

LEGITIMIDADE DO PODER E EXERCÍCIO POLÍTICO: facticidade e validade do direito: Perspectivas para uma análise normativa e instrumental

LEGITIMATE POLITICAL POWER AND EXERCISE: facticity and validity
of law. Prospects for a normative analysis and instrumental

Luciano Braz Silva *

Data de recebimento: 18/04/2013

Data de aprovação: 04/08/2013

RESUMO

Ao se organizar o Estado de direito e o sistema de direitos, estes diferenciam-se sob uma ordem constitucional, de modo que o *médium* do direito - individual e singularmente - assume a função instrumental que assegura a reestruturação e a amplificação dos fracos impulsos sociais e integradores do horizonte do mundo da vida estruturado comunicativamente. No âmbito de uma formação política racional da vontade, os discursos e as negociações preenchem diferentes papéis na lógica da argumentação. Esses papéis são reconhecidos a partir das formas de comunicação correspondentes e, por conseguinte, essas comunicações passam a ser institucionalizadas juridicamente, de modo que os cidadãos as tomarão como parâmetro com vistas a garantir o exercício dos seus direitos à participação política. Em se tratando dos discursos, os procedimentos jurídicos diferem dos demais. Nos

* Advogado. Mestre em Filosofia do Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, com bolsa Capes. Graduado no curso de Direito do UNIVEM. Bolsista FAPESP / Iniciação Científica 2008 - 2009 com deferimento de renovação para 2010. Diretor do Diretório Acadêmico do curso de Direito do UNIVEM 2008. Graduado no ano de 2004 no curso de Teologia pelo I.B.E.S. Integrante do Grupo de Pesquisa Científicas GEP - UNIVEM. Possui cadastro no Grupo de pesquisa - Processos político-sociais e exclusão - UNESP-Marília. Pesquisador com cadastro junto ao CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - desde 2009. Já atuou na Rede de Ensino Público de São Paulo como professor eventual. Leciona cursos de linguística grega e hebraica.

E-mail: brazadvogadoluciano@gmail.com

procedimentos jurídicos, o processo de argumentação orienta-se por uma lógica que lhe é peculiar. Os procedimentos jurídicos restringem, definem, protegem e estruturam os espaços nos quais a argumentação é proferida, ou seja, a inserção do discurso em processos jurídicos não afeta sua lógica interna, entretanto, a institucionalização do processo submete os discursos a determinadas limitações temporais, sociais e objetivas. O código jurídico confere um caráter socialmente vinculante a resultados procedimentalmente corretos, considerando sua racionalidade procedimental própria que compensa àquela inerente ao processo da argumentação. Isso constitui uma razão suficiente para manter abertas as possibilidades de rever as opiniões que foram fundamentadas temporariamente, sempre à luz de novas informações e de novos argumentos.

PALAVRAS-CHAVE

Democracia. Exercício político. Razão comunicativa. Estado Democrático de Direito. Liberdade e Ética.

ABSTRACT

To organize the rule of law and the system of rights differ in a constitutional order, so that the medium of law - and uniquely individual - takes the instrumental function ensures that the restructuring and amplification of weak social impulses and integrators horizon communicatively structured lifeworld. Within a rational policy formation will, speeches and negotiations fulfill different roles in the logic of the argument. These roles are recognized from the corresponding forms of communication and, therefore, these reports shall be legally institutionalized, so that citizens take as a parameter in order to guarantee the exercise of their rights to political participation. In the case of speeches, legal procedures differ from the rest. In legal proceedings, the reasoning process is guided by a logic that is peculiar. Restrict legal procedures, define, protect and structured spaces in which the argument is given, ie the insertion in legal discourse does not affect its internal logic, however, the institutionalization process submits the speeches certain time constraints, social and objective. The legal code confers a social binding the results procedurally correct, considering its procedural rationality itself makes up to that inherent in the process of argumentation. That is reason enough to keep open the possibility of reviewing the opinions that have been temporarily grounded, always in light of new information and new arguments.

KEYWORDS

Democracy. Political exercise. Communicative reason. Democratic State of Law. Freedom and ethics.

INTRODUÇÃO

Dentre as principais ideias abordadas nas obras de filosofia política e filosofia do direito apresentadas por Habermas, o presente artigo selecionou algumas considerações do filósofo alemão no que diz respeito à temática proposta. Em suas primeiras linhas, quando trabalhamos a interpretação e a lógica do Estado de Direito, procuraremos examinar as figuras do direito e do poder político e, por conseguinte, a interligação complexa que visa a preencher, reciprocamente, as funções que se correlacionam uma a outra. Destacaremos que a relação entre direito e política diferencia-se da relação entre moral e direito, e a ligação entre a moral e o direito delinea-se numa relação de complementaridade assentada nas esferas de valor que se diferenciam na modernidade. Nesse sentido, identificaremos o aparelho estatal descrito a partir de um sistema organizacional do direito.

Formado pela filosofia clássica alemã tradicional, mantendo-se na trilha da *Aufklärung* (o esclarecimento alemão de Kant e Hegel) e do projeto da filosofia da práxis, o projeto filosófico de Habermas insere-se no esforço, pós-hegeliano, que transcende o campo da filosofia pura e abstrata para uma teoria não (somente) contemplativa, sempre relacionada umbilicalmente à ação, ao mundo real, às circunstâncias e à história. Herdeiro do hegelianismo (intersubjetividade, evolucionismo dialético) e do kantismo (universalidade, incondicionalidade, formalismo), Habermas quer encontrar razões que justifiquem - por uma obrigação incondicional, objetiva, e por um decreto moral da razão - a conduta democrática para além do caráter contingente de meras preferências ou tendências reguladas e das conversões partilhadas de uma determinada sociedade. A abordagem habermasiana procura formular uma base normativa para alimentar formas democráticas de comunidade, que transcendem o acordo contingente. Essa base, segundo Habermas, pode ser encontrada nos pressupostos implícitos universais de toda interação comunicativa, dos quais sustentariam ou balizariam uma moralidade política mínima, em última análise, democrática, não regulamentada por esta ou aquela concepção, mas no campo estritamente procedimental. Isso torna central o aspecto da busca de reconhecimento, à qual Habermas dedica parte das suas considerações teóricas contemporâneas.

Dentre os assuntos abordados no corpo deste artigo, analisamos algumas questões voltadas para as perspectivas normativas de reconstrução do sistema dos direitos e dos princípios do Estado de Direito. Aqui, veremos como Habermas compreende os desafios derivados do poder social e da complexidade das sociedades modernas. Arrostamo-nos, então, com uma tensão externa entre fatos sociais e direito, ou seja, entre autocompreensão normativa do Estado de direito e facticidade social dos processos políticos; o artigo demonstrará a relação de complementaridade entre

o direito e a política, bem como seus pressupostos de validade para a regularização da vida social. A questão da legitimação de um poder político estruturado na forma do Estado de direito pode ser compreendida desde que, mediante a ótica do conceito de autonomia política dos cidadãos, fundamentado na teoria do discurso, se consiga diferenciar as figuras do poder comunicativo, produto do direito legítimo, e aquelas pertencentes ao poder administrativo, responsável pela imposição das leis. Veremos que as formas comunicativas devem interligar e satisfazer, simultaneamente, a diferentes condições de comunicação, uma vez que, se prescindirmos da organização da afluência dessas informações, poderemos nos valer do autoentendimento ético e da fundamentação moral de regras, com a finalidade de estabelecermos o equilíbrio equitativo de interesses. Daí, concluir que discursos ético-políticos devem satisfazer, completamente, às condições comunicativas para um autoentendimento hermenêutico de coletividade.

1. ESTADO DE DIREITO: lógica e interpretação

Ao tratarmos das figuras do direito e do poder político, visualizamos uma interligação complexa que tende a preencher, reciprocamente, as funções de ambos, sendo que, a partir da instrumentalização do direito, pode-se pensar uma elaboração estratégica do próprio poder do Estado. Uma anatomia da ideia do Estado de direito demanda, como veremos, uma compreensão do aparelho estatal descrito por de um sistema organizacional do direito, em que o uso autorizado do poder seja legitimado nos termos do direito legitimamente instituído. Assim, mediante o sistema dos direitos, definem-se os pressupostos aos quais os membros de uma comunidade jurídica moderna podem recorrer, exclusivamente, para reclamar autenticidade, quando do uso impróprio do poder; no Estado de direito, a comunidade moderna não mais apelará às ordens metafísicas ou religiosas outrora utilizadas, antes sim, recorrerá tão-somente ao direito legitimamente positivado.

No modelo discursivo, o direito governa e regulamenta os processos administrativos, concomitante ele representa o *médium* que transforma o poder comunicativo em poder administrativo. Pelo modelo discursivo, Habermas aponta algumas diferenças que devem ser consideradas do ponto de vista da legitimidade, quando tratamos do direito, do conceito de dominação, do processo de normatização e da legitimação do exercício do poder político. Consoante análise, verifica-se que a socialização horizontal dos indivíduos, agora, tende espelhar o conteúdo dos direitos fundamentais reconstruídos sob um experimento teórico intersubjetivamente compartilhado; esses direitos são constitutivos para toda associação de membros jurídicos livres e iguais (HABERMAS, 2003, p. 169).

No *discurso filosófico da modernidade*, Habermas aponta que tanto Hegel como Marx desconsideraram a ideia de se voltar a recuperar a intuição da totalidade ética para o horizonte da auto-referência do sujeito cognoscente e ativo; buscou-se, doravante, explicar, segundo o modelo da formação natural da vontade - situada numa comunidade que faz uso da comunicação -, e estabelecer obrigações em cooperações¹. O processo de juridificação não deve estar limitado à esfera das liberdades subjetivas de ação das pessoas privadas e às liberdades de comunicação dos indivíduos, pois, se assim o fosse, comprometeria o entrelaçamento jurídico contínuo entre autonomia pública e privada. O processo de juridificação deve estender-se, simultaneamente, ao poder político – convalidado formalmente pelo *médium* do direito – do qual depende a obrigatoriedade fática da normatização e da implantação do direito (SILVA, 2013, p. 16).

1.1 A relação interna entre direito e política

O direito, em sua função estabilizadora, apresenta-se como um sistema de direitos. Dado esse pressuposto, entende-se que os direitos subjetivos só podem ser estatuídos e impostos por organismos que tomam decisões de caráter obrigatório para toda coletividade. Com isso, temos a figura dos direitos fundamentais que trazem, em sua essência, ameaças e sanções que podem ser usados contra interesses opostos ou transgressões de normas que surripiam o direito a iguais liberdades subjetivas. Esses direitos pressupõem o poder de sanção de um órgão legalmente revestido, o qual dispõe de meios para o emprego legítimo da coerção para impor o acatamento, a submissão às normas jurídicas. O nexó interno do direito com o poder político reflete nas implicações objetivas e jurídicas estampadas na figura do Estado, que mantém como reserva um poder militar, a fim de garantir seu poder de comando (HABERMAS, 2003, p. 170). A pretensão a iguais direitos, numa comunidade de membros (livres) do direito, segundo Habermas, pressupõe uma *coletividade limitada no espaço e no tempo*, de forma que esses direitos asseguram a todos os membros dessa comunidade um reconhecimento recíproco, ou seja, eles se identificam como sujeitos de direitos. Em outras palavras, há o reconhecimento de um *status* de direito conferido a todos em comum, de forma que eles podem imputar suas ações como

¹ Nessas passagens, o paradigma do conhecimento dos objetos deve ser substituído pelo paradigma da compreensão mútua entre sujeitos capazes de falar e de agir. Para Habermas, o paradigma da consciência encontra-se esgotado e, como tal, deve ser dissolvido para o paradigma da compreensão. Nesse sentido, já não se mostra mais privilegiada a atitude objetiva na qual o sujeito conhecedor se dirige a si próprio como a entidade no mundo (exterior). Vejamos que, numa interação mediada linguisticamente, os participantes assumem uma outra relação do sujeito consigo próprio, relação essa que se diferencia daquela atitude simplesmente objetiva que um observador assume com relação a entidades no mundo exterior (HABERMAS, 1990, p. 276).

partes do mesmo contexto de interações. Com suas palavras, Habermas se expressa na seguinte forma:

A reconstrução proposta da conexão entre os direitos de liberdade e os civis parte de uma situação na qual, como queremos admitir, cidadãos livres e iguais pensam em conjunto como podem regulamentar a sua vida em comum tanto por meio do direito positivo como também de modo legítimo (...). Esse modelo inicia-se com as relações horizontais dos cidadãos uns com os outros e introduz as relações dos cidadãos com o aparato estatal, necessários em termos funcionais, apenas em segundo passo, portanto com base no direito fundamental já existente (HABERMAS, 2001, p. 153 - 254).

Essas considerações tangem sustentar a autoafirmação sob a qual o Estado instaura sua capacidade para a organização e a auto-organização que busca assegurar e manter – tanto no aspecto interno como no externo – a identidade da convivência juridicamente organizada.

O direito fundamental ratifica a cada cidadão o direito à proteção jurídica individual, de forma que as pretensões a uma justiça independente e imparcial nos julgamentos passam ser corolário do Estado de direito. O direito - como expressão da soberania estatal e tendo nesta seu único foco irradiador - resulta num instrumento de gestão da sociedade que busca dar segurança e garantia aos cidadãos. Com fundamento na soberania estatal, é posto um conjunto de normas jurídicas que regulam a efetivação dos direitos e garantias. Esse conjunto é conservado, aplicado e, a todo momento, modificado (POZZOLI, 2001, p. 163). Assim, a instalação de um tribunal organizado, politicamente, assevera, em cada julgamento, o poder de sanção do Estado, pretendendo proteger e desenvolver o direito nos casos litigiosos, onde se faz mister uma decisão autoritária aplicada pelo Estado (juiz). A positivação política autônoma do direito, garantida a partir de um direito legitimamente instituído, concretiza-se em direitos fundamentais, os quais (surgem) asseguram condições para iguais pretensões à participação em processos legislativos democráticos, que demandam o exercício do poder político devidamente (legalmente) instituído. Além disso, o Estado, no seu exercício burocrático de dominação legal, faz valer, concretamente, a formação da vontade política que se organiza na forma do legislativo e, para tanto, conta, diretamente, com o poder executivo em condições de realizar e implementar os programas acordados. A presença do Estado no seu caráter de jurisdição – tanto administrativa como judicial – depende da medida em que a sociedade se vale do *médium* do direito para influir, conscientemente, em seus processos de reprodução (SILVA, 2013, p. 25).

Com isso, fala-se na dinâmica da autoinfluência, acelerada por meio dos direitos de participação que fundamentam pretensões ao preenchimento dos pressupostos sociais, culturais e ecológicos úteis para o aproveitamento simétrico de direitos particulares de liberdade e de participação na vida política. Em síntese,

O Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de direitos necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implementados. Tais aspectos não constituem meros complementos, funcionalmente necessários para o sistema de direitos, e sim, *implicações* jurídicas objetivas, contidas *in nuce* nos direitos subjetivos (HABERMAS, 2003, p. 171).

O poder organizado, politicamente, não se aproxima do direito como algo que lhe seja externo, pelo contrário, é pressuposto pelo direito; em outras palavras, o poder político organizado se estabelece em formas do direito. Nesse sentido, o poder político só pode desenvolver-se mediante a constituição de um código jurídico institucionalizado, em conformidade com os direitos fundamentais, discursivos e, democraticamente, reconhecidos. No Estado de direito, as decisões, coletivamente obrigatórias, são implantadas, mediante o poder político organizado que o direito precisa tomar para a realização das suas funções próprias; não se revestem apenas da forma do direito: essas decisões devem – também – ser legitimadas pelo direito corretamente estatuído, via razão discursiva. As formações discursivas da opinião e da vontade figuram como premissas fundamentais para legitimidade do direito, ou seja, dentro do pensamento pós-tradicional, só vale como legítimo o direito que fora elaborado no interior de uma comunidade democrática que, utilizando do discurso racional, convencionou, normas reconhecidas reciprocamente pelos sujeitos.

Consequentemente, institui-se a incorporação do exercício da autonomia política dos cidadãos em toda esfera do Estado – a legislação é reconhecida como um poder no Estado. A transação dos direitos reciprocamente atribuídos na via da socialização horizontal pelos civis para formas verticais de organização socializadora faz com que a prática de auto-determinação dos civis seja institucionalizada – *como formação informal da opinião na esfera pública política, como participação política no interior e no exterior dos partidos, como participação em votações gerais, na consulta e tomada de decisão de corporações parlamentares, etc* (HABERMAS, 2003, p. 172 - 173). Com efeito, a soberania popular interliga-se, internamente, com as liberdades subjetivas dos civis, a mesma, por seu turno, entrelaça-se com o poder politicamente organizado, de modo que o princípio “*todo o poder político emana do povo*”, paula-

tinamente, concretiza-se por meio de procedimentos e pressupostos comunicativos de uma formação institucionalmente diferenciada da opinião e da vontade.

No Estado de direito delineado por regras da teoria do discurso, a soberania do povo não se encerra mais numa coletividade de cidadãos autônomos, facilmente identificáveis. A soberania popular instala-se nos círculos de comunicação de foros e corporações destituídos de sujeitos determinados. Portanto, dado o anonimato, seu poder comunicativo diluído pode entrelaçar ao poder administrativo do aparelho estatal a vontade dos cidadãos. Nesse sentido, destaca Habermas que, no Estado de direito democrático, o poder político diferencia-se em poder comunicativo e administrativo. Tratando-se da correlação estante na vinculação interna entre política e direito, a tensão entre facticidade e validade, no Estado Democrático de Direito, estende-se ao âmbito do próprio poder político. A política, com seu domínio, por um lado, vale-se da potencial ameaça fundada pela força da “*caserna*” e, por conseguinte, deve estar autorizada do ponto de vista do direito legítimo. Isso significa dizer que a dominação política deve espelhar a imagem do poder legitimado e organizado juridicamente, de modo que não se pode distanciar da perspectiva moderna, a qual entende que a legitimidade do poder, necessariamente, deve estar revestida pelo manto da legalidade (HABERMAS, 2003, p. 173 - 174).

Entende-se que o exercício do poder na forma do direito não deve ser deslocado do momento de sua fundamentação. Essa preocupação consiste, exatamente, em reconstruir a constituição co-originária entre poder político e o direito, mostrando que, mediante essa relação, resulta um novo nível da tensão entre facticidade e validade, agora situada no próprio poder político. Nesse sentido, a questão da legitimação de um poder político estruturado na forma do Estado de direito pode ser compreendida desde que, por intermédio da ótica do conceito de autonomia política dos cidadãos, fundamentado na teoria do discurso, se consiga diferenciar as figuras do poder comunicativo, produto do direito legítimo, e a do poder administrativo, responsável por imposições das leis (WERLE; SOARES, 2008, p. 130 – 131). Para Aluisio Schumacher, a contribuição do poder político para a função intrínseca do direito (estabilizar expectativas de comportamento) *consiste na geração de uma certeza jurídica*, que possibilita aos destinatários do direito calcular as consequências de seu comportamento e dos outros (SCHUMACHER, 2000, p. 223). As normas jurídicas, em termos gerais, devem regular as circunstâncias, as situações de fato, aplicando a sua subsunção de forma imparcial. Esses requisitos são compreendidos à luz de uma codificação (atividade jurisprudencial), que proporciona normas jurídicas altamente consistentes.

Com relação ao direito, sua contribuição à função intrínseca do poder administrativo (realizar fins coletivos) evidencia-se, especialmente, no desenvolvi-

mento de normas secundárias, que, segundo Schumacher, não se tratam tão-somente daquelas normas “que conferem poder (e até criam) às instituições governamentais, dotando-as de jurisdições especiais, como também normas organizacionais que estabelecem procedimentos para a existência e gestão administrativa ou judicial de programas jurídicos”. Assim, a atividade do direito, sua função e aplicabilidade atingem outras esferas que não somente a da atividade jurisprudência jurídica, alcançando, também, a esfera das instituições de governo – procedimentos e competências – garantindo, assim, a autonomia privada e pública dos cidadãos.

1.2 Sociedades de transição: o entrelaçamento entre o direito e o poder político

Nas sociedades tradicionais, o complexo formado pelo direito e pelo poder político caracterizava, de certa forma, a passagem das sociedades organizadas pelo parentesco para as sociedades primitivas já organizadas politicamente². Nessa perspectiva, a teoria habermasiana – revendo a evolução histórica da implementação do direito – pode desmentir algumas teorias, como, por exemplo, a de Luhmann, que pretende mostrar que a positivação do direito implicou uma autonomia plena e a separação total do direito com relação à moral e à política.³ A interpretação naturalís-

² Habermas reconstrói essa relação interna entre direito e política por dos modelos abstratos de sociedade e de regulamentação de conflitos, utilizando como substrato dos seus argumentos os diferentes estágios evolutivos dos quais se deram a formação da ordem política, bem como o Estado moderno no qual o poder político e o direito positivo se entrelaçam.

³ Em consciência moral e agir comunicativo (pp. 146 – 149), Jürgen Habermas, partindo das suposições filosóficas consideradas por Kohlberg, apresenta três principais pontos a partir dos quais Kohlberg introduz sua teoria, a saber: a) *cognitivismo*; b) *universalismo*; c) *formalismo*. Para Habermas, os três aspectos sob os quais Kohlberg esclarece o conceito do *que é “moral”* são levados em consideração por todas as éticas cognitivistas, desenvolvidas mediante o pensamento kantiano. Habermas considera que a vantagem da sua teoria, bem como daquela apresentada por Apel, encontra-se na base da qual as suposições básicas de ordem cognitivistas, universalistas e formalistas fundamentam sua validade, a partir do princípio da moral, fundamentado pela ética do discurso. Para esse princípio, expõe Habermas: “(U) *Toda norma válida tem que preencher a condição de que as consequências e os efeitos colaterais que previsivelmente resultem de sua observância universal, para a satisfação dos interesses de todo indivíduo possam ser aceitos sem coação por todos os concernidos*”. Quanto à premissa trabalhada do ponto de vista do cognitivismo, (a) ressalta-se que os juízos morais não se limitam tão-somente a dar expressões às atitudes efetivas, bem como de preferências ou de decisões contingentes de cada falante ou ator, deve-se considerar, *necessariamente*, seu conteúdo cognitivo. Nesse sentido, a ética do discurso desconsidera por completo a ideia do cepticismo ético a qual entende que o homem não pode atingir a verdade; essa ideia é totalmente refutada, razão pela qual entende-se que os juízos morais podem e devem ser fundamentados. Com efeito, toda teoria do desenvolvimento da capacidade de juízo moral tem que pressupor como dada a possibilidade de distinguir entre juízos morais corretos e errados. Com o uso da razão que deve sustentar todo o móbil do discurso, resulta, imediatamente, que quem quer que participe da argumentação poderá, em princípio, chegar num consenso quanto ao juízo que se formula discursivamente sobre algo e, por conseguinte, aceitar as normas de ação ora convencionadas. Com o *universalismo*, (b) a ética do discurso

tica que remonta às teorias de Maquiavel passa a interpretar o poder político, desde sua gênese, como um poder oriundo das tradições sagradas entrelaçado com a moral e os costumes religiosamente herdados por gerações. Desse modo, considera-se que os detentores do poder poderiam agir, estrategicamente, com esse poder, mobilizando-o de modo teleológico, de forma que o poder social passaria a ser reconhecido - doravante - como poder político legitimado (SILVA, 2013, p. 34).

Esse poder administrativo concentra-se no Estado que monopoliza a força e, ainda sim, impõe aos teóricos do direito racional os conceitos pré-formulados com os quais eles querem explicar e fundamentar a combinação entre o direito sancionado pelo Estado e o poder organizado conforme o direito. Por outro lado, a transformação do poder social em poder político implica uma mudança na forma do direito sagrado. Este, agora sancionado por um poder político, por hora, adquire força normativa que ultrapassa as obrigatoriedades meramente morais. Temos também um poder que alcança a estrutura de regras de relações contratuais e leis e um poder fático de mando de um soberano, cuja vontade pode dominar qualquer outra vontade sobre a Terra. Hobbes desconstrói a ideia que menciona algum poder independente do pensamento social do homem que possa fornecer uma referência natural, assegurando a validade de nossas afirmações de justiça e injustiça. Não existe tal padrão, o estado natural não nos oferece nenhum, mas nosso entendimento desse fato pode constituir, em si, esse padrão capaz de nos apontar um caminho. Toda obra do legislador (soberano em Hobbes), sendo esta autoridade competente para legislar, mostrar-se-á como sendo absolutamente válida e somente tal possui este caráter (SILVA, 2008, p. 238).

contesta a suposição básica do relativismo ético, o qual entende que a validade dos juízos morais deve ser mensurada tão-somente pelos padrões deontológicos e de racionalidade das respectivas formas de vida e cultura à qual pertence, em cada caso, o sujeito que julga. Com efeito, uma vez que os juízos morais não podem avocar (erguer) uma pretensão de validade universal, conseqüentemente, estaria comprometida toda e qualquer teoria de desenvolvimento moral que pretendesse comprovar a existência de vias de desenvolvimento universais, ou seja, de antemão estaria condenada ao descrédito. Nesse sentido, a ética do discurso contende com as suposições básicas das éticas materiais que privilegiam, ontologicamente, formas de vida éticas individualizadas, em cada caso. A ética do discurso, ao destacar a esfera de validade deontológica das normas de ação, ela demarca o domínio daquilo reconhecido discursivamente como moral em face do domínio dos conteúdos de valor cultural. A partir da regra do *Formalismo* (U), elimina-se, a título de conteúdos não passíveis de *universalização*, todas as orientações axiológicas concretas, incutidas ao todo de uma forma de vida particular ou da história de uma vida individual. Considerando esse ponto de vista deontológico, pode-se pensar num sistema de correção normativa ou da justiça, ligada às questões práticas, acessíveis a uma decisão racional. Por fim, a ética do discurso não nos oferece nenhuma orientação conteudística, antes, sim, a mesma nos oferece um procedimento vasto de pressupostos, que devem assegurar a imparcialidade da formação do juízo. Assim, o discurso prático passa a ser entendido como um processo, não para a produção de normas justificadas, mas para o exame da validade de normas consideradas hipoteticamente. HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1989, p. 146 – 148.

Uma vez estipulado o contrato de dominação, temos a instituição do poder do Estado. Dentre as funções determinadas por sua vontade soberana, destaca-se a legislativa que reveste suas manifestações imperativas com a forma do direito. A soberania do senhor, expressa no poder da sua vontade canalizado pelas leis, essencialmente trata de um poder substancial de uma vontade apoiada em sua decisão. Para Habermas, essa decisão se dobra à razão e, por conseguinte, passa a ser convertida em lei, com intuito de ser convalidada pela lei, ou seja, apenas serve-se dela. “*Nessa construção, a facticidade de um poder natural de mando atinge imediatamente a estrutura normativa das leis que propiciam aos súditos liberdades subjetivas de ação*” (HABERMAS, 2003, p. 175). Examinando essas questões, Habermas expõe sua crítica às considerações de Kant e de Rousseau, afirmando que

Nem Kant nem Rousseau conseguiram apagar inteiramente os vestígios desse antagonismo, mesmo que, no entender deles, a razão da estrutura normativa autônoma (da lei do processo democrático) deva dirigir as decisões soberanas do povo unido. As ideias reformistas de Kant ainda traem o respeito de Hobbes perante o fato natural do poder político, núcleo decisionista impenetrável da política, no qual se separam o direito e a moral. (HABERMAS, 2003, p. 175)⁴

Podemos verificar que a constelação entre razão e vontade, aos poucos, se modifica. Os conceitos fundamentais do direito racional da filosofia do sujeito deslocam a visão sociológica para a força social e integradora do substrato natural de sociedades *pré-estatais* em recomendações pragmáticas, consoante a um dever relativo a fins e valores livremente pretendidos pelos atores que tomam decisões inteligentes sobre a base de interesses e preferências de valor hipoteticamente pressupostas.

Alguns fenômenos presentes na modernidade – *a concentração do*

⁴ Para Kant, na lei fundamental da razão pura prática encontramos as regras que determinam a forma como se deve proceder de modo objetivo na sociedade. A regra prática é incondicionada; seu modo operante se dá por si mesma, sua característica e sua validade são provenientes da sua própria essência, por conseguinte, a vontade passa ser determinada de forma objetiva, absoluta e imediatamente como regra prática de lei universal. Por essas condições, dar-se-á que a razão pura, em si mesma prática, resulta imediatamente como razão legisladora. A atuação da razão, nesses termos, estará desconexa de qualquer condição empírica externa que a torne adstrita ou condicionada, ou seja, a razão agirá em liberdade; logo, essa verdade será uma vontade pura, determinada mediante a simples forma da lei, “*sendo esse motivo de determinação considerado como suprema condição de todas as máximas*”. Ora o preceito geral, portanto, a regra, determina apenas a vontade, a priori, em relação à forma de suas máximas, a consciência dessa lei fundamental pode ser denominada um ato da razão, porque não podemos inferi-lá de dados antecedentes da razão. In: SILVA, Luciano Braz. A moral e o mundo do direito na filosofia kantiana. In: Seminário de Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Desenvolvimento, 6, 2012. Rio de Janeiro: Universidade Candido Mendes. 2012, p. 03.

poder administrativo, a positivação do direito e o surgimento de um poder legal –, na verdade, escamoteiam as condições iniciais quanto às dominações que foram instituídas pelos ditames das tradições sob as quais o poder do Estado surgia. Por exemplo, nas sociedades tribais, o poder social, assentado no prestígio de caciques, sacerdotes, membros de famílias tradicionais privilegiadas, etc., já tinha formado como uma espécie de síndrome, alimentados por normas de ação reconhecidas, privilegiando, assim, a força obrigatória oriunda de concepções místicas revestidas por uma textura sagrada que possibilitaria instituições da arbitragem para resolver os litígios e para implementar a formação coletiva da vontade.

Habermas procura apontar uma base estrutural equânime na qual as relações sociais possam ser delineadas. Inicialmente, partindo da ideia de dois tipos de arbitragem de litígios e de formação coletiva da vontade, sem a pretensão de recorrer ao direito sancionado pelo Estado, nem ao poder político jurídico (uma vez que ambos formam apenas a base sobre a qual o direito e o poder político podem constituir reciprocamente), isto é, em seus atos, os sujeitos esperam, mutuamente que eles decidam desta ou daquela forma. Nesse sentido, entende-se que toda ordem social, considerando os padrões de comportamento já auferidos, precisa apoiar-se sobre mecanismos de coordenação da ação – *via de regra sobre a influência ou sobre o entendimento*. Logo, quando não se adota a coordenação reconhecida na ordem social, evidentemente, essas ações carecem de legitimidade. Assim, considerando as mudanças que ocorrem em nosso tempo num dinamismo sem precedente e, tendo em conta também, o desafio que essas mudanças lançam para ordem legal, acredita-se que a mudança pode (e deve) ser efetuada pela lei. “Ora, a lei realmente pode estabilizar, legalizar e coordenar uma mudança já ocorrida, mas a mudança em si é sempre resultado de uma ação extralegal” (POZZOLI, 2011, p. 79); razão pela qual é possível afirmar que a positivação dos direitos humanos não se dá, exclusivamente, por obra do legislador que, subitamente, foi despertado pela crueza de uma injustiça, mas, pelo contrário, surge da necessidade de reorganizar o corpo social (POZZOLI, 2011, p. 82).

Duas são as formas pelas quais esse problema poderá se manifestar. Poderemos ter um conflito na ação, de antemão não regulado, provocado por orientações individuais inconciliáveis; ou, noutra caso, o que está em jogo é a escolha de uma realização cooperativa que almeja fins coletivos (*regulamentação de conflitos interpessoais versus persecução de objetivos e programas coletivos*). No primeiro caso, os envolvidos no problema devem responder a uma pergunta de ordem não somente moral, mas, primariamente, de ordem estrutural, a saber: “Quais são as regras de nossa convivência?”; no segundo caso, temos uma pergunta de ordem sistêmica e finalística: “que tipo de objetivos pretendemos atingir e por qual

caminho? (HABERMAS, 2003, p. 176 – 177)”. Essas interações simples difundem-se, delinearmente, por meio de um modo *continuum* que é limitado em ambos os lados “por tipos puros do agir, orientados por valores e interesses”:

Uma coordenação da ação interpessoal dá-se, no primeiro caso, por meio do consenso sobre valores; no segundo, pela compreensão de interesses. Esses motivos formam, na maioria das vezes, uma situação mista; todavia, conforme a relevância e tematização de um ou de outro aspecto, os próprios atores são levados a assumir diferentes enfoques – o enfoque performativo de um ator orientado pelo entendimento ou enfoque objetivador do ator que se orienta pelas consequências da ação, à luz de preferências próprias. (HABERMAS, 2003, p. 177)

As perspectivas tomadas pelos atores, de certo modo, fazem com que os problemas da coordenação da ação sejam tematizados por diferentes modos. Numa situação onde o agir esteja orientado por valores, os atores buscam um consenso ou apóiam-se nele; numa condição onde o agir esteja orientado por interesses, os atores visam a uma compensação de interesses ou a um compromisso. Destarte, verifica-se que a prática de entendimento diferencia-se da prática de negociação por sua finalidade. No entendimento, temos o consenso, enquanto, na negociação, temos o interesse. Num caso, a união é interpretada como um consenso; no outro, como um pacto. Portanto, no primeiro caso, recorre-se às considerações de normas e valores; no segundo caso, configura-se a avaliação de situações e interesses.

1.3 Tipos elementares de solução de conflitos e de formação de vontade coletiva

“Consenso” e “arbitragem” são emblemas utilizados para dois tipos de arbitragem de conflitos. Consoante condição de um agir orientado por normas, de onde se pode formular um consenso de valores, existe a possibilidade de os partidos tomarem consciência dos conflitos arrostados e, por conseguinte, determinarem uma solução devida. Nesses casos, a solução pode ser encontrada em ditames morais (um líder religioso) ou, então, em processos de decisões correspondentes (oráculos). Ainda sim, temos as situações que são reguladas por interesse, e, nessas condições, os conflitos são resolvidos mediante um poder de mando apoiado por um correspondente potencial de ameaça, os partidos chegam a uma compensação de interesses, estipulada na forma de indenizações por desvantagens surgidas. A solução de tal conflito implica a atuação de um mediador, que irá propor uma negociação às partes. Todavia, o mediador não poderá impor às partes uma decisão obrigatória, tendo em vista que ele não se encontra acima dos partidos. “Autoridade”

e “compromisso” são, noutro aspecto, tópicos para dois princípios da formação da vontade, em cuja luz pode ser superado um dissenso sobre finalidades. Habermas salienta que as técnicas da “arbitragem” e da “formação de compromisso”, mormente, apóiam-se em posições de poder social, que foram sendo construídas por prestígios existentes na associação de famílias hierarquicamente estratificadas e mediante as funções sacerdotais diferenciadas, ancião e condutor (em tempos de guerra ou de paz) (HABERMAS, 2003, p. 178 - 179).

Dadas as premissas até aqui analisadas, podemos descrever o instante *co-origiário* do direito político e do poder político, considerados por Habermas como dois degraus distintos que se concatenam. No primeiro momento, temos a figura de um juiz-rei que ganha autoridade normativa, que monopoliza as funções de arbitragem do estado-maior do poder e que torna possível a formação coletiva da vontade na forma organizada do poder político. Nesse sentido, a autoridade do direito sagrado, ainda entrelaçado com a moral e com os costumes, passa a ser interpretada por esse juiz-rei que dispõe de um status que o qualifica como autoridade *una* normativa; o poder de fato que, inicialmente, qualificava uma pessoa de prestígio a assumir tal posição, transforma-se em poder legítimo (SCHUMACHER, 2000, p. 232). As funções de arbitragem de litígios, até então espalhadas, poderiam ser avocadas por um chefe que dispunha, inicialmente, de boa reputação e poder social coletivamente reconhecidos, de forma a monopolizar, doravante, essa função, na medida em que ele assume a administração dos bens salvíficos e se transforma no intérprete exclusivo das normas que regem (ou deveriam) a sociedade, reconhecidas como sagradas e moralmente obrigatórias. Logo, dada a detenção desse poder nas mãos do juiz-rei, a prática da arbitragem de disputa passa ser admitida como normas reconhecidas que sustentam uma validade afirmativa de um direito faticamente imposto que ultrapassa uma obrigatoriedade meramente moral. O poder social natural do rei-juiz, já reconhecido coletivamente e revestido por um conteúdo sagrado, outorga a jurisdição a aplicar ameaças e sanções. Dada a instituição e a manutenção jurisdicional, temos a transposição do direito tradicional para o direito sancionado pelo governante. Ora o poder pré-estatal, afirma o direito tradicional, que vive apenas da autoridade sagrada e, por conseguinte, o transforma num direito sancionado pelo governante, tornando-o obrigatório (HABERMAS, 2003, p. 180). Ambos os processos, simultaneamente, são interligados mediante um *uno acto* que convalida o poder por meio do direito sagrado e a sanção do direito por meio do poder social ora instituído. O poder do Estado origina-se, dessa forma, regulado de acordo com o direito sancionado pelo Estado e instituído por intermédio do poder político.

O direito, em sua função, deve oferecer ao Estado meios e condições para que expectativas de comportamento, de forma generalizada, possam ser

estabilizadas, social e objetivamente. Habermas menciona - no segundo degrau de modelo dos componentes co-origenários do poder político e do direito do Estado - a institucionalização de funções organizadas do exercício do poder político. Conforme poderemos analisar, no modelo apresentado no segundo degrau, verificaremos que a legitimação do poder político não se dará mais em função exclusiva do direito. Consoante análise, o poder organizado do Estado poderá servir-se dele como de um meio de organização. A autoridade normativa que reveste o poder do Estado, graças à função que o direito exerce no Estado, adquire competência para aplicar e tomar decisões juridicamente obrigatórias. Tendo em vista a instrumentalidade do direito que confere legitimidade ao poder do Estado, mediante sua regulamentação, é possível falar em domínio organizado estritamente pelo Estado (HABERMAS, 2003, p. 181 - 182). Aprofundando em suas considerações, Habermas destaca que

Ao emprestar forma jurídica ao poder político, o direito serve para a constituição de um código de poder binário. Quem dispõe do poder pode dar ordem aos outros. E, nesse sentido, o direito funciona como meio de organização do poder do Estado. Inversamente, o poder, na medida em que reforça as decisões judiciais, serve para a constituição de um código jurídico binário. Os tribunais decidem sobre o que é direito e o que não é. Nesta medida, o poder serve para a institucionalização política do direito. (HABERMAS, 2003, p. 182)

Somente na sociedade moderna o poder político pode desenvolver-se como poder legal. Essa identidade lhe é conferida à luz do direito positivo. Ainda sim, no Estado de direito, o poder político corrobora – de certo modo – à validade das expectativas quanto à função que o direito exerce, que é a de estabilizar expectativas de comportamento, no desenvolvimento de uma segurança jurídica que permite aos destinatários do direito calcular as consequências do comportamento e do alheio. Para sua validade, as normas jurídicas devem assumir e transmitir conotação precisa e não contraditórias, devem revestir de confiança as expectativas que são aguardadas, portanto, devem ser compreensíveis, formuladas por escrito, devem munir-se da publicidade, não devem retroceder aos atos pelos quais foram avocadas, ou seja, devem interligar os fatos respectivos às consequências jurídicas e regulá-los de modo geral, de tal forma que a sua aplicabilidade seja neutra; deve ser aplicada da mesma maneira a todas as pessoas e a todos os casos semelhantes. Destarte, as regras do direito assumem um elevado grau de consistência e explicação conceitual. A isso corresponde um direito que não se exaure, simplesmente, em normas de comportamento; o direito deve contribuir - de sobremodo - à função própria do poder organizado na forma do Estado, o qual elabora regras secundárias que

tratam de normas de competência que revestem os órgãos do poder do Estado com autorizações, formas de organizações, determinam procedimentos segundo os quais criam programas de leis que são criados pela administração (portarias, resoluções) ou na justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Resumidamente, já verificamos em linhas supra, que a ideia do Estado de direito sustentado pelo direito legitimamente instituído exige do poder público uma organização quanto aos seus atos. Nesse sentido, o poder político deve espelhar, em seus atos, a legitimidade reconhecida na instituição do próprio direito. Simultaneamente, teremos, entre o código do direito e o código do poder, uma mútua complementação, com o fim de preencher suas respectivas funções. Nessa linha de entendimento, observamos que a interligação complexa entre direito vinculante e poder político abre possibilidade à instrumentalização do direito, no sentido de seu emprego estratégico. Sendo assim, no Estado de direito, qualquer uso publicamente autorizado do poder reclama uma legitimidade conferida nos termos do direito instituído legitimamente.

No sistema da administração pública, encontra-se um poder que lhe fora conferido para o exercício das suas prerrogativas (licença, autorização, concessão, permissão, etc.) enquanto administração pública. Esse poder precisa regenerar-se, a cada passo, a partir do poder comunicativo. Dessa forma, o direito não é visto tão-somente como algo constitutivo para o código do poder que dirige o processo de administração, constatando-se que o direito forma, portanto e simultaneamente, o *médium* para a transformação do poder comunicativo em administrativo. Essas ligações conceituais de Habermas são trabalhadas a partir de duas perspectivas: na primeira, enfatiza o princípio da soberania popular para introduzir os princípios do Estado de direito; na segunda, procura desenvolver esses princípios na perspectiva da institucionalização jurídica da rede que abarca discursos e negociações (SCHUMACHER, 2000, p. 233).

No princípio da soberania popular, em que se concebe a ideia de que todo poder do Estado emana do povo, o direito subjetivo à participação com oportunidades iguais na formação democrática da vontade consente com a possibilidade jurídico-objetiva de uma prática institucionalizada de autodeterminação dos cidadãos pelo uso da razão comunicativa. Uma vez reconhecida essa prática por todos, como um processo de resolução de problemas sociais e políticos, sua força de legitimação tem como fundamento um processo democrático destinado a garantir um tratamento racional para os problemas arrostados. Da lógica dos discursos, resulta também o princípio

do pluralismo político que se faz expressar dentro e fora dos corpos representativos. Nesse sentido, o princípio da soberania popular exige uma estruturação discursiva de arenas públicas, nas quais sistemas de comunicação anônimos destacam-se do nível concreto de simples interações. Ora, essa informalidade de sistemas de comunicação anônimos visam a complementar a formação da opinião e da vontade parlamentar não preenchida integralmente. As arenas públicas devem sua efetividade na formação dos discursos inerentes aos direitos fundamentais, sem os quais não se pode proporcionar aos atores o fluxo livre de opiniões, pretensões de validade e tomadas de posições (HABERMAS, 2003, p. 214).

Esses direitos, reciprocamente atribuídos pelos cidadãos numa dimensão horizontal (cidadão-a-cidadão), precisam ser, ainda, mais estendidos, a partir do momento em que se constitui um poder executivo, à dimensão vertical entre as relações dos cidadãos com o Estado. Esses direitos, interpretados como “liberais”, formam - num sentido mais estrito do ponto de vista histórico - o núcleo das declarações dos direitos humanos. A separação entre Estado e sociedade busca ressaltar uma garantia jurídica de forma a instaurar uma autonomia social e, assim, conferir a cada cidadão iguais oportunidades ao uso de seus direitos de participação política e de comunicação. Esse princípio exige a instauração de uma sociedade civil que direcione - democraticamente - as relações de associações e a própria cultura política desenvolvida. O Estado não pode ser confundido com a sociedade, exercendo papéis ou participando de negociações que colocariam ambos no mesmo lugar. A sociedade civil, por si só, precisa equalizar e neutralizar a divisão desigual de posições sociais de poder e dos potenciais de poder daí derivados, objetivando, com isso, esperar que o poder social possa impor-se na medida em que possibilita, sem restringir, o exercício da autonomia dos cidadãos. Com a expressão *poder social*, Habermas busca apontar a possibilidade de um ator impor interesses próprios na esfera das relações sociais, mesmo que esses interesses possam resistir a interesses alheios.

Em *Direito e Democracia*, Habermas afirma que a idéia, segundo a qual o poder do Estado pode elevar-se acima das forças sociais como um *poder neutro*, não passa de uma ideologia (HABERMAS, 219 - 220). O processo político que resulta da sociedade civil, necessariamente, deve adquirir uma parcela de autonomia em relação a potenciais do poder já fixados na estrutura social (poder das associações, modo de financiamento do partido), de modo que o sistema político não se degrade e, assim, venha a assumir forma de um partido como os demais, seja no papel do poder executivo, seja no poder de sanção. O Estado não pode perder de vista os fins para os quais fora instituído; sua legitimidade deriva do seu real compromisso de se fazer cumprir a justiça política pela implantação de um direito legitimamente normatizado; logo, o Estado deve acautelar-se, de sobremodo, para não comprometer seus fins

nos instantes em que participa de arranjos corporativistas. O princípio da separação entre Estado e sociedade tem como lema conservar a ideia de uma organização do Estado de direito, pretendendo, com isso, fortalecer a auto-organização política autônoma de uma comunidade que se constitui e se mantém, via sistema de direitos, como uma associação de membros livres e iguais do direito. A instituição do Estado de direito deve garantir o exercício efetivo da autonomia política de cada cidadão socialmente autônomo, de forma que o poder comunicativo de uma vontade formada, racionalmente, possa surgir e sua expressão seja reconhecida em programas legais, alcançando a sociedade na totalidade da sua esfera via aplicação racional da implementação administrativa de programas legais, desenvolvendo, plenamente, sua força de integração social - com a persecução de seus fins e estabilização de expectativas e da realização dos interesses públicos.

REFERÊNCIAS

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre facticidade e Validade**. I. 2ª Ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

_____. **A constelação pós-nacional**. *Ensaios políticos*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi. 2001.

_____. **O discurso filosófico da modernidade**. Trad. Manuel José Simões Loureiro. Lisboa: Dom Quixote. 1990.

_____. **Consciência moral e agir comunicativo**. Trad. Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1989.

POZZOLI, Lafayette. **A Dignidade Humana na Constituição Federal de 1988: Função promocional do direito**. São Paulo: Educ. 2011.

_____. **Maritain e o Direito**. São Paulo: Loyola. 2001.

SCHUMACHER, Aluisio Almeida. **Comunicação e Democracia: Fundamentos pragmático-formais e implicações jurídico-políticas da teoria da ação comunicativa**. 2000. 244. f. Tese (Doutorado em Ciências Política). Departamento de Ciências Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. Campinas, 2000.

SILVA, Luciano Braz. **CONSIDERAÇÕES DE JÜRGEN HABERMAS PARA FILOSOFIA DO DIREITO DO XXI: Os limites e possibilidades da democracia, do Estado Democrático de Direito e dos Direitos Humanos**. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito). Mestrado em Direito. Centro Universitário Eurípides de Marília. Marília, 2013.

_____. **A moral e o mundo do direito na filosofia Kantiana**. In: Seminário de Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Desenvolvimento, 6, 2012. Rio de Janeiro: Universidade Candido Mendes. 2012.

_____. **A ética no direito**. 2008. 223 f. Iniciação Científica (Filosofia do direito). Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Paulo. Marília, 2008.

WERLE, Denílson L; SOARES, Mauro V. **Política e Direito: A questão da legitimidade do poder político no Estado Democrático de Direito**. (Org.) Marcos Nobre, e Ricardo Terra. Direito e Democracia: Um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros. 2008.