

### 3

## Democracia deliberativa: resgate de um projeto de emancipação moderno

### 3.1

#### Agir comunicativo e ordem social: notas epistemológicas

No capítulo anterior optamos por analisar o processo de modernização a partir de certos referenciais analíticos; protagonistas de uma história ocidental que nos levou ao vértice da complexidade sistêmica e da racionalização do mundo da vida através da experiência do Estado de bem estar social. O intento foi demonstrar, partindo da seletividade que lhe foi peculiar, a distância entre a inicial utopia iluminista de autodeterminação do gênero humano a partir do uso da razão - uma onipotência própria de um mundo da vida que sentia o vigor da sua recém libertação das constrictões do sagrado ou da tradição sobre as esferas da personalidade, cultura ou sociedade - com o pessimismo desiludido de que a hipérbole racional trouxe, paradoxalmente, mais heteronomia pela via da colonização sistêmica: a submissão do homem aos imperativos do poder econômico, e do cidadão à burocracia estatal.

Todavia, o criticismo que gostaríamos de utilizar não se contenta com o atestado de óbito da modernidade, nem procura repartir afoitamente seus legados e ônus aos sujeitos da história. A preocupação ainda continua sendo a viabilidade dos ideais modernos, num contexto social que muito difere dos tempos revolucionários, mas que dele extrai, sem sombra de dúvidas, o aprendizado dos fracassos ideológicos, e a indispensabilidade de se continuar repensando a emancipação sob novas premissas.

A primeira delas se dirige contra a velha oposição *ideal* versus *real*, isto é, a idealidade dos valores iluministas e a realidade das distorções sociais, que provocativamente fizemos uso no primeiro parágrafo desta seção. Ora, tal antítese atribui às chaves de análise – *dever ser* e *ser* - um purismo e isolamento analíticos que faz com que cada uma das perspectivas seja uma versão parcial de uma mesma realidade pensada ou vivida. Sob ambas as visões, a modernidade não poderia ser outra coisa senão um projeto fracassado. Para os “idealistas”, a

insuficiência da razão em promover simbolicamente a liberdade, igualdade e fraternidade, expressa sua rendição ao reino das necessidades materiais, que no Estado social dá ao homem o papel de consumidor, e ao cidadão o de cliente. Para aqueles que preferem uma análise mais “realista”, a história fala por si. Desigualdades, lutas de classe, por reconhecimento, genocídio, etc., não fazem da modernidade um exemplo de êxito quanto aos desenhos institucionais que deveriam promover os marcos simbólicos revolucionários. Todavia, o que fica de ambas é como a crítica idealista só se constitui a partir da referência à experiência histórica, e como a experiência histórica adquire a valoração negativa (ou positiva) mediante sua confrontação com o “dever ser” revolucionário.

Caso queiramos continuar trilhando o caminho da *crítica* moderna, um refinamento nas nossas ferramentas de análise deve ser feito no sentido da nossa própria *autocrítica* epistemológica, dirigida às premissas que negam à realidade um momento de conciliação, isto é, de inscrição do real no ideal e vice-versa. Antes de ser uma totalidade onibarcante, o que se pretende demonstrar com esse pequeno excursão é que utopia e história se encontram em tensão e influência recíprocas, ao invés da exclusão permanente ou de um dirigismo opressor<sup>1</sup>. Nesse sentido, entre o sonho e o despertar, é plausível idealizar o real sem dele abdicar, e insistir nas utopias apesar das frustrações da realidade<sup>2</sup>.

A questão que queremos apenas introduzir é complexa: da oposição entre real e ideal temos o descortinar de uma maneira própria de pensar que é comum a perspectivas aparentemente conflitantes. Ambas têm a *razão* como um exercício solitário de conhecimento pelo sujeito<sup>3</sup>. Este saber pode ser tanto dirigido à prescrição de normas (*razão prática* em toda sua força idealizante), quanto à descrição objetiva do mundo (*razão teórica* na sua assepsia valorativa).

<sup>1</sup> Seja dos fatos sobre a norma (como no materialismo marxista), ou da norma sobre os fatos (nos termos do idealismo hegeliano). Por caminhos díspares, ambos acabam por traçar uma mesma filosofia da história, um destino inexorável, do qual escapa a contingência, e, portanto, a própria noção de historicidade.

<sup>2</sup> Andrew Arato, ao comentar o trabalho de Habermas, fala em um *criticismo imanente*: “Essa crítica [aos paradigmas liberal e social], entretanto, não é concebida como uma mera confrontação entre fato e norma, dever ser e ser, mas pressupõe, ao contrário, que elementos de racionalidade já estão presentes nos dois tipos relevantes de sociedade: os princípios de justiça estão em parte inscritos [*embedded*] em instituições existentes, e instituições existentes estão ligadas aos elementos de justiça. Combinando diferenciadas dimensões de validade e facticidade, o direito e a ordem legal são a garantia da possibilidade de um ‘criticismo imanente’” (1998: 26, comentário nosso).

Entretanto, vale para as duas vertentes a solidão do sujeito racional, que se desloca entre pólos de conhecimento antitéticos: teoria e prática<sup>4</sup>.

A partir da dualidade epistemológica, se desenvolve também uma divisão de tarefas científicas. Primeiramente, temos uma *sociologia* que *observa* os fatos sociais, se valendo para tanto de um empirismo que dispensa maiores referências à normatividade. Nesse sentido, a facticidade das desigualdades e lutas de classe, *vg.*, subtrai o interesse da pesquisa sociológica acerca da dimensão “imaterial” que permeia o “imaginário” dos sujeitos sociais: sua capacidade de escapar das relações de dominação vigentes e repensar os projetos de vida pessoais e comunitários. Numa sociologia empirista, a normatividade só tem lugar numa crítica à ideologia marcada pelo determinismo dos conflitos classistas. Em segundo lugar, temos uma *filosofia* que se descola da facticidade dos contextos de vida e se isola na transcendência dos conceitos puros de racionalidade, que somente podem ser experimentados na clausura da consciência. Confinada ao sujeito pensante, a filosofia apenas admite a perspectiva do *participante*, ou seja, daquele que se empenha na depuração pela consciência de conceitos, razão ou verdades últimas, todas elas próprias de um mentalismo que não é socialmente compartilhado, e, por esse motivo, “não observável”.

Assim, no apogeu da modernidade temos uma humanidade que, para se libertar de uma visão totalizante do mundo revelada pela autoridade transcendente, percorreu o caminho inverso: pulverizou a soberania do conhecimento em tipos diferentes de razão, cada qual com seu campo de atuação (teoria ou prática), ao mesmo tempo em que profissionalizou este conhecimento em ciências especializadas (filosofia e sociologia, por exemplo). Cindida em várias interpretações concorrentes, a modernidade sofre com sua parcialidade: envereda por um idealismo que fecha seus olhos para os fatos sociais, ou, ao contrário, se conforma com eles porque prescinde da utopia das normas. Da pretensão original de emancipação surge a caricatura do idealista ingênuo ou do sociólogo descrente: o primeiro se contenta com a liberdade da consciência,

---

<sup>3</sup> Sobre as considerações acerca da filosofia da racionalidade metafísica, segundo a vertente clássica kantiana, e sua transformação numa filosofia da razão comunicativa, de orientação formal-pragmática, ver Schnädelbach, 1990, p. 270 et seq.

<sup>4</sup> A razão teórica não sofreu com o estreitamento positivista dos critérios de racionalidade, tal como a razão prática, na medida em que a *verdade* das suas proposições foi assimilada plenamente pelo cientificismo moderno de descrição dos fenômenos da realidade objetiva segundo suas causas. Cf. Maia, 2005.

embora esteja aprisionado pelas necessidades não satisfeitas do corpo; e o segundo fecha os olhos para o dirigismo do pensamento, conquanto o corpo permaneça sadio.

Sem a menor pretensão de constituir uma nova cosmovisão do mundo, a *crítica* da modernidade tem uma tarefa menos ambiciosa: conferir aos dualismos modernos um outro tipo de relação que não seja a “adversariedade”. A duplicidade metodológica que vem sendo o tônus deste trabalho não é casual: reflete a necessidade da interdependência dos campos cognitivos e normativos, da perspectiva do observador e do participante.

O ponto de inflexão dessa guinada tanto epistemológica quanto metodológica é compreender a razão como entendimento lingüisticamente mediado entre sujeitos sobre algo no mundo, e, por isso mesmo, dependente de “contextos situacionais que representam, ao seu turno, segmentos do mundo da vida dos participantes da interação” (HABERMAS, 1984, vol. 1: 278-279). Abandona-se uma filosofia preocupada com a síntese entre conceito e experiência realizada por uma consciência solitária<sup>5</sup> em prol de uma outra, comprometida com as histórias de vida racionais (SCHNÄDELBACH, 1991:8). Esse engajamento empírico habilita a filosofia a fornecer parâmetros críticos para uma teoria social que almeja justamente analisar, também com um viés normativo, como os processos de racionalização ocorreram (e ocorrem) em determinadas sociedades<sup>6</sup>. O título da obra referência de Habermas - *Teoria da ação comunicativa: razão e racionalização da sociedade* (1984) – espelha bem esse intento de dar à razão uma imersão social. Ela não se trata de um *conteúdo* que pode ser apropriado pela consciência individual, mas uma *práxis* a ser exercida num contexto de interação entre sujeitos que fazem parte do mundo da vida<sup>7</sup>. Essa intersubjetividade faz com

<sup>5</sup> No caminho da sua dedução transcendental, Kant procura responder ao problema: como o conhecimento se torna verdadeiro ao homem? Da relação entre experiência e pensamento *a priori* (entendimento e intuição), Kant dá à razão a capacidade de síntese: confere ao *a priori* da consciência conteúdo, e à experiência um sentido. Cf. Pimenta, 2007, p. 23-24.

<sup>6</sup> “Teoria social como uma teoria crítica da modernidade, e a filosofia como a teoria da racionalidade, são, portanto, dependentes uma da outra. Da teoria da racionalidade espera-se a provisão de ‘padrões críticos’ [*critical standards*] para a teoria social, enquanto a teoria da modernidade compreendida como o resultado da racionalização social almeja liberar a filosofia tradicional da razão do gueto da imanência puramente conceitual, e forçá-la a adentrar num novo campo da pragmática universal” (SCHNÄDELBACH, 1991: 8).

<sup>7</sup> “Interação” é utilizada aqui no sentido estrito do agir comunicativo, ou seja, de uma relação intersubjetiva que busca o entendimento sobre algo no mundo. Quem comunica, levanta uma pretensão de validade que deve ser julgada por uma outra alteridade como verdadeira/falsa, correta/incorreta, sincera/insincera. Ambos os sujeitos são construtores e intérpretes da realidade.

que quem queira *ter razão* deva ser capaz de sustentar suas assertivas perante uma comunidade real ou hipotética de interlocutores. A partir dessa compreensão pragmático-lingüística, a qualidade racional de determinada proposição se liga ao esforço argumentativo que o emissor faz para dar credibilidade ao conhecimento que justifique o atributo de verdadeiro, sincero ou correto acerca de algum conteúdo semântico (HABERMAS, 1984, vol. 1:08). Trata-se antes de tudo de uma *performance* de *alter* perante *ego*, historicamente situada, ao invés de uma *possessão* de conhecimento<sup>8</sup> por qualquer um dos pares da comunicação. A racionalidade, portanto, se liga ao uso do conhecimento pelo interlocutor de maneira que a assertiva que este faz sobre o mundo possa ser fundamentada, ou seja, tenha sua pretensão de validade resgatada fazendo uso de argumentos, e não da violência ou da influência (*redeeming validity claims*). O ouvinte, ao aceitar a pretensão de validade<sup>9</sup>, concorda ou rejeita o conteúdo semântico da proposição, mas num mesmo movimento, afiança e espera que o falante seja capaz de sustentar ou resgatar a pretensão de validade levantada na comunicação, isto é, de cumprir a obrigação ilocucionária<sup>10</sup> convencionalmente aceita pelas partes: usar argumentos verdadeiros, corretos ou sinceros. Logo, se por um lado a razão comunicativa possui um *conteúdo cognitivo*: a semântica proposicional; por outro ela expressa o modo de uma *ação social*: a interação entre sujeitos inseridos em determinados contextos de vida compartilhada. Por isso, uma *razão comunicativa* também é um *agir comunicativo*: se *ego* quer atribuir significado a algo, deve levantar pretensões de validade capazes de fundamentar racionalmente a proposição perante *alter*. Na razão comunicativa está inserida a promessa de agir

---

Em contraste, a comunicação no seu sentido *lato* comporta a simples transmissão de uma informação, que não alça o destinatário à condição de alteridade, com o qual divide a responsabilidade do conhecimento. O emissor considera o receptor um elemento fático, um dado que pode ser alterado pela via da influência (agir teleológico), mas não do entendimento. Cf. Habermas, 1996, p. 18.

<sup>8</sup> Além da razão comunicativa ter uma episteme dialógica, performativa e cognitivista (Idem, 1984, vol. 1: 10), “conhecimento” e “realidade” são intimamente ligados. Real é tudo que foi objeto do conhecimento, isto é, os fatos são aqueles que foram interpretados pelos sujeitos lingüísticos. Não existe o *noumenon* e o fenômeno da teoria clássica kantiana, pois a realidade não pode escapar à interpretação intersubjetiva. O mundo é uma realidade hermeneuticamente compreendida (HABERMAS, 1996:19).

<sup>9</sup> A aceitação das pretensões de validade não implica em concordância quanto ao conteúdo comunicado. O acordo pragmático diz respeito ao tipo de discurso que está se engajando (constatativo, regulativo ou expressivo), mas não quanto à existência, correção ou sinceridade da coisa. Justamente quando o ouvinte refuta o conteúdo semântico é que o falante deve especialmente ser capaz de resgatar as pretensões de validade capazes de amparar a dimensão semântica.

<sup>10</sup> Sobre força ilocucionária, ver Habermas, 1984, vol. 1: 278-279.

nos termos do discurso pragmático intersubjetivamente aceito<sup>11</sup>. O foco se desloca da matéria comunicada para os sujeitos da fala: a dinâmica daqueles que querem justificar uma tomada de posição sobre “o mundo”, “meu mundo” ou “nosso mundo”, ao invés da simples representação simbólica.

Desapegada do sujeito e ocupando o espaço social, a máxima kantiana “ouse saber”<sup>12</sup> (*sapere aude*) adquire a forma do “ouse comunicar”, isto é, ouse fazer uso da linguagem como o único meio racionalmente hábil de *ego* convencer *alter* acerca da *validade* de suas assertivas, ou, pelo menos, ser capaz de resgatá-las, se *a posteriori* for contraditado:

Nós estamos agora na posição de dizer que um falante pode motivar racionalmente um ouvinte a aceitar sua oferta de ato de fala porque – em virtude da conexão interna entre validade, validade de uma pretensão e o resgate de uma pretensão – ele pode assumir a garantia [*warranty*] de fornecer, se necessário, razões convincentes que possam suportar o criticismo do ouvinte. Portanto, o falante atribui a força vinculante de seus atos ilocucionários não à validade<sup>13</sup> do que é dito, mas ao efeito coordenador da garantia que ele oferece: especificamente, resgatar, se necessário, a pretensão de validade (HABERMAS, 1984, vol. 1: 302).

Se iniciamos essa seção dizendo que a relação de oposição entre real e ideal é própria de uma razão do sujeito egocêntrico, subjetiva e monológica, temos que expor, ainda que de forma sucinta, os motivos pelos quais uma reorientação comunicativa da racionalidade é capaz de superar esse antagonismo. A resposta está nos próprios atributos pragmáticos da linguagem. Ela mesma é um exemplo de tensão permanente entre idealidade e realidade, ou, usando um léxico mais adequado a este trabalho, entre *validade* e *facticidade*. Os sujeitos que decidem embarcar numa interação comunicativa partem de um dissenso factual sobre o

<sup>11</sup> Evidentemente que o “convencimento” a que nos referimos não é a aquiescência *in concreto* do destinatário acerca da verdade ou correção da proposição do emissor. Ele pode e deve discordar das razões que lhe são apresentadas, conquanto as refute fazendo também uso de argumentos igualmente racionais. O que importa para a razão comunicativa não é a chancela de *alter* sobre o conteúdo emitido por *ego*, mas o consenso sobre a *performance* que ambos vão utilizar para se determinar (ou não) a verdade *lato sensu* de algo no mundo. A idéia do consenso comunicativo diz respeito à utilização da linguagem como *medium* de comunicação *stricto sensu*, ou seja, como práxis social entre sujeitos racionais. O acordo, portanto, opera no âmbito pragmático-formal; especificamente, quanto aos efeitos ilocucionários da fala, deixando livre para as divergências os conteúdos semânticos comunicados.

<sup>12</sup> Cf. Kant, 1974.

<sup>13</sup> Talvez nessa passagem esteja faltando um esclarecimento dos diferentes significados da palavra validade [*validity*] na tradução do alemão para o inglês. No primeiro sentido, validade explícita a verdade do conteúdo semântico da proposição, enquanto que no segundo sentido, nos parece que a questão se liga aos fundamentos pragmáticos da assertiva: algo é válido se for dado razões

exato significado que cada um atribui às palavras; sobre suas respectivas confiabilidades racionais, isto é, sobre a disposição de ambos em aceitarem e se orientarem por pretensões de validade racionalmente motivadas (efeito ilocucionário); mais ainda, sobre a suficiência racional da solução que buscam mutuamente alcançar<sup>14</sup>, etc. (REHG, 1996: xv).

Esses desencontros quanto ao sentido e expectativas entre *alter* e *ego* são superados quando ambos se engajam num movimento contrafactual de idealização das condições de partida e de chegada da interação lingüística. Essa idealidade é o que possibilita a própria linguagem, sendo constitutiva desta: a comunicação somente funciona como uma práxis para o conhecimento do mundo (subjetivo, objetivo e intersubjetivo) se a factualidade das divergências individuais ceder espaço para a idealização intersubjetiva<sup>15</sup>.

Todavia, o peculiar da linguagem é que a idealização não se dirige a uma transcendência absoluta, um *a priori* incondicionado que ordena e dá sentido ao mundo, comandando o sujeito a partir de normas externas. Pelo contrário, a idealização não se descola do real, mas para ele se volta no intento de criar uma nova factualidade, porém agora compartilhada intersubjetivamente. E como esse compartilhamento se dá no espaço da interação entre sujeitos, e não isoladamente em cada consciência, a comunicação confere à *alter* e *ego* a condição de participantes do processo *social* de conhecimento<sup>16</sup>. Este percorre um caminho

---

suficientes para fundamentá-lo. Diz Habermas: “*validity [Gültigkeit] must be understood in epistemic terms as ‘validity [Geltung] proven for us’*” (1996:14).

<sup>14</sup> Como exemplo, quando A comunica a B que “a bola é vermelha”, e este compreende e aceita, falante e ouvinte ignoram as diferenças em relação à idéia de “vermelhidão” que cada um possui; o mesmo vale para o grau de “redondeza” da bola. Existem ainda os diferentes níveis de confiabilidade racional entre os sujeitos comunicativos: pode acontecer que a afirmação de A implique, para ele, numa assertiva que englobe todos os tipos de bola, e para B apenas uma bola específica. O que importa é que, quando se comunica, as idealizações operadas pelos pressupostos das interações lingüísticas, amenizam essas diferenças que, se levadas em consideração, paralisariam a comunicação. A e B chegam a um meio termo de quais parâmetros são suficientes para o atendimento das expectativas de ambos, de modo que possam “falar a mesma língua”: se reconhecerem como alteridades comunicantes.

<sup>15</sup> Diz Habermas: “O que distingue um pensamento expressado simbolicamente como algo genérico, idêntico com si mesmo [*identical with itself*] e publicamente acessível – como alguma coisa que transcende a consciência individual – de algo sempre particular, episódico e apenas privadamente acessível, logo representações da consciência imanente é o *status* ideal dos sinais lingüísticos e as regras gramaticais” (1996:12). Poderíamos acrescentar também o pragmatismo da recuperação das pretensões de validade entre interlocutores.

<sup>16</sup> Mesmo o momento transcendental é socialmente experimentado e dirigido: transcende-se para que a comunicação seja intersubjetivamente possível, e que o fruto desta interação resulte num consenso racional sobre algo no mundo, ou seja, a ordem que se atribui à realidade se torna igualmente uma deliberação social (entre sujeitos). Cf. Habermas, 1996, p. 14.

que começa com uma facticidade hostil<sup>17</sup>, passa por uma idealização comprometida com a imanência, e chega numa facticidade socialmente reconstruída pelos participantes, alçados à condição de intérpretes do mundo.

Inscrita na *realidade* conhecida pelos sujeitos lingüísticos está a *normatividade* de quem, para produzir um saber comunicativo, não pode dispensar a idealização embutida na linguagem. O contrário também vale: a *normatividade* de quem pressupõe condições contrafactuais da comunicação está arraigada na *realidade* da experimentação social do fenômeno lingüístico. Essa “transcendência a partir de dentro” (HABERMAS, 1996: 17) ou uma “imanência que remete para fora” ilustra bem a dualidade entre real e ideal, facticidade e validade, que habita a própria estrutura da linguagem. À diferença da filosofia da consciência, a compreensão comunicativa da razão torna este antagonismo em algo diferente da nulidade mútua: verdadeiro é o real ou o ideal? Imanência ou transcendência? *Noumenon* ou fenômeno? Tantos são os pares opostos que não se conseguiria reproduzir todas as variantes. Fica, porém, a conclusão acerca da ambigüidade da linguagem, que tensiona de tal maneira facticidade e validade que, além de co-existentes, essas chaves epistemológicas passam a se relacionar dialeticamente. A síntese, por assim dizer, é a própria comunicação: fato social por um lado, e conhecimento racional<sup>18</sup> por um outro.

É também por esse motivo que, a partir do *linguistic turn*, uma teoria social não pode dispensar a filosofia, e vice-versa. Ora, se os participantes da interação chegam ao entendimento sobre algo da realidade inseridos num contexto social, a racionalidade produzida pela comunicação se torna igualmente um agir social, mais ainda, um agir que integra sujeitos racionais que fazem parte de uma sociedade histórica. Dito de outra maneira: como razão, a comunicação reconstrói

---

<sup>17</sup> *Hostilidade* no sentido de que *alter* e *ego* se reificam mutuamente. No ponto de partida da comunicação não existe alteridade entre os pares comunicativos. “Por essa razão toda compreensão é sempre, e ao mesmo tempo, uma não compreensão, todo consenso em pensamentos e sentimentos, simultaneamente um processo de divergência” (W.v.Humboldt)” (HABERMAS, 1990:57).

<sup>18</sup> O conhecimento, compreendido comunicativamente, possui uma normatividade que brota da própria atribuição imanente de sentido pelos sujeitos da fala. A ordenação do mundo, enquanto resultado da práxis comunicativa, não recorre ao céu da transcendência em busca de um *a priori* racional, mas sim para superar as divergências factuais que impedem que os próprios sujeitos atribuam à realidade a ordem que melhor lhe convirem, através da linguagem.

a realidade; como agir social, ele integra seus membros através da solidariedade que advém da dimensão ilocucionária da linguagem<sup>19</sup>.

As conseqüências dessa guinada lingüística são enormes; não apenas para a reinterpretção histórica do que foi o projeto moderno, como também como ele deve ser resgatado. Uma razão que é comunicativa tem a alteridade e a deliberação como o cerne de sua episteme<sup>20</sup>. Como conseqüência, se foi sustentado que *modernização* implicou em *racionalização*, está se dizendo que modernizar é também reconhecer a alteridade e integrar a sociedade pela deliberação dos cidadãos<sup>21</sup>. Ao se conhecer a realidade, estamos interpretando seu significado mediante deliberações provisórias e históricas. Logo, um mundo hermeticamente reconstruído afasta, a um só tempo, a tirania dos ideais transcendentais<sup>22</sup> que se opõe a uma realidade vivida, no sentido de restringir a pauta deliberativa, como igualmente não se rende à força dos fatos, pois sabedor que mesmo a facticidade mais dura não prescinde de um momento de idealidade (ainda que imanentemente comprometida).

O problema da modernização como racionalização se coloca de outra maneira: porque então a deliberação e reconhecimento intersubjetivo se tornaram escassos ou insuficientes num mundo tão racionalizado? A resposta é que

<sup>19</sup> “É apenas com esse retorno [*turn back*] ao horizonte formador de contextos do mundo da vida, a partir do qual os participantes na comunicação chegam a um entendimento mútuo sobre algo, que nosso campo de visão muda de tal maneira que podemos enxergar pontos de conexão para a teoria social dentro da teoria da ação comunicativa: o conceito de sociedade deve ser ligado ao conceito de mundo da vida que é complementar ao conceito de ação comunicativa. Então a ação comunicativa se torna interessante primariamente como princípio de sociação [*sociation*]: ação comunicativa proporciona o *medium* para a reprodução dos mundos da vida” (HABERMAS, 1984, vol. 1: 337).

<sup>20</sup> “A ação comunicativa, então, depende do uso da linguagem orientada para o entendimento mútuo. Esse uso da linguagem funciona de tal maneira que os participantes ou concordam com a validade pretendida para seus atos de fala [*speech acts*] ou identificam pontos de discordância, os quais eles podem conjuntamente levar em consideração mais adiante no curso da interação. Todo ato de fala envolve o levantamento de pretensões de validade criticáveis dirigidas ao reconhecimento intersubjetivo. A oferta de um ato de fala tem um efeito coordenador porque o falante, ao levantar uma pretensão de validade, concomitantemente assume uma garantia suficientemente confiável de defender a pretensão com o tipo certo de razões, caso necessário” (HABERMAS, 1996: 18).

<sup>21</sup> Não se pode esquecer a *autodeterminação* - não do sujeito individual que formula suas próprias condutas segundo o imperativo categórico kantiano - mas do sujeito social que não recorre à transcendência para buscar uma ordem *a priori* da qual não participa. Ao revés, a transcendência é imanentemente comprometida e intersubjetivamente determinada. Nada escapa à linguagem, que é o primeiro ato histórico da humanidade (pressuposto heurístico da teoria da ação comunicativa).

<sup>22</sup> Esses ideais muitas vezes encontram sua institucionalização na entidade transcendental: deus e soberano.

paralelamente à racionalização comunicativa, e em decorrência desta<sup>23</sup>, a modernidade foi palco do avanço de um outro tipo de racionalidade que “não comunica”. Essa razão teleológica reifica um dos sujeitos da fala, que se torna objeto de influência do ator estratégico. Negada a alteridade, igualmente se torna prejudicada a deliberação, pois esse tipo de *práxis* é um ato social, pressupondo uma interação entre *sujeitos* lingüísticos, e não entre *sujeito* e *objeto* da influência. Na razão teleológica, a socialização do conhecimento em todas as suas vertentes se esvai na força do interesse, e com ela a solidariedade e autodeterminação que brota do agir comunicativo.

A encruzilhada da modernidade, portanto, não reside no esgotamento de ideais ou no desânimo dos fatos. Estes são nada mais que reflexos de um problema mais basilar: o esvaziamento da alteridade e da deliberação como componentes da *práxis* racional. Sem o reconhecimento do “outro da comunicação” na sua humanidade, ou mesmo do consenso deliberativo como único meio socialmente hábil a criar uma ordem participativa do mundo, isto é, cujos fatos, normas e sentimentos não chegam ao homem ou ao cidadão como uma realidade estrangeira e heterônoma, a modernidade se torna incapaz de se distinguir pela promessa emancipatória, e todos os efeitos deletérios da dispersão e tecnificação do conhecimento se fazem sentir. Entre a “caldeirinha” do autoritarismo de normas pré-fabricadas pela tecnocracia e a “cruz” da perda de sentido da vida, ambição e frustração dão o tom da sentença condenatória moderna.

Em sociedades complexas, na qual se pluralizam os projetos individuais e diminuem os contextos socialmente compartilhados do mundo da vida, a reconquista dos espaços comunicativos não pode se valer exclusivamente do apelo à força de integração do agir voltado para o entendimento. No duelo que trava com o agir estratégico e seus sistemas funcionalmente diferenciados, ao agir comunicativo resta usar as mesmas armas do adversário: institucionalizar-se. Será do *direito* a tarefa de se constituir como uma ordem constitucionalmente legítima, capaz de ser tanto uma fonte normativa de prescrição de condutas quanto um

---

<sup>23</sup> Nos termos dos argumentos desenvolvidos no capítulo primeiro, que não vamos retomar por hora.

sistema cultural de conhecimento<sup>24</sup>. Seu grande mérito é conseguir absorver e neutralizar o agir teleológico através do receio da sanção que incute no ator estratégico. Em outras palavras, a facticidade do direito<sup>25</sup> amolda condutas daqueles que não estão interessados em reconhecer na ordem jurídica a racionalidade de normas legitimamente postas, mas em virtude da teleologia que lhes é peculiar, querem evitar os prejuízos que a desobediência pode causar.

Ao mesmo tempo, o direito também deve ser uma ordem legítima: os atores (comunicativos) agem conforme o direito porque aceitam o comando como solução racional para determinada questão social. Essa adesão racional deve ser lida em termos discursivos: as normas são válidas porque são capazes de serem justificadas racionalmente, ou seja, de terem resgatadas suas pretensões de validade. A tensão entre facticidade e validade, real e ideal, é transportada da linguagem para um direito comunicativamente estruturado. Ao contrário da pré-modernidade, a legitimidade do direito moderno não pode se voltar para as certezas dadas pela autoridade transcendente. Ele deve obter sua validade das incertezas de uma ordem secular<sup>26</sup>. A contingência que é própria da racionalização que pautou a modernidade confere à validade do direito a mesma estrutura dialógica dos acordos racionais do agir comunicativo, só que agora os sujeitos lingüísticos são socialmente institucionalizados nos papéis do cidadão, legislador, juiz, administrador, etc. A solidariedade que brota do reconhecimento da alteridade singular se transforma na solidariedade daqueles que se vêem como

<sup>24</sup> Diz Habermas: “Ao contrário da moralidade pós-convencional, o direito não apenas representa um tipo de saber cultural mas constitui ao mesmo tempo um importante núcleo de ordens institucionais. O direito é duas coisas ao mesmo tempo: um sistema de conhecimento e um sistema de ação” (1996: 79)

<sup>25</sup> Sobre o direito: “Contrastando com a convenção e o costume, o direito posto [*enacted law*] não se apóia na facticidade orgânica de formas de vida herdadas, mas na facticidade *artificialmente produzida* encontrada na ameaça de sanções que são legalmente definidas e podem ser impostas por uma ação judicial [*court action*]. Por outro lado, a *legitimidade* dos estatutos é medida em relação à resgatabilidade [*redeemability*] das suas pretensões de validade – numa análise final, se eles foram elaborados de acordo com um processo legislativo racional, ou, pelo menos, possa ser justificado a partir de pontos de vista pragmáticos, éticos ou morais” (HABERMAS, 1996:30).

<sup>26</sup> “A originalidade política da democracia, que me parece desconhecida, designa-se com efeito neste duplo fenômeno: um poder destinado doravante a permanecer um busca de seu fundamento, porque a lei e o saber não são mais incorporados na pessoa daquele ou daqueles que o exercem, e uma sociedade acolhendo o conflito de opiniões e o debate dos direitos, porque se dissolveram os marcos de referência da certeza que permitiam aos homens situarem-se de uma maneira determinada, uns em relação aos outros. Duplo fenômeno, sinal de uma só mutação: o poder deve doravante obter sua legitimidade enraizando-se nas opiniões, ou ao menos sem se entrincheirar na competição entre partidos” (LEFORT, 1991:52).

cidadãos que participam do processo de elaboração das normas jurídicas que irão obrigá-los.

Essa idéia de democracia como práxis comunicativa institucionalizada, exercício público da razão, elemento que legitima as ordens política e jurídica, mas que igualmente possibilita uma facticidade social reconstruída pelos atores públicos num Estado constitucional, será o tema das seções seguintes<sup>27</sup>. Todavia, o que fica como nota conclusiva é como a recolocação epistemológica da relação entre “ser” e “dever ser”, facticidade validade, nos traz um novo ângulo de visão para a insistência do nosso interesse emancipatório<sup>28</sup>. Pensado dessa maneira tensionada, o projeto da modernidade não precisa ser afiançado na distância dos ideais iluministas, nem na claustrofobia dos fatos históricos.

### 3.2

#### **Estado constitucional democrático: uma compreensão comunicativa do direito e da política**

A resposta dada pelo padrão capitalista de modernização ao aumento da complexidade social foi privilegiar a resolução de contingências em detrimento da autodeterminação política. Vimos o cenário de crescimento de sistemas de ação especializados, organizados em instituições como a economia e administração burocrática, cuja racionalidade do tipo instrumental se voltou contra um mundo da vida reproduzido simbolicamente através da comunicação. No Estado social, especificamente, a estratégia de colonização sistêmica veio acompanhada da sua

<sup>27</sup> A opção de Habermas pelo direito como a saída para a transposição de um agir social para uma ordem social comunicativamente estruturada, implicou em outras seleções. A partir de *Facticidade e Validade* (1996, 2000, 2003), em contraste com a *Teoria da Ação Comunicativa* (1984), o autor passou a privilegiar mais a “sociedade” como componente estrutural do mundo da vida, mais o aspecto de “coordenação” da ação comunicativa, e, por conseguinte, os conteúdos ilocucionários dos atos de fala. Ver McCarthy, 1984.

<sup>28</sup> Não abordaremos a interrelação ente conhecimento e interesse, trabalhando por Habermas na obra de mesmo título, da qual extraímos um pequeno trecho elucidativo: “O interesse está ligado a ações que, se bem que em uma constelação diferente, fixam as condições de todo o conhecimento possível, assim como estas, por sua vez, dependem de processos cognitivos. Esclarecemos tal interdependência entre conhecimento e interesse ao examinarmos aquela categoria de ‘ações’ que coincidem com a ‘atividade’ de reflexão, a saber: as ações emancipatórias. Um ato de auto-reflexão que ‘altera a vida’ é um movimento de emancipação” (1987:232). Todavia, é possível pontuar a continuidade de Habermas, neste aspecto, com a tradição frankfurtiana, em especial Marcuse e Horkheimer, para os quais o objeto de interesse prático que guia a pesquisa social crítica é a busca por uma sociedade livre, que se autodetermina, uma verdadeira democracia, cujo objetivo geral é a felicidade de todos os seres humanos (MCCARTHY, 1993:144). Para um maior aprofundamento, ver Rouanet, 1987, p. 170-171.

correlata ocultação através da transformação das decisões políticas da burocracia estatal em gerenciamento técnico de recursos materiais e humanos. Nesse desenho institucional, tivemos, por um lado, um direito programado como instrumento de engenharia social, ferramenta de infiltração sistêmica no mundo da vida pela via da isenção da norma, fenômeno que chamamos de *juridificação*, e, por outro, uma política eclipsada pela técnica, melhor, uma política travestida como *expertise* administrativa, e, por isso mesmo, aparentemente despida da factualidade do exercício elitista do poder social<sup>29</sup>. Enquanto passou despercebido, o casamento entre direito instrumentalizado e política tecnificada representou, para o projeto moderno, o divórcio da original pretensão de autodeterminação política, na medida em que esvaziou os fóruns públicos de deliberação prático-moral, dando em troca momentos episódicos de efetiva cidadania - a constituinte e as eleições<sup>30</sup> - além, claro, das benesses materiais aos clientes estatais.

Todavia, esse dilema entre resolução de problemas de complexidade social e autodeterminação política representa mais uma variante dos dualismos modernos, e como tal não pede uma saída que implique numa oposição de denominador zero (*zero-sum game*), como se de fato houvesse a necessidade de escolha entre gerenciar uma sociedade ou permitir a ela que delibere sobre seus próprios assuntos públicos. O que se tornou insustentável, ao contrário, foi um modelo de organização estatal que encapsulou o exercício do poder em elites técnicas, e o colocou em rota de colisão com os pulsos emancipatórios que ainda sobreviviam num mundo da vida que não fora totalmente colonizado pela economia e administração. A crise do *Welfare State* demonstrou que a opção por um dos componentes da modernidade estatal (funcionalidade) não fez desaparecer seu suposto antagonista (autodeterminação). Ao revés, a práxis política se descolou da estrutura estatal a ela refratária, se constituindo em contra-movimentos reativos, inicialmente chamados de “culturais” (hippies, homossexuais, feministas, etc),

---

<sup>29</sup> Para uma explicação mais detalhada dos arranjos políticos e jurídicos do Estado Social, ver capítulo anterior. Sobre conceito de “poder social”, cf. Habermas, 1996, p. 175.

<sup>30</sup> Não vamos adentrar na discussão sobre as condições da transferência da vontade individual para a vontade da maioria. No chamado “paradoxo do voto” ou “efeito Condorcet” existiria um fator de irracionalidade nas eleições democráticas que impede a equivalência entre o somatório das vontades individuais e o resultado da maioria. Cf. Arrow, 1963.

mas que representavam, na verdade, iniciativas de emancipação política fora e contra o modelo de Estado vigente<sup>31</sup>.

Embora o abalo das estruturas paternalistas da administração burocrática não tenha acarretado uma epifania quanto à reconfiguração das relações entre Estado e sociedade, melhor, entre sistemas e mundo da vida<sup>32</sup>, nosso esforço será no sentido de resgatar a idéia anteriormente abordada de *tensão*: no fio da navalha entre facticidade e validade, abre-se os contornos para um equilíbrio entre funcionalidade e autodeterminação capaz de diferir da forma distorcida do padrão capitalista vigente. O que se procurará demonstrar é que modernização como racionalização pode reverberar em arranjos institucionais que, sem fechar os olhos para as exponenciais contingências dos processos de reprodução material, não abdique de estruturas de poder geradas e voltadas para o público de cidadãos. Nesse sentido, o sistema político não precisa exercer o papel acanhado de “polícia”, como no Estado liberal, tampouco o de tutor de incapazes, na variante Estado social. Quanto ao sistema jurídico, seu grande esforço será abandonar a condição de instrumento de submissão social dos sistemas de ação teleológicos, e se tornar o reverso: *medium* democrático de assédio do mundo da vida sobre os núcleos difusores de racionalidade estratégica.

A questão, portanto, não é de eliminação dos sistemas, como se pudéssemos coordenar sociedades complexas sem fazer uso de saberes tecnificados, mas reverter o vetor de influência. Ao invés da colonização sistêmica, a sua submissão

<sup>31</sup> Sobre uma análise mais econômica da crise do Bem-Estar e o regresso conservador, diz Borges: “A nova economia política também vai apontar a contradição entre a mentalidade de mercado predominante e os imperativos de solidariedade de uma sociedade de *welfare*, assumindo que os homens públicos se comportam da mesma forma que os agentes no mercado, isto é, maximizando suas respectivas curvas de utilidade. O comportamento auto-interessado de políticos, burocratas e suas clientelas tem como conseqüências a captura das políticas públicas por grupos de interesse privados, a provisão de serviços públicos em níveis socialmente ineficientes e a manipulação da política macroeconômica por políticos populistas (Buchanan, 1975). Porém, em vez de se deter sobre a questão da ética do serviço público, a abordagem da escolha pública assume a inevitabilidade do comportamento auto-interessado para propor, dentro da lógica smithiana da ‘mão invisível’, a construção de um sistema de incentivos e punições que vincule a busca do interesse individual ao máximo benefício coletivo [...]. A resposta à ‘crise de caráter’ do Estado implícita nessas reformas envolvia dois princípios básicos. De um lado, procurava-se adequar o comportamento maximizador à consecução eficiente de objetivos coletivos por meio de controles de mercado; de outro, através da redução do tamanho e das funções do Estado, buscava-se reduzir as oportunidades para a corrupção” (2000).

<sup>32</sup> Do “consenso keynesiano” para o “consenso de Washington”, dois modelos que ilustram a transição do Estado Social para o regresso conservador neoliberal. Diante da atual crise capitalista, será que temos o movimento pendular inverso, isto é, a volta do keynesianismo? Precipitado celebrar ou lamentar. De qualquer forma, nos soa familiar a crítica precisa de Lampedusa: “Se

ao horizonte compartilhado de culturas, sociedades e personalidades. E o modo de fazê-lo é conferir ao mundo da vida a conexão com instituições que sejam comunicativamente comprometidas, isto é, instituições que não se orientem apenas de acordo com uma racionalidade instrumental afeta à relação de meios e fins, mas que sejam capazes de experimentarem institucionalmente a episteme comunicativa: alteridade e deliberação. O resultado que se espera é o mesmo da interação lingüística: solidariedade, só que agora no âmbito de comunidades políticas.

O “retorno do político”, parafraseando Chantal Mouffe (1993)<sup>33</sup>, significará então o desenho institucional que relacione Estado e sociedade<sup>34</sup> como espaços contínuos de autodeterminação política e auto-realização pessoal. Trata-se de uma concepção republicana distinta do conceito de nação (CITTADINO, 2004). Esse novo ideal abandona tanto a pretensão de atingir coesão social mediante homogeneidade de valores, inadequado para sociedades complexas, cujos cidadãos têm uma pluralidade de projetos de vida e concepções de bem comum, quanto repele a pacificação social obtida pela artificial domesticação material. O caminho escolhido para a integração social é outro, e passa pela institucionalização, através de procedimentos democráticos, de discursos e negociações que transportam o reconhecimento intersubjetivo da comunidade lingüística para o fórum ampliado de uma comunidade política que define ela mesma seus rumos.

Este Estado que chamaremos de *constitucional democrático* não rebaixa a política à condição de superestrutura da base econômica, nem a mascara como

---

quisermos que tudo fique como está, é preciso que tudo mude” (1960:32). Aguardemos. Sobre o possível retorno keynesiano, ver Carvalho, 2009.

<sup>33</sup> Partindo das considerações de Schmitt sobre o político e o conflito, Mouffe toma a diferença como ponto de partida da democracia, e não a identidade. Segundo os comentários de Benhabib, esse modelo agonístico considera o projeto democrático como um modo de ser [*mode of being*], e não apenas uma forma de governo. “Tomar a diferença – e não apenas a identidade – seriamente na teoria democrática significa afirmar a inescapabilidade do conflito e a inerradicabilidade da resistência para os projetos políticos e morais de organização de sujeitos, instituições e valores [...]. Isso implica em desistir do sonho de um lugar chamado casa, um local livre de poder, conflito e luta, um lugar – uma identidade, uma forma de vida, uma visão de grupo – não marcado pela diferença e não tocado por um poder que tem um efeito sobre as identidades que lutam para se firmarem nestes lugares” (BENHABIB, 1996:8).

<sup>34</sup> A partir deste ponto, quando nos referirmos à sociedade, estará implícita a remissão ao mundo da vida, do qual faz parte como componente estrutural, junto com a cultura e personalidade. Da mesma forma, ao se falar em “Estado” está implícito sua função sistêmica de resolução de contingências. Todavia, num modelo deliberativo de democracia, o Estado não se limita à funcionalidade, e se torna poroso aos simbolismos do mundo da vida.

técnica gerencial. O político<sup>35</sup> se mostra na inteireza da litigiosidade da disputa por acordos racionais<sup>36</sup> acerca de questões pragmáticas, éticas e de justiça. Todavia, como ele se organiza e qual é a sua dinâmica? A complexidade de tal modelo sociológico é enorme. Para facilitar nossa exposição, trabalharemos com algumas categorias simplificadas: sistemas jurídicos e políticos, mundo da vida, esfera pública, e, interligando-os, um sistema de direitos com inscrição constitucional. Novamente combinaremos a perspectiva do participante que se compreende como sujeito de direito (*legal person*), com a perspectiva do observador que atribui às instituições jurídicas e políticas uma funcionalidade que se pode chamar de democrática.

A primeira consideração sobre a organização deste modelo de Estado constitucional democrático é acerca do seu caráter prioritariamente reconstrutivo. O foco não será abandonar inteiramente as instituições e as estruturas cognitivas dos paradigmas liberal e social, mas lhes dar nova compreensão hermenêutica.

---

<sup>35</sup> O “político” nos remete à Filosofia da Política, isto é, à meta-análise da política, enquanto práxis social. Qual seria então sua essência, sua ontologia, seu caráter epistemológico? São as grandes questões sobre os fundamentos da política que “o político” nos traz. Para Rancière (1996) e Schmitt (2007), por exemplo, a nota distintiva do político é o desentendimento e o conflito como categorias quase que ontológicas, o que Habermas e este trabalho divergem. Fica, contudo, as considerações de Lessa, para quem “a reflexão política contém, desde os seus primórdios, um conjunto de preocupações que envolvem postulações de ordem ontológica, isto é, proposições a respeito da constituição do mundo; premissas e decisões epistemológicas, que dizem respeito ao alcance do conhecimento humano sobre o mundo político; definições quanto à natureza dos agentes sociais que habitam o mundo político, isto é, descrições da natureza humana e da conduta humana; postulações de ordem normativa e dotadas de implicações práticas; e decisões a respeito da forma narrativa de exprimir essa combinação. A definição básica — e mínima, já que sobre ela muitas outras redefinições podem ser construídas — representa o campo do conhecimento político como necessariamente marcado por essas várias formas de reflexão: ontológica; epistemológica; a que trata da natureza dos agentes sociais; a que estabelece os padrões de boa conduta humana e institucional; e a que circunscreve decisões a respeito da estética discursiva adotada para dizer o que se pensa e o que se acha” (1998).

<sup>36</sup> A racionalidade dos acordos políticos, como veremos no curso da seção, poderá ser, inclusive, do tipo instrumental. Todavia, a gênese do poder político não pode abdicar da sua fonte de justiça que brota do agir comunicativo. Mais uma vez, importante ressaltar que os acordos racionais se ligam mais à promessa ilocucionária do que ao conteúdo semântico. Os “acordos” podem se expressar muitas vezes como “não acordos”, isto é, divergências políticas não superadas. Claro que essa desarmonia cria certas dificuldades para o gerenciamento social. Mecanismos de superação de impasses institucionais são colocados à disposição dos atores que precisam deliberar e também decidirem institucionalmente. O recurso ao direito e à regra da maioria são alguns exemplos. Portanto, uma política comunicativamente estruturada não afasta o conflito quanto à matéria deliberada, mas espera o consenso em relação às obrigações ilocucionárias assumidas mutuamente. Em caso de divergência neste último aspecto, pouco nos diz Habermas a respeito, a não ser mais uma vez o recurso ao direito para neutralizar o ator estratégico. O conflito não é uma categoria epistemológica do político, como seria para Schmitt (2006), para quem o antagonismo fundamental entre amigo e inimigo não pode ser eliminado, conciliado ou racionalmente compreendido. Habermas, ao contrário, acredita no conflito político como uma experiência civilizatória (CITTADINO, 2004), justamente porque pode e deve ser racionalmente justificado.

Isso significa, em termos estilizados, buscar a autonomia do sujeito e a segurança material, porém, num nível de reflexão mais elevado, capaz de eliminar as formas decaídas de individualidade e coletividade: o homem econômico e o cliente infantilizado (HABERMAS, 1998:18-19).

Essa *reflexividade* se dirige a combater a hipérbole do sistema econômico (que particularmente caracterizou o modelo liberal), bem como do sistema administrativo (marca distintiva do Estado social). O que se quer demonstrar é que tanto a defesa da autonomia privada do indivíduo burguês, quanto, ao contrário, a sua restrição por uma burocracia materialmente engajada, possuem a mesma compreensão do público e do privado que conflui na polaridade e adversariedade. A reflexividade<sup>37</sup> almeja retirar o antagonismo entre liberdade e igualdade, uma das variantes dualistas, e no seu lugar compreender ambas como co-originárias: somente um sujeito protegido através de um sistema de direitos pode atuar publicamente como um cidadão que delibera sobre sua comunidade jurídica, e apenas uma comunidade jurídica soberana pode estabelecer um sistema de direitos que delimitará os contornos da autonomia privada. Essa mútua interdependência entre público e privado reverbera sobre todo o paradigma constitucional, e será revisitada todas as vezes que a “força não-coerciva” (*forceless force*) da comunicação for trabalhada institucionalmente através da práxis democrática. Como diz Habermas:

Na visão liberal, a busca privada por interesses pessoais é o que permite a sociedade capitalista satisfazer as expectativas da justiça social, enquanto que não visão de bem-estar, é o que justamente impede as expectativas de justiça. Ambas as visões estão fixadas na questão se é suficiente para a sua conquista a garantia da autonomia privada através de liberdades individuais, ou se, ao contrário, as

---

Dessa premissa também compartilhamos. Sobre o “conflito” como chave epistemológica fundamental em Schmitt, cf. SILVEIRA, 2008.

<sup>37</sup> Arato considera a “reflexividade” a característica que marca o paradigma procedimental-constitucional de Habermas. Se nos Estado liberal temos os direitos clássicos de liberdade, no Estado social, os de igualdade, no novo paradigma proposto teríamos um direito *reflexivo*: “Ele representa não apenas uma nova forma de direito mas igualmente uma nova estrutura [*framework*] dentro da qual as escolhas das formas legais devem ser feitas [...]. Direito reflexivo nesse sentido representa uma forma legal especialmente talhada [*suited*] para combinar três vantagens: não-intrusividade, regulação pós-regulatória [*postregulatory regulation*], uma renovação das estruturas formais, mas preservando a integridade do meio jurídico, e a combinação normativamente desejável de liberdade e regulação. Mantendo esse desiderato em mente, legislação constitucional [*constitucional lawmaking*], redesenho, e interpretação, podem muito bem representar uma legalidade reflexiva *par excellence*” (1998:35). Toda essa preocupação com o ambiente regulado, uma certa “responsividade” dos sistemas de ação social, nos faz associar as considerações de Habermas com aquelas de Teubner (1983), que igualmente utiliza a rubrica “reflexiva”, porém, trabalhado dentro da teoria dos sistemas autopoieticos. Associação, aliás, que Habermas refuta veementemente (1998).

condições para a gênese da autonomia privada devem ser asseguradas pela concessão de benesses sociais. Ambas perdem de vista a ligação interna entre autonomia pública e privada, e, assim, o significado democrático de uma auto-organização de uma comunidade legal (1998:18).

Portanto, da oscilação entre a centralidade de um sujeito garantido por um sistema de direitos compostos de liberdade fundamentais contra a intervenção do Estado, e, por outro, do sujeito coletivo estatal, oníbarcante e zeloso pela obtenção de justiça social, temos concepções acerca da política e do direito que destoam de estruturas de racionalidade comunicativas. Isso porque detrás de uma autonomia privada radicalizada está um sistema de direitos preenchido por conteúdos normativos herdados de um *a priori* da consciência: imperativo categórico, leis naturais ou divinas, etc.<sup>38</sup>. Da mesma forma, uma autonomia pública que prescinde da individualidade se torna, ela mesma, uma singularidade coletiva, que determina bens e valores sociais virando as costas para o próprio público a que se dirige. Reduzida à vontade individualizada do soberano, da tecnocracia, *vg.*, do adjetivo “popular” resta apenas o título vazio. Tal como na variante privada, a autonomia pública privadamente exercida fica presa à consciência da elite governante, cujo voluntarismo disfarçado por uma democracia plebicitária perpetua uma condição duplamente perversa: a qualidade de público atrelada ao Estado, e o viés autoritário de um “bem comum” que não é deliberado, mas decidido<sup>39</sup>.

A reconstrução da realidade, no caso, da realidade normativa, deixa de ocorrer no espaço da interação lingüística entre sujeitos. Pior, transportada para o âmbito institucional, temos um sistema de direitos e um sistema político que não conseguem se constituir como ordens democráticas, na medida em que refutam a deliberação e alteridade nas suas próprias construções de racionalidade. Ambos não conseguem vislumbrar que o processo institucional de criação de normas<sup>40</sup> está ancorado num também processo racional de conhecimento comunicativo, que, como tal, percorre o itinerário do mútuo reconhecimento das singularidades

<sup>38</sup> Esta metafísica do sujeito, entronizado no lugar de Deus terá o efeito de tensionar o dualismo pensamento e realidade, consciência e experiência, para o pólo subjetivo, retirando do real um momento de reconstrução social. O sujeito liberal é o senhor de si que vivencia a realidade também como uma experiência subjetiva privada e ocasional.

<sup>39</sup> Explicitamos a referência schmitiana ao conceito de decisão: a ação do político exercida por seu soberano, capaz de fundar tanto a ordem jurídica quanto política, mas que escapa à compreensão normativa. A decisão não se baseia em normas, mas as cria.

<sup>40</sup> Sejam as normas criadoras de direitos objetivos ou subjetivos, como na tipologia alemã, ou ainda direito público ou privado, como na doutrina francesa. Cf. Habermas, 1998, capítulo 3.

para se chegar na deliberação socialmente compartilhada sobre determinado conteúdo semântico. Singular e plural, indivíduo e sociedade, direitos fundamentais e soberania popular, na vertente dialógica, se relacionam segundo uma mútua pressuposição, melhor, segundo uma dialética cuja síntese mantém os elementos de partida sob tensão, ao invés de eliminá-los durante o processo. Assim, os direitos fundamentais não somente “sobrevivem” à soberania popular, como necessita dela para sua própria constituição, e vice-versa.

Em virtude desse motivo, digamos, epistemológico, fica mais fácil compreender a razão pela qual política e direito, em ambos os paradigmas liberal e social, estiveram numa equivocada oposição<sup>41</sup>, expressão típica de um modo de pensar ainda tributário da filosofia da consciência. Na compreensão liberal, ser titular de direitos representava a transposição institucional do individualismo moral e possessivo (MACPHERSON, 1979). A existência singular era celebrada pela existência jurídica, mas ignorava a circunstância de que o “eu” só se constitui a partir do reconhecimento por um “outro”. Ou seja, a condição de sujeito de direitos pressupõe a “colaboração entre indivíduos que reconhecem uns aos outros, nos seus respectivos direitos e deveres, como cidadãos livres e iguais” (HABERMAS, 1996:88). “Ter direitos” significa tanto um ato de atribuição de um *status* jurídico por uma comunidade política, quanto a compreensão cognitiva e aceitação do seu conteúdo pelo indivíduo, agora cidadão<sup>42</sup>. O privatismo liberal, todavia, fechou seus olhos para a alteridade; a necessidade do reconhecimento político dos direitos subjetivos para a titulação individual, e, com isso, comprometeu também a deliberação. Ora, sem reconhecimento do “outro”, não há como criar também um “nós”, ou seja, uma comunidade jurídico-política que ultrapassasse a concepção acanhada do clássico Estado nacional (povo e território). O poder político existia na exata medida da manutenção do sistema de direitos, estabelecendo limites para as relações intersubjetivas do mundo econômico. Todavia, seu aspecto propriamente comunitário, aquela práxis pública que diz o que é relevante para a coletividade, inclusive quais os direitos

---

<sup>41</sup> Não estamos aqui negando a parceria entre direito, economia e Estado na forma capitalista de modernização, como dito no capítulo 01. Todavia, além da divisão de tarefas, que foi muito bem sucedida para a estabilização de um arcabouço institucional de dominação e produção econômica, existe também uma desconfiança do privado sobre o público, e vice-versa. Nosso pleito é que essa relação de oposição é tão arraigada que diz respeito à própria racionalidade que se faz uso.

<sup>42</sup> Evidentemente estamos falando do cidadão que age conforme as leis porque acredita na correção da norma. A atitude performática do ator estratégico será abordada posteriormente.

fundamentais que terão seus cidadãos, lhe foi negado em prol da suserania do indivíduo que possui direitos em virtude da sua condição de sujeito moral, e não por conta da sua também condição de membro de uma comunidade política. No paradigma liberal é a autonomia privada do indivíduo moral que determina seus direitos, servindo a política como meio de sua garantia, mas não de atribuição de *status* jurídico. Do político, os direitos fundamentais possuem apenas a dimensão coercitiva do poder de polícia.

E o motivo para tamanha negação da política era a circunstância da soberania popular ser vista como um substituto secular do poder absolutista; mas tal como seu antecessor, representava uma ameaça à esfera de direitos privados. O temor da tirania do rei-sol foi revisitado no medo da tirania da maioria. Essa demofobia fez com que o privado visse o público como algo estrangeiro, do qual não fazia parte, e, mais ainda, que devia ser controlado por um direito com qualidade jurídica superior: as constituições. Essa concepção instrumental e heterônoma de poder não possibilitou à autonomia privada liberal compreendê-lo na sua ligação com a democracia: a soberania popular como exercício de autodeterminação pública de sujeitos dotados de direitos fundamentais (PREUSS, 1998:330). Não é à toa que solidariedade social signifique aqui, no seu melhor desempenho, caridade social; um “bem”, porém, absolutamente privatizado<sup>43</sup>.

Já na variante *welfare*, a soberania popular alcançou seu papel na determinação de valores e bens públicos. Destoando do modo liberal, a alteridade conseguiu ser percebida na dimensão da “nossa comunidade”, que possui anseios que diferem daqueles propriamente privados. O sistema político, mais do que defender o privado, passou a definir o público. E o modo de fazê-lo foi também estabelecer “direitos”, porém aqueles que davam contornos às formas de

---

<sup>43</sup> Sobre a ideologia burguesa por detrás do liberalismo, diz Amorim: “A cidadania nasce com a fabulosa transformação histórica sofrida pela Europa desde o fim do feudalismo. Dali em diante, a burguesia, o grupo social que alçou ao poder, fez dos princípios que hoje compõem essa idéia uma poderosa ideologia, capaz de mover corações, mentes e armas a seu favor. Isso fica claro quando, observando a história, percebe-se que os mesmo princípios exerceram papéis opostos na criação e consolidação do mundo burguês e depois na manutenção dele: primeiro como arma de transformação poderosa, apta a convencer o Terceiro Estado sobre a importância do indivíduo e a construção de uma nova ordem social; segundo, no momento em que a burguesia já se tornou o grupo dominante, também como uma arma, mas agora apontada na posição contrária, como ideologia conservadora e de dominação sobre o restante dos grupos que compõem a sociedade” (2009:10).

expressão coletiva da existência<sup>44</sup>. A questão passou a ser, em percebendo o outro, como se relacionar com ele e criar um “nós”. A justiça material foi a via eleita para criar essa identidade coletiva de uma comunidade jurídica de iguais cidadãos. O problema é que o interesse de todos não foi por todos deliberado. A soberania como expressão de autodeterminação política perdeu seu tônus solidário, na medida em que substituiu o público ampliado de cidadãos pelo Estado. O momento deliberativo de refundação republicana cedeu lugar para a escolha tecnocrática das metas administrativas. Uma dita “solidariedade” que chega como uma escolha pré-fabricada de valores não tem o efeito de criar um vínculo entre os membros da comunidade jurídica. Ao contrário, os isolam como consumidores individuais dos produtos oferecidos pela elite administrativa (PREUSS, 1998:330). Reduzida à vontade privada do sujeito coletivo, o poder político desnatura sua qualidade de público, perdendo contato com sua base democrática. Se no liberalismo a heteronomia da política era sentida na onipotência e auto-suficiência do indivíduo que dispensava o público; no Estado social, é percebida por um público que não possui mais capacidade deliberativa para determinar suas próprias identidades coletivas e individuais. Ambas passam a ser assuntos de “Estado”, fechado ao círculo decisório da administração, e como tais perdem sua conexão normativa com o direito e com o poder comunicativo que emana da esfera pública<sup>45</sup>. Sob o signo intervencionista, Preuss explica que

O Estado produz solidariedade social coercitivamente, via poder administrativo; o poder administrativo executa os atos de redistribuição, e o direito contém a justificação normativa. Mas nem o poder administrativo realmente precisa do direito para atingir suas metas, nem o direito realmente guia as ações do poder administrativo (Ibidem).

Ora, num cenário em que se nega a deliberação como práxis de autodeterminação política, encapsulando-a no interior da burocracia, igualmente se compromete a alteridade, pois uma sociedade que é heteronomamente

---

<sup>44</sup> Diz o preâmbulo da Constituição brasileira: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

gerenciada, perde sua humanidade coletiva e individual, e se torna reificada diante da elite dirigente. O “nós” da comunidade jurídica vira uma caricatura produzida pelo saber tecnocrático, desprovida de densidade ética, e o “eu”, o titular de direitos fundamentais, um núcleo de resistência ao dirigismo que deve ser domado pela pseudo-vontade geral e/ou pelas ofertas materiais.

Embora se fale em “bens coletivos”, o intento continua sendo a satisfação privada: no liberalismo, via direitos fundamentais, no Estado-providência, via garantias materiais. O indivíduo, singular ou coletivo, domina o espaço social, pouco sobrando espaço para o “nós”. Como resultado, nem sujeito moral, nem comunidade ética<sup>46</sup>.

Podemos concluir então que ambos os modelos liberal e social sofrem de uma parcialidade nas respectivas concepções da política, e um desapego quanto à sua ligação com o direito. No primeiro, do político restou apenas a polícia, enquanto que no segundo; a burocracia. O direito, por sua vez, é marcado por uma certa *instrumentalidade*: organiza as relações econômicas e defende o indivíduo contra o Estado, no liberalismo; e auxilia na engenharia social da Administração, no intervencionismo. Duplamente o sistema jurídico é visto como uma estrutura

---

<sup>45</sup> Fica o resquício do contato com o público nas eleições, num tipo de democracia plebicitária. Sobre a crítica ao elitismo democrático como chave de análise empírica, baseada em premissas normativas ocultas, ver Habermas, 1996, capítulo 08.

<sup>46</sup> Habermas faz uma distinção analítica entre três paradigmas político-democráticos. No primeiro, a visão liberal do processo democrático coloca o Governo à disposição dos interesses privados, garantidos por uma gama de direitos negativos, todos visando o não intervencionismo ou a não coerção estatal. O governo é representado como um aparato de administração pública, garantidor da felicidade privada e detentor do Poder de Polícia, mínimo; e a sociedade, como uma rede de interações entre pessoas privadas estruturadas na forma do mercado (1995). No segundo, chamado de Estado social, as concepções de direito vão além do privatismo, garantidor da autorealização pessoal. Eles passam a servir como meio de realização de justiça social, assumindo o Estado o papel de distribuir de bens (HABERMAS, 1996:398). O terceiro paradigma que nosso autor propõe, é chamado de “procedimental”. Ele dá destaque ao processo de formação política da vontade e da opinião, sem, no entanto, considerar a Constituição como elemento secundário. Ao contrário, concebe os princípios do Estado constitucional como resposta à questão de como podem ser institucionalizadas as exigentes formas comunicativas de uma formação democrática da vontade e da opinião. A teoria do discurso sustenta que o êxito da política deliberativa depende não da ação coletiva dos cidadãos (republicanismo), mas da institucionalização dos procedimentos e as condições de comunicação correspondentes. Uma soberania popular procedimentalizada e um sistema político ligado às redes periféricas da esfera público-política andam de mãos dadas com a imagem de uma sociedade descentrada. Essa visão prescinde da noção do todo social centrado no Estado e imaginado como um sujeito teleologicamente orientado.

A formação informal da opinião pública gera a “influência”; esta é transformada em “poder comunicativo” por meio dos canais das eleições políticas; e o “poder comunicativo” é por sua vez transformado em “poder administrativo” por meio da legislação. Aqui a sociedade e Estado são distintos, mas o público não é reduzido ao Estado, vez que a própria sociedade civil fornece a base sólida da esfera pública autônoma do aparato administrativo; nem, por um outro lado, o público não é a reunião de indivíduos privados em público, mero somatório das vontades individuais (Ibidem, 1995).

de intermediação: transforma o sujeito moral em sujeito de direitos (*legal person*), ou liga a estrutura burocrática ao mundo da vida, colonizando-o, isto é, transforma o cidadão em cliente.

Nossa crítica se dirige, portanto, contra mais uma visão dual tipicamente moderna: aquela que não percebe a “compreensividade” do direito, isto é, a tensão que habita o seu interior, capaz de se relacionar com a política de maneira diversa que a “adversariedade”, e com a moral sem subserviência<sup>47</sup>. Nesse sentido, será possível conceber soberania popular como constitutiva dos direitos fundamentais, e vice e versa. A *tensão* difere da instrumentalidade pois não dá ao sistema jurídico o papel de intermediação entre diferentes esferas de ação ou de conhecimento, legitimando o individualismo possessivo ou o intervencionismo estatal. Ao revés, o concebe como uma manifestação institucional da *ratio* comunicativa, ou seja, a circunstância do direito ser um dos lados reversos do próprio princípio democrático, que somente pode se constituir, em sociedades plurais, como um princípio jurídico (HABERMAS, 1996:94).

Começamos nossos esforços reflexivos então pela reconexão entre direito e política, de modo a preservar a alteridade e a deliberação, ainda que em constante tensão.

Pois bem. Até o presente momento, temos insistido na crítica às concepções de direito e política que impliquem numa mera relação de instrumentalidade. Por um lado, a política, institucionalizada no aparato administrativo, judiciário, militar, etc, confere aos direitos subjetivos o poder sancionador que advém do monopólio do uso da força, expressão da autoridade estatal aplicada à observância dos comandos jurídicos pelos respectivos titulares de obrigações, bem como, inversamente, a exigibilidade de determinado *status* jurídico pelo titular de direitos. Assim, a força do Estado garante a força do direito, ou seja, a capacidade de estabilizar expectativas de comportamento pelo potencial uso da coação institucionalizada. O direito, dentro dessa perspectiva, deve conseguir resistir às frustrações da facticidade social, e tentar dirigi-la mediante o poder da sua normatividade sancionada politicamente. De outro lado, o poder político também corporificado na pessoa jurídica do Estado abandona a factualidade da pura violência, e assume ares de exercício legítimo da autoridade porque expressado de

---

<sup>47</sup> Não abordaremos a relação entre direito e moral explicitamente. Sobre essa questão, cf. Habermas, 1996, capítulo 3.

acordo com a forma legal. Portanto, a validade do direito oferece legitimidade à facticidade do poder (HABERMAS, 1996:133). Mas qual validade jurídica seria esta? Ora, o pertencimento a uma ordem jurídica. No melhor do positivismo, legitimidade advém da legalidade: a validade da norma diz respeito à sua fonte jurídica, numa relação hierárquica que nos remete à norma fundamental ou à regra de conhecimento<sup>48</sup>, *vg.* Nesse cenário, a autonomia do direito se torna tão elevada, que ele é capaz de criar seus elementos, seus processos de reprodução e de validade (“direito cria direito”). Com o positivismo, o direito adquire todas as características de um sistema<sup>49</sup>, pronto para atuar funcionalmente na resolução das contingências sociais.

O interessante dessa clássica idéia de “Estado de Direito” (*rule of law*) é o fato dela transparecer uma aliança entre direito e política que resvala no rubro contratualismo: duas vontades diversas, no nosso caso, duas instituições sociais, que acordam em usar a qualidade de uma em benefício da outra de maneira sinalagmática. Os “contratantes”, direito e política, por assim dizer, aderem ao ajuste, porém a reunião das suas vontades não implica numa mudança interna da “natureza” de ambos. Direito e política saem como entraram neste contrato, de maneira que a associação dos mesmos diz respeito a uma questão de aumento de funcionalidade, e não de existência. A lógica privatista liberal<sup>50</sup> é reencenada na seara institucional, na qual o poder político é externamente justaposto ao direito em virtude das vantagens simbólicas e materiais para ambos.

O que o liberalismo<sup>51</sup> perdeu de vista é a necessidade do direito ser uma ordem legítima, e, ao mesmo tempo coercitiva; quando transportada para um

---

<sup>48</sup> Ambas pressupostos tipicamente heurísticos para por fim à cadeia remissiva que o critério da fonte superior hierárquica legal não consegue dar conta sozinho.

<sup>49</sup> Sobre a crítica ao positivismo, cf. Habermas, 1996, capítulo 03. Sobre as implicações sociológicas da positividade do direito, e sua concepção como um sistema de comunicação, cf. Luhmann, 1983, vol. II.

<sup>50</sup> Do mesmo voluntarismo monológico padeceria uma política determinada pela figura do soberano, encarnação da eticidade de determinada comunidade histórica. As concepções de “bem” seriam igualmente privatizadas pela figura coletiva, e não publicamente estabelecida por processos de discussão política. O direito, nesse cenário, seria também uma ferramenta de efetivação dos valores éticos, perdendo, contudo, o criticismo da discussão pública sobre o que se pretende definir como “bem comum”. Ao invés de ser o ponto de chegada da deliberação, uma eticidade ontologizada se transforma no seu ponto de partida.

<sup>51</sup> Podemos estender a idéia de liberalismo como paradigma de pensamento para englobar tanto a experiência histórica do Estado liberal quanto o próprio *Welfare State*. Embora tenha sido alterada a via para o alcance da felicidade privada (direitos de liberdade ou igualdade), no liberalismo é o indivíduo quem deve ser satisfeito: seja porque titular de direitos de liberdade, seja porque tutelado materialmente por um Estado paternal. A dimensão cívica propriamente dita é tão esvaziada, que até o Estado é visto como uma subjetividade coletiva.

estado constitucional, temos a migração da tensão entre facticidade e validade – interna ao direito, e representada pelo direitos fundamentais de defesa da liberdade e a autonomia pública de cidadãos soberanos – para a externalidade da relação entre direito e política, que devem abandonar a posição de contratantes, e assumirem a postura de autoconstituição recíproca e discursiva, nos moldes da dialeticidade tensionada que já nos referimos:

De direitos [*rights*] desloca-se para uma autoridade constitucionalmente autorizada, cujo exercício de poder deve ser ligada a um direito legítimo. Uma vez que o direito é reflexivamente aplicado ao poder político, ele tacitamente pressupõe, evidentemente, que a tensão entre facticidade e validade muda para outra dimensão: ela reaparece no próprio poder político organizado constitucionalmente. O poder estatal é baseado na ameaça de sanção garantida [*backed*] por instrumentos de força mantidos na reserva; ao mesmo tempo, entretanto, ele é autorizado pelo direito legítimo (HABERMAS, 1996:136).

Logo, a questão se torna mais complexa, e se liga à própria gênese de ambos os sistemas. Ora, a política não “contrata” o direito para lhe conferir legitimidade, mas, inversamente, é organizada como direito. “O poder político<sup>52</sup> pode se constituir apenas através do código legal [...]”, diz Habermas (Ibidem, p. 134). Portanto, a política se externaliza na forma do direito: de participação política, normas de comportamento, de organização da competência institucional, de programas de políticas públicas, etc. Sem a forma jurídica, o poder político não se torna legítimo, se mostrando na hipérbole da sua factualidade e funcionalidade, descolado dos simbolismos do mundo da vida, e atuando no sentido de colonizá-lo, como já foi anteriormente desenvolvido.

Todavia, não é qualquer direito que gera uma política comunicativamente comprometida. O direito que dá suporte ao sistema político, conferindo-lhe uma gênese democrática, deve ser um direito *legítimo*. Essa legitimidade destoa da versão positivista das fontes estatais. Se estas fossem suficientes, qualquer direito seria alçado à condição de legítimo se pudesse percorrer o caminho de volta ao Estado, ou a qualquer instituição correlata. Se levássemos adiante esse raciocínio positivo, teríamos um direito que deve obter legitimidade do Estado e,

---

<sup>52</sup> Neste momento, Habermas restringe o conceito de política àquela estatal. Todavia, os atos de autodeterminação pública, em sentido amplo, não estão confinados ao espaço estatal. Público, portanto, não é sinônimo de Estado. Entretanto, quando o autor vai tratar da co-originalidade entre direito e política, ele acaba dando uma conotação mais institucional ao poder político, visto como poder administrativo, cuja funcionalidade só se torna legítima se puder beber da fonte do poder comunicativo, a fonte de justiça do direito.

concomitantemente, legitimar o mesmo aparato político. Ora, não é preciso muito esforço para desfazer essa retórica: um direito cujo critério de legitimidade é a positividade, acaba por chancelar qualquer exercício de poder político, pois tudo que é válido é estatal, ou, inversamente, tudo que é estatal é válido, sejam as ações próprias da política *stricto sensu*, a administração da justiça ou a criação legislativa [*lawmaking*]<sup>53</sup>.

A fim de evitar essa circularidade que mascara um institucionalismo autoritário, precisamos fazer uso de uma *assimetrização*<sup>54</sup>, na terminologia sistêmica, ou seja, um lastro de justiça para o direito que não seja o critério das fontes positivas. Todavia, esse parâmetro não precisa recorrer à transcendência de um direito natural, ou a um *a priori* da consciência individual ou coletiva, mas se volta para a imanência das práticas comunicativas de entendimento, baseando-se na força solidária que brota dos conteúdos ilocucionários da fala: o *poder comunicativo*<sup>55</sup>. Com efeito, o direito funcionará como fonte de justiça se puder ser racionalmente justificado através de processos de interação lingüística, institucionalizados em discursos normativos que envolvem a participação política

<sup>53</sup> Na radicalização da legitimidade positivista, temos a figura do Führer do 3º Reich, e o desvelar de que um direito que se legitima exclusivamente no aparato estatal deixa de ter força normativa, e passa a ser mera contingência, submetida aos fatos (políticos). A força da norma sucumbe diante da vontade política do soberano.

<sup>54</sup> “Os sistemas autopoieticos usam variados métodos para romper com o ciclo tautológico. Esses métodos podem ser agrupados sob a rubrica de ‘assimetrização’, na qual ‘o sistema, para tornar possíveis suas operações, escolhem pontos de referência que não são mais postos sob questionamento (p. 466)’. Ao fixar fatos indubitáveis (pelo menos naquele momento), o sistema trata parte de sua própria estrutura como sendo seu exterior. E ao fazê-lo, ele quebra a interconectividade entre tais ‘fatos’ com o resto de si mesmo. Ele [o sistema] precisa de tal procedimento para dar conta da complexidade do seu mundo” (BAUSH, 2001: 225, comentário nosso). Todavia, nossa “assimetrização” não será para fora do direito, mas contra a circularidade do legalismo positivista.

<sup>55</sup> “Poder comunicativo é simplesmente inerente ao fato de alguém aceitar a pretensão de validade e compartilhar a convicção correspondente. Poder comunicativo advém do fato maior de que cada individualidade acredita legitimamente que ele ou ela pertencem a uma ‘comunidade de ação singular’, e que ele ou ela querem pertencer a esta comunidade. A convicção compartilhada não é apenas um fato social que pode ser observador de um ponto de vista externo. Ele é constitutivo para esse fato social de que os participantes acreditam que nós compartilhamos uma convicção. Essa crença é nocional [*noticional*], e não um elemento relacional da convicção; ela é parte do seu significado. Através da identificação reflexiva e confirmação, a comunidade ilocucionária é transformada em comunidade social, a qual diz respeito a todos aqueles que têm conhecimento da circunstância de serem uma comunidade. O espaço infinito que é aberto para os membros de uma comunidade ilocucionária os quais legitimamente compartilham uma expectativa de ação é agora reduzida a uma comunidade social finita, a qual é aberta para os membros que sabem um dos outros que eles aceitaram factualmente a pretensão de validade. Ele podem esperar que nós (i.e., cada membro singular de nós) irá agir de acordo com a proposição válida. É este aspecto decisivo do poder comunicativo, como Hanna Arendt descreveu várias vezes: agir de acordo [*act in concert*]. Portanto, o poder comunicativo é uma fonte motivacional para a comunidade, e um *medium* para alocação de poderes para a ação” (GÜNTHER, 1998: 248).

dos potenciais afetados: debates na esfera pública, processos legislativos e até mesmo a atividade jurisdicional. Todos esse exemplos têm em comum a percepção da alteridade – o *alter* da interlocução - e a necessidade de deliberação racional entre os sujeitos (agora políticos) da fala pública, a fim de fixarem os conteúdos normativos que irão reger determinada sociedade histórica. Mais uma vez, o significado da norma se liga ao convencimento sobre a racionalidade do argumento utilizado para justificá-la. Essa práxis dialogicamente orientada possui um duplo aspecto: o direito legítimo provém da aderência *semântico-cognitiva* dos atores ao conteúdo racional, bem como, por um outro lado, uma adesão *pragmática*: a força motivacional que emana das obrigações ilocucionárias da interação comunicativa, agora também interação legislativa (*lawmaking*). Como diz Günther (1998), espera-se que os sujeitos irão agir de acordo com as pretensões de validade levantadas nos discursos jurídico-políticos, que se abrem para questões de justiça, de auto-realização pessoal e comunitária, e barganhas de interesses pragmáticos<sup>56</sup>. Portanto, de uma racionalidade deliberada, surge uma solidariedade social acerca das metas coletivas a serem alcançadas. O direito (e também a política), segundo essa reorientação comunicativa, se torna tanto fonte institucional de “acúmulo de razão”, como igualmente exemplo de práxis de agregação de condutas, que não precisa recorrer somente ao sistema utilitário de punição e recompensa<sup>57</sup>, mas pode contar com aceitação racional daqueles que querem agir de acordo com a norma porque acreditam na sua justiça *lato sensu*.

Ora, o processo democrático de criação do direito e da política nada mais é que a versão institucional do próprio entendimento comunicativo<sup>58</sup>, bem como, em termos de desenvolvimento cognitivo, a continuidade dos processos de modernização como racionalização: direito e política são instituições que requerem uma justificação pós-convencional. Para sociedades plurais e

---

<sup>56</sup> Não iremos nos aprofundar sobre os diferentes tipos de discurso que o direito comporta: pragmático, ético e moral. Cf. Habermas, 1996, capítulo 04.

<sup>57</sup> A facticidade do direito é um aspecto que não pode ser esquecido. Justamente porque pode absorver a atuação estratégica é que ele possui uma funcionalidade que dá conta das contingências das sociedades complexas. Porém, sem desprezar os desafios funcionais, nosso foco é a reconstrução simbólica das instituições modernas, transformando-as em fontes de poder comunicativamente engajadas. Daí a preocupação com a refundação dos critérios de legitimidade do direito e da política, interligando-os ao mundo da vida racionalizado.

<sup>58</sup> Um alerta, contudo, deve ser feito: não podemos fazer essa ponte direta entre princípio do discurso para o processo democrático, sem os devidos ajustes, sob pena de soarmos como uma irmandade cristã ingênua. O princípio democrático mantém as premissas do princípio do discurso,

complexas, a validade das orientações práticas demanda o convencimento racional obtido num espaço discursivo público. Essa autonomia é sentida pelo indivíduo apenas como experiência socialmente compartilhada. Podemos dizer, portanto, que se trata de uma liberdade politicamente obtida, ou, reversamente, de uma igualdade juridicamente atribuída.

Com essas afirmações, estamos também trazendo para gênese jurídica e política grande parte dos pressupostos comunicativos do princípio do discurso: a inclusão irrestrita dos potencialmente afetados pela norma, o cognitivismo racional, a não-violência, a solidariedade pragmática que brota do entendimento racionalmente motivado. Todavia, estamos igualmente incluindo outras variantes empíricas que marcam os processos sociais: a opção por um agir estratégico - próprio de processos de barganha orientados pelo interesse, desde que pautados por uma certa transparência dos procedimentos (*fairness*)<sup>59</sup>; a escolha pelo não engajamento discursivo, isto é, a inércia política quanto à formação democrática; dentre outros que por hora não vamos abordar. Habermas explica:

As normas devem sua legitimidade a uma espécie de reconhecimento que é baseado num acordo racionalmente motivado [...]. A concepção mentalista da razão é agora traduzida em termos pragmatistas, e expressada em termos de práticas como razões-dadas [*reason-given*], i.e., como condições para deliberação. O discurso racional deve ser público e inclusivo, atribuir iguais direitos comunicativos aos participantes, exigir sinceridade e difundir nenhuma outra força senão aquela [*forceless force*] do melhor argumento (1999a: 332).

A relação entre direito e política, nessa linha de raciocínio, se torna muito mais fundamental, pois não opera no âmbito de mútua restrição, isto é, como um sistema de freios e contra-pesos a partir de uma perspectiva externa a ambos. Ao contrário, direito e política se auto-referenciam nos processos de legitimação do exercício do poder e são co-originários. Somente considerando todos os participantes como titulares de iguais direitos é que a deliberação será verdadeiramente democrática. E somente pela via da deliberação democrática se poderá determinar os iguais direitos dos participantes. Trata-se de procedimento circular que, antes da revelar uma tautologia, implica dizer que não existe

---

mas se abre para as especificidades pragmáticas, éticas e morais dos temas públicos. Cf. Habermas, 1996, p. 158.

<sup>59</sup> Sobre a circunstância do direito dar conta de absorver o agir estratégico, porque não somente é um sistema de conhecimento (compreensão e aceitação racional dos conteúdos jurídicos), mas

autonomia privada independente da pública; de soberania popular desconexa dos direitos humanos; do exercício do poder político autônomo da validação jurídica, e vice-versa

Como conseqüência, a partir dessa reinterpretação, não é possível mais sustentar a legitimidade do poder político e a coerção do direito com base nesses acordos horizontais entre sujeitos contratantes. Num Estado constitucional democrático, entra-se na relação vertical entre cidadãos que, através de canais institucionais e informais, dentro e fora do governo, exercendo sua soberania, estabelecem direitos que irão tutelar suas identidades subjetivas, coletivas e a própria forma de organização política (criação de políticas públicas, instituições ligadas à administração da justiça, etc). A própria constituição é o momento por excelência em que a autonomia pública dos cidadãos cria um sistema de direitos para a correlata autonomia privada.

Se alterarmos nossa perspectiva para uma análise mais empírica, o direito transforma o poder político em poder legal legítimo, e o poder político confere ao direito segurança jurídica a partir da estabilização de expectativas de comportamento pela via da sanção. A tensão entre facticidade e validade, própria do Estado constitucional democrático, se desloca do interior do direito para reaparecer no próprio poder político que deve ser constituído conforme o direito legítimo (HABERMAS, 1996: 136). Partindo da validade do direito e da facticidade da política se obtém, num segundo momento de inversão, a facticidade do direito e a validade da política.

Temos, portanto, um modelo bastante estilizado para o exercício legítimo de poder pela via de um direito democraticamente posto. Trata-se de um caminho que se inicia pela formação discursiva da opinião e da vontade na esfera pública, passa pelo filtro do direito que lhe confere forma jurídica, e chega ao poder político, na sua vertente administrativa<sup>60</sup>, que irá processar esses impulsos

---

também um sistema de ação (determina comandos práticos que independem da cognição), cf. Habermas, 1996.

<sup>60</sup> O poder político é composto pelo poder comunicativo e pelo poder administrativo. Assim, as deliberações na esfera pública são ações políticas tanto quanto as ações administrativas. A diferença é que a administração, como sistema, possui uma especial *expertise* em solucionar problemas de reprodução material da sociedade, porque organizada instrumentalmente. Entretanto, segundo Habermas, ela precisa ser reconectada com o poder comunicativo através do direito, sob pena de se isolar dos simbolismos do mundo da vida, e, pior, contra ele se voltar, colonizando-o pelo domínio tecnocrático. A este respeito, diz Günther: “Assim, o poder comunicativo, aplicado a si mesmo – o ‘nós’, inventado por aqueles que factualmente aceitaram as pretensões de validade, e se reidentificaram e se reconfirmaram como uma comunidade de ação singular, pode se tornar uma

deliberativos da esfera pública de acordo com as necessidades de gerenciamento de contingências sociais.

A vantagem de um direito que tem o poder comunicativo como sua fonte de justiça é a sua capacidade de transportar esse comprometimento deliberativo para o próprio sistema político-administrativo, interligando-o com o mundo da vida:

Atores coletivos de uma sociedade civil que é suficientemente autônoma, e uma esfera pública que é suficientemente sensível e inclusiva, podem ambas ser instrumentais para a percepção dos problemas de relevância social ampla, traduzindo os mesmos em questões públicas, e, então, gerando através de variadas redes a ‘influência’ da opinião pública. Mas tal ‘influência’ é transformada em ‘poder’ apenas através da interação de uma comunicação informal e difusa que jorra [*flows*] da esfera pública como um todo para processos organizados de formação da opinião e da vontade primeiramente corporificada nos complexos parlamentares e judiciários. O ‘poder comunicativo’ é produzido de acordo com os procedimentos democráticos de corpos eleitos e deliberados, e então, acordo com programas legislativos e decisões judiciais, transformados em ‘poder administrativo’ de agências executivas, disponíveis para o propósito de implementação (HABERMAS, 1999a: 333-334).

De acordo com essa proposta de Estado constitucional, podemos concluir que as liberdades comunicativas dos cidadãos exercidas na esfera pública é o ponto de partida e o ponto de chegada de um processo democrático que busca canalizar um leque variado de argumentos socialmente relevantes. Desde a busca pragmática de satisfação de interesses individuais, passando por projetos teleológicos de uma boa vida na comunidade, até as obrigações morais simetricamente generalizáveis; todas essas questões levantadas por processos de formação da opinião e da vontade ocorridas na esfera pública serão filtradas pelo direito, que, num segundo momento, fornecerá os subsídios para que os temas em destaque sejam formalizados pela via da decisão administrativa através de leis, sentenças, implementação de gastos públicos, etc. Inversamente, é a partir desse código de direitos que a esfera pública poderá se organizar livremente e possibilitar um constante fluxo temático em direção à administração, sem que seja por ela colonizada. Muito pelo contrário: será o mundo da vida que irá assediar e

---

comunidade política. Então, a reidentificação e a reconfirmação da comunidade de ação singular é interpretada como a fundação de normas constitucionais, procedimentos, e instituições as quais habilitam seus membros a reproduzirem poder comunicativo através e dentro de um arcabouço [*framework*] institucional. A aceitação factual do arcabouço institucional gera a obrigação ilocucionária para os membros de uma comunidade política de agirem de acordo com as regras constitucionais, e a reiterar o poder comunicativo através de cada questão singular da qual eles debatam [*argue*] dentro do arcabouço institucional” (1998:250).

submeter os sistemas ao agir comunicativo, representado institucionalmente pela gênese democrática do direito.

Se até agora nos valem da perspectiva do observador, que analisa o *modus operandi* dos sistemas e instituições do Estado constitucional, e procura descrever um modelo sociológico que confira ao direito a função de defender os espaços comunicativos, sem olvidar da também necessidade de resolução de contingências de sociedades complexas, mantendo as duas tarefas sob tensão (e não exclusão); serão as peculiaridades do princípio democrático que farão o retorno da perspectiva do participante.

Ora, a democracia representa a única maneira de se dar continuidade institucional aos processos de racionalização do mundo da vida para o contexto de sociedades plurais e contingentes. Sem o amparo da tradição ou do sagrado, coube à razão a tarefa de legitimar um direito politicamente posto e um poder instrumentalmente empregado. Todavia, a seletividade capitalista nos mostrou as distorções que o avanço da racionalidade instrumental causou às esferas da autonomia pública e privada, e a incapacidade da razão comunicativa de se defender sozinha dos assédios sistêmicos. Tal como a *expertise* teleológica, no modelo de Estado constitucional proposto, deve a razão comunicativa se institucionalizar em procedimentos que garantam a formação livre da opinião e da vontade, que, por sua vez, ditará os rumos da gestão social. E quais procedimentos seriam estes? Qualquer um que seja pautada por uma episteme de reconhecimento da alteridade e da deliberação.

Logo, se a modernidade é um projeto em aberto, ela se torna permanente como um projeto democrático<sup>61</sup>. A chave para a transição é justamente um direito que inunda a política com os pulsos de autodeterminação cidadã, seja pela via da defesa dos direitos fundamentais, seja pela influência direta dessa vontade pública sobre os canais de decisão político-administrativa. Através dessa estruturação comunicativa do direito, própria de um nível de desenvolvimento cognitivo pós-convencional, no qual quem age é capaz de justificar suas ações por princípios, podemos ir mais fundo nas nossas conclusões, e dizer que modernização pode ser

---

<sup>61</sup> É por isso que Habermas fala em democracia como projeto radical (1996: xlii): democratizar é recuperar a modernidade das suas distorções seletivas, e refundar seus ideais emancipatórios.

lida, sob a perspectiva do participante, como deliberação democrática<sup>62</sup> no seio de um Estado constitucional.

Sob essa configuração, abandonamos tanto o egocentrismo do indivíduo burguês, na medida em que ter direitos fundamentais significa o seu correlato reconhecimento e atribuição por uma comunidade política; quanto, por outro lado, o voluntarismo de uma cidadania fabricada por uma elite tecnocrática, pois o poder, para ser legítimo, deve se externalizar na forma de um sistema de direitos comunicativamente comprometido, ao invés de uma benesse generosamente concedida pelo Estado paternalista.

É justamente esse uso público da razão prática que a teoria democrática de Habermas pretende resgatar, reelaborando a idéia de autonomia do sujeito moral kantiano, só que agora na dimensão pública de cidadãos que tematizam e decidem pelos canais institucionais os rumos da sociedade histórica, justamente porque são considerados participantes da discussão política através da sua condição de sujeitos de direitos.

Todavia, não sendo o constitucionalismo meramente a generalização do Estado de Direito [*rule of law*], mas sua versão reflexiva: os procedimentos que defendem a própria condição jurídica do Estado (ARATO, 1998: 35), fica a pergunta sobre qual a extensão dos poderes daqueles que ficam encarregados de defender a constituição, e, portanto, de preservar o *status* elevado da soberania popular e do sistema de direitos como um todo?

A crítica se volta agora para a administração da justiça, no sentido de apontar um possível paradoxo: sendo a jurisdição constitucional também um exercício de poder político, como torná-lo igualmente democrático? Em outras palavras, como aproximar *política jurisdicional* e *comunicação*, de maneira a se evitar sua variante distorcida: *política jurisdicional* como *administração*

<sup>62</sup> “Pois o *quid* dessa compreensão [deliberativa] radica em que o procedimento democrático institucionaliza discursos e negociações com ajuda de formas de comunicação que, para todos os resultados obtidos conforme o procedimento, haverá de fundar a presunção de racionalidade. Ninguém sublinhou essa concepção de forma mais enérgica que John Dewey: ‘A regra da maioria é tão banal como seus críticos dizem que é. Porém, não é simplesmente a regra da maioria... Os meios pelos quais a maioria chega a ser maioria é aqui o mais importante: debates prévios, modificações dos próprios pontos de vista para fazer frente a opiniões minoritárias...A necessidade essencial, em outras palavras, é a melhora dos métodos e condições do debate, da discussão e da persuasão’. A política deliberativa obtém sua força legitimadora da estrutura discursiva de uma formação da opinião e da vontade que somente pode cumprir sua função sócio integradora graças à expectativa de qualidade racional de seus resultados. Daí que o nível discursivo do debate público constitui a variável mais importante” (HABERMAS, 2000: 380-381, comentário nosso).

*tecnocrática?* Aqui vale a máxima: a diferença entre o remédio e o veneno é a dose. Tratemos da posologia na próxima seção.

### 3.3

#### **O papel da jurisdição constitucional: virtuosismos e desvios**

Este trabalho tem sido marcado pela escolha de certos indicadores da modernidade. Assim o fizemos com a razão, poder, dinheiro, e os correlatos sistemas da administração e da economia. Numa categoria intermediária, sempre dúbia, tratamos do direito, instrumento de infiltração sistêmica no mundo da vida, ou, numa proposta de democracia deliberativa, fonte de justiça que programa a própria administração, submetendo-a aos contextos de interação comunicativa, de maneira a evitar o exercício de poder elitista neutralizado pela técnica burocrática.

Evidentemente que a escolha dos ditos indicadores não foi aleatória, e expressa um interesse: o de continuidade do ideal de emancipação moderno, cuja demagogia liberal ou o autoritarismo do Estado social esqueceram em meio à busca desenfreada por uma vida economicamente estruturada. Portanto, ao optarmos por reinterpretar a modernidade através de certos marcadores, não o fizemos desinteressadamente. Esse movimento de olhar para a facticidade pensando na sua normatividade emancipada merece ser colocado mais uma vez sob nossos holofotes. Só que à diferença das sociedades tradicionais, nossa eleição pela reconstrução racional da modernidade nos impede de recorrer ao sumo saber divino. Nos resta contentar com uma razão de conteúdos indeterminados, porém não solitária. No lugar da certeza naturalizada da transcendência, optamos pela contingência

[...] de um espaço público – um espaço tal que cada um é suscitado a falar, a ouvir, sem estar sujeito à autoridade do outro; o poder que lhe é dado, é induzido a querê-lo. Constitui a virtude desse espaço – sempre indeterminado, pois não é propriedade de ninguém, apenas correspondendo aos que nele se reconhecem e lhe dotam sentido – deixar que se propague o questionamento do direito [...] (LEFORT, 1991: 59).

Essa reorientação dialógica dos processos de racionalização do mundo da vida, mais do que uma opção metodológica, implica em conseqüências epistemológicas: uma razão que é compreendida como práxis de entendimento intersubjetivo lingüisticamente mediado, transfere tanto a *facticidade* da

sociabilidade que lhe é inerente para as próprias instituições de saber especializado, que se formam a partir do aumento da complexidade social; como, igualmente, a *normatividade* de quem, se quer comunicar, deve pressupor a verdade, a sinceridade e correção das pretensões levantadas por *ego*, e agir conforme essa obrigação ilocucionária livremente aceita por ambos os sujeitos da fala (*act in concert*).

Portanto, a partir dessa hermenêutica que está assentada sob premissas epistemológicas, as patologias de socialização podem também ser compreendidas como deficiências de racionalidade. Os vícios modernos seriam, por assim dizer, decorrentes dos distúrbios na reprodução de um tipo razão que é ao mesmo tempo um *agir* e um *desejar* socialmente experimentado. Quando essa razão comunicativa é institucionalizada, esses novos núcleos de saber levam consigo toda a carga de facticidade e validade que habitam o *logos* dialógico. Se porventura essa transposição é deficiente, ora a facticidade, ora a normatividade restam prejudicadas: ou bem as instituições se tornam autônomas em relação ao mundo da vida, perdendo a facticidade da experimentação social compartilhada, contra ela se voltando no sentido de submetê-las e reificá-las (colonização do mundo da vida); ou se tornam descrentes quanto a uma normatividade emancipada, isto é, quanto às orientações práticas que não provêm da autoridade, mas da autodeterminação comunicativa, que se expande como autodeterminação política<sup>63</sup>. Neste último caso, a abdicação da normatividade ressoa em conservadorismos, filosofias da história, determinismos, perda de sentido para vida, e descrença geral na própria autonomia do gênero humano, que se acomoda por menos: liberdade mas não igualdade, igualdade mas não liberdade. Não que os interesses tenham deixado de existir sob a égide conservadora e/ou fatalista. A questão é justamente o contrário: a normatividade continua, porém ela deixa de ser comunicativa, assume ares de heteronomia que erode o agir comunicativo, e chega de fora fazendo uso de subterfúgios: ideologias, direito instrumentalizado, violência estrutural, etc.

O grande objetivo para uma teoria comunicativa da sociedade, como faz Habermas (1996:437), é preservar ao máximo no âmbito das instituições e interações sociais essa facticidade e validade marcadas por um interesse

---

<sup>63</sup> Cf. Günther, 1998.

emancipatório. A autonomia da comunicação deve ser reencenada nas comunidades políticas. E a maneira de se aproximar a empiria social da normatividade comunicativa é através de uma teoria discursiva do direito. Segundo essa concepção,

a comunicação legal pode ser concebida como o *medium* através do qual as estruturas de reconhecimento erigidas na ação comunicativa são transferidas do simples nível de interações para o nível abstrato de relações organizadas (Ibidem).

Ora, porque também é uma espécie de *comunicação* institucionalizada, a tensão entre facticidade e validade interna ao direito - a circunstância dele ser, ao mesmo tempo, uma ordem legítima e coercitiva – possibilita que ele transfira esses atributos pragmáticos para a formação de uma ordem político-jurídica que preserve a episteme comunicativa. Nesse caso, como foi explicitado na seção anterior, não estamos mais circunscritos às comunidades lingüísticas, aos sujeitos de direitos que exercem suas autonomias privadas, ou mesmo à individualidade coletiva da soberania popular, corporificada na vontade geral rousseauiana. A intersubjetividade que marca uma teoria social e política, nos moldes discursivos, abandona a solidão e parcialidade das visões que opõe o indivíduo à sociedade, os direitos à política, e concebe um Estado constitucional que revive a síntese tensionada entre facticidade e validade através da democracia. Esta representa a variante institucional que amplifica e faz ressoar a racionalidade comunicativa para comunidades políticas, e, por conseguinte, mantém o interesse normativo da emancipação, traduzido agora como democratização.

Esse modelo de organização social tem a peculiaridade de ser ele mesmo exemplo tensão entre facticidade e validade, pois cria a normatividade do direito a partir da deliberação factual de uma comunidade de cidadãos. E essa comunidade de cidadãos, ao seu turno, atinge a condição de *zoo politikon* por ser também titular de direitos de participação *lato sensu*, além de direitos fundamentais que protegem as minorias contra deliberações majoritárias deletérias. Logo, os direitos são legitimamente postos (*enact*) por conta do exercício de autodeterminação política. Não advêm da justiça divina, de uma eticidade substantiva, mas da práxis pública daqueles que querem deliberar o que consideram dotado de relevância pragmática, ética e moral para sua própria comunidade, e que têm na constituição seu simbolismo fundador. Por sua vez, a insegurança da regulação plebicitária, a

facticidade do poder social, não encontra espaço porque o *status* de cidadão advém da própria titularidade de direitos que garantem a participação política. A soberania popular é constituída pelo direito, na sua forma e respeitando seu conteúdo fundamental, o que impede um exercício tirânico da maioria<sup>64</sup>.

Todavia, essa tensão entre uma soberania que tudo quer, e um direito que de tudo quer se proteger, somente pode se tornar equilibrada se colocada na perspectiva de um Estado constitucional democrático. Através de uma hermenêutica democraticamente comprometida, a adversariedade pode ser deixada de lado, pois não existe um direito antes da política, e vice-versa. A constituição representa o momento histórico e simbólico em que ambas as instituições são criadas, melhor, co-originadas, de maneira que se abre espaço para a mútua pressuposição: não existe soberania popular sem direitos humanos, nem direitos humanos sem soberania popular, conforme foi tratado na seção anterior.<sup>65</sup>

A constituição ilustra a própria ambigüidade, em outras palavras, a própria tensão entre direito e política. Ela pode ser lida tanto como exercício máximo da soberania popular, exemplo de autodeterminação pública de uma comunidade política que estabelece valores, metas, identidades, quanto o vértice de um sistema de direitos que confere garantias aos seus sujeitos. Corporificação de um “sistema

---

<sup>64</sup> “Em geral, as decisões majoritárias vem restringidas mediante a proteção da minoria, articulada em termos de direitos fundamentais, pois o exercício da autonomia política dos cidadãos não pode transgredir o sistema dos direitos, que é o que constitui essa autonomia” (HABERMAS, 2000: 248). A existência de um núcleo dogmático composto por um sistema de direitos, princípios elementares do Estado Democrático de Direito (cf. Habermas, 1996, cap. 4), levaram Werneck Vianna e Marcelo Burgos a afirmarem que a permanência deste núcleo fundamental, que não pode ser dispensado nem pelo princípio majoritário, representa a reminiscência de elementos transcendentais: “Daí se possa dizer com Eisenberg que, embora a teoria do direito habermasiana comporte uma desconfiança metafísica – o seu recurso a uma ética do discurso visa precisamente transferir o problema da fundamentação última das normas ao plano da formulação intersubjetiva de princípios -, ela retém o elemento transcendental quando propõe a indisponibilidade de uma estrutura de direitos fundamentais [...]” (2002:362). Gisele Cittadino, em uma de nossas conversas, explicitou o cerne da questão: Habermas é um autor que possui um compromisso com o Estado de direito liberal, não na sua versão histórica distorcida, mas com a idéia de que, frente às experiências que ele mesmo passou com o horror nazista, não se pode confiar somente na tradição. É preciso ter um sistema indisponível de direitos, que garanta a democracia.

<sup>65</sup> “Ao justificar um sistema de direitos, nós vimos que a autonomia dos cidadãos e a legitimidade do direito se referem um ao outro. Sob condições pós-metafísicas, o único direito legítimo é aquele que emerge da formação da opinião e da vontade discursiva de cidadãos equitativamente habilitados [*equally enfranchized citizens*]. Esses últimos podem a seu turno exercer adequadamente sua autonomia pública, garantida por direitos de comunicação e participação, apenas e somente se sua autonomia privada é assegurada. Uma autonomia privada bem garantida ajuda a ‘assegurar as condições’ para a autonomia pública tanto quanto, inversamente, o exercício apropriado da autonomia pública ajuda a ‘assegurar as condições’ para a autonomia privada” (HABERMAS, 1996:408).

de direitos” ou de uma “vontade geral”. O *quid* da hermenêutica comunicativa é justamente compreender que a constituição não precisa se vincular a uma leitura política ou jurídica<sup>66</sup>. Ela representa, antes de tudo, a própria fundação de uma sociedade democrática, pois mantém em aberto os processos políticos de gênese do direito, bem como o correlato *medium* de validação jurídica do poder político. Nesse sentido, podemos dizer que as constituições não se caracterizam pela permanência identitária de uma nação, nem pela referência hierarquicamente superior de um sistema de direitos positivados, mas como *continuum* que possibilita um processo democrático de circulação de poder,

[...] o qual deve ser alimentado por comunicações de uma esfera pública não subvertida, ancorada no núcleo de esferas privadas de um mundo da vida não distorcido [*undisturbed*], via redes de trabalho [*networks*] da sociedade civil. Com essa concepção, o fardo das expectativas muda do nível da qualidade, competência e oportunidades dos *atores* para as *formas de comunicação* nas quais uma formação da opinião e da vontade informal e não institucionalizada pode se desenvolver e interagir com a deliberação institucional e a tomada de decisão dentro do sistema político. No lugar do jogo de soma zero [*zero-sum game*] entre as iniciativas competidoras dos atores privados e governamentais, nós contamos [*reckon*] com formas de comunicação mais ou menos intactas encontradas na esfera pública e privada, de um lado, e de outro, nas instituições políticas (HABERMAS, 1996:408).

A natureza constitucional como práxis política e jurídica, resulta na impossibilidade da posse de poder ou do direito por qualquer ator: seja ele o sujeito burguês, a corporação capitalista ou agente governamental. Soberania e direitos (*rights*) não são um lugar, um conteúdo específico, mas um *exercício* de deliberação autônoma, no bojo de um arcabouço institucional democraticamente organizado<sup>67</sup>. Por isso os direitos são aqueles que iguais cidadãos irão livremente estabelecer; e o fazem porque são sujeitos de direitos, concomitantemente. Não existe uma concreção jurídica ou política para além das condições que possibilitem o próprio discurso, ou seja, não existe provisões *a priori* sobre a justiça do direito ou domínio do político<sup>68</sup>. A contingência da racionalidade

<sup>66</sup> Luhmann fala que as constituições seriam a forma de acoplamento estrutural entre política e direito. Uma estrutura que funciona, ao mesmo tempo, segundo o código jurídico e do poder.

<sup>67</sup> Habermas, citando Iris Marion Young, diz que os direitos são relações, não coisas. São regras que institucionalmente definem o que se poder fazer no âmbito social: “*rights refer to doing more than having, to social relations that enable or constrain actions*” (1996:419).

<sup>68</sup> Se defendendo antecipadamente contras as críticas que associam o formalismo como “vazio”, Habermas diz sobre o paradigma procedimental: “Ele é ‘formal’ no sentido de que meramente enuncia as condições sob as quais os sujeitos de direitos no seu papel de cidadãos habilitados [*enfranchised*] podem alcançar o entendimento um em relação ao outro sobre quais são seus problemas e como eles devem ser resolvidos. O paradigma procedimental está certamente

comunicativa é revisitada institucionalmente nas constituições que transformam a incerteza do *logos* dialógico em liberdade nas escolhas democráticas. Justamente porque não podem recorrer a nenhuma instância de validação superior, nem se valerem da rigidez ética dos consensos substantivos que se projetam para fora da deliberação, é que as constituições possuem uma força que advém de uma paradoxal insuficiência: a impossibilidade de determinar definitivamente o que é direito ou o que é soberano, o que é justo ou o que é bom para todos. Esses conteúdos de identidade, valores, justiça, e organização do poder, que habitam o foro constitucional, podem ser sempre modificados ou reinterpretados, na hipótese de melhores razões. Ao invés de implicar em fraqueza, uma racionalidade que é contingente consegue se aproximar mais da autonomia, pois nunca retira dos sujeitos jurídicos-políticos a possibilidade redefinirem seus conteúdos normativos, suas histórias de vida pública e privada, preservando intacta a liberdade deliberativa e a parceria da alteridade. Nesse sentido procedimental, as constituições se configuram como projetos inacabados e processos de escolha em aberto, cujo mérito é tensionar de tal maneira direito e política, que os canais de deliberação não se fecham para um legalismo de defesa, como no Estado liberal, ou um civilismo opressor, como querem os republicanos<sup>69</sup>. Como bem definiu Preuss, as constituições representam a formalização de processos de aprendizagem, na qual a própria sociedade aprende a refletir normativamente sobre si mesma. “Uma sociedade é constituída quando é confrontada com ela mesma em formas institucionais adequadas e processos de ajustamento, resistência, autocorreção, todos normativamente guiados” (*apud* HABERMAS, 1996: 444).

Caso ser moderno signifique conhecer o mundo através da linguagem, isto é, oferecer argumentos capazes de convencer seu interlocutor real ou hipotético acerca da verdade, correção ou sinceridade da proposição, sem recorrer às certezas monológicas dadas pela transcendência, mas, inversamente, à imanência da promessa ilocucionária, toda essa reflexividade que pauta as sociedades pós-convencionais atinge seu ápice num Estado constitucional democrático. Se insistimos em demonstrar um itinerário de racionalização, ele deve também

---

conectado com a expectativa auto-referencial de moldar não apenas a autocompreensão das elites que lidam com o direito como *experts*, mas de todos os participantes” (Ibidem, p. 445).

<sup>69</sup> Sobre republicanismo cívico, cf. ibidem, p. 268-269.

encontrar seu assento nas formas pelas quais se estabelecem direitos e se exerce a soberania. Portanto, o Estado deve ser igualmente racionalizado no mais amplo sentido comunicativo<sup>70</sup>. É essa utopia tipicamente moderna que Habermas almeja através do seu modelo de constituição procedimental. Porém, diferentemente de outros ideais baseados na ficção da união de valores éticos ou religiosos, o constitucionalismo consegue ser normativo sem ignorar a autonomia e a facticidade histórica que lhe são tão caros. Quanto ao primeiro, não pretende a constituição ter a força de uma “tábua de mandamentos”, expressão da lei divina na terra, cuja força quase naturalizada retira dos atores sociais o momento cognitivo da aceitação do seu conteúdo normativo, bem como, por outro lado, a força motivadora de agir conforme deliberado (*act in concert*), e não comandado. Sua normatividade é mais modesta, e se liga ao estabelecimento de uma ordem política secular a partir da solidariedade que brota do entendimento comunicativo. Elevada à condição de comunidade política, um Estado constitucional deve solucionar o problema de como lidar com a pluralidade de projetos de vida e valores dos seus cidadãos, bem como aqueles ligados à sua própria reprodução material. E nenhum substantivismo ético ou moral poderia fazê-lo, sob pena de tomar o lugar de grande juiz ou de grande pai de uma sociedade que seria regredida na sua maioria, e abdicado da liberdade de fixar intersubjetivamente o que considera correto ou verdadeiro. “Ser adulto” no âmbito da sociedade é, portanto, ter uma constituição que implique na “interpretação e elaboração de um sistema de direitos no qual autonomia pública e privada são internamente relacionadas” (HABERMAS, 1996:280). Ou seja, que pautar os processos jurídicos e políticos por uma racionalidade predominantemente comunicativa.

---

<sup>70</sup> “Daí que possamos partir de que a prática da argumentação constitui um foco no qual os esforços que os distintos participantes na argumentação, por mais distintos que sejam a origem deles, desenvolvem por entender-se, se saem ao encontro um dos outros pelo menos intuitivamente. Pois os conceitos como o de verdade, de racionalidade, de fundamentação ou de consenso desempenham em todas as línguas e em todas as comunidades de linguagem o mesmo papel gramatical, por diversas que sejam as interpretações de que são objeto, e por diversos que sejam os critérios com que são aplicados. Este é pelo menos o caso das sociedades modernas, as quais, ao saber operar com o direito positivo, com uma política secularizada e com uma moral racional, passaram a se situar em um nível pós-convencional de justificação ou fundamentação, e exigirem seus membros uma atitude reflexiva a respeito de suas próprias tradições culturais. Mas quando o saber praticado se converte em um saber explícito acerca das regras e pressuposições do discurso racional e quando este saber se transforma, por sua vez, em institucionalização de procedimentos de deliberação e tomada de decisão, no curso desse processo de explicitação podem se colocar em jogo diferenças de interpretação. Também estas cristalizam nas diferenças que se dão entre as constituições históricas, as quais interpretam e configuram de forma distinta o sistema de direitos” (HABERMAS, 2000: 389-390).

Essa episteme que reconhece o outro como igual sujeito (político e jurídico), e com ele delibera sobre as questões públicas da vida em comum, preserva a condição de emancipação humana através da sua própria estrutura de racionalidade.

Evidentemente que sobre as contingências das tradições e formas de vida concretas, com jogos de poder e distribuição desigual de capacidades cognitivas e materiais, um modelo de socialização comunicativo puro funciona como elemento de contraste: um diagnóstico das fontes deficitárias dos processos de entendimento (HABERMAS, 2003, vol. 2: 53). Sob a luz da pureza dos pressupostos comunicativos, as sombras da facticidade social se tornam evidentes. Todavia, por mais informativo que essa abordagem seja, de pouco serventia teria para uma teoria social que se quer fazer normativa, sem, contudo, dar as costas para a empiria. Novamente a tensão entre facticidade e validade não merece o tratamento idealista do paraíso dos sujeitos absolutamente racionais, tampouco o inferno do estado de guerra e injustiça permanente, bem ao estilo hobbesiano. Uma teoria comunicativa da sociedade para dar conta da facticidade social deve ter sua continuidade numa teoria democrática normativa. Nela, os desvios de socialização, as assimetrias de poder na esfera pública, a inércia quanto ao engajamento em discursos racionais, os excessos de demanda de tempo, dentre tantos outros, serão tratados através do *medium* do direito. Este passa a ter a função de reduzir a complexidade social que desmotiva os atores, distorce a comunicação, transformando os exigentes pressupostos da comunicação em princípios jurídicos e políticos para uma deliberação pública institucionalizada. Neste caso, o direito funciona como uma fonte cognitiva de saber normativo, preenchendo os conteúdos semânticos sobre o que é “correto” para aquela sociedade, eliminando as indeterminações que poderiam causar desintegração social, e transformando as disputas sobre o “bom” e o “justo”, em processos de deliberação política. Por outro lado, o direito serve também como fator de motivação pragmática para a ação do ator social, seja por que este reconhece a racionalidade da norma, aceitando-a, seja porque teme a sanção, e por isso age estrategicamente buscando evitar seus prejuízos.

Se resgatarmos nossa análise acerca do cognitivismo social<sup>71</sup>, temos a premissa de que a racionalização foi um grande processo de aprendizagem, no qual se ensinou a dar e pedir razões para sustentar argumentos a fim de legitimá-los. Nessa comunidade lingüística, formou-se uma “cultura comunicativa”, composta por sujeitos e instituições que se relacionam pragmaticamente, no sentido de validar suas proposições. Todavia, uma cultura que ensine a agir comunicativamente fica sobremaneira prejudicada em sociedade plurais, que teria que lidar tanto com a facticidade das suas distorções, quanto com o forte traço idealista de uma comunidade estritamente comunicativa. Porém, quando são transportadas as exigências de aprendizado comunicativo para o âmbito político-institucional, temos o *constitucionalismo*: a cultura política<sup>72</sup> de cidadãos que querem deliberar racionalmente como devem resolver seus problemas simbólicos de existência; e os materiais de reprodução funcional<sup>73</sup>. Explica Habermas:

O direito positivo serve *naturalmente* à redução de complexidade social [...] Sob esse aspecto, porém é possível entender os direitos fundamentais e os princípios do Estado de direito como outros tantos passos rumos à redução de complexidade inevitável que aparece na contraluz do modelo de socialização comunicativa pura. Isso vale especialmente para a concretização jurídica desses princípios e para a institucionalização dos processos da política deliberativa (regra da maioria, órgão de representação, transmissão de competência de decisão, entrelaçamento de permissões de controle, etc.). Os complexos institucionais ou organizatórios são, certamente, órgãos destinados à redução de complexidade; porém, na figura de instituições do direito constitucional, esses mecanismos têm, ao mesmo tempo, o sentido reflexivo de contramedidas, ou seja, que se dirigem contra uma complexidade social que solapa os pressupostos normativos de uma prática do Estado de direito (HABERMAS, 2003, vol. 2:55).

Por outro lado, a provisoriedade e a falibilidade que marcam os acordos intersubjetivos, os colocam em plena sintonia com a dinâmica histórica. As constituições expressam um momento de autodeterminação, que deve ser sempre atualizado através de uma hermenêutica constitucional sensível às mudanças nas

<sup>71</sup> Vide seção 2.1.

<sup>72</sup> Existe em Habermas um forte “civismo”. Todavia, à diferença do republicanismo, seu civismo se liga ao compromisso com a cultura jurídico-política, representada pela expressão “patriotismo constitucional”, como veremos a seguir. O republicanismo, por sua vez, é cívico no sentido de uma comunidade ética de valores.

<sup>73</sup> Claro que o constitucionalismo tem suas limitações. A facticidade do poder social, as máscaras da ideologia, das desigualdades cognitivas não serão nunca eliminadas, e em países como o Brasil, a força dos fatos é tão avassaladora que titubeamos frente as suas efetivas possibilidades. Não desistimos, contudo. Começamos pela crítica aos pontos de cristalização de poder ilegítimo (HABERMAS, 2003, vol. 2:56), desocultando-os.

bases argumentativas<sup>74</sup>. Não se trata de voltar ao passado e recuperar o “espírito da lei” ou a “vontade do legislador”, mas olhar para o futuro: como nos interpretamos como nação de cidadãos, e não como nação de sujeitos éticos<sup>75</sup>. Evidentemente que a constituição inclui elementos de vontade (ética, pragmáticas e morais) nos seus conteúdos normativos, na medida em que são constituições históricas, e devem espelhar sua concretude social. Todavia, a volição porventura existente no foro constitucional não implica em definitividade. Daí Habermas postular que o único patriotismo adequado para sociedades pós-convencionais é o patriotismo constitucional: o compromisso com a constante refundação hermenêutica dos valores e critérios de justiça, que nada mais é que a abertura para a práxis comunicativa de entendimento intersubjetivo. Ele refuta a idéia de uma nação de valores comuns, na medida em que ela oculta uma concepção elitista e ideológica de poder, subtraída do fórum discursivo, passando a funcionar como o substitutivo funcional do sagrado, com as sofisticações que o apelo nacionalista possuiu.

Para este substantivismo ético, temos o elemento motivacional da razão comunicativa (agir em conformidade com a promessa ilocucionária), mas ele não vem acompanhado da livre deliberação cognitiva. Esta é dirigida, e vem de um consenso dado *a priori*, retirado da pauta da discussão. O patriotismo constitucional exige menos, e, por isso mesmo, é mais adequado para sociedades plurais: ele dispensa a identidade ética-cultural, e demanda que “cada cidadão seja socializado numa cultura política comum” (HABERMAS, 1996:500). E como membros dessa cultura política que é delimitada pela constituição histórica, a todos os cidadãos é dado o direito de participar na sua interpretação (Ibidem, p. 445), e com ela apreenderem essa práxis cívica, porém não necessariamente ética. Segundo explica Cittadino:

---

<sup>74</sup> Sobre as vantagens de uma compreensão comunicativa dos processos de socialização, que, apesar de seus pressupostos idealizantes, não fecha os olhos para as contingências de formas concretas de vida, Habermas explica que “o alcance do entendimento através do discurso garante que as questões, razões e informações serão tratadas com razoabilidade [*reasonably*], mas tal entendimento ainda depende dos contextos caracterizados pela capacidade de aprendizado, nos âmbitos cultural e pessoal. A esse respeito, visões de mundo dogmáticas e padrões rígidos de socialização podem bloquear um modo discursivo de socialização” (1996: 324-325).

<sup>75</sup> Para Habermas, a eticidade está ligada sempre ao passado, à força das histórias de vida, da tradição, do que é bom para nós, e não ao que é justo para todos. Sobre essa diferenciação entre a Ética do bom, vindo da tradição aristotélica das virtudes, e a Ética do justo, nas formulações de Kant, cf. Habermas, 1996, capítulo 3.

Como a concepção de moralidade pós-convencional em Habermas é incompatível com a idéia de que as democracias contemporâneas podem ser organizadas em torno de valores centrais, o patriotismo constitucional deve se ancorar em uma concepção de cidadania democrática capaz de ‘gerar solidariedade entre estranhos’. A nação de cultura é, nesta perspectiva, substituída por uma ‘nação de cidadãos e a identidade coletiva se configura agora através da força integradora da cidadania democrática. Entretanto, se há, segundo Habermas, uma conexão entre identidade cultural do nacionalismo e a participação cidadã, como é possível, uma vez esgarçados os laços culturais, assegurar as liberdades republicanas e a cidadania democrática? De acordo com Habermas, existe apenas uma relação histórica, contingente entre nacionalismo e republicanismo e não uma relação conceitual. É precisamente por isso que é possível, no âmbito de sociedade pluralistas, cortar os laços entre identidade nacional e liberdades republicanas, garantindo, ao mesmo tempo, a participação cidadã. Com o fim da consciência nacional convencional, o Estado-Nação é substituído por um Estado Democrático de Direito que conforma uma nação de cidadãos ‘que encontra a sua identidade não em comunidades étnicas ou culturais, mas na prática de cidadãos que ativamente exercitam seus direitos de participação e comunicação’ (2004: 178).

Todavia, a circunstância de ser conceber procedimentalmente a constituição, isto é, como meio de estabelecer procedimentos nos quais os cidadãos, exercendo sua autodeterminação política, possam delinear seus projetos de vida de maneira cooperativa<sup>76</sup> (HABERMAS, 1996:263), não decorre que sua abertura democrática para as redefinições dos conceitos de justiça, valores, *vg*, implique o mesmo que consagrar a insegurança jurídica e a volubilidade política. O alargamento dos horizontes constitucionais para a democracia, tornando-os eles mesmos um exercício de práxis deliberativa, é conduzido também através de normas jurídicas com foro constitucional. Da permeabilidade das cartas republicanas ao poder comunicativo não segue que sua alteração pode ser feita com desapego às normas que disciplinam a própria organização constitucional: os seus processos de emenda e revisão.

Além dessa tutela reflexiva que lhe confere um sistema jurídico constitucionalmente gerado<sup>77</sup>, as demais normas constitucionais que dispõe sobre competências, comportamentos e outros conteúdos valorativos, relevantes à determinada sociedade justamente porque são democraticamente geradas, devem ser também tuteladas contra a facticidade das práticas dos atores privados e

<sup>76</sup> Fica claro o intento de Habermas de privilegiar a *solidariedade* como meio de integração social em sociedades pós-convencionais, pois ela está ancorada na força motivacional do agir comunicativo, seu compartilhamento social. Com isso, ele quer abrandar a importância das outras forças integrativas, *dinheiro e poder*, que não comungam do mesmo interesse emancipatório.

<sup>77</sup> Principalmente nas chamadas constituições “rígidas” nas quais existe uma maior dificuldade para a alteração do texto: quorum qualificado, votação dupla em ambas as casas legislativas, cláusulas pétreas, são algumas manifestações da sua tutela reflexiva.

públicos que decidem agir em desconformidade com o comando constitucional hierarquicamente superior<sup>78</sup>.

Temos, então, duas linhas de defesa da integridade constitucional: uma primeira que se dirige ao controle das regras para sua própria alteração, digamos, “formal”,<sup>79</sup> e uma outra que visa dar coerência ao sistema jurídico, eliminando normas ou condutas que estejam em desacordo com o seu regramento, que possui supremacia hierárquica democraticamente estabelecida. Neste último caso, o leque de opções se abre para o controle direto ou concentrado de constitucionalidade, no qual não existe um litígio constitucional concreto, mas uma tese abstrata, sem partes, acerca da inconsistência da norma impugnada em relação à ordem jurídica alicerçada constitucionalmente<sup>80</sup>, ou, de maneira oposta, o controle difuso, em que partes adversas disputam determinado bem jurídico, alegando incidentalmente, em benefício de um e malefício do outro, que seu direito foi ofendido por ato ou omissão que contraria a constituição.

Com efeito, não podemos nos esquecer que os desafios das sociedades complexas, além da integração social, consistem também na solução de problemas de gerenciamento. Logo, a constituição, sendo também jurídica, deve atender às demandas simbólicas de autodeterminação republicana, bem como, por outro lado, de reprodução material. Nesse sentido, ela deve resistir à facticidade das condutas desintegradoras, e impor suas diretrizes normativas politicamente deliberadas, de maneira que o cidadão a tenha como fonte cognitiva para sua conduta, no caso do ator comunicativo, ou fonte de poder coercitivo, na hipótese do ator estratégico. Essa qualidade de ser “contrafactual”, isto é, de resistir à empiria divergente, possui tanto uma funcionalidade social quanto uma correlata normatividade. Também sendo “direito”, a constituição representa a hipérbole dos

---

<sup>78</sup> Não será objetivo do nosso trabalho analisar com dedicação os sistemas de controle de constitucionalidade, o processo constitucional, dentre outras matérias introdutórias à Teoria da Constituição. O que interessa, contudo, é contextualizar dentro da teoria constitucional o momento em que se abre uma brecha para a crítica democrática ao controle de constitucionalidade. Quanto a este último aspecto, ver Capelletti, 1999.

<sup>79</sup> Aqui gostaríamos de marcar a diferença entre as alterações “formais”, emendas e revisões constitucionais, daquelas alterações primordialmente hermenêuticas, que se ligam ao modo de interpretação do conteúdo normativo existente, mas não necessariamente positivo. Evidentemente, qualquer procedimento de aplicação de normas, mesmo as mais processuais, não dispensam um esforço hermenêutico. Todavia, essa distinção, ainda que bastante rústica e sem muito zelo analítico, nos será adiante útil.

<sup>80</sup> Novamente frisamos que não entraremos nas especificidades do controle de constitucionalidade brasileiro, cuja peculiaridade prevê o controle direto acerca da constitucionalidade de determinada norma, bem como sobre sua inconstitucionalidade, por ação ou por omissão.

potenciais de conhecimento e ação do sistema jurídico, pois é responsável por grandes temas valorativos e de organização do poder de determinada comunidade histórica<sup>81</sup>.

Ora, a defesa da integridade constitucional se torna questão incontornável para os Estados democráticos, e, por conseguinte, tema central dessa dissertação. O controle da constitucionalidade das normas pelo Poder Judiciário<sup>82</sup> se depara com esta grande tarefa que vem acompanhada de uma séria de questões de legitimidade: quais deverão ser os contornos do exercício do poder jurisdicional para que ele, na função de juiz, não assuma o lugar do soberano?

Com efeito, tutelar uma constituição concebida procedimentalmente significa manter o direito e a política livre da instrumentalização sistêmica, e aberto aos impulsos de autodeterminação comunicativa vindos da esfera pública. O controle de constitucionalidade, nesse sentido, deve tentar proteger e manter intacta a idéia de constituição como um exercício democrático, ou seja, “um sistema de direitos que torna a autonomia pública e privada igualmente possível” (HABERMAS, 1996:263). Como um *continuum democrático*, a constituição não pode ser defendida como um “bem” materializado, um rol de direitos subjetivos contra a ação interventora do Estado, tampouco como elenco de direitos objetivos para a administração pública distribuir para sua clientela infantilizada, ou, ainda, como justificação das premissas éticas de determinada comunidade. Ela perde um *conteúdo* necessário, e assume uma *forma* possibilitadora de todos os “direitos” anteriormente suscitados, desde que democra-ticamente deliberados. Assim, a constituição pode ter valores éticos, direitos fundamentais, normas de organização e atribuição de poder administrativo, mas nenhuma dessas “possessões” é suficiente para ontologizá-la. A questão, como sempre frisamos, é sempre

---

<sup>81</sup> Hirschl chama de *mega-politics* o tipo de intervenção judicial acerca de grandes questões sobre os rumos sociais: “Uma terceira classe de judicialização da política é atribuir às cortes e juízes a tarefa de lidar com o que podemos chamar de ‘*mega-politics*’: controvérsias políticas centrais que definem (e muitas vezes dividem) todas a política [*polities*]. Essa judicialização das *mega-politics* inclui algumas subcategorias: judicialização dos processos eleitorais; escrutínio judicial das prerrogativas do poder executivo acerca das metas de planejamento macro-econômico e segurança nacional [...]; dilemas fundamentais de justiça restaurativa; corroboração judicial das mudanças de regime; e, acima de tudo, a judicialização da formação coletiva de identidades, processos de construção de identidade nacional, e lutas sobre a própria definição – ou *raison d’être* – da política [*polity*] como tal [...]. O resultado é a transformação das cortes supremas mundo afora em parte crucial dos respectivos aparatos nacionais de criação de políticas [*policy-making*]. Em outra oportunidade, eu descrevi esse processo como a transição para uma juristocracia” (2006:727).

*epistemológica*, e diz respeito a “como conhecer”, no nosso caso, como conhecer a ética, o direito, a moral e a política de uma maneira autônoma e solidária senão pela via democrática? Esse uso público da razão comunicativa que a democracia expressa, e a constituição consagra no âmbito de comunidades políticas históricas, será o material de trabalho da jurisdição constitucional. Por isso Habermas diz que a crítica ao controle de constitucionalidade extrapola a teoria do direito [*legal theory*] e alcança a teoria democrática (HABERMAS, 1996:264). Defender a constituição, nesses termos, implica em defender a democracia e ser por aula pautada.

Sob esse aspecto, as Cortes Constitucionais passam a ter um papel mais ativo<sup>83</sup>, pois abarcam a defesa e garantia de todas as condições que possibilitem o exercício da cidadania, seja nos canais institucionais (processo eleitoral, legislativo, executivo) ou naqueles informais (formação da opinião e da vontade nas esferas públicas e privadas expressadas em movimentos de protesto, de defesa de interesses difusos, coletivos, corporativos, etc.). A condição de “sujeito de direitos” e “ator político”, fundamentais para a deliberação pública, de nada valeria se os direitos pudessem ser violados, e o *status* político subtraído. Não importa para a teoria discursiva se o fator que impede a deliberação reside na afronta à autonomia privada ou pública. Nas classificações que são peculiares à Teoria do Direito, o direito negativo de liberdade, o direito positivo de igualdade (na sua acepção material de equidade quanto às condições ou oportunidades de acesso à saúde, educação, previdência, etc), ou uma terceira e nova categoria de direitos processuais (*status activus processualis*<sup>84</sup> - que proporciona a litigância coletiva através de ações com reflexos difusos) - todas elas podem afetar a cidadania da mesma maneira, e, logo, merecem a ação restauradora do poder jurisdicional. O cidadão que é livre para ir e vir, mas não se alimenta; que se

---

<sup>82</sup> Não iremos abordar o controle político de constitucionalidade, como no modelo francês. A referência será o *civil law*, com um Tribunal Constitucional específico, ainda que possa desempenhar outras funções secundárias.

<sup>83</sup> O debate sobre os limites da jurisdição constitucional coloca-se no mesmo contexto do debate do “retorno ao direito” a partir da década de 80, como assinala Pierre Bouretz no livro *La Force du Droit* (1991). Explica Cittadino: “Este movimento [de retorno ao direito] parece estar intimamente vinculado, por um lado, ao reconhecimento de que em sociedades democráticas o pluralismo não é apenas inevitável, como desejado. Conseqüentemente, o *retorno ao direito* é a via através da qual se evita a violência, dada a inexorabilidade do pluralismo e do conflito nas democracias contemporâneas” (2004: 141-142, comentário nosso).

<sup>84</sup> Cf. Habermas, 1996, p. 411. Vianna e Burgos se referem às *class actions* do direito americano (2002:372).

alimenta mas não tem educação; que tem educação mas sem prestações de saúde; com saúde mas sem acesso às esferas jurisdicionais para reivindicar tudo aquilo que lhe falta para ser um sujeito político, são exemplos de situações antidemocráticas. Mais do que tipologias, que expressam nada além que uma visão parcial da condição onibarcante da cidadania - ora mais jurídica e privada, ora mais política e pública<sup>85</sup>, a depender do paradigma que lhes subjazem - é contra os obstáculos ao fluxo democrático que uma jurisdição constitucional necessita se dirigir, restaurando as condições para o pleno exercício da autonomia privada e pública<sup>86</sup>, concebidas co-originariamente.

A questão se torna então mais sofisticada, pois o ativismo<sup>87</sup> de uma Corte Constitucional não fica restrita ao escrutínio dos resultados dos processos legislativos, dos direitos de representação e participação política (ZURN, 2007:238). A cidadania é afrontada da mesma maneira quando uma forma de identidade minoritária tem sua existência prejudicada ou coagida por uma maioria. Neste caso específico, a deliberação é falseada pela não inclusão de todos os atingidos, bem como a alteridade é alienada para fora do jogo político. Quando se trata de defesa dos direitos de minorias, estamos lidando diretamente com o cerne democrático, e, portanto, com o papel das cortes constitucionais. A garantia de uma existência digna, livre e reconhecida na sua diferença ou na sua similitude, são as motivações empíricas e normativas para todo o processo político, inclusive no tocante à jurisdição constitucional<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> Cf. Habermas, idem, p. 251.

<sup>86</sup> Sobre uma atuação emancipatória do Poder Judiciário, diz Vinna e Burgos: “É dessa ação ético-moral que provém ‘de baixo’ que os direitos já declarados recebem sua confirmação, assim como é daí que partem os impulsos para a conquista dos ainda ignorados, fonte não estatal de criação e de recriação do direito que pode encontrar nas instituições de regulação não eleitas, principalmente o Poder Judiciário, possibilidades de legitimação. A consagração desses novos direitos e sua sedimentação ao longo do tempo passam a significar um processo contínuo de ‘desestatalização’ do direito, movimento que se reforça pela atual identificação do Judiciário com o papel de guardião do princípio da composição social, quer ao estabelecer formas de inclusão, impondo limites aos padrões de assimetria entre grupos sociais, quer, sobretudo, ao garantir a todos igual e livre participação” (2002:375)

<sup>87</sup> Existe extensa literatura sobre o que se chama “ativismo judicial”. Todavia, nossa perspectiva, destoando do tratamento majoritário, não focará tanto nos problemas envolvendo a clássica divisão de poderes, mas à legitimação democrática, concebida como institucionalização da razão comunicativa. Sobre ativismo judicial, ver Tushnet, 1999; Tate et Valinder, 2000.

<sup>88</sup> Extenso é o debate sobre políticas de distribuição e reconhecimento, e o papel do legislador, administrador e judiciário na sua implementação, que não abordaremos neste trabalho. Todavia, fica a reflexão de que quando se trata a justiça também como reconhecimento de identidades, elevamos o debate ético e moral para além das fronteiras econômicas. Sobre essa questão, ver Fraser, 2003.

Sob reorientação discursiva, os “critérios de legitimidade da jurisdição constitucional estão ligados aos exigentes pressupostos comunicativos que devem caracterizar os espaços de discussão política [...]” (HABERMAS, 2000:348), e justamente por isso, não podem ser avaliados na estreiteza da clássica teoria liberal da separação de poderes. Ora, defender a democracia não se restringe a tutelar as liberdades do sujeito burguês contra a ingerência do Estado, funcionando o tribunal constitucional como instância contra-majoritária que tem o poder de veto sobre as decisões legislativas que contrariam o sistema de direitos liberal, reproduzindo o clássico antagonismo entre direitos humanos e soberania popular. Segundo esse raciocínio, contra uma maioria populista, uma corte aristocrática. Essa demofobia originária da própria concepção elitista do Poder Judiciário, um consolo para uma nobreza fabricada na América após as revoluções burguesas<sup>89</sup>, não pode ter assento numa democracia discursiva. De maneira inversa, a democracia não é necessariamente promovida com o alargamento das competências materiais da corte, em direção a uma jurisdição que cria direitos e promove políticas públicas em substituição à cidadania desprestigiada. A práxis democrática não pode ser confinada a um lugar cativo e privatizado, seja o trono do rei ou a toga do juiz.

Com essas observações, não pretendemos fazer um ensaio sobre a teoria da decisão judicial: quais os parâmetros da sua justiça, se devemos decidir por valores ou princípios, etc. Almejamos, contudo, dizer que o ativismo das Cortes merece uma *crítica democrática*: identificar quando a jurisdição constitucional abandona a função de garantia dos canais deliberativos e desvia seu caminho em direção ao exercício ilegítimo de poder.

Com efeito, se argumentamos que uma reorientação comunicativa trouxe como consequência um potencial maior para o dinamismo das Cortes quando se trata de mecanismos de implementação democráticos (HABERMAS, 1996:280), por outro lado, também elevou a qualidade dos parâmetros racionais de justificação da *performance* jurisdicional. A legitimidade da jurisdição não se liga a um ideal de justiça ou valor ético *a priori*: a liberdade do sujeito moral liberal,

---

<sup>89</sup> Foi de Tocqueville a perspicaz análise sobre o sucesso da democracia nos EUA, cujo um dos fatores principais foi o caráter político e aristocrático atribuído ao Poder Judiciário: “Por isso, encontramos, oculta no fundo da alma dos juristas, uma parte dos gostos e dos hábitos da aristocracia. Como ela tem um instintivo pendor para a ordem, um amor natural pelas formas;

ou a igualdade do sujeito ético republicano. Não existe assim um *conteúdo* específico do que seria uma jurisdição democrática, como se a questão mais uma vez fosse acerca da “essência” do Poder Judiciário, que, a depender do paradigma de Estado<sup>90</sup>, oscila entre um contra-majoritarismo de defesa das liberdades e um garantismo implementador de políticas públicas.

Ora, uma teoria comunicativa da sociedade assenta suas premissas de legitimidade sobre a racionalidade da proposição. E esse “ter razão”, como foi muitas vezes repetido, significa ser capaz de resgatar as pretensões de validade de determinado argumento, e estabelecer com o seu interlocutor uma relação pragmática de deliberação. Transposta para uma comunidade política, a racionalidade comunicativa se transforma em práxis democrática. Portanto, justificar a validade de determinado exercício de poder, discursivamente, implica, em termos pragmáticos, deliberar democraticamente, e, em termos semânticos, aplicar o direito constitucional.

O peculiar da jurisdição constitucional é que ela radicaliza os âmbitos de justificação racional dialógica. A sua própria semântica consiste em interpretar deliberativamente o que é constitucionalmente válido, ou seja, o conteúdo decisório é ele mesmo um exercício de argumentação deliberativa; por outro lado, sua pragmática é uma meta-deliberação: manter livre dos obstáculos o fluxo democrático. Assim, ela funciona como um mecanismo de autodefesa da democracia, uma instituição que atua reflexivamente para manter intacto o sistema de direitos e a condição de sujeito político do cidadão<sup>91</sup>, dando a ele acesso aos canais institucionais de decisão política, liberdade para formar sua opinião sobre assuntos públicos e privados<sup>92</sup>, suas convicções éticas e de justiça, e, querendo,

---

assim como a aristocracia, concebem um grande desgosto pelas ações da multidão, e, secretamente, desprezam o governo do povo” (1977:201).

<sup>90</sup> Não estamos fazendo equiparação entre o paradigma de pensamento republicano com a experiência histórica do Estado social, nem o paradigma liberal à experiência do Estado liberal. Muito pelo contrário, em vários aspectos, como já dissemos, o *welfare state* é mais liberal do que republicano.

<sup>91</sup> Esse trabalho, infelizmente, não comporta uma análise sobre a decisão judiciária, seus discursos de justificação e aplicação de normas: critério de justiça para o primeiro, e adequabilidade para o segundo. Da mesma forma, não iremos descrever a proposta de Habermas sobre um modelo empírico de circulação do poder político que parte da periferia comunicativa para o centro das decisões. Cf. Habermas, 1996, capítulos 6 e 8.

<sup>92</sup> Explica Cittadino: “Em trabalhos anteriores [...], Habermas, ao discutir a capacidade da sociedade de regular a si mesma, formulou o ‘modelo de assédio’, através do qual o poder comunicativo dos cidadãos ‘assediava’ o sistema político, procurando influenciar suas decisões. Em seus mais recentes trabalhos, Habermas recorre aos textos de Bernard Peters e utiliza o ‘modelo de comportas’ (*sluice model*), que, como o modelo anterior, também não implica na

pressionar as instâncias competentes para consagrar determinados valores, reinterpretar os já existentes ou refutar aqueles que não mais coincidem com os bens caros à comunidade histórica<sup>93</sup>.

Todavia, por conta da sua especialidade reflexiva, surge uma grande ambigüidade na função jurisdicional, e, mais ainda, na jurisdição constitucional. Ora, o Poder Judiciário, como o próprio nome indica, também é “poder político”. Entretanto, nas releituras cada vez mais ideológicas da clássica visão liberal da tripartição de poderes, o que era originalmente uma divisão funcional dos *poderes políticos* do Estado, se transformou na intensa politização do legislativo, local da soberania popular; na burocratização do executivo, gestor social; e na isenção política do Poder Judiciário, simples executor da técnica jurídica aplicada às situações de litígio (SHAPIRO; SWEET, 2002). Junto com a isenção positivista da norma, veio também a neutralidade do Poder Judiciário, que se transforma na “boca da lei”, desprovido de uma vontade política própria, ou, no caso do Estado social, um distribuidor de benesses materiais.

Todavia, se voltarmos nosso foco para a funcionalidade do Poder Judiciário, tal como originalmente fizeram os teóricos das revoluções burguesas, veremos que ele também é poder político. A crescente necessidade ideológica de ocultar cada vez mais o “político” do poder - seja pelo engodo da equivalência nas relações de produção, seja pelo virtuosismo da técnica - gerou um falso silogismo no qual um Judiciário independente deveria ser politicamente neutro<sup>94</sup>. Ora, independência não deve ser lida como ausência de vontade política, mas legitimidade discursiva no exercício desse poder. O político, portanto, não precisa ser ocultado, mas posto em evidência para o controle democrático.

Se alterarmos nossas chaves metodológicas para as perspectivas do observador e participante, colocando em segundo plano a teoria da divisão

---

conquista do poder do Estado. No entanto – e diferentemente do ‘modelo de assédio’ - ,o ‘modelo de comportas’ está vinculado à circulação do poder constitucionalmente regulado. A idéia de Habermas é que a vontade democrática dos cidadãos deve sair da ‘periferia’ e, atravessando as ‘comportas’ dos procedimentos estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito, exercer influência e controle sobre o ‘centro’, isto é, sobre o parlamento, os tribunais e administração pública. Nesta perspectiva, o direito é o meio pelo qual a vontade democrática dos cidadãos migra da ‘periferia’ para o ‘centro’ do poder político” (2004:211, nota 404).

<sup>93</sup> A este respeito, interessante a reinterpretação do conceito de “infância” feita pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, quando relativizou o critério de idade para o crime de estupro presumido, quando a vítima “aparenta” ter mais idade e comportamento sexual mais “ousado”. A este respeito ver STF, Habeas Corpus n.º 73.662 - MG, D.J.U. 20.09.96.

clássica de poderes, poderemos radicalizar essa ambigüidade judiciária nos seguintes termos: como poder político, o Poder Judiciário é, sob a perspectiva do observador, um sistema de resolução de contingências: Administração da Justiça, e, portanto, integrante da burocracia estatal; como, pela perspectiva do participante, uma instituição que faz reverberar as interações espontâneas do mundo da vida: institucionalização do poder comunicativo, fator de imunização e defesa da cultura, sociedade e personalidade contra a reificação sistêmica.

Dissemos no capítulo anterior que a diferença entre o remédio e o veneno é a dose. Aplicado o ditado popular ao Judiciário, a grande questão é como manter o equilíbrio entre sua faceta sistêmica da administração da justiça, e o seu lado simbólico de reverberação institucional dos saberes do mundo da vida.

Mais uma vez nos deparamos com a tensão entre a facticidade gerencial e a normatividade simbólica, que não pode resultar numa mútua anulação: o judiciário deve funcionar como mecanismo de solução de contingências sociais, contanto seja programado pelo poder comunicativo. As sociedades complexas e plurais necessitam de sistemas de saber especializado, especificamente, de um sistema que decida, em caso de conflito, quem “tem direito”, ou mesmo mantenha, sob o ponto de vista funcional, a integridade do sistema jurídico, expurgando as normas consideradas inconstitucionais. Essa operatividade, que vem acompanhada de uma certa expectativa por parte dos cidadãos e burocracia, é essencial para a reprodução material da sociedade, que não precisa se especializar em discursos jurídico-constitucionais, deixando essa tarefa para a própria administração da justiça.

Entretanto, o funcionalismo não se deve fazer às custas do simbolismo e da força solidária de integração social que brota de uma instituição que deve zelar para liberdade comunicativa e por ela deve ser orientada. Não iremos reprisar aqui a ligação entre constituição, democracia, e jurisdição constitucional. Porém, esperamos que tenha ficado claro que a tutela da constituição está confinada à garantia dos processos de deliberação política e do sistema de direitos.

É através do reequilíbrio da tensão entre facticidade e validade que perpassa o projeto continuidade moderna, quando se depara com o diagnóstico das distorções do padrão capitalista de modernização. Uma jurisdição constitucional

---

<sup>94</sup> Concepção, aliás, muito conveniente para um Estado liberal temeroso das decisões majoritárias, e confiante num Judiciário de “obstrução”.

que privilegie sua faceta sistêmica em desprestígio do seu simbolismo democrático, mina qualquer tentativa de emancipação para sociedades plurais.

Caso transportemos nossas críticas ao dirigismo do Estado social para o atual contexto de “retorno ao direito” (CITTADINO, 2004), surge no horizonte o mesmo cenário de ocultação da dominação, porém com novo protagonista.

Uma jurisdição constitucional que se torna desapegada da sua função de promoção e salvaguarda da deliberação democrática, e passa a atuar como uma elite do saber jurídico, automaticamente assume o papel de regente de uma soberania mais uma vez infantilizada (HABERMAS, 1996: 280).

Tal como a administração burocrática no vertente *welfare*, a administração da justiça se transforma em meio de controle social, através da hermenêutica jurídica<sup>95</sup>. Entretanto, como verdadeira burocracia judicial, a factualidade do seu domínio não aparece como voluntarismo político, mas técnica jurídica aplicada por uma elite de *experts* da ciência do direito. A consciência tecnocrática revisitada e radicalizada nos tribunais constitucionais usa com maestria a ideologia da isenção da norma para estabelecer, para além do fórum de discussão pública, uma agenda política contra-majoritária<sup>96</sup>. Como instituição que dá a última palavra sobre a validade das ações executivas e sobre as deliberações legislativas, os tribunais invertem o fluxo deliberativo, passando a ser um vetor de assédio sistêmico sobre o mundo da vida, impondo a ele os novos “valores constitucionais”<sup>97</sup> que não são fruto de uma autocompreensão republicana, mas,

---

<sup>95</sup> Preferimos utilizar a expressão mais ampla “hermenêutica” ao invés de “aplicação” do direito, pois uma das principais estratégias de dominação tecnocrática é justamente, sob o pretexto de aplicar o direito, acaba-se criando o mesmo. Não se avalia a constitucionalidade da motivação legislativa, mas, em seu lugar, cria implicitamente o direito a partir da “descoberta” de valores constitucionais ocultos. No Brasil, especificamente, vários são os instrumentos processuais que reforçam o poder de criação legislativa do Judiciário: as consultas legislativas ao TSE, que transformam um simples parecer administrativo em norma constitucional: a fidelidade partidária, *vg*; as cada vez mais recorrentes ações de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), que conferem efeito vinculante às decisões colegiadas do Supremo.

<sup>96</sup> Como verdadeiro guardião da moralidade política brasileira, o Supremo Tribunal Federal vem paulatinamente estabelecendo uma agenda política de reforma. Vários foram os exemplos de utilização de instrumentos processuais que não expressam exatamente litígios para executar seu impulso reformador (consultas, ADPF, repercussão geral, dentro outros). Como exemplo, o Min. Gilmar Mendes, já no julgamento das chamadas “cláusulas de barreira”, ADIN nº 1354/2006, se posicionou explicitamente sobre sua contrariedade ao fluxo migratório entre partidos. Menos de dois anos depois, já estava o TSE dando início à alteração do texto constitucional através de uma “interpretação principiológica integrativa”, para incluir a dita “infidelidade” como causa de perda do mandato eletivo, seja pelo regime proporcional, seja pelo regime majoritário. Cf. Ferraz Júnior, 2008.

<sup>97</sup> Interessante ponto de partida para o estudo desse ímpeto reformista dos nossos tribunais, é fornecido pela resposta dado ao TSE à consulta nº 1398 feito pelo então PFL, que perguntava: “Os

inversamente, de uma tutela autoritária, que reifica e enrijece as interações comunicativas espontâneas. Mais uma vez, o cerne antidemocrático não está no conteúdo regulado, mas na sua forma: é pela ação de subtração do público de cidadãos a tarefa de decidir por si só os rumos sociais, que os tribunais tecnocráticos malferem o que deveriam defender. Como consequência, o argumento contra-majoritário se sofisticava para além da ausência do critério eletivo para a escolha do cargo de juiz constitucional. Não é porque os juízes não são eleitos que a jurisdição pode vir a ser antidemocrática, mas, contrariamente, porque exercem a administração da justiça de costas e na contra-mão do público deliberativo.

Ao invés de se portar como uma instituição permeável aos ruídos da esfera pública, o tribunal constitucional mina os impulsos periféricos<sup>98</sup>, ou os

---

partidos e coligações temo direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?” A resposta foi afirmativa, e a partir dela se estabeleceu a nova regra constitucional de fidelidade partidária no Brasil. Infelizmente a estreiteza deste trabalho não nos permite fazer uma análise detalhada do fundamento da decisão, mas como exuberante demonstração tecnocrática, destacamos o recém descoberto “princípio da atribuição lógica dos votos aos partidos” (voto Min. Cezar Peluso, p. 20); a função pedagógica do judiciário de fortalecer os partidos na nossa enfraquecida democracia representativa, ou nas suas palavras, “realização histórica da democracia representativa (Ibidem, p. 23). Sobre os esforço moralizante do judiciário, disse o Min. César Asfor Rocha: “não tenho dificuldade em perceber razões de ordem jurídica, e, sobretudo, de ordem moral, inquinam a higidez dessa movimentação, a que a Justiça eleitoral não pode dar abono, se instada a se manifestar a respeito da legitimidade da absorção do mandato eletivo por outra corrente partidária, que não recebeu sufrágio popular para o preenchimento daquela vaga” (Ibidem, p. 6). Todo esse ímpeto reformista é analisado por Limongi (2002) como uma retórica difundida no período de redemocratização sob o pretexto de tornar o país governável e a democracia mais consolidada. Um dos jargões mais utilizados era a “consolidação da democracia pede partidos fortes” (Ibidem, p. 57). Ou ainda que os “problemas institucionais do país decorrem das leis eleitorais e da forma de governo” (Ibidem). Todo o discurso desenvolvimentista esconde uma estratégia conservadora de moderação das massas através de reformas, e tem como premissa que da inclusão das mesmas segue a radicalização política, que arcabouço liberal determinadamente suporta. Fortalecer os partidos implica em canalizar essa força disruptiva que é o eleitorado não domesticado. Assim, segundo essa lógica conservadora, também pode ser lida a ênfase que o TSE dá à “partidocracia”. Como explica o autor, “o resultado deste retorno ao desenvolvimento político foi que, no debate nacional, a engenharia institucional acabou por se sobrepor e atrofiar o debate verdadeiramente institucional que se seguir à crise da literatura sobre transições. No Brasil, deu-se por assentado que a adoção das instituições pede referência ao suposto estágio de desenvolvimento político que o país se encontra. O Brasil seria um país pretoriano e enquanto tal deveria adotar as instituições adequadas aos países pretorianos. Entre elas são as que fortalecem os partidos, isto é, as que restringem as opções dos eleitores. Esta seria a única forma de evitar a radicalização política. Na verdade, toma-se como assentado o que se deveria demonstrar” (Ibidem, p. 71).

<sup>98</sup> Notável neste aspecto é a guinada do Supremo Tribunal Federal em direção ao controle concentrado de constitucionalidade, tornando quase impossível o controle difuso a partir da Emenda Constitucional nº 45. A chamada “repercussão geral” como requisito de admissibilidade recursal causa espanto pelo seu flagrante traço tecnocrático e antidemocrático, na medida em que transfere para o tribunal a tarefa de decidir o que é relevante para a sociedade brasileira, a merecer sua análise suprema. Ao invés de permanecer silente e escutar os ruídos que vem dos cantões de uma sociedade plural e continental, com diversos interesses e realidade, tem-se o barulho de um

instrumentaliza, em prol de uma ação planificadora e verticalizada a respeito de questões pragmáticas, éticas ou de justiça. Notável como o direito é usado mais uma vez como instrumento de colonização sistêmica. Todavia, ao invés de ser programado pelo sistema administrativo *stricto sensu*, como na experiência do Estado-providência, a administração da justiça na “redescoberta do direito” estabelece sua própria agenda. E o sucesso de tal empreitada se deve ao fato da tecnocracia jurisdicional usar a razão contra ela mesma. Disfarçada de hermenêutica constitucional, há um uso deliberado de uma racionalidade autoritária, que não lembra a episteme comunicativa da alteridade e deliberação. Pior, na hipérbole do exercício tecnocrático, temos o retorno da heteronomia do grande juiz (no singular); cuja envergadura moral está acima dos questionamentos dos incrédulos que ainda buscam razões aonde só existe factualidade do poder. Se provocativamente mencionamos alhures o “retorno do político”, no sentido de desocultar o domínio e submetê-lo ao público, com a tecnocracia jurisdicional temos quase o retorno do “sagrado”<sup>99</sup>. Todavia, esse “deus-juiz” não está na transcendência do céus, mas na encarnação viva da elite tecnocrática. Maus explica:

Estes dois conceitos emancipatórios [infantilismo relativo às questões de tomada de consciência e a orientação paternalista no processo político de decisão] são postos radicalmente em questão com a ascensão da Justiça à qualidade de administradora da moral pública. A introdução de pontos de vista morais e de "valores" na jurisprudência não só lhe confere maior grau de legitimação, imunizando suas decisões contra qualquer crítica, como também conduz a uma liberação da Justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular. Toda menção a um dos princípios "superiores" ao direito escrito leva — quando a Justiça os invoca — à suspensão das disposições normativas individuais e a se decidir o caso concreto de forma inusitada. Assim, enriquecido por pontos de vista morais, o âmbito das "proibições" legais pode ser arbitrariamente estendido ao campo extrajurídico das esferas de liberdade. Somente a posteriori, por ocasião de um processo legal, é que o cidadão experimenta o que lhe foi "proibido", aprendendo a deduzir para o futuro o "permitido" (extremamente incerto) a partir das decisões dos tribunais. Os espaços de liberdade anteriores dos indivíduos se

---

corde que não quer ouvir, mas discursar. Pior, a partir da repercussão geral, a qual também o Superior Tribunal de Justiça fez coro com os chamados “recursos repetitivos”, tem-se no Brasil a situação singular do Judiciário transformar litígios em teses jurídicas sem partes, contextos, cuja similaridade com os procedimentos legislativos não podemos deixar de notar. Nesse sentido, diz o Código de Processo Civil: “Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006). § 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006)”.

<sup>99</sup> Cf. Maus, 2000, p. 185.

transformam então em produtos de decisão judicial fixados caso a caso (2000: 189-190, comentário nosso).

Uma jurisdição constitucional que chama para si o papel de profeta dos valores comunitários ou de cientista do laboratório de verdades jurídicas, mais do que um exercício de poder autoritário, representa a própria desconstituição da modernidade enquanto projeto de libertação da heteronomia. Perdida a conexão com a “comunicação”, do poder só resta o “administrativo”, com ares nada profanos.