

# A FUNDAMENTAÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO: A PERSPECTIVA HABERMASIANA

LEONARDO ALEJANDRO GOMIDE ALCÁNTARA

## INTRODUÇÃO

Herdeiro e expoente da segunda geração da Escola de Frankfurt, “escola” dedicada à análise filosófica e sociológica da sociedade capitalista do século XX, onde se reuniram nomes como Adorno e Horkheimer, o filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas (1929) é atualmente considerado um dos mais importantes pensadores que buscam criticamente compreender a estrutura e a dinâmica da complexa sociedade contemporânea.

A proposta habermasiana, embora abarque amplamente as diversas esferas societárias, projeta-se em um ideal de democratização da sociedade sob uma ótica emancipatória e universalizável. Em sua visão - sustentada, sobretudo, em sua teoria da comunicação -, os elementos do mundo vivido e sua crescente racionalização, somados a concepções ético-morais e epistemológicas de formas fundamentais de integração social, confluem substancialmente sobre a organização da sociedade e sobre o campo de ação dos indivíduos dessa sociedade.

Habermas crê na comunicação lingüística como uma forma de possibilitar uma reestruturação social condizente com as demandas éticas e emancipatórias do mundo atual. A base de sua teoria é a “razão comunicativa”, possibilitada pelo *medium lingüístico*, conforme sua teoria do agir comunicativo e que Habermas propõe como substitutiva da “razão prática”.

A compreensão das bases teóricas que sustentam a proposta habermasiana de sociedade, de uma democracia exacerbada, é um caminho indispensável para analisar a sua perspectiva de sistemas societários específicos, como o objeto do presente estudo, que é o Direito e sua produção legítima, partindo da perspectiva da ética discursiva.

A pretensão de validade social de normas, sua aceitabilidade fática entre os membros do direito (adequação social) e sua legitimidade, enquanto fruto de um processo

legislativo racional, sustentado em preceitos éticos, morais e pragmáticos, são questões centrais de sua proposta. Em síntese, na idealização de Habermas para o direito, o meio de produção seria o discurso pautado em princípios, de atores conscientes, onde o resultado, adveniente de um consenso, origina o preceito normativo.

A construção Habermasiana da teoria jurídica propõe a análise de uma fundamentação sociológica do direito quanto ao confronto entre a realidade e as pretensões teóricas, assim como uma concepção de justiça partindo do afrontamento da teoria do discurso com outras propostas vigentes. A busca do filósofo é esclarecer porque o processo democrático pode ser um procedimento de uma normatização legítima, na medida que satisfaz as “condições de formação de opiniões e vontades inclusivas e discursivas”<sup>1</sup>, fundamentando a aceitabilidade racional das conseqüências entre os parceiros do direito. E, por outro lado, esse procedimento legítimo, que garante, na elaboração de uma constituição, os direitos fundamentais políticos e liberais, é mais condizente com a realidade – representada pelo mundo da vida – proporcionando, em última análise, uma forma ideal sob a perspectiva da ética e da justiça, de se conduzir o complexo mundo das sociedades pluralistas, multiculturais e midiáticas.

O presente estudo traz uma reflexão acerca da teoria habermasiana frente à estruturação dos conselhos municipais gestores de políticas públicas, paritários, deliberativos e normativos; abordando onde e como se inserem seus elementos centrais nesses espaços públicos de grande potencial democrático.

## 1. AGIR COMUNICATIVO E ÉTICA DISCURSIVA

Começarei abordando de forma sucinta as linhas gerais que sustentam a ética discursiva de Habermas.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> HABERMAS, Jürgen. O cisma do século XXI. Trad. In: Mais! Suplemento da **Folha de São Paulo**. P. 4-6. Em 24 de abril de 2005

<sup>2</sup> Para tanto, além de obras do autor, pego emprestado apontamentos em ROUANET, Sérgio Paulo. **Mal-estar na modernidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993; FARIAS, José Fernando de Castro. **Ética, política e direito**. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2004; e MELLO, Marcelo Pereira de. **Justiça e Sociedade: temas e perspectivas**. São Paulo: LTR, 2001..

Partindo dos três componentes estruturais do mundo vivido<sup>3</sup>, local de onde emerge a moral para Habermas<sup>4</sup>: a cultura – estoque de saber da comunidade, o conhecimento cognitivamente e cognoscitivamente adquirido e transmitido pelas gerações; a sociedade (integração social) – conjunto de ordenamentos legítimos pelos quais são reguladas as solidariedades dos membros da comunidade; e, a personalidade – representando as identidades pessoais que qualificam o viver em sociedade; Habermas propõe que essas relações sociais se dão por um processo mediatizado lingüisticamente, onde os indivíduos interagem organizando suas ligações recíprocas e coordenando seus projetos de ação. Para esse fenômeno Habermas designou o termo “agir comunicativo”.

O mundo da vida configura-se como uma rede ramificada de ações comunicativas que se difundem em espaços sociais e épocas históricas; e as ações comunicativas, não somente se alimentam das fontes das tradições culturais e das ordens legítimas, como também dependem das identidades de indivíduos socializados”<sup>5</sup>

A possibilidade de integração social <sup>6</sup>na ação comunicativa se dá por uma dupla estrutura da comunicação lingüística, qual seja, permite a comunicação entre dois ou mais atores sobre quaisquer assuntos de seus interesses e estabelece a forma de intersubjetividade que contextualiza o desdobramento desses assuntos. A linguagem perfaz sentenças de conteúdos descritivos e prescritivos, proporcionando também as condições para as realizações extralingüísticas desses conteúdos, o que, de certa maneira, forma a compreensão e condiciona o comportamento dos atores. O sentido extralingüístico (pragmático) é dado conforme a verbalização da sentença, ou seja, como ordem, como promessa ou como crença. Através da conexão com o contexto concreto cuja sentença é formulada, pode-se extrair um enunciado (ato lingüístico) que contém o elemento performativo e o proposicional.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Nas palavras de Habermas: “O mundo da vida, do qual as instituições são uma parte, manifesta-se como um complexo de tradições entrelaçadas, de ordens legítimas e de identidades pessoais – tudo reproduzido pelo agir comunicativo”.(HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, vol I pág.42).

<sup>4</sup> A moral para Habermas tem haver com a justiça, enquanto a ética é relativa ao bem do indivíduo ou da comunidade. Nota de rodapé em, HABERMAS, J., ob. cit., p. 23

<sup>5</sup>HABERMAS, Jürgen. **ob. Cit.**, p. 111

<sup>6</sup> Integração social no sentido de forças ilocucionárias de atos de fala que venham a ser utilizados para a coordenação de planos de ações de diferentes atores. Cfe. HABERMAS, J., ob. cit.,.

<sup>7</sup> ROUANET, Sérgio Paulo. **Mal-estar na modernidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. pág.215: “no enunciado ‘**prometo que p**’ a primeira parte constitui o elemento performativo e o segundo

Presente, ainda que implicitamente, em qualquer tipo de comunicação lingüística, o elemento performativo permite ao locutor ao mesmo tempo em que fala, executar a ação referida na sentença – conforme exemplo de Rouanet, no enunciado “prometo que p”, o autor da frase já está prometendo, executando a ação – simultaneamente linguagem e ação. O locutor é também ator e a relação lingüística é uma ação comunicativa.<sup>8</sup>

Os verbos performativos assumem um papel importante ao definirem o vínculo comunicativo e também a natureza desse vínculo. Por exemplo: tratando-se de verbos constatativos, serão expressas proposições cujos conteúdos serão relativos a fatos – narrar, explicar, descrever. Tratando-se de verbos representativos, o ator manifestará suas intenções e vivências subjetivas – admitir, negar. E, tratando-se de verbos regulativos, a relação entre os interlocutores é explicitada por meio de normas – comandar, proibir.

Sobretudo, o elemento performativo se caracteriza por sempre envolver uma pretensão de validade, ou seja, conforme o enunciado: regulativo – o interlocutor pressupõe a norma dita como válida ou justa; no caso de um enunciado constatativo, que as afirmações sobre determinado fato são verdadeiras. Em ambos os casos as afirmações podem ser sustentadas por provas ou argumentos, o que na proposta idealizada por Habermas, se faz necessário quando se quer atingir a validade das proposições. Ou seja, a problematização dos preceitos (colocar em dúvida) pressupõe o abandono da comunicação normal/espontânea e requer o ingresso no processo argumentativo, no discurso.

Para essa proposta idealizada, os participantes do discurso devem assumir uma posição crítico-hipotética de imparcialidade investigativa. Devem partir de uma suspensão da crença de validade da afirmação, em que, a argumentação discursiva conduzirá, através do consenso, à justificação ou à refutação, no caso de normas, daquelas que são apresentadas como justas. Sendo que as condições de validade, são interpretadas por uma comunidade, cujos membros se entendem entre si no interior de um mundo da vida compartilhado intersubjetivamente. Conforme Habermas:

Com o sentido assertórico de sua afirmação, um falante levanta a pretensão, criticável, à validade da proposição proferida; e como ninguém dispõe diretamente de condições de validade que não sejam interpretadas, a ‘validade’ (Gültigkeit) tem que ser entendida epistemicamente como ‘validade que se mostra pra nós’ (Geltung). A justificada pretensão de verdade de um proponente deve ser defensável, através de argumentos, contra objeções de possíveis

---

o conteúdo proposicional.”

<sup>8</sup> *Id.*, *ibid.* pág. 216

opponentes e, no final, deve poder contar com um acordo da comunidade de interpretação em geral”<sup>9</sup>

Observando que um enunciado de determinada proposição normativa encontra-se em um discurso prático, é imposto a esse, um princípio de universalização. Este pressupõe que interesses que não são universalizáveis não podem ser pautados como fundamentação de normas legítimas. Supõe que as normas são racionalmente validáveis e suscetíveis de serem falsas ou verdadeiras, sendo frutos de um consenso fundado num discurso conduzido por uma regra de argumentação prescrita no que Habermas denomina princípio “U”:

Toda norma válida deve satisfazer a seguinte condição: as conseqüências e os efeitos secundários que presumivelmente afetarão a satisfação dos interesses de cada um em particular, caso a norma venha a ser obedecida em geral, devem poder ser aceitas, sem constrangimento, por todas as pessoas afetadas.<sup>10</sup>

Por sua vez, o princípio de universalização justifica o da ética do discurso, ou princípio “D”, sendo este pressuposto pela escolha de normas fundamentadas, cuja pressuposição é o princípio “U”, compreendido como “princípio ponte”<sup>11</sup>. O enunciado do princípio “D” é: *“são válidas as normas de ação com as quais poderiam concordar, enquanto participantes de discursos racionais, todas as pessoas possivelmente afetadas.”*<sup>12</sup>

Dessa maneira, bastante sintética, se fundamenta a ética do discurso de Habermas, quanto à validade das normas, que passado seu procedimento legítimo de validação, exige-se uma adequação a situações concretas para sua aplicação, restabelecendo o vínculo com o mundo da vida que durante o discurso foi rompido.

## 2. UMA CONCEPÇÃO HABERMASIANA PARA O DIREITO

---

<sup>9</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade, vol I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pág. 32

<sup>10</sup> Idem, ibidem, p..322

<sup>11</sup> CASTRO FARIAS, José Fernando de. **Ética, política e direito**. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2004, p..76

<sup>12</sup>HABERMAS, Jürgen. **ob. cit.** pág. 321

A discussão levantada por Habermas<sup>13</sup> é abordada tendo como pano de fundo a tradição jurídica de seu país e a anglo-saxônica. Habermas trata a questão por um prisma metodológico pluralista como exigência da sociedade contemporânea, considerando perspectivas da teoria, filosofia, sociologia e história do Direito, assim como da teoria moral e da teoria da sociedade, na construção de uma teoria do Direito sustentada na teoria do discurso.

Proponho aqui uma abordagem sucinta das idéias que julguei centrais para uma compreensão global da proposta habermasiana. Embora seja limitada, essa síntese será ponto de auxílio na compreensão da teoria do discurso, objeto também do presente estudo.

A transição de uma sociedade cujas instituições se apresentavam de forma autoritariamente inabaláveis, onde as expectativas normativas se solidificam com as cognitivas formando um complexo indiviso de convicções axiológicas, para uma sociedade cuja complexidade permitiu a pluralização de formas de vida e a individualização de suas histórias, ocasionando uma decomposição das convicções sacralizadas e desamarrando o laço estreito das instituições fortes, acarretou em uma indagação que atinge o âmago do direito moderno, na qual Habermas aponta como a tensão entre a facticidade e a validade.<sup>14</sup>

As sociedades arcaicas validavam suas normas por tradições e convicções sustentadas em bases míticas ou sacralizadas, um “complexo cristalizado de convicções” que “afirma um tipo de validade revestida com o poder do factual”, ou seja, ocorre uma fusão entre a validade e a facticidade por meio de uma impositiva autoridade ambivalente que se caracteriza pelo misto de veneração e pavor que os objetos sagrados causam em seus contempladores.<sup>15</sup>

Diferentemente, as sociedades modernas se estruturam em um sistema de normas positivas e garantidoras das liberdades dos indivíduos, onde as características formais da obrigação e da positividade estão associadas a uma pretensão de legitimidade das normas.

A questão suscitada encontra, através da dupla face decorrente da validade do direito revelada a seus destinatários, duas dimensões mutuamente excludentes. De um lado, os atores podem se orientar pelo sucesso, à luz de suas próprias preferências, buscando estrategicamente burlar as ordens que limitam seu campo de ação; de outro, podem assumir

---

<sup>13</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2 volumes. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003

<sup>14</sup> *Id. Ibid.* Vol. I. pág.42

<sup>15</sup> *Id. Ibid.*, pág.43

um enfoque performativo, oriundo do entendimento dos atores, de uma situação negociada em comum e reconhecida intersubjetivamente, onde as normas são consideradas mandamentos válidos obedecidos por respeito à lei.

A validade de uma norma jurídica é dada sobre dois enfoques: Quando o Estado consegue garantir a sua obediência, ainda que coercitivamente, para a maioria dos cidadãos; e, quando o Estado, através de pressupostos institucionais, garante o surgimento legítimo da norma de forma que ela “possa ser seguida a qualquer momento por respeito à lei”. Considerando a superação da base de validade de um direito natural fundado na religião ou na metafísica, perde-se a ancora de fundamentação de legitimidade onde regras podem ser modificadas indeterminadamente pelo legislador político.

Diante dessa questão Habermas enxerga o processo democrático de produção do direito como fonte essencial, pós-metafísica, da sua legitimidade, sobretudo, quanto à liberdade de informações e de argumentos, de temas e de contribuições dentro de um sistema discursivo da formação política da vontade, ou seja, da suposição da aceitabilidade racional das normas estatuídas. Em outras palavras, através do agir comunicativo e sustentado pela teoria do discurso.

Pois, sem um respaldo religioso ou metafísico, o direito coercitivo, talhado conforme o comportamento legal, só consegue garantir sua força integradora se a totalidade de seus destinatários singulares das normas jurídicas puder considerar-se autora racional dessas normas. Nesta medida, o direito moderno nutre-se de uma solidariedade concentrada no papel do cidadão que surge, em última instância, do agir comunicativo.<sup>16</sup>

Primeiramente, partindo de uma teoria da sociedade, a perspectiva do direito, “associado ao sistema político” e configurado através de constituições, exerce funções fundamentais de integração social. Considerando outros elementos da integração social como o poder administrativo, o dinheiro (poder econômico) e a solidariedade, Habermas concebe este último como indiretamente provido do direito, uma vez que ele garante, partindo de uma idéia de direito consensual, relações simétricas de reconhecimento recíproco entre titulares abstratos de direitos subjetivos, sob a premissa de estabilização de expectativas de comportamento.

---

<sup>16</sup> *Id. Ibid.* pág. 49

O direito funciona como uma espécie de transformador, o qual impede, em primeiro lugar, que a rede geral da comunicação, socialmente integradora se rompa. Mensagens normativas só conseguem circular em toda amplitude da sociedade através da linguagem do direito; sem a tradução para o código do direito, que é complexo, porém aberto tanto ao mundo da vida como ao sistema, estes não encontrariam eco nos universos de ação dirigidos por meios.<sup>17</sup>

Desta forma Habermas aponta semelhanças estruturais entre o direito e o agir comunicativo fundamentadas no papel constitutivo que este exerce na produção e no emprego de normas do direito.

A segunda sustentação se dá no ponto de vista da teoria do direito. A idéia que os destinatários do direito devem poder se entender a todo tempo como autores desse direito – autodeterminação – sustenta a legitimação dos ordenamentos jurídicos modernos.

Sob a perspectiva contratualista essa autodeterminação dos sujeitos se configura como “o arbítrio privado de partes que celebram um contrato”. A busca de fundamentação para a ordem jurídico-social, partindo de decisões racionais, ocasionadas por indivíduos autônomos, leva a premissa de um estado original de sujeitos transcendentais, não contingenciados, de capacidade “genuinamente moral”. A proposta kantiana e posteriormente de Rawls com a “original position”, de uma moral deontológica fundada no contrato, é reinterpretada por Habermas a partir do modelo do discurso. Desta forma a comunidade jurídica não se constitui através de um contrato social, mas na base de um entendimento obtido através do discurso. Proposta que Habermas concebe como mais condizente com a realidade.

### **3. SOBRE JURISPRUDÊNCIA, HERMENÊUTICA E RACIONALIDADE: POR UMA TEORIA DO DISCURSO**

Partindo do enfoque do direito racional com base na teoria do discurso, Habermas busca elucidar de que forma o sistema de direitos e princípios do Estado podem ser realizados sob o paradigma jurídico de um modelo de sociedade contemporâneo, elucidando como esses realizam suas funções normativas.

Diferentemente de autores que definem o direito “em sentido amplo” como sistema social parcial, autopoieticamente fechado, especializado na estabilização de expectativas de

---

<sup>17</sup>*Id. Ibid.*, pág.82



comportamento – em que as comunicações sociais formuladas possuem como referência o direito<sup>18</sup> – Habermas propõe um sentido mais estrito, de forma que todas as interações, também as que não são orientadas pelo direito, são formas de produzir direito novo e reproduzi-lo<sup>19</sup>.

Ao observar empiricamente a institucionalização do direito percebe-se que há o envolvimento de várias instituições não jurídicas que agem de forma produzir e reproduzir o direito “preenchendo simultaneamente várias funções”, como ocorre no Estado democrático de direito, onde a função central é, obviamente, da legislação política, mas participam não apenas os partidos, eleitorado, governo e parlamentares como também, a prática de decisões das administrações e dos tribunais na medida de suas autoprogramações.

A tensão entre a facticidade e a validade do direito, nesta perspectiva, desloca sua manifestação como “princípio da segurança jurídica e a pretensão de se tomar decisões corretas.” .

Com relação a uma teoria da justiça que pretende normatização (como em Rawls), Habermas condena o grau de abstração, dizendo que essa opera acima das instituições e tradições existentes, ou seja, não há uma convergência devida entre a idéia e a realidade. Para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos devem satisfazer concomitantemente as condições de aceitabilidade racional (dos sujeitos do direito) e da decisão consistente (dos tribunais), no sentido de garantir a segurança jurídica.

A segurança jurídica exige além de decisões consistentes uma remissão a história institucional do direito como base das decisões atuais (coerência no ordenamento). Por outro lado, a legitimidade pretensa não se restringe a concordar com o tratamento das decisões passadas, mas que essa devem poder ser defendidas racionalmente e aceitas pela comunidade jurídica. “O problema consiste, pois, em saber como a aplicação de um direito contingente, pode ser feita internamente e fundamentada racionalmente no plano externo, a fim de garantir, simultaneamente a segurança jurídica e a correção.”

---

<sup>18</sup> “ A teoria dos sistemas abandona o nível dos sujeitos da ação, sejam eles indivíduos ou coletividade, e, amparada na densificação dos complexos organizatórios, chega à conclusão de que a sociedade constitui uma rede de sistemas parciais autônomos, que se fecham um em relação aos outros em semânticas próprias, formando ambientes um para os outros ” - Sobre a teoria sistêmica da autopoiesis. *Id. Ibid V.II., pág.71*

<sup>19</sup>*Id. Ibid. pág. 242*

Como a idéia do direito natural foi excluída, o direito não mais se subordina a padrões suprapositivos, Habermas aponta analiticamente três alternativas para o tratamento da questão central da teoria do direito.

Primeiramente trata-se da hermenêutica que propõe um modelo processual de interpretação. Esse modelo se inicia numa pré-compreensão valorativa que estabelece uma relação preliminar entre a norma e o estado de coisas que abre perspectivas para relacionamentos ulteriores. A medida que estes se constituem essa interpretação vai se tornado mais precisa à luz de princípios comprovados historicamente (tradição e costumes). Afirmada como teoria do direito a hermenêutica mantém a pretensão de legitimidade da decisão judicial.

A base da interpretação hermenêutica é a racionalidade da jurisprudência através da inserção “contextualista da razão no complexo histórico da tradição”. Essa questão leva a um ethos dominante (de perspectiva tradicionalista) que confrontado com sociedades pluralistas, para um “o que serve como afirmação historicamente comprovada, pode ser para o outro, mera ideologia ou preconceito”.

A segunda proposta analisada trata da teoria do realismo jurídico, ou teoria realista. Essa teoria, embora não conteste o valor descritivo da metodologia hermenêutica, chega a outra avaliação da pré-compreensão que comanda o processo de interpretação. Ela considera que determinantes extra-jurídicos empiricamente comprovados, preenchem as lacunas das decisões. São eles históricos, sociológicos, psicológicos etc. ou seja, a decisão jurídica pode ser explicada pelos interesses, pela pertença em camadas, por posições ideológicas por “n” fatores que esfrangalham a lógica própria do direito com indubitáveis conseqüências céticas.

Por último, quanto ao positivismo jurídico há uma lógica de legitimar o direito dentro do seu próprio procedimento, não se apoiando em tradições éticas e independentes da política – uma legitimação auto-referente. A idéia de regra fundamental (Kelsen) ou regra do conhecimento (Hart) leva o direito a remeter sua legitimação a um “início de sistema fechado”. Habermas aponta que no positivismo a garantia jurídica é um eclipse à garantia da correção. Em se tratando de casos difíceis, o positivismo, uma vez que o direito não dá conta de todos os estados de coisas, perde seu sentido pois o juiz deve decidir conforme seu arbítrio, muitas vezes através de preferências não fundamentáveis juridicamente (moral por exemplo).

Habermas busca avaliar a teoria de Dworkin quanto a sua busca de elucidar as falhas das propostas hermenêuticas, realistas e positivistas. Dworkin sustenta a possibilidade e necessidade de decisões consistentes ligadas às regras, ao contrario da teoria realista. Ele aponta contra o positivismo que as decisões corretas fundamentam o conteúdo através de princípios e não apenas pela forma e pelo procedimento. Argumenta, também que “a luz de princípios baseados na pré-compreensão da referência hermenêutica entrega o juiz a história de tradições autoritárias com conteúdo normativo”<sup>20</sup>. Dworkin tem em mente os direitos que gozam de validade positiva e merecem reconhecimento sob o ponto de vista da justiça. Embasado “na mesma consideração e igual respeito de cada um”, a teoria dworkiniana sustenta haver pontos de vista morais relevantes na jurisprudência.

A teoria discursiva do direito acata a idéia e explica que argumentos morais permeiam o direito através do processo democrático da produção da legislação e das condições de equidade da formação do compromisso. A inserção moral do direito significa que certos conteúdos morais são traduzidos para o código do direito e revestidos com um outro modo de validade, não havendo na sobreposição dos conteúdos uma dificuldade de diferenciação entre eles, uma vez mantida a diferença das linguagens.

---

<sup>20</sup>*Id. Ibid.279*

A capacidade moral para julgar, quando não inicia, acompanha a competência para a produção e aplicação de normas jurídicas. Conteúdos morais passam por uma transformação jurídica de seus significados. “o conteúdo moral de direitos fundamentais e de princípios do Estado de direito se explica pelo fato de que os ‘conteúdos’ das normas fundamentais do direito e da moral, `as quais subjaz o mesmo princípio do discurso, se cruzam”.<sup>21</sup>

Para compreendermos a crítica habermasiana e a teoria discursiva do direito se faz necessário uma breve menção da perspectiva de Dworkin<sup>22</sup>. Primeiro quanto à construção de uma teoria do direito e não da justiça. Ele parte de uma procura de princípios e determinações válidas que justifiquem uma ordem jurídica concreta, onde as decisões tomadas em casos singulares se enquadrem de forma coerente no sistema.

Para isso , ele lança mão de uma abstração representada por um juiz (juiz Hércules) sobre-humano em suas capacidades intelectuais que não apenas conhece todos os princípios e objetivos válidos, mas que pode varia-los hierarquicamente em uma visão completa do direito vigente e classifica-los criticamente, inserindo-os ao direito positivo e corrigindo erros passados.

A condição de Dworkin – americano e liberal – que possibilita se apoiar em um desenvolvimento constitucional contínuo de duzentos anos, lhe permite maior confiança do que seria em outros contextos que dificultariam muito a sua proposta de reconstrução racional – sem contudo impossibilita-la, na visão de Habermas. Através do conceito de “integridade”, que caracteriza o ideal político de uma comunidade (ato constituinte), na qual os parceiros do direito se reconhecem como livres e iguais; o Estado de Direito é apontado como direcionamento de todos os sistemas jurídicos vigentes, que proporcionaria um meio ideal para sua proposta da hermenêutica-crítica.

Contudo Habermas enxerga que esse ideal político poderia expressar uma falsa idealização, onde a prática constitucional não se exime de enganar-se sobre si mesma. Afirmando sua crítica quanto a proposta irrealizável de um juiz sobre-humano (o juiz Hércules) e quanto a insustentável contradição entre o princípio da autonomia contratual que leva pessoas privadas a agir por fins próprios e não por princípios que se apóiam na

---

<sup>21</sup> *Id. Ibid.*, pag. 274

<sup>22</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

solidariedade e na consideração recíproca. Habermas afirma haver no direito vigente uma gama de princípios que se contrapõe e inviabilizam uma reconstrução racional do direito.

Quando autores enfrentam a situação através de abstrações idealizadas como o juiz Hércules e a teoria coerencial dworkiniana, Habermas alega que ao se orientar por ‘ideais’ há uma sobrecarga “a uma jurisdição profissionalizante“, ou seja, a inviabilidade de uma supercomplexa tarefa de adequar ou aplicar na gama desordenada de princípios, o que seria ideal numa aplicação “prima facie”, tal qual é atribuída ao juiz Hércules (teoria monológica). Devido a isso Habermas reduz essa complexa tarefa a uma ”compreensão jurídica paradigmática que prevalece num determinado contexto”, não em um sistema de paradigmas “fechados” que recolocaria em cena o ceticismo jurídico realista, mas paradigmas jurídicos reflexivos, que podem se abrir uns aos outros e se comprovar na pluralidade de interpretações que as situações ocasionam.

Ao entender o direito como um *medium* que permite manter a autocompreensão de uma comunidade solidária – meio da integração social – Habermas afirma que Dworkin “teria que libertar Hércules da solidão” e ao invés de firmar as exigências ideais propostas a teoria do direito no ideal personificado de um juiz sobre-humano deveria ancorar essas exigências no “ideal político de uma sociedade aberta dos interpretes da constituição.”

Nesse sentido, Habermas recorre a uma concepção do juiz singular sob um caráter profissional, onde o processo de decisão, da interpretação construtiva do juiz, é um “empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos.” Esse caráter profissional acarreta em uma suposta comunidade de interpretação de especialistas em direito que orientam suas interpretações por *standarts* comprovados na profissão, que garantiriam a objetividade e a controlabilidade intersubjetiva do juízo fundamentados em paradigmas reflexivos e não fechados ao círculo da comunidade de juristas. Desta forma Habermas aponta o caminho para reconstrução prática de interpretação do direito, que é o de uma teoria e não o de uma dogmática; e, busca através de uma teoria da argumentação jurídica, que não se limitaria ao acesso lógico semântico ao discurso jurídico, assumir as exigências ideais que foram atribuídas ao juiz Hércules.

Habermas analisa a questão da aplicabilidade do direito em um nível pragmático das decisões judiciais, propondo uma hermenêutica embasada no mecanismo do agir comunicativo que não se restringe na maneira auto-suficiente, hermeneuticamente fechada,

do direito vigente. Englobando ao discurso jurídico, argumentos de procedências diversas como morais e éticos, sem contudo restringir o direito a esses campos, concebendo-o como um sistema de ação e um sistema de saber simultaneamente, fundamentado na teria do discurso.

#### **4. A TEORIA DE HABERMAS APLICADA AOS CONSELHOS MUNICIPAIS GESTORES DE POLÍTICAS PÚBLICAS.**

Pretendo tratar a questão estrutural dos conselhos municipais gestores de políticas públicas confrontada com a perspectiva teórica de Habermas sem, contudo, abranger casos específicos, me limitando às construções teóricas que vêm se consolidando sobre o assunto.

A abordagem se apresenta por dois eixos centrais: primeiro sob a perspectiva de espaços públicos que possibilitam que todos os atingidos por normas sociais gerais e decisões políticas coletivas possam participar de sua formulação e decisão. Para tanto, são considerados os conselhos deliberativos e normativos cuja estrutura se dá por uma paridade entre a representação da sociedade civil e a do poder público, focando os conselhos municipais por permitirem uma reflexão mais centrada e viável dentro do estudo. Em segundo, como a estrutura dos conselhos coaduna com as proposições da teoria do discurso e com a radicalização da democracia proposta por Habermas, considerando, não obstante, suas limitações.

Conforme visto, para Habermas o direito não é um sistema fechado autopoieticamente, sendo que, para o direito legítimo surgir de sua legalidade, este deve se alimentar da “eticidade democrática”, o processo democrático carrega o fardo da legitimação do direito. Isto pressupõe que os cidadãos devem utilizar plenamente seus direitos de comunicação e participação voltados para além da esfera privada, mas também para o bem comum: “é necessário que os cidadãos troquem seus papéis de sujeitos privados do direito e assumam a perspectiva de participantes em processos de entendimento que versam sobre regras de sua convivência”<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> HABERMAS, J., op. cit., vol. II. p.323

Essa proposição remete ao Estado Democrático de Direito uma função fundamental exercida no papel da sociedade civil e da esfera pública. De um lado a esfera pública deve se apresentar como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opinião, onde os fluxos comunicacionais podem ser filtrados e sintetizados de forma a condensarem opiniões públicas. Estas devem ser convergidas em temas específicos e reproduzidas através do agir comunicativo, sob uma linguagem que permite a compreensibilidade geral da prática comunicativa cotidiana<sup>24</sup>. Por outro lado, a sociedade civil, que comporta os movimentos sociais, organizações e associações, deve captar os problemas sociais inseridos nas esferas privadas e os transmitir para a esfera pública política, ou seja, “o núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação” capaz de institucionalizar os discursos, organizados de forma aberta e igualitária, para solucionar problemas sociais, transformando-os em questões de interesse geral dentro de esferas públicas<sup>25</sup>.

No confronto com a realidade, erguem-se imensas barreiras quanto a funcionalidade das proposições conceituais acerca da esfera pública e da sociedade civil: primeiro quanto a dependência de uma cultura política fortemente enraizada na sociedade quanto a liberdade e participação; segundo, dentro das sociedades midiáticas, onde a comunicação de massas submetida ao “poder” manipula e forma a opinião pública, são enfraquecidos substancialmente os eixos que possibilitam a persuasão comunicativa e a devida canalização do fluxo de temas de uma esfera para a outra (público/privado), ocorrendo na realidade uma amplificação da esfera pública de maneira invertida com a publicização do privado – conforme Bauman – no sentido de intimidades privadas de personalidades públicas, entre outros assuntos ocuparem o espaço dos verdadeiros assuntos de interesse geral<sup>26</sup>.

Dessa forma, um leito adequado para o desenvolvimento de uma democracia efetiva requer a superação dessas barreiras de forma que se possibilite o fortalecimento e a correta ampliação da esfera pública e da sociedade civil. Nesse contexto, os conselhos gestores de políticas públicas podem se apresentar como um canal de ligação público/privado eficiente,

---

<sup>24</sup> *Id. Ibid.* p.92

<sup>25</sup> *Id. Ibid.* p.99

<sup>26</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

com características de uma esfera pública efetivamente participativa e democrática onde podem se estabelecer discussões de temas de interesse comum.

Em primeiro plano, cabe salientar que os conselhos, independente de seus diferentes formatos e funções, são instrumentos de participação e descentralização do poder. Extraem-se como elementos essenciais à sua organização a necessidade de uma base social concreta, com representantes que devem possuir seus mandatos vinculados e revogáveis e o exercício de funções legislativas e executivas. São organizações dotadas de flexibilidade que articulam no plano funcional e territorial facilitando a transparência dos atos e decisões públicas e constituindo-se como um palco de discussões e disputas de posições políticas e ideológicas<sup>27</sup>.

No Brasil, dentre os conselhos consultivos e deliberativos, encontram-se variados formatos que se relacionam à “função” exercida pelo conselho: conforme são vinculados à implementação de ações focalizadas, como os conselhos gestores de programas governamentais; à elaboração, controle e implementação de políticas públicas, como os conselhos setoriais definidos por leis federais que tratam de direitos de caráter universal; os conselhos temáticos que tratam além de políticas públicas e ações governamentais temas transversais específicos; e, por último, os conselhos mais gerais que abrangem não apenas um, mas vários temas transversais.

Ao frisar os conselhos deliberativos que atuam na esfera municipal, ainda que sem especificá-los ou deixar de mencionar pontos mais gerais, pertinentes aos vários conselhos nos diversos níveis de governo, uma das indagações mais constantemente suscitada é a discrepância entre a finalidade para qual existem os conselhos e de fato como são realmente atendidas essas finalidades. Não pretendo elucidar essa questão, não me aprofundando no assunto que limito a trabalhar num plano mais conceitual na busca de aferir as inserções da proposta habermasiana, o que de qualquer forma não inviabiliza a problematização e a menção de apontamentos pertinentes ao aperfeiçoamento dessas instâncias de participação democrática.

Sob um prisma ideal, os conselhos representam espaços públicos que gozam de autonomia, apresentando uma esfera pública que não é meramente estatal e independente das estruturas de poder. Pode-se visualizá-los como uma partilha entre o governo e a

---

<sup>27</sup>Cfe. CARVALHO, Maria do Carmo A. A. C. **Conselhos Gestores de Políticas Públicas**. São Paulo: Polis, 2000, p.101



sociedade, um espaço de co-gestão para as decisões de políticas públicas. Por outro lado, outras interpretações enxergam a vinculação institucional dos conselhos ao aparelho do Estado como um cerceamento dessa autonomia, como exemplo pode-se apontar a exigência legal, presente em alguns conselhos, de homologação das deliberações e regimentos internos pelo chefe do executivo, afastando a perspectiva habermasiana de uma esfera pública autônoma.

De qualquer maneira, a realidade se apresenta ainda muito aquém das funções democráticas propostas pelos conselhos, muitas vezes os conselhos municipais são criados para atender as exigências formais de acesso a programas federais, repasse de verbas etc., sem muita estruturação e preparo da sociedade, ficando submetidos ao pleno controle dos prefeitos e sem interferir minimamente na cultura política dominante, do autoritarismo, do clientelismo e do patrimonialismo.

O aperfeiçoamento dos conselhos converge substancialmente aos propósitos habermasianos. Ao se apresentarem como aparatos mistos, seu devido funcionamento requer, como condição *sine qua non*, trilhar a independência plena dos poderes tradicionalmente constituídos, no sentido de não haver uma relação hierárquica de autoridade e se tornando assim uma nova institucionalidade pública efetivamente democrática. Ou seja, esse aperfeiçoamento requer buscar uma autonomia que assegure a respeitabilidade das deliberações dos conselhos e desate as restrições impostas pelo Estado, inclusive no aspecto econômico-financeiro, quebrando o monopólio dos tradicionais poderes como o governo, o parlamento, o judiciário, o poder econômico etc. Dessa forma, o poder do conselho não decorre meramente de lei, mas do debate público de diferentes atores que através de discursos racionais, sustentam argumentos, explicitam interesses e conduzem a negociação de políticas, normas e ações através do entendimento democrático.

Posto que os conselhos buscam tornar o aparelho estatal mais permeável e sensível as demandas éticas das atuais sociedades, sobretudo pela lógica da cidadania – e não substituir o Estado – a legitimidade de seu caráter deliberativo remete a consideração de dois pontos: a legitimação dos conselheiros que decorre da vinculação estreita entre a sociedade e a entidade representada, principalmente pelo processo de interlocução que pode ser desenvolvido com a população através dessas entidades. E a publicização dos debates no interior dos conselhos junto ao funcionamento de espaços abertos e plurais que podem

servir de instâncias críticas em relação às deliberações realizadas por esses<sup>28</sup>. É fundamental também, que o cidadão, individualmente concebido, possa ser inserido dentro desse mecanismo de participação, assegurando a ele a possibilidade de expressão e de defesa de interesses.

Os conselhos são frutos de uma transição de regime político, onde novos atores ganham voz. Entra em cena a sociedade civil, representada pelos movimentos sociais, entidades profissionais, ONGs, associações etc. que passam a ter influência direta e participação na formulação e execução de políticas públicas<sup>29</sup>. A emergência da sociedade civil como canal de expressão das demandas sociais e decodificadora dessas demandas para o interesse geral, encontra nos conselhos condições de realização desses papéis. Contudo, isso requer primeiramente o fortalecimento de uma cultura de participação, principalmente de educação cidadã para toda sociedade, fortalecendo a sociedade civil organizada. Segundo, a capacitação política e técnica dos conselheiros de forma a superar as assimetrias que a paridade governo/sociedade ocasionam. E terceiro, obviamente desconsiderando inúmeros outros obstáculos que a realidade apresenta aos conselhos, é tornar os conselhos efetivos e consolidados, de forma que possam: intercambiarem informações (articulação entre conselhos, conferências etc.), serem reconhecidos pela população como uma instância efetivamente democrática de defesa do interesse público, propor deliberações normativas e políticas públicas novas e fazer com que essas sejam implementadas na sociedade.

Dentro da perspectiva habermasiana os conselhos se apresentam explicitamente convergentes a teoria discursiva. Considerando num plano ideal, os conselhos possuem como instrumento de sua funcionabilidade o discurso argumentativo: uma norma, ação ou política pública deliberada só pode ser considerada válida se haver o consenso democrático entre os participantes conselheiros, sem, contudo, deixar de haver a devida abertura do discurso e para a apresentação de interesses para todos os afetados pelas decisões, ainda que não votem como conselheiros. A estrutura que representa os conselhos é um combate importante quanto à indevida ampliação do espaço público que a mídia exerce, à medida que esses novos espaços congregam segmentos da população, possibilitando sua articulação, troca de informações, aprendizado das questões efetivamente públicas, criam conceitos e formam opiniões, possibilitam, também, a transmissão desses conceitos a outros

---

<sup>28</sup> *Id. Ibid.pag.107*

<sup>29</sup> *Id. Ibid.pag.115*

segmentos da sociedade. E sobremaneira fortalecem a perspectiva de uma democracia condizente com o termo, de uma cidadania efetiva, além de ampliar a possibilidade de a comunidade ser autora das normas que disciplinam o seu viver.

## CONCLUSÃO

A teoria de Habermas propõe umnexo interno, não casual, entre a democracia e o Estado de direito. Ao considerar a complexidade da sociedade contemporânea – essencialmente pluralista – Habermas percebe que a legitimação do direito, de uma maneira ideal, só se concebe através do processo democrático, pois apenas esse garante a autonomia privada e pública dos sujeitos do direito. Ou seja, o processo democrático, permite que os direitos sejam formulados de maneira adequada, uma vez que os afetados pela imposição política desses direitos, foram esclarecidos em discussões públicas sob a sua relevância e esses direitos são consequência de um consenso mediatizado por discussões regradas.

Todavia, sua reconstrução racional do direito, embora contribua para uma visão integradora do direito, se sustenta, excessivamente, numa solução que não escapa do jogo processualístico tradicional. Nos dizeres de José Fernando de Castro Farias, “não se desvencilha do formalismo, bem como é insuficiente para servir como base para o entendimento de que a decisão jurídica de um caso particular só é ‘correta’ e ‘consistente’ quando se encaixa num sistema jurídico coerente.”<sup>30</sup>

Por outro lado as pretensões de legitimidade democrática do direito dão margem a interessantes idealizações e análises quanto à realidade, principalmente quanto a estrutura que os conselhos gestores de políticas públicas representam. Habermas parte do pressuposto de cidadãos conscientes e civicamente ativos que agem pelo entendimento solidário e não pelo interesse pessoal. Essa é uma realidade muito diferente da brasileira que carece substancialmente de uma educação cidadã e que se estrutura num sistema democrático anormalmente representativo e num sistema judiciário supostamente tradicionalista e essencialmente corruptível a interesses obscuros (imperam a teoria realista). Quanto aos conselhos, a realidade também se mostra muito afastada do ideal.

---

<sup>30</sup> CASTRO FARIAS, José Fernando de. *Ética, Política e Direito*. pág.299

Considerando existirem espaços públicos supostamente autônomos e independentes, como o caso dos conselhos, onde, para além do processo legislativo convencional, poderiam produzir um sistema de normas mais legítimas e adequadas, partindo consensualmente dos cidadãos; ao contrário de um sistema de normas imposto ou importado, muitas vezes inadequado socialmente, conforme a realidade nos mostra, chegaríamos a um ponto onde o projeto de Habermas não apenas exige uma convergência de interesses individuais com o bem comum, através de uma comunicação perfeita entre os indivíduos, mas também que esses indivíduos tomem partido das questões públicas que lhe são pertinentes.

Para proposta ideal de Habermas, ao aspirar nos seres humanos uma perfectibilidade comunicacional e que os seus interesses egoísticos sucumbam diante dos interesses solidários ou sejam convergentes, talvez se faça necessário mais do que uma tradição, cultura, costumes, educação e meios propícios...

Por outro lado, um caminho é apontado na superação de uma tradição democrática insuficiente para as demandas contemporâneas. Isto se daria através da radicalização democrática e de espaços públicos mais coerentes com a palavra democracia, onde os cidadãos poderiam trocar seu papel de sujeitos privados e assumir o papel de participantes efetivos e dessa forma legitimar as normas de sua convivência. Essa transição talvez seja o maior desafio da teoria de Habermas, que, no entanto, é necessária e urgente, embora ideal.

## **BIBLIOGRAFIA**

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

CARVALHO, Maria do Carmo A. A. e TEIXEIRA, Ana Cláudia C. **Conselhos gestores de políticas públicas**. São Paulo: Polis, 2000

CASTRO FARIAS, José Fernando de. **Ética, política e direito**. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2004.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HABERMAS, Jürgen. O cisma do século XXI. Trad. In Mais! Suplemento da **Folha de São Paulo**. P. 4-6. Em 24 de abril de 2005

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade, 2 volumes. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MELLO, Marcelo Pereira de. **Justiça e Sociedade**: temas e perspectivas. São Paulo: LTR, 2001.

ROUANET, Sérgio Paulo. **Mal-estar na modernidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.