XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

FILOSOFIA DO DIREITO E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

JEAN CARLOS DIAS

LEONEL SEVERO ROCHA

ARNALDO BASTOS SANTOS NETO

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Filosofia do direito e cátedra Luis Alberto Warat [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Jean Carlos Dias

Leonel Severo Rocha

Arnaldo Bastos Santos Neto – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-779-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

FILOSOFIA DO DIREITO E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

Apresentação

Com o Grupo de Trabalho “Filosofia do Direito e Cátedra Luís Alberto Warat”, o CONPEDI GOIÂNIA /2019 homenageia um dos mais originais juristas da América Latina, que ensinou e escreveu entre dois países, Argentina e Brasil, e semeou indagações teóricas que povoam o debate da filosofia jurídica contemporânea. O universo intelectual de Luís Warat abrangia temas caros à Escola Analítica de Buenos Aires, como a filosofia da linguagem e a semiótica, bem como interfaces com a literatura, a arte e o cinema. Em sua caminhada intelectual, Luís Warat incorporou ao debate da filosofia do direito preocupações epistemológicas, psicanalíticas, pedagógicas e ecológicas até então pouco percebidas pelo campo teórico da disciplina em nossas universidades. Permanece como contribuição original para o direito sua busca por um estatuto teórico emancipatório para a prática da mediação, chamada a reconfigurar a prática jurídica, envolvida numa nova dimensão de reconhecimento mútuo pelos sujeitos.

Os trabalhos aprovados e apresentados no Grupo de Trabalho que leva o nome do autor do célebre “Manifesto do Surrealismo Jurídico” abrilhantaram o CONPEDI Goiânia /2019, demonstrando o grau de abertura intelectual e filosófica dos debates nacionais de filosofia do direito, com textos que transitam de Frederick Schauer, ainda pouco conhecido e traduzido entre nós, até os já clássicos Karl Popper, Jürgen Habermas, Walter Benjamin, Carl Schmitt, Michel Foucault e Jacques Derrida.

A seguir faremos uma breve apresentação dos conteúdos apresentados durante o Grupo de Trabalho.

Refletindo sobre as mudanças radicais ocorridas no mundo do trabalho, Fernanda Donata de Souza questionou a recente evolução do ramo justrabalhista, que deixou de pautar-se na proteção do fator humano na relação capital versus trabalho, colocando o ser humano como fim dessa relação para privilegiar apenas um dos lados da relação, justamente o mais forte economicamente. Sob a perspectiva das teorias de Kant e Rawls, a autora apresentou os efeitos das alterações legislativas trazidas pela Reforma Trabalhista de 2017 que retiraram o ser humano do centro das relações de emprego, colocando-o como meio e não como fim da regulação estatal.

Por sua vez, Valterlei Aparecido da Costa efetuou um recorte sintático-semântico sobre a estrutura da norma jurídica. Para tanto, retomou conceitos-chave do positivismo jurídico para identificar a existência de uma norma primária e de uma norma eventual — aplicável se a conduta exigida por aquela não se verificar. Ambas as dimensões, conectadas, configuram a estrutura da norma jurídica completa.

Operando a partir dos estudos desenvolvidos por Karl Popper sobre a epistemologia da ciência, Adriano da Silva Ribeiro e Jessica Sério Miranda buscaram uma análise do esquema quadripartido popperiano aplicando-o à teoria jurídica do ônus da prova. Na sua investigação, buscaram demonstrar como Popper desenvolve nova forma de abordar a questão do conhecimento, tendo na hipótese a tentativa de se resolver um problema, o que resulta no desenvolvimento do conhecimento humano como constante processo de solução para questões de ordem prática e teórica. Na visão dos autores, é viável a utilização do esquema popperiano em pesquisas na área do Direito, especialmente no tocante ao instituto da prova.

O princípio jurídico e constitucional do não retrocesso social foi abordado por José Mauro Garboza Junior e Lucas Bertolucci Barbosa de Lima, através da filosofia da história, buscando a compreensão de cada elemento de forma diferenciada. Assim, a palavra "princípio" foi analisada como a "origem", o termo "jurídico" foi buscado em meio à relação entre direito e violência e a expressão "não retrocesso social" foi abordada com base na crítica à própria ideia de progresso.

Thiago Passos Tavares e Carlos Augusto Alcântara Machado demonstraram a importância da fraternidade na democracia brasileira, caracterizada como representativa, efetuando a pergunta fundamental "qual a contribuição da categoria da fraternidade em uma democracia?"

Lendo a obra de Jacques Derrida a partir das contribuições de Luís Warat, Ana Flávia Costa Eccard e Adriano Negris Santos apresentaram a noção de desconstrução de uma forma interdisciplinar, indicando os momentos em que a desconstrução acontece. O trabalho prosseguiu com um estudo da teoria dos signos de Saussure e sua relação com a desconstrução. Buscou-se fundamentar uma desconstrução do pensamento para aplicação nas teorias pedagógicas do direito propostas por Warat.

Objetivando a construção de uma definição objetiva para a teoria do desenvolvimento, sob a perspectiva do direito, em detrimento da clássica e utilitarista abordagem econômica, Eline Débora Teixeira Carolino desenvolveu uma releitura dessa teoria cuja racionalidade foi apresentada como um desdobramento da ideia de justiça. A autora tomou como base as contribuições de Aristóteles, Rawls, Dworkin e Amartya Sem, para concluir que a teoria do

desenvolvimento concebeu liberdade, igualdade e capacidade como seus definidores objetivos.

Discutindo a ideologia e sua conexão com o direito, em análise histórica e crítica, Walter Lucas Ikeda e Alessandro Severino Valler Zenni evidenciaram um cenário de ideologia como parte de uma rede que constitui um conjunto de saberes, um dispositivo foucaultiano, e que por meio da generalização de situações particulares, naturaliza relações sociais e cria modos de vida, fazendo uma condução de vidas.

Para Paulo Viana Cunha e Douglas Luis Ferreira, o domínio da linguagem faz do homem um animal distinto de todos os demais ao lhe possibilitar transmitir de forma clara inteligível os sentimentos e pensamentos aos seus semelhantes. Tal evolução vem possibilitando que ele se liberte dos seus primitivos instintos e caminhe na direção da razão. A capacidade de compreender a realidade e o outro, essencial para a convivência humana e o desenvolvimento social, evolui na medida em que se aprimora a hermenêutica, importante ramo da filosofia.

O tema central do Estado de exceção e as discussões travadas entre Walter Benjamin e Carl Schmitt foi o objetivo do trabalho apresentado por Mariana Mara Moreira e Silva. O estudo, partindo da contribuição de Agamben, faz apontamentos e contrapontos relevantes para a construção do conceito de exceção e poder soberano, que buscou ainda, efetuar considerações sobre violência pura, anomia e poder soberano.

Gabriela dos Santos Paixão apresentou, do ponto de vista filosófico, a relação existente entre o cosmopolitismo kantiano e a figura do refugiado, à luz do Direito à Hospitalidade. Para tanto, buscou apresentar o ideal filosófico de Kant para a instituição da Paz Perpétua com ênfase no Direito Cosmopolita. Santos Paixão demonstrou a correspondência entre Direito Cosmopolita, Direitos Humanos e Direito Natural para abordar o tema dos refugiados sob uma perspectiva filosófica.

Com base nos princípios do Estado de Direito sob a ótica do filósofo Jürgen Habermas, em sua possível aplicação na interpretação do contexto brasileiro, José Marcos Miné Vanzella e Raphael Ramos Passos abordaram as relações internas entre o Direito e a Política, poder comunicativo, teoria do discurso, formação legítima do Direito e a relação entre os princípios do Estado de Direito e a lógica da divisão de poderes. O objetivo do trabalho consistiu na discussão do uso do poder administrativo ligado ao poder comunicativo dentro de uma perspectiva procedimental.

Partindo do positivismo presumido de Frederick Schauer, Emanuel de Melo Ferreira, buscou demonstrar como a aplicação de seus postulados contribui para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e a manutenção da separação de poderes, ao impedir a realocação de poder especificamente no bojo do judiciário, quando este interpreta as regras de competência constitucionais.

Ivan Clementino de Souza tratou de estabelecer uma análise sobre a Razão de Estado como governamentalidade em Michel Foucault. Por meio dessa análise, buscou identificar as razões pelas quais Foucault não reconhece Maquiavel como um teórico da Razão de Estado, considerando que toda a tradição política clássica atesta esta posição ocupada pelo filósofo italiano.

Também tratando sobre o agir do Estado perante a questão do refugiado, Loyana Christian de Lima Tomaz e Adolfo Fontes Tomaz buscaram responder à seguinte questão: qual a situação política e jurídica dos refugiados frente ao Estado de Direito? A partir de uma análise do conceito de refugiados, os autores percorreram os conceitos de biopolítica e estado de exceção, baseando-se na obra de Agamben. Por fim, a partir do conceito de hospitalidade desenvolvido por Derrida, buscaram tratar de eventuais soluções para a problemática do trato aos refugiados.

Finalmente, Luize Emile Cardoso Guimarães tratou do pragmatismo filosófico de Peirce e James, buscando a semelhança e a diferença entre seus conceitos. A pesquisa considerou o fato de que a essência do pragmatismo é comum para ambos os autores e testou a hipótese de que o “Programa Pai Presente” do Conselho Nacional de Justiça pode ser avaliado sob a ótica pragmática.

Agradecemos aos organizadores do CONPEDI GOIÂNIA 2019 pela oportunidade de aprendizado e aprofundamento dos temas tratados pelos autores juntamente com os participantes da mesa que coordenaram a apresentação dos trabalhos.

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha (UNISINOS)

Prof. Dr. Jean Carlos Dias (CESUPA)

Prof. Dr. Arnaldo Bastos Santos Neto (UFG)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O DIREITO COMO INSTRUMENTO DE TRANSFORMAÇÃO DO PODER COMUNICATIVO EM PODER ADMINISTRATIVO: UMA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DISCURSO DE HABERMAS

THE LAW AS AN INSTRUMENT FOR TRANSFORMING THE COMMUNICABLE POWER IN ADMINISTRATIVE POWER: AN APPLICATION OF HABERMAS'S DISCOURSE THEORY

José Marcos Miné Vanzella
Raphael Ramos Passos

Resumo

A temática abordada, com metodologia de pesquisa bibliográfica reconstrutiva, objetiva estudar os princípios do Estado de Direito sob a ótica do filósofo Jürgen Habermas, e aplicá-los na interpretação do contexto brasileiro. Aborda as relações internas entre o Direito e a Política, poder comunicativo, teoria do discurso, formação legítima do Direito e a relação entre os princípios do Estado de Direito e a lógica da divisão de poderes. Transita por vários elementos jurídicos e políticos, entre eles, a Teoria Geral do Estado e o Direito Administrativo. Trata do uso do poder administrativo ligado ao poder comunicativo na perspectiva procedimental.

Palavras-chave: Habermas, Democracia, Estado de direito, Poder comunicativo, Direito administrativo

Abstract/Resumen/Résumé

The aim of this research is to study the principles of the rule of law, from the perspective of the philosopher Jürgen Habermas, and to apply them in the interpretation of the Brazilian context. It addresses the internal relations between law and politics, communicative power, discourse theory, lawful formation of law and relationship between principles of the rule of law and logic of division of powers. It goes through various legal and political elements, among them, the General Theory of State and Administrative Law. It deals with the use of administrative power linked to communicative power from a procedural perspective.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Habermas, Democracy, Rule of law, Communicative power, Administrative law

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico, inserido nos trabalhos desempenhados no grupo de pesquisa "Direitos Sociais, Direitos Fundamentais e Políticas Públicas" da Faculdade de Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL), com metodologia de pesquisa bibliográfica, filosófica e reconstrutiva, tem por objetivo estudar os princípios do Estado Democrático de Direito sob a ótica do filósofo Jürgen Habermas e aplicá-los à interpretação do contexto brasileiro. Justifica-se sua apresentação ao grupo de trabalho Filosofia do Direito e Cátedra Luís Alberto Warat em função de sua abordagem filosófica. Questiona-se como Habermas pensa as relações internas entre o Direito e a política, o poder comunicativo e a teoria do discurso, na formação legítima do Direito e dos princípios do Estado de Direito na lógica da divisão de poderes. Procuramos transitar por vários elementos jurídicos e políticos, contextualizando com a situação brasileira, entre eles, a Teoria Geral do Estado e o Direito Administrativo. Encerramos ao tratar do uso do poder administrativo ligado ao poder comunicativo.

O presente estudo baseia-se na obra "Direito e Democracia: entre facticidade e validade", de Jürgen Habermas, Volume I, especificamente sobre seu capítulo IV, sob o tema "Para a reconstrução do Direito (2): os princípios do Estado de Direito". O autor subdivide este capitulo em três seções: I – A relação interna entre Direito e Política, II – Poder comunicativo e formação legítima do Direito e III – Princípios do Estado de Direito e lógica da divisão de poderes. Inicialmente, trata-se do Estado de Direito, prosseguindo nas condições a serem preenchidas para a produção do poder comunicativo e finalizando ao tratar do uso do poder administrativo ligado ao poder comunicativo. Esse itinerário do autor alemão será cotizado com os trabalhos de seus intérpretes e a literatura referente à questão nacional.

2 A RELAÇÃO INTERNA ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA

Habermas inicia o seu discurso nos informando que há um nexo interno e indissociável do Direito com o chamado "poder político" (HABERMAS, 1997). Porém, como observam Denílson L. WERLE e Mauro V. SOARES: "para Habermas, ambas as perspectivas, a das teorias contratualistas do poder soberano e a da legitimidade a partir da legalidade, não conseguem explicar satisfatoriamente a relação entre política e direito no mundo moderno" (2008, p. 128). Essa é a questão que Habermas pretende esclarecer no quarto capítulo de seu "Direito e Democracia".

Porém, Felipe Gonsalves SILVA e Rúrion MELO fazem a seguinte afirmação: "o paradigma procedimental procura se ancorar na realidade das democracias estabelecidas e se

manter reflexivamente aberto às transformações de seus contextos histórico-social" (2012, p. 163). Por esse motivo, toda mudança social é um convite a reexaminar a compreensão do direito que, para o autor, se situa entre o Estado liberal e o Estado de bem-estar social.

Tanto o direito como o poder político pressupõem o poder de sanção de uma organização, dispondo de meios para o emprego legítimo da coerção, a fim de impor o respeito às normas jurídicas, surgindo o Estado com seu poderio militar.

É um indicativo do poder disciplinar, típico do Direito Administrativo (MAZZA, 2018), bem como de uma das principais características do Direito: a coercibilidade (NADER, 2018). Entenda-se a coercibilidade como a aptidão para que o instrumento ou mecanismo de controle social ofereça punições, em virtude do descumprimento de padrões de conduta impostos. Observe-se que esta sanção deverá ser ofertada oficialmente pelo Estado. Há outros instrumentos de controle social que adotam punições. Podemos exemplificar a moral, a religião e as regras de trato social (regras de etiqueta, boas maneiras, boa educação). Cumpre destacar que uma sanção moral, à guisa exemplificativa, pode castigar muito mais um determinado destinatário da norma do que uma pena jurídica (o jogador que perdeu o pênalti e desclassificou o time na Copa do Mundo, o namorado que perdeu o amor da sua vida em virtude de uma traição, etc.). Assim, também o vale com as sanções religiosas (o descumprimento de um dogma que tem como consequência a excomunhão do sacerdote) ou atinentes às regras de trato social (o afastamento de determinado elemento do grupo devido aos seus maus hábitos em relação a determinada minoria). Com isto, a punição moral, religiosa ou social pode, recorrentemente, ser mais dolorosa e perene que uma sanção jurídica, mas note-se: somente esta última tem caráter oficial do estado. E um dos desdobramentos de poder coercitivo é justamente a criação de aparatos estatais aptos a exercer o chamado "poder de polícia", onde destacamos as corporações policiais e as forças armadas.

A coletividade necessita dispor de uma instância central autorizada a agir em nome do todo. Segundo afirma HABERMAS: "O direito à proteção jurídica individual concretiza-se em direitos fundamentais, que apoiam pretensões a uma justiça independente e imparcial nos julgamentos" (1997, p. 171). Os direitos fundamentais criam condições para participação em processos legislativos democráticos, com o auxílio do poder político organizado. A formação da vontade política, representada pelo Legislativo, depende de um Executivo em condições de implementar as medidas acordadas. Segundo Habermas: "O Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos têm que sem implementados, haja vista que a comunidade necessita de uma jurisdição organizada e porque a vontade política tem que ser implementada" (1997, p. 171) O poder jurídico se desenvolve através de um código

jurídico de direitos fundamentais. Lembrando que, de acordo com a divisão clássica de Montesquieu, são poderes independentes e harmônicos entre si o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (BRASIL, 1988), havendo um dever de fiscalização recíproca, em um sistema denominado *checks and balances*, ou freios e contrapesos (MAZZA, 2018).

O Estado Constitucional estabelece uma ligação entre os diretos à liberdade e o poder organizado do Estado. O Estado de Direito deveria garantir a autonomia privada e igualdade jurídica dos cidadãos. **A Teoria do Discurso esclarece o nexo interno entre autonomia pública e privada**, sendo que o Direito encontra seu sentido normativo quando gera legitimidade. O conceito liberal de lei demonstra a melhor ideia para definir o Estado de Direito, como sendo uma regra geral e abstrata, que se coloca a partir do assentimento da representação do voto, num procedimento caracterizado pela discussão e publicidade. "Não é a forma do Direito que legitima o exercício do poder político, mas a sua ligação com o Direito *legitimamente estatuído*" (HABERMAS, 1997, p. 172) (aceitação racional por todos os membros). A legislação constitui-se como um verdadeiro poder dentro do Estado. A soberania popular interligada internamente com as liberdades subjetivas, conecta-se com o poder politicamente organizado (todo o poder político parte do povo). É concretizado através dos procedimentos e pressupostos comunicativos de uma formação institucionalmente diferenciada entre a opinião e da vontade.

WERLE e SOARES lembram que:

> Duas questões são fundamentais para entender a legitimação do poder político organizado na forma do Estado Democrático de Direito: 1) que condições devem ser preenchidas para o surgimento do poder comunicativo; 2) a partir da constituição cooriginária e do entrelaçamento entre poder político e direito surge uma nova necessidade de legitimação: a necessidade de canalizar juridicamente o próprio poder estatal da sanção, organização e execução (o poder administrativo) em função do poder comunicativo (2008, p. 130).

No Estado de Direito, definido pela Teoria do Discurso, há uma destituição anônima de sujeitos, onde o poder comunicativo diluído liga o poder administrativo com a vontade dos cidadãos. No Estado Democrático de Direito, o poder político diferencia-se em poder comunicativo e poder administrativo. A soberania faz-se valer na circulação de consultas e decisões estruturadas racionalmente, de forma despersonalizada (ausência de soberano). O nexo entre direito e poder político repousa numa tensão existente entre facticidade e validade do direito (positividade e legitimidade ou autonomia pública e privada) (HABERMAS, 1997, p. 173).

Esta análise conceitual explora a tensão entre facticidade e validade que sobrecarrega o poder político, porque este mantém uma relação interna com o Direito, através do qual precisa legitimar-se.

A passagem do estágio das sociedades organizadas por laços sanguíneos para as sociedades primitivas organizadas politicamente é caracterizada pelo complexo formado pelo Direito e poder político. Os problemas somente começam a surgir nas sociedades de transição do início da Idade Moderna (Séc XV a XVIII). Maquiavel interpretou o poder político saindo das tradições sagradas e como um potencial calculado pelos detentores do poder, estratégica e teleologicamente. Surge um novo poder administrativo, calcado no Estado e no monopólio do uso da força. Hobbes nos traz, de um lado, a estrutura de regras e, do outro, o poder fático de mando do soberano. Kant e Rousseau tentam amenizar esse antagonismo, informando que a lei do processo democrático deve dirigir as decisões soberanas do povo unido (HABERMAS, 1997, p. 175).

Para a reconstrução conceitual da gênese do Direito e da Política, Habermas escolhe a forma de apresentação de um modelo abstrato, sublinhando apenas elementos particulares e relevantes, encontráveis em um meio abundante de material antropológico. A tabela abaixo resume o conceito:

<table>
<tr><td rowspan="2">Problemas
Coordenação da ação através:</td><td rowspan="2">Regulação de conflitos interpessoais</td><td colspan="2">Persecução de objetivos coletivos:</td></tr>
<tr><td>Colocação de Objetivos</td><td>Implementação</td></tr>
<tr><td>Orientações valorativas</td><td>Consenso</td><td>Decisão através de autoridade</td><td rowspan="2">Poder de mando através de uma divisão de trabalho organizada.</td></tr>
<tr><td>Situação de interesses</td><td>Arbitragem</td><td>Formação do compromisso</td></tr>
</table>

Tabela 1: reconstrução conceitual da gênese entre Direito e Política.

Fonte: HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Volume I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

O homem é um animal social. Ou seja, como todo mamífero superior, e mesmo como pertencente à ordem dos primatas, é um ser gregário. Assim como ocorre em espécies semelhantes, como os gorilas, chimpanzés, orangotangos etc, o *homo sapiens* tem necessidade de viver em sociedade. Aquele homem que, involuntariamente, se abstém da vida em coletividade, normalmente definha e morre. A vida em sociedade nos proporciona inúmeras vantagens, tais como proteção recíproca em face de outras espécies, de próprios grupos de humanos rivais ou intempéries da natureza; propicia a divisão de tarefas; favorece a propagação e perpetuação da espécie; e nos traz, talvez, a característica que mais nos separa das outras espécies: a propagação da cultura. Ou seja, as novas gerações não têm que reaprender tudo novamente (lidar com o fogo, construir abrigos, agricultura, etc.) – aprendem com as anteriores e vão além, criando uma verdadeira sinergia do conhecimento. Todavia, tudo tem seu lado negativo. E a principal desvantagem da vida em coletividade é o conflito de interesses. Há até mesmo um nome específico para o conflito de interesse na seara jurídica: lide. Antigamente, o conflito de interesses era debelado por intermédio da força física, da violência, através da autocomposição. Apesar de ser uma maneira eficiente e eficaz de resolver problemas, se a humanidade permanecesse se valendo desse instrumento, certamente estaria fadada à extinção. Sempre há alguém ou algum grupo mais forte. Daí, vislumbrou-se a necessidade de uma ferramenta mais justa, com menos sequelas e que pudesse trazer pacificação social: a heterocomposição. Ou seja: elege-se um terceiro, desinteressado e desapaixonado, isento, para pôr fim à disputa – o árbitro. Quanto este terceiro é o Estado-Administração ou o Estado-Juiz, diz-se que temos a solução do litígio pelo instrumento de controle social Direito.

As quatro estratégias de solução de problemas (consenso, arbitragem, decisão através da autoridade e formação de compromisso / compensação de interesses), previstas na Tabela 1, podem ser ilustradas através de instituições de arbitragem de conflitos e formação da vontade coletiva. Apenas as técnicas de arbitragem e formação do compromisso apoiam-se em posições de poder social. O consenso e a decisão através da autoridade apoiam-se num complexo normativo, interligado aos costumes, à moral e ao Direito. Com isto, é possível representar a constituição cooriginária do direito político e do poder político (HABERMAS, 1997, p. 179).

O poder político e o Direito sancionado pelo Estado surgem como dois componentes dos quais se origina o poder do Estado organizado de acordo com o Direito (caminham simultaneamente). HABERMAS dá o exemplo do chefe, que dispõe de reputação e poder social reconhecido, que é chamado à arbitragem, e é transformada em norma (1997, p. 180). Nisto consiste a cooriginalidade do poder político e do direito político.



Organograma 1: relação entre poder social e direito sagrado.

Fonte: HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Volume I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

O Direito serve para a constituição de um código de poder binário quando empresta forma jurídica ao poder político (quem dispõe de poder pode dar ordem aos outros). O Direito funciona como meio de organização do poder do Estado. Inversamente, o poder, na medida em que reforça as decisões judiciais, serve para a constituição de um código binário jurídico "os tribunais decidem sobre o que é direito e o que não é. Nesta medida o poder serve para a institucionalização política do direito" (HABERMAS, 1993, p. 182). O quadro abaixo resume a relação binária entre Direito e poder:

Funções / Códigos	Função própria	Função recíproca
Poder	Realização de fins coletivos	Institucionalização do direito por parte do Estado
Direito	Estabilização de expectativas de comportamento	Meios de organização da dominação política

Tabela 2: relação binária entre Direito e Poder

Fonte: HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Volume I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

Na modernidade, o poder político pode desenvolver-se como poder legal. A contribuição do poder político para a função própria do direito, que é a de estabilizar expectativas de comportamento, passa a consistir no desenvolvimento da segurança jurídica. Aqui, temos menção a um dos dois objetivos do Direito. Se o primeiro é espargir, espalhar, espraiar justiça, o outro é proporcionar segurança jurídica (NADER, 2018). Ora, para que uma norma seja justa, ela deverá sempre, e com a celeridade necessária, acompanhar as mutações da sociedade. Quanto mais eficiente e eficaz o Direito de um estado será quanto for a sua capacidade de acompanhar as mudanças sociais. Por outro lado, é fator de estabilidade social a perenidade da norma. Traz graves consequências para a saúde emocional do cidadão o fato de não saber precisamente como se comportar de forma correta, se a sua conduta de hoje (aceitável) poderá ser condenável e até mesmo criminalizável ou penalizada mais severamente num momento posterior. Por isso, deve haver um equilíbrio entre justiça e segurança jurídica no ordenamento jurídico.

Existe a sugestão de existência de uma troca autossuficiente e horizontal entre Direito e poder político. Analisando funcionalisticamente, realmente, o Direito é absorvido para a constituição do código do poder e na realização de sua própria função. Entre o Direito positivo e o poder político há um processo estabilizador, mas a profanação do poder, no início da modernidade, revelou que a forma do Direito não é suficiente para a legitimação do exercício do poder. HABERMAS comenta:

> É certo que o poder político deve a sua autoridade normativa unicamente àquela fusão com o direito, que eu representei no modelo.

> Entretanto, essa reconstrução revela também que o direito só mantém força legitimadora enquanto puder funcionar como uma fonte de justiça (1997, p. 184).

Saliente-se que, inicialmente, o Direito ocupava uma base sagrada. Somente com o advento do Direito normatizado, ou seja, o Direito positivo no sentido pré-moderno, apoiava a legitimidade do soberano na interpretação de uma ordem jurídica preliminar ou nos costumes, sendo que o Direito consuetudinário extraía sua autoridade da tradição. Houve a separação da religiosidade. Também, houve a separação da moral racional pós-convencional, tornando-se dependente das decisões de um legislador político. A constituição do complexo envolvendo Direito e Política, que tornou possível o advento do Estado moderno, foi ferida no momento em que o poder político não podia mais legitimar-se por intermédio de um Direito legítimo (HABERMAS, 1997, p. 185).

O conceito de autonomia política, apoiado na Teoria do Discurso, informa que "a produção de um Direito legítimo implica na mobilização das liberdades comunicativas dos cidadãos". (HABERMAS, 1997, p. 185). A legislação é colocada na dependência do poder comunicativo, que ninguém pode possuir verdadeiramente. O poder aparece quando os seres humanos agem conjuntamente, e tende a se desfazer quando se separam (ARENDT, 1963). O Direito e o poder comunicativo surgem cooriginariamente do senso comum ao redor do qual muitas pessoas se reuniram publicamente (ARENDT, 1963). O poder da administração do Estado, constituído conforme o Direito, deve estar apoiado em um poder comunicativo normatizador – a fonte da justiça – da qual extrai sua legitimidade (ARENDT, 1963). As convicções produzidas através do discurso e compartilhada intersubjetivamente possuem também forma motivadora. Quando as liberdades comunicativas dos cidadãos são mobilizadas para a produção de Direito legítimo, os administradores devem respeitá-lo. Se, para Max Weber, o poder é a chance de impor, dentro de uma relação social, a sua própria vontade contra vontades opostas, conforme o comentário de Habermas, para Hanna Arendt, o poder advém do potencial de uma vontade comum formada numa comunidade não coagida: o poder nasce da capacidade humana de agir ou fazer algo, de se associar com outros e de agir em afinação com eles. Para Arendt, o poder político não é um potencial para a imposição de interesses próprios ou a realização de fins coletivos, nem um poder administrativo capaz de tomar decisões obrigatórias coletivamente. É uma força autorizadora que se manifesta na criação do direito legítimo e na fundação de instituições. Este é o fenômeno da relação íntima entre o poder comunicativo e a produção do direito legítimo (HABERMAS, 1997, p. 187). Temos, como exemplo, a Revolução Americana de 1776, que culminou com a independência daquele país do

Reino Unido, haja vista o consenso ideológico presente nos colonos, em plena consonância com a atuação de seus líderes (de tão grande a conexão, são até hoje conhecidos como os "pais da pátria").

HABERMAS comenta que "o contraste entre poder e força situa o poder ao lado do Direito, o que não acontece na definição de Direito racional" (1997, p. 188). A tradição racionalista informa que, na passagem do estado de natureza para o estado de sociedade, os atores pactuavam no sentido de renunciar às liberdades, em face do poder de um Estado. A diferença, na acepção de Arendt, entre poder e direito, elimina essa oposição (violência x poder). "O Direito se liga *naturalmente* a um poder comunicativo capaz de produzir direito legítimo" (HABERMAS, 1997, p. 188). A proximidade entre normatização do Direito e formação do poder torna claro que o sistema jurídico tem que aparecer como Direito positivo, não podendo reclamar validade moral ou jusnatural anterior à formação da vontade dos cidadãos. Com o conceito de poder comunicativo, atingimos o surgimento do poder político, mas não sua utilização administrativa (exercício do poder), tampouco a luta por posições que dão ao Direito a dispor do poder administrativo – dependem da formação e renovação comunicativa desse poder. O Direito é um meio pelo qual o poder comunicativo se transforma em poder administrativo (HABERMAS, 1997, p. 189-190).

3 PODER COMUNICATIVO E FORMAÇÃO LEGÍTIMA DO DIREITO

Habermas procura apresentar as condições sob as quais o poder comunicativo pode formar-se, tomando como ponto de partida a lógica de questionamentos que determina a estrutura da formação da opinião e da vontade de um legislador democrático. Informa que os direitos de participação política remetem à institucionalização jurídica de uma formação pública da opinião e da vontade, culminando em resoluções sobre leis e políticas. Baseia-se em formas de comunicação – princípio do discurso – em dois aspectos: sentido cognitivo (filtrar contribuições e temas, argumentos e informações – aceitabilidade e legitimidade) e sentido prático (caráter discursivo da formação da opinião e da vontade na esfera pública). Há um cruzamento entre normatização discursiva do direito e formação comunicativa do poder pois, no agir comunicativo, os argumentos também formam motivos. "O Direito não regula contextos interacionais, como a moral, mas serve como *medium* para a auto-organização de comunidades jurídicas que se afirmam, num ambiente social, sob determinadas condições históricas" (HABERMAS, 1997, p. 191). A moral formula aquilo que é do interesse de todos, exprimem uma vontade geral pura e simples (isso quando nos referimos à moral social – a moral interna opera de forma diversa). As regras jurídicas exprimem, também, a vontade particular dos

membros de uma determinada comunidade jurídica. A natureza dos questionamentos políticos faz com que a regulamentação de modos de comportamento se abra, por intermédio do Direito, a finalidades coletivas, passando-se da formação da opinião para a da vontade.

Quanto mais concreto for o direito e a matéria a ser regulada, maior a importância da aceitabilidade. Há um fortalecimento na medida em que a sociedade concentra nas mãos do Estado a persecução dos fins coletivos. Até mesmo no modelo liberalista (Ex: legislação tributária e segurança militar). Por outro lado, a consideração de fins coletivos não pode destruir a forma jurídica, pois desapareceria a tensão entre facticidade e validade, típica do direito moderno (HABERMAS, 1997, p. 192).

Habermas esclarece em três pontos o caráter do direito, mais concreto que as regras morais: a) o conteúdo das normas jurídicas (obediência às normas jurídicas válidas x regras morais seguidas voluntariamente; normas morais mais abstratas que as jurídicas), b) com o seu sentido de validade (normas jurídicas são impostas – o momento da aceitabilidade se liga à validade social; a legitimidade do Direito não tem o mesmo sentido que a da moral) e c) com o modo de legislação (processo legislativo do direito x autolegislação da moral). Isto tudo decorre de outras características do Direto, como a heteronomia (onde a norma é imposta independentemente da concordância, da aquiescência do destinatário), de sua bilateralidade (há necessidade de duas ou mais partes, sendo elas pessoas físicas ou jurídicas e, dentre estas, de direito público ou privado, interno ou externo), e atributividade (as partes geram obrigações recíprocas entre si, ou seja, o direito de uma é o dever da outra, e vice-versa) (HABERMAS, 1997, p. 193, *et seq*.).

Para KRIELE (2009, p. 30-31), acerca da Teoria do Discurso, sua importância reside no fato de

> ela tornar consciente aquilo que já está pressuposto em todo discurso, a saber, a possibilidade da razão, a qual depende da manutenção das regras do discurso [...] tal conscientização tem ainda uma função política: ela defende a forma política da discussão – portanto, o Estado democrático de Direito – contra teorias políticas, que questionam seu fundamento filosófico.

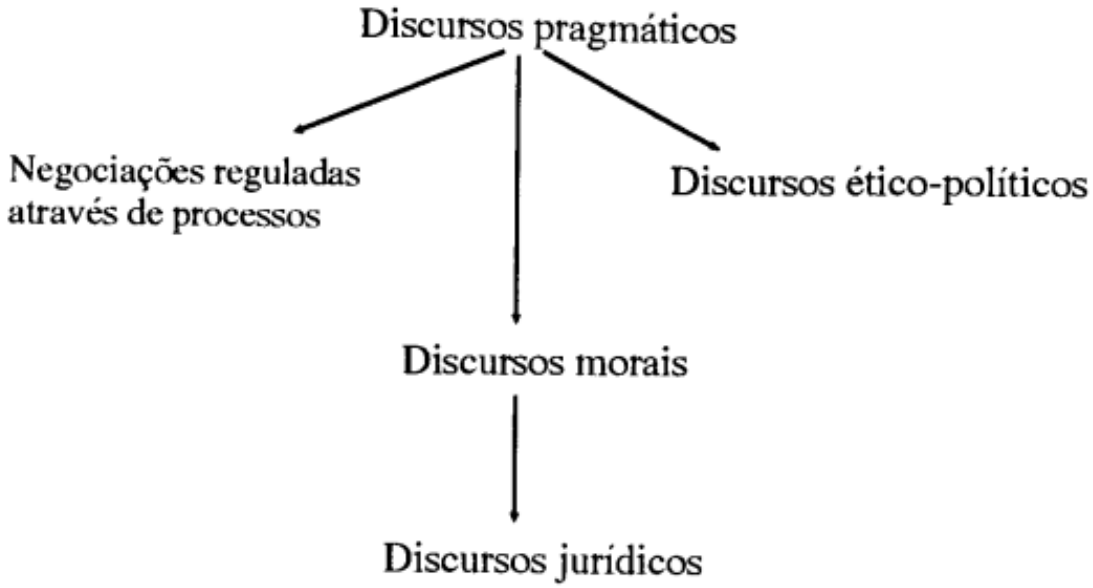
HABERMAS sabe que o direito e o Estado precisam estar em conexão com a ética, porém, não são constituídos apenas como uma derivação da ética e da moral. Ele afirma: "questões pragmáticas colocam-se na perspectiva de um ator que procura os meios apropriados para a realização de preferências e fins que já são dados" (1997, p. 200). Porém, pouco adiante, escreve: "questões ético-políticas colocam-se na perspectiva de membros que procuram obter clareza sobre a forma de vida que estão compartilhando e sobre os ideais que orientam seus

projetos comuns de vida" (1997, p. 201). Por fim, ele explica o discurso moral, do ponto de vista teleológico, "que nos permite enfrentar problemas por meio de uma cooperação voltada a um fim, desaparece por trás do ponto de vista normativo, sob o qual nós examinamos a possibilidade de regular nossa convivência no interesse simétrico de todos" (1997, p. 202-203). A averiguação moral do interesse simétrico dá-se pela aplicação do princípio de universalização.

Na formação discursivamente estruturada da opinião e da vontade de um legislador político, há uma interligação entre a normatização jurídica e a formação do poder comunicativo. Explicando, segundo um modelo processual, ele parte de questionamentos pragmáticos, passa pela formação de compromissos e discursos éticos, atinge a clarificação de questões morais chegando, finalmente, a um controle jurídico de normas.

Em uma situação ideal, as decisões são tomadas no nível em que a controvérsia deve ser prosseguida com argumentos. O modo como se decide depende do aspecto sob o qual a matéria a ser regulamentada é acessível a um esclarecimento posterior. Há três alternativas: a) quando se trata diretamente de um questionamento moralmente relevante (Ex: Direito Penal – aborto, prescrição; Processo Penal – levantamento de provas; política social; Direito Tributário), é preciso lançar mão de discursos que submetem os interesses e orientações valorativas conflitantes a um teste de generalização; b) quando se trata de um questionamento eticamente relevante (Ex: problemas ecológicos da proteção dos animais e do meio ambiente, planejamento de trânsito, construção de cidades), é o caso de se pensar em discursos de autoentendimento; c) negociações que exigem a disposição cooperativa dos interessados que agem voltados para o sucesso, negociações naturais ou não-reguladas, devem ser vantajosos para todos, exclui pingentes que se retiram da cooperação, exclui explorados que investem na cooperação mais do que ganham com ela (HABERMAS, p. 207).

No modelo do procedimento, a formação política racional da vontade apresenta-se como uma rede de discursos e negociações que podem ser retroligados entre si por várias sendas. Vejamos, abaixo, um modelo do processo da formação política racional da vontade:



Organograma 2: processo da formação política racional da vontade.

Fonte: HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Volume I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

O controle normativo em um Estado de Direito pode ser realizado tanto pelo próprio legislador político quanto pelos tribunais, sob a égide da conformidade com a constituição. E assim acontece no Estado brasileiro, onde o legislador participa logicamente da construção da norma, por intermédio do processo legislativo, onde deverá, desde sua gênese, estar norteado pelo comando constitucional. Mesmo após a entrada em vigor da lei, pode o Legislativo exercer o controle de constitucionalidade, conforme previsão de ser o Senado Federal o legitimado a suspender, no todo ou em parte, a eficácia de norma que contraria a Carta Magna. Da mesma maneira, pode o Judiciário exercer o controle de constitucionalidade quando o Supremo Tribunal Federal declara a incompatibilidade da norma com a Lei Maior, no que se denomina controle concentrado, ao passo que qualquer magistrado, em sede processualística, poderá também fazê-lo, no chamado controle difuso (MORAES, 2010).

4 PRINCÍPIOS DO ESTADO DE DIREITO E LÓGICA DA DIVISÃO DOS PODERES

O filósofo germânico pretende fundamentar os princípios para uma organização política do poder público sob pontos de vista da Teoria do Discurso. O Direito constitui o poder político e vice-versa, criando um nexo. O Estado de Direito exige uma organização do poder público que obriga o poder político, constituído conforme o Direito a se legitimar pelo Direito

legalmente instituído. O Direito é o meio para a transformação do poder comunicativo em administrativo (HABERMAS, p. 211-212).

Segundo HABERMAS, o princípio da soberania popular implica que: o poder político é deduzido do poder comunicativo dos cidadãos; o princípio da ampla garantia legal do indivíduo é proporcionada através de uma justiça independente; os princípios da legalidade da administração e do controle judicial e parlamentar da administração; o princípio da separação entre Estado e sociedade, que visa impedir que o poder social se transforme em poder administrativo, sem passar antes pelo filtro da formação comunicativa do poder (1997, p. 212, *et seq*.). Lembramos que a soberania, também denominada estado soberano, governo soberano, ou simplesmente governo, é um dos elementos constitutivos do estado moderno, ao lado do povo, território e, conforme alguns autores acrescentam, os objetivos (REALE, 2002).

A organização do Estado de Direito deve servir, em última instância, à auto-organização política autônoma de uma comunidade, a qual se constituiu, com o auxílio do sistema de direitos, como uma associação de membros livres e iguais do direito. HABERMAS apresenta o papel de interlocução e transmissão do direito nos seguintes termos:

> Ao se organizar o Estado de Direito, o sistema de direitos se diferencia numa ordem constitucional, na qual o *medium* do Direito pode tornar-se eficiente como transformador e amplificador dos fracos impulsos sociais e integradores da corrente de um mundo estruturado comunicativamente (1997, p. 220-221).

Desse modo, o Estado de direito apresenta dois aspectos: institucionaliza o uso público das liberdades comunicativas; regula a transformação do poder comunicativo em administrativo, que serão abordados na sequência.

Porém, esse desenho institucional possui um complemento na soberania popular, como nos recordam WERLE e SOARES:

> Além disso, nos termos de uma teoria do discurso, o princípio da soberania popular pode ser desdobrado em dois outros princípios: o *princípio parlamentar*, justificado pelo fato de que as deliberações face a face, envolvendo a totalidade de membros de uma comunidade política, é impossível numa sociedade moderna, e o princípio do *pluralismo político*, que inclui a ideia de uma autonomia da esfera pública aberta a todos os cidadãos e a ideia central de uma competição entre partidos rivais (2008, p. 130).

Frente ao desenho institucional, a teoria do direito de HABERMAS, após apresentar o tema da indeterminação do Direito no capítulo V, a questão da legitimidade da jurisdição constitucional no capítulo VI e o conceito procedimental de democracia no capítulo VII,

apresenta a discussão do papel da sociedade civil e esfera pública política no capítulo VIII (1997). Nesse capítulo, Habermas mantém a autonomia plural da esfera pública, que preserva condições de se manifestar, provocando os entes do Estado a que revisem posições e apresentem soluções a determinados problemas. Legislativo e Executivo são diretamente sensíveis às grandes manifestações da esfera pública, mas não se pode ignorar que também o Judiciário é aberto ordinariamente às consultas públicas, embora possa apresentar-se também como um poder contra-majoritário em defesa da constituição.

Daniel Oliver LALANA desenvolveu um importante estudo com o título "Legitimidad a través de la comunicación: Un estúdio sobre la opacidade y la publicidade del derecho"[1] (2011), onde aborda, no capítulo IX, o ceticismo comunicativo e a opacidade inevitável (p. 227, *et. seq.*). Nesse texto, após abordar a concepção sistêmica da comunicação em que se apresenta a questão da seleção de sentido presente nos meios de comunicação, o autor apresenta a *autopoiesis* dos sistemas sociais e a opacidade do direito e de sua comunicação. Ao final do texto, explica que a redundância pode resolver dificuldades comunicativas, tanto como provocá-las. Na comunicação entre as instituições e o público, a redundância inútil nem sempre é supérflua, pois pode alimentar a aparência de maior acessibilidade à comunicação. Por fim, afirma:

> La comunicabilidad del derecho forma parte del núcleo normativo del Estado constitucional, y cabría decir que, cuanto mayor sea la opacidad fáctica de aquel, más fuerte es la exigencia ética e jurídica de combatirla […] Aunque nunca es fácil saber cuáles son las prioridades institucionales en la comunicación pública del derecho, el análisis funcional de la redundancia sugiere que la comprensión no se persigue por sí misma, y que los recursos comunicativos tienden a aplicarse para alcanzar objetivos que tienen que ver más con la eficacia y la legitimación fáctica que con la legitimidad normativa (2011, p. 335)[2].

Lalana coloca um significativo problema para Habermas e aqueles que discutem seu pensamento, ao diferenciar uma certa superioridade da legitimação fática sobre a normativa, uma vez que toda a teoria é pensada pelo autor alemão como estando entre facticidade e validade. Segundo Habermas, o processo jurídico compensa a falha dos pressupostos comunicativos gerais de argumentação, pois estes devem estar completamente preenchidos

[1] Legitimidade através da comunicação: um estudo sobre opacidade e publicidade do direito (tradução nossa).
[2] A comunicabilidade da lei faz parte do núcleo normativo do Estado constitucional, e pode-se dizer que quanto maior a opacidade factual, maior a exigência ética e legal de combatê-la [...] Embora nunca seja fácil saber quais são as prioridades institucionais na comunicação pública do direito, a análise funcional da redundância sugere que o preconceito não é perseguido por si e que os recursos de comunicação tendem a ser aplicados para atingir objetivos que têm a ver mais com eficácia e legitimação factual do que com legitimidade normativa (2011, p. 335) (tradução nossa).

sendo, por isso, necessária a possibilidade de revisão. Também, tem o sentido de inserir, nos discursos e em sua racionalidade procedimental incompleta, uma justiça processual quase pura (1997, p. 223). A lógica da argumentação é colocada a serviço da produção de decisões que têm força de lei.

Marcelo Andrade Cattoni de OLIVEIRA sintetiza o pensamento de Habermas quanto à dupla relação que a constituição tem com o tempo, a qual pode ser compreendida no sentido de um processo de constitucionalização, assim reconstruído como um processo de aprendizagem social permanente que se realiza ao longo da história, sujeito a tropeços, mas que também pode se autocorrigir (2009, p. 298). Ele entende que o processo de constituição não pode ser reduzido ao "grande momento" de elaboração e promulgação do texto constitucional. Antes, ele se desdobra no processo de aprendizagem social e na experiência da cidadania jurídico-política e da defesa do patriotismo constitucional sobre o pano de fundo mundial do constitucionalismo democrático. A dinâmica social exige a ordenada revisão constitucional.

Robert ALEXY elaborou e respondeu a seguinte questão: "isso significa que o paradigma procedimental pode fornecer a anunciada 'ordem transitiva'?" (2009, p. 138). Sua resposta, de certa forma, surpreende, pois afirma:

> A resposta é sim e não. A mencionada 'suposição de legitimidade da liberdade de discurso' pode ser interpretada como uma prerrogativa *prima facie.* Tal prerrogativa institui uma determinada ordem […] Contudo, prerrogativas *prima facie* não conduzem a ordens transitivas estritas. Quando os motivos contrários são mais fortes, elas podem ser afastadas.

Sua conclusão é que, a partir de argumentos mais fortes, apenas no discurso situado que se pode decidir a questão sobre prerrogativas *prima facie,* para saber qual passa à frente. Sendo assim, elas não estão engessadas. É típico dos estados modernos o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição, onde uma decisão judicial poderá ser revista por instâncias superiores, a fim de evitar ou, ao menos, mitigar, a possibilidade de prosperar uma decisão virtualmente injusta, além de enfrentar a problemática da natural irresignação da parte vencida servindo, portanto, como importante instrumento de justiça e pacificação social. Apesar de que uma crítica que se faz aos sistemas jurídicos como o nosso, baseados no direito romano, é o de que uma busca acirrada de justiça "perfeita" fomenta que as partes ingressem em um infindável sistema recursal que acaba por gerar grave instabilidade social, haja vista a duração desproporcionalmente longa dos processos (sem mencionar os custos elevados). Nos sistemas baseados no modelo anglo-saxão (Estado Unidos, Reino Unido, Alemanha, por exemplo), abre-se mão da persecução de obter-se justiça e verdade "absolutas", em prol de possibilitar maior

segurança jurídica, pacificação e estabilidade sociais, por intermédio do incentivo a acordos judiciais, mesmo em matéria penal (*plea guilty* e *plea bargaining*) (MORAES, 2010).

A regra da maioria, onde questões específicas são decididas em tribunais colegiados, em parlamentos ou órgãos de autonomia administrativa, é um exemplo de regulamentação jurídica de processos em deliberação (busca da verdade). Entretanto, só tem validade se a minoria tiver a oportunidade de se manifestar e sua opinião tiver a possibilidade de, no futuro, modificar a opinião da maioria, com base em melhores argumentos. Decisões da maioria são limitadas por regras de direito fundamentais, visando à proteção das minorias (HABERMAS, 1997, p. 224). A formação política da opinião e da vontade necessita esclarecer três questões: a) possibilidade de harmonizar entre si preferências concorrentes; b) a questão ético-política, sobre nossa identidade pessoal e de nossos ideais; c) a questão prático-moral, que nos leva a inquirir sobre como agir para sermos justos. Isto, em última análise, é corolário da máxima onde, na democracia, prevalece a vontade da maioria, respeitadas as minorias e os direitos fundamentais (direitos humanos positivados).

Os representantes do povo são escolhidos em eleições livres, iguais e secretas, onde é conferido um mandato para negociar compromissos. "Discursos ético-políticos têm que preencher condições comunicativas para um autoentendimento hermenêutico de coletividade, devendo possibilitar uma compreensão autêntica e conduzir para a crítica ou fortalecimento de um projeto de identidade" (HABERMAS, p. 227). Entretanto, todos os membros devem poder tomar parte no discurso. As mesmas consequências valem para os discursos morais, onde cada participante pode assumir as perspectivas de todos os outros. Numa discussão de princípios do Estado de Direito, trata-se do significado constitucional de um conceito normativo de esfera pública. Neste modelo comunicativo, a relação entre parlamento e esfera pública não se apresenta da mesma maneira que na visão clássica da democracia representativa ou plebiscitária. Esta última toma como ponto de partida a noção voluntarista, onde existe uma vontade popular hipotética. Porém, a formação discursiva da opinião e da vontade não se limita aos parlamentos – as circulações comunicativas influenciam-se mutuamente. O povo não é visto como uma "entidade". A interpretação da Teoria do Discurso não se afina com as interpretações clássicas.

A divisão de poderes é lastreada na diferenciação das funções estatais: Executivo, Legislativo e Judiciário. A Administração é responsável pela implementação de leis que necessitam de execução. A realização administrativa elabora o conteúdo teleológico do Direito vigente, na medida em que este confere forma de lei a políticas e dirige a realização administrativa de fins coletivos. Os discursos pragmáticos são talhados para a escolha das

tecnologias e das estratégias apropriadas para a concretização dos valores e fins existentes na legislação. Segundo a Teoria do Poder, a lógica da divisão dos poderes só faz sentido se a separação funcional garantir a primazia da legislação democrática e a retroligação do poder legislativo ao comunicativo. Os cidadãos devem determinar a direção de circulação do poder político (SILVA, 2000).

Segundo a doutrina mais escorreita, a função típica do Legislativo é inovar o ordenamento jurídico, produzindo normas (legislar). A função típica do Executivo é exercer a alta administração pública (administrar). E a do Judiciário, é a de pôr fim ao conflito de interesses (lide), pronunciando-se por intermédio de uma sentença de mérito (julgar). Embora haja o reconhecimento de que, em suas funções atípicas, o Legislativo e o Judiciário administram (autoadministração – promovem e exoneram agentes públicos dos seus respectivos quadros, por exemplo), o Executivo e o Legislativo julgam (seus processos administrativos ou nas Comissões Parlamentares de Inquérito, por exemplo) e o Executivo e Judiciário legislam (atos administrativos e regimentos internos, por exemplo) (SILVA, 2000).

Se o Direito deve ser normativamente fonte de legitimação, o poder administrativo tem que ser retroligado ao poder produzido comunicativamente, podendo realizar-se através de uma divisão funcional dos poderes (*checks and balances*). O conceito de lei constitui o elemento básico nas construções jurídicas do Estado de direito burguês, sendo ela uma norma geral que obtém validade através do assentimento da representação popular. O esquema clássico da divisão de poderes perde sua atualidade quando entendemos que as leis deixam de ser vistas como programas condicionais para assumir a forma de programas finalísticos. O princípio da legalidade da administração, no modelo de execução de leis gerais, não está formulado de maneira suficientemente abstrata: os princípios do Estado de Direito têm que ser colocados como independentes em relação a qualquer ordem jurídica histórica ou forma concreta de institucionalização (MORAES, 2010).

Segundo a lógica da argumentação, a separação entre as competências de instâncias que fazem as leis, que as aplicam e que as executam, resulta da distribuição das possibilidades de lançar mão de diferentes tipos de argumentos (legislador, justiça e administrador).

5 CONCLUSÃO

O presente artigo científico procurou perquirir a relação existente entre poder comunicativo e poder administrativo, dentro de um contexto do estudo dos princípios do moderno Estado de Direito. Lastreou-se, precipuamente, na obra “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, do filósofo alemão contemporâneo Jürgen Habermas.

Verificou-se que Habermas apresenta as relações internas entre o Direito e a Política, mostrando que ambos, para efetivarem-se, tem cada um a necessidade do outro. Assim, o poder político tem necessidade do Direito para se estabilizar, legitimar e efetivar. Também, o Direito tem necessidade do poder político para se efetivar. Verifica-se que essa relação interna também se manifesta em nossa ordem constitucional.

Verificou-se que, para Habermas, o poder comunicativo apresenta exigências e garantias de liberdades, que só podem ser satisfeitas em um Estado Democrático de Direito, constituindo com ele um nexo interno. Depende dele, e é constitutivo da legitimidade do Estado de Direito dentro de limites pragmáticos que envolvem negociações, discursos éticos, políticos e morais. Essa relação complexa desdobra-se nas instâncias administrativas do Estado e na esfera pública política independente. Verifica-se que essas instâncias estão presentes e atuantes em nosso país dentro da normalidade democrática, obviamente, com limites.

Os princípios do Estado de Direito e o desdobramento da divisão do poder administrativo e sua distinção do poder comunicativo e da dinâmica social apresenta-se numa perspectiva procedimental. Ela possibilita compreender a necessidade da revisão dos princípios constitucionais, como processo de aprendizado, a partir da dinâmica social, que aperfeiçoa os meios da democracia, a partir de seus respectivos problemas e contextos.

O estudo do precitado filósofo germânico, nesta seara, é edificante, pois sua ótica reconstrutivista nos leva a transitar por diversos institutos jurídicos, de maneira multi e transdisciplinar, onde podemos destacar a Teoria Geral do Estado e o Direito Administrativo.

Hodiernamente, no Estado Democrático de Direito, o poder político pode ser diferenciado, segundo a Teoria do Discurso de Habermas, em duas vertentes: o poder comunicativo e o poder administrativo. Os dois grandes objetivos do Direito são: espargir justiça e proporcionar segurança jurídica. Portanto, o Direito só mantém sua força legitimadora, como instrumento de controle social eficiente e eficaz, quando funcionar como fonte da justiça. Ou seja: é necessário que a norma jurídica tenha uma aceitabilidade considerável pela maioria do povo constituinte de determinado Estado, sem descurar do respeito às minorias e aos direitos fundamentais. A produção de um Direito legítimo implica na mobilização das liberdades comunicativas dos cidadãos, havendo uma ligação umbilical, indissociável, entre o poder comunicativo e o poder administrativo.

Desta feita, concluímos que o Direito é meio por intermédio do qual o poder comunicativo, tal qual abordado pela Teoria do Discurso, se transforma legitimamente em poder administrativo, não podendo haver solução de continuidade entre facticidade e validade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Os direitos fundamentais e a democracia no paradigma procedimental de Jürgen Habermas**. *In* GÜNTER, Frankenberg & MOREIRA, Luiz (org.) Jürgen Habermas 80 anos Direito e Democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARENDT, Hanna. **Sobre a revolução**. Londres: Penguin Books, 1963.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 02 ABR 19.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Volume I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KRIELE, Martin. **Introdução à Teoria do Estado**. Porto Alegre: Fabris, 2009.

LALANA, Daniel Oliver. **Legitimidad a través de la comunicación: Un estudio sobre la opacidad y la publicidad del derecho**. Granada: Comares, 2011.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26ª edição. São Paulo: Atlas, 2010.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 40ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, Marcelo A. C. **Tempo Cairológico da Constituição e Democracia Sem Espera: O processo Constituinte de 1987-88 e a Legitimidade a Constituição Brasileira Vinte anos depois**. *In* GÜNTER, Frankenberg & Luiz Moreira Jürgen Habermas 80 anos Direito e Democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Felipe G & MELO, Rúrion. **Crítica e reconstrução em direito e democracia**. *In* NOBRE, Marcos & REPA, Luiz (orgs.) Habermas e a reconstrução. Campinas: Papirus, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

WERLE, Denilson L. **Política e direito: a questão da legitimidade do poder político no Estado de Direito**. *In* NOBRE, Marcos & TERRA, Ricardo (orgs.) Direito e democracia: um guia de leitura. São Paulo: Melhoramentos, 2008.