

**A BUSCA PELA “RACIONALIDADE” NO DIREITO
há democratização a partir da teoria do agir comunicativo?**

Rosa Maria Freitas do Nascimento*

Sumário: Introdução; A crença no exercício racional do direito; O papel do direito na racionalização do mundo da vida; Intersubjetividade e linguagem: a função da racionalidade comunicativa; O discurso e a argumentação: (re)qualificação da democracia; Considerações finais: os impasses da questão democrática; Referências.

RESUMO

As discussões sobre a definição de “critérios de racionalidade”, e a aplicação do atributo “racional”, são correntes no Direito. A insistência na fixação de controles sobre decisões judiciais, dispositivos legislativos e demais práticas observa-se por dois ângulos: internamente, em face do funcionamento do aparelho administrativo e jurisdicional, serve como critério de racionalização da própria atividade com vista à eficiência, à impessoalidade e à técnica; externamente, a crença na realização da justiça tornou-se uma garantia de ordem pública. O texto discute as posições atuais sobre a administração da justiça que recai incessantemente na busca por um sólido apoio na racionalidade e na democracia.

Palavras-chave: DIREITO - AGIR COMUNICATIVO - DEMOCRACIA

ABSTRACT

The debate over the definition of “rationality criteria”, and the designation of something as rational, are both recurrent in the area of Law. The persistence on the definition of instances of judicial and legislative control and other practices can be observed by two angles: internally, due to the functioning of the administrative and judicial apparatus, which can be used as criteria of rationalization of the activity as efficient and impersonal; and externally,

* Mestranda em direito pelo PPGD/UFPE

where the belief of rationalization of the judicial system became a guarantee of public order. This essay discusses the current positions on the administration of justice, which falls on the insistent search for a solid rational support for democracy.

Keywords: LAW - COMMUNICATIVE ACTION - DEMOCRACY

Introdução

As discussões sobre a definição de “critérios de racionalidade”, ou a aplicação do atributo “racional”, são correntes no direito. A insistência na fixação de controles sobre decisões judiciais, dispositivos legislativos e demais práticas observa-se por dois ângulos: internamente, em face do funcionamento do aparelho administrativo e jurisdicional, serve como critério de racionalização da própria atividade com vista à eficiência, à impessoalidade e à técnica; externamente, a crença na realização da justiça tornou-se uma garantia de ordem pública. O exercício jurisdicional é considerado legítimo e democrático pela sociedade quando há implícita a garantia de uma decisão que proteja certos bens considerados fundamentais.

No atual estágio da união direito e democracia, o tipo ideal de jurisdição deverá espelhar a ideologia da prestação judicial. Nas sociedades capitalistas avançadas de moralidade “pós-convencional”, a questão democrática depende de crenças: a “racionalidade” do direito é uma das mais sólidas. O interessante é que, mesmo em face das incongruências latentes, o modelo popularizou-se independente das condições econômicas, sociais e políticas. Os discursos sobre eficiência, legalidade e legitimidade do aparelho do judicial repetem-se em países centrais e periféricos, em ditaduras e democracias, em sociedades com altos graus de escolaridade e entre povos analfabetos. A uniformização de padrões tão diversos de vida a partir de discursos desconexos dos contextos sócio-históricos gera distúrbios.

Uma leitura corrente nos centros de pesquisa de direito é a teoria do agir comunicativo de Habermas. Há a herança da crítica aos padrões de racionalidade, a identificação de distúrbios na comunicação e uma tentativa de indicar uma saída para as contradições das sociedades atuais. As categorias básicas de alicerce dos discursos científico e histórico são discutidas. A proposta teórica de uma racionalidade que se fundamenta na comunicação e na intersubjetividade é uma apreensão que inova os modelos tradicionais. O deslocamento dos

padrões de mundo fundado apenas no sujeito, ou no determinismo e no funcionalismo dos sistemas sociais, é outra questão que merece uma atenção. Noutra prisma, os questionamentos que surgem da reinterpretação da racionalidade de fins por uma racionalidade de entendimento mútuo podem ser um dos caminhos para a proposição de novas formas de agir e busca pela cooperação.

Na exposição dividiu-se o texto em quatro tópicos: (1) discute-se a crença na racionalidade do direito como requisito para a legitimidade e como baluarte para modelo democrático ambos ancorados nas práticas das sociedades ocidentais; (2) há uma exposição sobre o papel da comunicação e da intersubjetividade na proposição de racionalidade de Habermas; (3) aponta-se o papel do direito na racionalização do mundo da vida; (4) dedica-se a digressões sobre o discurso e a argumentação e a (re)qualificação da democracia.

A escolha das referências recaiu sobre trabalhos que tivessem uma clara vinculação ao tema. Na utilização do material de consulta procurou-se ser fiel às categorias e terminologias dos doutrinadores sem efetuar inovações. Evidencia-se uma atitude crítica e cética sobre as teorias que insistem em afirmar critérios ontológicos e definitivos para o atributo “racional”.

A crença no exercício racional do direito

Ao aplicar a teoria de Habermas ao problema proposto várias questões surgem: a primeira questão é que a racionalidade que está na base das teorias, dos discursos correntes e nas práticas dos operadores jurídicos; a segunda situação é a fundamentação com aspiração de legitimidade das instituições burocráticas.

Há influência da teoria weberiana na proposta de Habermas. Isto pode ser observado na compreensão pós-tradicional e pós-convencional de uma moralidade fincada na racionalidade do funcionamento e das motivações para a crença na ordem jurídica. Mesmo que a laicização do direito pareça um ponto pacífico nas teorias sobre a ordem jurídica, no aparelho judiciário e no diploma constitucional brasileiros, há implicitamente o apelo corrente a uma moralidade declaradamente cristã. Na Europa continental e insular a discussão retornou nos últimos anos com fôlego, principalmente quando o discurso jurídico de laicidade fundamenta o repúdio à comunidade mulçumana e africana. Este discurso racional e impessoal sobre o direito e o exercício jurisdicional, tanto pode representar um progresso ao procurar identificar critérios universais e gerais, quanto pode inversamente representar ostracismo e xenofobia. Tanto pode representar um avanço sobre o prisma de uma democracia formal, quanto um retrocesso em face da ditadura cultural do ocidente que impera. A

secularização da cultura continua a ser um assunto que reclama atenção, até porque não há expectativas de produção de consenso sobre um direito cosmopolita, por exemplo.

As instituições democráticas são fundamentadas na eficiência dos aparelhos incumbidos na prestação jurisdicional, um serviço público como outro qualquer: saneamento, iluminação, etc. A crença na promoção pública da justiça é um importante elemento para garantir a estabilidade social e política, mas não se pode “naturalizar” a existência das instituições como o fim último da ordem social. A compreensão do direito como um meio de racionalização do mundo da vida, e ao mesmo tempo, como produto do progresso econômico e institucional da sociedade moderna, é um lócus para se observar as instituições jurídicas enquanto formações históricas, sociais e políticas. A dinâmica das transformações é um ponto diferenciador que permite compreender o direito como fenômeno social, comunicação e circulação do poder e de discursos.

Não é por acaso que Luhmann (2002) enfoca as características formais do direito através da perspectiva do procedimento. A estabilização das expectativas, ou a aceleração das mudanças sociais, nas sociedades complexas, é apreendida como a possibilidade do sistema legal digerir e oferecer respostas, em tempo oportuno, às demandas sociais carentes de reconhecimento. Essa é postura epistemológica de uma teoria de emergência que precisa dar conta do real na estabilidade ou na revolução. O critério de racionalidade que estaria presente na versão funcionalista de Luhmann é intrínseco às sociedades capitalistas avançadas. Assim, cada subsistema efetua uma redução de complexidade para administrar as contingências de um ambiente em constante mudança. Os filtros dos aparelhos judiciários são capacitados a responder às demandas sociais e constituem um dos mais importantes mecanismos de redução de complexidade. A capacidade de organizar internamente as dificuldades, selecionar as querelas e responder às perguntas que são colocadas torna os sistemas autoreferentes e autopoieticos. Mais, ao processar a informação encaminhará para a sociedade uma mensagem e fará a comunicação circular. A sociedade funciona como rede de informações. A função principal do aparelho judicial é processar as mensagens necessárias ao equilíbrio da sociedade e a perpetuação do próprio subsistema.

A crença no exercício racional do direito é hoje um dos principais desdobramentos que asseguram a legitimidade das instituições e sua renovação. Em face da atual conjuntura dos discursos sobre o multiculturalismo e mesmo das dificuldades filosóficas em propor um critério substancial de racionalidade, o fundamento do exercício procedimental do direito cumpre as exigências de produção de informação do subsistema jurídico.

Com os alicerces vacilantes das teorias e das produções científicas, que não tem mais um único e universal critério para a verdade, todos os âmbitos do saber que dependiam de respostas “seguras” para as suas contendas também se encontram trêmulos. O direito é um desses universos. O discurso jurídico tem características “autoritárias”, isto é, um discurso redutor de complexidade que precisa de segurança e de previsibilidade para se manter. A produção do discurso jurídico tem um nível de polêmica controlado e reduzido, porque é selecionador de informação. Deverá processar as mensagens advindas do meio e ofertar uma resposta que estabilize a comunidade. Há, implicitamente, uma margem de manobra, ou moldura, que não pode ser ultrapassada sob pena de desmoronamento de todo o sistema.

O principal fundamento que garante a validade do direito é a expectativa gerada que a resposta judicial seja “racional”. Porém, hoje a própria definição de racionalidade é um caso problemático. Vários são os significados, poucas respostas convencem. Se não se pode mais afirmar um conjunto de direitos básicos sob pena de etnocentrismo, na vertente oposta também não se admite qualquer critério.

Diante das várias teorias correntes de origem pragmática e lingüística, houve uma importante renovação na discussão sobre o direito. O direito não é mais um estanque conjunto de normas, mas um aglomerado de informações, de práticas, de discursos, de comunicações, que circulam ininterruptamente. Para aqueles que aceitam uma compreensão pluralista do direito, muitos são os atores sociais, ou melhor, os interlocutores. Os significados se constroem na intersubjetividade. Os mundos de encontram na linguagem. Os homens se entendem na ação cotidiana do “falar”. E, assim, o direito se renova. Os pressupostos da comunicação reorganizam as “coisas velhas” das teorias tradicionais, tornam as certezas antigas questionáveis, mas não se pode dizer que efetivamente tiraram de cena certos enunciados e preocupações antigas: a busca por um critério de “racionalidade” como garantia de legitimidade é uma desses pilares.

Nas teorias sobre argumentação que se tornaram moda nas pesquisas jurídicas também se partilha de crenças: a possibilidade de critérios de racionalidade e a existência de uma moralidade pós-convencional na cultura secularizada. A fundamentação de uma ponderação de princípios e a indicação de normas para a argumentação seriam mecanismos de controle do discurso jurídico e da aplicação do direito. A decisão precisa ser bem fundamentada para ser “racional”. Os critérios existentes para afirmação da racionalidade do discurso jurídico são de ordem formal.

Uma entre tantas teorias da racionalidade é a concepção comunicativa de Habermas. Esta modelo objetiva compor a partir de uma perspectiva dialógica a reinvenção da antiga

aspiração pela “razão” na cultura ocidental. A aplicação dessa proposta poderá ensejar uma renovação para a democracia no direito. Quando se renova as carências de fundamentar a validade da intervenção institucionalizada sobre o mundo da vida, abre-se para a compreensão de que o direito deve ser mais que técnica e coerção.

O papel do direito na racionalização do mundo da vida

O conceito de racionalidade, e do correlato, racionalização, tem muitos significados. Da tradição da filosofia da consciência aos dias atuais discussão pragmático-lingüística, inúmeras versões podem ser apreendidas. Assim,

... falamos de “racionalização” não só (como Freud) no sentido de uma justificação ulterior de desejos e ações, mas também (como Max Weber) pensando na maneira de vida das pessoas e na forma de vida de grupos. Tais formas de vida compõe-se de práticas e de uma teia de tradições, instituições, costumes e competências que podem ser chamadas “racionais”, na medida que *fomentam* a solução de problemas que aparece. Nesse sentido, formas de vida são, por certo, candidatas à expressão “racionais” – mas apenas no sentido indireto de que formas de vida constituem o pano de fundo mais ou menos “favorável” à instituições de produções discursivas e ao desenvolvimento de capacidades reflexivas. Por essa via, elas podem fomentar a capacidade para a solução de problemas, as quais, por sua vez, possibilitam a formação de opiniões, ações e comunicações racionais (HABERMAS, 2004p., p. 127).

Sem dúvida o conceito weberiano é o mais importante para o direito, em especial, quanto às discussões propostas por esta pesquisa. A estruturação racional e a organização burocrática do aparelho judiciário, bem como a estabilidade jurídica, advinda dos tipos e das categorias provenientes da compreensão racional do direito foram determinantes para a arquitetura das instituições atuais. Em caminho inverso também, as transformações em vários setores da sociedade foram em grande parte impulsionados e delineados pelas garantias procedimentais, pela hierarquia das leis e pelo caráter formal do discurso jurídico, próprio à tradição ocidental.

É, nas instâncias de discussões sobre o direito (tribunais, diplomas legislativos, contratos, entre outros) que as aspirações em torno de garantir critérios de racionalidade para as decisões jurídicas podem ser observadas. A atribuição do adjetivo “racional” às decisões jurídicas coloca-se como necessidade de ordem institucional e direito fundamental, e mesmo, um requisito legal para a validade do ato jurídico de sentenciar nos códigos de processo. A fundamentação jurídica e as necessidades de exposição das razões de convencimento do juiz são exemplos de como a atribuição de “racional” é, pelo menos nos discurso corrente, importante como mecanismo de validação do exercício da justiça pública.

Em outro foco, no âmbito macro da discussão sobre a compreensão e da racionalização do direito, pode-se chegar a caminhos distintos. Caso se parta da compreensão sistêmica, o direito cumprirá as funções de manutenção do modelo e de integração, desprovido de um conteúdo normativo proveniente da atividade comunicativa e ausente de preocupações sobre conteúdo valorativo e de embates éticos. Se, por outro lado, a compreensão do direito ocorrer a partir do conceito fenomenológico do mundo da vida não poderia ser explicada a função que a normatividade jurídica desempenha em face do mundo sistêmico. Estas duas visões, para Habermas, não se excluem, mas se unem na teorização da sociedade, e transpondo isto para o universo jurídico, delimita o papel que o direito exerce nas sociedades modernas.

Há inserção do direito no processo de racionalização do mundo da vida como status (no ocidente) de normatividade *profana*, com características formais, ou procedimentais, e localizado intermediariamente entre sistema e mundo da vida. A especificidade do discurso jurídico pode ser observada de múltiplas formas. Quando se leva em conta que a racionalidade do direito moderno, nos planos do discurso e da técnica, ele é fundamental ao “desenvolvimento” de diversos âmbitos, em especial, ao econômico, à definição do espaço público e à democracia formal.

O processo de racionalização do mundo da vida pode ser qualificado de várias formas. Quanto aos aspectos sistêmicos, através de organismos autônomos deslingüistizados, enfatiza-se os mecanismos apenas coercitivos que conduziram a uma série de dubiedades. A princípio serão indicados três problemas básicos: (a) o desacoplamento entre o sistema institucional e mundo da vida promoveu a maximização do controle/coerção, muitas vezes opostos à comunicação, de uma regulação não normativa e colonizada por mecanismo de reprodução sistêmica; (b) a separação entre forma e conteúdo pode ser caracterizada pela criação de códigos e de procedimentos técnicos onde a supremacia da hierarquização procedimental diminui o acesso da sociedade aos organismos de aplicação do direito e promove a separação dos demais núcleos dos valores sociais; (c) a reflexividade das formas de geração discursiva nas democracias modernas não promove em relação ao direito a discussão aberta dos fundamentos políticos das legislações e os mecanismos de controle procedimental e legislativo fecham-se à participação popular.

Mesmo reconhecendo que o processo de racionalização do direito apresentou problemas também houve avanços significativos para a ordem jurídica. Resta-se discutir alguns argumentos sobre os desdobramentos do direito como: subsistema especializado, em

alguns aspectos, e, noutra âmbito, lócus de intermediação entre as pressões dos mecanismos materiais de reprodução sistêmica e as necessidades comunicativas do mundo da vida.

A análise de Habermas sobre o significado da normatividade jurídica está estritamente ligada ao processo de racionalização do mundo da vida. Argumenta que através da especialização de um campo próprio para a discussão do direito, isto é, exterior ao âmbito religioso, foi possível a atual diferenciação em relação aos demais campos normativos: ética, costumes sociais, política, etc.

Grande parte das teorias e das discussões sobre o direito, os fundamentos da ordem jurídica e as condições de validade das normas estiveram sempre atrelados ao plano teórico e discursivo sem levar em conta o conjunto de experiências que orientam a práxis da comunicação mundana. As questões do intercâmbio problemático entre o saber teórico especializado, que caracteriza a produção e aplicação do direito na modernidade, mantiveram-se distantes dos universos normativos da práxis cotidiana. O direito dos “sábios” não é o mesmo “direito” que permeia o imaginário coletivo, isto é, caso se entenda o direito como aglutinador das expectativas e dos interesses presentes na sociedade em dado momento histórico.

Habermas apresenta uma visão de direito singular. O direito encontra-se inserido entre o mundo da vida racionalizado e o mundo sistêmico. A normatividade jurídica incide neste meio caminho, há a presença conjunta dos pólos de ação: comunicativa e estratégica. Por ser o direito decorrente do processo de racionalização do mundo da vida e da especialização dos subsistemas sociais, está bem próximo do poder através do Estado e da sociedade quanto às expectativas de regulação. Sofre as pressões tanto da sociedade carente de uma comunicação aberta quanto do poder, dos imperativos dos interesses estratégicos da economia e do processo de adaptação e manutenção das estruturas sistêmicas. Caracteriza-se pelas exigências de “otimização” dos procedimentos decisórios e necessita estabilizar as expectativas individuais e coletivas (HABERMAS, 1998h).

Não há como se sair desta aporia própria às relações de poder que estão presentes no direito e tratá-lo exclusivamente como pertencente ao mundo da vida. A localização dúplice e as dificuldades delas decorrentes implicam uma interação na qual a passagem dos fatos às normas é sempre problemática.

Por ser um imperativo prático vinculante, o direito nem sempre se aproxima dos mecanismos intersubjetivos e racionais de uma discussão orientada ao entendimento. A mediação entre as categorias de um mundo de contingências que se impõe, a interação social

e os mecanismos lingüísticos primários de comunicação deixam sempre a seqüela de um acordo intersubjetivo que nem sempre segue os contornos desejados da situação ideal de fala.

De certa forma, estabelece-se a justificativa teórica, durante o processo de racionalização da sociedade ocidental, de que o direito legislado, democraticamente procedimental em sua origem e obrigatoriamente burocrático em sua aplicação, seriam as garantias imanes da racionalidade procedimental do legislador e validaria a jurisdição. É uma pressuposição tautológica, sempre circunscrita e girando em torno do mesmo eixo. Não faz referência aos fundamentos históricos e sociais de uma racionalidade jurídica também ancorada sob as amarras da reprodução sistêmica da sociedade.

O “direito racional moderno” e a legitimidade, apoiada na simbologia impessoal da lei e da administração da justiça, convergem para a apreensão da realidade do direito em sua tipologia ideal, neutra e geral dos procedimentos, um sólido pilar sobre o qual se alicerçou a sociedade capitalista ocidental.

A imperatividade do direito preponderou sobre a sua dimensão de regramento do mundo social, ou, em ângulo oposto, o manto metafísico e idealista se impôs sobre a feição “inconteste” da realidade jurídica:

Pues tales normas jurídicas posibilitan comunidades altamente artificiales, que se entienden a sí mismas como asociaciones de miembros libres e iguales, cuya cohesión descansa en la amenaza de sanciones externas y simultáneamente en la suposición de un acuerdo racionalmente motivado (HABERMAS, 1998h, p. 70).

Por outro lado, em menção à compreensão teórica de Habermas, o campo da análise própria da teoria sobre a questão normativa vem a ocupar um status metodológico diverso e, por se fundamentar numa racionalidade própria do mundo social, abre espaço para a questão da legitimidade (democrática) antes ausente. Isto pode ser verificado em seu conteúdo lingüístico que remete à prática comunicativa cotidiana, aos contextos de interação e à tipificação da argumentação.

Mesmo que a positividade, legalismo e formalismo do direito moderno tenham alargado os caminhos da legitimação pelos mecanismos procedimentais e alcançado níveis maiores de generalização e abstração, a integração sistêmica prepondera sobre a comunicação. Os aspectos de controle determinam a função de mediação social, isto é, a coerção sobrepõe o consenso. A análise do direito está ligada ao papel do Estado. O subsistema jurídico é funcionalmente necessário para filtrar as expectativas de regulação e proteção de bens provenientes da sociedade que em última instância deverão ser protegidos pelo Estado. É

impossível a demarcação estrita entre os subsistemas políticos e jurídicos. Por isso a discussão sobre a legitimidade das instituições políticas e sobre o papel do direito é indispensável.

Intersubjetividade e linguagem: a função da racionalidade comunicativa

A preocupação teórica e metodológica das ciências modernas foi indicar um meio de alcançar o conhecimento, ou chegar a verdades, de forma segura, eficaz, passível de reconstrução e neutra. Importava que tal análise fosse exposta e justificada segundo uma estrutura lógica, com inferências criteriosas e verídicas e que indicasse uma contribuição ao progresso do saber aparentemente imutável e universal.

Nada dessas suposições são estranhas a qualquer pessoa que tenha o mínimo de contato com a produção acadêmica do conhecimento. Se hoje não são aceitas em sua totalidade, indicam o espírito de uma época, ainda presente, de confiança no progresso técnico como fim inexorável da natureza humana. Também indicam a crença na superação das limitações perceptivas e sensoriais, na aproximação e apropriação das coisas que não podem ser estranhas àqueles que são humanos.

Admite-se atualmente a existência de várias “racionalidades” em crítica à unilateralidade da tradição teórica ocidental. Há mais de um século os filósofos são reticentes sobre a afirmação de um critério para aquilo que poderia ser considerado “racional”, e em decorrência para aquilo que possa ganhar o atributo de “verdade”. Os críticos intencionalistas advertiram que na ciência os resultados também são intuídos e nem sempre os métodos controlam o poder das subjetividades sobre aquilo que admitem como “racional”.

Por “racionalidade do entendimento mútuo”, Habermas concebe o conceito de racionalidade comunicativa segundo a teoria dos atos de fala, com uma fundamentação de cunho pragmático. Não abandona o traço da tradição alemão em conceituar a racionalidade, e sim a renova, quando atualiza a discussão sobre a racionalidade em três eixos: racionalidade discursiva e reflexão, racionalidade epistêmica e racionalidade comunicativa (HABERMAS, 2004p, p. 102).

Com a diferenciação das esferas de valores, das pretensões de validade e de atitude frente ao mundo objetivo, social e subjetivo é que Habermas pôde incluir a racionalidade discursiva como processo que evita a incoerência, a contradição e dissensões da comunicação, além de fazer frente à unilateralidade da compreensão moderna do mundo. A racionalidade discursiva visa o desempenho argumentativo das pretensões de validade por privilegiar o

estabelecimento da relação aberta entre os participantes em interação e o entendimento entre imagens de mundo diversas (HABERMAS, 1987a, p. 112).

A racionalidade comunicativa, tal como elaborado por Habermas, não pode ser afastada dos tipos da argumentação na produção dos enunciados (expressivos, normativos, descritivos, avaliativos, explicativos), pois só através deles é que se torna possível a passagem da racionalidade cognitivo-instrumental de base monológica para uma racionalidade comunicativa descentrada e aproximada dos contextos lingüísticos. Assim, o mundo social é a principal referência para situar os argumentos e para inserir-se as pretensões de validade.

É neste ponto que a argumentação é *instância de apelação* e a **fala** a categoria de mediação fundamental. É só a partir da linguagem que as pretensões de validade são manifestadas e as emissões problematizadas, não havendo como afastar o traço pragmático e a suscetibilidade da cooperação e da aprendizagem das relações humanas pela comunicação.

Com o “uso da fala” a racionalidade perde o seu status filosófico transcendente e, acredita Habermas, pode saldar a dívida histórica e social proveniente da negação das raízes do conhecimento das práticas comunitárias que lhe são determinantes (HABERMAS, 1994e, p. 131).

Não se pode desvincular a questão racionalidade e ação em Habermas. A junção da teoria à práxis é um objetivo perseguido ao longo de toda a sua trajetória teórica. Acredita-se que a ação é suscetível de racionalização, ou seja, é possível haver a junção de uma explicação racional como fundamento para a ação.

Para que se possa indicar um modelo de racionalidade, Habermas parte da compreensão da racionalidade dentro da própria estrutura social. Não haveria, desta forma, um conceito metafísico, mas sim, existiria na sociedade moderna um processo de racionalização progressivo decorrente da própria interação dos indivíduos e da especialização e complexidade. A teoria da ação comunicativa de Habermas é uma proposta descritiva e normativa que parte deste pressuposto empírico. Habermas, assim, torna social, prático e cotidiano a racionalidade, que não se encontra mais exterior as interações comunicativas do mundo da vida.

O discurso não se transmite direta e imediatamente para a ação. O discurso tem função informativa e reguladora que pode ser apreendida através da argumentação. Não se pode pensar o intercâmbio ação/discurso/ação sem referência a visão prospectiva de um aprendizado moral, que poderia se iniciar por meio da reconstrução da situação ideal de fala e da promoção de circunstâncias reais de simetria. Habermas rompe com esta visão aristocrática e alega que o agir comunicativo já existe intuitivamente na comunidade e, ao restabelecer e

fortalecer os canais naturais da prática comunicativa, novos consensos emergem frutos do aprendizado moral da sociedade.

Os tipos de argumentação têm por base o contexto em que são proferidos. A especificação de cada jogo de linguagem depende do meio social, ou seja, de contextos práticos e de campos de argumentação (direito, moral, ciência, direção da empresa, crítica de arte...). Em comum todos devem obedecer a um processo com regulação especial para a produção de argumentos próprios numa situação ideal de fala, tipos esses que não são puros, mas mesclam-se na prática comunicativa.

A interpenetração de práticas argumentativas, que é o que realmente define os tipos de discurso e as formas do agir, deve idealmente objetivar promover a comunicação com vistas ao entendimento mútuo. Este tem caráter discursivo, mas é diferenciado segundo os níveis do discurso e do agir. O agir comunicativo é, em tese, não problemático, mas o discurso parte das opiniões problematizadas, ou problematizáveis, através da argumentação.

Desta forma, o primeiro princípio é o da universalidade (U) como regra de argumentação, isto é: (a) há definição de normas próprias à prática discursiva; (b) observa-se uma pretensão asseverativa porque busca conhecer os argumentos morais; (c) requer a definição de espaços de discursivos (por exemplo, a esfera pública), tanto pela necessidade do encontro entre os interlocutores pelo caráter dialógico da ética, já que a ação comunicativa está inserida na base de uma teoria pós-metafísica e pós-convencional; e, por fim, (d) destaca-se o efeito vinculante dos atos de fala como decorrência da responsabilidade dos interactantes (HABERMAS, 1994e, p. 60).

O princípio da universalidade (U) é anterior ao postulado do discurso (D), já que somente a partir da visão cooperativa e da prática intersubjetiva da linguagem é que emergem os valores culturais, a tradição compartilhada e a problematização das práticas e das ações cotidianas.

As modalidades de uso lingüístico derivam das definições dos atos de fala, dos modos de utilização e dos tipos de proferimentos, mas continuam vinculados à rubrica: comunicativo *versus* não comunicativo. Quanto se associa às modalidades de uso lingüístico ao conceito de racionalidade comunicativa e abertura lingüística do mundo, as ações sociais: (a) podem ser de uso não-comunicativo, no qual a atitude do agente é estratégica; (b) ou serem orientadas ao entendimento mútuo, ao acordo e às conseqüências, com atos de fala ilocucionários ou perlocucionários.

A motivação do acordo entre as partes é o que mais vem a interessar o direito, principalmente porque a validade dos mecanismos de produção (judiciais, legislativos,

sociais...) depende do reconhecimento dessas pretensões de validade pela comunidade em referência.

O discurso e a argumentação: (re)qualificação da democracia

Thomas McCarthy quando começou seus comentários à teoria crítica de Habermas afirmou algo sugestivo sobre o ambicioso projeto das ciências sociais, para ele, os problemas metodológicos, epistemológicos e prático-morais são em sua maioria problemas abertos (McCARTHY, 1999, p. 19). O motivo da sugestiva indicação refere-se ao fato que a teoria social e a ciência política passaram nos dois últimos séculos a ser mais técnicas que especulações sobre o ideal político de participação ou um projeto de sociedade. As preocupações não são evidenciar a vida boa e justa, sim de afirmar quais são os critérios técnicos de administração da sociedade. Isto claramente ver-se na jaula de ferro de Weber, ou “pós - modernamente” na angústia provocada pela insegurança física, institucional e coletiva.

O que impulsiona Habermas para as novas formas de comunicação é inicialmente esta insuficiência dos modelos teóricos contemporâneos. Busca minimizar os desastres social e humano do capitalismo e procura indicar uma forma de diminuir as disparidades provenientes de uma sociedade governada por imperativos sistêmicos (poder, dinheiro e influência). Inicialmente, nos escritos da juventude, já levantava essas temáticas quando discutia as dificuldades decorrentes da tecnocracia que se colocava como alicerce para a política e, por outro lado, também lamentava as posições de inspiração decisionista, onde só se sobressaem as relações de poder. É em “Ciência e técnica como ideologia” que já evidencia os imperativos de restabelecimento de critérios políticos e de a imperiosa carência de uma outra forma de comunicação (HABERMAS, 1997f).

Outra temática que se renova em Habermas é a esfera pública, a qual ele considera como espaço privilegiado de exercício da comunicação. O vínculo entre direito e discurso democrático está na importância que é dado a este âmbito de encontro público de cidadãos. Há a proteção e a garantia jurídica de espaço voltado à discussão dos anseios gerais e a problematização dos interesses individuais e grupais. A conceituação da esfera pública em Habermas se encontra reticente às soluções propostas por uma democracia massificada quanto também se mostra descontente em face das posturas de elitismo democrático. Esses dois empecilhos à questão democrática esbarrariam sempre nos problemas advindos de uma comunicação eficiente e nas pressões da colonização do mundo da vida pelo mundo sistêmico.

Para Habermas, através da reabilitação da esfera pública e da estruturação de espaços para o exercício da soberania popular poderia ser pensada uma reaproximação do direito da política, que no segundo aspecto se retornaria a questão do desdobramento de uma normatividade social e outra jurídica. Serão levantados alguns argumentos sobre a efetivação da democracia deliberativa em Habermas e sua vinculação ao direito, como ocorre através pressão indireta que a opinião pública poderia exercer sobre o parlamento (HABERMAS, 1998h, p. 425).

Habermas parte de uma posição teórica que interfere diretamente na aceção das formas tradicionais de justificação das normas de comportamento (na ética e moral) e detidamente na concepção da normatividade jurídica que se encontra no incômodo lugar entre a validade, ou reconhecimento das normas, das decisões emanadas pelos órgãos administrativos e os imperativos de integração do sistema, elemento fático necessário. Isto pode ser percebido claramente quando se aplica os postulados da ética discursiva e da abertura para a comunicação e para o outro em face de uma tradição alicerçada na justificativa dogmática da aplicação do direito e de uma crença hermenêutica presa às letras da lei e distante dos olhos da sociedade. Introduzir os postulados da ética discursiva no direito é admitir que, pelo menos teoricamente, a normatividade jurídica deve atender aos interesses de uma comunidade democrática, interesse este determinável discursivamente, inteligível cognitivamente e visível desde a perspectiva do participante na comunicação.

O caráter teórico de uma pragmática universal tem por objeto reconstruir e regular as formas da comunicação eficiente, intersubjetiva, não-coercitiva e que objetive o consenso, fundamenta-se na procura intuitiva na própria sociedade do elo perdido de uma vida boa, porém corrompida. Todas as resoluções dos problemas sociais e políticos estariam no interior da sociedade. Desta forma, as formas boas de vida não estariam fora das práticas sociais, precisa-se, no entanto, renová-las e torná-las discursivas.

A admissão da possibilidade de fundamentação por meio da prática discursiva e da reflexão demonstra a desejável justificação dos enunciados jurídicos no vasto campo de interesses e opiniões dos arcabouços das concepções jurídicas e morais pós-tradicionais e pós-metafísica, ou seja, fora de uma perspectiva ontológica e ligada às características de uma sociedade racionalizada (HABERMAS, 1994e, p. 96).

As definições epistemológicas e metodológicas de Habermas têm conseqüências diretas sobre o modelo democrático que está presente como pano de fundo para a sua teoria da sociedade. Não é qualquer tipo de comunidade, não indica causas naturais e/ou funcionais para a sobrevivência de dado modelo societal. A teoria de Habermas implica um conceito de

vida boa, que por sua vez, só poderá ocorrer numa sociedade altamente “racionalizada”. Pressupõem-se homens conscientes de seu papel social e político, com domínio da gramática de dada língua, e mais com capacidade comunicativa, ou seja, apto a fazer emissões inteligíveis, que se utilize de suas faculdades cognitivas e conhece as normas, que esteja disposto a agir conforme as regras do grupo internalizadas e também que seja sincero/veraz em suas emissões. A situação de fala de Habermas é um ambiente que projeta um conhecimento implícito das regras democráticas e de indivíduos que estejam dispostos e conscientes dos deveres que assumem. Transpondo estas discussões para esses requisitos ver-se que a noção de democracia não somente é um “pano de fundo”, mas sim, está presente em todos os meandros de sua proposta teórica.

Conjetura um vínculo interno entre racionalidade e democracia. A reconstrução do direito e do discurso democrático se dá por esta tentativa de maximizar aplicação de critérios de racionalidade. Objetivamente a “razão” oferta a saída. Os distúrbios no mundo da vida seriam déficits de racionalidade. Assim, poder-se-ia supor que ao corrigirem-se falhas na comunicação haveria incremento de racionalidade, ou o inverso, pelo incremento de racionalidade sanar-se-iam falhas na comunicação. A ação comunicativa e o discurso racional gerariam instituições legítimas, e/ou as instituições seriam os únicos meios de promover a coordenação social. Os comentários de Wellmer sobre intento político de Habermas são profundos, a resolução de uma aspiração arraigada no discurso filosófico e democrático se encontra implícita em Habermas, e contrariando as expectativas de uma racionalização ampla da sociedade e da democracia Wellmer coloca: “no existe una solución racional del problema de una institucionalización da libertad” (WELLMER, 1999, p. 100).

Habermas transforma o ideal de democracia o caminho normal de uma sociedade, ou seja, que uma sociedade racionalizada optará pelo procedimento de argumentação sob o emblema de uma democracia deliberativa. A opção do fundamento procedimental se deve a desconfiança sobre a afirmação do conteúdo nas sociedades com uma diversidade étnica e quando os fundamentos para a ação já perderam a confiança que a tradição garantia. Também, não se poderia asseverar a compreensão da democracia a partir de uma versão negativa da sociedade civil, que estaria protegida da interferência do Estado por um conjunto de prerrogativas e garantias. Porém, é operacionalmente difícil viabilizar a participação direta do cidadão sobre as decisões políticas, situação esta em que as virtudes cívicas são dignificadas. Os canais procedimentais da esfera pública não informariam diretamente o poder político.

Está discussão redonda em outra reticente nos dois últimos séculos: o liberalismo político. Para a discussão política, mesmo que Habermas certifica a cognição dos fundamentos morais, a orientação para a ação e a realização de consensos são viáveis racionalmente. Habermas enfoca a caracterização do liberalismo político procurando aplicar os princípios da universalidade (U) e do discurso (D) como alicerce para opinião pública e decisão política. Os diplomas legislativos, os bens jurídicos a serem protegidos, as garantias individuais e comunitárias e as tutelas constitucionais deverão ser decididos sobre a base da aplicação da pragmática universal. A situação ideal de fala é a instância que tornaria plausível a formação de consensos sobre os problemas do mundo da vida, e que ao longo do processo reverteriam as perniciosas interferências do sistema sobre a dinâmica societal originária.

A grande discussão que Habermas trava com Rawls pode ser observada na aplicação dos conceitos de pragmática comunicativa ao discurso jurídico. Enquanto Habermas se nega a indicar os bens a serem tutelados, ou indicar um programa de justiça social pela redistribuição de parte das riquezas ou a garantia de acesso a elas, Rawls assevera que não é imaginável a democracia sem se pensar previamente na realização das promessas do Estado Social. A realização da justiça distributiva é condição para o liberalismo político, que tem que viabilizar o acesso aos “bens” indispensáveis a uma vida digna. Habermas evita afirmar quais são os “bens” e qual seria o conteúdo da democracia, sua posição é eminentemente procedimental. Levando-se em conta o prisma da razão prática, Rawls é um kantiano sem ajustes, enquanto Habermas reinventa pilares básicos, o princípio da universalidade é um desses cânones (HABERMAS; RAWLS, 1998). O liberalismo político recai nos modelos de vida boa típicos da sociedade ocidental moderna e secularizada, em especial, para os institutos jurídicos, há a indicação de “bens” e de fundamentos para um discurso universal sobre os direitos humanos.

As duas teorias enfocam pontos diferentes das mesmas questões. Rawls procura uma reconstrução lógica para a justiça distributiva que envolve o problema moral do direito e da política, apesar de evidenciar os fundamentos jurídicos a partir da tradição constitucional americana. Habermas procura aplicar os postulados da ética discursiva para resolver as questões limites de validade das normas. A questão democrática dependeria da resolução bem sucedida dessas perguntas, somente assim haveria uma ordem jurídica “boa” e “justa”.

Para a teoria habermasiana que almeja status de universalidade, a argumentação é o *standard* para a mobilidade /revisão de conteúdos. O procedimento é mais importante que a substância para Habermas, porque a partir do procedimento e das garantias de participação, livre formação do consenso e liberdade de ação política a ordem jurídica poderia ser renovada. A reconstrução de direitos pretendida por Habermas tem o condão principal de

satisfazer a formação de opiniões e ser pauta para as reivindicações da sociedade civil organizada, não se atém a uma concepção de democracia estanque, e conhece das limitações empíricas da formação republicana.

Quanto à passagem dessa discussão para a supressão das carências das funções jurisdicional, Habermas está ciente de que o procedimento legal provém à administração da justiça os conteúdos jurídicos (HABERMAS, 1998h, p. 236). Não há outra forma, pelo menos no atual estágio institucional, de suprir a indeterminação do direito sem ser através da dos aparelhos burocráticos da jurisdição. Os conteúdos e os novos consensos não são dados acabados à espera da subsunção normativa, mas sim, serão construídos através da argumentação.

A importância da abertura a ulteriores formas de pensar o direito por meio da ação comunicativa pode ser apreendida nas tentativas das teorias de argumentação que se tornaram moda nas academias. Seja através da categorização de Alexy que procura ofertar um tipo lógico de argumentação e de moderação de princípios, seja nas variadas teorias que procuram evidenciar o controle sobre a aplicação racional e ética dos operadores do direito, a influência habermasiana impera (ATIENZA, 2000).

A visão do direito como discurso em funcionamento tomou o espaço das teorias tradicionais. É difícil indicar regramentos para o direito e para a democracia. Os discursos jurídicos e políticos encontram-se entrelaçados, ambos dependem de novos acordos, porque numa sociedade de moralidade “pós-tradicional” os conteúdos não são determináveis de antemão. O discurso racional sobre a aplicação do direito utiliza como pano de fundo do discurso democrático, externamente se legitima através dos meios procedimentais da democracia deliberativa, e internamente é imprescindível interpretar e satisfazer as expectativas de eficiência na administração da justiça. Esses dois movimentos de fundamentação são imprescindíveis ao “preenchimento” dos conteúdos do direito, porém talvez não seja a saída para as dificuldades de uma sociedade em crise.

Considera-se complicado, no entanto, transpor esses discursos para as sociedades não-européias. Várias vivências comunitárias não conhecem e não estão adaptados a certos tipos de situações de discurso, noutra prisma, serão as regras da pragmática-universal realmente gerais? A situação histórica vantajosa do ocidente ao longo dos últimos séculos tanto pelo acúmulo de bens quanto pelo desenvolvimento de um tipo de organização política e jurídica, pode até abrigar instituições democráticas nos termos pretendidos na teoria habermasiana, contudo, não se está assente sobre sua aceitação em outras experiências interativas.

Considerações finais: os impasses da questão democrática

Muitas dúvidas surgem a partir do empreendimento proposto por Habermas. Haveria abertura do mundo pela linguagem quando categorias como capacidade comunicativa é um conceito etnocêntrico baseado sobre o ideal de uso público da razão? As tipologias sobre as formas de ação são categorias gerais? A estrutura do direito racional moderno é “aberta” para a comunicação, poderia comportar ação comunicativa na qual ocorre uma alta mobilidade de consensos? As relações de poder que estão na base dos sistemas sociais podem ser combatidas efetivamente pela comunicação?

São muitas as ambigüidades que surgem na confrontação da teoria do agir comunicativo em face de mundo da vida corrompido por interesses econômicos e pelo poder. Noutro ângulo, é difícil acreditar na possibilidade de comunicação e de formação de consensos argumentativos numa sociedade ameaçada pelo risco de um futuro incerto. Pergunta-se: há algum discurso sobre a racionalidade formal e procedimental no direito que esteja isento ao caos social e político?

Vive-se um momento de crises. Exige-se do direito e das demais fontes normativas respostas voláteis/móveis e seguras a um só tempo. Busca-se respostas “atenadas” com a diversidade cultural, com processos abertos de comunicação e de construção de sentidos, mesmo que se mantenham fechados institucionalmente. A pretensão de indicar critérios de racionalidade está imersa nas aporias da busca da segurança e da maleabilidade das expectativas. Hoje se indica a comunicação como novo caminho para as modificações nas instituições jurídicas e de transformar a intersubjetividade em novos critérios de validade para as normas. Porém, tais interesses esbarram em problemas. As proposições teóricas de Habermas é uma das variadas respostas existentes.

O fato da teoria do agir comunicativo não pretender a produção de verdades é um avanço significativo. A validade razoável de discursos é objetivo das respostas que a serem consensualmente assumidas. A “aceitabilidade racional” de Habermas justifica o sucesso ilocucionário (reconhecimento da pretensão discursiva por parte da comunidade de referência, ou o oposta, a produção do entendimento mesmo com “queda” do enunciado pretendido) e podem motivar racionalmente um acordo entre falante e ouvinte. O acordo entre os agentes é o que mais vem a interessar o direito, principalmente porque a validade dos mecanismos de produção do direito (judiciais, legislativos, sociais...) depende do reconhecimento dessas pretensões de validade por parte da comunidade de referência. As discussões recaem sobre as formas que os indivíduos na sociedade ocidental interagem com os institutos jurídicos, em

especial, nas expectativas de segurança na definição de “bens” fundamentais e no embasamento para um discurso universal sobre os direitos humanos.

Noutro prisma, quando a ação comunicativa e o discurso se colocam como meios de abertura do mundo, torna-se inadmissível que os enunciados, jurídico e científico, sejam encarados apenas como conhecimento especializado. A intersubjetividade do discurso e a diversidade das visões de mundo reafirmam a carência de se pensar as relações jurídicas e a sua aproximação com os discursos éticos e políticos. A posição epistemológica que privilegia a comunicação quebra as bases aristocráticas, e, desta forma, contrariando a tradição filosófica ocidental, não é aceitável que a validade dos discursos seja apenas fruto da realização dos anseios de uma pequena discussão de especialistas. A prática discursiva é multifacetada e pluralista, e somente pode existir e se renovar através da ação, da comunicação e da argumentação, que é, por sua vez, o nascimento de uma visão democratizante das ciências e das instituições.

Sob uma ótica pragmática a posição de Habermas, mesmo que não ideal, mostra-se como “aceitável” e/ou “razoável”. A discussão democrática é renovada e a preocupação sobre a validade das instituições revigora a necessidade de pensar a união entre direito, política e moralidade.

Referências

APEL, Karl-Otto. **Transformações da Filosofia I: filosofia analítica, semiótica e hermenêutica.** Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo Loyola, 2000.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica.** São Paulo: Landy, 2000.

FERRY, Jean-Marc. **Habermas: l’ethique de la communication.** Paris: Presses Universitaires de France, 1987.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la acción comunicativa.** Racionalidad de la acción y racionalización social. Tomo I. Madrid: Taurus, 1987a.

_____. **Teoría de la acción comunicativa.** Crítica de la razón funcionalista. Tomo II. Madrid: Taurus, 1987b.

_____. **Conhecimento e interesse.** Rio de Janeiro: Guanabara, 1987c.

- _____. **Écrits politiques: Culture, droit et histoire.** Trad. Christian Bouchindhomme et Rainer Rochlitz. Paris: Les Éditions du Cerf, 1990d.
- _____. **Consciencia moral y acción comunicativa.** Barcelona: Homo Sociologicus, 1994e.
- _____. **Ciencia y técnica como “ideología”.** Madrid: Tecnos, 1997f.
- _____. RAWLS, John. **Debate sobre el liberalismo político.** Introducción de Fernando Vallespín. Traducción de Gerard Vilar Roca. Barcelona: Paídos, 1998g.
- _____. **Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso.** Madrid: Trotta, 1998h.
- _____. **O discurso filosófico da modernidade.** São Paulo: Martins Fontes, 2000i.
- _____. **Pensamento pós-metafísico.** Estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002j.
- _____. **A inclusão do outro: estudos de teoria política.** Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002l.
- _____. **A crise de legitimação no capitalismo tardio.** 2 ed. Trad. Vamiher Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002m.
- _____. **Teoría y Práxis.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002n.
- _____. **Era das transições.** Introdução e tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003o.
- _____. **Verdade e justificação: ensaios filosóficos.** São Paulo: Loyola, 2004p.
- INGRAN, David. **Habermas e a dialética da razão.** Brasília: UNB, 1994.
- LUHMANN, N. **El derecho de la sociedad.** México: Universidad Iberoamericana/ Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
- McCARTHY, Thomas. **La teoría crítica de Jürgen Habermas.** Trad. Manuel Gimenez Redondo. Madrid: Tecnos, 2002.
- WEBER, Max. **Economia e Sociedade.** V II. 4ed. Trad Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa, Revisão técnica de Gabriel Conh. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004.
- WELLMER, Albrecht. Razón, utopía y la dialéctica de la ilustración. In. GIDDENS, Anthony; et allí. **Habermas y la modernidad.** Madrid: Cátedra, 1999.

