

DISCURSO E DEMOCRACIA EM HABERMAS E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO A PARTIR DO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

Oneide Perius¹

Universidade Federal do Tocantins (UFT)

 <https://orcid.org/0000-0002-0298-9727>

E-mail: oneideperius@mail.uft.edu.br

Aloisio Bolwerk²

Universidade Federal do Tocantins (UFT)

 <https://orcid.org/0000-0003-4229-4337>

E-mail: bolwerk@uft.edu.br

RESUMO:

Esta pesquisa trouxe abordagens acerca do pensamento democrático habermasiano, levando em conta a teoria crítica social alinhada à corrente pós-positivista de interpretação e aplicação do Direito. Assim é que a partir da perspectiva dialética, o ensaio fez breves digressões sobre linguagem e comunicação presentes no discurso do agir comunicativo. Fora realizada debate sobre o impacto do princípio do discurso e sua dimensão valorativa na agitada e dinâmica esfera pública da ação comunicativa. Da passagem do princípio do discurso para o democrático, foram feitos comentários sobre a carga axiológica da sociedade, em sua exegese plural e desapegada do construto normativo da lei enquanto fonte unitária a lhe subsidiar. Também foram feitas distinções teóricas entre positivismo e pós-positivismo jurídico, em especial quanto a autonomia deste. Após, fez-se correlação entre o princípio democrático, enquanto teoria discursiva necessária, e o pós-positivismo jurídico e suas implicações para a construção e aplicação do Direito em consonância com a diversidade e as expectativas sociais dos sujeitos comunicantes.

PALAVRAS-CHAVE: Discurso; Democracia; Sociedade; Direito; Pós-positivismo Jurídico.

DISCOURSE AND DEMOCRACY IN HABERMAS AND THEIR IMPLICATIONS ON LAW FROM LEGAL POST-POSITIVISM

ABSTRACT:

This research brought approaches regarding habermasian democratic thought, taking into account the social critical theory aligned with the post-positivist current of interpretation and application of Law. Thus, from a dialectical perspective, the essay made brief digressions on language and communication present in the discourse of communicative action. A debate had been held on the impact of the discourse principle and its evaluative dimension in the busy and dynamic public sphere of communicative action. From the passage of the discourse principle to the democratic one, comments were made on the axiological burden of society, in its plural exegesis and detached from the normative construct of law as a unitary source to subsidize it. Theoretical distinctions were also made between legal positivism and post-positivism, especially regarding the autonomy of the latter. Afterwards, a correlation was made between the democratic principle, as a necessary discursive theory, and legal post-positivism and its implications for the construction and application of Law in accordance with the diversity and social expectations of communicative subjects.

KEYWORDS: Discourse; Democracy; Society; Right; Legal post-positivism.

¹ Doutor(a) em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Porto Alegre – RS, Brasil. Professor(a) da Universidade Federal do Tocantins (UFT), Palmas – TO, Brasil.

² Doutor(a) em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG), Belo Horizonte – MG, Brasil. Professor(a) da Universidade Federal do Tocantins (UFT), Palmas – TO, Brasil.

Notas introdutórias

A democracia se tornou, em nossos dias, uma palavra difundida e amplamente debatida. Depois de algumas décadas de relativo silêncio, dado o fato de parecer desnecessário defender a democracia ante os horrores dos regimes que veio a substituir, em nossos dias, novamente, de forma bastante virulenta, vemos ataques sistemáticos, emergência de lideranças antidemocráticas, entre outros fatos atroz. Tornou-se imperativo, portanto, do ponto de vista filosófico, retornar ao tema.

Jürgen Habermas, como é sabido, preocupa-se sobre a questão desde seus primeiros escritos. No entanto, é justamente no início dos anos 90, quando a maioria silencia depois do triunfo do modelo de democracia liberal no ocidente, que o autor se empenha em pensar radicalmente o seu significado e suas condições de possibilidade, para além da mera retórica idealista.

A partir da teoria crítica social do autor é que o presente artigo traça sua trajetória, na medida em que compreende a mutabilidade das relações sociais e capacidade de transição, suscetíveis ao tempo e ao espaço. O Direito – interpretado enquanto sistema fechado, de índole positivista, e instrumento normativo adstrito à reserva legal – já não consegue acompanhar e se adequar ao ritmo do embalo assistemático da sociedade. É neste enredo de certa “imperfeição” que se aplica a teoria discursiva e democrática no Direito, a fim de ancorar métodos e critérios interpretativos para refletir o pensar do fenômeno da dinâmica social.

A “imperfeição” aqui reportada é a que incide sobre a sociedade, decifrada enquanto fenômeno não passível de mensuração automática e muito menos recortada numa leitura acabada e revestida de completude. Trata-se, assim, de dinâmica social, na qual realizações, transformações e aspirações diversificadas se cruzam em uma ambientação democrática que se revela numa esfera pública de interações, onde o diálogo e o debate são elementos necessários para a comunicação compreensível do discurso, que se realiza pela busca dos almejos de grupos e nichos sociais que se destacam pela diversidade ética, moral, religiosa e mesmo jurídica.

Por tal, a partir de abordagem dialética, o presente artigo traz a teoria discursiva democrática de Habermas dialogada com a corrente pós-positivista de interpretação e aplicação do Direito, cuja característica ímpar reside na exegese plural e desapegada do construto normativo da lei enquanto fonte unitária ou quase que exclusiva a formar o sistema de normas.

Linguagem e comunicação em Habermas

Para o filósofo da Escola de Frankfurt a realidade das sociedades contemporâneas está sustentada numa realidade plural e pós-convencional; solo real pelo qual a teoria habermasiana se move. A partir deste norte é que o autor passou a desenvolver sua teoria do agir comunicativo.

A linguagem se tornará o ponto central de seus interesses filosóficos, especialmente após os anos oitenta, com a publicação de sua *Teoria do Agir Comunicativo*. Isto porque para Habermas os indivíduos (atores sociais) vivem em sociedades cada vez mais plurais e a comunicação, por tal, assume importância decisiva. Quando os valores que estruturam os modos de vida no interior destas sociedades já não são mais únicos e nem sequer impostos à força, então resta aos seres humanos se desentender e entender acerca deles. A comunicação, assim, é o modo como são mediadas as relações humanas contemporâneas e, por isso, também, a condição para a construção de identidade pessoal.

Habermas também disserta que a formação da consciência não se dá a partir de uma experiência privada e solitária, mas na relação com os outros no mundo social. Assim é que a

linguagem e a comunicação são realidades humanas. Não usamos a linguagem apenas para descrever um mundo já pronto e constituído. A linguagem não é mera constatação ou descrição da realidade. Através dela, agimos no mundo. Ao nos comunicarmos uns com os outros, estabelecemos o sentido da realidade para nós.

Portanto, se por um lado as descobertas contemporâneas mostram que a linguagem é muito mais do que um mero instrumento que serviria para designar objetos, por outro lado, o que Habermas pretende mostrar, é o primado ético da ação comunicativa. A linguagem possui uma característica própria de ser originalmente voltada ao entendimento. Para o autor, ninguém aceita permanecer em um processo de comunicação se a linguagem estiver sendo orientada para o engano ou para a coerção. Só há comunicação porque pressupomos a possibilidade de entendimento. Na linguagem, naturalmente, manifestamos pretensões de validade que podem ser questionadas a qualquer momento. E a tentativa de enganar ou manipular alguém sempre precisa ser dissimulada na linguagem para que tenha algum êxito.

Começa a se desenhar assim o entendimento do autor acerca da estrutura do sujeito da filosofia no mundo contemporâneo. Este sujeito, sabemos, não pode mais ser uma estrutura formal estática, tampouco um sujeito monológico fechado às relações intersubjetivas. Em cada indivíduo atuam as formas de pensamento que foram socialmente construídas. Portanto, sujeito pressupõe sempre intersubjetividade. E é neste plano da análise das relações intersubjetivas mediadas pela linguagem que Habermas vai situar a sua compreensão filosófica.

No mundo concreto, portanto, nós sujeitos nos entendemos acerca da realidade. Assim, o paradigma semântico de que a palavra do sujeito precisa estar em conformidade com a realidade externa, com o objeto, é abandonado em favor do paradigma pragmático da linguagem. Isto é, o sentido da realidade é determinado por processos abertos de comunicação onde todos possam se envolver e, inclusive, questionar os resultados. O próprio Habermas (2012, p.35,36) é bastante claro em relação a este aspecto:

Nós, ao contrário, ao adotar como ponto de partida o emprego comunicativo do saber proposicional em ações de fala, tomamos uma decisão prévia em favor de outro conceito de racionalidade, filiado a noções mais antigas do *lógos*. Esse conceito de racionalidade comunicativa traz consigo conotações que, no fundo, retrocedem à experiência central da força espontaneamente unitiva e geradora de consenso própria à fala argumentativa, em que diversos participantes superam suas concepções inicialmente subjetivas para, então, graças a concordância de convicções racionalmente motivadas, assegurar-se ao mesmo tempo da unidade do mundo objetivo e da intersubjetividade de seu contexto social.

Esta realidade de que estamos falando, no entanto, possui pelo menos três dimensões distintas. A primeira delas é a realidade externa, acerca da qual pretendemos ser verdadeiros. Pretendemos que a nossa fala esteja de acordo com o “ser-assim das coisas”. No entanto, o consenso acerca do sentido desta realidade externa substitui o clássico paradigma da verdade como adequação.

Em segundo lugar, a realidade mostra-se como o conjunto de normas implícitas e explícitas vigentes em uma determinada sociedade. E, neste sentido, pretendemos que os nossos atos de fala sejam corretos e genuínos, com amparo em norma mais ou menos explícita e que é dotada de certa autoridade. Por fim, a terceira dimensão desta realidade é a dimensão interior e subjetiva. Neste caso, pressupõe-se a pretensão de sinceridade no que se refere à realidade interna daquele que fala.

Dessa maneira, a comunicação está baseada em pretensões de validade que pressupomos quando falamos. No entanto, a qualquer tempo os envolvidos na comunidade de comunicação podem manifestar seu desacordo e colocar em dúvida ou mesmo perquirir uma ou outra destas pretensões. Neste momento de questionamento é que efetivamente se instaura um discurso.

O princípio do discurso

Para a teoria crítica social o princípio do discurso somente pode ser plenamente compreendido quando temos em mente que a realidade social é amplamente comunicativa. Os seres humanos, no dia-a-dia, comunicam-se sobre muitas questões. A linguagem é um médium de entendimento e de desentendimento. Onde não houver recurso direto à violência explícita e à coerção, a linguagem será o meio através do qual as pessoas vão estabelecer relações. E por isso mesmo, por ser marcada fundamentalmente por uma dimensão social, a linguagem nunca será algo privado.

Os indivíduos, nos atos de pensar, usam uma linguagem que se molda nas relações sociais entre seres humanos. E no ato de nos comunicarmos uns com os outros, pressupomos algumas coisas sem as quais a comunicação não continua. Esses pressupostos, fundamentos objetivos e compartilhados, são o pano de fundo sobre o qual a comunicação acontece. Quando algum destes pressupostos for questionado, suspende-se temporariamente a comunicação para que um acordo mais fundamental sobre os valores que partilhemos seja reestabelecido. O princípio do discurso refere-se a este momento da (inter)ação comunicativa.

Vejamos isso com mais detalhe nas próprias palavras de Habermas:

Durante a ação comunicativa, o mundo da vida nos enlaça no modo de uma certeza imediata, a partir da qual vivemos e falamos sem distanciamento. É possível descrever a presença do pano de fundo da ação comunicativa, que atravessa tudo, embora de maneira latente e imperceptível, como uma forma mais intensa e, ao mesmo tempo, mais deficiente, de saber e de poder. De um lado, fazemos um uso involuntário deste saber, sem saber reflexivamente que o possuímos. O que confere a este saber de fundo uma certeza absoluta. [...] nós fazemos uso deste tipo de saber sem termos consciência de que poderia ser falso (Habermas, 2020, p.56).

O que Habermas pretende destacar com isso é o fato de o saber de fundo, isto é, o conjunto de concepções de verdade e de normas morais que permitem a comunicação entre as pessoas – pois, é preciso destacar que sem esse consenso em torno deste saber de fundo não há comunicação, – nem sempre é tematizado explicitamente.

Na maioria dos casos, os processos de entendimento, isto é, de ação comunicativa, pressupõem de forma não-problemática esse saber latente e imperceptível. Mas, no limite, existe a possibilidade de uma comunicação ser interrompida a partir do momento em que os participantes terem se dado conta de que não compartilham de um entendimento prévio acerca do que é, por exemplo, correto. A tematização do saber latente, dos pressupostos da comunicação, nos lança na origem do princípio do discurso.

É importante fazer aqui uma pequena digressão. Na ética kantiana, o critério que representava o fundamento último da ação era o imperativo categórico. Vejamos, mais detalhadamente, sua formulação. Escreve Kant: “Age de tal modo que a máxima da tua vontade possa valer sempre ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal” (Kant, 1989, p.42). Ou seja, em concordância com o princípio de mudar o núcleo orientador da filosofia do objeto para o sujeito, o imperativo categórico kantiano é a reflexão monológica do sujeito racional. Este sujeito é capaz de refletir sobre o fato de sua ação poder ou não ser universalizada.

Sabemos que para Habermas essa ideia passa a ser profundamente problemática porque o filósofo de Frankfurt aceita os objetivos gerais de fundamentação da ética, no entanto, estabelece novos parâmetros de como isso deve ser feito, e assim dois princípios discursivos

serão estabelecidos. Isto mantém alguns aspectos relevantes da filosofia kantiana, mas modifica profundamente seu procedimento.

O que é mantido na perspectiva habermasiana é o caráter universalista da ética kantiana. Na ética do discurso, só se justifica uma determinada norma na medida em que ela pode ser aceita, sem nenhuma espécie de coerção, por todos os concernidos em um discurso. Ou seja, na medida em que todos têm direito à voz ativa, a universalidade será a característica de um consenso não-violento. Este princípio da universalidade, assim, é reforçado por Habermas (1989, p.86,87) e definido da seguinte maneira:

Introduzi “U” como uma regra de argumentação que possibilita o acordo em *discursos práticos* sempre que as matérias possam ser regradas no interesse igual de todos os concernidos. É com a fundamentação deste princípio – ponte que poderemos dar o passo para a ética do discurso. (*Grifamos*).

A diferença entre um discurso teórico e um discurso prático, já que este termo está em destaque na citação que acabamos de fazer, é o fato de que um discurso teórico tematiza a concepção de verdade pressuposta por um determinado ato de fala. Por outro lado, um discurso prático pressupõe determinadas normas tidas como aceitas. Quando estas normas implícitas em uma argumentação são questionadas, inicia-se um discurso prático. Portanto, em ambos, o princípio de universalização, “U”, se aplica e garante em última análise a sua fundamentação.

No entanto, a forma como se fundamenta este princípio de universalidade é bastante distinta da forma kantiana. Para o filósofo de Königsberg, a forma é monológica, isto é, posso agir de determinada maneira quando a máxima de ação que eu aceito como válida pode ser universalizada. Ou seja, o próprio sujeito é quem determina o que é universalizável. Na ética habermasiana, por sua vez, já se está consciente dos desenvolvimentos da filosofia pós-kantiana que mostram que o sujeito, fechado em seu próprio mundo, jamais pode se colocar no lugar do outro. Além disso, jamais poderá deixar de pensar a partir de um certo lugar. Uma determinada particularidade cultural, portanto, se esconde sob o caráter aparentemente universal deste sujeito abstrato. Desse modo, Habermas precisa pensar num princípio complementar que seja capaz de contornar essa dificuldade. Neste momento entra em cena o princípio do discurso, o princípio “D”.

Vejamos a formulação de Habermas: “só podem reclamar validade as normas que encontrem (ou possam encontrar) o assentimento de todos os concernidos enquanto participantes de um Discurso prático” (1989, p.116). de forma mais detida, esclarece o professor de Frankfurt:

Ao invés de prescrever a todos os demais como válida uma máxima que eu quero que seja uma lei universal, tenho que apresentar minha máxima para todos os demais para o exame discursivo de sua pretensão de universalidade. O peso desloca-se daquilo que cada (indivíduo) pode querer sem contradição como lei universal para aquilo que todos querem de comum acordo reconhecer como norma universal (Habermas, 1989, p.88).

Portanto, em última instância, a fundamentação do princípio do discurso se dá através da linguagem, que garante que o indivíduo não seja entendido como uma ilha isolada dos outros na realidade social. E, pelo fato de os valores e concepções que compartilhamos serem linguisticamente constituídos, podemos afirmar que o entendimento e o consenso em torno de tal pano de fundo estão sempre abertos para revisões e reconsiderações. O horizonte do consenso, do entendimento básico que torna a comunicação possível, é sempre um pano de fundo ao mesmo tempo em que é um objetivo.

No entanto, as concepções discursivas da verdade e da moral, para Habermas, não significam uma crença ingênua em uma capacidade de estabelecer consensos sem coerção no âmbito das sociedades plurais e contemporâneas. Certamente, quando olhamos para a nossa realidade, vemos poucos consensos com tais características. Na maior parte das vezes, vemos a imposição de determinados valores por parte de grupos sociais dominantes. Seria a ética do discurso de Habermas eficaz para enfrentar esta realidade?

Ora, é preciso recordar que a filosofia habermasiana está inscrita no quadro geral da tradição da teoria crítica da sociedade. Isto é, em síntese, o que tais teorias buscam é um critério imanente à própria realidade com a qual esta possa ser avaliada. O pressuposto do entendimento através da linguagem, assim, caracteriza-se como critério ético sempre presente na realidade que nos ajuda a fazer a crítica de qualquer pseudoconsenso. A teoria crítica social, em outras palavras, pretende compreender profundamente a lógica constitutiva da sociedade e, ao mesmo tempo, mapear a potência crítica que esta mesma sociedade desenvolve. Com isso, os próprios atores envolvidos na realidade concreta terão diante de si um conhecimento esclarecido dos pressupostos e das lógicas que estruturam as suas ações.

No entanto, se o discurso é o mecanismo através do qual podemos rever e reavaliar nossos acordos acerca de valores e de concepções de verdade, será preciso agora especificar o discurso democrático no contexto da Teoria do Direito sob a perspectiva pós-positivista de interpretação.

O discurso democrático

Alessandro Pinzani (2009) aponta muito bem o contexto do nascimento do escrito fundamental de Habermas sobre o direito: *Facticidade e Validade*, publicado originalmente em 1992. E o contexto, como se pode perceber pela data da publicação, é o da queda do muro de Berlim. Isto é, o modelo político de um Estado liberal – que até 1989 defrontava-se com um modelo autointitulado socialista –, agora se tornara modelo único, não se considerando para tal pequenas nações ocidentais pouco relevantes para a geopolítica atual.

Claramente, a leitura de Habermas está circunscrita à realidade política do ocidente. Uma vez que o Estado democrático do direito liberal é o futuro que temos diante de nós, será a partir desta realidade concreta que o filósofo alemão irá pensar. E isto por um motivo muito preciso, qual seja, o início dos anos 90 começa com uma afirmação extremamente poderosa da globalização e da expansão dos mercados em nível mundial. E com isso se desenha a seguinte situação: por um lado temos a promessa da efetivação plena dos Estados democráticos de direito liberais e, por outro, um sistema de mercado cada vez mais forte, impositivo e que passa a retirar de forma crescente a autonomia destes entes políticos, bem como dos indivíduos no interior destas sociedades.

Ou seja, um modelo atualizado da tensão entre a racionalidade estratégico-instrumental de mercado e a racionalidade comunicativa dos atores sociais começa a se evidenciar na realidade contemporânea. Este é o contexto inicial a partir do qual o conceito de democracia será tematizado. E a partir dele, inclusive, poderá ser compreendida a tese central da obra de Habermas (2020, p. 29): “não é possível haver e nem preservar o Estado de Direito sem democracia radical”.

Sabe-se que Habermas, antes da publicação do livro *Facticidade e Validade*, adotava em relação à compreensão do Direito um paradigma de fundo marxista. E o que isto significa? Basicamente, significa entender o “direito privado como um sistema de normas moldado pelas necessidades da atividade econômica capitalista” (Pinzani, 2009, p.137). Este é um horizonte

de leitura muito importante que, de modo algum, é simplesmente abandonado. O carácter crítico e emancipatório permanecem. No entanto, pela importância que assume o Direito nas sociedades plurais e contemporâneas, será preciso fazer uma análise mais detalhada e interna do fenómeno.

Em primeiro lugar, será necessário mostrar que nas sociedades que abandonam as tradições éticas metafísicas como autoridades e fontes diretas da organização e da integração sociais – isto é, onde determinado conjunto de valores se impunha de uma forma absoluta – o Direito passa a assumir uma importante função enquanto sistema normativo compartilhado. A moralidade, no âmbito do Direito, dá espaço à legalidade.

No entanto, muitas demandas morais, por exemplo, a defesa de direitos fundamentais, ainda sobrevivem no interior do Direito. Este, em outras palavras, se torna um importante espaço para entender a realidade contemporânea, seus desafios e suas expectativas emancipatórias. A tensão entre a facticidade, ou seja, o carácter coercitivo da lei que obriga alguém a agir de determinada maneira, e a validade, isto é, o carácter racionalmente justificado e compartilhado do Direito por parte dos atores sociais, precisará ser explorado.

Suzana de Alvarenga Lourete (2019, p.74,75), numa significativa análise do pensamento de Jürgen Habermas, escreve:

Com a secularização e o crescente multiculturalismo das sociedades modernas, o direito surge como um mecanismo estabilizador do risco de dissenso sempre presente, que emerge quando se aciona o princípio do discurso. Por meio da procedimentalidade da teoria do discurso, também aplicada às normas jurídicas através do princípio da democracia, a promoção do consenso só é possível após uma agudização do dissenso. Isso porque, a vitória do melhor argumento possível, racionalmente fundamentado, de forma não-coercitiva, necessariamente, passa pela seara extrema do debate. Assim, passa-se à análise do papel das normas jurídicas na teoria do discurso.

A teoria discursiva do Direito, mostra que este é o resultado concreto de um processo de interação no âmbito da sociedade. As normas jurídicas expressam, ainda que provisoriamente, o consenso a que se chegou no âmbito social. A esfera pública atuante precisa ser o pressuposto para que a formação discursiva do Direito seja realmente efetiva. O princípio democrático, assim, se torna o fundamento da legitimidade do Direito em si. Isto não significa que o consenso seja a marca fundamental de uma sociedade. O dissenso, pelo contrário, mostra sua maior vitalidade. Um debate público e aberto, não-coercitivo, precisa ser possível e encorajado no âmbito da esfera pública. Vejamos, neste sentido, as palavras do próprio Habermas (2020, p.170,171):

A ideia de autolegislação *dos cidadãos* exige que aqueles que estão submetidos ao direito como seus destinatários possam simultaneamente se entender como seus autores. [...] Apenas a criação *politicamente autônoma* do direito possibilita àqueles que são também os seus destinatários uma compreensão correta da ordem jurídica em seu todo. Pois o direito legítimo só é compatível com um modo de coerção jurídica que não destrua os motivos racionais de obediência ao direito. (*Grifos do autor*).

O que Habermas pretende destacar com isso é a presença do princípio do discurso numa atmosfera democrática, em especial numa atmosfera democrática de construção do Direito, isto é, das normas jurídicas.

Se nas relações interpessoais cotidianas nos comunicamos e, por vezes, problematizamos os pressupostos desta comunicação, instaurando momentos discursivos; no âmbito do Direito, ao seu turno, se não nos contentarmos em entendê-lo como uma mera imposição fática,

também poderá ocorrer o mesmo. As normas jurídicas podem, a qualquer momento, ser questionadas no âmbito da esfera pública. O campo político democrático é, portanto, o fundamento da validade da racionalidade do Direito. Uma sociedade que bloqueia o debate público e aberto em torno das normas jurídicas positivadas não passará de Estado de Direito baseado em coerção. Assim, se mostra como Habermas entende a tese fundamental de seu estudo, anteriormente destacada. Sem o princípio democrático radicalmente respeitado, não há possibilidade de haver e nem preservar o Estado de Direito.

O filósofo alemão detalha melhor esta questão:

O Estado democrático de direito se tornou um projeto, ao mesmo tempo resultado e acelerador de uma racionalização do mundo da vida que vai muito além do aspecto político. O verdadeiro conteúdo deste projeto é a institucionalização gradualmente melhorada dos procedimentos de formação coletiva racional da vontade, os quais não podem prejudicar os objetivos concretos dos participantes. Cada passo nesse caminho tem repercussões sobre a cultura política e sobre as formas de vida. Porém, por outro lado, sem a contrapartida de uma cultura política e de formas de vida racionalizadas, não poderiam surgir formas de comunicação adequadas à razão prática. (Habermas, 2020, p.651).

O que se observa, portanto, é que o círculo vicioso de uma imposição coercitiva do Direito geraria um empobrecimento da dimensão política e da formação racional da vontade, com todas as consequências catastróficas que daí poderiam advir. E, nesta medida, é que precisa ser substituído pelo círculo virtuoso de uma valorização e institucionalização de procedimentos coletivos de formação racional da vontade. Isso, sem dúvida, poderá contribuir para formação e consolidação de uma cultura política cada vez mais ativa. Em tempos nos quais a sociedade administrada, isto é, onde a lógica administrativa e burocrática tende cada vez mais a se fechar à opinião pública, este é um desafio extremamente relevante. Ainda é preciso destacar que para Habermas este é o caminho, o projeto, mas de modo algum o resultado consolidado.

Pós-positivismo jurídico enquanto discurso democrático do Direito

Antes de dissertar sobre a temática do tópico é preciso abrir breves parênteses para abordar o recorrente questionamento quanto à autonomia do pós-positivismo jurídico. E para sustentar a autonomia da corrente dentro do campo da Teoria do Direito é preciso fazer contraponto argumentativo com o positivismo jurídico; cujo crescimento se assentou nas modernas concepções de sociedades capitalistas e na consolidação das perspectivas racionalistas de justificação do Direito. A culminância deste processo de absorção do jurídico pelo Estado se deu num movimento de gradual codificação, inspirado na sistematicidade científica, que desabrochou na Europa desde meados do século XVIII, e se consolidou na França do século XIX.

Este contexto social e político favorecia o culto à legislação, cuja hermenêutica se desenvolvia seguindo os ditames e dogmas das ciências exatas, lastreadas pela neutralidade e previsibilidade. O aparecimento dos códigos, nessa esteira, encarnava uma dupla função pois, de um lado materializavam a razão porque eram declaradamente construídos por juristas técnicos, considerados, assim, obras de elevada elaboração científica; de outro lado, materializavam a vontade geral, porque traduziam a marca da soberania popular representada pela legitimidade do Poder do Estado.

A teoria pós-positivista, ao contrário do que se possa pensar, não se estrutura numa mera revisão dos elementos constantes da noção de positivismo. Em verdade, o pós-positivismo jurídico

está alicerçado em estudos distintos e que visam interpretações e diálogos entre valores, princípios e regras.

Além disso, refina sua hermenêutica na medida em que inclui reflexões sobre ideais e parâmetros de justiça. Trata-se, assim, de uma tentativa de superação do estrito legalismo, sem a intenção de desprezar o texto legal no que tange sua existência, validade e legitimidade.

É possível afirmar que o pós-positivismo se trata de corrente do Direito que levanta problemas³ sobre as teses centrais do positivismo jurídico. Estuda e analisa os conceitos deste pensamento para criticá-los, impugná-los ou mesmo para promover nova leitura interpretativa. O seu eixo de investigação é aberto e parte da questão da positividade do Direito, trazendo à baila discussão sobre sua inerente normatividade pela qual se estabelece divisão entre o mundo do “Ser” e do “Dever-ser”. Noutros termos, corresponde à teoria da norma jurídica adotada pelo positivismo jurídico e cuja releitura é proposta pelo pós-positivismo na medida em que ela afasta o Direito da realidade mesma.

O presente ensaio não pretende abandonar o positivismo no sentido de “jogar fora” o seu legado. Tal circunstância realmente seria um desrespeito e desmerecimento ao seu contributo social, jurídico e acadêmico; mas aproveitá-lo para novas formulações, pois aquilo que se passa hoje é fruto do que já foi, e a história nos ensina isto.

A reconstrução, assim, não significa que o pós-positivismo seja apenas uma revisão do positivismo. Fato é que são duas correntes do Direito dotadas de autonomia, calcadas em principiologia e metodologias próprias e distintas, o que lhes garante autenticidade acadêmica.

E quanto à teoria do discurso, é possível afirmar que o pós-positivismo é a corrente que enseja maior embalço a partir dos princípios democráticos, uma vez que apura novos conceitos epistemológicos e roteiros axiológicos e, por meio da análise orgânica do Direito enquanto sistema, procurou assumir compromisso com a prática e a operacionalidade, encontrando na correção normativa o mecanismo para dar sustentação à validade e à eficácia da norma, vista agora sob a ótica dos valores incidentes numa sociedade que se mostra aberta e plural.

Contudo, pelo viés democrático de construção do Direito, é equivocada a configuração que se atribui ao pós-positivismo ao tentar enquadrá-lo enquanto corrente interpretativa que peca pela abstração e que por tal pode recair excessivamente no campo metafísico. Outra ponderação capciosa é sobre a exegese que resume o pós-positivismo em modelo jurídico que enseja mera transcendência não fundamentada de normas, e que em razão de uma excessiva interpretação “valorativa”, busca incessantemente algum resultado minimamente justo ou adequado.

O desacerto destas reflexões se dá porque a corrente é facilmente confundida com a matéria-prima com a qual trabalha, cuja epistemologia está assentada no reconhecimento de valores partilhados numa sociedade democrática aberta e plural. Valores estes, que compõem o sistema jurídico, que já não está mais limitado apenas às regras positivadas em um texto normativo específico. Em verdade, sua dimensão axiológica encontra arrimo na estrutura dinâmica da norma jurídica, a partir da qual apoia a tese de que os elementos da formação do Direito devem estabelecer comunicação com os elementos da realidade (Müller, 2008, p. 119). Portanto, ao apoiar a tese da comunicação, permite que as fontes (instrumentos de aplicação) do Direito sejam projetadas e aplicadas para a realidade social. Cuida-se, assim, de genuína teoria a fundamentar e discutir os resultados alcançados pelo sistema jurídico-normativo.

O modelo da positividade de índole mecânica, neutra e que termina por se desviar da realidade é o que o pós-positivismo questiona; isto é, o “apartheid” desencadeado pelo positivismo estruturante e sistematizador entre o “Ser” e o “Dever-ser” gera desconforto e até certa adversidade entre norma e realidade social. Assim, na tentativa de reverter esta hermenêutica é

³ A problematização e o debate fazem parte do círculo hermenêutico interpretativo do pós-positivismo

que a concepção pós-positivista passa a reconhecer os nexos materiais que ligam Direito e sociedade a partir de leitura aberta e realística da fenomenologia social.

Para restabelecer este liame é que a validade da norma escrita, dada pela positividade (e neste aspecto nota-se que o pós-positivismo não almeja desconstruir o positivismo, pois não abandona a ideia de norma posta pela vontade Estatal, desde que insere num espaço Democrático de Direito), diferencia-se da normatividade, esta sim revestida de normas jurídicas (Müller, 2008, p. 209).

Neste compasso, para o pós-positivismo o processo de formação da norma jurídica se dá a partir da aproximação entre esses dois mundos, ou seja, da norma diante de casos concretos. A positividade do texto continua sendo um imperativo do Estado de Direito, devendo ser respeitada como limite material da atividade jurídica interpretativa e, neste aspecto, razão assiste ao positivismo ao defender a sua validade. Todavia, isso não é suficiente para a efetiva existência de uma norma jurídica. Assim é que a atuação do pós-positivismo ganha roupagem funcional em prol da realização prática do Direito.

A concretização da norma não remete à falsa ideia de abandono do tecnicismo positivista, isto é, da busca pela legalidade. Ao contrário disso, o pós-positivismo também visa a objetividade quando da aplicação do Direito, porém, mediante juízo de adequação entre a natureza da norma jurídica e a situação fática específica, respeitando esta exegese a pluralidade e abertura sistêmica.

Por este prisma, há de se notar que a presença do pós-positivismo também se afigura insere no Estado Democrático de Direito, e a elaboração e leitura do conteúdo jurídico requer ambiente de participação e comunicação, sob pena de se recair em certo autoritarismo. Em outros termos, o que se quer dizer é que ao pós-positivismo, enquanto corrente interpretativa, se atribui a função democrática de construção do Direito como instrumento necessário para a edificação do sistema normativo. Contudo, tal realização deve necessariamente se consubstanciar com os ideais da sociedade em que se insere, cuja participação e interação entre os atores é fundamental, pois o contrário resulta em potencial violência provocada pelo Estado, presente, principalmente, através da construção de textos normativos de ideologia monológica e unilateral. Assim, a ideia do pós-positivismo de construção jurídica recorre ao ideal de racionalidade e clareza, de modo que possa sofrer controle por parte dos destinatários, sob a forma de vigilância política.

Interessante ponderar que a corrente positivista, ao pretender criar uma Ciência do Direito “pura” ou reduzir o pensamento jurídico à exegese de textos legais, tinha também esta pretensão de objetividade, e não a de fomentar a existência de Estados autoritários ou totalitaristas. Todavia, a fórmula simplificadora do positivismo é facilmente adotada por estes regimes em virtude de seus aspectos unilaterais sobre poder e vontade dos Estados, bem como por conta da metodologia dedutiva que se utiliza da técnica da subsunção da norma de forma impositiva e inquestionável.

Este trabalho não procura fazer nenhuma afirmação de que o positivismo seja fomentador de tais regimes políticos de governo; mas é fato que a hermenêutica empreendida pelo positivismo do Estado liberal não promovia a ação comunicativa entre Estado e destinatários, e tampouco possibilitava a participação efetiva do cidadão para a construção do arcabouço normativo, cujo conteúdo era preenchido somente pela vontade unilateral estatal.

A comunicação defendida pelo pós-positivismo é essencial para promover o espaço democrático e o debate que ele propicia, principalmente porque se trata do processo de elaboração e estruturação das normas. A legitimidade, assim, fica atrelada à ação comunicativa e discussão entre Estado e destinatários, sob pena de não ser válida a norma, ainda que existente no plano jurídico.

Neste lastro é que reside a maior contribuição da corrente pós-positivista, pois o diálogo inerente à “sociedade aberta” torna-se singular na medida em que propicia transparência e se mostra como elemento de justificação racional a legitimar a existência e a validade da norma; além, é claro, de fomentar a democracia no que se refere ao processo de elaboração do sistema jurídico. Em linhas gerais, o processo de estruturação e edificação das normas não perde o caráter democrático que orienta a positividade do texto e que funciona como instrumento balizador do trabalho jurídico.

A construção normativa alçada pelo pós-positivismo entende que o conceito, extensão e a força normativa da norma não estão atrelados somente ao texto da lei, fazendo-se necessária a conexão entre texto e realidade, aliada à atividade interpretativa que lhe dá tonalidade, sentido e concretização. Ademais, o elo de conectividade não pode estar perdido no tempo e no espaço, isto é, a conexão somente repercutirá seus efeitos materiais quando esta ligação se pautar pelo contexto histórico e social a partir de critério dialético e da análise material. O conteúdo normativo ensejado pelo pós-positivismo exige o cumprimento do requisito temporalidade, até mesmo para que a norma cumpra seus efeitos sociais e jurídicos de operacionalidade.

É de se notar que a edificação do arcabouço normativo leva em conta a experiência jurídica; experiência que não pode descartar a problemática presente em questões sociais e políticas. A significação que se atribui à análise histórica é imprescindível para que as prescrições jurídicas tenham efetividade. Porém, aqui, reside prudente crítica ao pós-positivismo porque a ausência de refinamento de fontes pode ensejar a estruturação de um sistema demasiadamente aberto e, via de consequência, instável. Certo é que as fontes são importantes neste processo de construção na medida em que não singularizam o sistema de normas, mas a excessiva pluralização também pode servir de entrave para a formação da segurança que delas se espera.

A solução para esta celeuma encontra arrimo na técnica de objetivação e disciplina de seleção das fontes, a qual Friedrich Müller denomina de “concretização” (2008, p. 67). Para explicar, o autor adota metodologia indutiva e realça a interdependência entre norma e realidade no que toca o processo de elaboração da norma em consonância com a realidade.

Para a consecução objetiva deste liame, faz-se necessário que a formação do pensamento jurídico seja orientada pelos dados reais de incidência social e que a norma não seja afastada de tais dados para compor seu arcabouço jurídico. Ou seja, as informações reais que serão utilizadas como fontes correspondem àquelas que efetivamente comportam a resposta fruto da dialética fomentada pelo fenômeno social; assim, a filtragem se faz pela inserção controlada delas no processo de decisão (Müller, 2008, p. 64). Impacto e incidência social, repercussão jurídica, fundamentalidade do bem da vida violado, potencial irradiação do conteúdo no sistema jurídico, todas estas circunstâncias devem ser observadas a fim de dar suporte e afinação ao diálogo entre texto da norma e realidade para fins de edificação e estruturação do aporte normativo.

Considerações finais

A filosofia habermasiana está diretamente vinculada à teoria crítica da sociedade. O que esta tradição de pensamento preza, fundamentalmente, é a capacidade de a filosofia não apenas fornecer as categorias com as quais possamos compreender a realidade de nosso tempo, mas também tornar legíveis critérios com os quais esta realidade possa ser criticada.

A filosofia, em outras palavras, mantém sempre uma reserva de negatividade para com o existente. Não pretende ser um discurso apologético. Ao invés disso, pretende ser capaz de sistematizar o descontentamento dos atores sociais e, a partir disso, trazer à tona os elementos da crítica.

Em nossa época, este exercício revela-se mais do que necessário, fundamental. A ampliação do poder do mercado e sua influência decisiva no campo da política, acarretando um estreitamento cada vez maior da esfera pública autônoma, revela-se um efeito danoso deste processo de colonização do mundo da vida pela racionalidade sistêmica.

Ora, é preciso realçar que é na esfera pública⁴ que se manifesta a insatisfação social, que se apresenta a discussão e o debate – também o informalizado – que as sugestões, convergências ou divergências se condensam. Os participantes nela interagem, buscam soluções, ainda que a proposta de resolução seja limitada. Contudo, a atuação dos atores ganha contornos mais pujantes ao exercerem função fiscalizadora, verdadeiros agentes de controle sobre a ação da autoridade política.

Trata-se de espaço que genuinamente emerge da espontaneidade social, sem necessidade de configurações específicas ou aportes burocráticos. Nasce da vontade social, comunicativamente dissolvida. Suas competências e funções não precisam ser escalonadas ou procedimentalizadas. A inserção é livre e deliberada, não se exigindo ritualizações autorizativas para a inserção de novos sujeitos. Uma das peculiaridades da esfera pública é justamente a ausência de rígidos limites externos, bastando para sua caracterização a abertura de espaço de comunicação que enseje uma intersubjetividade compartilhada, ou seja, o diálogo entre os atores comunicantes e não mera observação ou aceitação passiva do discurso.

No entanto, na contramão disso, quanto mais as condições objetivas de fortalecimento dos processos de interação comunicativa e de formação racional da vontade, no âmbito público, estão em declínio, mais se torna necessária uma abordagem exigente e bem fundamentada que possa nos fazer perceber as limitações objetivas e a fragilidade de nossas democracias deliberativas, ao mesmo tempo que apresenta, de forma positiva, uma agenda concreta de formação política.

No que tange à teoria discursiva do Direito, as normas são expressões (manifestações positivadas) de certo consenso que fora forjado no esteio social. Por tal, o debate dentro da esfera pública precisa ser a proposição necessária para a formação discursiva, uma vez que o princípio democrático passa a se tornar o fundamento da legitimidade do Direito em si. Para que tal processo ocorra, faz-se necessária a construção dinâmica de um círculo virtuoso que atue em prol de procedimentos coletivos de formação racional da vontade no campo jurídico-normativo.

A compreensão e construção do Direito, neste sentido, assenta-se numa concepção democrática e que visa a transparência das ações legiferantes de uma maneira geral e de dialética na comunicação entre os sujeitos envolvidos (atores sociais e políticos). É a partir deste contexto que se lança o pós-positivismo enquanto corrente jurídica que se ajusta, ao nosso entender de forma mais acertada, à proposta democrática de edificação do corpo de normas, uma vez que propicia aproximação entre realidade jurídico-normativa e realidade social recorrente e incidente.

Por meio de uma racionalidade é possível afirmar que o pós-positivismo utiliza de produto fruto da fenomenologia social e da construção histórica, haja vista que a configuração dos direitos se processa a partir da realidade e dos valores circundantes de determinada sociedade, estabelecendo verdadeira comunicação discursiva na medida em que a interpretação da norma não é mais algo pertencente à alçada exclusiva do Estado, mas sim partilhada com a sociedade.

Quanto à interpretação, esta tem como pressuposto processo analítico amplo entre os sujeitos, cuja abertura não está suscetível à recepção de meros comandos a demandar o

⁴ Habermas não se preocupa em conceituar a expressão “esfera pública”, mas sim em apresentar sua natureza funcional em relação à sociedade e aos fatos sociais.

preenchimento do sistema, como se este fosse algo estático e sem qualquer critério metodológico de absorção de informações ou conteúdo. Ao contrário, ao se permitir a expansão, o sistema se mostra dinâmico e não é isento de metodologia, muito menos adota postura passiva em relação à participação ativa dos integrantes. A interação é em verdade a força necessária para que ele se promova e se desenvolva, sendo múltiplas as alternativas de integração entre o sistema aberto e os participantes

Neste sentido, a edificação do Direito precisa se ajustar à perspectiva democrática de construção do seu arcabouço jurídico. Um tecido normativo que é elaborado a partir da interação entre os vários participantes, num diálogo constante, que se mostra e faz realizar o Direito a partir de verdadeiro movimento vertical cujo arranjo aponta numa direção (seta) que se inicia de baixo para cima, uma vez que a matéria-prima a ser colhida para a edificação das normas encontra sua base na dialética social e na pluralidade intrínseca da atmosfera democrática.

E, em razão de seus valores e ótica variada de interpretação, a corrente do pós-positivismo jurídico é a que mais prudentemente se coaduna com a ideia de consumação de Direito sob a perspectiva da comunicação e do discurso democrático, capaz de fomentar produto jurídico que subjaz pela procura do acontecimento fático a fim de apresentar resultado efetivo e concretista ante o que fora dialetizado e construído pelos interesses sociais.

Referências

- HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. (Trad: Guido Antônio de Almeida). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e Validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Trad: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: UNESP, 2020.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo: racionalidade da ação e racionalidade social*. Trad: Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Trad.: Manuela Pinto e Alexandre Morujão. 5.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001
- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Lisboa: Edições 70, 1989.
- LOURETE, Suzana de Alvarenga. *A legitimidade dos direitos humanos em Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Tradução de Peter Naumann; Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009.

Contribuição dos(as) autores(as) / Author's Contributions: Oneide Perius e Aloisio Bolwerk participaram da pesquisa, da discussão e da redação do artigo. Ambos(as) aceitaram e aprovaram a versão final do texto.

Autor(a) para correspondência / Corresponding author: Aloisio Bolwerk. bolwerk@uft.edu.br