

TEORIA DISCURSIVA HABERMASIANA E O DEBATE SOBRE A LEGITIMIDADE DOS INVESTIMENTOS PÚBLICOS NO SETOR PRIVADO

THE DISCURSIVE THEORY OF HABERMAS AND SPEECH DEBATE ABOUT THE LEGITIMACY OF INVESTMENT PUBLIC IN THE PRIVATE SECTOR

*Emilim SHIMAMURA**

SUMÁRIO: Introdução; 1) Globalização econômica e crise do Estado arrecadatório; 2) A legitimidade do financiamento público no setor privado; 3) A validade e faticidade das normas na teoria discursiva habermasiana; 3.1) Teoria discursiva moral; 3.2) Teoria discursiva do direito; 3.3) A política deliberativa e o papel da sociedade civil na criação de normas válidas e legítimas; Considerações finais; Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente artigo visa discutir a necessidade de serem criadas normas jurídicas válidas e fáticas de acordo com a teoria habermasiana Discursiva Moral e Discursiva do Direito, segundo o qual a democratização dos processos políticos e da elaboração de leis devem passar por uma esfera de debate público que leve em consideração o contrato social e vontade coletiva, sem deixar de proceder pela esfera parlamentar, no sentido de preservar, ao mesmo tempo, a legalidade e o ordenamento jurídico, bem como o Estado Democrático de Direito. Neste sentido, será discutido o atual debate sobre os investimentos públicos em empresas e bancos privados, haja vista que os especialistas têm apontado que o Estado, uma vez impossibilitado de tributar os grandes lucros transnacionais e financeiros, utiliza-se de recursos advindos da arrecadação social para

ABSTRACT: This paper discusses the need for providing valid legal and factual systems according to Habermas' Discourse Theory of Law and Moral Discourse, according to the democratization of political processes and the drafting of laws must pass through a sphere of public debate considering the social contract and collective will, proceeding by the parliamentary sphere, in order to preserve, at the

* Mestranda em Direito Negocial na (UEL). Pós-graduanda em Direito Constitucional Contemporâneo pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC). Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela Rede de Ensino Luis Flávio Gomes (LFG). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Artigo publicado em colaboração com o GT Filosofia do Direito do XIX Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI.

same time, the State and legal system such as and the democratic State of Law. In this case, it Will be discusses the current debate about the public investments in companies and private banks, since the specialists has pointed out that the State, once unable to tax the transnational and financial massive profits, it makes use of resources resulting from the social collection to safeguard the market and the private companies. They wonder, therefore, that the responsibility of spending regarding to their real owners, the taxpayers, once the imposition of a Market Economy occurs when it is profitable to the enterprises, but, nowadays, when they are broken out by the economic crises, they start to seek the intervening State action. In other words, What is the legitimacy, validity and contrast this type of public spending towards its creditors, the people? What is the possibility of reverting this financing towards the own society ? Thus, the research soght to bring the Habermas' theory to be based a necessity of transparency and give more legitimate in the preparation of the interventive laws of the State relating to public Money destiny.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria Discursiva do Direito; Teoria Discursiva Moral; Intervenção Estatal; Habermas; Direito.

KEYWORDS: Discourse Theory of Law; Moral Discourse Theory; State Intervention; Habermas; Law.

INTRODUÇÃO

O Estado entra em crise na medida em que a arrecadação de tributos aos cofres públicos sofre redução devido o impacto da globalização econômica. Amarrado à políticas neoliberais, sua ação interventiva também é reduzida, no entanto, não é extinta, uma vez que ainda arrecada tributos da sociedade e pode atuar no domínio econômico sob o fundamento de garantidor de direitos fundamentais mínimos.

Verifica-se, no entanto, que apesar dos escassos recursos e da necessidade de utilizá-los para gerir as demandas sociais, o Estado financia o setor privado quando este é arrebataado pelas crises econômicas. Questiona-se, assim, qual a legitimidade deste gasto público, tendo em vista que em momentos de prosperidade empresarial vigora o liberalismo, mas quando de interesse privado, a ação interventiva.

Especialistas começam a questionar até que ponto os contribuintes não poderiam passar a negociar certos direitos sobre tais investimentos? Não seria o momento dos bancos ou grandes grupos, quando financiados pela sociedade, passar a fazer concessões?

O trabalho, nesse sentido, buscou analisar a importância da legitimidade das normas que tratam destes investimentos, e para tanto, fará presente a teoria de Habermas, tanto a Discursiva Moral, como a Discursiva do Direito, no sentido de

demonstrar que legitimidade deve estar ligada à noção de validade e faticidade das normas.

Por fim, o trabalho abordará como o autor analisa o papel da sociedade atual e como esta deverá atuar para que a vontade coletiva e as negociações da sociedade, para com os órgãos de poder, possam ser alcançadas.

1 GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA E CRISE DO ESTADO ARRECADATÓRIO

Os custos para gerir os chamados direitos programáticos são, atualmente, o maior desafio que o Estado tem a enfrentar. De um lado, tem-se a redução da tributação, antes alcançada com a promoção de um Estado intervencionista e social, que passa a partir da globalização econômica a sofrer cortes severos devido à crise fiscal gerada pelo aparecimento de transnacionais e mercado financeiro volátil que encontraram com a nova era terreno para manobras tributárias.

Por outro lado, o Estado sofre pressões sociais para que os direitos fornecidos, tais como saúde, educação, moradia, previdência, entre outros, sejam mantidos. Há uma crença generalizada de que os direitos uma vez alcançados não podem retroagir. Deste modo, caso sejam cortados por falta de orçamento público o risco que se corre é a crise no próprio sistema democrático, que carrega como um de seus alicerces a unidade social através da promoção da justiça pelo Estado.

Agrava-se ainda mais o problema ao ser discutida a presença de *lobbies* e desvirtuamento legislativo em razão das pressões impostas por conglomerados para que haja facilidades jurídicas aos grandes grupos empresariais. Isto acarreta não apenas na falta de credibilidade do sistema representativo, mas sobretudo, na falta de legitimidade das decisões políticas, uma vez que incongruentes com a vontade popular e do próprio Estado.

Segundo Jürgen Habermas (2001, p. 98), a legitimidade democrática não precisa nascer necessariamente da nação, pode ser fruto da Constituição para que ocorra a integração social e a participação política de seus cidadãos.

Em outras palavras, a coesão civil e a expressão de uma vontade coletiva pode estar relacionada com a idéia de Nação, ou seja, um grupo histórica e culturalmente interligado, que vivencia experiências compartilhadas capazes de trazer uma identidade comum para todo o grupo. Mas, em outros casos pode relacionar-se com uma integração social advinda da Constituição e participação política dos cidadãos que, nesta situação, requer a atuação de um Estado capaz de promover justiça, como meio de pacificar os grupos sociais e tornar legítima suas decisões (HABERMAS, 2001, p. 98). Como observa o autor:

O processo democrático deve, no entanto, poder estabilizar-se sobre os seus próprios resultados se quiser proteger a solidariedade dos cidadãos das tensões centrífugas. Ele só pode afastar o perigo de uma perda de solidariedade à medida que corresponder a critérios reconhecidos de justiça social (HABERMAS, 2001, p. 98).

Assim, são dois os pilares que sustentam a democracia, um pilar são os direitos políticos e civis, que garantem a participação e autodeterminação, outro são os direitos sociais, que dão o caráter da justiça social. Para Habermas, as políticas reguladoras sociais contribuem para manter a solidariedade e a paz porque permitem que o Estado redistribua o mínimo existencial para a vida dos cidadãos, como também organiza o trabalho, emprego, educação, saúde, moradia, entre outros bens coletivos de uma sociedade civilizada (HABERMAS, 2001, p. 98).

Contudo, a globalização econômica, como apontado, influencia a política social estatal, uma vez que se observa a redução de impostos. Com o aparecimento de corporações multinacionais os Estados ganham um forte concorrente, o dinheiro. Para Habermas, “o dinheiro substitui o poder”, uma vez que “apenas o poder deixa-se democratizar, o dinheiro não” (HABERMAS, 2001, p. 99).

Segundo Marques Neto, a evolução tecnológica permitiu avanços na informática, telecomunicações, transportes, na plena integração de sistemas financeiros, vez que tornou possível o capital apátrida ou desenraizado, facilidades para o sistema de trocas, rapidez nos negócios, e aparecimento da acumulação flexível, modelo que substitui a produção fordista, baseada na “nuclearização da estrutura produtiva em um dado local”, para a toyotista, transnacional (MARQUES NETO, 2002, p. 106-107).

Assim, verifica-se não somente a substituição da multinacional, local e pesada, para a sua forma transnacional, flexível e distribuída por vários cantos do mundo, mas também o que se convencionou chamar de *desterritorialização*, fenômeno pelo qual o poder econômico, político, social, cultural ganha um contorno global, sem fronteiras e descentradas, o que marca a globalização em diversos setores da vida humana (MARQUES NETO, 2002, p.107).

Com isso, a empresa passa a ser responsável apenas pelas decisões administrativas e gerenciais, enquanto que o resto de sua produção é terceirizada, devido a possibilidade da flexibilização ocasionada pelo novo tipo de empresa. Além disso, cabe notar que antes da década de 90, data que marca o início da globalização econômica, devido à queda do muro de Berlim em 1989, as empresas buscavam se adaptarem à legislação do local onde instalavam suas bases. Atualmente, além dos vários pontos estratégicos de distribuição da produção, migram para lugares onde a mão-de-obra e a tributação são mais baratas, além da não regulação de uma legislação ambiental, como é o caso da China, gerando a guerra fiscal entre os Estados, *dumping* e concorrência desleal.

Para Eduardo Faria, o cenário que se desenha a partir da década de 90 pode ser descrito pela:

Retomada dos fluxos privados de acumulação de capital e é progressivamente marcada pela desregulação dos mercados, pela “financerização” do capital, pela extinção dos monopólios estatais, pela privatização das empresas públicas, pela desterritorialização da produção e por uma nova divisão do trabalho (FARIA, 2004, p. 109).

O resultado disso é a internacionalização dos mercados de insumo, consumo e financeiro e a limitação da atuação estatal em suas políticas cambiais, monetárias e tributárias (FARIA, 2004, p. 107).

Além disso, o aparecimento do mercado financeiro fez deslocar parte da economia real em volátil, podendo gerar crises econômicas devido o inchaço de bolhas financeiras sem lastros. Almeida Prado questiona até que ponto a não regulação da situação pelo Estado pode ser sustentável, haja vista que uma nova quebra nos Estados Unidos, ou em outro lugar, irá ecoar no mundo todo agravando ainda mais as condições econômicas, principalmente dos menos abastados (PRADO, 2009).

Deste modo, verifica-se que a globalização fez predominar no cenário mundial políticas neoliberais, que ao oferecer maior liberdade aos mercados e amarrar as políticas estatais fez acirrar ainda mais os problemas sociais, tal como aponta Ferrajoli (2009, p.9):

Devemos de fato perguntarmo-nos se é realista a inspiração à paz e à segurança em um mundo no qual 800 milhões de pessoas, quer dizer uma sexta parte da população mundial, ou seja, mais do que os três bilhões de pessoas, no qual a diferença entre a riqueza entre os países mais pobres e a dos mais ricos, que era de 1 para 3 em 1820 e 1 para 11 em 1913, se converteu em 1 para 72 em 1992.

Apesar do autor buscar uma solução para os problemas levantados a partir de um fortalecimento dos organismos internacionais, não necessariamente vinculados aos governos, relevante sua posição quanto ao fato de ilustrar que o quadro social apresenta-se lamentável para a atualidade.

No entanto, não se deve prescindir da atuação estatal como meio necessário para garantia de direitos sociais. Tal como aponta o pensamento de Amartya Sen (2009), segundo o qual, o momento faz gerar a importância de serem concluídas parcerias entre mercado e Estado. E que este viabilize intervenções para que haja maior responsabilidade na atuação dos agentes privados.

Marques Neto (2002, p. 174) também compartilha do mesmo entendimento, tendo em vista que o enfraquecimento do Estado não é sinônimo de seu desaparecimento. A ele compete a garantia de direitos fundamentais mínimos, como também a parceria com o privado, uma vez que com a crise da soberania estatal a esfera entre público e privado tende a desaparecer. Comenta, deste modo, que a globalização trouxe um recuo do poder estatal, de modo que este passa a não ser o “responsável único pelo âmbito público”. Se está diante da *republicização* do Estado, processo que supera a antiga separação entre público/privado, como também por consequência a separação Estado/Sociedade, o que afasta, portanto, a idéia do espaço público ser necessariamente estatal.

Analisa ainda, que o Estado passa a reconhecer a existência de outras formas de poder político, e deve com estas dialogar, sem, no entanto, renunciar seu

papel de protetor de direitos humanos mínimos, como também atuar como agente integrador, apostando inclusive na própria democratização (MARQUES NETO, 2002, p. 174). Deste modo, verifica-se que o Estado ainda guarda seu papel interventivo, que permite sua atuação no domínio econômico para promoção de políticas sociais.

2 A LEGITIMIDADE DO FINANCIAMENTO PÚBLICO NO SETOR PRIVADO

Como visto o Estado vê-se impossibilitado de tributar os grandes lucros transnacionais e financeiros, devido ao novo formato de empresa transnacional, facilidades legislativas e *lobbies* quanto o processo de elaboração de leis.

Ocorre, assim, um encolhimento da tributação, de modo que o dinheiro público, muito embora reduzido, é ainda arrecadado da sociedade para gerir os gastos públicos. No entanto, nem sempre é elucidado como este gasto vem sendo exercido, ou ainda, se esta ação interventiva do Estado é considerada válida sob o ponto de vista habermasiano de elaboração de normas em uma democracia.

Segundo Naomi Klein (2009, p.2), o mercado busca o *laissez faire* nos momentos de prosperidade econômica, mas quando as bolhas estouram socorrem-se aos Estados para que salvaguardem suas economias. No entanto, questiona a autora sobre este novo tipo de intervenção estatal: “se o Estado pode intervir para salvar corporações [...] porque não pode intervir para evitar que milhões de americanos sofram a execução de suas hipotecas?”

Questiona a autora se não estaria à sociedade legitimada a discutir as condições e a contrapartida destes financiamentos feitos à mega empresas e grupos financeiros? Haja vista, ser a financiadora destes capitais. Em suas palavras:

Se cada vez mais corporações precisam dos fundos dos contribuintes para se manter, por que os contribuintes não podem reivindicar algo em troca – como limites de juros em pagamentos executivos ou uma garantia contra perdas de empregos? (KLEIN, 2009, p. 2).

Sugere Klein (2009, p.2), que “finalmente chegou a hora de considerar idéias como a tributação das negociações que reduziria a velocidade do investimento especulativo, assim como outros controles do capital global”.

Neste sentido, o que é posto em discussão é a validade e a legitimidade desta ação estatal. Ou seja, se o dinheiro é público, como se justificam os gastos com a iniciativa privada, sem que haja, por outro lado, qualquer tipo de benefício ou contrapartida para a sociedade.

O mundo, atualmente, carece de validade normativa em âmbito legislativo. Habermas comenta que a representação legítima e democrática deve levar em consideração, quando das elaboração das normas jurídicas, tanto seu aspecto de validade, como de faticidade.

No plano de validade, cabe resgatar o princípio republicano, segundo o qual as decisões da ordem pública devem passar pelo crivo do povo e seu

consentimento, ou seja, deveriam ter os contribuintes poder de negociação sobre os valores arrecadados ao cofre público. Já, no que tange a faticidade, tal vontade popular deve ganhar corpo jurídico através da lei, para que, com o aparato estatal, relativo aos mecanismos de coação, como, por exemplo, o direito e a jurisdição, sejam possíveis sua aplicação na vida fática.

Deste modo, o próximo ponto irá trabalhar com a teoria Discursiva de Habermas, tanto do Direito, como da Moral, presente em sua obra *Direito e Democracia* escrita em 1992, no sentido de elucidar a questão da validade e faticidade nas normas jurídicas.

3. A VALIDADE E FATICIDADE DAS NORMAS NA TEORIA DISCURSIVA HABERMASIANA

Habermas retoma a discussão trazida por Kant sobre a possibilidade de buscar os pressupostos que permitam uma moral universal. Para tanto, Habermas e Apel partem da ética discursiva como fundamento da teoria, já que o diálogo, que se dá pela capacidade humana de comunicação é, de modo indiscutível, algo universal, e presente em todos os lugares (MARZÁ, 2008, 106).

A abordagem habermasiana consiste em construir uma teoria que dê continuidade ao projeto emancipatório da modernidade, mas que ao mesmo tempo interprete criticamente o legado da ilustração. Assim, seus primeiros trabalhos consistiram em compreender uma sociedade permeada pela dominação através dos estudos sobre a relação entre Conhecimento e Interesse, publicada em 1968. Em 1981, com a obra *Teoria da Ação Comunicativa*, Habermas muda seu enfoque e passa ao estudo da ação orientada para o entendimento, resgatando o estudo da razão prática (VELASCO, 2003, p. 21-23).

O objetivo da teoria, que também recebeu a denominação de pragmática universal, era demonstrar que as partes em um processo comunicativo podem alcançar um acordo ou entendimento através do uso da linguagem. Contudo, a linguagem poderia ser utilizada também para ações com fins estratégicos, trazendo duas perspectivas de interação humana, qual seja, social ou egocêntrica (VELASCO, 2003, p. 31).

A partir deste entendimento, foi possível delinear um horizonte comum de compreensão, em que os sujeitos podem atuar de modo comunicativo, que encontra sua maior expressão no que convencionou chamar de mundo da vida. E o seu oposto, ou seja, no campo estratégico de ação, a que o autor denominou mundo sistêmico (VELASCO, 2003, p. 39).

Assim, a teoria habermasiana consiste em buscar um programa de fundamentação da ética discursiva que fosse capaz de explicitar meios que permitissem o uso da linguagem comunicativa, tanto do ponto de vista da moral, como da ética discursiva no direito. Este último enfoque se deu em decorrência da obra publicada em 1992, denominada *Faticidade e Validade*, considerada um giro jurídico da teoria de Habermas sobre a sociedade, pois inclui o direito como um elemento essencial para a emancipação inicialmente proposta (VELASCO, 2003, p. 58-59).

Deste modo, para entender esta construção é preciso passar à análise da teoria discursiva da moral, para posteriormente adentrar na proposta da teoria discursiva no direito.

3.1 Teoria Discursiva Moral

A ética discursiva traz como fundamento o fato de existir determinados pressupostos na linguagem capaz de se apresentar como uma pragmática universal. Consiste a teoria em apontar, deste modo, como é possível usar a razão e a linguagem para a solução de conflitos e como fundamentar esta situação (BASTOS, 2008, p. 12).

Habermas, tem como referência teórica diversas tradições e disciplinas, visto ser membro da escola crítica de Frankfurt, que carregava como uma de suas marcas a possibilidade de compreender a sociedade através das diversas formas de investigação. Assim, na teoria social teve influência de Weber, Parsons, Durkheim, entre outros, e na filosofia da linguagem destaca-se Wittgenstein, Austin e Searle (VELASCO, 2003, p. 24).

Em Austin, Habermas buscou a teoria dos atos de fala, pela observação de que a linguagem carrega como função tanto a descrição das coisas, como a possibilidade de realizar uma ação. Portanto, a mera emissão de um ato de fala poderia provocar situações diferentes, que Austin classificou em: a) atos de fala locucionário, como o ato de dizer algo que expressa um estado de coisas; b) atos ilocucionários, aqueles relativos a uma ação, como por exemplo: perguntar, prometer, ordenar, emitir um juízo, etc;c) e os atos perlocucionários, que são consequências dos atos ilocucionários, onde o agente procura provocar algo no mundo, ou no outro, através da fala, indo além da ação, por exemplo: tranquilizar alguém, ou aterrorizá-la (VELASCO, 2003, p. 25).

Há ainda quem traga à classificação os atos de fala constataativos e performativos, que descrevem algo ou, no segundo caso quando se pretende realizar algo. Contudo, Habermas dá atenção aos atos perlocucionários, porque nestes há a presença de atos que vão além da ação, o sujeito falante provoca algo e portanto requer pretensão de validade, ou seja, busca-se a intersubjetividade, a possibilidade de compreender e ser compreendido (BASTOS, 2008, p. 12).

Para Habermas, as condições da linguagem permitem que se realize um estudo pragmático, e portanto não metafísico. É possível que, através dele, se recorra não às condições da verdade, mas às condições de aceitabilidade, das quais pressupõem entender certos procedimentos e regras que a compõem (VELASCO, 2003, p. 27).

Assim, uma das condições deste processo argumentativo é a necessidade de que os falantes tragam em suas falas pretensões de validade, que podem ser definidas nas quatro proposições apontadas por Habermas: a) a inteligibilidade, ou seja, aquilo que se emite deve estar de acordo com as regras gramaticais e semânticas, deve portanto fazer sentido o que o falante diz para os outros, b) a veracidade ou autenticidade, ocorre quando, ao projetar as suas subjetividades, o

falante consegue manifestar na fala aquilo que se exterioriza, há uma congruência; c) verdade proposicional significa expressar o que existe objetivamente; d) correção ou retitude normativa, ou seja, o conteúdo da fala deve corresponder com algo que os outros podem também reconhecer como algo válido (VELASCO, 2003, p. 27-28).

Contudo, para que se alcance o consenso, os atos de fala por si só não são suficientes, deve-se recorrer ainda a outros elementos, como a resolução discursiva das pretensões e o primado da razão comunicativa pela instrumental. Assim, entende Habermas, que é possível a universalização de uma racionalidade comunicativa, devido o fato que o procedimento para a argumentação pode ser reconhecido por todo ser racional (BASTOS, 2008, p. 13).

A busca por uma universalização da moral encontra respaldo na teoria kantiana, na verdade, o que faz Habermas, é resgatar a idéia da moral, de modo que critica a sociedade positivista, tendo em vista o abandono da ética sob a errônea constatação de não encontrar nela fundamentos e racionalidade. Segundo Sérgio Paulo Rouanet (1992, p. 159), a ética discursiva habermasiana vai resgatar a moral iluminista sob o argumento que pode ser legítimável por trazer um critério objetivo, e ser portadora de cognição e universalização.

Desta forma reformula discursivamente o imperativo categórico de Kant, fundamentado na premissa que todo ser humano é capaz de assimilar cognitivamente normas universais pelo uso da razão. A ética discursiva, representada pelo Princípio D, substitui o imperativo categórico pelo fato de considerar que as normas universais se dão pelo discurso prático, assim, somente as normas que são obtidas através da anuência de todos os participantes é que podem reclamar por sua validade, transformando-se no Princípio U (BASTOS, 2008, p. 13).

Assim, o discurso prático deve ser também uma das condições do processo argumentativo, em que todos podem e devem intervir de modo conjunto e intersubjetivamente. Há ainda outra condição, que são as de possibilidade de entendimento, retiradas da teoria de Alexy. São formadas por três grupos: a) regras lógico-semântica, onde não é lícito a contradição; b) regras gerais de competência, que permitem que o falante diga aquilo que acredita, mas se trouxer um ponto que não for objeto da discussão deve explicar o motivo; c) regra do discurso propriamente dita, onde a qualquer um é permitido falar e agir, problematizar, introduzir nova asserção, manifestar desejos, necessidades, impedidos todos, no entanto, de agir de modo coercitivo para barrar o direito dos outros (BASTOS, 2008, p. 14).

Pela verificação, portanto, destas regras expostas, o Princípio U caracteriza-se por um processo de diálogo, um procedimento, que não encontra fundamento no conteúdo, mas na estrutura, pelo fato de esta poder estar presente em qualquer argumentação (BASTOS, 2008, p. 15).

Há ainda o que Habermas denominou da situação ideal de fala para verificar se o mecanismo adotado serve para dar validade racional aos acordos alcançados, que se trata de uma construção teórica de John Rawls no sentido de se alcançar a

imparcialidade das interações comunicativas, devendo-se observar: publicidade das deliberações, direitos simétricos entre os participantes e não existência de coação, valendo apenas a força do melhor argumento (VELASCO, 2003, p. 33).

Por fim, Habermas ainda faz referência a três dimensões da racionalidade prática que podem ser diferenciadas em moral, ética e pragmática. A dimensão moral aspira pelo reconhecimento universal, devido o fato de levar em consideração os argumentos de todos os participantes, objetivando o bem para todos (VELASCO, 2003, p. 44).

A ética se preocupa com os valores culturais, socialmente aceitos, e com as identidades dos sujeitos. Deste modo, Bannwart (2009) comenta que “a ética, nesse aspecto, tem a ver com a autocompreensão, com o tipo de vida que a pessoa leva, com os valores, crenças e tradições partilhadas comunitariamente, enfim, com a formação do caráter de biografias individuais forjadas no coletivo”.

Já a racionalidade pragmática se dirige em razão da eficácia, e tem como prática a satisfação instrumental, que se expressa pela negociação e compromisso (VELASCO, 2003, p. 44).

3.2 Teoria Discursiva do Direito

Ao elaborar a teoria do direito, associada com a ética discursiva, Habermas acaba por criar uma teoria normativa da democracia. Neste sentido, o direito passa a ser visto como uma categoria mediadora entre mundo da vida e mundo sistêmico, ou ainda, entre a pretensão de validade do mundo da vida e a faticidade presente na política e economia (VELASCO, 2003, p. 60).

Deste modo, verifica-se na teoria a complementação entre direito e moral. Isto pode ocorrer, pelo fato do autor considerar ser possível o uso do princípio discursivo tanto para questões relativas a moral, como à seara jurídica. Contudo, em cada caso conta com peculiaridades, se dividindo em princípio moral e princípio democrático (VELASCO, 2003, p. 66).

Como princípio moral trata-se de uma regra de argumentação que opera dentro da estrutura interna dentro de uma ação comunicativa voltada a todos os indivíduos, que se dá através do Princípio de Universalização. Já o princípio democrático, sua ocorrência se dá dentro no universo jurídico, que pode se justificar por normas pragmáticas, éticas-políticas e morais (VELASCO, 2003, p. 66).

Além disso, o princípio moral tem como papel a função de argumentação, já o democrático “diz como é possível institucionalizar a formação racional da opinião e das vontades políticas”. Observa-se ainda, que pelo primeiro princípio todas as normas de ação podem ser por ele compreendidas, já no segundo caso, somente às jurídicas. Por se tratar, estas últimas, de normas artificiais, o princípio não apenas regula o procedimento, como também controla o meio, ou seja, o direito (BASTOS, 2008, p. 21-22).

Habermas entende que nas sociedades complexas a moral só é efetiva se vier a se tornar jurídica, deste modo, o sujeito poderia abstrair a complexidade de ação ao separar a vontade e ficar somente com o arbítrio, ou seja, a capacidade de

tomar decisão, visto a dificuldade em se ter um autocontrole moral das ações (BASTOS, 2008, p. 22).

Portanto, o jurídico traz a eficácia da ação, pois o legislador determina e os tribunais decidem a razoabilidade, de modo que o sujeito fica desincumbido da formar juízos morais, sendo a incerteza absorvida pela faticidade. Além disso, o direito ainda possibilita um sistema de obrigações, o que facilita o cumprimento de deveres cooperativos. Trata-se, assim, da funcionalidade aplicada à moral (BASTOS, 2008, p. 23).

Por outro lado, cabe à moral incluir no direito a função normativa, ou seja, atua no campo da validade da norma jurídica, devendo esta ser justificada através da formação da vontade coletiva dos interessados (BASTOS, 2008, p. 24).

Para Habermas, a autonomia pública e privada não se contradizem, uma vez que há liberdades subjetivas legisladas que devem ser preservadas, como também a possibilidade da autolegislação, mediada pelo direito, que elevam os destinatários como autores. Para preservar tais autonomias, o autor fundamenta um sistema de direitos, pautado em cinco categorias: a) direitos fundamentais relativos aos direitos subjetivos, b) direitos fundamentais em que cada membro é politicamente autônomo; c) direitos fundamentais que permitem acionar o judiciário em casos de violação; d) direitos fundamentais para participar da opinião pública e vontade comum; e) direitos fundamentais sociais e ecológicos (BASTOS, 2008, p. 25).

As três primeiras categorias estão relacionadas ao direito propriamente dito, e se relacionam com os direitos subjetivos, já a quarta categoria faz referência à autonomia pública, e a quinta trata-se dos direitos sociais com fundamentação relativa, pois somente valem na medida em que forem necessários para a consecução das categorias anteriores (BASTOS, 2008, p. 26).

Deste modo, não há paradoxo em se conceber soberania popular e direitos humanos, tendo em vista que as leis recebem sua legitimidade quando e somente apoiadas pela soberania popular, além de contar com os direitos humanos que permite a autonomia política. Assim, Habermas resolve o paradoxo trazido por Kant e Rousseau, vez que o primeiro concebia os direitos subjetivos inerentes à condição humana, portanto, sua existência independia da vontade coletiva, e por sua vez o segundo só concebia a elaboração de normas jurídicas que atendessem a vontade soberana do povo (BASTOS, 2008, p. 26).

Além de tratar da tensão existente entre faticidade e validade na autonomia pública e privada portanto, sendo o sistema de direito uma forma de operacionalizar a situação, como também a tensão entre positividade versus legitimidade do direito, a ser comentado mais a frente, Habermas busca explicar a relação entre direito e poder político, passando a análise da tensão da faticidade e validade no Estado de direito (BASTOS, 2008, p. 28).

Para tanto, divide a autodeterminação democrática em horizontal e vertical. Na primeira, há o reconhecimento mútuo entre os cidadãos, na segunda a socialização ocorre por meio do Estado. Assim, tem-se na primeira situação a formação informal da opinião no espaço político, e na segunda a vontade

institucionalizada, na figura do parlamento (BASTOS, 2008, p. 28).

Deste modo, na teoria discursiva do direito a soberania popular é dissolvida em circuitos de comunicação, como foros e organismos deliberativos de decisão. Assim, a tensão no Estado de Direito consiste na tensão entre dominação política apoiada em ameaça e sanção versus autorização para um direito legítimo (BASTOS, 2008, p. 28).

Para resolver esta tensão, Habermas retoma o conceito de poder proposto por Hannah Arendt, segundo o qual o poder surge para os homens quando atuam em comum, sem coerção. Deste modo, a autora traz um conceito comunicativo de poder, onde o direito nasce em co-relação com o primeiro, advindo ambos da opinião que publicamente fora aceita (BASTOS, 2008, p. 31).

O conceito de poder comunicativo permite, deste modo, verificar que a autonomia política fica submetida ao poder comunicativo, que usa o direito como meio de se transformar em poder administrativo. Assim, o Estado de direito religa o poder comunicativo da sociedade com o poder administrativo, exercendo papel de integração do poder econômico, administrativo e social (BASTOS, 2008, p. 31).

Outro ponto tratado pelo autor é a necessidade de diferenciação entre validade e legitimidade do direito, devido o fato da norma jurídica necessitar não apenas de sua justificação moral, como também trazer as razões pragmáticas e ético-políticas. Deste modo, para serem legítimas devem expressar a autocompreensão da comunidade jurídica, visto que a norma moral, para sua produção, só depende de sujeitos capazes de linguagem e ação, enquanto que a jurídica devem estar submetidas a uma série de contingências, como passar pelo legislativo e se tornar poder comunicativo (BASTOS, 2008, p. 33).

Um das está no próprio processo legislativo, visto que um dos problemas é que para cada tipo de questão, há diferentes formas de discurso e negociação. Por exemplo, se tratar de questões pragmáticas, guiados pelo fator causa e feito, deve-se condicioná-los a determinados valores e fins, de modo que os argumentos se vinculem a estes. Em se tratando de um problemática ético, os argumentos devem se pautar em valores e formas de vida historicamente reconhecidas, já para as questões morais o fundamento se vincula ao aspecto da justiça, que pode ser aqui compreendida como a possibilidade de todos poderem querer segui-la nas mesmas condições, os argumentos devem ser, portanto, suscetíveis de universalização (BASTOS, 2008, p. 34).

Outra contingência está na conexão entre produção do direito e formação do poder comunicativo, donde o resultado das relações varia conforme o tipo de razão prática utilizada. Assim, para questões morais busca-se a universalização, para valores éticos o auto-entendimento e para situações complexas, onde não é possível neutralizar o poder social, portanto não existem as condições ideais, a alternativa é a negociação (BASTOS, 2008, p. 35).

As negociações, diferentemente dos acordos em que todos se convencem do mesmo modo, produzem uma espécie de compromissos entre os participantes, podendo ser produtos de uma linguagem estratégica, e sem convencimento de

todos, mas apenas compromissos advindos de razões diversas. Contudo, vale observar, que mesmo estes estão submetidos às justificações morais (BASTOS, 2008, p. 35).

Habermas ainda tem preocupação em tratar dos princípios do Estado de direito, para que o direito e o poder político não se tornem meramente instrumentais, que são: a soberania popular, proteção de direitos individuais com uma justiça independente, princípio da legalidade da administração e controle parlamentar e judicial, e o princípio da separação entre Estado e Sociedade (BASTOS, 2008, p. 36).

A soberania popular, onde o poder deriva da ação comunicativa dos cidadãos (opinião e vontade comum), criando bases para o Estado democrático de direito, deve ser respaldada por uma rede que garanta a institucionalização da vontade coletiva. Portanto, os cidadãos passam a ter competência legislativa, para passar posteriormente sua vontade pelo parlamento (BASTOS, 2008, p. 36-37).

O princípio da legalidade da administração pressupõe a divisão de poderes, no entanto vai além, por se tratar da possibilidade de transformar a vontade comunicativamente constituída em poder administrativo, assim há uma limitação do executivo, devendo este se submeter a lei, que por sua vez é produto da vontade social (BASTOS, 2008, p. 37).

O princípio da separação entre Estado e Sociedade, adquirido no Estado liberal de direito, somente se consolida com a garantia da autonomia política, onde cada cidadão tem iguais poderes, devendo ir além da sociedade de classes, devido o fato de que único poder capaz de se sobrepor é o social (BASTOS, 2008, p. 38).

Deste modo, para Habermas, este poder social deve estar isento de influências particulares, como empresas, organizações, associações, etc, para que a opinião pública não seja manipulada e tenha interferência no processo político (BASTOS, 2008, p. 38).

Com estas garantias, o Estado de direito institucionaliza o uso público da ação comunicativa, como também a transforma em poder administrativo. Por institucionalização, entende-se tanto o comportamento esperado, como também os procedimentos que permitem a cooperação social. No caso do procedimento jurídico, este é capaz de não amarrar a argumentação, podendo se dar em termos morais, éticos e pragmáticos sem que, no entanto, seja alterada a sua estrutura interna (BASTOS, 2008, p. 38-39).

Outra situação levantada é a relação entre opinião pública e parlamento. Segundo Habermas, quando o assunto for de ordem moral, em razão de sua universalidade, é preciso que os discursos vão além do jurídico. Portanto, como se verificará mais a frente, há que se diferenciar compreensão representativa e plebiscitária da democracia (BASTOS, 2008, p. 40).

Vale ainda lembrar, que há que se diferenciar a teoria liberal, do modelo estatal intervencionista. Uma vez que na primeira situação, a interpretação que se faz do direito está restrita a aplicação gramatical da lei, restrita a sua subsunção. Já, no segundo caso, é facultado certa margem de discricionariedade da administração, devido a possibilidade de interpretações mais abrangentes pela presença de

cláusulas gerais (BASTOS, 2008, p. 41).

3.3 A Política Deliberativa e o Papel da Sociedade Civil na Criação de Normas Válidas e Legítimas

Para tratar da tensão existente no Estado democrático de direito, Habermas recorre a conceitos retirados das ciências sociais, contudo, se distancia teoricamente dos autores, por dar o enfoque de democracia pautado não somente no poder social, mas à sua vinculação com a área jurídica, tratando-se de justificar a legitimidade democrática.

A teoria democrática tratada por Habermas tem como contorno o meio termo entre o modelo liberal e o republicano. Visto que o primeiro tem uma preocupação em legitimar interesses que se fundam pela ordem econômica, e o segundo em se comprometer com o processo de participação popular (BASTOS, 2008, p. 46-47).

O espaço visualizado por Habermas consiste em uma divisão do poder central e periférico, e para que a teoria do discurso se consolide enquanto política deliberativa, seria necessário a institucionalização de procedimentos e pressupostos comunicativos para que estes dois extremos possam interagir, de modo que a vontade e opinião formadas na região periférica possa encontrar nesta institucionalização uma espécie de eclusa para que se transforme em lei (BASTOS, 2008, p. 47).

Para, no entanto, apresentar uma solução quanto à questão da participação deliberativa, Habermas se afasta do posicionamento comunitarista embasado em práticas radicais de participação, onde nenhum assunto pode ser neutro ou previamente estruturado, como também se distancia do pensamento liberal, que exige a máxima neutralidade de assuntos públicos, em favor de uma rígida estrutura, sem que haja a tematização pública de qualquer que seja o assunto (BASTOS, 2008, p. 51).

O autor defende, portanto, a tematização realizada pela sociedade, desde que sua legitimidade se dê por meio da institucionalização pelo direito. Assim, assimila o interesse público com uma estrutura liberal neutra. E ainda, operacionaliza o procedimento democrático segundo o modelo proposto por Robert Dahl, assim tem-se: a inclusão de todos os afetados; igualdade para participação política; direito ao voto; direito a eleição de temas a serem discutidos; acesso à informações e razões para compreensão da matéria a ser deliberada (BASTOS, 2008, p. 52).

Para compreender, por fim, o papel da sociedade civil na atualidade, Habermas volta a fazer menção a diferença entre mundo da vida e mundo sistêmico, entende que a família e a escola por exemplo pertençam ao primeiro grupo, enquanto que grandes corporações, organizações, o mercado, pertencem ao segundo grupo, e cada qual com sua lógica própria.

Para apontar o papel da sociedade, pertencente ao mundo da vida, que possui uma linguagem multifuncional voltada ao entendimento, o autor utiliza a teoria de Peters para explicar a circulação de poder no Estado de direito. Tem-se que

os processos comunicativos e decisórios se desenvolvem em torno de um eixo centro-periferia, que movimentam tal circulação através de um sistema de eclusas (BASTOS, 2008, p. 61).

O centro é composto por órgãos da administração pública, que incluem judiciário, governo e parlamento. A periferia é composta por formadores de opinião da sociedade civil. Seu funcionamento ocorre na medida em que, as decisões que pretendem legitimidade, devem partir da periferia, passar pelos procedimentos democráticos e do Estado de direito (eclusas) para chegar ao parlamento ou tribunais. O mecanismo depende portanto da pressão exercida pela periferia, capaz de gerar a circulação do poder (BASTOS, 2008, p. 61-62).

Para Habermas, resta claro que a sociedade civil “é uma trama associativa não-estatal e não econômica, voluntária, que juntamente com a cultura e a personalidade formam a sociedade”, tendo como exemplo Ongs e movimentos sociais (BASTOS, 2008, p. 63).

Assim, exerce papel importante sobre a formação da opinião pública, apesar dos meios de comunicação em massa e publicidade também atuarem nesta esfera, como um dos meios para se obter vontade política social e realização de uma política deliberativa.

Neste sentido, é pertinente a colocação de Klein ao entender que a sociedade deve obter alguma contrapartida sobre a forma como os investimentos públicos vem sendo realizados ao setor privado. Cabe, neste sentido, um maior debate das condições que permitiriam este diálogo e discussão pública, fazendo-se necessário em principio fomentar na opinião o debate, para dar início a reais negociações. A autora não comenta, mas talvez seria o caso da aplicação da teoria de Habermas sobre o não cumprimento de obrigações civis em casos de visíveis ilegitimidades por parte do Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou debater a necessidade de serem validadas normas sobre a forma como os investimentos públicos vem sendo realizados pelos Estados na atualidade. Contextualizou-se, no início, a influência da globalização econômica como fator para a redução da capacidade do Estado em tributar e gerir o setor social, bem como intervir no domínio econômico. Mas, que lhe resta ainda, apesar do enfraquecimento, seu papel interventivo para a garantia de direitos sociais mínimos.

No entanto, na prática o que se verifica é a intervenção no sentido de salvaguardar e financiar o setor privado quando em momentos de crise. O debate, nesse sentido, diz respeito a verificação de até que ponto há validade deste gasto público, tendo em vista que a forma liberal prevalece quando de interesse para os grandes grupos econômicos, mas interventiva quando lhes é conveniente.

Os contribuintes, no entanto, reais credores, não podem negociar ou ter qualquer contrapartida das empresas ou bancos salvaguardados. Seria o momento, por exemplo, dos bancos reverem os seus altos juros? Ou outra necessidade social

a ser tematizada pelo povo?

Assim, fez-se necessário buscar na teoria de Habermas o fundamento a respeito do que seria a legitimidade das normas criadas pelo Estado, segundo o qual pressupõe validade e faticidade. Em outras palavras, a sociedade tem o poder de soberania sobre as normas elaboradas pelo Estado. Estas, portanto, são válidas desde que atendam a vontade coletiva, que para tanto, requer a integração social, o diálogo, a formação de opinião pública e debate para pressionar os órgãos de poder.

Por fim, questionou-se, ainda que de modo exemplificativo, a possibilidade de ser resgata a teoria do autor sobre o não cumprimento de obrigações civis em caso de visíveis ilegitimidades como forma da sociedade exercer a referida pressão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANNWART JR., Clodomiro José. *As implicações da ação do profissional da saúde*. Revista maquinações. Disponível em Acessado em 20/05/2009.

BASTOS, Carolina Vieira Ribeiro de Assis. *Análise do conselho nacional de meio ambiente a partir do paradigma procedimental do direito*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual de Londrina, Londrina.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

HABERMAS, Jurgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. São Paulo: Lettera Mundi, 2001.

KLEIN, Naomi. *A ideologia de livre mercado está longe de acabar*. New York Times, 24/03/2009. Disponível em .

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARZÁ, Domingo Garcia. *Ética empresarial: do diálogo à confiança na empresa*. Traduzido por Jovino Pizzi. Pelotas: Unisinos, 2008.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, Maurício Almeida. *A crise financeira e o novo papel do estado*. Valor Jornal Econômico, 09/01/2009.

ROUANET, Sérgio Paulo. *Dilemas da moral iluminista*. São Paulo: Schwarcz, 1992.

SEN, Amartya. *Necessitamos de uma aliança entre estado e mercado*. Entrevista ELPAIS. Data: 08/02/2009.

VELASCO, Juan Carlos. *Para leer habermas*. Madrid: Alianza, 2003.