

MARTINI, Alexandre Jaenisch; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. A teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas: considerações acerca das suas insuficiências à luz do substancialismo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.3, 3º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoeopolitica - ISSN 1980-7791

A TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO DE JÜRGEN HABERMAS: considerações acerca das suas insuficiências à luz do substancialismo

**Alexandre Jaenisch Martini¹
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth²**

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Breves Considerações Sobre o Pensamento de Jürgen Habermas; 3 Notas Sobre a Teoria Discursiva do Direito Habermasiana; 4 as Críticas a Habermas Sob a Luz do Substancialismo; 5 Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas

RESUMO

O artigo aborda a teoria discursiva do Direito proposta na obra do pensador Jürgen Habermas. Primeiramente são traçadas algumas considerações gerais acerca da vida e obra do autor, de forma a contextualizar seu pensamento e buscar compreender a teoria da ação comunicativa. Em seguida, busca-se analisar a problemática que envolve a aplicação da teoria do agir comunicativo ao Direito. Por fim, em um terceiro momento, procura-se, à luz do substancialismo, demonstrar as insuficiências da teoria discursiva do Direito habermasiana para superar os problemas representados pelo déficit social e democrático brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Habermas; Ação comunicativa; Substancialismo.

RESUMEN

El artículo aborda la teoría discursiva del Derecho propuesta en la obra del pensador Jürgen Habermas. En primer lugar se esbozan algunas consideraciones generales acerca de la vida y obra del autor, para contextualizar su pensamiento e intentar comprender la teoría de la acción comunicativa. A continuación, se intenta analizar la problemática que involucra la aplicación al Derecho de la teoría del actuar comunicativo. Por último, en el tercer momento, se pretende, a la luz del sustancialismo, demostrar las insuficiencias de la teoría discursiva del

¹ Advogado. Especialista em Direito Processual: Interesses Difusos e Coletivos pela Universidade da Amazônia – UNAMA. Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

² Advogado. Professor do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela UNIJUÍ. Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Bolsista CAPES.

MARTINI, Alexandre Jaenisch; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. A teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas: considerações acerca das suas insuficiências à luz do substancialismo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.3, 3º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Derecho habermasiana para superar los problemas representados por el déficit social y democrático brasileño.

PALABRAS CLAVE: Habermas; Acción comunicativa; Sustancialismo.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo empreender uma análise da teoria discursiva do Direito habermasiana. Para a consecução deste objetivo, busca-se, primeiramente (tópico 2), diante da vastidão de assuntos que o pensamento de Habermas abarca, contextualizar o autor, apresentando alguns aspectos relacionados à sua biografia e aos aspectos mais relevantes da sua obra, em especial os que dizem respeito à teoria do agir comunicativo.

Em um segundo momento (tópico 3), parte-se para a análise da teoria discursiva do Direito propriamente dita, buscando-se demonstrar de que forma Habermas propõe a aplicação da ação comunicativa ao Direito.

Por fim, em um terceiro momento (tópico 4), busca-se, à luz do substancialismo, tecer algumas considerações de índole crítica acerca da teoria discursiva habermasiana, de forma a demonstrar suas insuficiências diante do quadro de déficit democrático que a sociedade brasileira apresenta.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PENSAMENTO DE JÜRGEN HABERMAS

A vastidão dos temas abarcados na obra de Jürgen Habermas não permite senão uma *aproximação* ao seu pensamento. Justamente em virtude disso é que, antes de adentrar o objetivo central deste trabalho, qual seja, a teoria discursiva do Direito desenvolvida por Habermas, revela-se importante contextualizar o autor, tecendo algumas considerações gerais a seu respeito e da sua obra.

Habermas encontra-se ligado à Escola de Frankfurt – denominação posteriormente atribuída ao Instituto de Pesquisa Social criado junto à

MARTINI, Alexandre Jaenisch; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. A teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas: considerações acerca das suas insuficiências à luz do substancialismo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.3, 3º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Universidade de Frankfurt-am-Main, na Alemanha, no início do século XX, sob a direção de Carl Grünberg – que reunia pensadores de tendência marxista cujas pesquisas centravam-se na questão da emancipação humana por meio da ciência social reflexiva, focada na experiência da classe trabalhadora (LEAL, 2006).

Habermas busca dar continuidade ao processo de construção do projeto inacabado da modernidade, acreditando no progresso da razão, mas de uma *razão crítica*, ou seja, uma razão “que se sabe finita, que se sabe histórica, que se sabe não-todo-poderosa, que se sabe também ligada sempre a eventos concretos singulares e que precisa, sobretudo, dar um caráter de universalidade a estes eventos para que exista um conhecimento válido, um conhecimento que se sustente a si mesmo.” (STEIN, 2001, p. 24-25).

É possível dividir a obra habermasiana em três fases distintas: a primeira, de índole eminentemente epistemológica, é marcada pela crítica à neutralidade científica; a segunda, pela preocupação com as situações de alienação e despolitização humanas; e a terceira, pela busca da sistematização dos resultados obtidos nas pesquisas da primeira e segunda fases por meio da aplicação da teoria do agir comunicativo ao Direito.

No período que se pode denominar como sua “primeira fase” teórica, Habermas vai se ocupar em demonstrar as insuficiências do empirismo puro, buscando a substituição de todo e qualquer enfoque objetivante típico da neutralidade científica pela compreensão, ou seja, pela imersão do intérprete no seu objeto de estudo (LEAL, 2006). Isso porque, na ótica habermasiana, a idéia de “neutralidade” conduziria à desumanização da ciência e à sua desconexão com a realidade, impondo uma forma de saber único, calcado no método matemático (SOUZA CRUZ, 2006).

Em virtude dessa compreensão, por meio da chamada *teoria dos interesses imanentes*, Habermas empenha-se em demonstrar que todo processo cognitivo baseia-se em um interesse condutor que o orienta, dirige e comanda, ainda que isso não seja explicitamente reconhecido. Diante destas constatações é que Habermas propõe uma ampliação dos espaços de discussão científicos, bem

MARTINI, Alexandre Jaenisch; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. A teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas: considerações acerca das suas insuficiências à luz do substancialismo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.3, 3º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

como uma tradução do saber técnico de forma a torná-lo acessível a todos, tanto aos mandatários do povo quanto ao próprio povo (SOUZA CRUZ, 2006).

No período que pode ser denominado como “segunda fase” da sua obra, Habermas passa a questionar as formas por meio das quais se torna possível a libertação humana de situações de alienação e despolitização. É nessa fase que o autor propõe um modelo de gestão comunicativa do poder como instrumento para a emancipação humana, o qual é fundado não mais na transferência do poder político para instâncias representativas, mas sim na assunção desse poder pela cidadania, considerada enquanto núcleo do cenário societal (LEAL, 2006).

É nessa fase que surge a *teoria do agir comunicativo*, por meio da qual Habermas propõe uma teoria pragmática da linguagem que viabilize a compreensão da filosofia como uma espécie de processo de cooperação dialética, coletiva e interdisciplinar. É a inclusão do outro, na ótica habermasiana, a forma por excelência de se legitimar as relações sociais, sendo justamente a linguagem o processo que envolve a capacidade de falar e de ouvir (SOUZA CRUZ, 2006).

Com isso, a linguagem passa a ser explorada como meio universal de incorporação da razão, passando a ser explorada como fonte de integração social. Ou seja, por meio da linguagem ocorre a influência recíproca daqueles que agem uns sobre os outros de modo funcional, dada a premissa central de que toda relação social constitui um fenômeno político de natureza comunicacional, simbólica e real, cuja estrutura gramatical constitutiva precisa ser compreendida e operada pelos falantes (LEAL, 2006).

A partir da teoria do agir comunicativo, portanto, Habermas busca substituir a razão prática – eivada de solipsismo – pela razão comunicativa, a qual, segundo ele (2003a, p. 20),

ao contrário da figura clássica da razão prática, não é uma fonte de normas do agir. Ela possui um conteúdo normativo, porém somente na medida em que o que age comunicativamente é obrigado a apoiar-se em pressupostos

pragmáticos de tipo contrafactual. Ou seja, ele é obrigado a empreender idealizações, por exemplo, a atribuir significado idêntico a enunciados, a levantar uma pretensão de validade em relação aos proferimentos e a considerar os destinatários imputáveis, isto é, autônomos e verazes consigo mesmos e com os outros. E, ao fazer isso, o que age comunicativamente não se defronta com o 'ter que' prescritivo de uma regra de ação e, sim, com o 'ter que' de uma coerção transcendental fraca – derivado da validade deontológica de um mandamento moral, da validade axiológica de uma constelação de valores preferidos ou da eficácia empírica de uma regra técnica.

O agir comunicativo, assim, consiste na tentativa dos falantes e ouvintes em

negociar interpretações comuns da situação e harmonizar entre si os seus respectivos planos através de processos de entendimento, portanto pelo caminho de uma busca incondicionada de fins ilocucionários. Quando os participantes suspendem o enfoque objetivador de um observador e de um agente interessado imediatamente no próprio sucesso e passam a adotar o enfoque performativo de um falante que deseja *entender-se* com uma segunda pessoa sobre algo no mundo, as energias de ligação da linguagem podem ser mobilizadas para a coordenação de planos de ação. Sob essa condição, ofertas de atos de fala podem visar um efeito coordenador na ação, pois da resposta afirmativa do destinatário a uma oferta séria resultam obrigações que se tornam relevantes para as conseqüências da interação. (HABERMAS, 2003a, p. 36).

Ou seja, em Habermas, a linguagem é um instrumento de tentativa de consenso entre os homens, sendo que, caso não existisse esse interesse primário de compreensão recíproca, a linguagem perderia seu sentido, impossibilitando a sua utilização instrumental, portanto. Por tratar-se a comunicação de um processo que parte do pressuposto de que há um acordo sobre as pretensões de validade expostas nos atos de fala, a linguagem representa uma superação da unilateralidade cognitiva inerente à razão prática (SOUZA CRUZ, 2006).

A razão comunicativa, portanto, distingue-se definitivamente da razão prática porque não se encontra adstrita a nenhum ator singular ou macrosujeito sociopolítico, o que decorre justamente do fato de que ela é viabilizada por meio

da linguagem, que interliga as interações e estrutura as formas de vida (HABERMAS, 2003a).

Essa compreensão entre falantes e ouvintes só pode acontecer, no entanto, se uns e outros conseguirem se expressar gramaticalmente de forma idêntica. Por isso, as condições e possibilidades de um discurso tal só podem ser *idealizados*, uma vez que dita compreensão exige que a fala se dê em uma *situação ideal* que pressupõe a existência, concomitantemente, das seguintes condições: simetria de posições, igualdade na oportunidade de fala, respeito às diferenças e ao pluralismo, a delimitação de um lapso temporal necessário para que se obtenha um consenso, a sinceridade entre os falantes e a ausência de qualquer forma de coação (SOUZA CRUZ, 2006).

Como salienta Silva (2008, p. 11), Habermas compreende que

essas idealizações já se encontram inscritas em todo discurso cotidiano voltado ao entendimento: toda vez que interlocutores procuram se entender sobre algo no mundo ou questionam a correção de uma norma de ação, eles inevitavelmente utilizam pressupostos idealizantes ligados a uma comunicação sem entraves, como, por exemplo, o pressuposto de que as palavras e os enunciados utilizados têm o mesmo significado para as partes e o de que entre elas não existem desigualdades e relações de poder que impeçam o livre fluxo de argumentos.

A situação ideal de fala, assim, não é nem um fenômeno empírico nem uma simples abstração, mas sim uma suposição inevitavelmente feita pelos falantes quando entram em uma determinada discussão. Portanto, o agir comunicativo, na lógica habermasiana, tem por finalidade o entendimento, mediado pela linguagem, na busca por normas que imponham obrigações em decorrência do fato de preencherem legitimamente as expectativas recíprocas de comportamento aceitas pelos interlocutores (SOUZA CRUZ, 2006).

Em função disso, a legitimidade do discurso limita-se ao *procedimento*, de forma a afastar qualquer conteúdo *a priori*. Ou seja, a ética do discurso não possui uma orientação conteudística, mas limita-se a estabelecer *procedimentos* que são os

MARTINI, Alexandre Jaenisch; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. A teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas: considerações acerca das suas insuficiências à luz do substancialismo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.3, 3º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

responsáveis pela garantia da imparcialidade quando da formação de um juízo (SOUZA CRUZ, 2006).

Daí destacar Silva (2008, p. 12) que

o modelo crítico habermasiano pretende deslocar de sua perspectiva emancipatória a assunção de qualquer padrão substantivo de sociedade justa ou virtuosa, comprometendo-se com a investigação das condições comunicativas necessárias para que os próprios envolvidos possam decidir acerca de sua vida mediante processos de entendimento livres de coerções. A teoria crítica, portanto, não assume aqui o 'conteúdo' daquelas soluções históricas a produzir formas de vida emancipadas, que poderiam ser realizadas por meio de uma revolução; ela confia tais decisões a uma práxis comunicativa *constante* de sujeitos histórica e socialmente enraizados, cujos resultados – falíveis e sempre modificáveis – pretendem expressar acordos alcançados entre si por meio do livre convencimento.

É justamente em virtude dessa compreensão que Habermas, naquilo que pode ser chamada de "terceira fase" de sua obra, parte, em detrimento da postura meramente de *resistência* contra os efeitos nefastos da razão prática assumida na "segunda fase", para uma perspectiva *ofensiva*, para o que vai buscar aplicar ao *medium* do Direito a teoria do agir comunicativo, como se procurará demonstrar a seguir.

3 NOTAS SOBRE A TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO HABERMASIANA

Como já referido no tópico precedente, na "terceira fase" de sua obra, mais especificamente a partir da publicação do livro *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, em 1992, Habermas assume uma postura *ofensiva*, dado que a práxis comunicativa, que no bojo da teoria do agir comunicativo somente poderia oferecer *resistência* à expansão da razão prática, passa, agora, a ser considerada pelo autor como detentora de capacidade também para influenciar o funcionamento dos sistemas instrumentais de ação, isso por meio das instituições jurídicas democráticas.

Habermas parte da compreensão de que as noções de positividade e formalismo são insuficientes para a legitimação do Direito moderno. Por isso, a *fundamentação* passa a ser considerada enquanto elemento capaz de impedir que o Direito transforme-se em um instrumento de colonização do mundo da vida³, haja vista que o caráter ambíguo do Direito não passa despercebido ao autor. Como destaca Habermas (2003a, p. 62),

o direito moderno continua sendo um meio extremamente ambíguo da integração social. Com muita freqüência o direito confere a aparência de legitimidade ao poder ilegítimo. À primeira vista, ele não denota se as realizações de integração jurídica estão apoiadas no assentimento dos cidadãos associados, ou se resultam de mera autoprogramação do Estado e do poder estrutural da sociedade; tampouco revela se elas, apoiadas nesse substrato material, produzem por si mesmas a necessária lealdade das massas.

É assim que Habermas busca demonstrar que, afastados fundamentos metafísicos ou religiosos para o Direito, ele só pode ser legitimado na medida em que se realiza por meio do agir comunicativo, de forma que a sua força integradora somente se mantém na medida em que os destinatários das normas jurídicas sintam-se na condição de *autores* dessas normas. Ou seja, os membros do Direito devem supor que são eles mesmos que, por meio da expressão livre da sua opinião e vontade política, autorizam as regras das quais são destinatários (HABERMAS, 2003a).

³ De acordo com Souza Cruz (2006, p. 96), "o conceito habermasiano de mundo da vida é bastante complexo, pois envolve o horizonte de consciência individual e da coletividade na qual esse indivíduo se insere. Superando o pensamento husserliano, de modo a afastar o conceito de sua visão ainda estacionada na filosofia da consciência, Habermas o percebe como um horizonte que compreende a cultura, as tradições, sua percepção de pertencimento a um determinado grupo ou alguma instituição social, bem como a capacidade do indivíduo de agir e de se comunicar. O mundo da vida pessoal de alguém incapaz de ler ou de escrever é bastante diferente daquele versado nas letras, o que permite dizer que a linguagem define/circunscreve o mundo da vida individual." Streck (2008c, p. 40-41) critica a opção de Habermas pelo conceito de mundo da vida, ao salientar que "a escolha de Habermas do conceito de mundo vivido e a transformação desse conceito reduziram o fundamento que Habermas quer dar ao discurso a uma dimensão de caráter sociológico ou cultural, porque compreendeu o mundo vivido simplesmente como um fundamento, representado pelo horizonte da cultura, pela cultura como um fundo inesgotável. A escolha do conceito de mundo vivido, além de ser feita a partir do campo da fenomenologia transcendental de Husserl – portanto, da filosofia da consciência – e além de ser uma escolha de um fundamento de uma teoria representacional, é um conceito *convertido por Habermas em um discurso apenas pragmático-empírico*. Esse pode ser o ponto que prende [...] o discurso de Habermas ao velho paradigma: mundo vivido, mesmo redesenhado com sofisticadas tintas lingüísticas, continua sendo uma espécie de *fundamentum*, um senso comum ideal(izado), com funções contrafatuais."

É exatamente em virtude disso que Habermas

atribui um papel fundamental à esfera pública política, vale dizer, às redes de comunicação não-institucionais que se situam à margem do núcleo do sistema político, capazes de identificar os problemas sociais com a sensibilidade e a linguagem específica dos próprios atingidos, articulá-los fora das estruturas governamentais e inseri-los na pauta das deliberações políticas institucionalizadas em vista da modificação de situações fáticas consideradas injustas (SILVA, 2008, p. 14).

A esfera pública, por não ser institucionalizada, constitui a periferia dos processos de formação política da vontade, razão pela qual não agrega força vinculante às suas decisões. No entanto, os fluxos de comunicação aí acumulados mostram-se capazes de atingir o sistema burocrático-estatal na medida em que alcançam força suficiente para exercer 'pressão' ou 'influência' nas instituições formais de tomada de decisão, obrigando-as a inscrever suas reivindicações na agenda política oficial (SILVA, 2008).

É de Habermas (2003b, p. 91 e 116) a lição segundo a qual

a esfera pública é um sistema de alarme dotado de sensores não especializados, porém, sensíveis no âmbito de toda a sociedade. Na perspectiva de uma teoria da democracia, a esfera pública tem de reforçar a pressão exercida pelos problemas, ou seja, ela não pode limitar-se a percebê-los e a identificá-los, devendo, além disso, tematizá-los, problematizá-los e dramatizá-los de modo convincente e eficaz, a ponto de serem assumidos e elaborados pelo complexo parlamentar.

[...] Às vezes é necessário o apoio de ações espetaculares, de protestos em massa e de longas campanhas para que os temas consigam ser escolhidos e tratados formalmente, atingindo o núcleo do sistema político e superando os programas cautelosos dos 'velhos partidos'.

A legitimidade do Direito, assim, em Habermas, advém do processo legislativo democrático, no qual todos os cidadãos sentem-se autores das normas, razão pela qual uma esfera pública atuante "fica caracterizada pela constituição de

MARTINI, Alexandre Jaenisch; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. A teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas: considerações acerca das suas insuficiências à luz do substancialismo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.3, 3º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

redes comunicativas capazes de orientar e criticar reflexivamente os resultados das instituições burocráticas de tomada de decisão.” (SILVA, 2008, p. 15).

O cidadão, na perspectiva habermasiana, não é um simples cliente da burocracia estatal, mas um ator autônomo que constitui a sua vontade e a sua opinião no âmbito da sociedade civil e da esfera pública, canalizando-a, em um fluxo comunicacional livre, para o interior do sistema político. Esta comunicação política dos cidadãos envolve todos os assuntos de interesse público e resulta, ao final, nas decisões de corporações legislativas (HABERMAS, 2003a). É esse processo legislativo democrático que confere legitimidade ao Direito, portanto.

A fundamentação do Direito, nessa lógica, é *prima facie*, exatamente porque esse é o único modo através do qual é possível a universalização, ao passo que a prescritividade é a *posteriori*, justamente por meio do sacrifício da contextualidade das situações concretas. O mundo prático e a conteudística somente entram depois das regras do jogo postas, ou seja, nos discursos de aplicação.

Isso porque a racionalidade do processo de produção da lei – explica Habermas (2003a, p. 301) – sob condições da divisão de poderes no Estado, não se encontra à disposição dos órgãos de aplicação do Direito:

a lógica da divisão de poderes, fundamentada numa teoria da argumentação, sugere que se configure *auto-reflexivamente* a legislação, de modo idêntico ao da justiça e que se a revista com a competência do autocontrole de sua própria atividade. O legislador não dispõe da competência de examinar se os tribunais, ao aplicarem o direito, se servem exatamente dos argumentos normativos que encontraram eco na fundamentação presumivelmente racional de uma lei. De outro lado, o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador.

Caso tal premissa não seja observada, abrem-se as portas para os tribunais criarem o Direito, função reservada, segundo a lógica da divisão de poderes, ao legislador democrático. Daí a afirmação de Souza Cruz (2006) no sentido de que Habermas compreende que os meios e os fins das normas devem ser

estabelecidos pelo legislador político, competindo ao Judiciário tão somente verificar, por meio dos juízos de adequabilidade, a existência ou não de medidas que violem a noção de reciprocidade que permeia o princípio do discurso e/ou os direitos fundamentais concebidos a partir do discurso.

Dessa forma, o operador jurídico, quando da aplicação de uma norma ao caso concreto, deve pressupor a validade das normas democraticamente legisladas, devendo tão somente proceder à sua adequação ao caso concreto, limitando-se, portanto, a examinar o nível de correspondência entre os significantes contidos nos textos das normas e os elementos descritivos dos casos que lhes são apresentados (SOUZA CRUZ, 2006).

Com isso, o paradigma procedimental do Direito, segundo Cittadino (1999, p. 210), “pretende *apenas* assegurar as condições necessárias, a partir das quais os membros de uma comunidade jurídica, por meio de práticas comunicativas de autodeterminação, interpretam e concretizam os ideais inscritos na Constituição.” Nesse sentido, as Cortes Constitucionais devem se limitar a uma interpretação procedimental da Constituição, restringindo-se a proteger o processo legislativo democrático e não se alçando à condição de guardiãs de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais (HABERMAS, 2003a). Em síntese, à jurisdição competiria tão somente a função de garantir as condições necessárias para que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas, bem como sobre a forma mais adequada para a sua solução.

Neste diapasão, uma jurisprudência “ofensiva” por parte dos Tribunais Constitucionais somente teria espaço nos casos que versam sobre a “imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade.” (HABERMAS, 2003a, p. 347). Ou seja, ao Judiciário somente caberia um papel ofensivo para a criação de uma jurisprudência constitucional que viesse a garantir autenticidade democrática aos procedimentos e uma ampla deliberação, sem exclusões sociais, que devem

estar presentes na formação política da opinião e da vontade do soberano (HABERMAS, 2003b).

Uma vez traçadas estas linhas gerais acerca da teoria discursiva do Direito habermasiana, procurar-se-á, a seguir, tecer, à luz do substancialismo, algumas críticas à referida teoria, em especial no que diz respeito à sua aplicabilidade em um país de modernidade tardia como o Brasil.

4 AS CRÍTICAS A HABERMAS SOB A LUZ DO SUBSTANCIALISMO

Sob o ponto de vista do substancialismo, uma primeira crítica que pode ser feita à teoria habermasiana, cotejando-a com a realidade brasileira, diz respeito ao alto grau de abstração que ela apresenta, ao tratar, em especial, da *situação ideal de fala*, o que se revela principalmente a partir do panorama de pobreza política⁴ que grassa na realidade social do país, a impedir que um processo democrático de criação da lei como preconizado por Habermas se verifique.

Com efeito, a pobreza política pode ser conceituada como um estado de privação da cidadania que, no Brasil, constitui, segundo Demo (1996, p. 9-10), “uma tragédia histórica, na mesma dimensão da pobreza sócio-econômica, e se retrata, entre outras coisas, na dificuldade de formação de um povo capaz de gerir seu próprio destino e na dificuldade de institucionalização da democracia.”

O traço mais característico da pobreza política é, na acepção de Demo (1996), justamente, a falta de organização da sociedade civil frente ao Estado e às oligarquias econômicas, o que decorre do fato de que a pobreza política redunde na falta de consciência dela mesma. Nesse sentido, torna-se possível afirmar, de

⁴ A expressão é cunhada por Demo (1996, p. 22), para o qual constitui pobreza política “aceitar um Estado avassalador e prepotente, bem como uma economia selvagem. É pobreza política conviver com um estado de impunidade, de exceção, de privilégio, em vez do Estado de direito. Ao povo só deveres, sem direitos. À minoria privilegiada só direitos, como dever. Para tanto, cultiva-se o analfabetismo, a desorganização da sociedade civil, o atrelamento dos sindicatos e partidos, o desmantelamento das identidades culturais, o centralismo administrativo. É pobreza política lancinante não reivindicar direitos, mas os pedir, os suplicar, os esperar passivamente. É pobreza política entender o Estado como patrão ou tutela, aceitar o centro como mais importante que a base, ver o serviço público como caridade governamental, conceber o mandante como possuidor de autoridade própria.”

acordo com Bourdieu (1998) que, na representação política em um ambiente de pobreza política, os interesses dos mandatários são impostos como sendo os interesses dos mandantes, dado que aqueles detêm o monopólio dos instrumentos de produção dos interesses políticos. Nesse cenário, a manipulação da consciência dos representados “pode ser tão bem praticada, que o manipulado a torna conteúdo normal de sua rotina. Não é voluntária como se o manipulado pudesse ser culpado. É simplesmente ‘arte’ da manipulação. A vítima sequer chega à consciência de que é vítima.” (DEMO, 1996, p. 27).

Ademais, como bem ressalta Streck (2008b), diante de uma realidade como a brasileira exsurge para o Direito e para a Constituição um novo papel, visto que no país ainda não se conseguiu superar as violências representadas pela falta de segurança e liberdade, pela desigualdade política e pela miséria.

Diante disso é que, opondo-se à perspectiva procedimentalista habermasiana, os autores substancialistas entendem que

o atual deslocamento da agenda revolucionária e a positivação do ideal de justiça nas Constituições modernas estariam configurando um território cognitivo e valorativo em que se reporia a perspectiva de uma transformação progressiva das sociedades e de suas instituições, desde que o Judiciário, um dos seus principais portadores, se comporte como guardião dos princípios e valores fundamentais. (VIANNA *et alii*, 1999, p. 32).

Nesse sentido Cappelletti (1993, p. 19) destaca que “a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso [...] num sistema democrático de “*checks and balances*”, à paralela expansão dos “ramos políticos” do estado moderno.” Tal fenômeno é identificado pelo referido autor (1999) como resultado da flexibilização do formalismo jurídico verificada no século XX, em decorrência do novo papel atribuído ao Direito no *welfare state*.

Com efeito, o Estado de bem-estar social foi responsável pelo aumento dos encargos do Legislativo e do Executivo. Reflexamente, verificou-se também um aumento das responsabilidades do Judiciário, que passou, por meio do controle da constitucionalidade das leis, a exercer o controle dos demais poderes,

protegendo, assim, a sociedade em geral contra eventuais abusos, ao transformar-se em um "terceiro gigante" capaz de controlar o "legislador mastodonte" e o "leviatanesco administrador" (CAPPELLETTI, 1993, p. 47).

Ao contrário da perspectiva habermasiana, não se crê, aqui, que a democracia representativa esteja dotada de capacidade de promover a razão e a justiça, o que se verifica na contemporaneidade a partir da exclusão das minorias do processo de formação da vontade do soberano (VIANNA *et alii*, 1999). Citando Martin Shapiro, Cappelletti (1993, p. 95) salienta que o Executivo e o Legislativo não se comportam como instituições de vocalização da vontade popular, mas sim como uma "complexa estrutura política na qual grupos variados procuram vantagem, manobrando entre vários centros de poder. O que resulta daí não é necessariamente a enunciação da vontade da maioria (...), e sim, freqüentemente, o compromisso entre grupos com interesses conflitantes."

Esse cenário se torna ainda pior em uma sociedade como a brasileira, na qual a passividade da população politicamente pobre, a tão exaltada não-violência do povo brasileiro, constitui, no fundo, uma marca da sua subserviência diante da prepotência política. E é justamente esta subserviência que permite a acumulação de vantagens sociais por uma minoria que, na qualidade de representantes políticos, representa-se, antes de tudo, a si mesma e àqueles a si relacionados por laços pessoais. Daí ser muito apropriada ao Brasil a lição de Bourdieu (1998) no sentido de que a dedicação aos interesses dos mandantes faz esquecer os interesses dos mandatários. Para o referido autor (1998, p. 177), os mandantes só servem aos seus mandatários "na medida em que (e só nessa medida) se servem *também* ao servi-los, quer dizer, *de modo tanto mais exacto quanto mais exacta é a coincidência da sua posição na estrutura do campo político com a posição dos seus mandantes na estrutura do campo social.*"

Diante deste contexto é que Cappelletti (1993) compreende que o Poder Judiciário, atuando na esfera política, contribui para incorporar ao sistema político os grupos marginais, que nele vêem uma possibilidade de vocalização de seus direitos, por meio do processo. Ou seja,

mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário [...] deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra as maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. (VIANNA *et alii*, 1999, p. 37-38).

Assim, torna-se possível afirmar que a tese substancialista defendida por Capeletti diz respeito ao constitucionalismo-dirigente que ingressa nos ordenamentos jurídicos dos países após a Segunda Guerra mundial, relegando ao Poder Judiciário, por meio da positivação dos direitos fundamentais, um papel de absoluta relevância para a concretização de tais direitos, por meio de uma ação intervencionista e não meramente absenteísta própria de um modelo liberal-individualista-normativista (STRECK, 2008a).

Nesse contexto, Streck (2008a) defende a idéia de que, no Brasil, não obstante o fato de não se poder vislumbrar no Poder Judiciário uma solução mágica para todos os problemas das insuficiências do *welfare state*, a tese substancialista é a que melhor se amolda à realidade nacional de país de modernidade tardia. Daí ressaltar o autor (2008a, p. 52-53) que

dever-se-ia esperar que o Poder Executivo e o Legislativo cumprissem tais programas especificados na Constituição. Acontece que a Constituição não está sendo cumprida. As normas-programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados. [...] Com todos os cuidados que isso implica.

Desta forma, o Judiciário, por meio principalmente do controle de constitucionalidade das leis, assume uma postura de instância de resistência às “*investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais.*” (STRECK, 2008a, p. 53).

Nesta mesma linha de raciocínio, Vianna *et alii* (1999) entendem que, por um lado, se a intervenção do Direito no âmbito da política significar a delegação da

vontade do soberano a um corpo especializado de peritos na interpretação do Direito e a substituição de um Estado benfeitor por uma justiça providencial e de moldes assistencialistas, não será propícia à formação de homens livres e nem à construção de uma democracia de cidadãos ativos.

Mas, por outro lado, os sobreditos autores (1999, p. 43) entendem que

a mobilização de uma sociedade para a defesa dos seus interesses e direitos, em um contexto institucional em que as maiorias efetivas da população são reduzidas, por uma estranha alquimia eleitoral, em minorias parlamentares, não pode desconhecer os recursos que lhe são disponíveis a fim de conquistar uma democracia de cidadãos. Do mesmo modo, uma vida associativa ainda incipiente, por décadas reprimida no seu nascedouro, não se pode recusar a perceber as novas possibilidades, para a reconstituição do tecido da sociabilidade, dos lugares institucionais que lhe são facultados pelas novas vias de acesso à justiça.

Tal posicionamento decorre da compreensão de que no presente momento histórico é preciso compreender que o Direito não cumpre mais com uma função de mera ordenação (como na fase liberal), ou de promoção (como na fase do Estado de Bem-estar Social): no Estado Democrático de Direito, o direito "é mais do que um *plus* normativo em relação às fases anteriores, constituindo-se em um elemento qualificativo para a sua própria legitimidade, uma vez que impulsiona o processo de transformação da realidade." (STRECK, 2008b, p. 279).

Com efeito, não se pode olvidar que o Brasil, não obstante as reformas liberalizantes por que vem passando nas últimas décadas, ainda se configura como um Estado Democrático de Direito, tendo por obrigação constitucional realizar os objetivos elencados no art. 3º da Constituição de 1988. É exatamente a partir dessa compreensão que se pode concluir, de acordo com Barroso (2003) que o novo Direito Constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com a redemocratização e reconstitucionalização do país, é fruto de duas mudanças de paradigmas: o primeiro representado pela busca da efetividade das normas constitucionais, fundamentada pela força normativa da Carta Política; o segundo representado pelo desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação

constitucional, lastreada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação, que alçaram o Direito Constitucional ao centro do sistema jurídico, sendo responsável pelo processo de filtragem constitucional de todo o direito infraconstitucional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável a riqueza da obra habermasiana no que diz respeito à sua preocupação com a questão da democracia e dos direitos fundamentais do ser humano, que o levaram à teorização do agir comunicativo enquanto forma de se problematizar e, em virtude disso, transformar, por meio da linguagem, a herança simbólica em meio à qual o homem é socializado e ao mesmo tempo impedir a monetarização e a burocratização do mundo em decorrência das influências capitalistas. A ação comunicativa, assim, representa um importante instrumento de resistência à lógica mercantilista, preservando formas de interação intersubjetivas reguladas comunicativamente pelos próprios atores sociais.

Resta saber, no entanto, como construir/alcançar as condições para a formação de discursos de fundamentação/justificação do Direito – fonte da teoria procedimental – em uma sociedade complexa e desigual como a de um país de modernidade tardia como o Brasil, uma vez que resta evidente que sua efetivação parte, implicitamente, do pressuposto de que a etapa do *Welfare State* foi realizada e, com isso, pressupõe sociedades com alto grau de emancipação social e autonomia dos indivíduos.

Ora, embora se tenha no Brasil uma Constituição Dirigente, parte considerável dos direitos fundamentais continua incumprida, e isto mais de vinte anos após sua promulgação. Há, aqui, um simulacro de modernidade – na expressão de Streck (2008a) –, onde a exclusão social, o analfabetismo, a miséria, violência e a desigualdade imperam.

MARTINI, Alexandre Jaenisch; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. A teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas: considerações acerca das suas insuficiências à luz do substancialismo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.3, 3º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Com isso, uma interpretação meramente procedimental do Direito e em especial das normas constitucionais não se justifica em *terrae brasilis*, onde as promessas da modernidade jamais se realizaram. Dessa forma, diante da inércia dos Poderes Executivo e Legislativo na efetivação dos direitos sociais fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988, a atuação do Poder Judiciário representa um importante instrumento para o resgate dos direitos não realizados, razão pela qual a postura substancialista se impõe, visto que no Brasil, em decorrência do déficit da cidadania, o esforço em revalorizá-la não pode ficar adstrito tão somente a confiar nos processos políticos de formação da opinião, ainda mais quando se leva em consideração o fato de que eles ainda se encontram profundamente dominados pelos nexos clientelísticos e de patronagem, de forma que uma postura procedimentalista por parte do Judiciário representaria apenas um afastamento deste Poder dos problemas sociais que cada vez mais se agudizam na sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (coord.). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOURDIEU, Pierre. A representação política: elementos para uma teoria do campo político. In. BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 2. ed. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998, p. 163-202.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

DEMO, Pedro. *Pobreza política*. 5. ed. Campinas: Autores Associados, 1996. (Col. polêmicas do nosso tempo, v. 27).

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. 2. ed.. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

MARTINI, Alexandre Jaenisch; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. A teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas: considerações acerca das suas insuficiências à luz do substancialismo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.3, 3º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

_____. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Vol. II. 2. ed.. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

LEAL, Rogério Gesta. Habermas, Jürgen. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 403-408.

_____. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Felipe Gonçalves. Emancipação, esfera pública e direito: a teoria crítica de Jürgen Habermas. In. *Revista Mente, Cérebro & Filosofia*. São Paulo: Duetto, 8. ed., 2008, p. 6-15.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Habermas e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STEIN, Ernildo. *Epistemologia e crítica da modernidade*. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. rev. e atual.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008a.

_____. A Constituição (ainda) Dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas. In. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Vol. 1, n. 6. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008b, p. 273-311.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.