

2 A teoria do discurso de Habermas – conexões possíveis

A abordagem a ser desenvolvida no presente trabalho situa-se no exame dos caminhos que ligam as formas de participação política num Estado Democrático, através do espaço público judicial, de modo a que, nele, sejam vistas as decisões como decorrentes de um processo de justificação, que irá propiciar-lhes legitimidade, o que, no momento atual de nossa realidade, passa necessariamente por uma mudança de perfil do próprio juiz, da consciência da comunidade alargada de interlocutores sociais, assim como do instrumental utilizado.

Para trilhar tal percurso, foram extraídos elementos da teoria da ação comunicativa de Habermas, que alicerça a perspectiva a ser colocada nos próximos capítulos, aplicando-os à práxis judicial, de modo a dilatar a visão sobre esse espaço público da sociedade, especialmente através dos Juízos Especiais, objeto da lei 9099/95, o que torna imperioso, antes de iniciar a abordagem, a exposição ainda que rápida e incompleta acerca do construto, deste, que é um dos maiores teóricos de nossa modernidade.

Esta, a razão da digressão que abaixo se segue.

A tentativa de explicar e superar as perplexidades do mundo contemporâneo, encontrando uma saída possível para os impasses de uma sociedade complexa acabou por cunhar o desenvolvimento de várias teorias.

Ao analisar a teoria da produção de Marx² e a teoria dos sistemas em Luhmann³, explica Habermas que não encontram, as mesmas, solução ou

² Karl Marx, cujo arcabouço teórico foi analisado criticamente por Habermas, ao elucidar, através da minuciosa dissecação, o processo de produção capitalista, a valorização do capital, cuja finalidade é sempre a geração de lucro, previu que o mercado, em permanente crescimento, acabava por traçar regras que se naturalizavam, tornando-se incontroláveis e gerando uma contradição interna dentro do próprio sistema capitalista de produção. Nessa referência, esclareceu a desconexão de sua linguagem com tudo não estivesse em sua própria auto-referência. O aprofundamento da análise de Marx ajuda a entender a própria noção da função do mercado e da lógica liberal (burguesa), assim como o sentido de “colonização” que trataremos nos próximos capítulos, na referência da construção teórica de Habermas. Ver a respeito MARX, O processo global de produção capitalista. In: *O capital, crítica econômica e política*, 1991. v. 4.

³ Para uma melhor compreensão da teoria dos sistemas, ver LUHMANN, *Politique et complexité. Les contributions de la théorie générale des systèmes*, 1999. Para o teórico, em apertada síntese, as sociedades complexas possuem uma organização com esta mesma natureza (complexa), com

explicação para a sociedade contemporânea, porque enquanto naquela a superação do mundo sistêmico, corporificado pelo mercado, seria implodido através de uma prática revolucionária satisfatória, para Luhmann a outra parte composta pelo mundo da vida teria se esgotado, porquanto pulverizado em sistemas, não reconhecendo a existência de uma interpenetração entre essas duas esferas, passível de esclarecer a ambigüidade presente no mundo contemporâneo.⁴

E as tentativas de introduzir interações entre esse mundo da vida e aquele da esfera econômica acabaram por acarretar conseqüências que se podem identificar como “patologias”⁵, porque operaram como que uma reação, como aconteceu com o Estado social, que entrou em crise, pela impregnação, em suas entranhas, da lógica dos mercados, que não se deixa penetrar por imperativos de um entendimento racionalizado e voltado para um possível consenso, porquanto objetiva somente a manipulação das formas de linguagem, introduzidas por uma racionalidade que se mostra absolutamente infensa àquela que se busca através de um discurso ético e depurado mediante o embate argumentativo, justificador.

Se tomarmos a democracia como “projeto de identidade ética e política”, ou como “perspectiva por todos compartilhada”, afirma, Habermas, ser possível identificar a existência de diversos instrumentos que propiciam sua compreensão e construção.

Indaga-se a partir daí: o que permitiria a sua implementação dentro do Judiciário?

Analisando o tema dentre as leituras de vários textos, entre eles, “Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva”⁶, verifica-se que a intersubjetividade torna-se o ponto nodal da filosofia política contemporânea, forçando, destarte, a que se estabeleça um entrelaçamento entre ética e política, de modo a que se venha a configurar uma “identidade” na democracia.

uma enorme diversidade de sistemas e subsistemas que se movimentam numa relação horizontalizada. Identifica, ele, o ambiente (que vem a ser a sociedade com um todo), através do qual, no interior de cada sistema, circulam subsistemas, com função característica e peculiar, tendo uma constituição própria, assim como suas próprias redes de comunicação, estando sempre voltados para sua dinâmica de reprodução e auto-referência, de modo a filtrar a complexidade da externidade (o sistema jurídico, o político...), não estabelecendo qualquer relação de hierarquia entre eles, porquanto atuam dentro de uma circularidade, embora possam operar distintamente uns dos outros.

⁴ HABERMAS, *O discurso filosófico da modernidade*, p. 484 a 491.

⁵ *Ibid.*, p. 94.

⁶ CITTADINO, *Pluralismo, direito e justiça distributiva*, 2000, *passim*.

A busca de um entendimento em meio à multiplicidade de valores culturais, visões de mundo, concepções religiosas, condutas morais, ou seja, em uma realidade globalmente heterogênea, embora difícil, é indicada por Habermas como o caminho a ser trilhado.

A análise levada a efeito por John Rawls⁷ situa o pluralismo como um fato. Isto significa que em qualquer democracia existe uma enorme diversidade de interesses pessoais, e uma gama de perspectivas através das quais as pessoas, individualmente, compreendem o mundo. E isso acaba por explicar a adjetivação por ele incorporada à idéia de pluralismo e justiça, como “razoável”, o que, em última análise, significa dizer que as concepções de bem que a sociedade contemporânea e complexa nos oferece são concepções múltiplas, nas quais se mostram necessárias uma complacência (flexibilidade e razoabilidade) para permitir a coexistência das diferenças.

Sua teoria se mostra construtivista na medida em que parte de um fundamento de legitimidade para a formulação de um acordo, que está dissociado da verdade (porque esta se mostra inviável numa concepção que encara o pluralismo como fático e razoável), já que esta estaria vinculada a cada uma das concepções individuais de bem. Daí falar-se em imparcialidade como o fundamento de tal acordo, na medida em que ele é criado a partir de dentro, e não algo pressuposto ou dado aprioristicamente por qualquer concepção externa.

Sendo os atributos de racionalidade e razoabilidade ínsitos ao indivíduo que vive em sociedade, são eles que irão permitir a construção de um “consenso”.⁸

Na vertente dos comunitaristas, o posicionamento de Walzer⁹ encerra uma outra aceção de pluralismo, significando, este, diversidade de identidades sociais, culturais e religiosas, que existem em toda sociedade moderna e complexa, tendo

⁷ Aponta Rawls, em sua obra, *A Theory of Justice*, os dois princípios de justiça que considera como estruturais para a sociedade, a fim de que ela seja bem ordenada, já que ela deve regular-se por uma pública concepção de justiça, que vem a ser o núcleo fundamental da associação de seus membros. Esclarece que “*these principles are to regulate all further agreements; they specify the kind of social cooperation that can be entered into and the forms of government that can be established. This way of regarding the principles of justice I shall call justice as fairness.*” Resume, ele, os dois princípios da seguinte forma: “*The first statment of the two principles reads as follows. First: each person is to have an equal right to the most extensive basic liberty compatible with a similar liberty for others. Second: social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) reasonably expected to be to everyone’s advantage, and (b) attached to the position and offices open to all.*” Cf. RAWLS, *A theory of justice*, p. 11 e 60.

⁸ *Ibid.*, p. 11.

⁹ Para uma melhor compreensão do pensamento de WALZER, ver *Thick and thin, moral argument at home and abroad*, 1994.

um caráter universal, porque humana, mas também particular, por ser uma sociedade situada no tempo e espaço.

Diferentemente dos liberais, ele associa pluralismo a identidades sociais e não às concepções individuais de bem, dando prioridade, assim, à comunidade em relação ao indivíduo, entendendo que as pessoas estão atadas às culturas que eles compartilham. Embora haja esta vinculação, o pluralismo está presente, no seu entendimento, porque a sociedade liberal moderna é fragmentada.

Do ponto de vista público, o pluralismo se identifica através da variedade de valores diferenciados defendidos por grupos e comunidades distintas, de modo que o reconhecimento do pluralismo é o reconhecimento da diferença, só se tornando possível, segundo ele, compatibilizar tais heterogeneidades socorrendo-se da dimensão “ético-política da democracia”; é através da capacidade de criticar-se e criticar ou outro que tais diferenças podem ser assimiladas, permitindo a participação dos cidadãos.

Adota, contudo, o tema tolerância, ao invés do pluralismo razoável, porque somente abrindo mão de respostas únicas e verdadeiras, permitindo o caráter parcial e incompleto de qualquer acordo entre os indivíduos, é que se consegue vislumbrar a alternativa possível, não sendo aceitável a concepção de que fazemos parte de uma “tribo universal”, porquanto o ponto marcante do ser humano é o particularismo, sendo a tolerância o elemento neutralizador do medo, que existe no âmago dos antagonismos, e que atua como uma exigência moral, a fim de impedir a coerção de grupos minoritários, embora não se esgote nessa esfera.

A tolerância política é que seria a condição essencial e a regra da democracia, tornando-a uma atividade permanente, sendo os bens e direitos sociais distribuídos de acordo com seus significados para agentes distintos e por meio de diferentes procedimentos.

A dimensão liberal do pensamento de Walzer encontra-se na exigência do respeito pelas múltiplas identidades sociais e pela negativa de qualquer tipo de supressão de tais identidades através da opressão. “Nada existe para além do desacordo razoável.”¹⁰

¹⁰ Tal colocação, que busca resumir a posição de Walzer, é feita por CITTADINO, op. cit., p. 89.

Deste modo, segundo seu entendimento, não é possível imparcialidade na formulação de uma concepção por todos compartilhada, não havendo, portanto, instância argumentativa.

Diferentemente, Rawls entende ser possível a justiça como imparcialidade, inobstante o fato do pluralismo, contanto que o associemos às concepções individuais razoáveis sobre a vida digna, o que deverá ter como ponto inicial, necessário, uma concepção idealizada, na qual as pessoas, sob o “véu da ignorância”, conseguirão decidir, despidas de suas concepções, embora conscientes de que fazem parte de uma sociedade.¹¹

Habermas parte de um modelo distinto, reconstrutivista, revelando um *tertium genus*, no qual seria possível sermos imparciais tanto em relação às diferentes doutrinas compreensivas razoáveis, como em relação a contextos particulares, nos quais existam embates em torno de normas e princípios.

Formula a concepção da ética discursiva, interagindo com as idéias dos liberais e dos comunitários, buscando abarcar tanto a esfera de interesses individuais quanto perspectivas lastreadas em valores, por entender que não é possível optar por uma apenas, porquanto coexistem na sociedade contemporânea tanto concepções individuais de bem como as formas de vida pluralistas.

A concepção da moralidade pós-convencional em Habermas permite conjugar as duas dimensões do pluralismo na sociedade, já que ambas as facetas têm uma exigência comum: devem, obrigatoriamente, mostrar as razões que sustentem sua validade social, o que vem a constituir uma necessidade de justificação, que se dá através de discursos morais. Enquanto as deliberações éticas estariam ligadas às particulares concepções de bem, vinculadas a uma determinada comunidade, aquelas de natureza moral estariam liberadas de um egocentrismo, transcendendo a esta visão tópica, para alçar vãos de universalidade.¹²

Não há como dissociar estas duas dimensões da proteção essencial dos direitos individuais. Estes não se situam na restrição da atuação estatal, mas num nível mais profundo, pois dota os indivíduos de poder de participar na auto-regulação democrática, potencializando sua capacitação para elaboração de normas. Nesse momento, estabelece a vinculação com a categoria do Direito.

¹¹ RAWLS, op. cit., p. 18.

¹² HABERMAS, *Direito e democracia. Entre faticidade e validade*, v. 1, p. 24 a 55.

Portanto, para além de um cunho subjetivista, os direitos fundamentais também são dotados de caris público e político,¹³ já que são eles que permitem a participação democrática, sem coações, dotando, todos, com a mesma possibilidade de manifestação. Essa idéia traduz o princípio da democracia porque ele “resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso (a ser explicitado adiante) e a forma jurídica”.¹⁴

Introduz Habermas, para a práxis de sua teoria democrática, a categoria denominada “situação ideal de fala”¹⁵, na qual se situa o epicentro de sua filosofia política. Através dela é que se torna possível a participação política de todos os concernidos a respeito das decisões em macro-esfera, que podem ser identificadas com o que denominamos de “soberania popular”. E aí se encontra o núcleo de sua idéia sobre “democracia radical”, rompendo com o padrão liberal que submete o auto-regramento democrático à proteção das liberdades individuais.¹⁶

Isso quer dizer que, tanto nas relações subjetivas (identidades individuais), quanto nas intra-subjetivas (identidades sociais) de formas de vida compartilhadas, deve estar presente uma moralidade, que exige uma justificação para sustentar a validade de determinada norma.

Essas relações acabam formatando uma rede de reconhecimento recíproco, que tem como *medium* a linguagem, pois são as estruturas lingüísticas que formam o que Habermas denomina de ‘intersubjetividade’.¹⁷

A linguagem só é compreendida através da categoria do entendimento: o *telos* do entendimento é ínsito à linguagem. Desse modo, a ética discursiva se volta em direção a esta intersubjetividade social, e não para as concepções individuais subjetivas ou para a intra-subjetividade.

A interação comunicativa propicia o processo crítico que se concretiza pela auto-reflexão, constituindo assim a formação racional da vontade. Entende ele por

¹³ Ibid., v. 2, p. 307 e 310.

¹⁴ Ibid., v. 1, p. 158.

¹⁵ Mais adiante enunciaremos as condições citadas por Habermas para que se dê esta ambiência ideal nas ações comunicativas. O teórico cita Fröbel ao apontar a razão do discurso público como instância mediadora, o que substituiria o poder, pelos vários canais que podem levar a um processo de formação da opinião através de um procedimento. Ibid., v. 2, p. 262 e 263.

¹⁶ Ibid., v. 1, p. 158.

¹⁷ Em Habermas, as relações intersubjetivas mostram-se mecanismos a partir dos quais as sociedades organizam seus consensos, sendo a linguagem vinculada ao mundo da vida real, aonde ocorre essa comunicação. Contudo, o que está ligado a determinado contexto é o conteúdo desta linguagem (contextual), já que a linguagem, em si, é universal e atemporal.

racionalidade “a disposição dos sujeitos capazes de falar e de agir para adquirir e aplicar um saber fálico.”¹⁸

A razão centrada no sujeito encontra sua medida nos critérios de verdade e êxito, que regulam as relações do sujeito que conhece e age, segundo fins, com o mundo de objetos ou estado de coisas possíveis. Em contrapartida, a razão comunicativa habermasiana se encontra na força da argumentação:

A racionalidade encontra sua medida na capacidade de os participantes responsáveis da interação orientarem-se pelas pretensões de validade que estão assentadas no reconhecimento intersubjetivo. A razão comunicativa encontra seus critérios nos procedimentos argumentativos de desempenho diretos ou indiretos das pretensões de verdade proposicional, justiça normativa, veracidade subjetiva e adequação estética.¹⁹

Também não se trata de apenas fazer uma negociação entre interesses particulares (um agir estratégico), mas de se travar um discurso que, refletindo sobre os argumentos que se contrapõem, leve a um nível de entendimento racional, que supere a eticidade de um mundo concreto.

Destarte, para que haja a formação racional da vontade impende o exercício público de interações comunicativas através do discurso, aberto a todos que queiram tomar parte nesse debate, a partir do que é possível fixar, através de um acordo racionalmente motivado, um sentido moral de uma norma (aliado à categoria de justiça), sendo, este processo, o que vem a constituir o procedimento discursivo.

Trabalha Habermas com quatro princípios, essencialmente, na teoria do discurso.

O princípio “U”, que tem natureza eminentemente procedimental, se traduz na aceitação, pelos participantes, de que os resultados decorrentes do processo argumentativo serão por todos aceitos:

Toda norma válida deve satisfazer a condição: – que as conseqüências e efeitos colaterais, que (presumivelmente) resultarem para a satisfação dos

¹⁸ HABERMAS, *O discurso filosófico da modernidade*, op. cit, p. 437.

¹⁹ HABERMAS, loc. cit.

interesses de *cada* um dos indivíduos do fato de ser ela *universalmente* seguida, possam ser aceitos por *todos* os concernidos (e preferidos a todas as conseqüências das possibilidades alternativas e conhecidas de regragem).²⁰

Portanto, para que haja um juízo imparcial impende que cada um passe a adotar a posição dos outros ao promover a “ponderação de interesses”, ou seja, que operem uma alteridade empática.²¹

No princípio “D”, ético-discursivo, a validade de uma norma dependerá da participação de todos os concernidos no discurso prático, do qual resultará o reconhecimento de sua legitimidade (“validez”).²² Daí se depreende que ele já pressupõe “que a escolha de normas pode ser fundamentada.”²³ Este princípio é assim uma regra da argumentação em questões práticas, e veio a substituir as razões religiosas ou metafísicas, pois num mundo contemporâneo não se teria como lastrear a justificação em tais categorias, excepcionando-se aquelas de natureza moral.

Trabalha ainda a teoria do discurso com dois princípios que a operacionalizam: o princípio moral e o princípio democrático.²⁴ Atua aquele como regra de argumentação, e está imbricado ao princípio do discurso (“D”), podendo ser fundamentado pragmaticamente, servindo como modo de reflexão do agir comunicativo, mas desprendendo-se de seus limites históricos e tópicos, para carrear um sentido universalista, pela validade que lhe confere sua tradução para o código do Direito. Em contrapartida, o princípio da democracia tem por escopo manter urdido o procedimento de “normatização legítima do direito”²⁵, pois somente podem pretender validade as normas que passarem pelo crivo do consenso criticamente depurado dos atores do processo discursivo.

No primeiro capítulo de seu livro “Direito e Democracia. Entre a Faticidade e Validade”, enfoca Habermas certos pontos da relação entre faticidade (aspecto sancionatório das normas, que coagem a determinados comportamentos) e validade (depuração reflexiva e crítica advinda da racionalidade justificadora e

²⁰ HABERMAS, *Consciência moral e agir comunicativo*, p. 86.

²¹ Hannah Arendt promove colocação semelhante ao tratar do tema da imparcialidade a partir da consciência da alteridade. Cf. ARENDT, *Entre o passado e o futuro*, p. 297 a 300.

²² HABERMAS, *Direito e democracia...* v. 1, op. cit., p. 199.

²³ Id., *Consciência moral e agir comunicativo*. op. cit., p. 86.

²⁴ Id., *Direito e demoracia...* vol. 1, op. cit., p. 144.

²⁵ Ibid., p. 145.

com carga integradora), envolvendo aspectos básicos da teoria do agir comunicativo, e de como esta coloca o Direito em posição central, conferindo-lhe capacidade para desenvolver uma teoria lastreada no princípio do discurso. A partir daí, promove uma reconstrução, alicerçada na teoria do discurso, do conteúdo normativo dos sistemas jurídicos e da concepção de Estado democrático de Direito, situando-os dentro do contexto atual de discussões, que envolve política, teoria sociológica do direito e teoria filosófica da justiça. Neste momento, um outro princípio também se sobressai na linha de sua teoria, qual seja, o da soberania, significando que é do poder comunicativo do povo que advém o poder político, formado a partir da opinião e da vontade dos cidadãos, estruturadas discursivamente, passando, portanto, a possuírem, todos, uma competência legislativa (embora preveja a saída alternativa dos parlamentos, que, contudo, têm que atuar regulados pela luz do princípio do discurso, para que possam preencher as condições necessárias a uma efetiva representatividade e legitimidade na democracia).

Culmina o trabalho com uma tentativa de comprovar o princípio da teoria do discurso em temas centrais da teoria do direito, para depois esclarecer o conceito normativo de política deliberativa para uma regulamentação jurídica da circulação do poder em sociedades complexas, abordando a teoria da democracia sob aspectos da legitimação, com base em um modelo procedimentalista, que permita a todos uma participação ativa na elaboração das normas, de modo a superar o direito formal e a concepção de Estado Social.

Ao final, tenta reconduzir a uma unidade as considerações sobre a Teoria do Direito e a Teoria da Sociedade.

A modernidade, consciente de suas contingência, precisa, segundo sua ótica, de uma razão procedimental, ou seja, de uma razão que permita um mecanismo de controle contra si mesma.²⁶ E é através da maceração crítica do embate argumentativo que se torna possível a constituição de uma razão assim formatada. Por entender que essa dimensão comunicativa forma um contexto apropriado para uma teoria do Direito, apoiada no princípio do discurso, enfatiza que a teoria do agir comunicativo concede importância central à categoria do Direito.

²⁶ Ibid., p. 12.

Conclui que, numa época política como a atual, não se pode ter, nem manter, um Estado de Direito sem democracia radical.

Para além de universal, seu construto da ética discursiva é, necessariamente, formal, pois pretende regular um procedimento que possa solucionar de forma imparcial os conflitos.²⁷

Ao desenvolverem a argumentação, os participantes têm consciência de que suas pretensões são criticáveis, portanto, não ignoram o risco do dissenso, mas partem do pressuposto de que, *em princípio*, ainda que haja ações estratégicas (para obtenção de um determinado fim), todos os afetados irão tomar parte no discurso, de forma paritária, na busca da verdade.

Contudo, como se disse, esse “em princípio” significa que mesmo que assim não seja, não haverá impedimento para que a práxis discursiva se dê, na medida em que não existe uma monologia de argumentação, de sorte que, ao promovê-la, não se deve pensar em categorias de *bom* ou *ruim*, *certo* ou *errado*, *verdadeiro* ou *falso*, mas de que modo podem ser fundamentadas as razões, caso a caso.

Sua concepção sobre a ética discursiva abarca tanto a esfera de interesses individuais quanto perspectivas lastreadas em valores, por entender que tais perspectivas coexistem na sociedade contemporânea, sendo relevantes as concepções individuais de bem, assim como as formas de vida pluralistas, não havendo que se exercer a opção por uma delas.

A concepção da moralidade pós-convencional em Habermas permite, desse modo, conjugar as duas dimensões do pluralismo na sociedade, pois tanto uma faceta quanto outra têm uma exigência comum: devem obrigatoriamente mostrar as razões que sustentem sua validade social, a qual se constitui mediante a necessidade de justificação.

A linguagem só é compreendida através da categoria do entendimento.

A ética discursiva se volta em direção a intersubjetividade social, e não para as concepções individuais subjetivas ou para a intra-subjetividade, sendo o cerne do “território discursivo” esse entendimento; a interação comunicativa propicia o processo crítico que se concretiza pela auto-reflexão, através da estruturação da formação racional da vontade, havendo, nas formas de comunicação, dois momentos que ele cita em seu livro *Problemas de Legitimación en el Capitalismo*

²⁷ HABERMAS, *Consciência moral e agir comunicativo*, op. cit., p. 126.

*Tardio*²⁸, quais sejam, o da ação comunicativa e o do discurso, identificando-se o primeiro momento na troca de informações, que pressupõe a validade das conexões de sentido, e o segundo momento, naquele do embate argumentativo para sustentação dos proferimentos, que já foram problematizadas, buscando-se o restabelecimento de um acordo acerca de sua validade, mediante um processo argumentativo.²⁹

De tal sorte, conclui, não se tratar de apenas fazer uma negociação entre interesses particulares, mas de se travar um discurso, aonde os interlocutores, refletindo sobre os argumentos que se contrapõem, possam chegar a um nível de entendimento racional, que não se encontra cativo em uma eticidade tópica do mundo concreto.

Destarte, para que haja a formação racional da vontade impende o “exercício público de discussão comunicativa”, aberto a todos que queiram tomar parte nesse debate, a partir do que é possível fixar a “moralidade de uma norma a partir de um acordo racionalmente motivado”, que vem a se constituir pelo procedimento discursivo³⁰.

Esse acordo racionalmente motivado deve conter uma força normativa que, sabidamente, as tradições e a constituição histórica e natural do homem não possuem - moldam uma conduta racional de vida, perdendo a razão prática a capacidade de explicação que existira no âmbito da ética e da política, transmutando-se ela, na teoria ora estudada, para a razão comunicativa.

Esse caminho diverso, por ele seguido, ao introduzir o agir comunicativo, substitui a razão prática pela comunicativa, representando isso muito mais, segundo afirma, do que uma simples “troca de etiqueta”.³¹

E isso porque a razão comunicativa, diferentemente da razão prática, não se encontra limitada a um sujeito individual ou a um indivíduo coletivo e sócio-político. O *medium* lingüístico é que torna a razão comunicativa possível, sendo a

²⁸ HABERMAS, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, 1973.

²⁹ J. Habermas pontua que: “As pretensões de validade têm uma face de Janus: enquanto pretensões, transcendem todo contexto local; ao mesmo tempo, caso devam sustentar o acordo dentre os participantes da interação, capaz de ter efeitos coordenativos, têm de ser levantadas e reconhecidas facilmente aqui e agora. O momento transcendente de validade universal rompe todo provincialismo; o momento da obrigatoriedade das pretensões de validade, aceitas aqui e agora, transforma-as em portadoras de uma práxis cotidiana vinculada ao contexto.” Id., *O discurso filosófico da modernidade*, op. cit., p. 447 a 448.

³⁰ CITTADINO, op. cit., p. 93, ao explicar a posição de Habermas.

³¹ HABERMAS, *Direito e demoracia...*, v. 1, p. 19.

tessitura através da qual ocorrem as interações entre os indivíduos e se estruturam as formas de vida.

A própria linguagem natural, utilizada por todos os membros de uma dada comunidade ou país, já constitui um consenso inicial que vem a ser o veículo através do qual será possível o entendimento com o outro, a respeito de algo no mundo, aceitando os interlocutores determinados pressupostos que permitam a realização dessa interação.

Estabelece, assim, para os atos de fala, uma tipologia³² em razão de suas funções, contidas em pretensões que pretendem uma afirmação de validade, que podem ser:

1. constatativas ou assertóricas, de carga veritativa, na medida que afirmam uma proposição sobre algo que é verdadeiro;
2. expressivas, sinceras,³³ com carga de veracidade e da auto-expressão, em que o interlocutor exprime um determinado estado;
3. regulativas, de carga normativa, relacionadas à correção das normas e ao cumprimento de determinada conduta.

Ao analisarmos a colocação de Habermas a respeito dos atos de fala, entende-se que, sejam eles, assertivos, regulativos ou expressivos, somente tem relevância na arena discursiva quando as partes não concordem a respeito de qualquer das pretensões enunciadas.

Com efeito, pressupondo um espaço em que todos tenham a liberdade de se manifestar e que ele seja buscado para a solução de um determinado dissenso (na medida em que, sem que haja o conflito, não se necessita de discussão a respeito de pronunciamentos, posto não serem antagônicos, sejam eles de que espécie for), ao promover um proferimento num espaço de discussão, e sabendo que a regra a ser obedecida é a de que todos irão se submeter àquelas do procedimento

³² Id., *Consciência moral e agir comunicativo*, op. cit., p. 79.

³³ EISEMBERG, *A Democracia depois do liberalismo. Ensaios sobre ética, direito e política*, p. 121, tece críticas a Habermas, ao entender que não há solução para controvérsias no que tange aos atos de fala expressivos, porquanto não se pode, neste caso, justificar a veracidade, razão pela qual a regra essencial da ação comunicativa não poderia ser atendida, já que o emissor pode voltar sua assertiva tão somente para que alcance a produção de um entendimento, independentemente de ser ela veritativa ou verdadeira. Outra crítica é no que toca à separação radical que Habermas faz entre ação comunicativa e ação estratégica, entendendo que não há como se separar a busca do entendimento daquela de resultados, já que, na maior parte dos casos, ambas atuam simultaneamente. Assim situa Eisenberg a questão, op. cit., p. 126: “O problema pragmático de agentes engajados em interação visando consenso (ação comunicativa) é produzir o consenso, não

discursivo, independentemente do agir (do lado subjetivo) ter conteúdo diverso daquele demonstrado (do lado objetivo), a colocação, em si, de uma pretensão, seja ela constativa, regulativa ou expressiva, será exposta ao crivo da crítica argumentativa. Ora, se assim é, será a reflexão sobre as justificações ali abordadas que possibilitará a produção de uma deliberação, e não a correspondência entre o que aquela enunciação objetivamente comunicou e os aspectos subjetivos de seu locutor. Se a aceitação se mostra estabelecida como norma procedimental, atendendo-se ao princípio acima referido (“U”), não poderá ser, portanto, questionado o resultado de um tal procedimento, tendo-se aquele resultado como legítimo.

Não se trata aqui de buscar uma verdade constatável, demonstrável, pois esta vertente buscada pelas ciências exatas e cujos métodos há muito já foram descartados por outras áreas do conhecimento, não tem relevância para o que se pretende no âmbito da efetivação de espaços públicos democráticos.

Numa referência que Habermas faz a Toulmin, obtém-se a resposta sobre o suposto impasse colocado:

*Rightness is not a property; and when I asked two people which course of action was the right one I was not asking them about property – what I wanted to know was there was any reason for choosing one course of action rather than another (...)*³⁴

Trata-se, portanto, na busca de um entendimento a respeito de determinado dissenso, de encontrar o resultado que seja legitimado pela possibilidade de manifestação de todos os envolvidos, e que advenha de uma análise crítica a respeito daquele objeto da controvérsia, se concebendo como verdadeiro o resultado daí decorrente. A pressuposição da sinceridade está em que aquele que defende uma posição deverá carrear todos os elementos argumentativos para comprovar a correta afirmação daquilo que entende como verdade, o que efetivamente ocorre como regra, ainda que, eventualmente, possa sua performance ser estratégica.

validar normas, e tal objetivo implica, necessariamente, os agentes agirem estrategicamente com relação às normas propostas.”

Não chega, portanto, a constituir um “problema pragmático” o fato de uma ação comunicativa ter intenções de natureza estratégica. Em verdade, constitui um pseudo-problema, e isso porque, se entendemos como estratégica aquelas ações que atendam, por exemplo, aos interesses de mercado, estas, ou não entrarão na arena de discussão e, portanto, não ficarão sensibilizadas pela regra procedimental previamente aceita, em razão de sua lógica auto-referencial, ou terão que, ao entrar no curso da ação comunicativa, serem expostas à reflexão e à crítica.

De modo geral, passam as ações estratégicas das forças sistêmicas ao largo desse espaço discursivo, porque não buscam o entendimento, nem aceitam participar do processo argumentativo, pois sua regra é a de impor e não dispor de modo deliberativo a respeito de algo.

De toda sorte, o resultado decorrente da ação comunicativa voltada ao entendimento, ainda que com performance estratégica, visando resultados, terá que atender, para que atinja este, aos princípios do discurso e, portanto, haverá, necessariamente, de justificar-se.

Na medida em que se busca, num espaço discursivo, participar, para conseguir determinada consequência deliberativa, tenho ainda assim que aceitar a regra procedimental, e, uma vez que haja a deliberação, após depuração do melhor argumento, no sentido de um pronunciamento tido como verdadeiro ou veritativo, este se impõe como consequência daquela discussão, independentemente de meu agir estratégico ou não, e, portanto, passa a ser introjetado como algo consentido, advindo como conseqüência lógica e necessário da aceitação das regras procedimentais, as suas consequências.

A ação estratégica como que se transmuda em ação comunicativa, no momento em que se participa dela e, assim, da interação discursiva, acatando-se a norma decorrente do resultado ali produzido.

Outra crítica formulada por Eisenberg é a afirmação de que se mostra precária a colocação da “situação ideal de fala”³⁵ em Habermas, como horizonte normativo, porque ela pretende esvaziar de conteúdos morais o embate discursivo (“princípio U”), e porque logo após pretende que o consenso permita a criação de regras válidas e aceitas para os envolvidos.

³⁴ TOULMIN, *An examination of the place of reason in ethics*, p.121 e seguintes, apud HABERMAS, *Consciência moral e agir comunicativo*, op. cit., p. 74.

³⁵ EISENBERG, op. cit., p. 130.

Efetivamente, todos os participantes do espaço em que se dá a ação comunicativa, com vistas a um entendimento, devem aceitar que as regras do discurso sejam por todos obedecidas; sendo elas de cunho procedimental, revelam um *modus procedendi*, a partir do qual o resultado deverá ser aceito, sem que sobre ele se promova uma aferição valorativa. Contudo, no princípio D (do discurso), tem-se que devo aceitar a que a prática discursiva possa se realizar de modo a permitir a participação de todos de forma livre, e que todos possam lançar suas pretensões de validade através das enunciações expressivas, regulativas ou assertóricas, o que induz a uma reintrodução da moralidade discursiva, na medida em que toda discussão é contextualizada e, portanto, estará associada à carga ética de determinada comunidade, ao mesmo tempo em que também está imbuída de critérios valorativos que transcendem àquele próprio contexto. O resultado decorrente e que devo aceitar não pode, assim, estar dissociado, nem esvaziado de conteúdo valorativo, já que, inclusive, se pretende justo.

Ambas (procedimentalidade e valoração) são apenas diferentes dimensões do mesmo espaço discursivo.

Não existe em verdade uma “des-moralização”³⁶ da esfera pública, porque as decisões ou os entendimentos não são obtidos abstratamente, mas em contextos específicos e, portanto, carregam conteúdos éticos e morais, pertencentes a determinada comunidade. O que é “des-moralizado” é o *modus procedendi*, ou seja, o procedimento que conduz à prática democrática, que, ainda assim, também não deixa de estar imbuído de princípios e, portanto, imerso em caldo axiológico, na medida em que a paridade da participação, a não coação dos atores comunicativos, a possibilidade de todos se manifestarem com iguais oportunidades, revelam sua intrínseca ligação e respeito a direitos de igualdade e liberdade, que se identificam como conteúdos valorativos, genericamente reconhecidos, e que carregam a carga de participação política na vida democrática.

Desse modo, os princípios em comento para além de permitirem um debate que seja permeado por elementos éticos e morais, ainda revelam um princípio de justiça, pois que a norma resultante passa pelo filtro da justificação, numa seleção depurada que se mostre mais justa e, portanto, aceitável por todos.

³⁶ Em sentido diverso, a análise de EISENBERG, *ibid.*, p. 130.

E na medida em que a concepção comum de justiça encontre a validade moral em razões que se revelam no espaço público, o diálogo público propicia a construção de um ponto de vista moral, imparcial e transcendente às diversas visões de mundo, sendo examinada nesta esfera a pretensão de validade de todos os concernidos, porque existe um procedimento que, embora preenhe de requisitos, não determina qualquer orientação prévia de conteúdos, de modo a “garantir a imparcialidade da formação do Juízo.”³⁷

A imparcialidade advém daí, porque demanda uma “neutralidade ética” em relação às visões de mundo, ou seja, o ponto de vista imparcial não se dá no espaço privado. Seu objetivo é reconstruir a dimensão moral que se encontra no âmbito das interações comunicativas, na intersubjetividade.

A racionalidade deve, assim, na visão de Habermas, ser ampliada, para que possam os sujeitos, inclusive em relação a seus próprios valores, engendrar uma conduta crítica, questionando suas convicções e aquelas levantadas no curso da ação comunicativa; é através da atitude reflexiva que se alcança o território da “argumentação”. O entendimento gerado a partir do discurso, e dentro de uma situação ideal de fala, na qual operam os princípios U e D, e do qual resultam as normas a serem aceitas pelos concernidos, é que constitui a práxis necessária ao ambiente democrático.

Num mundo globalizado, ele identifica a necessidade de uma normatividade moral “descontextualizada”³⁸, ou seja desconectada de uma particular sociedade; a forma de vida contemporânea vem ao encontro dessa “moralidade universalista”³⁹. De tal ilação, contudo, não se deve extrair que deva haver uma escolha por uma teoria abstrata (universal) ou concreta (contextual).⁴⁰ A ética discursiva habermasiana necessita de um “link” com mundos culturais, que já tenham assimilado representações de uma moralidade pós-convencional; há assim uma mediação necessária entre moralidade e eticidade.⁴¹

Identifica, ele, os direitos fundamentais como um exemplo dessa moralidade universal, tendo-se em conta que seu rol se estampa em todas as Constituições contemporâneas, traduzindo os elementos necessários a uma dignidade de vida, e

³⁷ HABERMAS, *Consciência moral e agir comunicativo*, op. cit., p. 148.

³⁸ CITTADINO, op. cit., p. 114.

³⁹ CITTADINO, loc. cit.

⁴⁰ OUTHWAITE, *Habermas. A critical introduction*, p.55, apud CITTADINO, loc. cit.

⁴¹ CITTADINO, loc. cit.

que, para além de estarem atrelados a determinado contexto histórico ou a uma sociedade particular, transbordam de suas fronteiras concretas para constituírem-se em princípios universais adotados, de modo geral, em processos de interação comunicativa.

Portanto, a ética discursiva introduz um processo democrático, no qual a argumentação tecida nos atos de fala comunicativos, permite que se recontextualize a moral, já que a ética do mundo contemporâneo teria sido esvaziada. A lógica auto-referencial dos subsistemas econômicos e de poder engendrariam, a partir dessa carência, uma “colonização”⁴², por não estarem afetos ao mundo da linguagem social.

Escapam a este discurso voltado para um acordo racionalmente motivado, por possuírem suas razões próprias e desprovidas de compromissos com uma moral universal ou de conteúdo normativo; os subsistemas, cujos imperativos autônomos acabam por agir de forma deletéria sobre o mundo da vida, operando uma “coisificação das formas de vida”⁴³, promovem uma desconexão com o mundo aonde habitam os indivíduos.

Embora em seu edifício teórico, solidamente construído, não dê ele a esperança de que tais forças que impõem restrições à comunicação do discurso intersubjetivo possam ser debeladas, afastando, assim, a colonização ou dominação, já que agem sistemicamente, entende que existem embates permanentes, no espaço público, que permitem a produção de normas e instituições que levam ao enfrentamento, mediante discussão, e, conseqüentemente, imprimam limitação a esta dominação.

Na sociedade pós-convencional, portanto, a prática pública do uso da razão é condição *sine qua non* para o exercício democrático, da lógica democrática, a qual atua reflexivamente, de modo que ultrapassa os limites de concepções impregnadas de valores individuais ou de mundos plurais. A diferença, que é o marco na sociedade contemporânea, tem que encontrar pontos de equilíbrio através de uma racionalidade não mais prática, mas comunicativa, através de um debate democrático amplo, para que possam as normas das sociedades contemporâneas passar por um processo de justificação, com a participação dos

⁴² HABERMAS, *O discurso filosófico da modernidade*, op. cit., p. 504.

⁴³ *Ibid.*, p. 487.

cidadãos, que são, ao mesmo tempo, atores desse processo e destinatário de seu resultado normativo.

A conseqüência é que a pretensão de validade afirmada a partir dos conflitos seria capaz de formar um enunciado, válido, legítimo e aceito, porque proveniente da opinião qualificada e da ação racionalmente fundamentada. O conceito de racionalidade é, dessa forma, ampliado, na medida em que se pode atuá-la, mesmo diante de determinados padrões valorativos culturais, em razão das partes adotarem uma atitude consciente de auto e hetero análise, e, portanto, mostrarem-se capazes de voltar-se criticamente contra as próprias concepções já arraigadas.

Forjadas por meio de um processo argumentativo de deliberação pública, as normas, tecidas a partir da ação dos interlocutores e do exercício de sua reflexão e crítica, permitem a elaboração de um acordo racional, pois instaurado por instrumentos democráticos de justificação com a participação de todos.

Sua visão de democracia deliberativa é distinta, portanto, e ancorada em processos de decisão que ocorrem através de procedimentos que são institucionalizados, a fim de que possa existir um debate com regras previamente definidas.

O Estado, contudo, não estabelece a identidade coletiva da sociedade, nem pode realizar a integração social através de normas ou valores, que não estejam à sua disposição. A exigência de sua legitimidade está dessa forma relacionada à preservação sócio-integrativa de uma identidade social “normativizada”. O que é aceito como razões e tem o poder de produzir consenso forma o lastro de legitimidade, e este irá depender do nível de justificação exigida numa determinada situação.

Ao analisar as teorias empiristas do poder, que se basearam na teoria do sistema ou na teoria da ação, reconhece que o poder político é formatado segundo um normativismo advindo do Direito, embora haja uma tentativa de reduzi-lo ao poder social, que expressaria a “vontade geral” soberana. Contudo, nem as pretensões de legitimidade do Direito que impregnam o poder político, nem a necessidade de legitimação é vista segundo a ótica dos participantes, senão pela aceitação da dominação e de legitimidade a partir de algo que vem de fora para dentro e não o inverso.

*If (...) philosophical ethics and a political theory are supposed to disclose the moral core of the general consciousness and to reconstruct it as a normative concept of the moral, then they must specify criteria and provide reasons, they must, that is, produce theoretical knowledge.*⁴⁴

A teoria da democracia, que seja também delineada normativamente, mas com enfoque das ciências sociais, demonstra que podem ser legitimadas ou validadas as práticas democráticas, através da visão dos próprios participantes, portanto, de dentro para fora.

Ou seja, o modo como se pratica a política deliberativa é o fulcro do processo democrático.

Enquanto para os liberais este se dá através de compromisso de interesses, formatando-se, esses, por meio de um processo em que se garanta a todos de forma geral a igualdade de participação, fundados que são nos direitos fundamentais liberais, para os republicanos, o processo democrático é como um auto-entendimento ético-político, no qual as decisões devem buscar um equilíbrio através do “consenso” entre os participantes.

A teoria do discurso contém elementos de ambas as teorias, condensando-os em um procedimento que vem a ser o *modus faciendi* deste processo deliberativo.

O Direito age como um *medium* permitindo que sejam atingidos outros mecanismos de integração social, consubstanciados no poder financeiro e administrativo, através daquilo que capta das esferas públicas autônomas e de processos de opinião pública, e também do agir comunicativo, passando a formar democraticamente uma manifestação volitiva da sociedade, institucionalizados como um Poder do Estado, previsto e moldado pela Constituição.

Ou seja, estas estruturas comunicativas aonde acontecem os processos de formação pública da vontade constituem espaços para a prática da racionalização discursiva das decisões administrativas, advindas de um governo que se conduz em respeito ao Direito e a lei.

Dessa forma, segundo Habermas, para se chegar à categoria do Direito, é necessário um terceiro passo, que ele denomina, reconstrutivo. A introdução do agir comunicativo em contextos do mundo da vida e a regulamentação do

⁴⁴ HABERMAS, *Communication and the evolution of society*, p. 202.

comportamento através de instituições originárias pode explicar como é possível a integração social em grupos pequenos e relativamente diferenciados.

A evolução social incrementa, contudo, a complexidade da sociedade, havendo cada vez mais zonas de friccionais e possibilitadoras do dissenso, em relação às pretensões de validade expostas à crítica. Quanto mais múltipla e complexa for a sociedade, mais plural serão as formas de vida, que dificultam as “zonas de convergência” de convicções que se encontram no mundo da vida.

Portanto, na visão habermasiana, se considerarmos o Direito moderno como um mecanismo de alívio às integrações sociais a serem elaboradas por aqueles que agem comunicativamente, sem que se afaste o espaço da comunicação, se tornariam compreensíveis dois aspectos do Direito: a positividade e a pretensão à aceitabilidade racional. Mostra-se, assim, um instrumento integrador e facilitador para os entendimentos.

A produção legiferante estrutura, através da norma, um fragmento de realidade social, artificialmente produzida, que, contudo, pode ser alterada. Sob o aspecto da modificabilidade, a validade do Direito positivo aparece como expressão de uma vontade. De outro lado, a positividade do Direito não pode fundar-se somente em decisões eventuais e arbitrárias, porquanto ficam ameaçadas de perder sua potencial capacidade de integração social.

E se o direito retira sua potencialidade daquele nexos com a legitimidade, é nessa ligação que aparece o feixe estrutural dos pressupostos da pretensão de validade, qual seja a aceitação, introduzida no agir comunicativos e na ordem social (faticidade e validade).

Isto se dá, na medida que as potencialidades do discurso voltadas para esta finalidade trazem uma inter/ação entre os participantes que traduzem suas expectativas ou direitos em pretensões, que buscam validar-se através do embate argumentativo, sendo isso possível na medida que esta potencialidade impulsiona a “... capacidade que tem um discurso de unificar sem coerção e instituir um consenso no qual os participantes superam suas concepções inicialmente subjetivas e parciais em favor de um acordo racionalmente motivado. A razão comunicativa manifesta-se em uma concepção descentrada do mundo.”⁴⁵

⁴⁵ HABERMAS, *O discurso filosófico da modernidade*, op. cit., p. 438.

Os conceitos extraídos da sociologia, os quais se traduzem no conflito e na cooperação, são bem trabalhadas por Padilla⁴⁶, e referidos em relação a Habermas, em sua filosofia do entendimento. Por isso não ignora a dimensão do conflito nem da violência estrutural das instituições, mas somente busca estabelecer, através do paradigma do entendimento, que “a diferença dos modelos estratégicos de confrontação não repousam no poder, senão na racionalidade comunicativa.”⁴⁷

Aquilo que Habermas denomina “política de reconhecimento” vem a ser a demanda por um tratamento adequado aos problemas de minorias e grupos marginalizados, dentro de um Estado Democrático de Direito, que se traduz em vários segmentos e que também buscam, ao final, uma possibilidade de interação maior em condições coerentes com a dignidade da pessoa humana, que deve ser tratada com respeito às suas limitações e potencialidades, dentro de uma igualdade que deve ser sensível às diferenças, para que se efetive uma paridade no exercício de todas as formas de manifestação.

Para afastar-se um segmento da marginalidade jurídica, política e econômica, necessita-se não apenas do estabelecimento de aparatos reguladores que coíbam comportamentos tendentes a uma tal discriminação, mas também que se abram acessos realmente democráticos, e não apenas formalmente democráticos.

Todas essas colocações nos conduzem à reflexão do que aqui tratamos sob a rubrica “espaço público judicial”, o qual tem se mostrado historicamente um caminho, ainda que eficaz a longo prazo, insuficiente, para realizar a veiculação da participação da sociedade enquanto âmbito de esfera pública de discussão e veículo de condução, à imediata correção das desigualdades, na medida em que não consegue atuar concretamente os direitos de participação política, numa visão mais abrangente (aqui entendidos como o direito de tornar politizáveis, publicamente, os temas que possam carrear um interesse qualificado da população), e de pronto canal de concreção dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

E isso porque é visto freqüentemente não como espaço de interação, um lugar possível de discussões tendentes a conduzir a um entendimento

⁴⁶ PADILLA. op. cit., passim.

⁴⁷ Ibid., p. 30.

racionalmente motivado, mas como caminho moroso e árduo ao reconhecimento de direitos, muitas vezes ineficaz exatamente porque incapaz de neutralizar essas diferenças que reverberam para dentro do processo, repetindo nele os desníveis da condição real de cada um.

A participação de todos, de forma paritária na busca das realizações necessárias à vida democrática, implica não apenas na mobilização dos veículos tradicionalmente introjetados como democráticos, mas em novas vias, como a da abertura do Judiciário, que, na análise a ser desenvolvida, se identifica, enquanto experimentação, nos Juizados Especiais.

Como última referência, o construto de Habermas consegue vislumbrar, ainda, por detrás dos impulsos emancipatórios provenientes das manifestações daqueles que estariam histórica ou contextualmente excluídos, pelas razões mais diferenciadas (sexo, origem, etnia, raça, camada social,...), a função ideológica desempenhada pelos direitos humanos até esse momento, na medida em que a pretensão igualitária de validade geral dos direitos e a inclusão de todos também servira para encobrir uma desigualdade de fato no tratamento com os tacitamente excluídos,⁴⁸ já que teria se contentado apenas com sua existência formal.

O entendimento das categorias da teoria de Habermas, acima abordadas, se mostra necessário para adentrarmos ao tema do presente trabalho, porque iremos extrair, do núcleo de seu projeto, vários elementos relevantes para a elucidação das matérias a serem tratados na referência ao “espaço judicial”. Tais elementos servirão à conexão que ora se pretende e serão, melhor elucidados e revisitados, ao longo dos próximos capítulos.

A aplicação de tais referências ao objeto da análise que se desenvolve, que vem a ser o espaço público judicial, e suas correlações com a participação política através do Judiciário, sua legitimidade e representatividade na democracia, permitirá uma compreensão mais alargada do que vem a constituir a própria função judicante dentro do Estado Democrático de Direito, razão pela qual, optou-se pela teoria do discurso de Habermas, que busca reconstruir e redesenhar a noção de democracia dentro da contemporaneidade, servindo de arcabouço teórico para o trabalho que ora se apresenta.

⁴⁸ HABERMAS. Acerca de la legitimacion basada em los derechos humanos. In: *La constelacion posnacional*, Cap. 5. Mimeo.

2.1.

A situação ideal de fala e o espaço judicial de argumentação

O cerne da cidadania, segundo Habermas, encontra-se nos direitos de participação política, em uma sociedade juridicizada, na qual os conflitos não mais encontram, em categorias tais como costume, confiança e lealdade, a possibilidade de serem resolvidos de modo ético.⁴⁹

A uma sociedade assim moldada, adequa-se a superação das fricções sociais, através da transferência dessa problematização para o campo judicial, já que a institucionalização jurídica permeou todos os espaços da sociedade, quer na área econômica, na administração estatal, nas organizações burocráticas, e, principalmente, no âmbito próprio das relações interpessoais.

Segundo a teoria do discurso, nos conflitos normativos origina-se a racionalidade reflexiva e crítica dos sujeitos, sendo levada a efeito a interação entre eles através da linguagem, com vistas a um entendimento, que é a finalidade mesma de sua ética discursiva.⁵⁰

A “situação ideal de fala”, através da qual deve se desenvolver a práxis discursiva, constitui a circunstância especial que proporcionaria a imparcialidade, porquanto os interlocutores, por estarem interessados em participar do processo argumentativo, seriam tendentes a um acordo racionalmente motivado, transmutando a reflexão moral em um procedimento discursivo, que previamente estabeleça as regras de participação, e, ao qual, todos concordem em se submeter, de modo a que possam interagir argumentativamente.

Funciona nesse contexto, entre outros, o princípio moral⁵¹, anteriormente referido, que vem a ser uma especificidade do princípio geral do discurso, que atua como regra de fundamentação, para que se alcance uma decisão cunhada na reflexividade advinda de discussões, revelando-se como sistema de referência, que é do interesse simétrico de todos os indivíduos, pois o que consideramos argumentos fortes e decisivos deve estar numa valoração compartilhada pelos

⁴⁹Id., *Direito e demoracia...*, v. I, p. 105.

⁵⁰ Como pontua Habermas : “É um conceito procedural de racionalidade, que, ao incluir a dimensão prático-moral assim como a estético-expressiva, é mais rico que o da racionalidade com respeito a fins, moldada para a dimensão cognitivo-instrumental.” (Cf. HABERMAS, *O Discurso filosófico da modernidade*, op. cit, p. 435).

⁵¹ Cf. Ibid., vol. 1, p. 143, que reconhece expressamente não haver uma “distinção satisfatória entre princípio moral e princípio do discurso”, já que ambos estão imbricados enquanto regras de fundamentação que permitem operacionalizar a própria ação comunicativa, sendo aquele, contudo, uma especificação deste que é geral.

envolvidos, ainda que possam se mostrar conflitantes em determinadas situações (quando será complementado por um princípio da adequação).

A participação política dos cidadãos (que tangencia o princípio da democracia) garante que cada qual possa intervir igualmente em um processo de criação das normas, atendendo-se a determinados pressupostos comunicativos.

Enquanto o princípio moral está no âmago da construção de um processo argumentativo, e, portanto, interno, este outro se revela em uma externidade, para propiciar a participação paritária na enunciação de uma opinião ou da vontade pública, que realiza o próprio *medium* do Direito.⁵²

Na situação ideal de fala têm pertinência tais categorias, na medida em que traduzem a forma de participação política e necessária na democracia, e o modo como se desenvolve a aferição dos resultados obtidos através dessa participação, o que se identifica, na conexão que ora se pretende, com a ambiência do processo.

Tal vinculação, que se apresenta, através do presente trabalho, entre a teoria habermasiana e a práxis do espaço público judicial, favorecido pelos diplomas a serem analisados (Lei 9099/95 e Lei 80678/90), busca aferir a natureza, legitimidade e validade dos resultados dos procedimentos judiciais em um Estado Democrático de Direito, já que necessitam também do atendimento a pressupostos validamente reconhecidos como capazes de refletir a igualdade de participação de todos os envolvidos no “processo”.

A proposição de Habermas, no que toca à “situação ideal de fala”⁵³ mostra-se procedimental e, portanto, criada a partir de determinados mecanismos que permitam a efetiva participação dos concernidos na elaboração das regras, as quais advirão como resultado de um entendimento obtido pelo discurso argumentativo.

Portanto, deve a condição atender a certos requisitos, tais como :

1. Ausência de impedimento à participação;
2. Inexistência de coações externas ou pressões internas;
3. Busca de um objetivo comum, ou seja, a cooperação para um acordo.

Aquilo que Habermas denominou de ética discursiva somente é capaz de gerar uma solução imparcial dos conflitos, na esfera judicial, quando a todos os participantes se conceda uma igualdade de tratamento, de iniciativa, de meios, de

⁵² Cf. Ibid., v. 1, p. 146.

⁵³ Apud CITTADINO., op. cit., p. 111.

acesso, e também de afirmação, através de uma equação de reequilíbrio substantivo, concreto, dos pólos dessa relação processual intersubjetiva.

A condição ideal é assim o contexto adequado que reúne os requisitos para que se desenvolva o embate argumentativo, é o ambiente necessário do palco aonde se apresenta a discussão, e deve obedecer a determinados parâmetros previamente fixados, através de uma prática pública do uso da razão.

E isso se mostra na sociedade pós-convencional condição essencial para o exercício da democracia e da lógica democrática, segundo Habermas, pois se atua crítica e reflexivamente, de modo a que sejam ultrapassados os limites das concepções impregnadas de valores individuais ou de mundos plurais.

A fim de enfrentar a violência e dominação, necessária se mostra a busca de pontos de equilíbrio, mesmo na diferença, que é o marco na sociedade contemporânea, fazendo-a com lastro num mundo da vida, através de um debate democrático amplo, de modo a permitir que as normas passem por um processo de justificação.⁵⁴

Portanto, a racionalidade se mostra um estado favorável para refinar as constatações falíveis acerca de proposições veiculadas por sujeitos que interagem através de atos de fala, de modo a que o saber daí resultante esteja, como o indivíduo, imbuído, ao mesmo tempo, do que ocorre no mundo objetivo, no mundo social e no mundo subjetivo, assim como para além de sua circunstância contextual.

Enquanto a razão centrada no sujeito:

Encontra sua medida nos critérios de verdade e êxito, que regulam as relações do sujeito que conhece e age segundo fins com o mundo de objetos ou estado de coisas possíveis [...], assim que concebemos o saber como algo mediado pela comunicação, a racionalidade encontra sua medida na capacidade de os participantes responsáveis da interação orientarem-se pelas pretensões de validade que estão assentadas no reconhecimento intersubjetivo.⁵⁵

⁵⁴ Cf. *Ibid.*, p. 118, a respeito da ética discursiva habermasiana..

⁵⁵ HABERMAS, *O Discurso filosófico da modernidade*, op. cit, p. 437.

Ao promover uma locução afirmativa tem, portanto, aquele que está agindo comunicativamente, não somente a liberdade de participar na expressão de uma determinada pretensão de validade, como deverá fundamentar, através de procedimentos argumentativos, nos quais interagem o princípio do discurso e o princípio moral, sua proposição, de modo a poder, na interação com os demais, permitir que a comunicação se desenvolva no sentido de um entendimento.

Isso remete, dentro da seara judicial, não somente à participação com iguais oportunidades de manifestação, garantida pelos princípios inerentes ao devido processo legal, mas a uma determinada estrutura que permita o ingresso de todos nessa arena de discussão, sem que dele seja exigido algo particular em sua situação na sociedade (condição pessoal, econômica, sexo....).

Ou seja, para que se estabeleça também no espaço judicial a prática discursiva, não bastam as garantias endo-processuais, senão também aquelas que poderia se denominar de pré-processuais, como o acesso facilitado à Justiça (direito de petição sem ônus, isenção de custas, desburocratização dos meios de acesso, informalização dos procedimentos, afastamento da intrincada linguagem jurídico-formal para a propositura de uma demanda), aspectos procedimentais e aspectos substanciais.

Com relação a este último, vislumbra-se que de nada adiantaria conceder, a todos, os mecanismos de equilíbrio de meios naquilo que se denominou condições pré-processuais, ou endo-processuais, se não houvesse uma sistemática substantiva e compensatória desse desequilíbrio, cujo nascedouro está na própria condição subjetiva e intersubjetiva dos participantes, no âmago das forças que se contrapõem na sociedade complexa, múltipla e de contrastes.⁵⁶

Desse modo, num espaço judicial que se mostrasse efetivamente democrático, se permitiria, às potenciais forças de participação individual ou de organização voluntária na sociedade, uma afirmação, independentemente de se unirem em associações civis, ou mesmo veicularem aporte de recursos para poder

⁵⁶ Não se tome, contudo, esses instrumentos equalizadores, nesse momento, como instrumentos paternalistas, herança de um Estado Social que reduziu a capacidade dos indivíduos de se auto-organizarem, porquanto neste espaço somam-se esforços para que condições formais e materiais permitam uma efetiva participação de todos dentro daquilo que se concebe como “direito de igual participação”. A referência que ora se faz é decorrente da postura crítica de Habermas frente à questão que ele coloca em *Direito e democracia...* v. 1, op. cit., p. 108.

emergir como fator político dentro do espaço público.⁵⁷ Aqui, independentemente da potência de suas capacidades econômicas ou da associação de recursos daqueles, social ou financeiramente, privilegiados, e até mesmo se dispensando qualquer suficiência mínima de recursos, se estaria apto a ganhar participação e ser ouvido enquanto autor de pretensões.

Concorda-se com Joshua Cohen ao afirmar que a democracia parece ser a forma de promover escolhas coletivas pela idéia fundamental de que os cidadãos sejam tratados como iguais.⁵⁸

Ao enunciar as considerações sobre o modo deliberativo e sua concepção como participação e igualdade política, tece ele argumentos relevantes para nosso entendimento, referindo-se, primeiramente, aos princípios deliberativos e àqueles de igualdade política, entendendo que tais direitos asseguram os meios de proteção de outros direitos básicos e interesses que são capazes do promover o bem comum.⁵⁹

Fazendo analogia com o tema aqui tratado, na medida em que é assegurada a igualdade de participação efetiva em uma arena de discussão que é pública e judicial, quer dos meios de acesso, quer dos meios de afirmação de pretensão dentro do próprio processo, favorecido por um instrumento procedimental que, exangue de burocracias, permita inclusive o entendimento do homem comum através de uma linguagem informal e cotidiana, tal possibilidade de participação igualitária também proporcionaria proteção mais efetiva dos direitos básicos que se pretende assegurar através daquele mesmo procedimento.

A dimensão por ele abordada, ainda que dentro daquela acepção do que se convencionou denominar “contexto político”, não afasta a possibilidade de ser analisada no contexto judicial, na medida em que esse espaço também é público e político, permitindo, da mesma forma, que matizes da diversidade da problemática social, quer a nível particularíssimo, quer a nível coletivo, apareçam.

⁵⁷ Condicionando as formas de participação política dos interlocutores sociais aos modos organizativos voluntários e também à reunião de recursos para que possam ser ouvidos enquanto força política, COHEN, Procedure and Substance in Deliberative Democracy, In: *Democratic theory*, p. 112, embora entendendo que seriam também tais formas de agregação uma resistência ao rompimento da lógica econômica mercantilista e burocratizada. No mesmo sentido, é o autor citado por AVRITZER. Teoria Crítica e Teoria Democrática – do diagnóstico da impossibilidade da democracia ao conceito de esfera pública. In: *Novos Estudos*, p. 184.

⁵⁸ COHEN, op. cit., p. 97.

⁵⁹ Ibid., p. 107

Segundo Cohen, a democracia deve mostrar-se agregadora, e essa concepção “*aggregative*” institucionaliza um princípio segundo o qual os interesses de cada membro de determinada comunidade deverão ter o mesmo peso, requerendo ainda regras sobre participação, associação e expressão.⁶⁰

Ao tratar da natureza procedimental, em sua teoria da justiça, Rawls apresenta uma formulação em que, no primeiro estágio desse procedimento, que denomina “posição original”, os indivíduos capazes de agir racionalmente se separam do mundo real por um “véu da ignorância”, de modo que se esvaziam das estratégias que poderiam conduzir seu atuar para obter determinado resultado. Nesse momento, decidem eles sobre os princípios de justiça que irão compor a organização e estruturação da sociedade em que vivem, sem qualquer ingerência de seus interesses particulares, sendo, desse modo, imparciais na escolha de tais princípios que irão servir de parâmetro para seus julgamentos.⁶¹

Estabelece, também, requisitos para essa ambiência idealizada, sendo, os princípios de justiça, aqueles tendentes a permitir que cada pessoa tenha igual direito e liberdade, devendo se ajustar `aqueles reservados aos demais indivíduos, compatibilizando-se, ainda, as desigualdades sociais e econômicas, de modo a que se extraia, dessa diferença, um benefício para todos, e que oportunidades e postos estejam também abertos igualmente a todos.

Adotados esses princípios de justiça na posição original, e ainda sob o “véu da ignorância”, as pessoas, segundo a teoria de Rawls, se voltam para o processo de elaboração da Constituição, no qual vão promover a escolha dos poderes constitucionais do governo e os direitos básicos dos cidadãos.

Para ele, a partir da realidade constitucional há uma estabilização das relações em direção a um “consenso sobreposto” no qual se incluem algumas expectativas de justiça.

E estabelece elementos “essenciais de uma Constituição” legítima, que se agrupariam na organização de um procedimento democrático justo, desde que

⁶⁰ Ibid., p. 102. Ao se referir aos três princípios que devem nortear a democracia deliberativa, afirma COHEN: “*the aggregative conception of democracy promises the protections required for a fair process of binding collective choice, including protections against discrimination that would undermine the claim of the process to ensure equal consideration. [...] The main idea is that the deliberative conception requires more than that the interests of others be given equal consideration; it demands, too, that we find politically acceptable reasons – reasons that are acceptable to others, given a background of differences of conscientious conviction. I will call this requirement the “principle of deliberative inclusion”.*”

⁶¹ RAWLS, op. cit., p. 3.

obedecido o critério de igual participação e oportunidades acima referido, com atribuição de liberdades básicas, além de buscar a satisfação de certas necessidades estruturais.

Este, o ambiente discursivo ideal e apto à deliberação a respeito das questões de justiça política e dos fundamentos constitucionais. Esta “razão pública” deve não somente se limitar à organização da estrutura básica, envolvendo também a ação do Judiciário e especialmente dos Tribunais Constitucionais, ao julgarem os casos ligados àqueles conteúdos essenciais da Constituição, pois para ele os juízes devem explicar e justificar suas decisões com fulcro na sua compreensão da Constituição.

Diante de uma colocação com tais elementos, pode-se observar que a concepção de Cohen e a idealização elaborada por Rawls, ainda que diversa da que Habermas engendra através da “situação ideal de fala”, não se distancia do cerne da questão relativa à legitimidade, à participação democrática dos interlocutores e à necessidade de justificação das deliberações.

Tem-se, assim, que a igualdade de participação nas deliberações refere diretamente a questão da legitimidade, que se mostra de fundamental importância para a própria validade e eficácia dessa deliberação.

A proposta aqui colocada, ao transportar tais concepções para a práxis dos Juizados Especiais, supera, por óbvio, a questão da discussão sobre a legitimidade desse próprio procedimento, porquanto embora advinda da legalidade obediente aos ditames constitucionais, os sujeitos, enquanto destinatários destas normas (dentro assim da visão secular do Estado Democrático de Direito), o legitima ao atuá-la na práxis discursiva, de modo a torná-la também instrumento de uma emancipação, ampliando o processo de deliberação pública.⁶²

A capacidade de atuar sobre a deliberação final fica equalizada também para aqueles que, originalmente, poderiam ter níveis de influência maior. Sendo a participação inclusiva de toda a sociedade, independentemente da condição de raça, cor, gênero, condição financeira; a participação política passa a ter uma feição própria no Judiciário.

⁶² Para melhor compreensão da colocação aqui feita, a análise esclarecedora de Pedro H. Villas Boas Castelo Branco sobre o paradoxo de Habermas, que permitiu esboçar a superação aqui proposta. Cf. BRANCO, O paradoxo de Habermas. In: *Revista direito, Estado e sociedade*, p. 139.

A análise a ser desenvolvida, no que toca à deliberação política na acepção que convencionalmente temos dela, nos serve até certo ponto para visualizarmos melhor as conseqüências que a igualdade de participação, na esfera judicial, pela manifestação das partes nos autos, pode permitir para a efetivação dos direitos propriamente ditos, a nível substancial. Ou seja, a instrumentalização de tais direitos de participação no processo acaba por repercutir na efetivação de direitos, materialmente considerados.

Não basta que a igualdade seja um objetivo de equilíbrio projetado através de normas constitucionais, na edição de um rol de direitos fundamentais, quer naquelas com conteúdo programático. Também não é suficiente que se acene com instrumentos legais ou direitos relativos ao exercício da “ação”, balizados por princípios que somente formalmente garantam a todos o acesso à Justiça.

Esta situação ideal de fala se identificaria, através do embate diante do Judiciário, e nas conexões que aqui pretendemos desenvolver, por meio, principalmente, dos modelos procedimentais dos microssistemas, porque permitem uma participação mais atuante, tanto pelas partes, como por parte do próprio órgão judicante. Neles, os interlocutores do processo atendem àquelas exigências fundamentais apresentadas pelo modelo de Habermas, consubstanciadas na ausência de impedimentos à participação, propiciando o acesso direto, até mesmo sem um intermediário técnico (o advogado), o que vem acolher uma expectativa há muito veiculada pela sociedade, distanciada que ficou, num elastério máximo, de uma forma direta de participação neste ambiente, pela burocratização e formalismos que entravaram o acesso à Justiça por tanto tempo.

Com efeito, verifica-se no atuar dentro desse espaço que as pretensões de validade, de cada interlocutor, passa a ser racionalmente exposta, assegurando-se a todos a possibilidade de colocação de suas teses, para que passe pelo processo de validação, crítico e argumentativo, dentro de um procedimento público, institucionalizado, e realizado através do Poder Judiciário.

Pretensões de validade são levantadas em cada ação que é distribuída. A busca do consenso é manifestada na tentativa de acordos a respeito de pontos que, se mostrando relevantes para cada uma das partes, possam ser flexibilizados diante da razão dos argumentos que se sobrepõem em importância, para uma comunidade; essa relevância constitui não apenas, ali, no caso particular, uma

aspiração a ser obtida através do processo, mas se identifica como núcleos constantes de relevância geral para todos os membros de uma sociedade.⁶³

Portanto, ao entrarem no discurso argumentativo de um procedimento judicial, não têm os participantes que se supor aquilo que não são (“comunidade ideal”), mas apenas que, atendendo ao que se pressupõe inerente a este contexto (“condições ideais de fala”), permitam que a depuração crítica, ainda que contaminada por motivos ínsitos a cada realidade psico-social-histórica, se possa realizar.

E isso porque “A tarefa de fundamentar, isto é, a crítica das pretensões de validade levada a cabo da perspectiva dos participantes não pode se separar, em última instância, da consideração genética [...]”⁶⁴

Embora Wellmer⁶⁵, membro da segunda geração da Escola de Frankfurt, seja um interlocutor de Habermas, o critica naquilo que toma pelo sentido forte do entendimento da teoria da comunicação lingüística, referindo-se à “comunidade de comunicação ideal” e à “tese do entendimento” como algo que, se existisse, tornaria despcienda a comunicação e, portanto, a busca do entendimento.

Também naquilo que trata como sentido fraco do entendimento da teoria habermasiana, aduz que nada mais seria do que a expressão de uma teoria pragmática do significado.⁶⁶

Tal qual no processo, apenas uma proposição se mostraria, ao final, válida, em um determinado contexto, como resultado da confrontação das teses apresentadas.

Contudo, encampamos uma visão diferenciada daquilo que Habermas denomina de “situação ideal de fala”, porque não a relacionamos a uma comunidade ideal, como afirmamos anteriormente. A comunidade tratada por

⁶³ Cf. nesse sentido HABERMAS, *Direito e democracia...* v. 1, op. cit., p. 143: “Os argumentos decisivos têm de poder ser aceitos, em princípio, por todos os membros que compartilham “nossas” tradições e valorações fortes. Antagonismos de interesses necessitam de um ajuste racional entre interesses e enfoques axiológicos concorrentes. E a totalidade dos grupos sociais ou subculturais imediatamente envolvidos forma o sistema de referência para a negociação de compromissos. Esses têm que ser aceitáveis, em princípio, e na medida em que se realizam sob condições de negociações equitativas, por todos os partidos, e, em certos casos, levando em conta até argumentos diferentes.”

⁶⁴ HABERMAS, *O Discurso filosófico da modernidade*, op. cit, p. 449.

⁶⁵ WELLMER, *Consenso e Telos da Comunicação Lingüística*. In: *Novos Estudos*, p. 88.

Habermas é esta que está diante de nossos olhos e não fora do mundo real, nem deve atender a determinados pressupostos ideais do que se conceberia como uma comunidade. Ela é, portanto, imperfeita, conflituosa, vária e multicultural. As condições de comunicação é que seriam ideais, na medida em que todas as vozes pudessem participar argumentativamente na busca de um entendimento. Essa horizontalidade constitui a primeira e última condição indeclinável para sua consecução.

Não há que se negar a possibilidade de entendimento através da comunicação discursiva apenas porque as condições sociais são desiguais, ou porque as linguagens são distintas.

Como bem situa Giselle Cittadino: “Um amplo e irrestrito processo democrático de argumentação pode incluir não apenas as concepções individuais sobre a vida digna como os valores culturais que configuram identidades sociais.”⁶⁷

Ao tratar da legitimação da ordem do Estado Democrático de Direito, baseada nos direitos humanos,⁶⁸ alerta Habermas que estes atuam como verdadeiros “sensores” e que devem, da mesma forma que serviram a uma modernidade social que se estendeu a nível global, também ser o fio condutor que leve o entendimento a outras culturas, buscando-se uma melhor interpretação, de modo que se lhe adeque às feições, não como fatos morais pré-existentes, mas inscrevendo-se como pilares de uma construção.

A redefinição da noção de público e da noção de político, referida por Leonardo Avritzer⁶⁹ a partir do “paradigma da identidade” se situa no “reconhecimento de um processo de apresentação, contestação e incorporação de identidades múltiplas”, que aponta, neste sentido, para redesenhar essa identidade, possibilitando a democracia em sociedades complexas. Portanto, a identidade assim pretendida não se encontra nas reservas de similitudes, mas nas diversidades manifestadas pela sociedade plural, que traz à discussão temas que a reflitam e se veiculem por processos institucionalizados, ou mesmo por formas

⁶⁶ Afirma o autor, de forma um pouco diferenciada da tese habermasiana: “com todo proferimento lingüístico são erguidas pretensões de validade de diferentes tipos, cuja satisfação, em conjunto, é garantida somente pela validade de um proferimento”. Cf. Ibid., p. 88.

⁶⁷ CITTADINO, op. cit., p. 117.

⁶⁸ HABERMAS, Acerca de la legitimación basada en los derechos humanos. In : *La constelación posnaciona*, op. cit., Cap. 5. Mimeo.

⁶⁹ AVRITZER, op. cit., p. 182.

organizacionais, alternativas, e despidas de burocratizações, advindas de modos voluntários de associação.

De tal sorte, não se ressentem a teoria de Habermas dos emperramentos moldados pela visão da Escola de Frankfurt, em sua primeira geração, já que nem a multiplicidade social, nem as estruturas instrumentais de racionalidade, nem o estabelecimento de estruturas organizacionais burocratizadas, podem impedir que o potencial discursivo, numa pauta geral, possa se manifestar democraticamente.

Caso contrário, não se conseguiria nem mesmo explicar o diálogo histórico permanente dos filósofos com outros de diferentes realidades e tempo. Como assimilar nossa busca de entendimento de teorias complexas e tecidas dentro de contextos tão diversos do nosso? As correntes de comunicação, dos fóruns nacionais e internacionais, a busca de caminhos alternativos por organizações não governamentais, que não constituem o poder institucionalizado, com pessoas das mais diferentes culturas, nada mais é do que o intercâmbio entre realidades e culturas distintas através da linguagem.

Para admitirmos que não existe uma esfera discursiva possível entre culturas diferentes, momentos diversos, realidades díspares teríamos que considerar inviável a união em torno de causas comuns, sem fronteiras de línguas, crenças, religião, nacionalidades.

O campo aqui tratado, contudo, é mais limitado contextualmente, porquanto o espaço judicial se dá em determinada comunidade, aonde tais disparidades, decorrentes das culturas miscigenadas, principalmente em grandes centros, se mostram mais facilmente assimiláveis. É assim, no espaço judicial, que iremos examinar as condições ideais referidas, de modo a tornar observável nossa análise.

As condições ideais acima citadas podem existir independentemente dos critérios substantivos e do conteúdo das pretensões que serão erguidas, e, portanto do significado; são elas passíveis de ocorrer em um contexto democrático, não negando a condição real em que o entendimento se mostra pleno de sentido.

Em verdade, não se constitui a idealização da racionalidade através da “situação ideal de fala”, nem se negam condições reais do contexto em favor de uma estrutura ideal de entendimento; também não se mostra afetado o nível de entendimento lingüístico passível de ser inteligível “pleno de sentido”; não

implica, pois, a situação ideal tratada por Habermas, em uma negação das condições da própria historicidade.⁷⁰

A condição ideal é procedimental e, portanto, criada a partir do atendimento a determinados requisitos que permitam a efetiva participação dos concernidos na produção da norma daí decorrente.

Ideal aqui não se contrapõe ao que seja real, apenas informa requisitos e condições (reais e formais) que permitam uma melhor comunicação; ideal, aqui, não se mostra como algo impossível de realização, apenas define o real dentro de uma melhor situação. Espaços deliberativos que favoreçam a participação efetiva dos interlocutores, com respeito às decisões resultantes de um embate racional de argumentos, podem constituir esta situação ideal.⁷¹

E aí chegamos a um segundo momento dessa análise que, neste trabalho, propõe-se como sendo o espaço público judicial de argumentação.

Essa esfera argumentativa carregada através dos processos e situada no âmago do espaço público judicial constituído pelo Poder Judiciário permite que as discussões aí engendradas, que se dão sempre de modo argumentativo sobre pretensões de validade (consubstanciadas nas tutelas pretendidas através de determinada ação judicial) encerram, por assim dizer, um espaço “reflexivo” da ação comunicativa.

A tensa relação entre real e ideal mostra-se também, e de um modo particularmente nítido, no próprio discurso. Ao entrarem em uma argumentação, os participantes não podem deixar de supor mutuamente o cumprimento adequado das condições de uma situação ideal de fala.⁷²

Essa tensão que existe no âmbito do processo revela-se, na conexão ora desenvolvida, também no nível da própria argumentação, levantada pelos

⁷⁰ Em sentido contrário, cf. WELLMER, op. cit., p. 95. Afirma ele que: “nestas suposições necessárias de comunicação é enganoso falar de idealização: como já disse o conceito de uma racionalidade, capacidade lingüística ou responsabilidade ideais não faz nenhum sentido”.

⁷¹ Não entendemos que está em Habermas, por outro lado, que a racionalidade, ou a capacidade lingüística ou a responsabilidade, tenham de ser ideais, ou mesmo apenas formalmente tratadas, embora pareça ser neste sentido a crítica de WELLMER, op. cit., p. 95. Racionalidade, capacidade lingüística, responsabilidade são atributos dos interlocutores, que eles podem ter ou não, mas não da denominada “situação ideal de fala”.

⁷² HABERMAS, *O discurso filosófico da modernidade*, op. cit., 449.

participantes na defesa de suas teses, que se entrecrocaram e se complementaram no bojo de suas manifestações processuais.

Aqui também não há como deixar de supor a existência de condições previamente estabelecidas sobre a participação dos envolvidos, adequadas procedimentalmente àquele fórum de falas, articulações, locuções, carregadas com força de argumento, de opiniões qualificadas.⁷³

Só assim o processo é capaz de constituir o reflexo de uma moralidade pública, reverberada ali, nos proferimentos levantados e nos argumentos postos à crítica reflexiva, para potencialmente ser capaz de persuadir os concernidos.

Esta capacidade de persuasão não está abstratamente colocada, em Habermas, no éter. Ao contrário, ela embora presuma uma situação ideal de espaço público, no qual todos podem se manifestar livremente, insere este, contextualmente, em compartilhamentos de formas de vida e “de concepções da boa vida”.⁷⁴

Busca-se uma articulação do “justo” com o “bem” de forma a que, tanto a igualdade como a dignidade da pessoa humana e os valores carregados nos direitos fundamentais estejam atendidos.

Tais concepções não se mostram contrapostas, mas, antes de tudo, complementares, embora tenham alcances e escopos distintos.

A análise de J. Eisenberg desenvolvida criticamente a partir do ponto de vista liberal do positivismo, acerca das teorias de Dworkin e Habermas, conclui continuarem os teóricos “presos à idéia de que uma concepção do justo pode se sobrepor às concepções de bem numa sociedade”.⁷⁵

Não conseguimos ver, contudo, essa prevalência em Habermas.

⁷³ ARENDT, *Entre o passado e o futuro*, op. cit., p. 300, afirma: “Em matéria de opinião, mas não em matéria de verdade, nosso pensamento é verdadeiramente discursivo, correndo, por assim dizer de um lugar para outro, de uma parte do mundo para outra, através de todas as espécies de concepções conflitantes, até finalmente ascender dessas particularidades a alguma generalidade imparcial.”

⁷⁴ Cf. crítica de EISENBERG, op. cit., p. 139. Acrescenta, ainda, o autor, ao descrever os mecanismos sociais em Habermas, que estes não são suficientes para a constituição de uma comunidade, como se vê no texto a seguir (Ibid. p.146): “A justificação pública é uma prática que visa gerar normas de integração social que são vitais a comunidades, já que produzem normas que operam precisamente como mecanismos de inclusão e exclusão dos participantes do discurso prático. Estas normas de integração social ora apontam para concepções do justo, ora apontam para concepções do bem compartilhadas por todos os cidadãos concernidos. Mas valores universais também operam nestas comunidades no sentido de definir áreas e condições para a sua validade, e o papel de integração cultural destes valores é constituinte de identidades nem sempre universais e que apontam para bens comuns, não compartilhados ou convergentes, que podem (ou não) abarcar a comunidade como um todo.”

Não obstante nele existir uma concepção procedimental de justiça, universalizada e aceita pelos interlocutores, esta concepção não afasta o reconhecimento dos argumentos que possam ser considerados válidos também no que se refere às concepções de bem. Ao contrário, parece-nos que essas duas “qualidades” seriam antes de tudo entretecidas, tendo como fio condutor os direitos fundamentais.

Se tomarmos como critério os direitos humanos, estaremos adotando parâmetros que tangenciam diretamente a vida social, e se constituem, como afirma Robles, “*pautas de deliberación de carácter moral que han de tenerse en cuenta en la toma de decisiones políticas y jurídicas.*”⁷⁶

O entendimento de Habermas, portanto, é diverso do sustentado por N. Bobbio⁷⁷ quando este afirma que o problema dos direitos fundamentais não é fundamentá-los, mas concretizá-los. Sustenta, ao contrário, que exatamente o fundamento último dos direitos humanos não pode ser outro senão aquele moral, de modo que fundamentá-lo moralmente constitui o próprio critério de justiça que comanda a justificação de todas as decisões.

Se, como afirmamos anteriormente, o espaço público é aquele em que as teses apresentadas por cada um dos interlocutores do diálogo democrático buscam se afirmar, submetendo-se às múltiplas dialéticas dos argumentos advindos das diferentes concepções sobre direito, vida, moral, princípios para, ao final, afirmar sua validade como resultado de um entendimento racionalmente justificado, a arena judicial se mostra um espaço institucionalizado para o desenvolvimento de tal desiderato, pois sua estrutura é propícia à discussão argumentativa, sendo moldado para um campo comunicativo de fala, mormente nos modelos a serem examinados mais detidamente no capítulo 4.

A razão, nessa ambiência, se manifesta numa sintonia própria, e se revela através do resultado de um tal processo.

Portanto, é da fricção dessa relação que resulta a possibilidade de entendimento e também de interações sociais, como consequência inafastável da potencialidade da linguagem, exercitada dentro de condições ideais, nesse espaço

⁷⁵ Ibid., p. 159.

⁷⁶ ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, p. 27.

⁷⁷ BOBBIO, *A era dos direitos*, 1992.

judicial de argumentação, e que se esparge para além do próprio processo, no desdobramento das conseqüências do cotidiano.⁷⁸

Buscaremos, a seguir, examinando as demais vertentes do processo judicial, verificar as diferentes potencialidades que atua para a consolidação da democracia.

⁷⁸Como pontua HABERMAS, *O Discurso filosófico da modernidade*, op. cit, p. 447: “ O acordo alcançado comunicativamente, medido segundo o reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade, possibilita o entretimento de interações sociais e contextos do mundo da vida.”

2.2.

A dimensão da ação como reflexo do social

A conscientização da necessidade de organizações ou movimentos pela luta de direitos, para superação da crise provocada pela “naturalização”⁷⁹ do modelo neoliberal, veio a representar, para grande parte da população, forma de melhoria social, dando-se, basicamente, através de dois canais que se abriram como vias alternativas para ultrapassar a fragilização da política do Estado, e a desarticulação causada pela hegemonia econômica sobre o social.

Tais atalhos de resistência se articularam pela insipiência das políticas públicas de melhoria da condição da sociedade, através da afirmação de direitos (por movimentos de reivindicações, pressões, manifestações, e daquilo que se fez sentir com as ações afirmativas), do mesmo modo que por meio de uma das formas do que se denomina “democracia participativa”, que em vários países da denominada “periferia” e “semiperiferia”⁸⁰ obtiveram experiência positiva, como ocorrido no sul do Brasil, através do que se denomina “orçamento participativo”⁸¹, numa tentativa nova de socialização da política e do poder administrativo.

Tais movimentos, como pontua Emir Sader⁸², que “exploram necessidades reprimidas da população” apontam para “horizontes de negação e superação” das desigualdades engendradas pela hegemonia do capitalismo financeiro, agonizadas pela globalização do modelo neoliberal, numa alternativa aonde se obtenha uma inclusão.

A renovação da esfera pública, através do espaço organizado de cidadania, e que constitui manifestação do se denomina “democracia radical”, não pode ser vista dentro de um único modelo de participação, porquanto nada a nível macro se

⁷⁹ Cf. SADER. Democratizar a democracia. Os caminhos da democracia participativa . In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Para outras democracias*, p. 3.

⁸⁰ Desenvolve o autor uma análise sobre democracia participativa em países da semiperiferia. *Ibid.*, p. 07 e seguintes.

⁸¹ Essa alternativa, levada a cabo pelo próprio Executivo, interage com o social para tentar superar a perda de legitimidade do Estado e de seu enfraquecimento como ente regulador, buscando um diálogo que permita, à própria população, dizer diretamente as prerrogativas e necessidades que urgentemente devem ser atendidas. Forma de participação direta da população nas decisões políticas, independentemente do cíclico modelo tradicional e liberal do “voto”, traz, ela, em seu bojo, uma nova exigência e tendência que, uma vez introjetada positivamente no imaginário coletivo de determinada comunidade, dificilmente permitirá que não se transforme em participação necessária para propiciar a própria governabilidade.

⁸² SADER, op. cit., p.05.

desenvolve em canais específicos apenas, mas, ao contrário, traz sinais de uma dinâmica que se movimenta também em contexto geral.

Essas necessidades reprimidas da população se fizeram sentir em outros canais e, especialmente, no Judiciário, através dos Juizados Especiais.

Não é coincidência que exatamente a partir dos anos oitenta começou a haver uma reflexão sobre formas alternativas para o modelo neoliberal, coexistindo nos diferentes âmbitos de penetração, institucional e social, a busca de saídas para suprir aquelas carências deixadas pela lógica auto-referencial do predominante viés econômico do modelo ocidental adotado, assim como pela introjetada inércia trazida com o Estado paternalista.

A conscientização dentro do Judiciário da necessidade de mudança de perfil, iniciando-se com movimentos de associações de magistrados e de segmentos regionais e nacionais de Juízes, acabou por abrir caminhos, potencializando o espaço judicial, à semelhança do que ocorria em outras partes do mundo.⁸³

A crítica ao Judiciário, focada essencialmente em dois de seus aspectos mais evidentes, “morosidade” e “dificuldade de acesso”, fez com que se renovassem fórmulas através de instrumentos mais adequados às demandas sociais.

Assim, também como no caso do orçamento participativo, “explorando necessidades reprimidas da população”, as demandas levadas ao espaço judicial, a partir dos Juizados Especiais Cíveis, demonstram uma enorme massa de conflitos, insatisfações, pretensões até então contidas, por não terem um acesso possível ao cenário público do processo.

Como se disse, não existe evolução apenas em um determinado canal do organismo político-social; ele, ao encontrar atalhos, caminhos de superação de contingências adversas, o faz em várias de suas artérias e espectros, embora as mudanças possam ser mais sensivelmente observáveis em um, ou em alguns setores determinados.

Aquilo que se concebe por “democracia participativa” se deu, na transferência desta concepção para a esfera judiciária, principalmente através do modelo criado com os Juizados Especiais. Em quase todo território nacional, viu-se a proliferação crescente de tais Juízos, não obstante, registre-se, de forma diversa e descontinuada, na medida em que determinados Estados obtiveram

⁸³ Uma análise desse tema em vários países do ocidente é feita por VIANNA [...] [et. al.], *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 158 a 166.

resultados exponencialmente mais satisfatórios do que outros, e isso por questões mais de política administrativa dos próprios Tribunais dos Estados, do que propriamente da eficácia de sua práxis.

Especialmente no Estado do Rio de Janeiro houve um maciço investimento na estrutura desses Juízos diante da demanda imponderável, que cresceu vertiginosamente a partir de sua implantação.⁸⁴

O mapa das estatísticas, exibido no Anexo I, revela tal situação, a declarar transparentemente o quanto carecia a sociedade de um acesso ao Judiciário, que teve que reavaliar suas pautas de prioridades diante de uma situação de fato instalada, numa verdadeira otimização de toda sua capacidade de administrar o potencial estímulo que um espaço, assim constituído, ocasionou.

A fim de que possa servir de afluyente para canalização das expectativas e necessidades, que vem do rio caudaloso dos movimentos e iniciativas da sociedade, e representando mais uma vertente de participação da população na construção da qualidade do social, deve o Judiciário moldar-se às exigências de sua contemporânea característica (múltipla e complexa), sem deixar de preservar-se, dentro da diversidade, como um canal de manifestação igualitária.

A estatística da instância judicial é um reflexo das buscas e pretensões sociais de um dado momento histórico, sendo o espaço através do qual se tenta obter o equilíbrio das relações no resgate dos valores, rompidos pelas práticas e forças conflitantes do meio social e dos subsistemas.

Tenhamos então em conta que interesses veiculados nas ações podem, ainda que individualizados, segmentados em pequenas questões, revelarem-se como aspirações que são gerais, coletivas, públicas.

“No papel de cidadão do mundo, o indivíduo confunde-se com o do homem em geral – passando a ser simultaneamente um eu singular e geral”.⁸⁵

Essas faces da cidadania, referidas por Habermas, vem ao encontro da colocação aqui esboçada no sentido de que o processo, porque veículo de

⁸⁴ A título exemplificativo, podemos destacar a abertura crescente de novos Juizados, postos avançados ou Juizados adjuntos, em razão exatamente deste aporte de verbas permanente para realização de novas frentes. Desde sua inicial implantação foram, ao longo dos últimos quase dez anos, se avolumando essas estruturas, chegando-se atualmente a alcançar um número de vinte e seis Juizados Especiais na capital Estado do Rio de Janeiro e trinta e três nas Comarcas do interior, aos quais ainda se acrescentam mais cinquenta e seis Juizados Adjuntos, totalizando um número de cento e quinze Juízos Especiais. (Cf. informações do *site* do TJ-RJ). A evolução de seu crescimento é melhor visualizada através do gráfico constante do Anexo II.

⁸⁵ HABERMAS, *Direito e democracia...* v. I, op. cit., p. 17.

participação política, possui também uma potencialidade ambivalente, de ser, ao mesmo tempo, reflexo do particular e do coletivo.

Assim se, para Habermas, a estrutura de domínio da forma estatal de organização depende do direito, *medium* através do qual se constitui o poder político nos Estados Modernos⁸⁶, o processo judicial que fala através do direito, enquanto ação comunicativa, reproduz as formas de vida e, ao mesmo tempo, pode conduzir à participação nessa estrutura de domínio que compõe a estatalidade, sendo os sujeitos (autores/réus) não apenas episódicos manifestantes de pretensões, mas atores de uma modalidade de controle e atuação permanentes, em relação às decisões políticas, legais ou jurídicas.

Transportado, em tal dimensão, o acordo racional pretendido por Habermas, para o espaço público judicial, vê-se que ele não é desprovido de concreção, como buscaremos desenvolver no curso do presente trabalho.

Palco apropriado e destinado ao uso comunicativo da linguagem, e no qual se desenvolvem as afirmações de determinada pretensão diante do impasse friccional com outra (normalmente em sentido contrário), ou apenas pressupostamente diversa (na medida em que a pretensão pode não ser resistida), os embates judiciais, tecidos em ações comunicativas, reproduzem essas formas concretas de vida, numa dimensão própria e propícia ao entendimento racionalmente motivado.

Aquele que não pretende entendimentos, que não busca mediatismos, que não espera um resultado racional satisfatório e harmonizador para uma situação de tensão de afirmações ou pretensões de validade que se contrapõem, não busca o Judiciário, ou porque já diretamente obteve uma resposta que veio ao encontro de suas expectativas, como consequência do contato direto com o outro na relação intersubjetiva, imersa no próprio mundo da vida, ou porque resiste a qualquer forma de consenso e, de modo irracional, suprime o entendimento, e busca, na força, uma “solução” para seu impasse. Contudo, esta não é uma tomada de decisão que poderia ser considerada “democrática”, dentro da afirmação das igualdades, ou em respeito aos direitos fundamentais protegidos pela Constituição, ou na concreção de uma liberdade que deve encontrar limite no direito também do outro, que pode exercê-lo se e na medida em que zonas

⁸⁶ HABERMAS, Acerca de la legitimación basada en los derechos humanos. In: *La constelación posnacional*, op. cit., Cap. 5. mimeo.

cinzentas possam ser amplamente discutidas para obtenção de resultados democraticamente satisfatórios.

Uma saída arbitrária, na qual tome um indivíduo ou grupo, a si, o patrocínio de uma “justiça própria”, extirpada de nossa história há vários séculos, exatamente com o intuito de impedir a *vindita* privada, constitui a antítese da práxis democrática, que tem exatamente na distribuição de funções aos Poderes de Estado, e, no equilíbrio destas, seu modo institucional de atuar e, ao mesmo tempo, sua limitação, tendo ainda no Direito, sua forma de constituição; do mesmo modo, deve conceber, através de diversos canais espontâneos ou institucionalizados de entendimento, a forma de seu exercício cotidiano na sociedade.

A razão comunicativa – apesar de seu caráter meramente procedural, desobrigado de todas as hipotecas religiosas e metafísicas – está imediatamente entrelaçada no processo social da vida porque os atos de entendimento recíproco assumem o papel de um mecanismo de coordenação de ação.⁸⁷

O processo não é assim outra coisa senão a própria vida pulsando em outra dimensão; não pertence, em verdade, a um outro mundo, senão a esse mesmo da vida, apenas trilhado numa esfera própria, numa sintonia “FM”, no espaço público judicial.

O lugar de mediação que Marx e o marxismo, no dizer de Habermas, reservaram à prática social, equivale, na teoria da ação comunicativa, àquela espiral que abarca o mundo da vida e a práxis comunicativa.⁸⁸ Do mesmo modo que, na práxis social marxista, a “razão historicamente situada, corporalmente encarnada”, deveria mediatizar-se com o seu outro, deve também a ação comunicativa assumir essa função, porque a razão em Habermas, embora esteja descentrada para a prática discursiva procedimental, não deixa de ser concretizada em um dado momento histórico e social, e de estar corporificada, verbalizada, na linguagem.⁸⁹

No contexto judicial, o processo atua como uma “reprodução simbólica do mundo da vida” estando este, por consequência, entranhado num determinado contexto histórico, sendo as “decisões”, dele decorrentes, também reflexos desse

⁸⁷ HABERMAS, *O discurso filosófico da modernidade*, op. cit, p. 439

⁸⁸ *Ibid.*, p. 440.

tempo, embora concomitantemente a ele transcenda, na medida em que as pretensões de validade, ao serem lançadas, buscam uma afirmação que se pretende aqui e agora, trazendo, ínsitas, valores que se espargem para além dessa contingência.

Sendo o Direito também um “mecanismo de clarificação do interesse público”⁹⁰, e o *medium* através do qual se constitui e coordena o espaço judicial, não somente atua interesses privados, como insuficientemente pretendeu a concepção liberal do Direito, pois, caso assim entendido, seria incapaz de poder legitimar o regramento de uma sociedade nos moldes atuais, híbrida, complexa, que deve atender aos interesses sociais, políticos, através de decisões justificadas.

E se a ação tem como linguagem necessária o Direito, é ela que filtra os conflitos sociais para sua sintonia, nela também contendo uma revelação (clarificação) do interesse público.

O direito de ação assegurado a todos, assim como o de defesa, em iguais condições de tratamento e oportunidade constituem direitos fundamentais garantidos constitucionalmente (art. 5º, XXXIV, XXXV, LIII, LIV e LV da C.F/88.) e, portanto, para além de refletir, seu exercício, uma afirmação de tais direitos, carrega em seu bojo fatias da realidade, pedaços de um mundo real, que, nessa esfera, serão vistos sob uma outra ótica, menos invadida pelos subjetivismos, idiossincrasias e parcialidades, transmudada, que é, no espaço judicial, para uma racionalidade reflexiva que possa garantir seja a questão enfocada pelos vários ângulos possíveis.

A permanente dicotomia entre o público e o privado, entre ações objetivas e subjetivas, entre aquelas que tratam de questões gerais ou particulares acabou por escamotear o papel do contingente em face do geral.

É fato que a afirmação de alguns interesses considerados “particulares” possa ter um significado apenas individual, porque tão episódico ou peculiar, que não seria capaz de ter representação ou simbologia presente nas aspirações sociais. Contudo, não é isso que retrata o grande contingente de ações levadas a efeito permanentemente pelos membros de uma massa de jurisdicionados, que

⁸⁹ Como afirma: “Com cada ato de fala o falante refere-se simultaneamente a algo no mundo objetivo, em um mundo social comum e em seu mundo subjetivo.” Cf. *ibid.*, p. 436

⁹⁰ Na conclusão de seu livro, EISENBERG, *op. cit.*, p. 172., registra: “O direito também é, portanto, tal qual a democracia, um mecanismo de clarificação do interesse público, e não apenas um instrumento de adjudicação de interesses privados conflitantes”.

nada mais são do que os membros de uma comunidade, ali refletida, na instância judicial.

Em verdade, trata-se apenas de pretensões individualizadas de interesses gerais, de questões que são comuns a toda sociedade.

E, portanto, no processo se misturam condimentos universais e tópicos, provinciais. Os direitos, as expectativas, os anseios estampados naquela pretensão de validade afirmada por uma das partes revela, em sua reiteração cotidiana, no espaço aqui estudado, dos Juízos Especiais Cíveis, expectativas, direitos e anseios da sociedade como um todo, desvenda, enfim, sua busca de justiça social, assim também como se mostra um reflexo contra-fático de suas mazelas.

Obviamente, as partes de um processo, através do qual pretendem resolver as questões controvertidas, sabem que existe uma adequação necessária à participação naquele espaço argumentativo, mas trazem consigo toda sua carga contaminada pelo que Habermas denomina “vínculo interno entre contextos de fundamentação e contextos de descoberta, entre validade e gênese”⁹¹.

Não haveria de se esperar que, subitamente, por entrar em uma esfera de discussão diversa daquela do próprio meio social nos tornaríamos alguém dissociados de nossa carga “genética”, de nossa memória ancestral; tais impressões digitais da instância pessoal não precisam ser apagadas para que se possa render diante de uma ação reflexiva.

Porque diferentemente da arte que “imita a vida”, o processo é a vida refletida apenas em uma outra dimensão, a dimensão judicial, que faz parte daquele mundo maior, real, sendo apenas um de seus segmentos institucionalizados.

⁹¹ Ibid., p. 450.

2.2.1. Ação e justiça social

A significação da expressão “justiça social” enquanto qualidade de ações da sociedade em benefício de indivíduos ou grupos remonta a pouco mais de um século, sendo antes disso utilizada para nomear “os esforços organizados para fazer cumprir as normas de conduta individual justa.”⁹² Possuía, assim, acepção ligada à adequação de condutas individuais, consideradas “justas” para determinada comunidade. Hoje possui conotação ligada há muito à “justiça distributiva”.

O termo assim se impregna e se volta essencialmente para sua conotação social e não individual, do que se infere constituir uma forma organizada para possibilitar o acesso de todo o corpo da coletividade aos bens materiais e imateriais da vida.

Contudo, o parâmetro que deve limitar a atuação para conduzir a tal desiderato não pode se afastar de um conteúdo de “justiça”. Esse termo, aqui usado não como designativo de um Poder institucionalizado, mas como atributo necessário para avaliar essa distribuição eqüitativa daquilo que proporciona o atendimento às necessidades básicas da sociedade, é vulgarmente utilizado sempre que o aparato estatal pretende ver aceito determinado programa ou decisão, o que somente eventualmente pode ter efetividade na consecução de sua proposta.

Essa busca de “justiça social” e de conteúdo paritário entre as relações que compõem o tecido de uma determinada sociedade constitui sua idéia-núcleo e tem servido de parâmetro para o balizamento e avaliação de condutas, quer das políticas públicas, quer dos programas ou decisões que se adota em sentido macro, quer para avaliar as postulações dos movimentos espontâneos, quer para verificar o resultado da atuação do próprio Poder Judiciário.

Embora possa sua utilização servir às finalidades as mais heterônimas possíveis, e até mesmo distanciada de sua idéia central, não se pode negar que “justiça social” carrega um projeto ideário e um modelo prático de ações voltadas para um equilíbrio que traz ínsito o princípio da igualdade material na sociedade.

⁹² Cf. HAYEK. Direito, legislação e liberdade, Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça social e economia política. In: *A miragem da justiça social*, v. 2.

Isto, contudo, não afasta, importa frisar, a pluralidade, porquanto o que se busca é a igualdade na diferença.⁹³

Giselle Cittadino ao analisar o tema “justiça distributiva” na apresentação de um panorama que passa pela análise do pluralismo, tolerância e desacordo razoável entre teóricos liberais, comunitários e deliberativos⁹⁴ aponta que, em qualquer das correntes, se mostra identificável a defesa do regime democrático liberal, sendo as discordâncias referentes às prioridades que se poderia estabelecer para uma sociedade tal, e ao modo como pretendem articular as liberdades e a igualdade, traduzidas aquelas nos direitos humanos e esta na prática da soberania popular.

Habermas, contudo, aponta para uma superação dessa aparente dicotomia e busca uma conexão entre soberania popular e direitos humanos, na medida em que afirma que a vontade política racional se forma a partir das condições comunicativas que os direitos humanos institucionalizam⁹⁵.

Portanto, conjugando a questão das liberdades e da manifestação democrática, e verificando que as formas comunicativas na democracia são, ao mesmo tempo, condição de elaboração e controle das próprias normas, a efetivação de uma “justiça social” deverá passar pelo modo como essa participação na práxis democrática se dá.

Não entendemos que constitua a “justiça social” uma ameaça aos “valores de uma civilização livre”⁹⁶ ainda que este termo possa ser utilizado com fins escusos, politiquieiros ou manipuladores.

Independente do uso que se faça dela, ela segue sendo uma busca concreta de qualidade de distribuição de bens e de mais dignidade de tratamento para todos aqueles que compõem a sociedade.

⁹³ No exame das distintas dimensões de “diferença” e “justiça”, e da conseqüente justiça distributiva, a análise de WALZER, op. cit., p. 26-28: “*the basic idea is that distribute justice must stand in some relation to the goods that are being distributed*”. Enfatiza, contudo, que a justiça distributiva é relativa aos significados sociais, e que estes variam no tempo e circunstâncias. A partir da teoria da “igualdade complexa” aponta para a superação da aparente contradição entre igualdade e pluralidade, garantindo que a diferença possa se manter, ao mesmo tempo em que se controla a subordinação, alcançando-se uma igualdade que deve ser avaliada segundo critérios de distribuição na referência da eventual violação do significado social de determinado bem, e na potencialidade que cada um tem em participar do processo deliberativo para aferir o significado de tais bens, assim como aqueles critérios de sua distribuição.

⁹⁴ CITTADINO, op. cit., p. 75.

⁹⁵ HABERMAS, Acerca de la legitimación basada en los derechos humanos. In: *La constelación posnaciona*, op. cit., Cap. 5. mimeo .

⁹⁶ HAYEK, op. cit., p. 85.

Do mesmo modo que não se pode culpar a concepção de liberdade, ou igualdade, pelo uso que se faz delas, não se desvincula do termo “justiça social” aquilo que é inerente à sua natureza, seu conteúdo indisfarçável de valor de equidade entre os indivíduos, ainda que considerado o pluralismo e a diferença.

Entendemos também que não deverá ser o resultado da aplicação ou das tentativas para consecução de algo que possa permitir uma maior “justiça social”, que irá desmerecer os conteúdos axiológicos que carrega.

A concepção, portanto, de justiça social não está ligada a uma política social, ou a uma economia com tendências socializantes, mas a orientações, a parâmetros que devem servir de estímulo e também limites para coibir o individualismo desmedido que o culto secular ao liberalismo permitiu.

As formas de competição desigual, de objetivos desiguais, de forças desiguais, que são inerentes ao meio social e se revelam ao vivo e a cores dentro dos processos judiciais, sendo o filme original aquele vivido no cotidiano social, provocam núcleos de resistências que buscam, como nas aspirações levadas a efeito em grandes manifestações sociais a respeito de determinada causa ou necessidade, a concreção de necessidades ou direitos, ou de ambas as coisas.

Justiça social, equilíbrio, princípio da igualdade material são portanto temas afins e intrinsecamente ligados, tramas que irão compor um mesmo tecido.

Caminhos para obtenção dela se efetivam tanto a nível institucional, como se demonstram através de políticas públicas, ações afirmativas, orçamentos participativos, ou por meio da abertura de acessos, no caso do Judiciário, na análise aqui desenvolvida, pela experiência mais recente dos Juizados Especiais, ou mesmo por forças espontâneas da sociedade que se organizam, tais como ONGs, associações, sindicatos, fóruns de debate multi-temáticos.

A ação judicial, que, ao mesmo tempo, se mostra um mecanismo de coordenação e de controle, reflete também este processo social da vida, espelhada nas múltiplas demandas das mais diversas naturezas, matérias, alcances e dimensões, indo desde situações (fatos juridicamente relevantes) ocorridas em momentos muito anteriores à própria concepção e existência do indivíduo, ou das pessoas fictícias, até muito tempo depois de sua morte, na perpetuação de sua prole, patrimônio ou responsabilidades, quer no caso das pessoas físicas (indivíduos) ou das pessoas jurídicas (empresas, entidades).

Tanto quanto a produção legiferante que, ao estruturar o texto legal, estrutura um fragmento de realidade social, artificialmente produzida para regrá-la, também a ação, ao reproduzir o fato conflituoso, em busca da norma particular (sentença), mais adequada, que possa harmonizá-lo, também reproduz a realidade, mais que isso, o fragmento da realidade social se mostra estampado naquela norma produzida pela “decisão” de um determinado processo judicial.

Agem assim os processos judiciais como vetores de integração social, potencialmente capazes de formar entendimentos não obtidos diretamente no mundo da vida, e propiciam modificações na realidade social, porque capazes de traduzir suas necessidades assim como de propiciar a participação dos próprios concernidos (atores sociais/judiciais) no seu processo de reprodução.

“O tecido das ações comunicativas nutre-se dos recursos do mundo da vida e, ao mesmo tempo, constitui o *medium* pelo qual as formas concretas de vida se reproduzem.”⁹⁷

Por isso, a perversidade deletéria que pode causar a burocratização de uma instância como essa, cuja função deveria apenas abrir caminhos para o resgate da cidadania dentro de um padrão democrático de participação, e não obliterar, pelo torvelinho de emaranhados procedimentais, a visão dos atores sociais, postergando indefinida e morosamente o resgate dos direitos que, fatalmente, irão desaguar como expectativas frustradas de liberdade, igualdade e dignidade dos indivíduos, particular ou coletivamente considerados.

Portanto, a pretensão de validade, buscada na afirmação daquele direito básico de acionamento de determinado segmento da estatalidade (o Judiciário), expressa, na sua essência, também uma condição universalmente permitida a todo homem e já concedida na Declaração de Direitos Humanos⁹⁸ de, postulada aprioristicamente como condição essencial de alguém que faz parte de um mundo civilizado (direito incondicional de ação), também seja afirmação de uma pretensão que tem viés universal, não obstante encontrar sua solução contextualizada naquela sociedade mesma da qual emergiu.⁹⁹

⁹⁷ HABERMAS, *O discurso filosófico da modernidade*, op. cit, p. 439

⁹⁸ ONU, Declaração dos direitos humanos [...]. In: *Carta da Organização das Nações Unidas*. 1978. p. 59-71. art. 8, 10 e 12.

⁹⁹ Neste sentido, HABERMAS, *O Discurso filosófico da modernidade*, op. cit, p. 448, ao abordar a questão, afirma que : “O momento de validade universal rompe todo provincialismo; o momento da obrigatoriedade das pretensões de validade, aceitas aqui e agora, transforma-as em portadoras de uma práxis cotidiana vinculada ao contexto. Ao levantarem mutuamente pretensões de validade

Aquela tensão revelada na convivência dos membros de uma sociedade, em qualquer cultura, quando não dissolvida por consensos obtidos diretamente nas relações intersubjetivas, ao ingressar no espaço judicial traz essa mesma qualidade friccional, e é desta tensão, e no levantamento das questões jurídicas e fáticas contrapostas e dissecadas em processo argumentativo, que racionalmente se extrai, fundamentadamente, um resultado reflexivo.¹⁰⁰

A condição idealmente criada pela teoria de Habermas (situação ideal de fala) se mostra ideal apenas no sentido qualitativo, de melhor qualificada, mas não com a conotação de “ideal” porque fora da realidade, como já se analisou.

Tem se mostrado ao longo da experiência de quase uma década, cada vez mais, os Juízos ora analisados, como um caminho buscado em grau fortemente acentuado por pessoas pertencentes aos mais diferenciados grupos sociais, que depositam nesse espaço a confiança de superação de seus impasses existenciais cotidianos, reconhecendo de forma crescente seu potencial interativo, no qual sua tentativa de afirmação não cai no vazio do eco, de ver sua própria voz repetida, sem qualquer potencialidade de atuação e interferência, nem mais se identifica com algo distanciado de sua realidade, mas como um prolongamento desta e, a todos, acessível.

Sua busca mais freqüente e o espectro cada vez mais alargado de matérias e situações demonstram que, de alguma maneira, encontra-se através daquele veículo uma concreção, ainda que apenas parcial ou mesmo modesta, do que as pessoas normalmente entendem por justiça social, que deixa de ser um ideal ou quimera, para, naquela relação específica do momento processual, poder realizar-se.

A experiência repetitiva de demandas idênticas ou semelhantes, determinando soluções também reiteradas, acaba por realçar a importância de certos aspectos para determinada comunidade jurídica, assim como para a comunidade social. A reiteração dessas soluções conduz a uma reflexão sobre comportamentos que acabam por regular-se de forma pedagógica.

com seus atos de fala, aqueles que agem comunicativamente apóiam-se sempre em um potencial de razões suscetíveis de contestação. Com isso, insere-se um momento de incondicionalidade nos processos factuais de entendimento – a validade pretendida distingue-se da validade social de uma práxis ajustada factualmente e, não obstante, serve a essa como fundamento dos consensos efetivos.”

¹⁰⁰ Ibid., p. 448 : “Essa discussão argumentativa sobre pretensões de validade hipotéticas pode ser descrita como forma de reflexão da ação comunicativa”

Isso, o que tentaremos demonstrar através do capítulo “A neutralização das forças sistêmicas”.

Precisa-se, contudo, também que se alargue a própria visão sobre o que representa aqueles denominados “interesses qualificados” perseguidos nos processos. Entender interesse como algo meramente individual e desprovido de “virtudes”¹⁰¹ não nos parece ser a conotação que dele se pode extrair de modo mais abrangente.

Os interesses deduzidos em juízo é que revelam aquelas virtudes que devem ser objeto do debate público. Ao, por exemplo, pretender a preservação do respeito ao tratamento digno à saúde, tem-se um interesse capaz de ensejar uma discussão que tratará exatamente das virtudes cívicas pretendidas e dos direitos fundamentais à vida e a saúde, tutelados constitucionalmente, que não é apenas tópico, embora possa ser individualizado, mas universal.

Olhar o “interesse” como se ele somente revelasse o lado nefasto ou oculto de algo escuso é negar sua própria acepção jurídica.

Os direitos fundamentais constitucionalmente tutelados nada mais são do que interesses juridicamente qualificados, sejam eles individuais ou coletivos - eles traduzem não pretensões egoísticas - ao contrário, revelam aqueles valores mais caros e consagrados em determinada sociedade, definido no rol inscrito nas Constituições, assim como na Declaração Universal de Direitos do Homem, e que se mostram relevantes para toda a humanidade.

Dessa forma, a concepção de interesse não pode ser vista como antagônica à noção de República, referentes aos conteúdos egoísticos que nele possam ser depositados, ao contrário.

Urge superar esse suposto antagonismo, porque, como afirma Habermas, a respeito da potencialidade dos direitos subjetivos para superação da perplexidade entre público e privado, “[...] uma comunidade jurídica, localizada tanto no tempo como no espaço, protege a integridade de seus membros apenas na medida em que eles assumem o status artificialmente instituído de portadores de direitos subjetivos”¹⁰² e, portanto, titulares de interesses juridicamente qualificados.

¹⁰¹ EISENBERG, op. cit., p. 201.

¹⁰² HABERMAS, Acerca de la legitimación basada en los derechos humanos. In: *La constelación posnacional*, op. cit., Cap. 5. mimeo.

Os interesses deduzidos em Juízo assim não só carregam em seu âmago as virtudes cívicas, como são capazes de moldar, a partir da discussão dentro de condições ideais de participação democrática, comportamentos de forma pedagógica.

A reiteração dos mesmos interesses de uma sociedade revela-lhe a face, os valores, as prioridades, a ética contextual; do mesmo modo, a reiteração de “decisões” a respeito condutas privadas ou públicas que sejam violadoras dessa pauta de “virtudes”, direitos ou valores, consideradas naquele contexto, e que nada mais são do que reflexos de uma dimensão maior, acabam por tecer a linha de conduta esperada e exigida, promovendo a correção necessária nos comportamentos, ao longo do tempo, e chegando a contaminar benéficamente a realidade, aos poucos, no sentido daquilo que, dado momento histórico-social, espera e necessita enquanto justiça social.

A solução de uma demanda nada mais é do que uma das vertentes buscadas pelas partes, ao levantarem suas proposições, que, em última instância, se traduz naquilo que elas esperam possa ver transformado na realidade de suas vidas. Esse conteúdo material, essa fatia da realidade ideal ou esperada, e também real, se encontra no bojo de cada pretensão.

A dimensão da ação como reflexo do social e como busca permanente de justiça social traz para sua práxis tais questões, que tem nesse canal a experimentação daquilo que não consegue realizar diretamente nas relações intersubjetivas, ou com outras instâncias de poder.