pp. 167-168).

³⁶ Cf. SCHUARTZ, ob. cit., p. 237.

falante depende da cooperação dos outros”³⁷. Esse seria o uso principal da linguagem, inerente ao *telos* do discurso humano³⁸.

É, pois, dessa capacidade humana de ação dirigida ao entendimento que Habermas extrai a noção de *racionalidade comunicativa*. A racionalidade comunicativa “repousa, portanto, na conexão interna entre: (i) as condições que tornam válido um ato de fala; (ii) a pretensão, levantada pelo falante de que sejam cumpridas essas condições; e (iii) a credibilidade da garantia por ele assumida de que poderia, se necessário, resgatar discursivamente essa pretensão de validade”³⁹.

Por outro lado, não é qualquer procedimento discursivo que permitirá resgatar a pretensão de validade desafiada de forma a produzir um resultado presumivelmente racional⁴⁰. A racionalidade demanda a imparcialidade numa situação de comunicação e uma distribuição de papéis – essencial para a racionalidade comunicativa corporificada em processos do entendimento mútuo – segundo a qual “os envolvidos podem assumir, a cada vez, os papéis de falante e de ouvinte (e, se necessário, de um terceiro presente), ou seja, os papéis da primeira, da segunda e da terceira pessoas”⁴¹. Assim, são necessárias condições bem específicas para que um procedimento deliberativo tenha maiores chances de produzir um consenso verdadeiro, a saber:

“(a) publicidade e inclusividade: ninguém que pudesse fazer uma contribuição relevante com relação à pretensão de validade objeto da controvérsia deve ser excluído; (b) iguais direitos de se engajar em comunicação: todo mundo deve ter a mesma oportunidade de falar sobre o assunto discutido; (c) exclusão de enganação e ilusão: participantes devem ser sinceros no que eles dizem; e (d) ausência de coerção: a comunicação deve ser livre de restrições que impeçam o melhor argumento a ser levantado e que determinem o resultado da discussão”⁴².

³⁷ Cf. BANNEL, ob. cit., pp. 53. Nas palavras de Habermas: “(..) falo em agir comunicativo quando os atores tratam de harmonizar internamente seus planos de ação e de só perseguir suas respectivas metas sob a condição de um acordo existente ou a se negociar sobre a situação e as consequências esperadas” (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*; trad. de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 165).

³⁸ Segundo William Outhwaite, “*One of the central elements of Habermas theory is the distinction between the genuinely communicative use of the language to attain common goals, which Habermas takes to be the primary case of language-use and ‘the inherent telos of human speech’, and strategic or success-oriented speech (...).*” (OUTHWAITE, William. *Habermas: A Critical Introduction*. Stanford: Stanford University Press, 1994, p. 45)

³⁹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Racionalidade do Entendimento Mútuo...*, p. 109.

⁴⁰ A rigor, “(..) sabemos que uma prática não deve ser levada a sério como argumentação quando não satisfaz pressupostos pragmáticos determinados” (HABERMAS, Jürgen. *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 66).

⁴¹ Ibid., loc. cit..

⁴² Cf. HABERMAS, Jürgen. *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada...*, p. 67. Explica Habermas que: “Os pressupostos (a), (b) e (d) estabelecem as regras do processo de argumentação de um universalismo igualitário, que tem por consequências, considerando as perguntas morais-práticas, que os interesses e orientações de valores de cada envolvido sejam considerados

Ou seja, tais condições representam um padrão independente ⁴³ em relação ao qual a deliberação pode ser avaliada, garantindo, assim, a possibilidade de formação de um acordo racional ⁴⁴.

Assim, em última análise, a solução para o descrédito da razão como instrumento de integração social estaria na superação das opiniões de caráter privado pelas concepções intersubjetivamente compartilhadas, ou reconhecidas ⁴⁵. Isso implica substituir, como base de uma teoria social da ação, a racionalidade monológica, isto é, auto-referenciada ao sujeito do conhecimento, por uma racionalidade dialógica: a racionalidade comunicativa ⁴⁶.

Note-se, porém, que, dependendo da maneira pela qual um ator conecta seus planos e ações aos planos e ações de outro(s) ator(es), outro tipo de interação

igualmente. E porque nos discursos práticos os participantes são simultaneamente os envolvidos, assume o pressuposto (c) que, considerando as perguntas teórico-empíricas, exige exclusivamente uma ponderação correta e imparcial dos argumentos, o significado adicional de estar aberto hermeneuticamente e de ser sensível contra o auto-engano criticamente, tanto em relação à auto-compreensão como referentemente à compreensão do mundo dos outros” (Ibid., loc. cit.).

⁴³ Inicialmente, Habermas se referiu a esse conjunto de condições como uma “situação ideal de fala”. Diante das inúmeras críticas dirigidas a tal conceito, esclarece William Outhwaite: “*It is clear enough that Habermas never intended the ideal speech situation to be understood as a concrete utopia which would turn the world into a gigantic seminar. He has sometimes compared it to what Kant called a transcendental illusion, involving the extension of the categories of understanding beyond the limits of experience, but with the difference that this illusion is also a ‘constitutive condition of the possibility of speech’*” (OUTHWAITE, ob. cit., p. 45). Gisele Cittadino acrescenta que, embora não haja dúvidas de que se trata de uma concepção contrafática, as exigências impostas pela situação ideal de fala têm uma função regulativa, “na medida em que permite comparar acordos argumentativos empíricos com as condições ideais de comunicação racional” (Cf. CITTADINO, ob. cit., p. 111). Nas palavras do próprio Habermas: “(...) aqueles pressupostos inevitáveis, como sempre também contrafáticos, da prática da argumentação não são de modo algum apenas construtos, porém são operativamente importantes na conduta do próprio participante da argumentação. Quem participa seriamente de uma argumentação procede realmente a partir desses pressupostos” (HABERMAS, Jürgen. *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada...*, p. 68). De todo modo, é possível perceber que, em suas obras mais recentes, a expressão “situação ideal de fala” raramente tem sido utilizada por Habermas.

⁴⁴ Isso porque “a aceitabilidade racional das exigências de validade se apóia ao final apenas em tais fundamentos que se afirmam contra objeções, sob determinadas condições de comunicação repletas de exigências. Quando o processo de argumentação não deve perder o seu sentido, a forma de comunicação dos discursos deve ser constituída de tal modo, que todos os esclarecimentos e informações os mais relevantes possíveis sejam verbalizados e de tal forma ponderados, que a tomada de posição do participante possa ser motivada intrinsecamente apenas através da capacidade revisora dos fundamentos fluando livremente” (Ibid., p. 66).

⁴⁵ “(...) na opinião de Habermas, o poder da razão/reflexão somente pode ser entendido se conseguirmos nos livrar da filosofia da consciência (ou do sujeito). Isso quer dizer, entre outras coisas, que, para ‘resgatar a experiência esquecida de reflexão’ temos que analisar a pragmática da comunicação, ou seja, a pragmática do uso de linguagem na mediação da interação social” (Cf. BANNEL, ob. cit., pp. 51-52).

⁴⁶ “A razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adscrita a nenhum ator singular nem a um macrossujeito sóciopolítico. O que torna a razão comunicativa possível é o *medium* lingüístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam.” (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – vol. I...*, p. 20).

social linguisticamente mediada pode ocorrer ⁴⁷. Isso porque, vale esclarecer, Habermas emprega o termo “interação” (ou “agir social”) como um conceito complexo, que pressupõe a ligação entre dois tipos de ação: “agir” e “falar”. Nas interações lingüisticamente mediadas, portanto, “agir” e “falar” podem estar ligados de maneiras diferentes, formando diferentes “constelações”. Assim, “quando as forças ilocucionárias dos atos de fala assumem o papel de coordenadoras da ação, a constelação é uma; e será outra toda vez que as ações de fala estiverem subordinadas de tal modo à dinâmica extra-lingüística das influências de atores que se influenciam mutuamente através de uma atividade orientada para um fim, que as energias de ligação especificamente lingüísticas *deixam de ser utilizadas*”⁴⁸. Desse modo, é necessário, segundo Habermas, distinguir as ações comunicativas – caracterizadas pelo uso da linguagem para o entendimento – daquilo que ele denomina ação estratégica ⁴⁹ – no sentido de ação orientada exclusivamente para resultados.

Dois são os critérios principais de distinção propostos por Habermas. O primeiro diz respeito ao mecanismo de coordenação da ação. Ou seja, “é preciso saber, antes de mais nada, se a linguagem natural é utilizada apenas como meio para transmissão de informações ou também como fonte da integração social” ⁵⁰. Na primeira hipótese, tratar-se-ia, segundo Habermas, de uma ação estratégica. Já na segunda, ter-se-ia uma ação comunicativa.

O outro critério distintivo entre os dois mecanismos de coordenação das ações e planos dos atores sociais decorre do aproveitamento da força ilocucionária lingüística. Numa ação comunicativa, a linguagem funciona de maneira desimpedida como fonte de coordenação social ⁵¹. Assim, a força consensual do entendimento mútuo lingüisticamente mediado é efetivamente aproveitada,

⁴⁷ Como explica Ralph Ings Bannell: “É importante fazer uma distinção entre os atos comunicativos e o agir comunicativo. Os atos de fala podem coordenar ações estratégicas tanto quanto o agir comunicativo” (CF. BANNELL, ob. cit., p. 82).

⁴⁸ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico...*, p. 70.

⁴⁹ Segundo Habermas: “Na medida em que os atores estão exclusivamente orientados para o sucesso, isto é, para as conseqüências do seu agir, eles tentam alcançar os objetivos de sua ação influenciando externamente, por meio de armas ou bens, ameaças ou seduções, sobre a definição da situação ou sobre as decisões ou motivos de seus adversários. A coordenação das ações de sujeitos que se relacionam dessa maneira, isto é, estrategicamente, depende da maneira como se entrosam os cálculos de ganho egocêntricos. O grau de cooperação e estabilidade resulta então das faixas de interesse dos participantes” (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo...*, pp. 164-165).

⁵⁰ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico...*, p. 71.

⁵¹ Cf. SCHUARTZ, ob. cit., pp. 230-231.

gerando o efeito de coordenação das ações dos atores. Já nas ações estratégicas, essa força ilocucionária não é aproveitada e a coordenação das ações “depende da influência dos atores uns sobre os outros e sobre a situação da ação, a qual é veiculada através de atividades não-lingüísticas”⁵².

Na forma estratégica de interação, predominam, portanto, os chamados efeitos perlocucionários⁵³ sobre os ilocucionários. Os atores deixam de lado o pressuposto da orientação recíproca com base em um conjunto de pretensões de validade intersubjetivamente compartilhadas, de modo que as condições de sucesso das ações de cada participante deixam de estar relacionadas com a aceitação racional das referidas pretensões e passam a depender da convicção dos agentes sobre a probabilidade da incidência de sanções (prêmios ou punições). Isso importa, por outro lado, numa modificação das perspectivas dos atores, que têm que abandonar o enfoque performativo, no qual procuram entender-se com o outro sobre algo no mundo, e assumir o enfoque objetivo de um observador orientado pelo sucesso de seu plano de ação e que deseja produzir, por meio de sua influência, algo no mundo⁵⁴.

Importante destacar, no entanto, que essa forma *manifestamente estratégica* de agir é diferente do *uso estratégico latente da linguagem*. Isso porque, como visto, “no agir *manifestamente estratégico* os atos de fala, emasculados ilocucionariamente, perdem o papel de coordenação da ação em favor de influências externas à linguagem”, de maneira que esta, debilitada, “passa a preencher apenas as funções de informação que restam quando se retira do entendimento lingüístico a formação do consenso, o que faz com que a validade do proferimento, deixada em suspenso na própria comunicação, não

⁵² Cf. HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico...*, p. 71.

⁵³ “Chamamos ‘perlocutórios’ os efeitos de atos de fala que, eventualmente, também podem ser obtidos de maneira causal por ações não-lingüísticas” (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Racionalidade do Entendimento Mútuo...*, p. 121).

⁵⁴ “Vista na perspectiva dos participantes, os dois mecanismos, o do entendimento motivador da convicção e o da influenciação que induz o comportamento, excluem-se mutuamente. Ações de fala não podem ser realizadas com a dupla intenção de chegar a um acordo com um destinatário sobre algo e, ao mesmo tempo, produzir algo nele, de modo causal. Na perspectiva de falantes e ouvintes, um acordo não pode ser imposto a partir de fora e nem ser forçado por uma das partes – seja através da intervenção direta na situação da ação, seja indiretamente, através de uma influência calculada sobre os enfoques proposicionais de um oponente. Aquilo que se obtém através de gratificação ou ameaça, sugestão ou engano, não pode valer intersubjetivamente como acordo; tal intervenção fere as condições sob as quais as forças ilocucionárias despertam convicções e geram ‘contatos’ ” (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico...*, pp. 71-72).

possa mais ser apreendida diretamente”⁵⁵. No caso de uso estratégico latente da linguagem, “a ação estratégica é empregada de maneira parasitária à ação comunicativa, pois simula uma orientação comunicativa para atingir um determinado fim não declarado”⁵⁶. Nesse sentido, é considerada por Habermas como uma forma “fraca” do uso comunicativo da linguagem e do agir comunicativo⁵⁷, tendo em vista que, nesses casos, a racionalidade comunicativa se entrelaça com a racionalidade teleológica de agentes orientados pelo sucesso, mas sempre de modo que as metas ilocucionárias dominem os sucessos perlocucionários que, conforme o caso, são também ambicionados⁵⁸.

Em resumo, dois mecanismos de coordenação das ações e planos individuais dos atores podem ser verificados no plano das interações sociais lingüísticamente mediadas: a *ação estratégica* e a *ação comunicativa*. Esta, por sua vez, comporta um sentido *fraco* e um sentido *forte*. Tais distinções serão relevantes para entender, no item 4.1, em que medida a teoria da democracia deliberativa proposta por Habermas supera o debate entre as concepções liberal e republicana da democracia e por que, segundo Paulo Mattos, essa mesma teoria seria mais adequada para compreender a dinâmica de formação da vontade política no interior dos órgãos regulatórios do Estado.

O modelo teórico de Habermas se apóia, portanto, nas premissas de que o mundo social – no qual as instituições que compõem o Estado de Direito estão

⁵⁵ Ibid., p. 75.

⁵⁶ “O uso estratégico latente da linguagem vise parasitariamente do uso normal da linguagem, porque ele somente pode funcionar quando uma das partes toma como ponto de partida que a linguagem está sendo utilizada no sentido do entendimento. Esse *status* deduzido aponta para a lógica própria, subjacente na comunicação lingüística, a qual só tem efeitos coordenadores durante o tempo em que submeter a atividade teleológica dos atores a determinados limites” (Ibid., p. 73).

⁵⁷ “Falo de agir comunicativo num sentido *fraco*, quando o entendimento mútuo se estende a fatos e razões dos agentes para suas expressões de vontade unilaterais; falo do agir comunicativo num sentido *forte* tão logo o entendimento mútuo se estende às próprias razões normativas que baseiam a escolha dos fins” (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Racionalidade do Entendimento Mútuo...*, p. 118).

⁵⁸ Sinteticamente, explica Luís Fernando Schuartz que: “os efeitos ilocucionários predominam quando: (i) são produzidos de maneira – semanticamente – ordenada a partir do conteúdo de um ato ilocucionário bem sucedido (por exemplo, quando uma ordem é cumprida pelo destinatário após ser aceita, uma intenção é realizada etc.), (ii) se verificam como conseqüências semanticamente não determinadas, embora condicionadas, pelo sucesso ilocucionário de ações lingüísticas (por exemplo, quando uma afirmação surpreende o destinatário), ou mesmo (iii) nos casos de uma ação estratégica latente, em que uma das partes da interação apenas simula uma orientação no entendimento mútuo para a obtenção de resultados que devem permanecer – como um condição necessária do sucesso – ignorados pela outra parte. Nas perlocuções, ao contrário, desaparece inclusive a suposta predominância do efeito ilocucionário sobre o perlocucionário (pensemos em uma ameaça não-velada, por exemplo) (Cf. SCHUARTZ, ob. cit., pp 233-234). Sobre o mesmo ponto, nas palavras de Habermas, ver: HABERMAS, Jürgen. *Racionalidade do Entendimento Mútuo...*, pp. 121-124.

incluídas – é uma realidade lingüisticamente constituída e que, nesse sentido, qualquer tentativa de compreendê-lo racionalmente somente se admite possível através de uma reconstrução dessa realidade a partir de processos interpretativos intersubjetivamente válidos. E, dado que as ações sociais se desenvolvem sobre a base de certas pressuposições compartilhadas, que se pretendem válidas tanto por aqueles diretamente afetados por essas ações quanto por aqueles que delas se aproximem de fora, a interpretação das mesmas pode ser submetida a um critério objetivo de correção – o critério da racionalidade comunicativa –, na medida em que é possível reconstruir as razões – fundadas sobre pretensões de validade – que motivaram o ator social a realizá-las ⁵⁹. Com isso Habermas consegue ligar a formação de um consenso racional com as condições de validade de uma ação e, conseqüentemente, estabelecer a possibilidade de crítica imanente acerca da validade dessas ações.

Todavia, Habermas reconhece que seu modelo de integração social, fundado na força ilocucionária imanente ao agir comunicativo, é incompleto, pois, embora sua racionalidade garanta a validade dos resultados, ele carece de critérios externos capazes de gerar uma força motivacional que garanta a transformação dos consensos racionalmente alcançados em ação. Vale dizer: a demonstração de que, por exemplo, uma determinada norma é apta a produzir uma adesão livre, racionalmente motivada, não garante, por si só, seu o cumprimento ⁶⁰.

E essa carência de uma motivação externa para que as ações sejam desempenhadas com base no consenso racionalmente atingido se torna ainda mais problemática diante das condições de integração social da sociedade moderna. E isso não apenas porque está presente, em toda interação comunicativa, uma certa instabilidade decorrente do risco do dissenso que, se materializado, pode resultar

⁵⁹ “Qualquer um que se utilize de uma linguagem natural, a fim de entender-se com um destinatário sobre algo no mundo, vê-se forçado a adotar um enfoque performativo e a aceitar determinados pressupostos. Entre outras coisas, ele tem que tomar como ponto de partida que os participantes perseguem sem reservas seus fins ilocucionários, ligam seu consenso ao reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade criticáveis, revelando a disposição de aceitar obrigatoriedades relevantes para as conseqüências da interação que resultam de um consenso. E o que está embutido na base de validade da fala também se comunica às formas de vida reproduzidas pela via do agir comunicativo” (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Democracia e Direito entre Facticidade e Validade* – vol. I..., p. 20).

⁶⁰ “A transferência de saber para o agir é incerta devido à fragilidade e ao nível extremo de abstração de uma auto-regulação arriscada do sujeito que age moralmente, especialmente devido à improbabilidade de processos de socialização capazes de promover competências tão pretensiosas” (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade* – vol. I..., pp. 149-150).

no rompimento da seqüência de ações que caracteriza esse tipo de interação ⁶¹. Além disso, há também o fato de a integração da sociedade moderna depender de mecanismos de coordenação alternativos – e, até certo ponto, contrários – ao do entendimento, característicos dos sistemas de ação funcionalmente especializados representados pela economia e pelo poder administrativo. Os mecanismos de coordenação desses sistemas se apóiam nos códigos operativos do dinheiro e do poder e são responsáveis por uma expansão do domínio social no qual predominam as interações estratégicas em detrimento da coordenação através do entendimento – ver infra, no item 3.2.

A solução proposta por Habermas para esse problema é o moderno Direito positivo, isto é, o sistema de direitos e as instituições do Estado de Direito criados pela modernidade ⁶². Desse modo, o Direito se apresenta como um *medium* necessário e apto a absorver as inseguranças decorrentes de uma orientação puramente moral do comportamento, tendo em vista que as expectativas recíprocas de comportamento, ao se institucionalizarem juridicamente, ganham força obrigatória e contam com potencial da sanção estatal. É na obra *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade* que Habermas desenvolve em detalhes esse ponto de seu pensamento, o qual será abordado a seguir.

3.2

O Direito entre mundo da vida e realidade sistêmica

A proposta habermasiana atribui ao Direito um papel central para a integração e organização da sociedade. O Direito é tratado por Habermas como um *medium* capaz de operar em meio à relação entre as esferas nas quais se desenvolve o processo de integração e reprodução da sociedade, denominadas

⁶¹ Tal instabilidade é reflexo da tensão entre facticidade e validade inerente a todo processo de entendimento, isto é, do fato de que os processos de deliberação voltados para o entendimento tendem a incrementar o mesmo risco do dissenso que deveriam absorver. Ver a respeito: HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico...*, p. 85.

⁶² “Uma moral dependente de um substrato de estruturas da personalidade ficaria limitada em sua eficácia, caso não pudesse atingir os motivos dos agentes por um *outro* caminho, que não o da internalização, ou seja, o da institucionalização de um sistema jurídico que *complementa* a moral da razão do ponto de vista da eficácia para a ação. O direito é um sistema de saber e, ao mesmo tempo, um sistema de ação (...). E, como o direito está estabelecido simultaneamente nos níveis da cultura e da sociedade, ele pode compensar as fraquezas de uma moral racional que se atualiza primariamente na forma de um saber” (Ibid., loc. cit.).

mundo da vida e realidade sistêmica ⁶³. E, através dele, as estruturas que asseguram a racionalidade comunicativa nas interações sociais poderiam ser estendidas para o nível macro-social.

O *mundo da vida* é o ponto de referência através do qual Habermas procura explicar “como é possível surgir ordem social a partir de processos de formação de consenso que se encontram ameaçados por uma tensão explosiva [de um permanente risco de dissenso] entre facticidade e validade” ⁶⁴. É constituído pelos planos da vida privada e da opinião pública, os quais, estruturados lingüisticamente, reproduzem-se a partir do agir comunicativo. Assim, “o mundo da vida forma o horizonte para situações de fala e constitui, ao mesmo tempo, a fonte das interpretações, reproduzindo-se somente através de ações comunicativas” ⁶⁵, e representa “o espaço no qual a prática comunicativa elabora interpretações cognitivas, expectativas morais e manifestações expressivas” ⁶⁶.

Como decorrência da especificação funcional de uma linguagem técnica, que emerge da linguagem coloquial do mundo da vida, mas que dele se diferencia por força da introdução de códigos especiais mantenedores de delimitações que

⁶³ Juan Carlos Velasco Arroyo observa que: “(...) *el autor alemán hace uso de un instrumental conceptual de disímil procedencia teórica: las nociones de ‘mundo da vida’ y ‘sistema’*. Aunque de alguna manera pueden recordar la contraposición existente entre base y superestructura, ninguna de ellas proviene de la tradición marxista: el concepto de Lebenswelt (mundo da vida) posee una marcada raigambre fenomenológica y la categoría de System (sistema) procede del universo teórico de la metabiología y la cibernética social”. (ARROYO, ob. cit., p. 20)

⁶⁴ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol I...*, p. 40. Explica o autor que: “o alto risco de dissenso, alimentado a cada passo através de experiências, portanto através de contingências repletas de surpresas, tornaria a integração social através do uso da linguagem orientado pelo entendimento inteiramente implausível, se o agir comunicativo não estivesse embutido em contextos do mundo da vida, os quais fornecem apoio através de um maciço pano de fundo consensual. Os entendimentos explícitos movem-se, de si mesmos, no horizonte de convicções comuns não-problemáticas, ao mesmo tempo, eles se alimentam das fontes daquilo que sempre foi familiar. Na prática do dia-a-dia, a inquietação ininterrupta através da experiência e da contradição, da contingência e da crítica, bate de encontro a uma rocha ampla e inamovível de lealdades, habilidades e padrões de interpretação consentidos” (Cf. Ibid., loc.cit.).

⁶⁵ Cf. Ibid., p. 41.

⁶⁶ Cf. CITTADINO, ob. cit., p. 115. No mesmo sentido, Juan Carlos Velasco Arroyo explica que “*El mundo de la vida sirve precisamente de horizonte cognitivo y trasfondo normativo de la acción comunicativa: los contextos sociales en los que está inserta la acción comunicativa suministran el necesario respaldo mediante un masivo consenso de fondo, un marco de convicciones compartidas en el que el inevitable disenso, en vez de presentarse como factor potencial de desintegración social, cobra razón de posibilidad, así como sentido. Bajo el concepto de mundo de la vida se reúnen las diferentes esferas regidas por la acción comunicativa, que se articulan en torno a tres núcleos estructurales: la cultura, la sociedad y la personalidad. Estas estructuras simbólicas del mundo de la vida se reproducen por medio de la apropiación y transmisión de la tradición cultural, los procesos de socialización y los mecanismos intersubjetivos de solidaridad grupal. De modo comunicativo también se coordinarían las acciones en la esfera privada e íntima de la familia y, particularmente, en los espacios públicos de participación política*”. (ARROYO, ob. cit., p. 23).

interrompem o circuito de comunicação do mundo da vida, Habermas identifica uma outra esfera de integração social, a qual denomina *realidade sistêmica*. A realidade sistêmica habermasiana é constituída por dois subsistemas: o econômico e o administrativo. Tais mecanismos de integração, através de seu código próprio, coordenam as ações de uma maneira objetivista, descartando o uso comunicativo da linguagem.

Importante notar que “a integração da sociedade moderna depende, em larguíssima escala, desses subsistemas, cuja reprodução requer mecanismos de coordenação alternativos e, em certa medida, opostos ao do entendimento, reprodução que acaba ‘liberando’ quantidades massivas e crescentes de interações sociais do tipo estratégico às custas das interações baseadas no entendimento”⁶⁷. Por outro lado, há processos de diferenciação no mundo da vida que, embora comportem certo grau de especificação⁶⁸, uma vez que seus componentes – cultura, sociedade, estruturas da personalidade – diferenciam-se no interior de uma linguagem multifuncional, não resultam em um código unidimensional. Justamente por isso, não constituem novos subsistemas, pois esses mesmos componentes permanecem entrelaçados em um nível de diferenciação mais baixo, que mantém a unidade de fundo na linguagem coloquial de definição e processamento de problemas como esfera de sua dimensão.

Assim, Habermas admite que as complexas sociedades contemporâneas procedem à sua integração, por um lado, mediante valores, normas e processos de busca do entendimento e, por outro, sistemicamente, através do mercado e do uso administrativo do poder político. Porém, a expansão da racionalidade instrumental dos subsistemas econômico e administrativo faz com que os imperativos da lógica sistêmica penetrem no mundo da vida⁶⁹. Essa invasão é denominada *colonização*

⁶⁷ Cf. SCHUARTZ, ob. cit., p. 239.

⁶⁸ Juan Carlos Velasco Arroyo adverte que “*el contraste entre los dos tipos de contextos de acción no debe interpretarse como una diferencia absoluta, sino más bien como una diferencia de grado. Las acciones integradas en el sistema presuponen cierta consensualidad y referencia a normas; y las acciones integradas socialmente también implican ciertos cálculos estratégicos. Por eso, más que una diferencia irreductible, es ante todo una diferencia de perspectiva metodológica: la perspectiva del mundo de la vida es hermenéutica e internalista, mientras que la perspectiva del sistema es objetivadora y externalista*”. (ARROYO, ob. cit., pp. 23-24)

⁶⁹ A racionalização do mundo da vida – e sua conseqüente institucionalização – nessas sociedades “possibilita o aparecimento e o aumento de subsistemas cujos imperativos autônomos atuam destrutivamente sobre este mesmo mundo da vida” (Cf. HABERMAS, Jürgen, *apud*, CITTADINO, ob. cit., p. 115).

do mundo da vida⁷⁰ e se opera por meio da substituição da interação simbólica mediada por normas – própria do mundo da vida – por uma interação regulada adaptativamente através de meios técnicos de controle, independentes da linguagem, como são o dinheiro para a economia e o poder para a administração⁷¹. Em outras palavras, isso significa dizer que o mundo da vida racionalizado possibilita o aparecimento e o aumento de sistemas cujos imperativos autônomos – dinheiro e poder –, na medida em que se diferenciam da linguagem comum e dela se excluem, atuam destrutivamente sobre este mesmo mundo da vida⁷². Dessa forma, estrutura-se um ambiente de ameaça e violência, onde os sujeitos são tentados a abandonar a interação comunicativa, uma vez que as relações humanas encontram-se instrumentalizadas⁷³.

A saída para se evitar essa colonização do mundo da vida, segundo Habermas, estaria no *medium* do Direito. O termo “*medium*” é utilizado com um sentido técnico, que remete à noção de “meio de comunicação simbolicamente generalizado” e decorre da apropriação, por Habermas, de parte da teoria dos sistemas de Parsons⁷⁴. Como explica Schuartz:

“Um *Medium* é um artifício simbólico para a veiculação de uma oferta comunicativa e a simultânea motivação do destinatário para sua aceitação. O *Medium* assume uma função “desoneradora” (*entlastende Funktion*) em relação aos custos incorridos e à energia consumida por participantes em processos de entendimento que têm que transcorrer sob condições de aumento de complexidade (i.e. maior número e variedade de comunicações possíveis) e redução das zonas de intersecção entre os estoques de saber de cada participante e, com isso, também uma função neutralizadora em relação ao “risco do dissenso” que, nessas condições, atinge patamares problemáticos. Meios de comunicação simbolicamente generalizados viabilizam, em outras palavras,

⁷⁰ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la Accion Comunicativa – Tomo II...*, p. 280.

⁷¹ ARROYO, ob. cit., p. 24. Há que se destacar que os imperativos impostos pela lógica do mercado e pela lógica burocrática possuem uma dinâmica própria: “por um lado, pelo seu caráter autônomo, carecem de justificação e, por outro, têm a capacidade de neutralizar os âmbitos de ação estruturados comunicativamente” (Cf. CITTADINO, ob. cit., p. 116).

⁷² “(...) *The rationalization of the lifeworld makes possible the emergence and growth of subsystems whose independent imperatives turn back destructively upon the lifeworld itself*” (Cf. HABERMAS, Jürgen. *The Theory of Communicative Action – Vol. II...*, p. 186).

⁷³ Como explica Gisele Cittadino: “As restrições e distorções à comunicação engendradas pelos imperativos do mercado e do poder configuram, segundo Habermas uma ‘violência estrutural’, que não se manifesta como tal, mas que viola a rede intersubjetiva das práticas comunicativas cotidianas. A sociedade contemporânea, portanto, convive com a violência decorrente dos mecanismos da monetarização que regem a esfera da vida privada e com os imperativos da burocratização que invadem a esfera da opinião pública. Por trás deste processo de colonização do mundo da vida se encontram orientações valorativas e interesses específicos que de nenhum modo podem ser considerados constitutivos da identidade da comunidade em seu conjunto” (Cf. CITTADINO, ob. cit., p. 116).

⁷⁴ Ver a respeito: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol. I...*, pp. 102-112.

importantes economias de informação e tempo e, partindo daí, a coordenação de planos individuais de ação e a estabilização de padrões de interação social inerentemente instáveis”.⁷⁵

Essa generalização simbólica que caracteriza o *medium* se dá através da especificação de um código operativo que lhe é próprio e, nesse sentido, o diferencia dos demais. Enquanto o *medium* do “dinheiro” opera segundo o código “ter/não ter” e o *medium* do “poder” com o código “ordenar/obedecer”, o Direito opera segundo o código representado pela fórmula binária “lícito/ilícito”. Vale dizer: o que caracteriza o *medium* do Direito é o fato de que as expectativas normativas, as ações e comunicações que lhe são próprias são estruturadas e classificadas com base no código operativo “lícito/ilícito”.

Agir de forma “lícita”, isto é, conforme ao Direito, implica possuir a capacidade de mobilizar, caso seja necessário, o uso da coerção legítima do Estado em face daqueles que desejam impedir a realização dessa mesma ação. Essa capacidade advém da idéia – característica do Direito moderno – de *validade jurídica*⁷⁶, cujo sentido somente se explica através da referência simultânea à validade social (ou fática) do Direito e à sua legitimidade⁷⁷. O conceito de

⁷⁵ Cf. SCHUARTZ, ob. cit., pp. 253-254.

⁷⁶ “Esse formato moderno da validade jurídica (ou da “forma do direito”) é, segundo Habermas, resultado de processos de racionalização sociocultural tanto na dimensão do incremento qualitativo das razões que sustentam o caráter obrigatório das normas, como também na dimensão da garantia da estabilização de expectativas normativas sob as condições de uma expansão crescente do *quantum* de interações do tipo estratégico. / Assim, de um lado, a racionalização do direito ocorre na dimensão da justificação das suas normas. Os critérios de fundamentação das normas para atribuir-lhes validade jurídica estão ligados, em última instância, às exigências de uma moral de nível pós-convencional. Isso implica dizer que normas são válidas quando merecem, da totalidade dos indivíduos efetiva e potencialmente afetados por sua implementação, o reconhecimento intersubjetivo no âmbito de processos de argumentação nos quais tais indivíduos são participantes – ainda que virtuais. De outro, a racionalização do Direito moderno também se deve a uma espécie de afinidade existente entre as normas que o integram e os processos de acúmulo de racionalidade estratégica/instrumental. Nesta dimensão, a reorganização da validade jurídica está funcionalmente associada à diferenciação de uma burocracia estatal e de uma economia capitalista. / O tipo moderno da validade jurídica pode ser visto, assim, como um ponto de convergência da racionalização sociocultural no que se refere às duas dimensões, ou seja, como resposta institucional a esse duplo processo de racionalização: de um lado, aos ganhos qualitativos relativos aos tipos de argumentos que “contam” para a satisfação de pretensões de validade universal e a justificação de normas; de outro lado, aos imperativos funcionais de sistemas sociais que institucionalizam, normalizam e estimulam comportamentos estratégicos e o domínio controlado sobre processos naturais e sociais” (Ibid., p. 242-243).

⁷⁷ “A validade social de normas do direito é determinada pelo grau em que consegue se impor, ou seja, pela sua possível aceitação fática no círculo dos membros do direito. Ao contrário da validade convencional dos usos e costumes, o direito normatizado não se apóia sobre a facticidade de formas de vida consuetudinárias e tradicionais, e sim sobre a facticidade artificial de ameaças de sanções definidas conforme o direito e que podem ser impostas pelo tribunal. Ao passo que a legitimidade de regras se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa; e o que conta, em última instância, é o fato de elas terem surgido num processo legislativo racional – ou o fato de que elas poderiam ter sido justificadas sob pontos de vista

validade jurídica explícita, portanto, o caráter dúbio da pretensão de validade sustentada por toda genuína norma jurídica, a saber: a possibilidade do apoio em um estoque organizado de força legítima para a satisfação da pretensão nominal de vigência social, de um lado, e a possibilidade do apoio em argumentos intersubjetivamente válidos para a satisfação da pretensão nominal de legitimidade, de outro lado⁷⁸.

E, na medida em que se refere tanto à facticidade da validade social – medida pela obediência geral às normas jurídicas –, quanto à legitimidade da pretensão ao reconhecimento normativo, o Direito se apresente como um *medium* híbrido, capaz de dar conta de ambas as formas de coordenação de planos e ações individuais de atores envolvidos em interações sociais – ação comunicativa e ação estratégica. Com isso, abre-se para os atores sociais – membros da comunidade da comunidade jurídica – a possibilidade de “escolherem entre dois enfoques distintos em relação à mesma norma jurídica: objetivador ou performativo”, de modo que, “para o arbítrio de um ator que se orienta pelo sucesso próprio, a regra constitui um empecilho fático na expectativa da imposição do mandamento jurídico – com conseqüências previsíveis no caso de transgressão da norma”, enquanto que, para o ator que age comunicativamente, “a regra amarra a sua ‘vontade’ livre através de uma pretensão de validade deontológica”⁷⁹.

Ou seja, por deixar em aberto os motivos que determinam o comportamento lícito, é possível dizer que o *medium* do Direito tolera que os atores assumam um enfoque estratégico em relação a certas normas. Mas, por outro lado, diferentemente do *medium* do dinheiro e do *medium* do poder, o Direito não é capaz de substituir o entendimento lingüisticamente mediado nas suas funções de coordenação social, mas apenas de desonerá-lo, isto é, reduzir seus custos por meio de mecanismos de abstração e de redução de complexidade⁸⁰. Por isso, até mesmo as normas jurídicas consideradas do ponto de vista estratégico pelos atores sustentam, na qualidade de elementos integrantes de uma ordem jurídica legítima em seu conjunto, a pretensão de validade normativa, que requer dos destinatários um reconhecimento racionalmente motivado e,

pragmáticos éticos e morais” (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade* – Vol. I..., p. 50).

⁷⁸ Cf. SCHUARTZ, ob. cit. p.255.

⁷⁹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade* – vol. I..., p. 51.

⁸⁰ Cf. SCHUARTZ, ob cit., p. 256.

conseqüentemente, a possibilidade de obediência por um motivo não coercitivo – isto é, que não pode ser produzido pela força. Razão pela qual “a ordem jurídica deve tornar *possível* a qualquer momento a obediência às suas regras por respeito à lei”⁸¹. Do ponto de vista da normatização jurídica, isso implica a necessidade de que o Direito positivo tenha que se legitimar racionalmente. O que, em última análise, dada a relação de dependência entre legitimidade e a satisfação discursiva de pretensões de validade universais, pressupõe que as normas jurídicas positivadas possam ser interpretadas como resultado de processos de argumentação orientados para o entendimento mútuo, aos quais deve ter sido assegurado o acesso, em condições igualitárias, a todos os destinatários, de modo que os mesmos, em sua totalidade, possam compreender-se – virtualmente ao menos – como autores dessas normas⁸².

Por outro lado, essa pressuposição demanda a institucionalização jurídica dos pressupostos comunicativos de processos discursivos sob forma de procedimentos de formação da opinião e da vontade políticas, que, nas sociedades modernas, se estruturam como procedimentos democráticos de produção normativa sustentados por um conjunto de direitos subjetivos “que garantam, a seus titulares, *enquanto indivíduos orientados em um entendimento mútuo*, a participação direta e indireta nos referidos procedimentos”⁸³.

Ou seja, é através do uso público da razão, num processo democrático no qual os pressupostos comunicativos que garantem um discurso racional estão – presumivelmente – institucionalizados juridicamente, que Habermas vislumbra a saída para se evitar a colonização do mundo da vida. A rigor, “Habermas não tem a pretensão de sugerir um modelo de ética discursiva que elimine a dominação e a violência decorrentes dos interesses que instrumentalizaram as relações humanas”⁸⁴. Sustenta, porém, a possibilidade de limitação dessa dominação desde que o Direito possa funcionar como o “transformador” dos “fracos impulsos sócio-integradores” originados no mundo da vida em parâmetros eficazes, do ponto de vista comportamental, para as operações sistêmicas⁸⁵.

⁸¹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – vol. I...*, p. 52.

⁸² Cf. SCHUARTZ, ob cit., p. 246.

⁸³ Ibid., p. 247.

⁸⁴ Ibid., loc. cit..

⁸⁵ Ibid., p. 256. Ver também: HABERMAS, Jürgen. *Democracia e Direito entre Facticidade e Validade – Vol I...*, p. 221.

Somente assim o Direito pode funcionar como *medium* a serviço da integração social ⁸⁶. Vale dizer, tendo em vista que “os meios de regulação – dinheiro e poder administrativo – são ancorados no mundo da vida através da institucionalização jurídica dos mercados e das organizações burocráticas” ⁸⁷, as normas jurídicas podem influenciar comportamentos e estratégias dos agentes integrantes de ambos os sistemas. Apenas na “linguagem do Direito” os resultados dos processos de entendimento – atingidos comunicativamente – adquirem coercibilidade e se transformam num código assimilável pelos sistemas, podendo, assim, circular por todas as esferas da sociedade.

Diante dessas considerações, fica mais evidente por que ao Direito moderno é imputada por Habermas a tarefa de solucionar as insuficiências relativas à motivação para a ação associadas a uma teoria da sociedade que explica a integração social a partir da noção de agir comunicativo: Ao Direito cabe a função de “guardião” da racionalidade comunicativa. Segundo Schuartz:

“Se, para a crítica imanente da sociedade moderna, exige-se a localização dos pontos de contato entre as condições necessárias de sua reprodução e a orientação dos agentes sociais em pretensões de validade universais, e se o sistema jurídico - sobretudo na forma do “moderno direito positivo” - é capaz de realizar a função do transporte, do nível das interações “face a face” para o nível da sociedade como um todo, das estruturas de racionalidade presumidamente inerentes à ação orientada no entendimento, então poder-se-ia pensar no direito moderno como uma espécie de guardião macrosocial da racionalidade comunicativa. (...) Os pressupostos contrafáticos - as ‘estruturas’ - do entendimento aparecerão reflexivamente, em meio a procedimentos institucionalizados de natureza discursiva, nos processos de criação e aplicação do direito no Estado Democrático de Direito”. ⁸⁸

Ou seja, segundo Habermas, haveria um potencial de racionalidade inscrito nas instituições do Estado Democrático de Direito, tanto através da

⁸⁶ “No sistema jurídico, o processo da legislação constitui, pois, o lugar propriamente dito da integração social. Por isso, temos que supor que os participantes do processo de legislação saem do papel de sujeitos privados do direito e assumem, através de seu papel de cidadãos, a perspectiva de membros de uma comunidade jurídica livremente associada, na qual um acordo sobre os princípios normativos da regulamentação da convivência já está assegurado através da tradição ou pode ser conseguido através de um entendimento segundo regras reconhecidas normativamente. Essa união característica entre coerção fática e validade da legitimidade, que tentamos esclarecer através do direito subjetivo à assunção estratégica de interesses próprios, exige um processo de legislação no qual os cidadãos devem poder participar na condição de sujeitos do direito que agem orientados não apenas pelo sucesso. Na medida em que os direitos de comunicação e de participação política são constitutivos para um processo de legislação eficiente do ponto de vista da legitimação, esses direitos subjetivos não podem ser tidos como os de sujeitos jurídicos privados e isolados: eles têm que ser apreendidos no enfoque de participantes orientados pelo entendimento, que se encontram numa prática intersubjetiva de entendimento” (Ibid., pp. 52-53).

⁸⁷ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol. I...*, pp. 104-105.

⁸⁸ Cf. SCHUARTZ, ob. cit., p. 247.

institucionalização jurídica de procedimentos discursivamente estruturados para a solução racional de problemas, como por meio do reconhecimento generalizado de direitos subjetivos que asseguram uma participação universal nos referidos procedimentos. E isso seria relevante não apenas para a solução de problemas relativos à integração social, mas também para problemas relativos à reprodução da sociedade moderna, pois “é a hipótese da institucionalização macrosocial desses nichos de racionalidade comunicativa que viabiliza a análise estritamente teórica de determinados processos sociais enquanto fontes de crises e patologias, uma vez que, sem a suposta ‘incorporação da razão comunicativa’ nas mencionadas instituições, desaparece a plataforma normativa que assegura à pretensão da teoria ao exercício da crítica imanente o reclamado título de legitimidade”⁸⁹.

3.3

A legitimação do Direito e do poder político no Estado de Direito

Assim, a tese principal que sustenta o projeto de integração social proposto por Habermas é a da incorporação macrosocial da razão comunicativa nas instituições político-jurídicas da sociedade moderna. O autor assume, com isso, o ônus argumentativo de demonstrar como essa incorporação ocorre. Para tanto, Habermas divide a exposição de seu raciocínio em duas etapas. Na primeira, empreende uma reconstrução, com base na sua teoria do discurso, do Estado de Direito moderno. Essa reconstrução é apresentada nos capítulos 3 e 4 da obra *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*. Neles, Habermas propõe a “reconstrução racional”⁹⁰ da auto-compreensão normativa das ordens jurídicas modernas através da reinterpretação dos direitos fundamentais e de instituições centrais do Estado Democrático de Direito com base na teoria do discurso⁹¹. O objetivo dessa etapa inicial é “demonstrar que, e como, as representações normativas que reconhecemos nas afirmações de princípios acerca dos direitos de

⁸⁹ Ibid., pp. 249-250.

⁹⁰ William Outhwaite adverte que “A reconstructive theory will not be expected to display what Giddens has called ‘the enormous revelatory power’ of natural-scientific theories, and, although a new theory of action is as broad a project as one could imagine, it will still be telling us how we do something we know we do already.” (OUTHWAITE, ob. cit., p. 109).

⁹¹ Essa reconstrução encontra-se exposta nos capítulos III e IV de: HABERMAS, Jürgen. *Democracia e Direito entre Facticidade e Validade – Vol. I...*

cada indivíduo e do funcionamento das instituições políticas e jurídicas (enquanto produtos da época moderna e legados da tradição do pensamento iluminista acerca da organização político-jurídica da sociedade moderna) podem ser justificadas segundo padrões de racionalidade universais e merecem aceitabilidade generalizada”⁹².

Na segunda etapa, Habermas examina, de uma perspectiva sociológica, as condições de implementação dessas normas jurídicas e instituições, por ele reinterpretadas, nos processos de circulação do poder político das sociedades capitalistas contemporâneas. Esse momento da análise de Habermas se caracteriza pela assunção do enfoque descritivo por parte do autor, preocupado, agora, não mais em reconstruir os fundamentos de uma ordem normativa e suas instituições, mas em identificar, na relação de tensão entre o ideal – supostamente institucionalizado nas normas jurídicas – e a realidade, os obstáculos que essas instituições enfrentam quando inseridas na facticidade social dos processos políticos dessas sociedades.

Assim, se nos capítulos 3 e 4 Habermas discute a tensão entre facticidade e validade no interior do próprio Direito – que, como visto no item 3.2, decorre do caráter ambivalente da validade jurídica –, nos capítulos 7 e 8, analisa o que denomina “tensão externa” (externa ao sistema jurídico) entre facticidade e validade⁹³.

Não pretendo, obviamente, reconstituir todo o caminho percorrido por Habermas em seu raciocínio. Cabe, aqui, destacar tão somente os pontos específicos desse percurso que são reproduzidos por Mattos em sua apropriação do pensamento habermasiano e aqueles que prepararão as bases para a construção, no capítulo III, das críticas que oponho a essa apropriação. Nesse sentido, procurarei concentrar-me nos aspectos essenciais para a compreensão tanto dos fundamentos normativos de seu modelo de legitimação do Direito e do poder administrativo (tensão interna entre facticidade e validade) quanto das dificuldades apresentadas à sua efetivação na prática dos processos políticos das sociedades modernas (tensão externa entre facticidade e validade).

Dividirei a exposição desses temas em três tópicos. Nos itens (a) e (b), abordarei, respectivamente, a reconstrução habermasiana do sistema de direitos e

⁹² Cf. SCHUARTZ, ob. cit., p. 251.

⁹³ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol. II...*, p. 10.

dos princípios e instituições do Estado de Direito. No item (c) apresentarei a concepção de democracia deliberativa habermasiana, a qual se apóia em seu modelo de legitimação pelo procedimento discursivamente estruturado. Ainda neste mesmo item, tratarei dos obstáculos decorrentes da realidade dos processos políticos à implementação de ordens jurídicas legítimas nas sociedades modernas identificados por Habermas.

3.3.1

Reconstrução do sistema de direitos

O passo inicial de Habermas para a reconstrução discursiva da auto-compreensão das ordens jurídicas modernas é a reconstrução do sistema de direitos. Para tanto, o autor parte da seguinte questão: quais os direitos que os cidadãos têm que atribuir uns aos outros caso queiram regular legitimamente sua convivência através do *medium* do Direito positivo ⁹⁴?

Nesse sentido, pode-se entender a reconstrução habermasiana do sistema de direitos das ordens jurídicas modernas como uma explicitação dos pressupostos necessários para que, na prática, a empreitada de um grupo de indivíduos que deseja auto-regular a interação entre seus membros, através da definição consensual de um conjunto de princípios fundamentais de convivência na forma de direito positivo legítimo, seja possível. Em sua análise, Habermas assume como dados a serem levados em conta por esse grupo de indivíduos – e, portanto, por ele próprio, na medida em que adota um enfoque reconstrutivo –, “um conjunto de propriedades que caracterizam o *Medium* do moderno direito positivo, bem como um conjunto de propriedades que caracterizam o conceito moderno de legitimidade” ⁹⁵.

Foi visto – no item 3.2 – que uma das características do *medium* do Direito diz respeito à função desoneradora das justificativas morais para a ação, que é

⁹⁴ Id., *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol. I...*, p. 113.

⁹⁵ Cf. SCHUARTZ, ob. cit., pp. 251-252. Explica Habermas que “(...) a ‘nossa’ introdução teórica *in abstracto* de direitos fundamentais revela-se *ex post* como um artifício. Ninguém é capaz de lançar mão de um sistema de direitos no singular, sem apoiar-se em interpretações já elaboradas na história. ‘O’ sistema de direitos não existe em um estado de pureza transcendental. Porém, após mais de duzentos anos de desenvolvimento constitucional na Europa, temos vários modelos à disposição; eles podem servir a uma reconstrução generalizadora da compreensão que acompanha necessariamente a prática intersubjetiva de uma auto-legislação empreendida com os meios do direito positivo” (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol I...*, p. 166).

gerada pela idéia de *licitude* (ação conforme ao Direito). O que importa em dizer que, agindo de forma lícita, um sujeito está autorizado a empregar livremente a sua vontade, independentemente das razões que orientam sua ação⁹⁶. Na moderna compreensão do Direito, essa idéia desempenha um papel central e corresponde ao conceito de direito subjetivo⁹⁷. Os direitos subjetivos definem *iguais liberdades de ação* para todos aqueles considerados como portadores de direitos⁹⁸ – idéia que, em última análise, é explicitada pelo próprio conceito de lei⁹⁹. É essa função desoneradora dos direitos subjetivos que explicam por que o moderno Direito positivo consegue se adaptar “à integração social de sociedades econômicas que, em domínios de ação neutralizados do ponto de vista ético, dependem de decisões descentralizadas de sujeitos singulares orientados pelo próprio sucesso”¹⁰⁰.

Porém, também foi visto que a função do Direito não se resume apenas a garantir o espaço de liberdade de ação no qual indivíduos estrategicamente orientados por uma racionalidade instrumental, característica dos subsistemas econômico e administrativo, podem agir. Mesmo porque, da dimensão de legitimidade que compõe a noção de “validade jurídica”, decorre a exigência de que as normas jurídicas que delimitam esse espaço de liberdade, no qual ações estratégicas podem se desenrolar, possam ser justificadas racionalmente. Em termos habermasianos, isso significa que as normas jurídicas positivadas por meio de um processo legislativo democrático têm que poder ser entendidas como o resultado de processos de argumentação orientados para o entendimento mútuo, aos quais deve ter sido assegurado o acesso, em condições igualitárias, a todos os destinatários. E, desse modo, o sistema de direitos também deve garantir “as condições precárias de uma integração social que se realiza, em última instância,

⁹⁶ O direito moderno tira dos indivíduos o fardo das normas morais e as transfere para as leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação” (Ibid. p. 114).

⁹⁷ “(...) direitos subjetivos (*rights*) estabelecem os limites no interior dos quais um sujeito está justificado a empregar livremente a sua vontade” (Ibid., p. 113).

⁹⁸ “Direitos subjetivos não estão referidos, de acordo com seu conceito, a indivíduos atomizados e alienados, que se entesam possessivamente uns contra os outros. Como elementos da ordem jurídica, eles pressupõem a colaboração de sujeitos, que se reconhecessem reciprocamente em seus direitos e deveres, reciprocamente referidos uns aos outros, como membros livres e iguais do direito (Ibid., p. 121).

⁹⁹ “O conceito da lei explicita a idéia do igual tratamento, já contida no conceito do direito: na forma de leis gerais e abstratas, todos os sujeitos têm os mesmos direitos” (Ibid., p. 114).

¹⁰⁰ Ibid. loc. cit..

através das realizações de entendimento de sujeitos que agem comunicativamente, isto é, através da aceitabilidade de pretensões de validade”¹⁰¹.

Habermas aplica tais idéias à reconstrução do sistema de direitos. Segundo ele, o próprio *medium* do Direito, enquanto tal, pressupõe determinadas categorias de direitos que definem o *status* de pessoas jurídicas como portadoras de direitos em geral¹⁰². Na idéia de que “toda norma de comportamento que se revestir de forma jurídica torna possível a seu destinatário a percepção de um conjunto de terminado de liberdades subjetivas negativas, cujo conteúdo expressa um ‘estar-desonerado’”¹⁰³ em relação às obrigações ilocucionárias geradas nas interações comunicativas, Habermas identifica o conteúdo de um direito subjetivo fundamental inscrito, constitutivamente, no próprio *medium* do Direito, e fonte originária de um tipo qualificado e ainda muito abstrato de “autonomia privada”¹⁰⁴.

E é isso que leva à proposição *in abstracto* de três categorias de direitos, ligadas a essas propriedades formais do *medium* do Direito¹⁰⁵, que institucionalizam o próprio código jurídico através da definição do *status* das pessoas portadoras de direitos. São elas: (1) a categoria de “direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação”¹⁰⁶; (2) a categoria de “direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status* de

¹⁰¹ Ibid. loc. cit..

¹⁰² Ibid., p. 155.

¹⁰³ Cf. SCHUARTZ, ob. cit., pp. 258-259.

¹⁰⁴ Ibid., pp 260-261. Nas palavras de Habermas: “(...) a autonomia privada de um sujeito do direito pode ser entendida essencialmente como a liberdade negativa de retirar-se do espaço público das obrigações ilocucionárias recíprocas para uma posição de observação e influência recíproca” (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol. I...*, p. 156).

¹⁰⁵ Esclarece Luís Fernando Schuartz que: “Essas propriedades formais do *Medium* do direito estão caracterizadas por três abstrações levadas a efeito da perspectiva genérica do destinatário de uma norma jurídica” (Cf. SCHUARTZ, ob. cit., p. 256). As três abstrações a que o autor se refere são incorporadas por Habermas, em seu raciocínio, a partir da obra de Kant: “Kant caracterizara a legalidade de modos de agir, servindo-se de três abstrações que se referem aos destinatários, não aos autores do direito. Em primeiro lugar, o direito não leva em conta a capacidade dos destinatários em ligar a sua vontade, contando apenas com sua *arbitrariedade*. Além disso, o direito abstrai da complexidade dos planos de ação no nível do mundo da vida, limitando-se à relação externa da atuação interativa e recíproca de determinados agentes sociais típicos. Finalmente, o direito não considera, conforme vimos, o tipo de motivação, contentando-se em enfocar o agir sob o ponto de vista de sua conformidade à regra” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol. I...*, p. 147). Ou seja, a idéia é que tais abstrações, características do vínculo jurídico, traduzem um “estar desonerado” de obrigações comunicativas.

¹⁰⁶ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol. I...*, p. 159.

um membro numa associação voluntária de parceiros do direito”¹⁰⁷; e (3) a categoria de “direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual”¹⁰⁸. Estas duas últimas categorias são exigidas como correlatas necessárias à primeira, na medida em que, de um lado, o “código do Direito” somente pode ser aplicado no interior de uma comunidade jurídica concreta, determinada através dos direitos subjetivos fundamentais de pertencimento à essa mesma comunidade jurídica¹⁰⁹, e, de outro, uma institucionalização jurídica do código do Direito demanda “a garantia dos caminhos jurídicos pelos quais a pessoa que se sentir prejudicada em seus direitos possa fazer valer suas pretensões”¹¹⁰, que se materializa na oferta de prestação de serviços de natureza jurisdicional.

Para que sejam positivados, tais direitos, porém, devem ser “talhados”, isto é, confeccionados sobre medida, respeitando-se a igual liberdade de arbítrio dos atores portadores de direitos. Este processo requer o reconhecimento de outras categorias de direitos subjetivos, “as quais seriam, por sua vez, necessárias para a constituição de procedimentos discursivos de criação do direito capazes de zelar pela legitimidade de direitos subjetivos a serem então positivamente atribuídos”¹¹¹. Isso porque, vale ressaltar, da maneira como foram inicialmente formulados, nada garante que os direitos pertencentes às três categorias acima mencionadas sejam legítimos. A pretensão de legitimidade do Direito positivo – como já foi dito – decorre da exigência de que a liberdade de cada um possa conviver com a igual liberdade de todos, segundo uma lei geral, que deve poder ser justificada racionalmente¹¹².

¹⁰⁷ Ibid., loc. cit..

¹⁰⁸ Ibid., loc. cit..

¹⁰⁹ “Isso deriva do próprio conceito de positividade do direito, isto é, da facticidade da normatização e da imposição do direito. Normas jurídicas originam-se das decisões de um legislador histórico, referindo-se a um universo geograficamente delimitado e a uma coletividade de parceiros jurídicos delimitável socialmente, e, com isso, a um âmbito de validade especial. (...) O estabelecimento de um código jurídico exige, por isso, direitos que regulam a participação numa *determinada* associação de parceiros jurídicos e, deste modo, permite a distinção entre membros e não-membros, cidadãos e estranhos” (Ibid. p. 161).

¹¹⁰ Ibid., p. 162.

¹¹¹ Cf. SCHUARTZ, ob. cit., p. 252.

¹¹² “Pois o direito legítimo somente se coaduna com um tipo de coerção jurídica que salvaguarda os motivos racionais para a obediência do direito. O direito coercitivo não pode obrigar os seus destinatários a isso; deve ser-lhes facultado renunciar ou não conforme o caso, ao exercício de sua liberdade comunicativa e à tomada de posição em relação à pretensão de legitimidade do direito, ou seja, deve-se permitir que abandonem, num caso concreto, o enfoque performativo em relação

E essa justificação racional apenas poderia ser obtida caso cada uma das categorias de direitos inferidas a partir do *medium* do Direito fosse submetida ao que seria, segundo Habermas, o único teste de legitimidade aceitável sob condições modernas ¹¹³ – caracterizadas pela impossibilidade de recurso a critérios metafísicos ou tradicionais de justificação e pelo pluralismo de visões de mundo ¹¹⁴ –, a saber, um teste de validade normativa, proposto a partir do princípio do discurso “D”.

O princípio do discurso simplesmente põe em destaque o sentido das exigências de uma fundamentação pós-convencional. Por isso, não há dúvidas de que ele possui um conteúdo normativo. Porém, tal princípio se encontra num tal nível de abstração, que consegue ainda ser neutro em relação ao direito e à moral, referindo-se às normas de ação em geral ¹¹⁵. Seu conteúdo explicita as condições de validade de uma norma, adotando a necessidade de imparcialidade dos juízos práticos como critério. Desse modo, o teste de validade por ele proposto consiste em saber se uma norma “pode ou não ser considerada expressão de interesses generalizáveis relativamente aos indivíduos efetiva e potencialmente afetados pela sua implementação” ¹¹⁶. Daí porque a formulação proposta por Habermas:

“D: São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”. ¹¹⁷

ao direito, trocando-o pelo enfoque de um ator que calcula as vantagens e que decide arbitrariamente. Normas jurídicas devem *poder* ser seguidas com discernimento” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol I...*, pp. 157-158).

¹¹³ Como explica Schuartz: “Ao mexer nas condições sob as quais normas de comportamento merecem a aceitabilidade generalizada dos seus destinatários, o processo de racionalização, sociocultural desloca, definitivamente, a correspondente base de validade da tradição e do *ethos* de uma comunidade particular para os arranjos discursivos nos quais as mais diferentes contribuições apresentadas pelos mais diferentes interessados podem ser, explícita e publicamente, expostas, defendidas, criticadas, aceitas e refutadas. É assim que o ‘discurso racional’ converte-se em ‘última instância’ no que se refere ao juízo sobre a validade de uma determinada norma” (Cf. SCHUARTZ, ob. cit., p. 264).

¹¹⁴ “Com o abalo dos fundamentos sagrados desse tecido moral, têm início processos de diferenciação. No nível do saber cultural, as questões jurídicas separam-se das morais e éticas. No nível institucional, o direito positivo separa-se dos usos e costumes, desvalorizados como simples convenções” (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol I...*, p. 141).

¹¹⁵ Ibid., p. 142.

¹¹⁶ Cf. SCHUARTZ, ob. cit., pp. 263-264.

¹¹⁷ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol I...*, p. 142. Sobre os conceitos constantes dessa formulação, Explica Habermas que: “O predicado ‘válidas’ refere-se a normas de ação e a proposições normativas gerias correspondentes; ele expressa um sentido não específico de validade normativa, ainda indiferente à distinção entre moralidade e legitimidade. Eu entendo por ‘normas de ação’ expectativas de comportamento generalizadas temporal, social e objetivamente. Para mim, ‘atingido’ é todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis conseqüências provocadas pela regulamentação de uma prática geral através de normas. E ‘discurso racional’ é *toda* a tentativa de entendimento sobre pretensões de

Para se aplicar o princípio *D* como teste de validade de normas *jurídicas*, é necessário, porém, uma especificação. Pois, como mencionado anteriormente, essa formulação abstrata do princípio do discurso refere-se às normas de ação em geral, podendo incluir não apenas normas jurídicas, como também normas morais. Nesse sentido, a qualificação do princípio *D* como teste de validade de normas jurídicas está ligada a um desdobramento desse princípio na forma específica de um princípio democrático, enquanto, no que diz respeito à validade de normas morais, esse desdobramento resulta no princípio moral. Essa especificação do princípio *D* em princípio democrático ou em princípio moral é relevante, pois determina não apenas os tipos de argumentos que contam para afirmar que uma norma é válida – há argumentos aceitos no teste de validade jurídica que não seriam aceitos para validar uma norma moral – como também quais os correspondentes arranjos discursivos que devem estar envolvidos nesse teste ¹¹⁸. Além disso, essa distinção será necessária para entender, mais à frente, no item 3.3.2, o conceito de formação racional da vontade política, essencial para a compreensão no modelo habermasiano de legitimação da ordem jurídica e do poder administrativo.

Para o propósito da reconstrução do sistema de direitos, entretanto, interessa mais imediatamente apenas a distinção entre as formas que o princípio *D* pode assumir que diz respeito às condições de viabilização dos arranjos discursivos. Isso porque, se o princípio do discurso exige que o teste sobre a validade de uma norma seja – ainda que virtualmente – conduzido pelos próprios

validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias. Indiretamente, a expressão refere-se também a negociações, na medida em que estas são reguladas através de procedimentos fundamentados discursivamente” (Ibid., loc. cit.).

¹¹⁸ “No primeiro caso, normas devem ser racionalmente fundamentadas somente por meio de argumentos que atestem a sua validade para todas as pessoas capazes de formular juízos morais; no outro caso, normas devem ser racionalmente justificadas também por meio de argumentos mais restritivos quanto ao âmbito de validade, vale dizer, argumentos ético-políticos e pragmáticos 46. Nesse sentido, o critério de validade básico do “atendimento igualitário dos interesses de todos” significa no âmbito jurídico algo distinto do que significa no âmbito da moral. É a razão prática como um todo que se faz presente nos processos de justificação de normas morais e é o caráter constitutivo da referência ao ponto de vista particular de uma comunidade jurídica localizável no espaço e no tempo que permite relativizar o alcance da pretensão de validade de uma norma jurídica - ao menos no que não disser respeito ao necessário teste de compatibilidade da norma com o estoque de normas morais válidas (algo que, segundo a posição habermasiana, também tem que ser considerado critério de validade de normas jurídicas)” (Cf. SCHUARTZ, ob. cit., pp. 265-266). Ver também: HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol. I., pp. 142-144.

participantes dos discursos racionais, nos quais argumentos favoráveis e contrários às pretensões de validade são apresentados, o princípio democrático demanda, para sua operacionalização, a institucionalização jurídica dos arranjos discursivos segundo os quais esse processo argumentativo irá se desenrolar. Isso implica que seja deixada de lado a perspectiva do observador – isto é, de um teórico que “diz para os civis quais são os direitos que eles teriam que reconhecer reciprocamente, caso desejassem regular legitimamente sua convivência com os meios do direito positivo”¹¹⁹ –, até então adotada para a reconstrução do sistema de direitos, a fim de que os próprios participantes possam aplicar, por si mesmos, o princípio do discurso. O que faz com que seja necessário introduzir uma outra categoria de direitos, a saber: “(4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo”¹²⁰. Pois, como sujeitos do direito, os participantes só conseguirão autonomia caso se entendam e ajam como autores dos direitos aos quais desejam submeter-se como destinatários¹²¹.

E, com isso, a reconstrução do sistema de direitos completa um círculo “onde se encontram as perspectivas do destinatário e do autor de normas jurídicas e é constatada a dependência recíproca – e a co-participação originária – da autonomia privada e da autonomia pública na garantia das condições de legitimidade de uma norma jurídica (e, em geral, de um ordenamento jurídico como um todo)”¹²². É nesse sentido que, para Habermas, a autonomia privada e a autonomia pública dos cidadãos podem ser definidas de modo que a relação entre ambas seja concebida não como uma relação de concorrência, na qual uma

¹¹⁹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol I...*, p. 163.

¹²⁰ Ibid., p. 159.

¹²¹ “Após essa mudança de perspectivas, nós não podemos mais fundamentar iguais direitos de comunicação e participação a partir de *nossa visão* [de observador]. Ora, são os próprios civis que refletem e decidem – no papel de um legislador constitucional – como devem ser os direitos que conferem ao princípio do discurso a figura de um princípio da democracia. (...) A liberdade comunicativa está referida, antes de qualquer institucionalização, a condições de um uso da linguagem orientado pelo entendimento, ao passo que as autorizações para o *uso público* da liberdade comunicativa dependem de formas de comunicação asseguradas juridicamente e de processos discursivos de consulta e de decisão. Estes fazem supor que todos os resultados obtidos segundo a forma e o procedimento correto são legítimos. Iguais direitos políticos fundamentais para cada um resultam, pois, de uma juridificação simétrica da liberdade comunicativa de todos os membros do direito; e esta *exige*, por seu turno, uma formação discursiva da opinião e da vontade que possibilita um exercício da autonomia política através da assunção dos direitos dos cidadãos” (Ibid., p. 164).

¹²² Cf. SCHUARTZ, ob. cit., p. 267.

restringe a outra, mas como uma relação de co-originalidade ¹²³. Pois, “no final das contas, a institucionalização jurídica do *Medium* do direito se realiza *uno acto* com a institucionalização jurídica ‘concreta’ dos direitos subjetivos relativos à autonomia privada, que, por sua vez, se realiza *uno acto* com o uso ‘originário’ dos direitos subjetivos relativos à autonomia pública, a qual, enfim, acaba por coincidir com a institucionalização jurídica ‘concreta’ do ‘código do direito’” ¹²⁴.

As quatro categorias de direitos subjetivos apresentadas até agora abrangem o que se pode chamar de direitos subjetivos absolutos ¹²⁵. Isso porque tais direitos decorrem diretamente da aplicação do princípio do discurso, especificado sob a forma de princípio democrático, ao *medium* do Direito. São eles os direitos generalizados (1) à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas; (2) ao status de membros espontâneos de uma comunidade jurídica livremente constituída; (3) ao acesso à prestação jurisdicional na defesa e proteção de interesses e direitos individuais; e (4) à participação em processos de formação da opinião e vontade políticas.

Por fim, há que se mencionar, ainda, uma última categoria de direitos que integra o sistema de direitos proposto por Habermas, qual seja a categoria dos “(5)

¹²³ No capítulo 3 de *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*, Habermas explora as razões pelas quais a relação entre autonomia privada e autonomia pública dos indivíduos encontra-se, atualmente, obscurecida. A justificativa para o desenvolvimento dessa etapa de seu raciocínio decorre da constatação de que, tanto no âmbito da dogmática jurídica – no qual se verifica uma dicotomia entre direito subjetivo (autonomia individual) e direito objetivo (lei), que dificulta a compreensão adequada do aparente “paradoxo” de como a legitimidade pode surgir da legalidade – quanto nos campos da teoria política e da filosofia do Direito – onde se desenvolveu a falsa idéia de uma relação de concorrência entre direitos humanos e soberania popular, atualmente exemplificada nos debates, nos EUA, entre as correntes teóricas políticas liberal e republicana –, não se conseguiu pensar de forma harmônica a relação entre as liberdades privadas subjetivas (autonomia privada) e a soberania popular (autonomia pública). Segundo Habermas, “em ambos os casos, as dificuldades [para relacionar harmonicamente tais conceitos] podem ser explicadas, não somente a partir de premissas da filosofia da consciência, mas também a partir de uma herança metafísica do direito natural, ou seja, a partir da subordinação do direito positivo ao direito natural ou moral” (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol I...*, p. 115). Ao contrário de tais concepções, o autor alemão sustenta que há uma relação de co-originalidade entre a autonomia privada e a autonomia pública dos indivíduos de uma comunidade jurídica, que fica clara quando se decifra, através da teoria do discurso, a idéia da “auto-legislação” nas sociedades modernas, segundo a qual os cidadãos devem ser, simultaneamente, autores e destinatários das normas jurídicas. Assim, tanto o aparente paradoxo da legitimidade através da legalidade – incompreensível a partir da dogmática jurídica – o quanto a relação – supostamente problemática – entre direitos humanos e soberania do povo poderiam ser adequadamente entendidos. O que, por outro lado, tornaria possível definir um sistema de direitos que contemple, igualmente, a autonomia privada e a autonomia pública dos cidadãos, respondendo, então, à pergunta acerca de quais seriam os direitos necessários para que indivíduos regulem legitimamente, por meio do Direito, sua convivência. Ver a respeito: Ibid., pp. 115-138.

¹²⁴ Cf. SCHUARTZ, ob. cit., p. 268.

¹²⁵ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol I...*, p. 160

Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) a (4)”¹²⁶. Trata-se dos chamados direitos sociais, isto é, de direitos que “dão cobertura a exigências de segurança social - entendida esta última tanto na dimensão da garantia de condições materiais suficientes para a fruição dos direitos relativos à autonomia privada e à autonomia pública, como na dimensão da proteção diante dos riscos associados a problemas ecológicos e tecnológico-científicos”¹²⁷. Os direitos relativos a essa categoria são direitos fundamentados de modo relativo, pois funcionam de forma “instrumental constitutiva”¹²⁸ com relação aos direitos fundamentais das demais categorias. Isto é, sua inclusão no sistema de direitos se justifica apenas na medida em que isso for necessário para um aproveitamento em igualdade de chances dos direitos das demais categorias, “mas isso no sentido forte de que os direitos absolutos que definem a autonomia privada e a autonomia pública dos membros de uma comunidade jurídica implicam o reconhecimento dos direitos relativos como condições necessárias para a legitimidade do respectivo ordenamento jurídico - ou, em se tratando da sociedade moderna, de um ordenamento jurídico qualquer”¹²⁹.

Essa inserção dos direitos sociais no sistema de direitos é responsável por introduzir um elemento de conexão da proposta de Habermas com a facticidade das sociedades capitalistas modernas. Nesse sentido, representa um ponto importante da teoria habermasiana, pois permite ao autor incorporar “a reflexão crítica em relação aos limites das posições alternativas que confiam ingênua ou inconscientemente nas promessas nominais dos catálogos standardizados de direitos fundamentais adotados de maneira generalizada nos textos constitucionais e tratados internacionais”¹³⁰.

¹²⁶ Ibid., loc. cit..

¹²⁷ Cf. SCHUARTZ, ob. cit., p. 269.

¹²⁸ A expressão é de Luís Fernando Schuartz (Ibid., loc. cit.).

¹²⁹ Ibid., pp. 269-270.

¹³⁰ Ibid., p. 270.

3.3.2

Reconstrução dos princípios do Estado de Direito

No item anterior, procurei demonstrar que, em sua reconstrução do sistema de direitos através da teoria do discurso, Habermas compreende os direitos fundamentais como os pressupostos nos quais os membros de uma comunidade jurídica moderna se apóiam quando pretendem regular as relações entre si, legitimamente, através do *medium* do Direito – sem apelar, portanto, para motivos de ordem religiosa ou metafísica. Em outras palavras, “nesses direitos reflete-se a socialização horizontal dos civis, quase *in statu nascendi*” ¹³¹, razão pela qual haveria – como foi visto – uma relação de co-originalidade entre as autonomias privada e pública dos cidadãos de uma comunidade jurídica. Assim, sob a ótica discursiva, os direitos fundamentais estabelecem as condições necessárias para tornar possível a integração e reprodução social por meio da comunicação e, desse modo, revelam-se constitutivos para toda associação de membros jurídicos livres e iguais.

Porém, esse ato auto-referencial de institucionalização jurídica da autonomia política entre os indivíduos não seria suficiente para estabilizar-se a si próprio. A sua consolidação – e perpetuação – exigiria a instauração, organização e funcionamento de um poder estatal ¹³². Isso porque, segundo Habermas, um entrelaçamento duradouro entre autonomia pública e autonomia privada demandaria um processo de institucionalização jurídica que não se limitasse apenas às liberdades subjetivas de ação das pessoas privadas e às liberdades comunicativas dos cidadãos, mas se estendesse, também, “ao poder político – já pressuposto com o *medium* do direito – do qual depende a obrigatoriedade fática da normatização e da implantação do direito” ¹³³. Assim, a auto-compreensão normativa das ordens jurídicas modernas não se referiria apenas às condições necessárias para a legitimidade de normas e processos de produção de normas (sistema de direitos), mas também à legitimidade das estruturas de dominação política e do uso do poder administrativo pelo Estado.

¹³¹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol. I...*, p. 169

¹³² *Ibid.*, loc. cit..

¹³³ *Ibid.*, loc. cit..

Justamente por isso, o passo seguinte de Habermas em sua reconstrução dessa auto-compreensão do Estado de Direito moderno consiste na demonstração da relação entre Direito e poder político. Haveria, segundo o autor, uma interligação conceitual originária entre ambos. Vale dizer: tendo em vista, por um lado, que os direitos subjetivos só podem ser estabelecidos e impostos por uma organização capaz de tomar decisões que possam ser obrigatórias para a coletividade ¹³⁴, e, por outro, que a obrigatoriedade de tais decisões se deve à forma jurídica da qual as mesmas se revestem ¹³⁵, seria correto afirmar que o conceito de poder político-administrativo está pressuposto no conceito de direito legítimo e vice-versa. Em resumo, nas palavras de Habermas:

“O Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implementados. Tais aspectos não constituem meros complementos, funcionalmente necessários para o sistema de direitos, e sim, *implicações* jurídicas objetivas, contidas *in nuce* nos direitos subjetivos. Pois o poder organizado politicamente não se achega ao direito como que a partir de fora, uma vez que é *pressuposto* por ele: ele mesmo se estabelece em formas do direito. O poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais”. ¹³⁶

Dessa interdependência entre Direito e poder político resulta que também o poder administrativo do Estado – na medida em que é exercido por meio do Direito – deve poder ser considerado legítimo. E a fonte da legitimação das estruturas de dominação política e do uso do poder administrativo pelo aparato estatal reside no processo de normatização legítima do Direito. A explicação detalhada de como

¹³⁴ “O *Medium* do direito, na qualidade de *Kommunikationsmedium*, serve para motivar um destinatário ou um grupo de destinatários a aceitar uma determinada obrigação. A especificidade deste *Medium* está na sua capacidade de gerar a motivação necessária para a aceitação da proposta normativa seja por meio da referência a um estoque de argumentos intersubjetivamente válidos, seja por meio da mobilização de um estoque de poder. A satisfação da sua ‘pretensão de vigência social’ requer a possibilidade do recurso a um poder estocado que, em particular nas sociedades modernas, é monopolizado por um aparato estatal organizado. Do ponto de vista normativo, é esta relação de dependência entre direito e poder que reclama a necessidade de legitimação do poder, e é nesta exigência normativa que consiste a idéia do Estado de Direito”. (Cf. SCHUARTZ, ob. cit., p. 271).

¹³⁵ “O poder político-administrativo, entendido como capacidade de tomar e implementar decisões coletivamente vinculantes, somente pode estabilizar-se, i.e. tornar-se macrossocialmente relevante, se e enquanto aparecer na forma de poder organizado, o que requer, por sua vez, o direito como meio de organização: poder organizado somente existe enquanto viabilizado pela institucionalização jurídica de cargos, relações de hierarquia, etc. E, novamente, tem-se a idéia de Estado de Direito a reclamar desta relação de dependência que seja selada exclusivamente por direito legítimo” (Ibid., loc. cit.).

¹³⁶ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol I...*, p. 171.

ocorre esse processo é desenvolvida por Habermas no capítulo 4 da obra *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*.

De forma resumida, pode-se dizer que Habermas parte do argumento, já mencionado, da existência de uma conexão funcional entre os códigos do Direito e do poder. Ou seja, ambos os códigos, embora se diferenciem e possuam funções próprias, exercem, também, funções complementares entre si ¹³⁷. E isso, na modernidade, está diretamente ligado ao fato de que o poder político só pode se desenvolver como poder legal, sob a forma do Direito positivo. Assim, o poder político complementa a função de estabilização das expectativas de comportamento – própria ao Direito – à medida que contribui, por meio da ameaça da coerção, para o surgimento da segurança jurídica, que permite aos destinatários das normas jurídicas calcularem as conseqüências de seus próprios comportamentos e o dos demais membros da comunidade jurídica ¹³⁸. O Direito, por sua vez, contribui para a função própria do poder organizado em forma de Estado através das normas de competência ¹³⁹, que revestem as instituições do Estado com autorizações, e das normas de organização, que estabelecem os procedimentos segundo os quais se criam programas de leis que são elaboradas na administração ou na justiça ¹⁴⁰.

Essa relação entre código do Direito e código do poder não significa, porém, que há uma “troca *auto-suficiente* e horizontal entre direito e poder

¹³⁷ “Fazemos, pois, uma distinção entre as funções que o direito e o poder preenchem um em relação ao outro, e as funções próprias que o direito e o poder, enquanto códigos, desempenham para a sociedade em geral. / Ao emprestar forma jurídica ao poder político, o direito serve para a constituição de um código de poder binário. Quem dispõe do poder pode dar ordens aos outros. E, neste sentido, o direito funciona como meio de organização do poder do Estado. Inversamente, o poder, na medida em que reforça as decisões judiciais, serve para a constituição de um código jurídico binário. Os tribunais decidem sobre o que é direito e o que não é. Nesta medida, o poder serve para a institucionalização política do direito” (Ibid. p. 182).

¹³⁸ “Sob esse ponto de vista, as normas jurídicas têm que assumir a figura de determinações compreensíveis, precisas e não-contraditórias, geralmente formuladas por escrito; elas têm que ser públicas, conhecidas por todos os destinatários; elas não podem pretender validade retroativa; e elas têm que ligar os respectivos fatos a conseqüências jurídicas e regulá-los em geral de tal modo que possam ser aplicados da mesma maneira a todas as pessoas e a todos os casos semelhantes. A isso corresponde uma codificação que confere às regras do direito um elevado grau de consistência e explicação conceitual. Esta é a tarefa de uma jurisdição que elabora cientificamente o *corpus* jurídico, submetendo-o a uma sistematização e a uma configuração dogmática” (Ibid., pp. 182-183).

¹³⁹ “O direito não se esgota simplesmente em normas de comportamento, pois serve à organização e à orientação do poder do Estado. Ele funciona no sentido de regras constitutivas, que não garantem apenas a autonomia pública e privada dos cidadãos, uma vez que também produzem instituições políticas, procedimentos e competências” (Ibid., p. 183).

¹⁴⁰ Ibid., loc.cit.

político”¹⁴¹. Em condições pós-metafísicas de justificação do poder, o simples fato de revestir-se o poder estatal da forma jurídica não é suficiente para torná-lo legítimo¹⁴².

Assim, se é certo que o poder político, nas sociedades modernas, deve sua autoridade normativa unicamente à forma do Direito, o fundamento legítimo dessa autoridade depende da ligação das normas jurídicas com as condições de sua elaboração num processo democrático juridicamente institucionalizado, que, presumivelmente, viabiliza o exercício da autonomia política dos cidadãos por meio de procedimentos deliberativos discursivamente orientados. Justamente por isso, a hipótese sustentada por Habermas é a de que o sistema jurídico somente é capaz de garantir a realização adequada de sua função de complementação do poder político quando traz consigo uma presunção de legitimidade derivada, em última análise, da força (ilocucionária) socialmente integradora da ação comunicativa¹⁴³.

Essa relação interna entre ação comunicativa e presunção de legitimidade dos resultados dos procedimentos discursivamente estruturados e juridicamente institucionalizados de formação da vontade política, e entre estes e o poder juridicamente organizado do aparato estatal, apenas se sustentaria se e enquanto mediada por um tipo particular de poder político, que Habermas denomina “poder comunicativo”¹⁴⁴.

Habermas estabelece, assim, uma distinção entre duas espécies de poder político: poder comunicativo e poder administrativo. Poder administrativo é o poder político constituído sob a forma jurídica, ao passo que o poder

¹⁴¹ Ibid., loc. cit..

¹⁴² “Nas sociedades tradicionais, fora possível produzir, um nexo plausível entre o direito estabelecido de fato e o direito legitimamente pretendido, uma vez que estavam preenchidas, de modo geral, as condições do seguinte cenário: Tendo como pano de fundo cosmovisões religiosas reconhecidas, o direito ocupava inicialmente uma base sagrada; esse direito, via de regra administrado e interpretado por juristas teólogos, era amplamente aceito como componente reificado de uma ordem salvífica divina, ficando subtraído, enquanto tal, ao poder humano. O próprio detentor do poder político, na qualidade de senhor supremo do tribunal, estava subordinado a esse direito natural. O direito normatizado burocraticamente pelo senhor, ou seja, o direito ‘positivo’ no sentido pré-moderno, apoiava sua autoridade na legitimidade do senhor (mediada através da competência judicial), na sua interpretação de uma ordem jurídica dada preliminarmente, ou no costume, sendo que o direito consuetudinário extraía sua autoridade da tradição. Porém, com a passagem para a modernidade, a cosmovisão religiosa obrigatória decompôs-se em forças de fé subjetivas, fazendo com que o direito perdesse sua indisponibilidade e a dignidade metafísica” (Ibid., pp. 184-185).

¹⁴³ Ibid., p. 115.

¹⁴⁴ Ibid., pp. 185-186. Ver, ainda: SCHUARTZ, ob. cit., pp. 272-273.

comunicativo reside no potencial de formação de uma vontade comum numa comunicação não coagida e, desse modo, não pode ser efetivamente possuído por ninguém ¹⁴⁵ e nem criado por meio do Direito – ainda que seja elemento essencial para a produção de normas jurídicas legítimas.

O poder comunicativo é gerado por meio do uso público das liberdades comunicativas, isto é, “da capacidade de todo e qualquer sujeito que fala e age de posicionar-se, enquanto participante de interações orientadas no entendimento mútuo, em face das ofertas comunicativas dos demais participantes” ¹⁴⁶. A rigor, o poder comunicativo nasce quando, da utilização dessas liberdades comunicativas, resulta uma convergência entre os participantes do discurso, sustentada pela aceitação – expressa ou tácita – de pretensões de validade normativa a partir de argumentos intersubjetivamente compartilhados entre eles. Isto decorre do fato de que, como visto no item 3.1, as convicções produzidas através do discurso e compartilhadas intersubjetivamente possuem uma força motivadora, ainda que “não seja mais do que a pequena força motivadora que está presente nos bons argumentos” ¹⁴⁷ – isto é a força ilocucionária.

É nesse sentido que se pode afirmar que o uso público de liberdades comunicativas é um gerador de potenciais de poder ¹⁴⁸, política e juridicamente relevante. Vale dizer, a partir do momento em que as liberdades comunicativas dos civis são mobilizadas – em processos de entendimento de maior amplitude e juridicamente institucionalizados – para a formação de vontade política que irá influenciar a produção do Direito legítimo, as obrigações ilocucionárias geradas nesse processo se constituem num potencial que os detentores do poder administrativo não podem – ou, ao menos, não devem – ignorar ¹⁴⁹.

Assim, o poder comunicativo está na base tanto da legitimação do poder administrativo como da constituição do direito legítimo que responde

¹⁴⁵ “(...) segundo Hannah Arendt, ninguém pode ‘possuir’ [o poder comunicativo] verdadeiramente: ‘o poder surge entre os homens quando agem em conjunto, desaparecendo tao logo eles se espalham’” (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade* – Vol. I..., pp. 185-186).

¹⁴⁶ Cf. SCHUARTZ, ob. cit., p. 273. Ver também: HABERMAS, , Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade* – Vol. I..., p. 186.

¹⁴⁷ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade* – Vol. I..., p. 186.

¹⁴⁸ Ibid., loc.cit...

¹⁴⁹ Ibid., pp. 186-187.

imediatamente por tal legitimação ¹⁵⁰, de modo que, se o poder da administração do Estado, constituído conforme o Direito, não estiver apoiado num poder comunicativo normatizador, a fonte da qual o Direito extrai sua legitimidade secará ¹⁵¹. Daí por que, segundo Habermas, o Direito não é apenas constitutivo do poder político no sentido de sua organização, mas é também o *medium* através do qual poder comunicativo se transforma em poder administrativo ¹⁵². E essa transformação tem o sentido de uma *procuração* para agir no quadro de permissões legais ¹⁵³. Por meio dela, atrela-se a atuação – implementação e aplicação de normas jurídicas – do aparelho do Estado à vontade política resultante do exercício da autonomia pública dos cidadãos ¹⁵⁴.

Note-se que a tese da vinculação do poder administrativo ao poder comunicativo encontra seu fundamento na leitura que Habermas faz dos processos de formação da opinião e vontade políticas como processos discursivos ¹⁵⁵. Isso

¹⁵⁰ “A atribuição dessa dupla função ao poder comunicativo é sistematicamente justificável, uma vez que aquilo que aparece, do ponto de vista cognitivo, como uma condição de satisfação da pretensão de legitimidade inerente às normas do direito positivo, vale dizer: a possibilidade de referência a um estoque de razões intersubjetivamente válidas cuja existência nós estamos autorizados a presumir em virtude da estrutura discursiva que caracteriza o procedimento de produção das referidas normas, é algo que, do ponto de vista motivacional, surge como único fator admissível de instituição daquelas obrigações ilocucionárias que respondem pela constituição do poder político que está na base de todo direito legítimo” (Cf. SCHUARTZ, ob. cit., pp. 274-275).

¹⁵¹ Ibid., p. 186.

¹⁵² Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol. I...*, p. 190. Ver, ainda: SCHUARTZ, ob. cit., p. 271.

¹⁵³ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol. I...*, p. 190.

¹⁵⁴ Como observa SCHUARTZ, esta leitura, que resulta “de uma reconstrução racional - i.e. justificadora - das ‘intuições normativas’ supostamente encarnadas nas instituições do Estado de Direito moderno, em particular, nos seus princípios”, é “o cerne da reconstrução habermasiana da idéia do Estado de Direito, entendida no sentido de uma exigência normativa endereçada ao modo de circulação do poder no interior do sistema político-jurídico”. Isso explica a ênfase dada por Habermas à necessidade da institucionalização jurídica desse tipo de procedimentos. Como pontua SCHUARTZ, em última análise, “a legitimidade (racionalidade) de normas e instituições Jurídicas em geral dependeria da possibilidade de sua reconstrução ou enquanto condições ‘lógica’ ou faticamente necessárias para tal institucionalização e sua estabilização, ou então enquanto resultados de procedimentos de produção de normas discursivamente estruturados e já institucionalizados juridicamente” (Cf. SCHUARTZ, ob. cit., p. 276).

¹⁵⁵ Segundo Habermas: “Os direitos de participação política remetem à institucionalização jurídica de uma formação pública da opinião e da vontade, a qual culmina em resoluções sobre leis e políticas. Ela deve realizar-se em formas de comunicação, nas quais é importante o princípio do discurso, em dois aspectos: O princípio do discurso tem inicialmente o *sentido cognitivo* de filtrar contribuições e temas, argumentos e informações, de tal modo que os resultados obtidos por este carrinho têm a seu favor a suposição da aceitabilidade racional: o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito. Entretanto, o caráter discursivo da formação da opinião e da vontade na esfera pública política e nas corporações parlamentares implica, outrossim, o *sentido prático* de produzir relações de entendimento, (...) desencadeando a força produtiva da liberdade comunicativa. O poder comunicativo de corvicções comuns só pode surgir de estruturas da

implica assumir, no sentido do que foi dito no item 3.2, que as próprias instituições do Estado moderno – e, em particular, seus princípios –, dado que cristalizadas através do *medium* do Direito, encarnariam as estruturas da racionalidade comunicativa que possibilitariam presumir a legitimidade (racionalidade) do resultado de tais processos. Tal presunção tem como base a assunção da existência de “uma relação de equivalência entre condições de aceitabilidade racional ou condições de racionalidade, de um lado, e condições de sucesso em procedimentos estruturados discursivamente, de outro lado”¹⁵⁶. Pois, em procedimentos institucionalizados juridicamente e discursivamente estruturados, os participantes têm que agir comunicativamente – seja por meio de um agir comunicativo no “sentido forte” daqueles que agem orientados pelo entendimento, seja através de um agir comunicativo em “sentido fraco” dos que agem segundo interesses próprios (ver *supra*, item 3.1) – se quiserem ser bem sucedidos.

Tendo isso em vista, “é possível desenvolver a idéia de um Estado de Direito com o auxílio de princípios segundo os quais o Direito legítimo é produzido a partir do poder comunicativo e este último é novamente transformado em poder administrativo pelo caminho do direito legitimamente normatizado”¹⁵⁷. Tais princípios são propostos a partir da perspectiva da institucionalização jurídica da rede de discursos e negociações no interior da qual os processos de formação da opinião e da vontade políticas devem se realizar. Através desses processos, a pergunta “o que devemos fazer?”, constitutiva do exercício da autonomia política dos cidadãos, deve poder ser respondida, racionalmente, de diferentes maneiras¹⁵⁸,

intersubjetividade intacta. (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol. I...*, pp. 190-191)

¹⁵⁶ Cf. SCHUARTZ, ob. cit., p. 276. Nas palavras de Habermas: “A aceitabilidade racional dos resultados obtidos em conformidade com o processo explica-se pela institucionalização de formas de comunicação interligadas que garantem de modo ideal que todas as questões relevantes, temas e contribuições, sejam tematizados e elaborados em discursos e negociações, na base das melhores informações e argumentos possíveis” (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol. I...*, p. 213).

¹⁵⁷ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol. I...*, p. 212.

¹⁵⁸ Para Habermas, o direito serve como *medium* para a auto-organização de comunidades jurídicas que se afirmam, num ambiente social, sob determinadas condições históricas. Com isso, imigram para o direito conteúdos concretos e pontos de vista teleológicos. Diferentemente das regras morais, que, ao formular aquilo que deveria ser do interesse simétrico de todos, exprimem uma vontade geral pura e simples, as regras jurídicas exprimem, também, a vontade particular dos membros de uma determinada comunidade jurídica. Ou seja, “enquanto a vontade moralmente livre é, de certa forma, virtual, pois afirma apenas aquilo que pode ser aceito racionalmente por qualquer um, a vontade política de uma comunidade jurídica, que também deve estar em harmonia com idéias morais, é a expressão de uma forma de vida compartilhada intersubjetivamente, de situações de interesses dados e de fins pragmaticamente escolhidos” (Ibid., p. 191) E isso faz com que se amplie o leque dos

argumentos relevantes para a formação política da vontade: aos argumentos morais acrescentam-se razões pragmáticas e éticas. Em resumo, Habermas explica a interligação entre a normatização jurídica e a formação do poder comunicativo existente na formação discursivamente estruturada da opinião e da vontade de um legislador político lançando mão de um modelo processual que segue a lógica da argumentação: “ele parte de questionamentos pragmáticos, passa pela formação de compromissos e discursos éticos, atinge a clarificação de questões morais, chegando finalmente a um controle jurídico de normas. Nesta sequência modifica-se a constelação formada pela razão e pela vontade. Com o deslocamento do sentido ilocucionário do ‘dever-ser’, modifica-se também o conceito da vontade ao qual esses imperativos se dirigem, pelo caminho que inclui desde recomendações técnicas ou estratégicas, conselhos clínicos e mandamentos morais” (Ibid., p. 204). Ou seja: “as constelações formadas pela razão e pela vontade modificam-se de acordo com os aspectos pragmáticos, éticos e morais da matéria a ser regulada. A partir dessas constelações se esclarece o problema do qual parte a formação discursiva de uma vontade política comum” (Ibid., p. 205). Desse modo, caso se suponha que as questões políticas se colocam inicialmente na forma pragmática de uma escolha valorativa de fins coletivos e de uma consideração pragmática de estratégias que o legislador político deseja votar, poder-se-ia imaginar que o início do modelo processual de formação discursivamente estruturada da opinião e da vontade de um legislador político se dá com a “fundamentação pragmática de programas gerais, que ficam na dependência de uma aplicação e de uma execução” (Ibid., pp. 205-206). Tal fundamentação dependeria, primeiro, “de uma interpretação correta da situação e da descrição adequada do problema que se tem pela frente, da afluência de informações relevantes e confiáveis, da elaboração correta dessas informações, etc.” (Ibid., p. 206). Note-se que nesse primeiro estágio da formação da opinião e da vontade, faz-se necessário um saber especializado, “que é naturalmente falível e raras vezes neutro do ponto de vista valorativo, sendo, portanto, controverso” (Ibid., loc. cit.). Vale dizer: “Nas próprias avaliações políticas de perícias e contra-perícias, entram em jogo pontos de vista que dependem de preferências” (Ibid., loc. cit.). E nessas preferências, se manifestam situações de interesses e orientações axiológicas, que, num segundo plano, entram em concorrência aberta entre si, obrigando a uma mudança no nível do discurso. Pois os discursos pragmáticos dizem respeito apenas à “construção e a avaliação das conseqüências de possíveis programas, não a formação racional da vontade, a qual só pode aceitar uma sugestão quando se apropria dos fins e valores hipoteticamente pressupostos” (Ibid., loc. cit.). Assim, prosseguindo a controvérsia em torno de argumentos, o modo como ela será decidida dependerá do aspecto sob o qual a matéria a ser regulamentada é acessível a um esclarecimento – em termos de justificativas racionais – posterior. De modo que: “Quando se trata diretamente de um questionamento moralmente relevante (...) então é preciso lançar mão de discursos que submetem os interesses e orientações valorativas conflitantes a um teste de generalização no quadro do sistema de direitos interpretados e configurados constitucionalmente. Ao contrário, quando se trata de um questionamento eticamente relevante (...) então é o caso de se pensar em discursos de auto-entendimento, que passam pelos interesses e orientações valorativas conflitantes, e numa forma de vida comum que traz reflexivamente à consciência concordâncias mais profundas” (Ibid., pp. 206-207). Entretanto, dada a complexidade e o pluralismo existente nas sociedades contemporâneas, nem sempre essas alternativas estarão abertas. Nesses casos, “resta a alternativa de negociações que exigem evidentemente a disposição cooperativa de partidos que agem voltados ao sucesso” (Ibid., p. 207). Segundo Habermas, “negociações naturais ou não-reguladas apontam para compromissos aceitáveis pelos participantes sob três condições. Tais compromissos prevêm um arranjo que é: a) vantajoso para todos; b) que exclui pingentes que se retiram da cooperação; c) exclui explorados que investem na cooperação mais do que ganham com ela”. Esses processos de negociação seriam adequados para situações nas quais não é possível neutralizar as relações de poder, como é pressuposto nos discursos racionais. Os compromissos resultantes dessas negociações contêm um acordo que estabelece um equilíbrio entre interesses conflitantes. Assim, “enquanto um acordo racionalmente motivado se apóia em argumentos que convencem da mesma maneira todos os partidos, um compromisso pode ser aceito por diferentes partidos por razões diferentes” (Ibid., loc. cit.). Por outro lado, “a corrente discursiva de uma formação racional da vontade romperia com o elo de um tal compromisso, caso o princípio do discurso não pudesse valer, ao menos indiretamente, em tais negociações” (Ibid., pp. 207-208). Desse modo, embora não se realize diretamente nas negociações e compromissos, o princípio do discurso garante, nesses casos, um consenso não-coercitivo de forma indireta, “desdobrando-se através de procedimentos que regulam as negociações sob pontos de vista da imparcialidade” (Ibid., p. 208). Pois, “se a negociação de

na medida em que se refira a questões colocadas nos planos pragmático ¹⁵⁹, ético ¹⁶⁰ e moral ¹⁶¹.

O primeiro princípio do Estado de Direito proposto por Habermas é o princípio da soberania popular, segundo o qual todo o poder do Estado emana do povo. É neste princípio que Habermas enxerga o elo (a “charneira”) entre o

compromissos decorrer conforme procedimentos que garantem a todos os interesses iguais chances de participação nas negociações e na influência recíproca, bem como na concretização de todos os interesses envolvidos, pode-se alimentar a suposição plausível de que os pactos a que se chegou são conformes à equidade” (Ibid., loc. cit.). Importante notar, porém que, “dado que a formação de compromissos não pode substituir discursos morais, não se pode reduzir a formação política da vontade à formação de compromissos” (Ibid., p. 209). Isso porque “as condições procedimentais, que conferem aos compromissos faticamente selados a suposição de equidade, precisam ser justificadas em discursos morais” (Ibid., loc. cit.). O mesmo vale para discursos ético-políticos. Seus resultados têm de ser ao menos compatíveis com princípios morais.

¹⁵⁹ “Questões pragmáticas colocam-se na perspectiva de um ator que procura os meios apropriados para a realização de preferências e fins que já são dados. Essas instruções para a ação têm a forma semântica de imperativos condicionados. Sua validade repousa, em última instância, no saber empírico que elas assimilam. Elas estão fundamentadas em discursos pragmáticos. Nestes, são determinantes os argumentos que referem o saber empírico a preferências dadas e fins estabelecidos e que julgam as consequências de decisões alternativas (que geralmente surgem sem que se tenha ciência) de acordo com máximas estabelecidas. Todavia, a partir do momento em que os próprios valores orientadores tornam-se problemáticos, a pergunta: ‘o que devemos fazer?’ aponta para além do horizonte da racionalidade teleológica” (Ibid., pp. 200-201).

¹⁶⁰ “Questões ético-políticas colocam-se na perspectiva de membros que procuram obter clareza sobre a forma de vida que estão compartilhando e sobre os ideais que orientam seus projetos comuns de vida. A questão ético-existencial: quem sou eu? quem desejo ser? que tipo de vida é bom para mim?, colocada no singular, repete-se no plural, modificando, desta forma, o seu sentido. A identidade de um grupo refere-se às situações nas quais os membros podem dizer enfaticamente ‘nós’; ela não constitui uma identidade-eu em tamanho grande, e sim, o seu complemento. O modo como nós nos apropriamos das tradições e formas de vida nas quais nascemos e como as continuamos seletivamente decide sobre quem nós somos e queremos ser enquanto cidadãos”. (Ibid., p. 201)

¹⁶¹ Como visto, para Habermas, em discursos pragmáticos, examinamos se as estratégias de ação são adequadas a um fim, pressupondo que nós sabemos o que queremos; e, em discursos ético-políticos, nos certificamos de uma configuração de valores sob o pressuposto de que nós ainda não sabemos o que queremos realmente. No entanto, para ele, “uma boa fundamentação precisa levar em conta um outro aspecto – o da justiça. Antes de querer ou aceitar um programa, é preciso saber se a prática correspondente é igualmente boa para todos. Com isso desloca-se, mais uma vez, o sentido da pergunta: ‘o que devemos fazer?’. Em questões morais, o ponto de vista teleológico, que nos permite enfrentar problemas por meio de uma cooperação voltada a um fim, desaparece por trás, do ponto de vista normativo, sob o qual nós examinamos a possibilidade de regular nossa convivência no interesse simétrico de todos. Uma norma só é justa, quando todos podem querer que ela seja seguida por qualquer pessoa em situações semelhantes. Mandamentos morais têm a forma semântica de imperativos categóricos ou incondicionais. O que se ‘deve’ fazer significa aqui que a prática correspondente é justa. E tais deveres são fundamentados em discursos morais. Neles são decisivos os argumentos que conseguem mostrar que os interesses incorporados em normas contestadas são pura e simplesmente generalizáveis. Em discursos morais, a perspectiva etnocêntrica de uma determinada coletividade se alarga, assumindo a perspectiva abrangente de uma comunidade comunicativa não-circunscrita, onde cada membro se coloca na situação, na compreensão e na autocompreensão do mundo de cada um dos outros, e onde todos praticam em comum a assunção ideal de papéis (Ibid., pp. 202-203).

sistema de direitos e a construção do Estado de Direito ¹⁶². Isso porque, através do princípio da soberania popular, o direito subjetivo à participação, com igualdade de chances, na formação democrática da vontade, vem ao encontro da possibilidade jurídico-objetiva de uma prática institucionalizada de autodeterminação dos cidadãos.

Assim, a idéia contida no princípio da soberania popular não é outra senão a da auto-legislação, correspondente ao exercício da autonomia política dos cidadãos. Ou seja, o exercício do poder político é orientado e se legitima pelas normas jurídicas que os cidadãos criam para si mesmos em processos democráticos de formação da opinião e da vontade, estruturados discursivamente. Em última análise, tais processos podem ser encarados como mecanismos para soluções de problemas, que garantem um tratamento racional de questões políticas. São eles que tornam possível o uso e o emprego efetivo de iguais liberdades comunicativas, uma vez que obrigam os participantes e simultaneamente os estimulam a fazer uso da razão prática em suas dimensões pragmática, ética e moral, ou, se for o caso, a buscar um equilíbrio equitativo dos seus interesses ¹⁶³.

Portanto, interpretado pela teoria do discurso, o princípio da soberania popular significa, que todo o poder político se depreende do poder comunicativo dos cidadãos ¹⁶⁴. Note-se que essa exigência de ligação entre poder administrativo e poder comunicativo não ignora a impossibilidade prática de que todos os cidadãos estejam reunidos simultaneamente para deliberar, diretamente uns com os outros, acerca de todas as decisões a serem tomadas sobre o exercício do poder político. A alternativa para essa questão estaria na criação de corporações deliberativas representativas, segundo o *princípio parlamentar*. Contudo, vale destacar que a composição (eleições, garantias, organização) e o funcionamento (regras de decisão – princípio da maioria, quórum para aprovação etc.) das corporações parlamentares devem ser regulamentados à luz do princípio do discurso, “de tal modo que os pressupostos comunicativos necessários para discursos pragmáticos, éticos e morais, de um lado, e as condições de negociações

¹⁶² Ibid., loc. cit..

¹⁶³ Ibid., loc. cit..

¹⁶⁴ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol. I...*, p. 213.

eqüitativas, de outro lado, possam ser preenchidas satisfatoriamente”¹⁶⁵. Da observância ao princípio do discurso resultam, ainda, as exigências de pluralidade de concepções políticas (*princípio do pluralismo político*) e de complementação da formação da opinião e da vontade parlamentares através de uma “formação informal da opinião na esfera pública política, aberta a todos os cidadãos”. Este ponto é extremamente caro a Habermas, uma vez que, segundo o autor:

“O conteúdo do princípio da soberania popular só se esgota através do *princípio que garante esferas públicas autônomas* e do *princípio da concorrência entre os partidos*. Ele exige uma estruturação discursiva das arenas públicas nas quais circulações comunicativas, engrenadas anonimamente, se soltam do nível concreto das simples interações. Uma formação informal da opinião, que prepara a formação política da vontade influenciando nela, não é sobrecarregada pela institucionalização de uma deliberação entre pessoas presentes que buscam uma tomada de decisão.”¹⁶⁶

Essas arenas, que compõem a denominada *esfera pública*, devem estar protegidas pelos direitos fundamentais a fim de que possam viabilizar o surgimento do poder comunicativo por meio do livre fluxo livre de opiniões, pretensões de validade e tomadas de posição.

Mas, além dessas exigências, a ligação do poder administrativo ao poder comunicativo dos cidadãos demanda, também, o reconhecimento de outros princípios. O primeiro deles seria o princípio da ampla garantia legal do indivíduo, assegurado através de um Judiciário independente. Isso porque, as comunicações políticas dos cidadãos na esfera pública deságuam nos parlamentos e se transformam em lei. A rigor, a formação política da vontade tem como objetivo final atingir a atividade legislativa, pois ela própria surge da configuração e interpretação do sistema dos direitos que os cidadãos se reconheceram mutuamente através de leis e, além disso, o poder estatal só pode ser organizado e dirigido legalmente¹⁶⁷. Ao generalizar expectativas normativas, as leis (Direito positivo) estabelecem a base para as pretensões jurídicas dos indivíduos. Tais pretensões resultam da *aplicação* de leis a casos singulares, seja pelos caminhos da administração, seja pelo caminho auto-executivo, e, caso frustradas, podem ser exigidas judicialmente.

Porém, para impor suas decisões, a Justiça deve contar com a possibilidade da utilização dos meios de repressão do aparelho do Estado.

¹⁶⁵ Ibid., p. 214.

¹⁶⁶ Ibid. loc. cit..

¹⁶⁷ Ibid., pp. 214-215.

Por isso, a fim de evitar o risco de auto-programação, a Justiça deve não apenas estar impedida de exercer a atividade legislativa, como também vincular-se às normas jurídicas democraticamente produzidas pelo parlamento (*princípio da ligação da justiça ao direito vigente*).

É dessa maneira, portanto, que os direitos fundamentais dos indivíduos são protegidos juridicamente – administrativa e judicialmente – no Estado de Direito. Importante notar que esse mecanismo de proteção estatal dos direitos fundamentais de acordo com divisão de competências entre legislação e aplicação do direito remete, em última análise, a uma diferença de lógica argumentativa entre fundamentação e aplicação de normas. Isto é, discursos de fundamentação e de aplicação precisam ser institucionalizados juridicamente de diferentes maneiras. Enquanto, nos discursos de fundamentação, haveria somente participantes, cujas interações, estabelecidas horizontalmente, são reguladas, discursivamente, pelas regras do procedimento, nos discursos de aplicação seria preciso decidir qual das normas consideradas válidas é a adequada numa situação cujas características foram descritas da forma mais completa possível ¹⁶⁸.

Ou seja, ao poder administrativo (discursos de aplicação) não caberia interferir nas premissas que se encontram na base tanto das decisões do parlamento que resultaram numa lei, quanto da Justiça, ao interpretar essa mesma lei (discursos de fundamentação) ¹⁶⁹. A necessidade de vedação a esse tipo de interferência do poder administrativo aparece de forma ainda mais evidente caso se leve em conta que Justiça não pode prescindir do poder administrativo para que sejam implementadas as decisões judiciais e que, em última instância, a própria legalidade da atuação do poder administrativo deve – se questionada – ser decidida pela Justiça. Nessa idéia reside o sentido nuclear da separação dos poderes do Estado, representado nos princípios da *legalidade da administração* e do *controle judicial e parlamentar da administração*. Como explica Habermas:

¹⁶⁸ Ibid., p. 215.

¹⁶⁹ O caso da jurisdição constitucional, isto é, o controle de constitucionalidade das leis por um tribunal constitucional, é um caso à parte, tratado por Habermas, separadamente, no capítulo VI de *Democracia e Direito entre Facticidade e Validade*. Não explorarei, porém, o tema em razão de não guardar relação direta com os objetivos do presente trabalho. Mesmo porque, como mencionado no primeiro capítulo, os tribunais brasileiros – tanto o STF quanto o STJ – têm respeitado e confirmado a atuação normativa das agências reguladoras brasileiras. Assim, o foco, aqui, está direcionado muito mais para a relação entre os Poderes Executivo e Legislativo do que entre estes e o Judiciário.

“Enquanto o poder administrativo é consumido para a instalação, organização e aplicação do direito, opera à maneira de *condições possibilitadoras*. Quando, porém, a administração assume outras funções, que não as administrativas, há uma submissão de processos da legislação e da jurisprudência sob *condições limitadoras*. Tais intervenções ferem os pressupostos comunicativos de discursos legislativos e jurídicos, estorvando os processos de entendimento dirigidos pela argumentação, que são os únicos capazes de fundamentar a aceitabilidade racional de leis e decisões judiciais. Por isso, a autorização do executivo para a promulgação de normas jurídicas necessita de uma norma especial, conforme ao direito administrativo”.¹⁷⁰

Assim, se faz valer o *princípio da proibição da arbitrariedade no interior do Estado*. O que significa, da perspectiva dos indivíduos, que “os direitos que os cidadãos inicialmente se atribuem na dimensão horizontal de interações cidadão-a-cidadão precisam estender-se, a partir do momento em que se constituiu um poder executivo, à dimensão vertical das relações dos cidadãos com o Estado”¹⁷¹. Com isso, tais direitos assumem o sentido adicional de direitos de defesa¹⁷², que determinam o conteúdo do *princípio da separação entre Estado e sociedade*.

Normalmente, tal princípio é associado à experiência concreta do Estado liberal burguês. Contudo, do modo como Habermas o formula, o princípio da separação entre Estado e sociedade apenas veicula, de forma geral, “a garantia geral jurídica de uma autonomia social que atribui a cada um, enquanto cidadão, as mesmas chances de utilizar-se de seus direitos políticos de participação e de comunicação”¹⁷³, não coincidindo, assim, necessariamente, com apenas um determinado modelo histórico de Estado.

Nesse sentido, a versão discursiva do princípio da separação entre Estado e sociedade teria, como essência, a criação na sociedade de uma esfera de proteção dos indivíduos em face do Estado não somente para que eles possam usufruir de sua autonomia privada, mas, também, de sua autonomia pública. Visto dessa perspectiva, tal princípio pressupõe a existência, consolidação e fortalecimento de uma *sociedade civil*, derivada das relações de associação e participação política dos cidadãos – isto é, da capacidade dos indivíduos se associarem a fim de exercer sua autonomia política – além

¹⁷⁰ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol. I...*, p. 217.

¹⁷¹ Ibid., loc. cit..

¹⁷² Como lembra Habermas: “Esses direitos ‘liberais’ em sentido mais estrito formam, inclusive, do ponto de vista histórico, o núcleo das declarações dos direitos humanos. Deles nasceu o sistema dos direitos - inicialmente fundado num direito racional” (Ibid., pp. 217-218).

¹⁷³ Ibid., p. 218.

de uma cultura política suficientemente desacoplada de estruturas de classe vigentes na sociedade¹⁷⁴.

Isso porque caberia à sociedade civil a função de “amortecer e neutralizar a divisão desigual de posições sociais de poder e dos potenciais de poder daí derivados”¹⁷⁵, de modo que aquilo que Habermas denomina “poder social” pudesse facilitar o exercício da autonomia dos cidadãos. Por “poder social” Habermas se refere à chance de imposição, por um ator, de seus próprios interesses no âmbito de uma relação social, ainda que contra a resistência e em detrimento da vontade de outros. Nesse sentido, a noção de poder social é ambígua em relação aos objetivos da institucionalização de processos discursivos para a formação da opinião e vontade políticas e a constituição de poder comunicativo, pois ele tanto pode possibilitar como restringir a formação do poder comunicativo¹⁷⁶.

Atuando como possibilitador da constituição do poder comunicativo, o poder social deve proporcionar as condições materiais necessárias para uma assunção autônoma de liberdades comunicativas ou de ação, formalmente iguais¹⁷⁷. Quando, porém, o poder social é desempenhado de forma a gerar uma distribuição assimétrica de recursos materiais e capacidade de influência sobre o processo político, exerce um papel limitador da possibilidade de formação do poder comunicativo¹⁷⁸.

Assim, o princípio da separação entre Estado e sociedade visa a impedir que o poder social se transforme diretamente em poder administrativo, sem passar antes pelas comportas (ou “eclusas”) da formação comunicativa do poder – que, como veremos, funcionam como um filtro¹⁷⁹. Do ponto de vista da organização do poder, a idéia de que se deve impedir a intervenção direta do poder social no poder administrativo se expressa no princípio da “responsividade democrática” (*democratic accountability*) dos detentores de cargos políticos em relação aos eleitores e ao parlamento. Os parlamentares, representantes do povo, têm que se expor, periodicamente, a novas eleições e, desse modo, à responsabilidade da

¹⁷⁴ Ibid., pp. 218-219.

¹⁷⁵ Ibid., p. 219.

¹⁷⁶ Ibid., p. 219. Ver, também: SCHUARTZ, ob. cit., p. 279.

¹⁷⁷ “Em negociações políticas, por exemplo, os partidos envolvidos têm que conseguir credibilidade para suas promessas ou ameaças através do poder social” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol. I...*, p. 219).

¹⁷⁸ “Através deste modo interventor [, limitador do poder comunicativo], empresas, organizações e associações conseguem, por exemplo, transformar o seu poder social em político, seja diretamente, através da influência na administração, ou indiretamente, através de intervenções e manobras na esfera pública política” (Ibid., loc. cit.).

¹⁷⁹ Ibid., pp. 211-212.

Administração Pública e seus membros por suas próprias decisões e pelas decisões de seus agentes subordinados corresponde o poder de controle e de exoneração (*impeachment*) que os órgãos do parlamento detêm.

Em resumo, portanto, pode-se dizer que os princípios do Estado de Direito desenvolvido por Habermas articulam-se em torno da seguinte idéia:

“A organização do Estado de direito deve servir, em última instância, à auto-organização política autônoma de uma comunidade, a qual se constituiu, com o auxílio do sistema de direitos, como uma associação de membros livres e iguais do direito. As instituições do Estado de direito devem garantir um exercício efetivo da autonomia política de cidadãos socialmente autônomos para que o poder comunicativo de uma vontade formada racionalmente possa surgir, encontrar expressão em programas legais, circular em toda a sociedade através da aplicação racional, da implementação administrativa de programas legais e desenvolver sua força de integração social – através da estabilização de expectativas e da realização de fins coletivos. Ao se organizar o Estado de direito, o sistema de direitos se diferencia numa ordem constitucional, na qual o *medium* do direito pode tornar-se eficiente como transformador e amplificador dos fracos impulsos sociais e integradores da corrente de um mundo da vida estruturado comunicativamente”.¹⁸⁰

Ou seja, a garantia do exercício efetivo, pelos cidadãos, dos seus direitos políticos (autonomia pública) é uma exigência que deve ser satisfeita tanto pela constituição de poder comunicativo em processos de formação racional da opinião e vontade políticas e sua incorporação em normas jurídicas (leis), quanto por meio da circulação social deste poder comunicativo nos processos de aplicação e implementação destas normas pela Justiça e pela Administração Pública. A expectativa de que essa circulação do poder comunicativo pela sociedade ocorra depende de que tais procedimentos juridicamente institucionalizados de formação da opinião e vontade políticas se deixem reconstruir como procedimentos genuinamente discursivos (ainda que indiretamente, como no caso dos processos legítimos de negociação política). Somente assim, torna-se possível confiar na sua capacidade de transmissão de poder comunicativo ao longo das engrenagens do poder movimentadas no sistema político-jurídico¹⁸¹, ou, dito de outro modo, na

¹⁸⁰ Ibid., pp. 220-221.

¹⁸¹ Cf. SCHUARTZ, ob. cit., pp. 280-281. Sobre a necessidade de se enxergar os procedimentos institucionalizados juridicamente como procedimentos genuinamente discursivos, observa Schuartz que: “Este é um ponto muito importante, uma vez que tal preservação supõe, rigorosamente, o asseguramento de pressupostos normativos nada triviais que se furtam à institucionalização jurídica, a saber, as ‘condições comunicativas ideais’ – supostamente – implícitas nos processos de argumentação, e que esta mesma garantia é dificilmente compatível com as restrições temporais, materiais e sociais que são próprias aos procedimentos de aplicação e implementação do direito. Habermas reconhece esta dificuldade e a enfrenta por meio da exigência

sua capacidade de legitimação do Direito e do poder do Estado.

3.3.3

A circulação do poder político legítimo nas sociedades modernas

Com base no que até agora foi dito, já é possível expor, em linhas gerais, a concepção de Jürgen Habermas acerca da legitimação do Direito e do poder estatal nas sociedades modernas. Como visto, nos capítulos 3 e 4 de *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*, seu objetivo é demonstrar que – e como – a auto-compreensão normativa do Estado de Direito – isto é, as representações normativas que reconhecemos nas afirmações de princípios acerca dos direitos de cada indivíduo e do funcionamento das instituições políticas e jurídicas – pode ser reconstruída racionalmente. Resumidamente, pode-se dizer que a idéia do Estado de Direito consiste na exigência de se ligar “o sistema administrativo, comandado pelo código do poder, ao poder comunicativo, estatuidor do direito, e de mantê-lo longe das influências do poder social, portanto da implantação fática de interesses privilegiados”¹⁸².

Até esse ponto, portanto, sua análise das condições da gênese e da legitimação do Direito se concentra na política legislativa, deixando em segundo plano os processos políticos. Habermas procura demonstrar que “as instituições do Estado de direito devem garantir um exercício efetivo da autonomia política de cidadãos socialmente autônomos para que o poder comunicativo de uma vontade formada racionalmente possa surgir, encontrar expressão em programas legais, circular em toda a sociedade através da aplicação racional, da implementação administrativa de programas legais e desenvolver sua força de integração social - através da estabilização de expectativas e da realização de fins coletivos”¹⁸³. A idéia básica é a de que, para ser legítimo, o poder administrativo não deve reproduzir-se *a si mesmo*, e sim regenerar-se a partir da transformação do poder comunicativo.

Mas como essa idéia pode se relacionar com as afirmativas de teorias sociológicas, que enxergam a política como uma arena na qual se desenrolam

de que a institucionalização jurídica das mencionadas condições lhes deixem, “na medida do possível”, intocadas” (Ibid. loc. cit., nota de rodapé n. 70). Ver, também, supra, item III.1.a.

¹⁸² Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol I...*, p. 190.

¹⁸³ Ibid., p. 220.

processos de poder? Haveria dificuldades para a realização da idéia de Estado de Direito reconstruída por Habermas nas sociedades modernas? Quais seriam? As respostas oferecidas por Habermas a tais questionamentos são o objeto deste item.

Vale notar que esse ponto do desenvolvimento teórico de Habermas marca uma mudança na sua perspectiva de análise. O autor deixa a perspectiva reconstrutiva do filósofo, que analisa, no plano conceitual, as tensões internas ao Direito – a saber, entre positividade e legalidade; entre autonomia privada e autonomia pública; e entre poder político e Direito legítimo – e assume a perspectiva descritiva do sociólogo, a quem cabe, agora, a tarefa de compreender a “tensão externa” (ao Direito) entre a idéia discursiva de Estado de Direito e a facticidade dos processos político-jurídicos na sociedade moderna ¹⁸⁴. Interessa agora, pois, investigar o desnível entre norma e realidade, tomando o poder como facticidade social, perante o qual as idéias podem ser desacreditadas ¹⁸⁵.

¹⁸⁴ “Até o momento, adotamos a linha de uma teoria do direito que discute a tensão entre facticidade e validade no âmago do próprio direito. Nas páginas seguintes tomaremos como tema a relação *externa* entre facticidade e validade, ou seja, a tensão entre a auto-compreensão normativa do Estado de direito, explicitada na teoria do discurso, e a facticidade social dos processos políticos - que se desenrolam nas formas constitucionais” (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol. II...*, p. 10).

¹⁸⁵ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol. I...*, p. 174.

Não há, porém, qualquer contradição nessa mudança de perspectiva ¹⁸⁶. Isso porque, em seu projeto teórico, Habermas vislumbra a construção um conceito de legitimidade democrática através de um modelo normativo de democracia capaz de dar conta da visão mais sóbria – até mesmo cínica – que as análises sociológicas têm sobre o processo político. Para ele, o derrotismo normativo resultante das análises de várias correntes da sociologia política “não é fruto de evidências concretas, mas do uso de estratégias conceituais falsas”, pois “o modo de operar de um sistema político, constituído pelo Estado de direito, não pode ser descrito adequadamente, nem mesmo em nível empírico, quando não se leva em conta a dimensão de validade do direito e a força legitimadora da gênese democrática do direito” ¹⁸⁷. Ou seja, uma sociologia da democracia tem que escolher conceitos básicos que permitam identificar, nas práticas políticas, “fragmentos e partículas de uma ‘razão existente’, mesmo que distorcida” ¹⁸⁸. Nesse sentido, a identificação de pontos de apoio na faticidade dos sistemas político-jurídico modernos, que permitam afastar a tese da impossibilidade da realização

¹⁸⁶ Como explica Schuartz: “A referida mudança de perspectiva não significa uma verdadeira cisão no plano metodológico. Ao contrário, é essencial para o objetivo de Habermas a afirmação de que o conteúdo normativo do Estado Democrático de Direito - tal como reconstruído nos moldes da teoria do discurso - é inerente à faticidade das instituições políticas e jurídicas do Estado moderno, não podendo faltar em nenhuma descrição empiricamente adequada destas instituições. A relação entre ‘ideal normativo’ e ‘realidade’ é tratada em termos não de uma contraposição, mas de uma ‘tensão externa’ (*externe Spannung*). O objetivo da empreitada teórica de reconstrução do conteúdo normativo das instituições do moderno Estado Democrático de Direito não é salvar o ideal ‘por si’; a preservação da faticidade do ideal, ou melhor, do ideal na faticidade, interessa na medida em que permite a identificação de pontos de apoio para o exercício da crítica imanente. Neste contexto, a reconstrução das ‘intuições normativas’ dos sistemas jurídicos modernos segundo o receituário da teoria do discurso não é casual. Ela é uma condição estritamente necessária para que tal identificação seja realizada no nível de profundidade adequado, que é aquele descoberto por Habermas para resolver o problema metodológico dos fundamentos normativos da crítica. Há, neste sentido, uma bela simetria entre a localização da solução para este problema nos ‘pressupostos pragmáticos da comunicação orientada ao entendimento mútuo’, de um lado, e a leitura teórica do sistema de direitos enquanto conjunto de condições necessárias para a institucionalização jurídica destes ‘pressupostos’ no nível correspondente à forma reflexiva deste tipo de comunicação (i.e. o nível do discurso) - e das instituições do Estado de Direito enquanto conjunto de condições necessárias para estabilizar tal ‘constituição originária’ -, de outro lado. Complementarmente a este requisito formal, há também uma exigência de caráter ‘substantivo’, expressa na primazia qualificada concedida aos conteúdos dos processos supostamente espontâneos de entendimento que se desenrolam anarquicamente nos espaços públicos em que se articula a ‘base’ da sociedade civil. São estes os dois pilares fundamentais sobre os quais construiu-se a teoria do direito habermasiana e que, enquanto tais, serão preservados a todo custo na tradução sociológica da idéia do Estado Democrático de Direito e no modelo teórico da sociedade moderna no qual esta tradução se encaixa” (Cf. SCHUARTZ, ob. cit., pp. 283-284).

¹⁸⁷ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade* – Vol. II..., p. 9.

¹⁸⁸ Ibid., loc. cit..

do sentido normativo que foi reconstruído discursivamente, constitui, para o projeto teórico de Habermas, uma etapa indispensável ¹⁸⁹.

Um bom ponto de partida para a compreensão do significado da tensão externa entre ideal normativo e realidade social para a teoria de Habermas está relacionado com a idéia de que a institucionalização de discursos e negociações em processos democráticos é capaz de assegurar a presunção de racionalidade dos resultados destes procedimentos ¹⁹⁰. Como visto, tal presunção se apóia na suposição de que os pressupostos da racionalidade comunicativa estariam assegurados nos procedimentos juridicamente institucionalizados no Estado Democrático de Direito. Mas isso dificilmente é compatível com as restrições temporais, materiais e sociais características dos procedimentos de aplicação e implementação do Direito nas sociedades modernas. Essa dificuldade é reconhecida por Habermas e faz com que o autor assuma que, devido ao seu conteúdo idealizador, os pressupostos comunicativos gerais de argumentações só podem ser preenchidos de modo aproximado ¹⁹¹.

Assim, a tensão externa entre facticidade e validade pode ser colocada nos seguintes termos: De um lado, os processos democráticos de formação da opinião e da vontade política têm – do ponto de vista normativo – a função de transportar e atualizar, no âmbito macro-social, os potenciais de racionalidade comunicativa latentes, por assim dizer, no estoque de saber socialmente acumulado. De outro, a possibilidade de realização do conteúdo normativo implícito no princípio democrático, tendo em vista a magnitude dos obstáculos – decorrentes da facticidade social dos processos políticos – que se impõem à sua implementação nas sociedades modernas, parece cada vez mais remota ¹⁹². As críticas dirigidas às

¹⁸⁹ Cf. SCHUARTZ, ob. cit., p. 276.

¹⁹⁰ Ibid., pp. 284-285. A chave de uma concepção genuinamente procedimentalista, segundo Habermas: “consiste precisamente no fato de que o processo democrático institucionaliza discursos e negociações com o auxílio de formas de comunicação as quais devem fundamentar a suposição da racionalidade para todos os resultados obtidos conforme o processo”, de modo que: “A política deliberativa obtém sua força legitimadora da estrutura discursiva de uma formação da opinião e da vontade, a qual preenche sua função social e integradora graças à expectativa de uma *qualidade* racional de seus resultados” (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol. II...*, pp. 27-28).

¹⁹¹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol. I...*, p. 223.

¹⁹² Sobre esse ponto, Habermas menciona as transformações sociais globais apontadas por Norberto Bobbio que levaram este autor italiano a adotar uma estratégia deflacionária na construção de seu conceito de democracia: “Ele registra inicialmente algumas transformações sociais globais que não correspondem às promessas das concepções clássicas: especialmente o surgimento de uma sociedade policêntrica de grandes organizações, na qual a influência e o poder político passam para atores coletivos, saindo cada vez mais das mãos de associados singulares; em

concepções normativas do Estado de Direito, nesse sentido, se fortalecem ¹⁹³. E mesmo a versão ‘minimalista’ de reconstrução do conteúdo discursivo dos procedimentos, proposta por Habermas, não está imune diante delas.

A rigor, “num sistema político que sofre a pressão da complexidade social, essas limitações manifestam-se através de dissonâncias cognitivas crescentes, que nascem da distância que separa as suposições de validade do Estado de direito democrático das formas concretas que esse processo político assume” ¹⁹⁴. Essa sobrecarga cognitiva do sistema político é resultado da crescente presença e predominância de problemas de coordenação gerados pelos sistemas de ação funcionalmente especializados. E “ao perigo da crescente marginalização das questões relacionadas à integração moral e à autocompreensão e auto-realização éticas dos indivíduos na sociedade moderna, bem como da não solução dos correspondentes problemas, junta-se, no plano das interações entre tais indivíduos, o perigo da crescente penetração, na forma de ‘monetarização’ e ‘burocratização’, da racionalidade estratégico-instrumental em âmbitos sociais que somente poderiam ser integrados de uma maneira não-patológica por meio de interações comunicativas” ¹⁹⁵ – ou seja, o perigo de colonização do mundo da vida.

O exercício do poder político pelo Estado torna-se, assim, cada vez mais independente em relação ao modo deliberativo de uma socialização realizada consciente e autonomamente, gerando “momentos inerciais” da sociedade ¹⁹⁶. E esse “ensimesmamento” do poder do Estado, como visto, é objeto de críticas de Habermas, na medida em que reduz as possibilidades de mudança social por meio de processos conscientes de deliberação e decisão.

segundo lugar, a multiplicação de interesses de grupos concorrentes, a qual dificulta uma formação imparcial da vontade; a seguir, o crescimento de burocracias estatais e de tarefas públicas, o que propicia uma dominação tecnológica; finalmente, a apatia das massas, que se distanciam das elites, as quais contrapõem-se oligarquicamente aos sujeitos privados, sem autonomia” (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol. II...*, p. 26).

¹⁹³ “(...) parece que nas sociedades complexas abre-se cada vez mais a fresta entre necessidade de coordenação, de um lado, e realizações de integração, de outro - fresta que o direito e a política deveriam fechar - na medida em que o sistema administrativo tem que assumir tarefas de regulação, as quais sobrecarregam o modo deliberativo de decisão. Nessa sobrecarga torna-se perceptível a resistência que as sociedades complexas oferecem à realidade, através da qual elas enfrentam as pretensões investidas nas instituições do Estado de direito. A teoria da decisão revela que o processo democrático é consumido, “por dentro”, pela escassez de fontes funcionalmente necessárias; e ‘por fora’, ele se choca, no entender da teoria do sistema, contra a complexidade de sistemas funcionais intransparentes e dificilmente influenciáveis” (Ibid., p. 49).

¹⁹⁴ Ibid., p. 48.

¹⁹⁵ Cf. SCHUARTZ, ob. Cit., p. 287.

¹⁹⁶ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol. II...*, p. 49.

Diante disso, “é preciso perguntar se o modo, de socialização discursiva, suposto para a auto-organização da comunidade jurídica, ou seja, para uma associação de sujeitos livres e iguais, é possível nas condições de reprodução de uma sociedade complexa e, em caso afirmativo, como isso pode dar-se” ¹⁹⁷. Não é por outro motivo que o modelo de circulação do poder político legítimo que Habermas desenvolve está voltado para o peso empírico do fluxo oficial do poder (sociedade civil/esfera pública → instituições do Estado Democrático de Direito → sistemas funcionais: burocracia estatal e economia) prescrito pela idéia de Estado Democrático de Direito. E esse peso depende, principalmente, da capacidade da sociedade civil em gerar impulsos vitais através de esferas públicas autônomas e capazes de ressonância, as quais podem introduzir, no sistema político, conflitos existentes na periferia ¹⁹⁸. Mesmo porque, na perspectiva dos participantes, os momentos de inércia podem ser percebidos como diferenças entre norma e realidade, que fornecem o pretexto para detectar e elaborar questões práticas em geral ¹⁹⁹.

Tendo isso em mente, o modelo a que Habermas recorre para a descrição e explicação dos processos de comunicação e decisão no sistema político-jurídico é construído com base num eixo centro-periferia, no qual tais processos são estruturados através de um sistema de “comportas” (ou “eclusas”) e caracterizados através de dois padrões de processamento de problemas ²⁰⁰. O núcleo do sistema político é formado pelos complexos institucionalizados dotados juridicamente de competências e prerrogativas de deliberação e decisão, a saber: “a administração (incluindo o governo), o judiciário e a formação democrática da opinião e da vontade (incluindo as corporações parlamentares, eleições políticas, concorrência entre os partidos, etc.)” ²⁰¹. No interior desse núcleo, a *capacidade de ação* varia de acordo com a *densidade* da complexidade organizatória. Assim, por exemplo, o complexo parlamentar é o que se encontra mais aberto para a percepção e a tematização de problemas sociais; porém, comparado ao complexo administrativo, ele possui uma capacidade menor de processar problemas. O núcleo possui uma periferia interna, na qual se encontram

¹⁹⁷ Ibid., pp. 25-26.

¹⁹⁸ Ibid., p. 58.

¹⁹⁹ Ibid., loc. cit..

²⁰⁰ Ibid., pp. 86 e ss..

²⁰¹ Ibid., p. 87.

instituições de natureza administrativa ou quase-administrativa com poderes restritos de autogestão e auto-regulação – por exemplo, universidades, fundações, representantes de corporações etc. –, e, quando considerado em seu conjunto, uma periferia externa, onde se encontram os *fornecedores* e os *consumidores* do sistema, “ocupados, respectiva e tipicamente, com os processos de implementação de medidas políticas ou administrativas e com a articulação de problemas e formulação de propostas”²⁰².

Forma-se, portanto, uma rede complexa de atores em torno do sistema político. Os denominados “consumidores” são aqueles que “se interpõem entre administração pública e organizações privadas, grupos de interesses, etc., que preenchem funções de coordenação em domínios sociais carentes de regulação, porém intransparentes”²⁰³. Trata-se, pois, de sistemas de negociação, que não se confundem com grupos “fornecedores”, isto é, “associações e ligas que enfrentam os parlamentos e administrações, inclusive pelo caminho da justiça, tematizando problemas sociais, colocando exigências políticas, articulando interesses e necessidades e influenciando a formulação de políticas ou projetos de lei”²⁰⁴.

As decisões que se pretende, efetivamente, implementar devem atravessar os estreitos canais do núcleo, passando pelas comportas constituídas por esse complexo central, a fim de que sejam dotadas de autoridade – isto é, sejam possam ser impostas à coletividade²⁰⁵. Todavia, a legitimidade de tais decisões permanece condicionada à participação ativa da periferia em processos argumentativos direcionados à formação da opinião e da vontade políticas²⁰⁶.

Nesse sentido, desempenha papel essencial para o modelo de Habermas a idéia de *esfera pública política*. Esta seria uma “caixa de ressonância” onde os problemas a serem elaborados pelo sistema político encontrariam eco. Nesta

²⁰² Cf. SCHUARTZ, ob. cit., p. 289.

²⁰³ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol II...*, p. 87.

²⁰⁴ Ibid., loc. cit.. “O leque abrange desde associações que representam grupos de interesses claramente definidos, uniões (com objetivos de partido político), e instituições culturais (tais como academias, grupos de escritores, *radical professionals*, etc.), até ‘public interest groups’ (com preocupações públicas, tais como proteção do meio ambiente, proteção dos animais, teste dos produtos, etc.), igrejas e instituições de caridade. Essas associações formadoras de opinião, especializadas em temas e contribuições e, em geral, em exercer influência pública, fazem parte da infra-estrutura civil de uma esfera pública dominada pelos meios de comunicação de massa, a qual, através de seus fluxos comunicacionais diferenciados e interligados, forma o verdadeiro contexto periférico”. (Ibid., pp. 87-88).

²⁰⁵ Ibid., p. 88

²⁰⁶ Ibid. loc. cit.; Cf. SCHUARTZ, ob. cit., p. 289.

medida, funciona, segundo Habermas, como um conjunto de sensores não especializados, porém, sensíveis no âmbito de toda a sociedade ²⁰⁷. A esfera pública constitui uma estrutura comunicacional do agir orientado pelo entendimento ²⁰⁸, que se apóia sobre o domínio da linguagem ordinária e está em sintonia com a “compreensibilidade geral da prática comunicativa cotidiana” ²⁰⁹ sem, contudo, estar ligada exclusivamente qualquer um dos saberes especializados ligados a funções gerais de reprodução do mundo da vida ²¹⁰.

Na perspectiva de uma teoria da democracia, a esfera pública deve reforçar a pressão exercida pelos problemas. Ou seja, não basta que ela se limite a percebê-los e a identificá-los. Deve, além disso, “tematizá-los, problematizá-los e dramatizá-los de modo convincente e eficaz, a ponto de serem assumidos e elaborados pelo complexo parlamentar” ²¹¹. Assim, de forma resumida, a esfera pública pode ser descrita como “uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões”, na qual “os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos” ²¹².

²⁰⁷ Note-se que: “A esfera pública não pode ser entendida como uma instituição, nem como uma organização, pois, ela não constitui uma estrutura normativa capaz de diferenciar entre competências e papéis, nem regula o modo de pertença a uma organização, etc. Tampouco ela constitui um sistema, pois, mesmo que seja possível delinear seus limites internos, exteriormente ela se caracteriza através de horizontes abertos, permeáveis e deslocáveis”. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol. II...*, p. 92).

²⁰⁸ “O espaço de uma situação de fala, compartilhado intersubjetivamente, abre-se através das relações interpessoais que nascem no momento em que os participantes tomam posição perante os atos de fala dos outros, assumindo obrigações ilocucionárias. Qualquer encontro que não se limita a contatos de observação mútua, mas que se alimenta da liberdade comunicativa que uns concedem aos outros, movimenta-se num espaço público, constituído através da linguagem. Em princípio, ele está aberto para parceiros potenciais do diálogo, que se encontram presentes ou que poderiam vir a se juntar” (Ibid., p. 93).

²⁰⁹ Ibid., p. 92.

²¹⁰ “Do mesmo modo que o mundo da vida tomado globalmente, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas o domínio de uma linguagem natural; ela está em sintonia com a compreensibilidade geral da prática comunicativa cotidiana. Descobrimos que o mundo da vida é um reservatório para interações simples; e os sistemas de ação e de saber especializados, que se formam no interior do mundo da vida, continuam vinculados a ele. Eles se ligam a funções gerais de reprodução do mundo da vida (como é o caso da religião, da escola e da família), ou a diferentes aspectos de validade do saber comunicado através da linguagem comum (como é o caso da ciência, da moral, da arte). Todavia, a esfera pública não se especializa em nenhuma destas direções; por isso quando abrange questões politicamente relevantes, ela deixa ao cargo do sistema político a elaboração especializada. A esfera pública constitui principalmente uma estrutura comunicacional do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o espaço social gerado no agir comunicativo, não com as funções nem com os conteúdos da comunicação cotidiana” (Ibid., loc. cit.).

²¹¹ Ibid., p. 91.

²¹² Ibid., loc. cit..

Em outras palavras, essa visão do regime democrático, que traduz em termos sociológicos a teoria do discurso, afirma que “as decisões impositivas, para serem legítimas, têm que ser reguladas por fluxos comunicacionais que partem da periferia e atravessam as comportas dos procedimentos próprios à democracia e ao Estado de direito, antes de passar pela porta de entrada do complexo parlamentar ou dos tribunais (e às vezes antes de voltar pelo caminho da administração implementadora)”²¹³. Desse modo, por meio desse modelo de comportas, seria possível evitar que o poder do complexo administrativo ou o poder social das estruturas intermediárias que têm influência no núcleo central se tornem independentes em relação ao poder comunicativo que se forma no complexo parlamentar²¹⁴.

Contudo, a exigência de que todas as decisões vinculantes coletivamente percorram as etapas desse modelo não corresponde ao modo de proceder comum nas democracias ocidentais. Como mencionado anteriormente, em condições modernas, o sistema político-jurídico é sobrecarregado pelos problemas de coordenação decorrentes dos sistemas de ação funcionalmente especializados e sofre uma pressão contínua da complexidade social que o envolve, operando, em regra, em sentido inverso ao oficial. Essas contracorrentes, por outro lado, não representam apenas “o desmentido de uma facticidade social cínica”²¹⁵. Parte dessas decisões “ensimesmadas” contribui para a redução da complexidade do modelo oficial de circulação do poder, estabelecendo padrões de funcionamento. A rigor, a maior parte das operações no núcleo do sistema político segue o ritmo ditado por certas rotinas: “Tribunais emitem sentenças, burocracias preparam leis e elaboram petições, parlamentos despacham leis e orçamentos, centrais de partidos conduzem disputas eleitorais, clientes influenciam ‘suas’ administrações - e todos esses processos caminham de acordo com padrões estabelecidos”²¹⁶.

Do ponto de vista normativo, interessaria apenas saber se essas rotinas continuam abertas a impulsos renovadores, oriundos da periferia. Em caso de resposta afirmativa, tratar-se-ia apenas de mecanismos de redução de

²¹³ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol. II...*, pp. 88-89.

²¹⁴ Ibid., loc. cit..

²¹⁵ Ibid., p. 89.

²¹⁶ Ibid., loc. cit..

complexidade gerados pelo próprio sistema. Entretanto, se a resposta for negativa, tais rotinas seriam nada mais que os reflexos cristalizados de estruturas de poder social antidemocrático, que contribuem para uma atuação patológica do poder estatal ²¹⁷.

Há, portanto, dois modos de tratar dos problemas sociais, que são decisivos para a regulação dos fluxos da comunicação. No modo normal de funcionamento do sistema político-jurídico, “a relação entre centro e periferia flui no sentido e ritmo ditados por rotinas administrativas, inércias burocráticas e interações pontuais mais ou menos promíscuas entre funcionários e órgãos públicos, de um lado, e grupos de interesse ou agentes privados individuais com maior ou menor poder social ou influência, de outro lado” ²¹⁸. Porém, em caso de crise, isto é, quando estiver em perigo a solução de problemas relativos à integração social e, em última instância, das próprias instituições político-jurídicas ²¹⁹, esse modo de operar conforme convenções habituais é substituído por um outro. Pois nessas situações “a pressão da opinião pública consegue forçar um modo extraordinário de elaboração de problemas, que favorece a regulação da circulação do poder através do Estado de direito, atualizando, portanto, sensibilidades em relação às *responsabilidades políticas* reguladas juridicamente” ²²⁰.

Como conclusão, tem-se que a constatação de que o núcleo do sistema político-jurídico que constitui o Estado Democrático de Direito funciona, normalmente, de acordo com um fluxo de poder que obedece o sentido centro-periferia, não constitui, por si só, um problema normativo. Pois, “para que a idéia do Estado Democrático de Direito possa manter-se sociologicamente intacta, exige-se apenas que as instituições que compõem este complexo estejam, em princípio, abertas aos *inputs* da periferia e que mudem de padrão nos casos críticos - em última instância, naquelas situações em que estiver em perigo a integração social da sociedade” ²²¹.

Mas o que garantiria que, no interior dessa periferia do sistema jurídico-político, não houvesse deformações – seja por meio da atuação de um conjunto de

²¹⁷ Ibid. pp. 89-90.

²¹⁸ Cf. SCHUARTZ, ob. cit., p. 290.

²¹⁹ Ibid., p. 289.

²²⁰ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol II...*, p. 89.

²²¹ Cf. SCHUARTZ, ob. cit., p. 290.

atores detentores de poder social, ou por meio da atuação de especialistas em publicidade, capazes de selecionar informações e controlar os acessos aos meios de comunicação de massa – no processo de constituição do poder comunicativo que irá influenciar as instituições que formam o complexo central do Estado Democrático de Direito ²²²? As pesquisas desenvolvidas na área da sociologia da comunicação descrevem as esferas públicas das democracias ocidentais como ambientes dominados pelo poder e pela mídia, o que reforçaria essa objeção.

A resposta de Habermas para essa questão decorre da utilização da mesma estratégia aplicada para a descrição do funcionamento do sistema político-jurídico para dar conta das resolver os problemas no interior da própria periferia. O autor faz uma distinção entre três tipos de atores na esfera pública informal. Primeiro, diferencia os atores que surgem do público e participam na reprodução da esfera pública dos atores que ocupam uma esfera pública já constituída, a fim de aproveitar-se dela para exercer influência no sistema político – como, por exemplo, grandes grupos de interesses, bem organizados e ancorados em sistemas funcionais ²²³. A terceira categoria de atores seriam os profissionais da mídia – repórteres, jornalistas, publicitários etc. – que, por serem responsáveis pela seleção de informações e pelo controle do acesso aos meios de comunicação de massa tornam-se fonte de uma nova espécie de poder – o poder da mídia – o qual, embora já comece a ser regulamentado tanto juridicamente quanto por parâmetros ético-profissionais, não é suficientemente é controlado. Assim “o análogo ao problema do ‘amalgamento’ e ‘ensimesmamento’ do poder social e administrativo em relação ao poder comunicativo consiste, agora, no problema da definição unilateral e interessada, por políticos, publicistas e organizações privadas, do espectro de temas e do sentido do fluxo das comunicações com as quais o público, reduzido ao papel de consumidor passivo, é confrontado” ²²⁴. E, novamente, a saída encontrada por Habermas consiste em se concentrar não na normalidade, mas sim em situações de crise social. Nas suas palavras:

“Basta tornar plausível que os atores da sociedade civil, até agora negligenciados, podem assumir um papel surpreendentemente ativo e pleno de

²²² “Convém saber até que ponto as tomadas de posição em termos de sim/não do público são autônomas - se elas refletem apenas um processo de convencimento ou antes uma processo de poder, mais ou menos camuflado” (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol II...*, p. 108).

²²³ Ibid., p. 96.

²²⁴ Cf. SCHUARTZ, ob. cit., p. 291.

consequências, quando tomam consciência da situação de crise. Com efeito, apesar da diminuta capacidade organizacional, da fraca capacidade de ação e das desvantagens estruturais, eles têm chances de inverter o fluxo convencional da comunicação na esfera pública e no sistema político, transformando destarte o modo de solucionar problemas de todo o sistema político”.²²⁵

Mesmo porque, os grupos de interesses detentores de poder social, que exercem influência no sistema político *através* da esfera pública, quando participam de negociações reguladas publicamente ou de tentativas de pressão não-públicas, não podem usar, de forma explícita, os potenciais de sanção sobre os quais se apóiam. Isso se justifica na medida em que, “para contabilizar seu poder social em termos de poder político, eles têm que fazer campanha a favor de seus interesses, utilizando uma linguagem capaz de mobilizar *convicções*”²²⁶. E as opiniões públicas decorrentes dessas convicções, formadas graças ao uso velado de poder social – dinheiro ou poder organizacional – perdem sua credibilidade tão logo essas fontes de poder social são reveladas e se tornam públicas. O que decorre do fato de que “as opiniões públicas podem ser manipuladas, porém não compradas publicamente, nem obtidas à força”²²⁷. A rigor, “antes de ser assumida por atores que agem estrategicamente, a esfera, pública tem que reproduzir-se a partir de si mesma e configurar-se como uma estrutura autônoma”²²⁸.

Em resumo, portanto, o desenvolvimento, implementação e consolidação da idéia do Estado Democrático de Direito, entendida a partir da teoria do discurso, dependem não apenas da institucionalização jurídica dos correspondentes procedimentos e pressupostos comunicativos, como, também, da interação entre deliberações institucionalizadas e opiniões públicas elaboradas nas esferas informais do espaço público, tais como associações, movimentos sociais, organizações não governamentais etc.²²⁹. Ambas as condições são igualmente indispensáveis para que se possa falar em legitimidade do poder político nas sociedades modernas.

²²⁵ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol II...*, p. 115.

²²⁶ Ibid., p. 96.

²²⁷ Ibid., p. 97.

²²⁸ Ibid., loc. cit..

²²⁹ Sobre os conceitos de sociedade civil e esfera pública na obra de Habermas, ver: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – vol II...*, cap. VIII.

A seguir, apresentarei uma corrente teórica que tem buscado, a partir desse modelo teórico, investigar o tema da legitimidade da atividade de produção de normas das agências reguladoras no Brasil, destacando suas vantagens analíticas em relação à perspectiva dominante que tem orientado a grande maioria dos estudos sobre o tema no Brasil e problematizando algumas de suas premissas.