

Direito e Democracia em Habermas: Faticidade, Validade e Racionalidade

Públio Athayde*

Estarei discutindo aqui as disfunções do Estado Moderno, que afogam a vida coletiva, destroem o "sentido" do público e anulam a crença na vida democrática (enquanto a própria maquinaria da 3ª revolução científico-tecnológica instiga o individualismo e a solidão) e ajudam a desvincular os homens das formas de solidariedade mínima que emprestaram certa coerência aos atuais padrões civilizatórios e ao próprio Estado Moderno.

As propostas e as idéias apresentadas são incipientes, pelo que peço vênica, mas indicativas da linha de pensamento em construção.

As velhas fontes de regulação social ou individual – até mesmo de coerção – que antes eram identificadas com o Estado, alienaram-se de forma radical da vida prática e passaram a ser pautadas, não mais pela produção da legalidade por instituições visíveis, mas pela "mão invisível do mercado", subordinado diretamente ao capital financeiro ora volatilizado.

Abalaram-se as pretensões a direitos iguais, pela dissociação dos membros do direito advinda do estatuto do cidadão liberal, minando a capacidade estatal de manter interna e externamente a identidade da convivência jurídica desejável (1).

Hoje, o "novo colonialismo" – a classificação é da revista Newsweek, 01/08/94 – pode efetivamente legislar "de fora". Exigir, por sucessivas imposições econômicas, o ajustamento do direito interno às necessidades do capital financeiro transnacional, sob pena de asfixia política e econômica do "país alvo". (2)

A adaptação normativa que está em curso (e responde a estas fases) é um processo, ao mesmo tempo, planejado e espontâneo. Espontâneo, no sentido que o Direito em elaboração não parte de modelos ideais, cujas realizações passem a ser determinadas pela norma. A carga normativa possível de ser implementada pelo Estado não desenha qualquer "utopia", qualquer futuro pensado, não pretende, como em todo o direito iluminista, afirmar na prática ideais democráticos, dar racionalidade à aproximação a estes ideais, realizá-los da melhor forma possível, conciliando, por resolução de sucessivos conflitos, o Direito Público e o Direito Privado.

O processo atual funde no Direito Público o interesse universal da reprodução do capital financeiro (interesses privados ultra-restritos) em nome da humanidade.

A Teoria do Discurso (Habermas) surge como alternativa teórica ao conceber o meio termo entre as alternativas políticas anteriores, e centrando este processo na formação da vontade

política no senso comum, propõe a alternativa pela via da racionalidade. É a racionalidade comunicativa e ativa que constituirão as alternativas de viabilização fática do Direito ao interesse universal.

"Em última instância, o processo em curso trata, na verdade, de substituir o planejamento público, que necessariamente carrega as próprias contradições e tensões do jogo democrático – ainda mais complexo pela fragmentação social já mencionada – pelo planejamento racional de longo curso – "espaço para planejamento a longo prazo", como dizia Schumpeter – que necessita reduzir a força normativa da constituição, para sujeitar a sociedade às necessidades do novo ciclo de acumulação ensejado pela terceira revolução científico-tecnológica..." (3)

Trata-se do constitucionalismo aberto "para a fragmentação da sociedade, pressupondo a inexistência de critérios universalistas para a regulação da esfera pública". (4)

Tomemos fato da vida cotidiana. As "cumplicidades" e os "usos recíprocos que se cruzam entre hegemônicos e subalternos". (5) É redundante dizer que a sociedade de classes não funcionaria sem permanente processo de relegitimação das desigualdades e das hierarquias que lhe são inerentes. O Estado continua necessário na organização, na realização e na sanção integralizadoras da norma, assim formando a vontade política que cria os programas e os implementa (6) como etapa dessa legitimação.

Mas o conjunto de regulações existentes e preexistentes numa sociedade determinada não pressupõe necessariamente a macro-regulação estrutural da humanidade que tenha a mesma natureza.

Nesse deslocamento da visão sociológica para a integração do substrato natural das sociedades pós-estatais (numa transposição de idéias de Habermas (7)) permite-se que a única previsibilidade possível seja a previsibilidade dos interesses do capital.

Na verdade,

"o mundo em que vivemos não está sujeito ao rígido controle humano – que é a essência das ambições da esquerda e, poder-se-ia dizer, o pesadelo da direita. Quase ao contrário, é um mundo de perturbação e incerteza, um "mundo descontrolado". E, o que é perturbador: aquilo que deveria criar uma certeza cada vez maior – o avanço do conhecimento humano e a "intervenção controlada" na sociedade e na natureza – está na verdade envolvido com essa imprevisibilidade". (8)

As relações do Direito com o neoliberalismo não podem ser vistas fora desta ambigüidade.

Ora,

"a primeira exigência de um sistema de direito é indicar aqueles que terão a palavra: os sujeitos do direito. Trata-se, em si, de um ato de poder que passa pelo estabelecimento de categorias e que designa os eleitos e os reprovados. Inicialmente reservado ao clube dos ocidentais, o direito internacional durante muito tempo excluiu uma parte importante dos povos do mundo, postos na situação de dependência colonial ou sob tutela" (9) (...).

À tutela colonial, que não permitia a emergência de novos sujeitos no Direito Internacional Público, sucede a tutela "globalitária" – globalização e totalitarismo econômico – que constitui, hoje, a nova ordem mundial.

A racionalidade que surge da nova conexão entre os antigos elementos é de pragmática nova, e as condições que ora se apresentam constituem atos autoreferenciais, reflexivos num discurso que ultrapassará a contingência limitada pelos parâmetros de liberalismo e república já esvaziados.

A linguagem, descoberta deste século, se apresenta para Habermas, e para nós, como a salvação, pois ao se tornar pragmática e ascender à esfera do uso, ela se constitui no instrumento da racionalidade operativa por meio de sua força locucionária.

Ao pensar o Direito e a sua filosofia na ordem "globalitária", "moderna e excludente" (10) – como bem diz Arruda Jr. com quem compartilho a sedução de unir Marx a Bobbio – devemos pensar na democratização radical do Estado, única forma de retirá-lo da submissão e da cogência da "externalidade" do capital volátil. O novo projeto deve submeter o Estado à sociedade, por formas diretas de participação comunicativa combinadas com a representação política tradicional. Desenhar outras novas formas institucionais, para o Estado que substancialmente não muda há 200 anos, é a suprema tarefa do político, do jurista e do cientista social, democráticos e humanistas, nos dias trágicos que o neoliberalismo nos impõe, até agora impunemente.

No agir comunicativo forte encontrar-se-á a alternativa para o descaminho, o Mundo Social se construirá em novas bases de Direito Social e sob a ótica determinada pela comunicação intersubjetiva e pela ação racional entre os agentes sociais e com reflexo previsível na esfera do Direito.

Quando a sociologia empreendeu seu caminho histórico, existiam teorias do Estado, propostas de ordenação político-constitucionais, uma pedagogia da "formação" e, grande número de conceitos de luta ideológica, surgidos em consequência da Revolução Francesa, da industrialização e ao longo de todo este período a categoria Direito foi compreendida como explicativa da realidade social. (11)

Neste mundo, não era fácil determinar o sentido da nova disciplina que se chamava sociologia. O relativismo histórico e político-ideológico pode apenas fazer surgir nova variante. Para a unidade da nova disciplina, teria sido mais conveniente definir seu objeto também como unidade, sem levar em conta todas as disciplinas que já tratavam do pensamento e atuação humanos.

Isto teve de conduzir, conseqüentemente, a que todo o conhecimento, desde a escolástica até a teoria da relatividade, desde as interpretações da trindade até a genética de Mendel, e incluindo a própria sociologia como produto da sociedade, se colocassem nas mãos da sociologia (12) ao passo que o Direito foi concomitantemente considerado capaz de mediar todos os conflitos sociais. (13)

Também o estruturalismo, com sua "desconstrução" do indivíduo, elegeu este caminho (14). A técnica empírica da análise de estruturas latentes é outra possibilidade (15). Apesar de

tudo, até agora não se conseguiu explicar a função prática das supraformas culturais, surgidas em espécie de relação de feedback com os problemas de atribuição de sentido, e que encobrem – profissional ou literariamente – a ação racional. Existem – para que nos aproximemos de nosso tema – investigações a partir destes pontos, mas não há nenhuma sociologia da teoria jurídica satisfatória; e, sem ela, também não pode existir a sociologia satisfatória do sistema jurídico que se espelhe nesta teoria.

Penso na teoria dos sistemas "autopoieticos", (16) que se reproduzem por meios próprios, ou nos "second order cybernetics", que apontam para a união de auto-referência e observação, ou também nas investigações que, por um lado, incluem os conhecidos paradoxos da auto-referência no cálculo lógico, e, por outro, tratam-nos como fatos em sistemas empíricos.

Tanto o sistema jurídico como o científico, e, dentro deste último, a disciplina específica da Sociologia, não de ser considerados, pois, como sistemas auto-referentes. Cada um destes sistemas constitui, por si mesmos, tudo aquilo que funciona como unidade para o sistema. Isto não se refere apenas à unidade do sistema, as suas estruturas e processos, mas também aos elementos que o constituem (autopoiesis).

Para esta contínua produção e reprodução de unidade, são requeridas distinções que permitam indicar o que será utilizado como unidade e o que não será (17). Tão logo a distinção mesma seja a indicadora, quer dizer, converta-se em objeto da mesma operação distintiva, surge o paradoxo. A unidade, que há de ser determinada somente mediante a distinção, não pode distinguir-se da própria distinção. Isto equivaleria a pedir ao direito (ou não direito) para distinguir entre o que é direito e o que não é. Não obstante, é precisamente neste paradoxo que se baseiam todos os sistemas auto-referentes, não o convertendo, porém, em objeto de suas próprias operações. "Summum ius, summa iniuria", poder-se-ia exclamar como grito desesperado – porém, precisamente no sentido de que este princípio não pode ser introduzido no sistema como diretiva, e, apesar disto, o sistema se baseia exatamente nele.

O paradoxo não é nenhuma contradição e, por isso, tampouco a promessa da síntese da "dialética" conduz mais longe. O paradoxo não afirma: jurídico igual a antijurídico, mas sim, jurídico por causa de antijurídico. (18) Este problema escapa a todo nivelamento lógico. Pode, entretanto, ser desparadoxalizado por meio da codificação sistemática.

Através da aceitação do código binário (jurídico/antijurídico), o sistema obriga a si próprio a esta bifurcação, e somente reconhece as operações como pertencentes aos sistemas, se elas obedecem a esta lei.

Entretanto, este significativo silêncio do paradoxo pode ser solucionado também de forma diferente; poder-se-ia, por assim dizer, solucioná-lo tecnicamente melhor mediante sua codificação e sua expressão por meio dos códigos da linguagem. Se os sistemas se baseiam numa diferença codificada (verdadeiro/falso, jurídico/antijurídico, ter/não ter), toda auto-referência teria lugar dentro destes códigos. Opera dentro deles como relação de negação, que excepciona terceiras possibilidades e contradições; precisamente este procedimento que estabelece o código não pode ser aplicado à unidade do próprio código. A não ser pelo observador.

A observação do paradoxo conduz a sociologia ao problema de como ela própria, como ciência, poderia desparadoxalizar seu próprio paradoxo: o paradoxo de que existem teses que são

falsas por que são verdadeiras. Um sistema não pode ter uma estrutura auto-referente sem se chocar com semelhantes problemas. Precisamente por esta razão, a observação *ab extra* oferece a vantagem de poder descrever outro sistema que não seja hermeticamente auto-referente.

Retomando a questão da faticidade e da validade normativa, não seria equivocado, nem muito produtivo, afirmar, com Kelsen, que a ciência do direito se ocupa da validade das normas e a sociologia, pelo contrário, dos fatos. (19) A questão é como se poderia tematizar esta diferença na sociologia. O que Kelsen já encontrou feito é a resposta de George Jellinek e Max Weber: a sociologia se ocupa da convicção fática da validade (legítima) das normas. Com isto a relação resulta definida ou psicologizada de forma circular (ao que Kelsen se opõe com razão). Esta situação da teoria, que paralisa toda a discussão sobre a "legitimidade" é superável, se se vê a qualidade normativa de comunicação na faticidade de expectativa contrafeita.

Este conceito teórico possibilita a reformulação do paradoxo constituinte do direito: o sistema jurídico opera simultaneamente sob premissas normativas e cognoscitivas; está disposto a aprender e a não aprender, na medida de sua própria estrutura diferenciadora. É o sistema fechado e aberto: é fechado por que é aberto e aberto por que é fechado. (20)

Abertura e não abertura não supõem nenhuma contradição, já que não estão definidas no sentido de mútua relação excludente; sua contradição, porém, situa o sistema sob exigências específicas de anulação de seu paradoxo. A questão se coloca desta forma: como pode o sistema combinar aprendizagem e não aprendizagem, no sentido da relação de mútuo incremento e, por meio disto, adaptar-se à evolução social.

A sociedade passa a ser vista, no âmago dessa contradição, como totalidade em *vir-a-ser*, reflexiva, mas voltada para nova alternativa a ser encontrada, uma vez libertada do fetiche do capital, no controle comunitário alcançado pela racionalidade operativa. (21)

A integração da capacidade de aprendizagem se realiza aqui mediante programas de decisão, que adaptam sua aplicação às circunstâncias da situação concreta e se realiza nas esferas fáticas e dos valores. Também é possível dizer em formulação teórico-sistemática em voga: o direito produz a possibilidade de sua eliminação, inibe esta possibilidade para o caso normal e desinibe esta inibição sob condições especiais (as quais, segundo o direito válido, podem também incluir "casualidades").

A argumentação, mediante a qual se delimitam os espaços de decisão comunicativa (qualquer que seja o seu nível) e se reduzem sem decisão os ônus da decisão, coloca problemas sistêmicos de outra índole. Também aqui se pode constatar a diferença entre o critério sistêmico-interno e a observação sociológica da racionalidade em operação.

Dentro do sistema jurídico recomenda-se acreditar na possibilidade de fundamentação, ainda que não em determinadas razões. Como conceito global de todas as razões importantes resulta quase imprescindível a razão. (22)

Partindo da teoria da comunicação, esta relação de apoio pode ser chamada de redundância. Significa que o valor informativo (efeito surpresa) do argumento diminuirá pelo fato de que já se conheça outro argumento.

Para o consumidor jurídico cotidiano, as conseqüências dependem, em primeiro lugar, do fato de se ele é surpreendido ou não, se o adversário se decide ao pleito ou não, se o sistema jurídico intervém ou não.

Se isto é válido para a relação sistêmico-jurídica entre teoria e praxis, tanto mais será para as teorias produzidas pela sociologia ao realizar sua própria autopoiesis, as quais utiliza para observar o sistema jurídico.

O acoplamento institucional, na Universidade, da formação e reprodução de teorias, conduziu a valorações equivocadas que precisam ser corrigidas urgentemente. E, precisamente a sociologia, que deveria conservar sentido especial para as circunstâncias reais, haveria de compreender tal situação em primeiro lugar.

Baseando-se nestes pressupostos, pode-se prognosticar um bom futuro para a colaboração mais estreita entre Sociologia do Direito e Teoria Jurídica. Ambas têm enorme necessidade de recuperação no que tange à teoria e à situação geral de discussão interdisciplinar, aceitando a argumentação, e conseqüentemente a teoria da comunicação, como instrumento analítico explicativo. O conceito da teoria dos sistemas auto-referentes supõe a oferta de discussão que garanta série de consensos que se supõem sem problemas, não a oferta de fusão que seria um paradoxal confluir de pretensões controversas em detrimento das convicções partilhadas. (23)

Notas

01. Habermas, Jürgen. Direito e Democracia: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 170.

02. Fiori, José Luís. Em Busca do Dissenso Perdido. Ed. Insight, s.d. p. 234.

03. Arrighi, Giovanni Arrighi. O Longo Século XX. São Paulo: Editora Unesp, 1996, p. 338.

04. Neves, Marcelo. Teoria do Direito na Modernidade Tardia, in: Direito e Democracia, entrevistas a Katie Arguello, Letras Contemporâneas. Florianópolis: Livraria e Editora Obra Jurídica, 1996, p. 111.

05. Canclini, Néstor García. Consumidores e Cidadãos. Conflitos multiculturais da globalização. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1996, p. 231.

06. Habermas, Jürgen. Direito e Democracia: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 171.

07. Habermas, Jürgen. Direito e Democracia: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 175.

08. Giddens, Anthony. Para Além da Esquerda e da Direita. O futuro da política radical. São Paulo: Editora Unesp, 1996, p. 11.

09. Chemillier-Gendreau, Monique. A Ingerência contra o Direito, in: Ramonet, Ignacio e Ggresn, Alain (Orgs.). A Desordem das Nações. Petrópolis: Editora Vozes, 1996, p. 27.

10. Arruda JR., Edmundo Lima de. Racionalidade Jurídica: Direito e Democracia, in: Direito e Democracia, entrevistas a Katie Arguello, Letras Contemporâneas. Florianópolis: Livraria e Editora Obra Jurídica, 1996, p. 45.

11. Habermas, Jürgen. Direito e Democracia: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 66.

12. Tenbruck, Friederich. Die unbewältigten Sozialwissenschaften, Zeitschrift für Politik, 27, 1980, p. 219-230; und Emile Durkheim und Geburt der Gesellschaft aus dem Geist der Soziologie, Zeitschrift für Soziologie, 10, 1980, p. 333-350.

13. Habermas, Jürgen. Direito e Democracia: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 66.

14. Acerca de sua relevância para a teoria jurídica (legal theory), ver Heller, Thomas C. Structuralism and Critique, Stanford Law Review, 36, 1984, p. 127-198.

15. Acerca de uma variante sociológico-juridicamente significativa, ver Ziegler, Rolf. Norm, Sanktion, Rolle: Eine strukturelle Rekonstruktion soziologischer Begriffe, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, 36, 1984.

16. Varela, Francisco J. Autopoieses and Cognition: The Realization of the Living, Dordrecht, 1980.

17. Spencer Brown, George. Laws of Form, 2. ed., Nova York, 1972.

18. Da mesma forma o paradoxo era um tema central das tragédias gregas. Precisamente por defender seu direito (através da vingança, desobediência ou inocência), o herói cai no antijurídico. Intentou-se resolver este problema com ajuda da lógica, como se tratasse de evitar uma contradição no direito, e isto conduziu ao descobrimento da forma lógica do paradoxo (Epimenides).

19. Kelsen, Hans. Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, Tübingen, 1922.

20. Considerações semelhantes persegue de forma multifacética Morin, Edgar, em: La Méthode, tomo I, Paris, 1977, tomo II, Paris, 1980.

21. Habermas, Jürgen. Direito e Democracia: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 70.

22. Precisamente os sociólogos, que tratam de fazer justiça ao seu objeto, reconhecerão este fato. Ver Schelsky, Helmut, Die juristische Rationalität, in: Die Soziologen und das Recht, Opladen, 1980, p.. 34-76.

23. Habermas, Jürgen. Direito e Democracia: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 40.

* historiador (UFOP) e cientista político (UFMG), professor titular da Faculdade de Ciências Humanas de Pará de Minas

ATHAYDE, Públio. Direito e Democracia em Habermas: Faticidade, Validade e Racionalidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 134, 17 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4494>>. Acesso em: 05 out. 2006.