

HABERMAS E A TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO

Habermas e la Teoria Discorsiva del Diritto

MESQUITA, R. G.

Recebimento: 21/04/2012 – Aceite: 10/07/2012

RESUMO: A Teoria Discursiva do Direito, de Habermas, apregoa que a legitimidade do ordenamento jurídico somente pode ser atingida mediante processos de validação discursiva com a participação de todos os afetados pelo ordenamento jurídico. Tendo em vista que Direito e Moral mantêm uma relação de simultaneidade em sua origem, que garante uma neutralidade normativa imediata para o Direito, e, por outro lado, há uma relação de complementaridade recíproca entre Direito e Moral em seu procedimento, com o que resta garantida a abertura do Direito ao universo moral. A efetiva participação dos cidadãos nos processos de validação discursiva está em conformidade com a noção de Estado Democrático de Direito, pois autoriza a tomada de decisões considerando todos os interesses envolvidos, com o adequado equilíbrio decorrente de procedimentos discursivos abertos à prevalência da argumentação mais racional.

Palavras-chave: Teoria Discursiva. Legitimidade do Direito. Procedimento discursivo de formação de decisões.

RIASSUNTO: Nella teoria discorsiva del diritto, Habermas dice che la legittimità del sistema giuridico può essere raggiunta solo attraverso di processi di validazione discorsivi con la partecipazione di tutti influenzati dal sistema legale. Dato che il Diritto e la Morale hanno un rapporto di simultaneità nella sua origine, che garantisce la neutralità di valori immediata per il diritto, e d'altra parte, c'è un rapporto di complementarità reciproca tra Diritto e Morale nella procedura, che garantisce l'apertura dell'universo morale per il diritto. L'effettiva partecipazione dei cittadini nei processi di validazione discorsiva è coerente con la nozione di uno Stato democratico, che autorizza l'assunzione di decisioni considerando tutti gli interessi coinvolti, con l'equilibrio a causa di procedure discorsive aperte alla prevalenza degli argomenti più razionali.

Parole chiave: Teoria del discorso. Legittimità della legge. Procedura discorsivo de formazione de decisioni.

Introdução

O presente trabalho pretende apresentar uma breve análise sobre a Teoria Discursiva do Direito, de Jürgen Habermas, com a finalidade de apurar se a construção do pensador alemão pode ser utilizada no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

As transformações paradigmáticas enfrentadas pelo Direito têm sido significativas e, atualmente, inclusive qualquer processo decisório de formação ou modificação da normatividade jurídica somente pode ser legitimado se precedido do diálogo democrático e conciliador, o qual supõe a efetiva participação de todos os envolvidos.

Assim sendo, pretende-se delinear os fundamentos da Teoria Discursiva do Direito, apontando seus critérios de legitimação e o alcance da razão comunicativa no discurso jurídico. Ainda, considerando as relações entre Direito e Moral acenadas por Habermas, objetiva-se acenar o papel da normatividade jurídica na ótica do referido autor germânico.

Por fim, a partir da referência às críticas comumente lançadas ao procedimento discursivo, faz-se uma análise da Teoria Discursiva do Direito em cotejo com o Princípio Democrático, a fim de indicar se a teoria habermasiana pode ser contextualizada no âmbito do ordenamento jurídico pátrio.

Ação comunicativa e Direito

A *Teoria da Ação Comunicativa*, de autoria de Jürgen Habermas, foi desenvolvida em sua *opus magnum* que leva o mesmo nome (HABERMAS, 1987), e inicialmente foi aplicada no âmbito da ética, no seu livro *Consciência moral e agir comunicativo* (HABERMAS, 1989). A *ação comunicativa* é um modelo de ação voltada para o entendimento

intersubjetivo através de um procedimento discursivo, consistente num diálogo não-coercitivo no círculo de todos os afetados pela norma discutida.

Posteriormente, na obra *Direito e Democracia: entre facticidade e validade* (HABERMAS, 1997), o autor amplia a seara de aplicabilidade do princípio discursivo, estendendo-o ao Direito. O princípio do discurso, com a roupagem do Direito, tornar-se-á o princípio fundamental da própria democracia, na medida em que a legitimidade das normas legais somente pode ser alcançada através de processos de validação discursiva. Isso se dá a partir de uma nova concepção acerca do relacionamento entre Direito e Moral.

A denominada *razão prática* era tida como o guia da ação individual, já que “Duas coisas encham o ânimo de admiração e veneração sempre novas e crescentes, quanto mais frequentemente e com maior assiduidade delas se ocupa a reflexão: *o céu estrelado sobre mim e a lei moral em mim*” (KANT, 1994, p. 183). Mas a guinada linguística experimentada pela filosofia contemporânea implica o abandono da categoria *razão prática*, que anteriormente funcionava como informativa para a ação do indivíduo.

Agora, com a razão comunicativa, não há apelo a uma esfera de fundamentação última para informar, imediatamente, a ação, no caso do Direito, para informar a ação legislativa. Essa estratégia é utilizada com o firme propósito de abandonar o modelo consagrado pela filosofia da consciência de uma normatividade que se torna prescritiva para a ação.

Consequência disso é que não se admite a subordinação do Direito Positivo ao Direito Natural. É descartada a possibilidade do Direito Positivo buscar legitimidade no Direito Natural Racional, já que as leis dependem, necessariamente, do discurso prévio entre todos os envolvidos, especialmente os dire-

tamente afetados pela ação legislativa. Não há mais o recurso a uma esfera prescritiva imediatamente informativa do *jus positum*.

Assim, Habermas abandona a ideia de complementaridade entre Direito e Moral e aposta na obtenção da legitimidade através da legalidade, sustentando que daí não decorre nenhuma contradição, pois:

O surgimento da legitimidade a partir da legalidade não é paradoxal, a não ser para os que partem da premissa de que o sistema do direito tem que ser representado como um processo circular que se fecha recursivamente, legitimando-se *a si mesmo* [...] A compreensão discursiva do sistema dos direitos conduz o olhar para dois lados: de um lado, a carga de legitimação dos cidadãos desloca-se para os procedimentos de formação discursiva da opinião e da vontade, institucionalizados juridicamente; de outro lado, a juridificação da liberdade comunicativa significa também que o direito é levado a explorar fontes de legitimação das quais ele não pode dispor (HABERMAS, 1997, v. I, p. 168).

A normatividade da razão comunicativa opera-se mediamente, após um consenso discursivamente estabelecido, com a prevalência do argumento mais racional. Surge a questão fundamental: o que fazer com aqueles que agem estrategicamente e não pretendem adotar as prescrições discursivamente estabelecidas? O Direito entra em cena e é chamado para equacionar a questão, pois as expectativas decorrentes do consenso são substituídas pelo monopólio estatal da força, ante a possibilidade de sancionar a não-adesão à ordem jurídica (MOREIRA, 1999). Eis:

[...] por que a teoria do agir comunicativo concede um valor posicional central à categoria do direito e por que ela mesma forma, por seu turno, um contexto apropriado para uma teoria do direito

apoiada no princípio do discurso [...] Nesta medida, a linguagem do direito pode funcionar como um transformador na circulação da comunicação entre sistema e mundo da vida, o que não é o caso da comunicação moral, limitada à esfera do mundo da vida (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 24 e 112).

A normatividade que recebe o *status* jurídico – considerada legítima pela observância do princípio discursivo – deve ser respeitada pelos indivíduos. Estes, na condição de co-autores do ordenamento jurídico, sofrerão uma sanção em caso de descumprimento do Direito, tendo em vista o monopólio estatal da violência. Mas as normas jurídicas podem ser questionadas? Para responder a esta questão é preciso incursionar pelo tema da legitimidade.

Legitimidade e normatividade jurídica

A legitimação do Direito somente pode ocorrer quando os próprios cidadãos são os produtores das leis, segundo a ideia de autodeterminação dos povos ou soberania política. Trata-se de importante inovação, pois tradicionalmente a Teoria do Direito trabalha com a categoria de *destinatários* das normas jurídicas, o que supõe uma instância produtora e outra receptora das leis.

Porém, Habermas sustenta que o Direito não deve ser considerado uma instância externa aos cidadãos. A categoria de *destinatários* das normas jurídicas leva a supor uma instância distinta, que elabora as leis com autonomia e sem relação direta com o corpo social. Via de consequência, coloca-se o Direito como *heterônomo* e colonizador do mundo da vida e, assim, sem legitimação. Convém conceituar *heteronomia*, conforme a acepção kantiana:

Autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças a qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é portanto: não escolher senão do modo que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal [...] Quando a vontade busca a lei, que deve determiná-la, em qualquer outro ponto que não seja a aptidão das suas máximas para a própria legislação universal, quando, portanto, passando além de si mesma, busca essa lei na natureza de qualquer dos seus objetos, o resultado é sempre *heteronomia*” (KANT, 1980, v. 2, p. 144-145).

Contudo, há que se descartar uma concepção de ordenamento jurídico na qual figure a categoria *destinatários* das normas jurídicas – cujo resultado apenas pode ser uma normatividade de caráter heterônomo – em favor de uma normatividade jurídica que se apresente como criação e reflexo da produção discursiva de todos os afetados pelo ordenamento jurídico. Para Habermas, Direito legítimo é somente aquele que emana da vontade dos cidadãos. Diz ele:

Onde se fundamenta a legitimidade de regras que podem ser modificadas a qualquer momento pelo legislador político? Esta pergunta torna-se angustiante em sociedades pluralistas, nas quais as próprias éticas coletivamente impositivas e as cosmovisões se desintegram e onde a moral pós-tradicional da consciência, que entrou em seu lugar, não oferece mais uma base capaz de substituir o natural, antes fundado na religião ou na metafísica. Ora, o processo democrático da criação do direito constitui a única fonte pós-metafísica da legitimidade (HABERMAS, 1997 v. 2, p. 308).

Na citação supra, Habermas reconhece que uma característica marcante do Direito, portanto, seria a capacidade de reunir ele-

mentos prescritivos, mas abertos à possibilidade de revogação, na medida em que “O que é válido precisa estar em condições de comprovar-se contra as objeções apresentadas factualmente” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 56).

Opera-se, assim, uma reviravolta no modo de conceber o ordenamento jurídico, pois a posição de *destinatários* é substituída pela posição de *coautores*. Nessa perspectiva, resta saber como viabilizar um processo de institucionalização da produção discursiva do Direito. No dizer de Habermas:

[...] a compreensão procedimentalista do direito tenta mostrar que os pressupostos comunicativos e as condições do processo de formação democrática da opinião e da vontade são a única fonte de legitimação. Tal compreensão é incompatível, não somente com a ideia platônica, segundo a qual o direito positivo pode extrair sua legitimidade de um direito superior, mas também com a posição empirista que nega qualquer tipo de legitimação que ultrapasse a contingência das decisões legisladoras (HABERMAS, 1997, v. 2, p. 310).

Para Habermas, o procedimento legislativo com vistas a institucionalizar a vontade democrática dos cidadãos deve observar dois aspectos: 1) as liberdades comunicativas devem ser canalizadas de maneira a possibilitarem uma esfera normativa que mostre as diretrizes dos discursos públicos a serem institucionalizados juridicamente; 2) também devem ser institucionalizados os procedimentos tendentes a afastar a contingência de decisões arbitrárias (MOREIRA, 1999).

O primeiro aspecto indica os temas que serão objeto de institucionalização; o segundo, o procedimento jurídico pelo qual há de ser contemplada a vontade democrática dos cidadãos. A partir desses critérios é pertinente referir o processo de modificabilidade da normatividade jurídica.

Modificação de normas jurídicas e razão comunicativa

Quanto aos equívocos normativos, existe a possibilidade da norma jurídica permanecer injusta, consagrar a arbitrariedade e instituir a violência, e por isso perder a legitimidade; ou, ao contrário, pode-se admitir a sua falibilidade e consagrar-se a revisão dos preceitos jurídicos. Essa segunda possibilidade é que deve vingar na ótica habermasiana, já que o procedimento legislativo não confere à norma jurídica autoridade absoluta, pois:

À luz dessa ideia de autoconstituição de uma comunidade de pessoas livres e iguais, as práticas usuais de criação, de aplicação e de imposição do direito são expostas inevitavelmente à crítica e autocrítica. Sob a forma de direitos subjetivos, as energias do livre-arbítrio, do agir estratégico e da autorrealização são liberadas e, ao mesmo tempo, canalizadas através de uma imposição normativa, sobre a qual as pessoas têm que entender-se, utilizando publicamente suas liberdades comunicativas, garantidas pelo direito, ou seja, através de processos democráticos. A realização paradoxal do direito consiste, pois, em domesticar o potencial de conflito embutido em liberdades subjetivas desencadeadas, utilizando normas cuja força coercitiva só sobrevive durante o tempo em que forem reconhecidas como legítimas na corda bamba das liberdades comunicativas desencadeadas (HABERMAS, 1997 v. 2, p. 324-325).

Para a teoria da ação comunicativa, entendida ao Direito e transformada em teoria discursiva do Direito, não se tem a *priori* uma esfera deontológica que forneça os padrões de conduta aceitos como inquestionáveis. O ordenamento jurídico também há de se instituir pela prevalência do melhor argumento e, em

face da tensão entre *facticidade* e *validade* no Direito – ou, o que é o mesmo, entre *eficácia* e *vigência* – a norma jurídica somente se institui com legitimidade quando expressa a vontade discursiva dos cidadãos, já que não mais satisfazem explicações fundadas na filosofia da consciência ou metafísica.

Nesse sentido, pode-se afirmar que as normas jurídicas e as normas morais são cooriginárias, na medida em que uma não é legisladora para a outra, isto é, não se pode apelar para o fundamento de uma buscando a normatividade da outra, pois ambas originam-se simultaneamente. Eis aí o sentido da relação de cooriginariedade entre o Direito e Moral afirmada por Habermas.

Habermas sustenta que em sua origem Direito e Moral mantêm relação de simultaneidade. Em seu procedimento, contudo, a relação é de complementariedade recíproca. A simultaneidade genética independentiza o Direito da normatividade moral, através de um princípio do discurso deontologicamente neutro, que garante neutralidade normativa imediata para o Direito.

A complementariedade pelo procedimento, por sua vez, garante à Moral uma irradiação para além de suas fronteiras, ou seja, resta garantida a abertura do Direito ao universo moral, pois “A relação *complementar*, no entanto, não significa uma neutralidade moral do direito. Pois o processo legislativo permite que razões morais fluam para o direito. E a política e o direito têm que estar afinados com a moral – numa base de fundamentação pós-metafísica” (HABERMAS, 1997, v. 2, p. 313).

Com a teoria discursiva do Direito opera-se a substituição do normativismo imediato da razão prática pelo normativismo mediato da razão comunicativa, notadamente ante a necessidade de observância do princípio do discurso para o estabelecimento das normas legais. Assim, a dependência normativa que o Direito tinha em face da Moral, é substituída

por uma relação de simultaneidade na origem. Essa relação de cooriginariedade entre Direito e a Moral implica um desligamento da eticidade tradicional.

Valendo-se dos estágios de desenvolvimento moral assinalados por Lawrence Kohlberg, em sua teoria do desenvolvimento moral (KOHLBERG *apud* HABERMAS, 1989, p. 152-154), Habermas sustenta que a modernidade desliga-se da eticidade substancial quando passa ao nível de fundamentação pós-convencional, no qual abandonam-se certezas não problematizáveis advindas da metafísica e/ou da força da tradição. A Moral assume a natureza de um procedimento argumentativo, o qual culmina com a prevalência das normas fundadas no argumento mais racional consensualmente estabelecido. Estas normas morais não têm obrigatoriedade, salvo se houver apelo para a relação com o Direito, isto é, desde que tais normas tenham também *status* jurídico, pois somente as normas jurídicas são obrigatórias, sob a ameaça de sanção no caso de seu descumprimento.

Não se pode desconhecer que a realização do procedimento universal argumentativo não significa que após se siga a ação moral correspondente, pois há um fosso entre o procedimento de universalização moral e a institucionalização da ação respectiva, eis que:

Naturalmente a moral culturalmente oscilante também se refere a *possíveis* ações; no entanto, de si mesma, ela não mantém mais vínculo com os motivos que impulsionam os juízos morais para a prática e com as instituições que fazem com que as expectativas morais justificadas sejam realmente preenchidas. A moral que se retraiu para o interior do sistema cultural passa a ter uma relação apenas virtual com a ação, cuja atualização depende dos *próprios* atores motivados. Estes precisam estar dispostos a agir conscientemente. Uma moral

da razão depende, pois, de processos de socialização que produzem as instâncias correspondentes da consciência, a saber, as formações do superego. A sua eficácia para a ação depende mais do acoplamento internalizador de princípios morais no sistema da personalidade, do que a fraca força motivacional contida em bons argumentos (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 149.)

O Direito, porém, além de ser um sistema de saber, é também um sistema de ação e, em consequência, alivia a Moral do fardo da integração social, que sozinha não pode realizar. Por isso que o Direito agora aparece como categoria central e indispensável no pensamento habermasiano. Importante salientar, a seguir, as razões noticiadas por Habermas para a centralidade do Direito na sua formulação teórica.

Exigências cognitivas, motivacionais e organizacionais

Por pertencer simultaneamente às esferas cultural e institucional, o Direito é capaz de minimizar a distância entre o *ideal* e o *real* através de uma complementaridade procedimental. É que o ator – como pessoa moral – encontra-se sob a égide de uma cultura. Compete a ele fazer a passagem desse saber cultural do universal para o particular, ou seja: converter a norma em fato através de sua atuação.

Ao fazer isso, a pessoa moral encontra-se sob o pesado fardo de exigências cognitivas, exigências motivacionais e exigências organizacionais. Essas exigências são aliviadas à medida em que a pessoa moral passa a viver sob os auspícios do Direito, pois “ A pessoa que julga e age amoralmente tem que se apropriar autonomamente desse saber e elaborá-lo e transpô-lo para a prática. Ela se encontra sob exigências cognitivas (a), motivacionais

(b) e organizatórias (c) inauditas, das quais é *aliviada* enquanto pessoa jurídica” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 150). Mas em que consistem, afinal, tais exigências?

A exigência cognitiva opera-se quando da passagem da norma para o fato. Isso exige um procedimento universal argumentativo, norteado por princípios aceitos pelos participantes do discurso, cujo intuito é discutir e, se for o caso, restaurar as pretensões de validade implícitas nas situações de fala mas que, por terem sido rejeitadas por um dos falantes, encontram-se temporariamente suspensas.

A Moral, portanto, é capaz de avaliar as questões controvertidas, na medida em que “é especializada em questões de justiça e aborda em princípio *tudo* à luz forte e restrita da universalidade. O seu *telos* consiste na avaliação imparcial de conflitos de ação, relevantes do ponto de vista moral, visando, pois, a um saber capaz de orientar o agir, mesmo que não seja capaz de *dispor* para o agir correto” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 149).

Mas exatamente em face disso pode surgir a indeterminação cognitiva, tendo em vista que não há obrigatoriedade para a ação. Na Teoria Discursiva do Direito, de Habermas, tal indeterminação resolve-se pelo Direito como fonte mediata para a constituição da normatividade, pois “O legislador político decide quais normas valem como direito e os tribunais resolvem, de forma razoável e definitiva para todas as partes, a disputa sobre a aplicação de normas válidas, porém carentes de interpretação” (HABERMAS, 1997, v. I, p. 151).

Assim haveria o alívio dos sujeitos quanto aos fardos cognitivos de definição do que é justo ou injusto:

O sistema jurídico tira das pessoas jurídicas, em sua função de destinatárias, o poder de definição dos critérios de julgamento do que é justo e do que é injusto. Sob o ponto de vista da complementaridade entre direito e moral, o processo

de legislação parlamentar, a prática de decisão judicial institucionalizada, bem como o trabalho profissional de uma dogmática jurídica, que sistematiza decisões e concretiza regras, significam um alívio par ao indivíduo, que não precisa carregar o peso cognitivo da formação do juízo moral próprio (HABERMAS, 1997, v. I, p. 151).

A consequência daí decorrente, acenada por Habermas, é que com a eliminação dessa incerteza cognitiva diante da juridificação das normas, opera-se a passagem do saber para a ação.

A exigência motivacional, por sua vez, surge quando a normatividade originária do acordo comunicativo é incapaz de gerar um consenso. O comportamento tido como correto pode não obter adesão, em face do pluralismo e do multiculturalismo próprios das sociedades pós-metafísicas, que não raras vezes conduzem ao dissenso. “À indeterminação cognitiva do juízo orientado por princípios deve-se acrescentar a *incerteza motivacional* sobre o agir orientado por princípios conhecidos” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 151). A incerteza motivacional decorrente do dissenso é superada diante da obrigatoriedade dos preceitos jurídicos, pois tal incerteza motivacional:

[...] é absorvida pela facticidade da imposição do direito. Na medida em que não está ancorada suficientemente nos motivos e enfoques de seus destinatários, uma moral da razão depende de um direito que impõe um agir conforme as normas, deixando livres os motivos e enfoques. O direito coercitivo cobre de tal modo as expectativas normativas com ameaças de sanção, que os destinatários podem limitar-se a considerações orientadas pelas consequências (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 151-152).

Portanto, em face da incerteza motivacional decorrente do dissenso para agir conforme

as normas discursivamente estabelecidas, o Direito é chamado para aliviar o sujeito moral da exigência motivacional, diante da possibilidade de aplicação de sanção, que coíbe comportamentos desviantes.

Outro tema bastante relevante na proposta habermasiana e conexo com o da incerteza motivacional é o que diz respeito à imputabilidade moral, em cotejo com a imputabilidade jurídica. Para Habermas, a inimputabilidade moral é compensada em face da atuação do Direito, que institui a imputabilidade pela não-observância de preceitos jurídicos. No dizer de Habermas:

O problema da fraqueza da vontade acarreta o da *imputabilidade*. De acordo com uma moral da razão, os indivíduos singulares examinam a validade de normas, pressupondo que estas são seguidas facticamente por cada um. E, se a validade das normas implica o assentimento racionalmente motivado de todos os atingidos, sob a condição de uma prática de obediência *geral* a normas, então não pode ser *exigido* de ninguém que se atenha a normas válidas, enquanto a condição citada não estiver preenchida. Cada um deve poder esperar que todos sigam as normas válidas. Normas válidas só são imputáveis quando puderem ser impostas facticamente contra um comportamento desviante (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 152).

Habermas concede um lugar de destaque à sanção jurídica na sua Teoria Discursiva do Direito, já que a autorização especial para o uso da força decorre da legitimidade que fundamenta as normas jurídicas diante da observância do princípio discursivo, sanção essa que deve ser imposta àqueles que desrespeitam essa normatividade legítima.

Por outro lado, a imputabilidade dos deveres morais para se fazer exequível tem de apelar para uma cadeia organizacional que permite levar a contento tal obrigação. É

que entre a consciência da obrigação moral e os instrumentos para tornar efetivas ditas obrigações há um abismo. Essa exigência organizacional é satisfeita pela institucionalização de normas jurídicas fundadas num ordenamento logicamente encadeado, com a ideia de plenitude sistemática, pois as normas jurídicas suprem as próprias lacunas e apontam para uma solução legal de qualquer questão que possa vir a ser problematizada.

Habermas adverte que as instituições garantidas pela tradição carecem de legitimidade e, em face disso, há uma permanente *pressão da justificação* (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 153) incidente sobre as instituições desvalorizadas, razão pela qual o Direito Positivo – como sistema de ação – constitui uma reserva que pode substituir outras instituições:

O direito não é recomendado apenas para a reconstrução dos complexos de instituições naturais que ameaçam ruir devido à subtração da legitimação. Em virtude da modernização social, surge uma necessidade organizacional de tipo *novo*, que só pode ser satisfeita de modo construtivo. O substrato institucional de áreas de interações tradicionais, tais como a família e a escola, é reformulado através do direito, o qual torna possível a *criação* de sistemas de ação organizados formalmente, tais como os mercados, empresas e administrações. A economia capitalista, orientada pelo dinheiro, e a burocracia estatal, organizada a partir de competências, surgem no *medium* de sua institucionalização jurídica (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 153-154).

Aqui novamente Habermas aluda à ideia de Direito legítimo como instrumento de integração social, ante a impotência do dever-ser moral para fazê-lo. A relação de complementaridade entre Direito e Moral, por sua vez, assume a função de irradiar o discurso moral para diferentes áreas de ação, inclusive o ordenamento jurídico.

Por conseguinte, resta estabelecida uma relação entre Direito e Moral com duplo aspecto: o de cooriginariedade ou simultaneidade na origem, o qual possibilita uma neutralidade normativa imediata para o Direito; e o de complementaridade procedimental, através do qual o universo jurídico – via procedimento legislativo – recebe luzes do universo moral.

A Teoria Discursiva do Direito de Habermas, em suma, é marcada por três características fundamentais: 1) há um rompimento com a razão prática, à medida em que a razão comunicativa não mais se coloca como informativa para a ação, ou seja, a razão comunicativa não é imediatamente prática; 2) há uma validade falível intrínseca ao Direito, pois a problematização da norma jurídica pode ensejar a sua revogação; 3) há uma recusa da complementaridade originária entre Direito e Moral em favor de uma relação de cooriginariedade. (MOREIRA, 1999).

Diante desse complexo arsenal teórico habermasiano, releva indicar as críticas que lhe foram endereçadas, e, especialmente, se a teoria do pensador alemão pode ser transportada para o contexto do ordenamento jurídico brasileiro. É o que se pretende fazer no item seguinte.

Teoria Discursiva do Direito contextualizada

A Teoria Discursiva do Direito sofreu as mesmas críticas anteriormente endereçadas à Ética Discursiva de Habermas, consistentes na impossibilidade fática de efetivação de um procedimento discursivo no qual prevaleça o melhor argumento.

Com efeito, é impossível, por exemplo, um processo eleitoral observar critérios de liberdade e justiça se grande parte do eleito-rado não tem alcance para discernir os temas

centrais do debate político, ou se estão padecendo de fome ou trabalhando sob condições opressivas durante grande parte do tempo (ACKERMAN, 1999).

Ou, ainda, é acenada a impossibilidade de uma cidadania plenamente autônoma enquanto a questão da exclusão social não for resolvida, pois “Como ter cidadãos plenamente autônomos se suas relações estão colonizadas pela tradição que lhes conforma o munda da vida?” (STRECK, 2003, p. 13).

Tais críticas inequivocamente encontram arrimo fático! Mas não se pode olvidar que a *situação ideal de fala* apresenta-se como mero critério da argumentação discursiva, já que importa na distribuição simétrica de oportunidades de eleição e de efetivação dos atos de fala. Nela impera apenas a *coaço* do melhor argumento racional, em face de seus postulados contidos nas regras discursivas:

a) Postulado da igualdade comunicativa. Todos os possíveis participantes do discurso argumentativo devem ter igual chance de usar atos de fala comunicativos.

b) Postulado da igualdade de fala: todos os participantes do discurso devem ter a mesma chance de proceder a interpretações, fazer asserções, recomendações, explicações e justificações, bem como de problematizar pretensões de validade.

c) Postulado da veracidade e sinceridade: os falantes aceitos no discurso devem ter a mesma chance de utilizar atos de fala representativos, isto é, devem ser capazes de expressar ideias, sentimentos e intenções pessoais.

d) Postulado da correção de normas. No discurso, os agentes devem ter chance de empregar atos de fala regulativos, isto é, de mandar, de opor-se, de permitir e de proibir, de fazer promessas e de retirar promessas (SIEBENEICHLER, 1989, p. 105).

Destarte, é possível identificar que a situação ideal de fala é inerente à estrutura da fala e, por isso, é sempre operante, posto que é condição de possibilidade de qualquer entendimento. A situação dialógica ideal jamais efetivar-se-á plenamente em situações históricas concretas. Contudo, os sujeitos comunicativos agem como se ela fosse real; como se inexistissem distorções na comunicação. Em face disso, a idealização de uma situação de fala constitui-se numa antecipação contrafática.

Mas se a situação ideal de fala ou procedimento discursivo opera em nível contrafático, qual é a relevância pragmática de uma Teoria Discursiva do Direito, nos termos propostos por Jürgen Habermas?

Em verdade, a própria formação discursiva da normatividade jurídica está implícita na noção de Estado Democrático de Direito, que consagra o Princípio Democrático, assim explicitado no texto constitucional: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (art. 1º, § único). Sobre o Princípio Democrático, vale a pena mencionar a seguinte lição:

Só encarando as várias dimensões do princípio democrático (propósito das chamadas teorias complexas da democracia) se conseguirá explicar a relevância dos vários elementos que as teorias clássicas procuravam unilateralmente transformar em *ratio e ethos* da democracia. Em primeiro lugar, o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da teoria democrática representativa – órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação dos poderes. Em segundo lugar, o princípio democrático implica democracia participativa, isto é, a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controle

crítico na divergência de opiniões, produzir inputs políticos democráticos. É para este sentido participativo que aponta o exercício democrático do poder (art. 2º), a participação democrática dos cidadãos (art. 9º/c), o reconhecimento constitucional da participação directa e activa dos cidadãos como instrumento fundamental da consolidação do sistema democrático (art. 109) e o aprofundamento da democracia participativa (art. 2º)” (CANOTILHO, 2000, p. 286).

A efetiva participação dos cidadãos é por demais relevante, pois “no atual cenário constitucional, os direitos fundamentais são regras de ônus de argumentação que jogam em desfavor das intervenções restritivas da liberdade que os poderes estatais pretendam levar a cabo para a consecução de suas atividades” (SCHWANKA, 2011, p. 79).

A constitucionalização do Direito exige procedimentos discursivos abertos à prevalência de argumentação racional, aptos a garantir a legitimidade das decisões e, com isso, promover uma pactuação social comprometida com os valores constitucionais adotados de forma democrática.

Apesar da cidadania incipiente da sociedade brasileira - que sequer chegou a experimentar um efetivo Estado Social de Direito - a consagração do Estado Democrático de Direito no atual texto constitucional objetiva incentivar uma efetiva participação do cidadão no processo de tomada de decisões, para um maior equilíbrio dos interesses envolvidos, e para a prevalência do argumento mais racional, conforme a sugestão da teoria habermasiana.

Considerações finais

Após esses breves reflexões, é possível concluir que *ação comunicativa* é um modelo de ação voltada para o entendimento

intersubjetivo através de um procedimento discursivo, consistente num diálogo não-coercitivo no círculo de todos os afetados pela norma discutida. A *razão prática* fornece um complexo de valores que funcionava como guia para a ação individual. Com o abandono da razão prática e adoção da *razão comunicativa*, somente a validação discursiva pode servir de guia, sendo a força do melhor argumento que deve prevalecer.

No âmbito de Direito, o princípio do discurso é fundamental para a própria Democracia, pois a legitimidade do ordenamento jurídico somente pode ser atingida mediante processos de validação discursiva. A Teoria Discursiva do Direito, tal como concebida por Habermas, implica uma normatividade jurídica que se apresenta como criação e reflexo da produção discursiva de todos os afetados pelo ordenamento jurídico.

Há uma verdadeira transformação na concepção de ordem jurídica, pois a posição de *destinatários* das normas legais é substituída pela posição de *coautores*, através de um procedimento legislativo que contemple os temas a serem objeto de discussão e o próprio procedimento jurídico que consagre a força do melhor argumento racional representativo da vontade democrática dos cidadãos.

Direito e Moral mantêm uma relação de simultaneidade em sua origem, que garante

uma neutralidade normativa imediata para o Direito, e, por outro lado, há uma relação de complementaridade recíproca entre Direito e Moral em seu procedimento, com o que resta garantida a abertura do Direito ao universo moral.

A institucionalização do Direito alivia a pressão de justificação própria do universo moral, pois a juridificação das normas opera a passagem do saber para a ação, já que a sanção coíbe comportamentos desviantes e, em tese, há uma solução legal de qualquer questão que possa vir a ser problematizada.

A *situação ideal de fala*, segundo a qual há uma distribuição simétrica de oportunidades de eleição e de efetivação dos atos de fala e impera a força do melhor argumento racional, não existe em condições históricas concretas, mas opera como antecipação contrafática. Exemplo disso é que o Estado Democrático de Direito supõe exatamente a validação discursiva da normatividade jurídica.

Além disso, a constitucionalização do Direito deve estar fundada em procedimentos discursivos com preponderância da argumentação mais racional, com a efetiva participação dos cidadãos nos processos de tomada de decisões, para a devida adequação dos interesses envolvidos, em consonância com a proposta habermasiana.

AUTOR

Rogério Garcia Mesquita - Professor de Direito Processual Civil e de Estágio de Prática Jurídica da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Campus de Erechim. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. E-mail: rogeriomesquita@uricer.edu.br

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, B. **La política del diálogo liberal**. Barcelona: Gedisa, 1999.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- _____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2v., 1997.
- KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Lisboa: Edições 70, 1994.
- _____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. In Os Pensadores: Kant. São Paulo: Abril Cultural, 1980, v. II.
- MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: UFMG/FAFICH, 1999.
- SCHWANKA, Cristiane. **A processualidade administrativa como instrumento de densificação da administração pública democrática: a conformação da administração pública consensual**. In Rev. do TCE/MG, jul-set/2011, v. 80, n. 3, ano XXIX.
- SIEBENEICHLER, Flávio Beno. **Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil**. In ANDRADE, André Gustavo Corrêa de (org.). A Constitucionalização do Direito: A Constituição como *Locus* da Hermenêutica Jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.