

RECEBIDO EM: 20/07/2021
APROVADO EM: 30/05/2022

UMA ANÁLISE DA TEORIA DO DISCURSO EM FACE DA REALIDADE DEMOCRÁTICA BRASILEIRA

*AN ANALYSIS OF DISCOURSE THEORY IN THE FACE OF BRAZILIAN
DEMOCRATIC REALITY*

Murillo Franco Camargo¹

Paulo Eduardo Vieira de Oliveira²

SUMÁRIO: Introdução. 1. Teoria do discurso de Jürgen Habermas. 2. Críticas à teoria do discurso. 2.1. A incompatibilidade da teoria do discurso com a realidade brasileira. 2.2. Demonstração prática a partir da Lei 13.467/2017 sobre a inaplicabilidade da

-
- 1 Formado em Direito, Especialista em Direito Processual e Mestrando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.
 - 2 Doutorado e mestrado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, FADUSP. Especialização em Direito do Trabalho, Instituto de Direito do Trabalho – Faculdade de Direito de Lisboa, IDT, Portugal. Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais. Pontifícia Universidade Católica de Campinas, PUC Campinas. Professor associado do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Professor da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM e Desembargador Federal do Trabalho no TRT da 2ª Região - SP.

teoria do discurso no Brasil. 3. Mecanismos populares previstos na Constituição Federal de 1988. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente artigo tem como objeto a teoria do discurso elaborada pelo professor alemão Jürgen Habermas, analisando-se os pontos centrais de seu pensamento sobre a participação e inclusão dos destinatários da norma na formação do direito em igualdade de posição. Faremos, em seguida, uma abordagem crítica diante de sua difícil aplicabilidade ao contexto social brasileiro, tendo em vista o atraso no desenvolvimento da sociedade decorrente da desigualdade e das características da democracia aqui experimentada, o que será demonstrado mediante exemplo prático brasileiro - a edição da Lei 13.467/2017. Como metodologia, utilizaremos a pesquisa bibliográfica a partir da doutrina existente acerca do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do discurso. Razão. Habermas. Estado. Direito. Democracia.

ABSTRACT: The present article has as its object the discourse theory elaborated by the German professor Jürgen Habermas, analyzing the central points of his thought about the participation and inclusion of the recipients of the norm in the formation of the law in equal position. We will then take a critical approach in view of its difficult applicability to the Brazilian social context, given the delay in the development of society due to inequality and the characteristics of democracy experienced here, which will be demonstrated through a practical Brazilian example - the edition of Law 13,467/2017. As a methodology, we will use bibliographical research based on the existing doctrine on the subject.

KEYWORDS: Discourse theory. Reason. Habermas. State. Right. Democracy.

INTRODUÇÃO

Os estudos sobre democracia evoluíram ao longo do tempo a partir de uma maior preocupação com a participação da população na tomada de decisões importantes no âmbito do Estado. Diversos filósofos elaboraram teorias a respeito do tema, e a mais festejada nos últimos anos se refere ao estudo do professor alemão Jürgen Habermas, que resultou na teoria do discurso (HABERMAS, 2003).

Habermas trata da possibilidade de idêntica participação de todos envolvidos na elaboração do Direito que disciplinará as relações de uma determinada sociedade, ao se propor uma esfera pública de discussão. Para ele, quando as pessoas agem de forma ética e transparente, com idêntica oportunidade de escolha, a decisão é tomada de forma razoável com base no melhor argumento, fazendo até mesmo que o resultado inclusive seja mais bem acolhido pelos destinatários.

Em que pese os elementos por ele apresentados sejam sólidos e, aparentemente, eficazes, há forte crítica no sentido de que sua teoria somente se aplica aos países desenvolvidos, sendo uma utopia o seu enquadramento em países subdesenvolvidos, cujas realidades culturais não permitem à população nem sequer opinar e decidir sobre assuntos básicos.

Há, inclusive, claros exemplos na história brasileira de que a democracia é uma falácia, já que o sistema representativo não funciona da maneira como deveria. Os eleitos atuam com base em objetivos pessoais, pouco se importando com aquilo que realmente representa o interesse público.

Logo, o presente estudo tem como finalidade abordar a referida teoria e demonstrar sua incompatibilidade com a realidade do país diante da desigualdade cultural e do quadro político atual, que impossibilita uma participação equitativa por parte dos envolvidos.

1. TEORIA DO DISCURSO DE JÜRGEN HABERMAS

Jürgen Habermas (1929) é um filósofo alemão contemporâneo associado à Escola de Frankfurt, uma das mais prestigiadas do mundo, que elaborou a teoria do discurso baseado na racionalidade comunicativa, em prestígio à democracia. A partir dessa teoria é possível a intensa participação dos cidadãos nas decisões importantes que resultam na criação do direito e nos rumos da sociedade.

Com esteio em discussões atuais sobre a legitimidade dos sistemas jurídicos existentes em um Estado Democrático de Direito, tendo em vista a complexidade das sociedades plurais, o direito é formulado em uma atividade linear, de modo que não se encerra em um só ato (FERREIRA, 2019, p. 53).

Como as decisões relevantes no âmbito do Estado devem ser tomadas de modo que os interesses dos cidadãos sejam respeitados, exige-se que a escolha ocorra de forma legítima. Para tanto, Habermas entende necessário um diálogo transparente e igualitário (HABERMAS, 2003, p. 44).

O filósofo alemão propõe um método ideal de ação comunicativa, no qual as pessoas se comunicam e, mediante a utilização da linguagem, organizam-se socialmente com o objetivo de consenso, ou seja, algo livre de toda a coação externa e interna. Segundo Habermas:

O conceito elementar “agir comunicativo” explica como é possível surgir integração social através das energias aglutinantes de uma linguagem compartilhada intersubjetivamente. Esta impõe limitações pragmáticas aos sujeitos desejosos de utilizar essas forças da linguagem, obrigando-os a sair do egocentrismo e a se colocar sob os critérios públicos da racionalidade do entendimento. Nesta ótica, a sociedade se apresenta como um mundo da vida estruturado simbolicamente, que se reproduz através do agir comunicativo (2003, p. 45-46).

De acordo com Rafael Simioni, estudioso sobre o tema, Habermas substitui a razão prática pela razão comunicativa, dando substancial importância à linguagem, como forma de renúncia à moral como instância corretiva da ação, ou seja, a moral não mais atua como fundamento último do direito (2014, p. 481). Para ele:

Substituir a razão prática pela razão comunicativa é fazer exatamente aquilo que ele já havia feito na teoria da ação comunicativa: substituir uma moral corretiva, que diz solipsisticamente “o que devo fazer”, por uma moral procedimental, que diz intersubjetivamente “como devemos proceder para saber o que devemos fazer”; [...] Nesses tipos de sociedade, a moral não está mais dada aprioristicamente em um imperativo categórico Kantiano, mas sim construída discursivamente na Constituição Federal. A Constituição Federal, portanto, passa a substituir a ideia de um direito natural com conteúdo moral (razão prática) por princípios de imparcialidade moralmente neutros (razão comunicativa), capazes de permitir um acordo discursivo a respeito

das pretensões de validade de conteúdos morais e jurídicos (2014, p. 481-482).

A sofisticada teoria prevê que todos os envolvidos em um processo decisório estejam aptos a expor sua opinião racional, possibilitando-se o alcance da resposta adequada para o problema. Habermas substitui a razão prática pela comunicativa (2003, p. 19), mediante um modelo comportamental que tem como objetivo o entendimento (consenso) obtido pelo argumento (SIMIONI, 2014, p. 480).

O ideal, segundo o alemão, é que o sujeito seja visto em contato com os demais e conheça a perspectiva alheia, reflita, raciocine. Da subjetividade ele parte para a intersubjetividade, do pessoal para o interpessoal, a fim de que avance em seu entendimento, reveja ou abandone posições diante dessa colaboração mútua, podendo-se chegar até mesmo a uma compreensão (ou seja, uma terceira posição) (HABERMAS, 2003, p. 19). Defende que: “É possível ampliar as condições concretas de reconhecimento através do mecanismo de reflexão do agir comunicativo, ou seja, através da prática da argumentação, que exige de todo o participante a assunção das perspectivas de todos os outros” (2003, p. 277).

A racionalidade advém do cumprimento do procedimento deliberativo, que gera uma oportunidade de igual manifestação entre os envolvidos interessados ou atingidos, os quais devem atuar honestamente, sem tentativa de ludibriar, distorcer ou criar enganos. Os sujeitos devem ser capazes de justificar suas assertivas de modo lógico – essa é a teoria do discurso (HABERMAS, 2003, p. 20-21).

Para que tudo isso ocorra, Habermas adota dois princípios como sustentação da teoria criada: princípio da universalização e princípio da ética do discurso. O primeiro deles retrata a exigência de que haja identidade no discurso prático, sem que este seja objeto de coações externas, para que ocorra a aceitação por parte de todos os envolvidos. O segundo é uma consequência essencial do primeiro, pois defende a escolha livre do participante, desde que seja fundamentada (SIMIONI, 2014, p. 522).

Conforme expõe Simioni:

No discurso, o consenso não é obtido nem pela ditadura da maioria, tampouco pela minoria com poder. O consenso pressupõe a exigente condição de que todos os participantes do discurso possam assentir com as proposições. E mais: todos os participantes do discurso podem

avaliar as proposições, condutas e vivências segundo as pretensões universais de validade (verdade, correção normativa e sinceridade) (2014, p. 515).

Para isso, exige-se a cooperação de todos sob a máxima de que eles querem que a norma se torne universal, o que garante liberdade e imparcialidade, já que a argumentação será o norte de validade da criação. Os princípios abordados resultam em alguns pressupostos pragmáticos da teoria:

Em síntese, a teoria do discurso é a fundamentação de uma ética procedimental de discursos, que têm como condição de possibilidade: a) um princípio de universalização que funcione como regra de argumentação; b) a indicação de pressupostos pragmáticos de argumentação discursiva racional com conteúdo normativo; c) a exposição desse conteúdo normativo; d) a aceitação, por todos os participantes, de que as regras do discurso possam constituir um princípio universal de procedimentos argumentativos (HABERMAS, *Notas programáticas para a fundamentação de uma ética do discurso*, *apud* SIMIONI, 2014, p. 530).

De acordo com as interpretações de Streck: “Somente máximas universalizáveis desde a perspectiva de todos os afetados – que somente podem ser formatadas em uma situação ideal de fala – valem como uma norma que pode encontrar aquiescência universal e, portanto, gerar obrigatoriedade” (2009, p. 41).

Exige-se a criação de espaços sociais de diálogo, nos quais as discussões públicas sejam fomentadas na busca daquilo que é reconhecido como melhor argumento – ou seja, existe uma análise mais profunda de todas as proposições por parte dos envolvidos (destinatários), permitindo-se uma participação inequívoca na criação das normas e na tomada de decisões, ainda que haja a eleição de seus representantes.

De forma prática, Habermas trata dos debates parlamentares e da opinião pública que se expõe por meio da imprensa, exigindo-se, repita-se, efetiva participação dos interessados (FERREIRA, 2019, p. 45). Segundo o Alemão:

No princípio da soberania popular, segundo o qual todo o poder do Estado vem do povo, o direito subjetivo à participação, com igualdade de chances, na formação democrática da vontade, vem ao encontro

da possibilidade jurídico-objetiva de uma prática institucionalizada de autodeterminação dos cidadãos. Esse princípio forma a charneira entre o sistema de direitos e a construção de um Estado de direito (HABERMAS, 2003, p. 212).

Para que haja legitimidade na criação do direito, é elementar a atuação dos destinatários da norma. Ora, os próprios súditos do sistema normativo serão aqueles que o elaboram, assumindo-se um papel duplo, em uma noção de democracia radical (FERREIRA, 2019, p. 46). De acordo com Rafael Além:

O princípio do discurso para Habermas seria a base de sustentação de um direito legítimo apto a responder às demandas típicas das sociedades modernas complexas. A legitimidade deriva do procedimento que permite a todos os interessados exercerem sua autonomia privada, forjando, por meio de consensos, a autonomia pública, que, por sua vez, confere legitimidade à autonomia privada. Nesses termos, o procedimento que viabiliza o desenrolar dos discursos é o meio necessário para que a racionalidade comunicativa desabroche (2019, p. 49).

É cediço, porém, que a elaboração da legislação, por melhor que seja, não tem condições de acompanhar o desenvolvimento da sociedade e, conseqüentemente, englobar todos os conflitos ocorridos nas relações jurídicas existentes na sociedade. Muitas dessas situações deságuam nos chamados “*hard cases*”, ou casos difíceis, que são aquelas em que não há uma norma específica para solver o problema.

A Segunda Guerra Mundial afetou não só os valores e as ordens constitucionais (que atuam como o centro de irradiação do ordenamento jurídico), mas institucionalmente os modelos progressistas que garantem a ascensão do Poder Judiciário e a criação de Cortes Constitucionais, surgindo o Estado Constitucional de Direito (BARROSO, 2015, p. 27).

O Estado, que era absenteísta, submeteu-se a um novo modelo que tem o objetivo de alcançar níveis reais de igualdades e liberdades. Essa noção está intimamente ligada à concretização dos direitos fundamentais, os quais se encontram no conteúdo das Constituições e causam uma redefinição na relação entre os Poderes do Estado, com o Judiciário fazendo parte da arena política (STRECK, 2014, p. 54).

De acordo com Fábio Oliveira, para o professor alemão, isso acaba tolhendo a liberdade dos cidadãos:

Habermas refuta a Constituição enquanto sede de programas materiais direcionadores do Estado e da sociedade, enquanto sede que possa converter a divisão e a antítese de valores havidos na comunidade em uma cartilha substancial rígida e extensa, vinculadora de vários âmbitos, como a política, a economia, a educação, isto é, uma percepção da Lei Fundamental como totalização axiológica ou teleológica da coletividade, como uma normatividade que imponha uma diretiva contetudística a ser seguida à exclusão de outras concorrentes, que opte, marcadamente, por uma vertente ideológica, ou que traga mesmo um catálogo vasto ou detalhado de direitos fundamentais, com um elenco assim, e. g., de direitos trabalhistas, além de configurar minuciosamente a estrutura do Estado e atribuir a ele um encargo de prestações, como acontece na hipótese de Seguridade Social (2010, p. 108).

A teoria do discurso vai contra a atuação proativa do Judiciário e até mesmo questiona o controle de constitucionalidade. Para seu elaborador, as decisões complexas de uma sociedade devem ser tomadas por ela própria, ou pelos representantes eleitos pelo povo, e não por cidadãos nomeados para realizar a tarefa estatal da judicatura. Esse formato seria o mesmo que tolher a democracia de sua principal característica, que é a participação do povo como elemento para legitimação das suas próprias escolhas (HABERMAS, 2003, p. 297 e 340).

Porém, como nos *hard cases* não há uma norma específica que solucione o problema e a sociedade não pode ficar sem resposta, a decisão acaba sendo tomada pelo Poder Judiciário, o que muitas vezes é caracterizado como ativismo judicial. Esse cenário é assim definido por Streck:

Em meio à dificuldade de se definir o ativismo judicial, mas, em contrapartida, com a existência de diversos entendimentos sobre a temática, em uma tentativa de sistematizar as concepções existentes, é possível elencar, por exemplo, algumas perspectivas de abordagem: a) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; b) como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras. Ressalte-se que, apesar de ser possível identificar essas tendências no contexto da doutrina brasileira, fica difícil de encontrar o que se poderia chamar de posicionamentos puros. Na verdade, o que se pretende referir

é que, na maioria das vezes, estes enfoques acabam se misturando e se confundindo, sem que haja, portanto, um compromisso teórico de se definir o que seja o ativismo. [...] Desse modo, tem-se uma concepção de ativismo que pode ser sintetizada como a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente (STRECK, TASSINARI, LEPPER, 2015, p. 58).

Quanto aos *hard cases*, o alemão admite a criação por parte do Judiciário, mas exige que sejam implementados debates e deliberações que justifiquem as normas como condição de legitimidade, e não simplesmente que seja proferida uma decisão imune à opinião pública (HABERMAS, 2003, p. 347).

Habermas assegura que compete às Cortes garantir sejam respeitados os procedimentos democráticos estabelecidos, sem que os magistrados pronunciem o conteúdo que resolva a situação, sobretudo quando houver controvérsia. Ou seja, defende um paradigma procedimentalista. Em razão da separação de poderes, a criação do direito deve ser mantida com o legislador eleito, que tem legitimidade relacionada ao procedimento (2003, p. 320-321).

Como aponta Simioni, Habermas entende

[...] que a razão comunicativa possui um caráter normativo, que está no dever de cumprimento mais aproximado possível, pelos participantes de uma interação, das condições ideais do discurso. Mas é moralmente neutra porque não informa conteúdos morais ou éticos sobre problemas práticos do mundo, pois deixa que os próprios participantes do discurso cheguem a um consenso sobre esses conteúdos, baseado em pretensões de validade universais (2014, p. 483).

Independentemente da solução adotada, Habermas propõe que o essencial é que ela decorra da escolha popular, racionalmente tomada (OLIVEIRA, 2010, p. 111). De acordo com suas ideias, deve-se institucionalizar os procedimentos discursivos, com condições ideais de comunicação e participação, a fim de que os cidadãos exerçam simultaneamente a autonomia privada e a pública, também nos procedimentos de aplicação do direito (HABERMAS, 2003, p. 346-347).

Conforme assegura Rafael Além, em profundo estudo sobre o professor alemão:

Seria factível, na crista dessa concepção de paradigma esposada, afirmar que uma vez garantidos os pressupostos para um procedimento democrático, portanto, inclusive, a ação voltada para a formação de consensos seria predominante. Nesse sentido, anseios sociais que visem alterar a ordem posta serão sempre possíveis e fomentarão a reformulação constante dos consensos dominantes, permitindo, assim, a alteração do mundo vivido sem a necessidade de uma revolução, uma vez que o procedimento seria capaz de incorporar novas demandas, criar soluções e modificar o mundo que nos cerca; [...] O processo democrático que viabiliza com a formação de um sistema jurídico legítimo não se harmoniza com uma postura encriptada por parte dos operadores jurídicos. A atuação perante o novo paradigma impõe a inclusão do outro, fazendo com que as decisões sejam sensíveis às discussões empreendidas nos espaços públicos de tematização dos direitos (2019, p. 51).

A teoria habermasiana recebe críticas, embora seu posicionamento não esteja atrelado a uma verificação empírica (SIMIONI, 2014, p. 482). Suas lições não são de fácil aplicação, sobretudo nos países subdesenvolvidos nos quais a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo faz com que as promessas de modernidade não sejam cumpridas pelo Estado.

2. CRÍTICAS À TEORIA DO DISCURSO

Como adverte Fábio de Oliveira (2010, p. 115-117), a tese defendida pelo filósofo alemão encontra dificuldades práticas. Verifica-se que os estudos são voltados para o capitalismo avançado, países Europeus, EUA e Canadá, e isso se explica porque a definição de razão comunicativa ou a noção ética do discurso pressupõem um sustentáculo cultural e uma coesão social, em termos de equanimidade dos bens necessários a uma vida em correspondência com os direitos fundamentais (moradia, saúde, educação, alimentação, trabalho, cidadania etc.), que formam as condições indispensáveis para o agir comunicativo.

Sua teoria, levando-se em conta a diversidade e a desigualdade que permeia a sociedade brasileira, raramente seria aplicada nos moldes originais, pois a maioria da população do país não comporta as condições materiais necessárias à prática discursiva adotada (OLIVEIRA, 2010, p. 117).

Para Streck:

O que ocorre é que Habermas compreendeu o mundo vivido de forma equivocada. Mundo vivido, antes de tudo, é uma emancipação

de sentido. Mas, fundamentalmente, na concepção trazida pela teoria do discurso, é representacional, portanto, inserida no paradigma da consciência (embora a aludida substituição do *locus* desse sujeito, a razão prática). Entendido como horizonte para as situações (ideais) de fala e, portanto, fonte e parâmetro para as interpretações (que ocorrem contrafactualmente), o mundo vivido transforma-se em uma categoria apta para a elaboração de raciocínios dedutivos, em que há uma nítida separação entre o “universal” (aliás, a ideia do princípio da universalização) e o “particular empírico” (2009, p. 57).

Existe, ainda, um problema de acessibilidade dos discursos – gerado numa sociedade desigual, o que acarreta a falta de legitimidade das decisões tomadas discursivamente, já que não preservada a participação de todos (SIMIONI, 2014, p. 532), em que pese respeitado o processo legislativo.

Ou, melhor dizendo, a questão da compreensão dos discursos para uma interpretação e uma correta tomada de decisões se mostra totalmente utópica em países como o Brasil, onde nem sequer a legalidade formal é cumprida pelos juristas, o que dirá a população (STRECK, 2009, p. 58).

A existência da racionalidade a partir do melhor argumento cai por terra nas situações em que estamos sujeitos ao exercício do poder por um grupo dominante. É o que acontece claramente no Brasil e vai de encontro ao proposto pelo estudioso alemão, que se baseia em uma atuação transparente e ética de todos os envolvidos. Em análise, Simioni aponta que:

No direito, isso significa que as normas jurídicas já não são mais imunes à crítica. O discurso coloca também as normas jurídicas sob as exigências de justificação argumentativa. Não basta mais, para a validade social de uma norma jurídica, o seu reconhecimento intersubjetivo a partir do reconhecimento da autoridade que a produziu (SIMIONI, 2014, p. 523).

Ademais, como pretende, as decisões do Poder Judiciário não podem se submeter à opinião pública volátil e instável como fonte de parâmetro para interpretação da Constituição (SIMIONI, 2014, p. 569). Determinados valores constitucionais não podem ser suprimidos pela vontade da maioria, ainda que em consenso (BARROSO, 2015, p. 25), o que também vai de

encontro aos ideais procedimentais, pois estes defendem que, respeitados os preceitos democráticos de escolha, pouco importa a conclusão obtida.

De acordo com Rafael Simioni:

As condições ideais do discurso então garantem a liberdade da ação comunicativa, cujo resultado é o consenso motivado pela força do melhor argumento. Mas as condições ideais do discurso não informam conteúdos para as discussões. Não dizem “o que devemos fazer”. Tratam-se de condições procedimentais, formais e, por isso, deontologicamente neutras. As condições ideias do discurso são regras procedimentais que estipulam apenas as condições sob as quais os participantes de uma interação podem, por conta própria, chegar a um consenso sobre conteúdos. O discurso não informa esses conteúdos, mas tão somente o caminho para alcançá-los com liberdade e imparcialidade. Por esse motivo, a razão comunicativa possui um caráter normativo, que está no dever de cumprimento mais aproximado possível, pelos participantes de uma interação, das condições ideais do discurso. Mas é moralmente neutra porque não informa conteúdos morais ou éticos sobre problemas práticos do mundo, pois deixa que os próprios participantes do discurso cheguem a um consenso sobre esses conteúdos, baseado em pretensões de validade universais (2014, p. 482).

Ainda que estabelecido por meio de um procedimento justo e respeitada a democracia, as sociedades exigem o respeito a determinados direitos fundamentais, e, assim, faz-se necessária também, uma análise de conteúdo (OLIVEIRA, 2010, p. 111), sobretudo em sociedades de modernidade tardia onde os indivíduos não possuem condições equânimes de praticar racionalmente as escolhas.

2.1. A INCOMPATIBILIDADE DA TEORIA DO DISCURSO COM A REALIDADE BRASILEIRA

Conforme mencionado, o estudo defendido por Jürgen Habermas encontra restrições quanto à sua possibilidade de aplicação aos países subdesenvolvidos. A exigência de que os destinatários do sistema jurídico participem da elaboração em pé de igualdade se mostra utópica, pois nem sequer há uma implementação, de fato, de direitos básicos à maioria da população brasileira.

Essa desigualdade social é algo que reflete diretamente na inclusão discursiva, já que os envolvidos não podem esperar que todos os pressupostos necessários sejam cumpridos até que se chegue a um entendimento mútuo. Para Rafael Simioni:

A exclusão social é uma exclusão também do discurso, que por isso apresenta-se, inicialmente, como um problema de inclusão aos discursos públicos e, conseqüentemente, de validade (legitimidade) das deliberações tomadas discursivamente. O problema da acessibilidade, portanto, é um problema de legitimação das deliberações tomadas em discursos. Um discurso elitista, secreto, corporativista, etc., no qual as decisões tomadas não foram discutidas com todos implicados, reclamará uma legitimidade que não pode ser alcançada. A legitimidade das deliberações tomadas discursivamente está na participação de todos os envolvidos. Somente nessas condições de inclusão discursiva de todos os implicativos é que os destinatários das decisões poderão ser, ao mesmo tempo, os seus autores. Essa é a condição de legitimidade das deliberações. Que, no entanto, estão sempre sujeitas ao problema da acessibilidade discursiva em situações de urgência, de incapacidade, de desmotivação e de exclusão social (2014, p. 532).

De acordo com Fábio Oliveira:

Habermas pressupõe, assim, uma distribuição equitativa da riqueza, uma circunstância comunitária onde haja uma isonomia entre as pessoas, quando resta patente que o agir comunicativo não pode se dar em coletividades caracterizadas por profundas distorções de renda, por graves injustiças sociais, porque este estado gera marginalização, exclusão social, ou seja, gera *marginalização* ou *exclusão comunicativa* (2010, p. 532).

Conforme defende, ainda, Lenio Luiz Streck:

Parte considerável dos direitos fundamentais-sociais continua incumprida, passados dezoito anos da promulgação da Constituição. Dito de outro modo: parece muito pouco – mormente se levarmos em conta a pretensão de se construir as bases de um Estado Social no Brasil – destinar ao Poder Judiciário tão somente a função de zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para a formação da opinião e da vontade política, a partir da própria cidadania, como quer, por exemplo, o paradigma procedimental (2009, p. 26).

Habermas busca a existência de um modelo democrático que não se fundamenta em valores prévios compartilhados pela sociedade. Exige-se tão somente o respeito ao procedimento por meio do qual os indivíduos realizam racionalmente suas escolhas, e aos Tribunais compete garantir que a cidadania seja efetivamente exercida (STRECK, 2009, p. 26).

Fábio de Oliveira aponta claramente que:

É irrefutável que as condições do discurso são propugnadas a partir de uma ideia material. Os requisitos procedimentais são o acordo mínimo, o consenso pressuposto, e eles se fundamentam em uma compreensão de mundo, das pessoas, dos direitos e deveres que possuem, isto é, um juízo substancial. [...] Não é possível fugir da apreciação do conteúdo das normas pela alegação de que são normas formais, como se o jurista pudesse adotar uma posição de neutralidade diante da questão. Na verdade, ao sustentar que não cabe ao Judiciário apreciar a materialidade da lei que determina escolas segregadas por motivo racial, o que se está afirmando é que a referida legislação não viola o princípio da isonomia ou a cláusula do devido processo. Está-se assegurando, pois, ainda que de maneira travestida, a constitucionalidade substantiva daquela medida (2010, p. 140).

Em que pese o prestígio atribuído à integração social, as características formais da teoria impossibilitam a participação de um contingente superior a 30 milhões de pessoas que são consideradas miseráveis e não contam com condições mínimas de vida em sociedade. Não se pode olvidar que o Brasil possui uma Constituição dirigente, compromissória, cujos enunciados possuem força normativa e vinculam a atuação política do Estado, estabelecendo-se os limites para uma mudança na sociedade pelo direito (STRECK, 2009, p. 32).

Nesse sentido, Streck assevera que:

A Constituição não trata apenas dos meios; cuida também dos fins, que, exatamente, caracterizam o seu aspecto compromissório e dirigente: o desenvolvimento e a superação das desigualdades regionais, previstos no art. 3º da nossa Constituição, que encarna a obrigação da construção de um estado social. E nisso reside o papel transformador do direito e do Estado, assim como a necessidade da rediscussão das condições para a compreensão do fenômeno representado pelo paradigma do Estado Democrático de Direito. A efetividade da Constituição é, pois, agenda obrigatória de todos os juristas preocupados com a transformação de uma sociedade como a brasileira, que, em mais de cinco séculos de existência, produziu pouca democracia e muita miséria, fatores geradores de violências institucionais e sociais (2009, p. 32 e 34).

Em muitos dos casos, faz-se necessária a atuação do Poder Judiciário para a preservação de certos valores, em um mecanismo de freios e

contrapesos, quando, por decisão da maioria parlamentar, textos legislativos violem normas fundamentais (STRECK, 2009, p. 27-28).

Apesar dessa participação, esclarece Streck que ela deve ocorrer de forma leve e consciente, tão somente para garantir o equilíbrio e a manutenção da ordem (2009, p. 32, 27 e 29), e não visando à prática de discricionariedades interpretativas, como propõe a ideia do ativismo judicial (e que deve ser coibido).

Não obstante todos os elementos de críticas, o que se verifica no Brasil é que a política e as escolhas parlamentares, na maioria das vezes, refletem os interesses privados dos envolvidos. Com isso, não há nem sequer a oportunidade de manifestação da população e tampouco a escolha sobre os rumos a serem tomados pela sociedade.

O direito é criado por uma elite que ocupa o poder e o exerce da maneira que melhor lhe convém, escondendo-se em uma “falsa” legitimidade obtida por meio das eleições populares que resultam em “falsa” noção de representatividade, algo que se comprova pela história. A democracia não se esgota no jogo eleitoral, e há necessidade de uma instância alheia, ou menos envolvida, para assegurar direitos contrários à deliberação da maioria (OLIVEIRA, 2010, p. 135).

2.2. DEMONSTRAÇÃO PRÁTICA A PARTIR DA LEI 13.467/2017 SOBRE A INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO DISCURSO NO BRASIL

A percepção de Habermas no sentido de que, se os envolvidos participam das decisões e da criação do direito, estes se tornam legítimos e oponíveis a todos com melhor aceitação é perfeita, mas de difícil aplicação prática. Muitas vezes a população nem sequer é consultada a respeito de quais os seus reais interesses em determinados assuntos.

Há um problema de legitimação nas decisões tomadas pelo Legislativo e pelo Executivo, sobretudo quando em prejuízo da maior parte dos interessados. A Lei 13.467/2017, que implementou a Reforma Trabalhista, é um exemplo prático da questão.

Sem discutir a necessidade de uma alteração na legislação que trata das relações de emprego, inclusive no campo processual, dada a evolução da sociedade em face do tempo em que a CLT foi promulgada, verifica-se que a classe elitista que exerce o Poder, baseando-se em argumentos de

mercado, fez mudanças profundas que resultaram em reduções de direito mediante clara situação de retrocesso social (SEVERO 2018).

Conforme afirmou Souto Maior (2017):

O histórico da aprovação da lei da “reforma” trabalhista não deixa dúvida das ameaças realizadas e do *modus operandi* para a sua aprovação, que, inclusive, se assemelha ao fisiologismo escancarado que tem marcado as votações no Congresso acerca das denúncias envolvendo o Presidente da República, o que só reforça o argumento em torno da ilegitimidade do processo legislativo referente à lei em questão. Aliás, se havia alguma dúvida quanto a quais objetivos serve o atual governo, essa dúvida restou completamente dissipada com a edição da Portaria 1.129, de 20 de outubro de 2017, que, da noite para o dia, em uma canetada, pretendeu eliminar o conceito de trabalho em condições análogas às de escravo e inviabilizar a fiscalização estatal a respeito. [...] O problema é que, embora considerem-se os donos do poder, não o são, ao menos enquanto o Estado de Direito prevalecer. Neste contexto, por maior influência midiática que tenham e não lhes negando o direito de expressão, os pretensos “donos do poder” acabam apenas se equiparando à figura grotesca do “dono da bola”, que tenta impor a todos as regras do jogo, alterando-as em seu benefício a cada instante, e que se, apesar de tudo disso, continua perdendo, pega a bola e vai embora, acabando com o jogo.

De acordo com Homero: “Pelo regime de urgência desmensurado, pelo silêncio em torno de direitos fundamentais como a saúde e a liberdade sindical e pela excessiva preocupação em desmoralizar o TST, a reforma de 2017 ficará indelevelmente marcada por seu viés autoritário” (SILVA, 2017, p. 11).

O que mais evidencia a intenção corporativista da alteração é a falta de discussão e de colocação do assunto à população, que viu um projeto de extrema relevância sofrer a aprovação em tempo recorde, algo diametralmente oposto ao que aconteceu em outros diplomas como o Código Civil [Projeto de Lei de 1975, com sua publicação em 2001 (PASSOS, 2012)] e o Código de Processo Civil [Projeto de Lei de 2010, com vigência da norma em 2015 (BRASIL, 2015)].

A falta de preparo do legislador, aliada à inexistência de discussão sobre assunto de larga importância, faz com que o problema da legitimação leve, ao contrário do que propõe o filósofo alemão, à manifestação do

Poder Judiciário a respeito do conteúdo das normas, o que acabará provocando manifestações críticas contra o ativismo judicial (mesmo quando descabidas).

A fragilidade do nosso sistema democrático em razão da exclusão de grande parte dos cidadãos ocasiona um ciclo vicioso, diante da ilegitimidade e do despreparo dos legisladores, que recai na necessidade de manifestação do Poder Judiciário sobre os mais diversos questionamentos.

Muitos dos dispositivos constantes da Lei 13.467/2017 são abordados em diversas ADIns ajuizadas no Supremo Tribunal Federal. Inclusive, há matéria sobre a qual a Corte já se manifestou, e mesmo assim o Congresso Nacional aprovou norma, em franca incoerência até mesmo com outros ramos do ordenamento jurídico, como a novidade da tarifação nas indenizações por dano moral (ADIs 5.870 e 6.069).

Isso evidencia e comprova que, embora a ideia de Habermas seja bem fundamentada, sua aplicação prática se resume a países desenvolvidos, cujos cidadãos conseguem ter condição e oportunidade de participação nas escolhas políticas, o que não é o caso do Brasil.

3. MECANISMOS POPULARES DE DISCUSSÃO EXISTENTES NO BRASIL

Embora não seja o objetivo deste trabalho, cabe mencionar que importantes mecanismos democráticos foram previstos na legislação brasileira, ainda que de forma tímida, e possibilitam ampliar a participação popular no debate constitucional.

Trata-se das audiências públicas e da figura do *amicus curiae* (amigo da Corte), que se referem a intervenções praticadas antes da tomada de decisão, com a finalidade de se ouvir parcelas envolvidas da população que serão efetivamente atingidas pela solução de um hard case, as quais poderão apresentar documentos ou informações relevantes sobre o tema.

O “amigo da Corte” foi mencionado, de maneira superficial, nas Leis 9.868/99 e 9.882/99, que tratam, respectivamente, da Ação Direta de Inconstitucionalidade e Direta de Constitucionalidade e da Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais, bem como no Regimento Interno do STF. Além disso, no Código de Processo Civil de 2015, o instituto do *amicus curiae* foi expressamente previsto, conforme art. 138.

O instituto do *Amicus Curiae* se refere a uma figura “auxiliar do Juízo” que visa a esclarecer fatos e direito, onde se verifica real interesse potencial que justifique sua intervenção. Sua atuação pode ser espontânea ou provocada pelo juízo, não havendo limitação quanto à fase processual em que é admitido, desde que a participação seja relevante para o julgamento do litígio.

Segundo consta da Exposição de Motivos do anteprojeto do CPC de 2015 (BRASIL, 2010):

“levando em conta a qualidade da satisfação das partes com a solução dada ao litígio, previu-se a possibilidade da presença do *amicus curiae*, cuja manifestação, com certeza tem aptidão de proporcionar ao juiz condições de proferir decisão mais próxima às reais necessidades das partes e mais rente à realidade do país”.

A legitimidade para atuação decorre do envolvimento da entidade com a matéria veiculada no processo, pois, conforme o mencionado art. 138 do CPC, faz-se necessária a utilidade e a necessidade da intervenção.

Cássio Scarpinella Bueno (2012) define a questão da seguinte forma:

Não se trata, entretanto, de um interesse como aquele que o direito italiano – e, em idêntica medida, o direito brasileiro – entende como típico o suficiente para dar embasamento a uma intervenção de terceiros. Não se trata, assim, de um interesse ‘jurídico’ no sentido que estamos habituados a entender, ‘subjetivado em uma das partes’ e, portanto, bem localizado em um dos dois polos da relação processual. Trata-se, diferentemente, de um interesse que vai além da esfera jurídica objetivada naquele que pretende intervir na qualidade de *amicus curiae*.

Portanto, trata-se de um colaborador que, embora possa deter algum interesse no desfecho da demanda, não se vincula processualmente ao seu resultado. Sua participação ocorre e se fundamenta, não como defensor de interesses próprios, mas como contribuinte para a qualificação/aperfeiçoamento da decisão. Ou seja, sua atividade ocorre em benefício da jurisdição, não configurando, conseqüentemente, um direito subjetivo processual do interessado.

As audiências públicas são convocações que têm a mesma finalidade, o auxílio na tomada de decisões, como forma de maior debate e participação de pessoas/entidades ligadas à matéria.

O art. 37 da CF/1988 prevê, em seu § 3º, que a lei regulamentará a participação do usuário na Administração Pública Direta e Indireta. A Lei de Licitações (14.133/2021) também previu em seu art. 21 a possibilidade de utilização deste instituto pelo Poder Público, demonstrando-se a preocupação existente com a participação popular na tomada de decisões.

Este instrumento foi utilizado em caso marcante que discutiu a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto (ADI 3.937/SP), e necessitou de informações diversas mais aprofundadas para melhor entendimento da questão jurídica e de seus reflexos para a saúde pública.

As audiências públicas podem ser extremamente úteis não só nas discussões que envolvam decisões judiciais, mas também para debate dos temas sensíveis a serem abordados pelo Poder Legislativo, permitindo-se maior envolvimento da população diretamente interessada (ou de representantes desta).

Claramente, a pluralização do diálogo estabelecido permite, como já mencionado, um aperfeiçoamento e uma melhoria nas decisões a serem tomadas, dando ânimo aos termos estabelecidos por Peter Häberle (1997), que defende a abertura da interpretação constitucional para todas as camadas da sociedade.

No entanto, a aplicação dos institutos ainda é bastante incipiente em nosso país, sobretudo pela falta de regulamentação acerca da matéria, que os deixa sob critérios das autoridades que conduzem os procedimentos e decidem de forma discricionária a admissão (em decisão não sujeita a recurso), conforme jurisprudência pacífica do STF (BRASIL, 2018):

De comum sabença que, na seara constitucional brasileira, o relator poderá admitir, em prol da jurisdição, a manifestação de órgãos ou entidades em processos de caráter objetivo instaurados nesta SUPREMA CORTE, pautando-se pela relevância da matéria e a representatividade dos postulantes. Cuida-se, ao fim e ao cabo, de uma faculdade privativa do relator, consistente em apreciar, casuisticamente, a concretude de requisitos essenciais a credenciar o ingresso do postulante como *amicus curiae* na questão instaurada nesta CORTE. No tocante à sua admissão nas ações de controle concentrado de constitucionalidade instauradas no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, a Lei 9.868/1999, em seu art. 7º, § 2º, é destituída de aporias quanto à discricionariedade

do provimento judicial que decide pela pluralização ou restrição de sujeitos no cerne do debate institucional.

Ainda que não seja um reflexo perfeito da teoria do discurso defendida por Habermas, que enfrenta diversas dificuldades de uma aplicação plena nos países subdesenvolvidos mais populosos e com territórios extensos, as figuras aqui mencionadas prestigiam o Estado Democrático de Direito e, se aperfeiçoadas e incentivadas, podem render maiores frutos com a sua utilização, fazendo com que a sociedade civil participe mais ativamente das decisões importantes tomadas pelo Poder Público.

CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi mencionado, não se está a desmerecer o sofisticado estudo que resultou na teoria do discurso elaborada pelo professor alemão, mas sua aplicação prática dependeria de alguns ajustes ou mesclas com outros estudos, sobretudo em um país onde a modernidade ainda não se encontra implementada.

O que se verifica é que os ideais de Jürgen Habermas são dotados de baixo grau de empirismo e possuem características ligadas à realidade dos países desenvolvidos, dada a exigência quanto ao nível cultural que possibilita aos cidadãos opinar sobre questões relevantes do Estado e da Política, ou até mesmo para que participem da criação do Direito.

O Brasil não comporta a aplicação frontal da teoria do discurso e, em razão de uma Constituição Federal dirigente, faz com que os “espaços” para que sejam tomados os rumos decisórios do Poder Público sejam limitados. O constitucionalismo moderno conta com Cartas que possuem normas densas e repletas de valores, cabendo aos juízes garantir que esses preceitos sejam efetivamente cumpridos pelo Estado e pelos particulares em suas relações (eficácia horizontal dos direitos fundamentais) (SARLET, 2011, p. 386).

Não se defende a exclusão da sociedade e sua participação em procedimentos democráticos, mas não há como garantir o estabelecimento de um rito para a criação do Direito sem que haja um mínimo embasamento em critérios materiais. O procedimentalismo confunde os conceitos de democracia e justiça. Nem tudo que é aprovado pela maioria se considera justo (OLIVEIRA, 2010, p. 150).

O procedimento é criado com base em valores, em premissas básicas que têm como escopo a garantia da igualdade e da dignidade, e isso não

fica sob a escolha dos envolvidos, pois a democracia não sobreviverá em um sistema em que fiquem desprotegidos as liberdades e os direitos ligados à dignidade da pessoa humana.

Por fim, conclui-se que a teoria em estudo possui grande dimensão idealista, com fundamentos sólidos e profundos que visam ao respeito à democracia. Em que pese não seja possível sua implementação imediata no Brasil, há elementos essenciais a serem explorados como objetivos de uma democracia madura e eficiente, que pode ter o caminho facilitado com a melhor utilização dos mecanismos de participação social previstos na legislação.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, número especial, 2015.

BRASIL, *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil (2015)*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2015/lei-13105-16-marco-2015-780273-norma-pl.html>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 449 do Distrito Federal*. Rel. Ministro Luiz Fux. Plenário de 18 de maio de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5167205>

FERREIRA, Rafael Alem Mello. *O projeto inacabado de uma teoria da decisão judicial: de Habermas a Streck, na luta por decisões democráticas*. Belo Horizonte: Dialética, 2019.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneicler. Rio de Janeiro: Tampo Brasileiro, 2003. v. 1 e 2.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e vida da Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória legislativa do Código Civil: quadro comparativo*. Brasília: Senado Federal, 2012. v. 1. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc_v1_ed1.pdf.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SEVERO, Valdete Souto. *A “reforma” trabalhista como elemento de destruição da frágil democracia brasileira e a necessidade de luta*. Estado de Direito, 18 abr. 2018. Disponível em: <http://estadodedireito.com.br/20621-2/>. Acesso em: 28 nov. 2019.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Amicus Curiae no Processo Civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2012. p. 121-122

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à Reforma Trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SIMIONI, Rafael Lazaroto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *A “reforma” trabalhista era para retirar direitos, reconhecem os “donos da bola”*. Anamatra, 16 out. 2017. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/artigos/25815-um-titulo-autoritario-2>. Acesso em: 16 jan. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Murillo Franco Camargo
Paulo Eduardo Vieira de Oliveira

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach.
O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, número especial, 2015.

