

O RESGATE DA VALIDADE COMO ELEMENTO ESTRUTURANTE DO ORDENAMENTO JURÍDICO: O PÓS-POSITIVISMO E O DIREITO DISCURSIVO EM HABERMAS

RESCUE OF VALID AS STRUTURING OF THE LEGAL SYSTEM: POST-POSITIVISM AND THE DISCURSIVE LAW IN HABERMAS

RENATO HORTA REZENDE¹

RESUMO: Admitindo o pós-positivismo jurídico como a teoria que pretende reconciliar o Direito, moral e política em uma sociedade complexa, plural e diversificada, foi identificado que a legalidade, isoladamente, não poderia mais sustentar a legitimidade normativa, sendo necessário investigar qual elemento sustenta a validade do ordenamento jurídico. Partiu-se da hipótese de que a legitimidade decorrente da participação popular na formação da vontade estatal compõe o elemento estruturante do Direito quando desenvolvida em um ambiente capaz de comportar a ação comunicativa descrita por Jürgen Habermas. Para desenvolver a hipótese foi realizado levantamento da literatura pertinente, sendo investigada a legalidade e a participação social como elementos de validade jurídica dentro de uma sociedade pós-moderna, assim como o espaço público estatal para a captação e organização da racionalidade comunicativa tendo como panorama o Decreto n. 8.243, de 23 de maio de 2014. A hipótese apresentada é confirmada no campo teórico sendo observado, contudo que, o Decreto examinado não possui em suas determinações elementos suficientes para ser confirmado como arena pública a desenvolver o agir comunicativo capaz de fundamentar a legitimidade da validade normativa dentro do ordenamento jurídico.

Palavras chave: Elemento de validade; pós-positivismo; Decreto 8.243/2014.

ABSTRACT: Admitting the legal postpositivism as the theory that aims to reconcile the Law, morality and politics in a complex society, plural and diverse, it was identified that the legality alone could no longer sustain the normative legitimacy, being necessary to investigate which element supports validity of the legal system. It is hypothesized that the legitimacy resulting from popular participation in the formation of State will integrates the structural element of the Law when developed in an environment that contains communicative action described by Jürgen Habermas. To develop the hypothesis was carried out survey of the relevant literature and investigated the legality and social participation as legal validity of elements within a postmodern society even as the state public space for the collection and organization of communicative rationality as having the panorama Decree n. 8243 of 23 May 2014. The hypothesis presented is confirmed in theory, being noted, however, that the Decree has not in its postulates sufficient evidences to be confirmed as public arena to develop the communicative action capable of support the legitimacy of normative validity within the legal system.

Keywords: Element of validity; post-positivism; Decree 8,243/2014.

Sumário: Introdução - 1 1 A transição ao pós-positivismo jurídico – 2 - A validade como elemento estruturante do (pós)positivismo jurídico - 3 O Decreto n. 8.243, de maio de 2014, seria o espaço público estatal para o desenvolvimento da ação comunicativa? - 4 Conclusão - 5 Referências.

¹ Graduação em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna (2004); Advogado inscrito na Seccional Minas Gerais (2005); Professor de Legislação Ambiental, Legislação Acidentária e Previdenciária, Organizações e Normas Técnicas, Direito Minerário, Direito do Trabalho, Legislação profissional e ética no CEB-CECON (2007-2011); Professor de Direito Civil no CFDs da APMMG (2014); Mestrando em Direito Público da FCH da FUMEC (2015); árbitro inscrito no CONFEJAB (2015); bolsista da FAPEMIG (2015); membro do Núcleo de Pesquisas do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade FUEMC (2015).

INTRODUÇÃO

Durante o Liberalismo, o positivismo jurídico foi desenvolvido sobre a premissa de uma homogeneidade política e social se estruturando unicamente na coercibilidade normativa cuja legitimidade estava arraigada no processo de formação institucional da norma.

As transformações sociais no começo do século XX influenciaram aprovações de legislações trabalhistas e previdenciárias², assim como a promulgação de constituições como a mexicana de 1917 e a alemã de 1919. A Constituição de Weimar³, como ficou conhecida aquela Constituição alemã, por sua vez influenciou outras nações do mundo, como a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, que passou a tratar dos direitos de segunda dimensão⁴, Direitos sociais.

Esse novo modelo de Estado passou a se preocupar com a realização dos direitos sociais em busca de melhoria geral na vida das pessoas ampliando as atribuições estatais, o que, a prioristicamente, poderia levar a conclusão da redução da autonomia privada.

Para realizar as atividades estatais foram formuladas leis e planejadas políticas específicas como instrumento de efetivação dos Direitos sociais. (VASCONCELLOS, 2009)

Sem desvincular-se completamente do Estado social, o Estado Democrático de Direito (DIAS, 2009), alterou o paradigma e o cidadão passou a ter também papel importante nas discussões sobre as políticas públicas, abandonando o estado de

² Cf SAMPAIO 2013.

³ A Constituição de Weimar não foi a primeira Constituição a tratar dos direitos sociais, porém, em razão do eurocentrismo, é atribuída à Constituição alemã a influência sobre as constituições sociais seguintes. Sobre o “eurocentrismo” e sua influência conferir: SANTOS, 2009.

⁴ Foi utilizada a nomenclatura “dimensões” quando do trato dos direitos fundamentais em reverência aos argumentos de Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 55): “Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à ideia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno ‘Direito Internacional dos Direitos Humanos’”

inércia da população vivenciado nos paradigmas de Estado anteriores (SAMPAIO 2013), com isso, o cidadão passou a ser não apenas o destinatário da norma, mas também seu criador.

No Estado Democrático de Direito⁵, modelo de Estado em que os cidadãos participam da construção da norma que os regem, as relações interpessoais são intensificadas sendo também ampliada a complexidade social⁶, maximizada a pluralidade e diversidade de interesses, ocorrências que impactam a ordem jurídica que compreende o positivismo jurídico como decorrência exclusiva da legalidade formal.

O impacto alcança às estruturas do sistema jurídico que passam a inadmitir a obediência estéril à legalidade de procedimentos estatutários como único fundamento a legitimar normas coercitivas desvinculada da participação construtiva formatada por seus destinatários. (HEBERMAS, 2012)

A participação dos destinatários na formação da norma como condição de legitimidade submete-se a procedimentos sistêmicos que dentro de uma sociedade hipercomplexa possui o condão de, por meio da racionalidade discursiva, evitar a perpetuação do dissenso e integrar interesses sociais diversos.

Ocorre que a interação entre participação que fundamenta a legitimidade da norma positiva, legal e formal, versus a posição positiva que concerne na aptidão do direito em impor padrões a seus destinatários de modo coercitivo contrapõem dois juízos, que, segundo BOBBIO (1995) contemplariam dois mundos distintos, um filosófico e outro científico.

O mundo filosófico condicionaria a legitimidade participativa à esfera pré-científica, enquanto no mundo científico a legitimidade seria um pressuposto decorrente do sistema criado pelo positivismo jurídico.

Porém utilizando de teoria procedimentalista, partimos da hipótese de que Habermas não atribui à legitimidade participativa concepção axiológica, mas a insere como elemento estruturante do positivismo jurídico, como condição de validade extraída por meio da ação comunicativa.

⁵ José Adércio Leite Sampaio (2013) argumenta que termo Estado Democrático de Direito compreende no mínimo três concepções: um pouco exigente e puramente formal, outro material ou forte, e um terceiro intermediário. Foi escolhida neste artigo a concepção material ou forte em que se desloca o foco das simples enunciações para a prática.

⁶ Esclarece DIAS (2003, p. 102) que Habermas percebe que a sociedade se tornou cada dia mais complexa “a partir do momento em que o mundo da vida passou a diferenciar-se sistemicamente, obedecendo a mecanismos funcionais.”

Para desenvolver a hipótese apresentada parte-se da concepção de positivismo jurídico apresentado por BOBBIO (1995); analisando posteriormente a validade como elemento estrutural a luz dos posicionamentos jusnaturalistas e juspositivistas; é também observada a tensão entre a autonomia pública e privada na formação legítima da norma positivada; e o espaço posto à ação comunicativa dentro do Decreto Presidencial n. 8245/2014, com o fim de alcançar a validade por meio da legitimidade estruturante do Direito positivo. Para consecução do desiderato foram realizados levantamentos bibliográficos pertinentes, bem como pesquisas de caráter descritivo e analítico.

1 A TRANSIÇÃO AO PÓS-POSITISMO JURÍDICO

A distinção entre direito positivo e direito natural é antiga retomando aos tempos de Grécia e Roma antiga, em que positivo era o direito que tinha origem na convenção humana (*thésis / jus civile*) e natural (*physis / jus gentium*) o direito que possuía origem na natureza e/ou na divindade.

Para FIÚZA (2003, p. 20), o direito positivo corresponderia a um “conjunto de normas elaboradas pelo homem em determinado tempo e lugar”, se restringido ao estabelecido em Lei. NADER (1995, p. 95), em sentido próximo, compreende que “positivo é o Direito institucionalizado pelo Estado”, condicionado a fatores como o tempo e o lugar.

BOBBIO (1995) conclui que o direito positivo seria temporal, particularizado, mutável, convencionado, racional, imposto coativamente e contraposto ao direito natural que seria caracterizado por ser atemporal, universal, imutável, tradicional e empírico.

O “positivismo jurídico” (*ius positivum*) por sua vez tem origem latina sendo, porém, desenvolvido, vigorosamente, na Alemanha como decorrência do direito positivo, após as radicais críticas da escola histórica imposta ao direito natural. O principal objetivo do juspositivismo, desde então, tem sido explicar o fenômeno jurídico a partir das normas positivadas que se contrapõe ao direito natural. (BOBBIO, 1995)

O positivismo jurídico não se confunde com o positivismo filosófico desenvolvido na França (*idem*), porém se utilizou deste como instrumento para combater o jusnaturalismo estabelecendo o divórcio entre direito, teologia e

metafísica, por meio da racionalidade a luz do antropocentrismo, fato este que colidia com os ideais do Direito natural e se alinhava ao pensamento juspositivista.

Hans Kelsen foi o principal expoente do positivismo jurídico, estabelecendo a ruptura da vinculação do Direito positivo com o Direito natural, além de teorizar a definição da pureza do objeto de estudo da ciência jurídica. (DIAS, 2003)

O processo histórico de monopolização política necessária ao Estado moderno, assim como o capitalismo do século XIX auxiliaram no fortalecimento da teoria juspositivista, pois, para ambos, seria indispensável a centralização do poder soberano capaz de emitir normas coativas de caráter geral como meio de manter o Estado forte e ao mesmo tempo garantir liberdades individuais.

Desenvolvido o positivismo jurídico, o direito moderno buscou da racionalidade formal vindo a consagrar a sistematicidade, como um conjunto coerente, unitário e hierarquizado de normas cuja legitimidade se confundia com a validade legal da criação das normas a qual era assegurada certa permanência e durabilidade. (DIAS, 2003)

Contudo, na metade do século XX, o positivismo jurídico entrou em crise por não conseguir solucionar os inúmeros dilemas com os quais se deparava, pois, a lei já não era suficiente para prever todas as situações sociais, políticas e econômicas em um modelo de Estado providência que se desenvolvia no ocidente. Acontecimentos históricos como os movimentos fascistas, nazistas e as atrocidades da Segunda Guerra mundial também estamparam a fragilidade estrutural a que o Direito estava assentado, bem como as consequências desastrosas da fundamentação cega ao positivismo débil. (PRADO, 2009)

A partir de então a separação rígida entre moral e direito passou a não corresponder mais ao estágio do processo civilizatório democrático, fato que reaproximou a ética, o Direito, a política e o pragmatismo. (BARROSO, 2008)

A aproximação da ética e a intensificação da democracia no novo modelo de Estado, Estado Democrático de Direito, intensificou a complexidade das relações jurídicas e determinou a flexibilidade do conteúdo normativo que precisava se adaptar à pluralidade e diversidade, bem como às formas regulamentares, negociadas e consensuais alternativas à coação. (DIAS, 2003)

Obviamente, a adaptação não é simples, pois envolvem grande esforço e gerenciamento de tensões que são frutos de realidades sociais, morais, políticas e econômicas tão dispares como as existentes no Brasil.

A adequação exigida imprime ao direito um caráter transitório, diferente da pretensão anterior, sem que este perca, contudo, a segurança jurídica capaz de trazer estabilidade as relações jurídicas. Porém, tal fato condiciona a legalidade não mais ao texto normativo e a sua aplicação dedutiva, mas a extração da normatividade de todo o ordenamento jurídico a luz do princípio da juridicidade.

Com a ampliação da base legal se faz indispensável investigar o elemento estruturante de validade do direito na pós-modernidade.

2 A VALIDADE COMO ELEMENTO ESTRUTURANTE DO (PÓS)POSITIVISMO JURÍDICO

Segundo a concepção dualista, o Direito natural ou seria hierarquicamente superior ao Direito positivo, visão kantiana, em virtude de suas características, universais, permanentes e absolutas, ou, corresponderia a elemento axiológico do próprio Direito positivo existindo relação de função entre ambos, condicionada a obrigatoriedade do último instituir o primeiro.

A fonte deste fundamento valorativo deriva das próprias regras naturais, que por sua vez ou teriam origem Divina ou racional, conforme a concepção adotada, se religiosa ou científica. (NADER, 1995)

Partindo de um posicionamento monista, temos que a fonte do Direito positivado é a lei e o seu elemento estruturante é a validade da norma, isto porque, para que a norma possa ingressar no ordenamento jurídico e ser coativamente imposta deve ser válida.

Para ALEXY (2011), uma norma jurídica será juridicamente válida quando legítima e, legítima quando obedecer critérios formais concebidos no ordenamento jurídico, ou seja, o critério de validade estaria restrito à legalidade em si mesma e ao sistema por ela criado, característico do positivismo jurídico autoreferente.

HABERMAS (2012) critica este reducionismo da legitimidade à legalidade promovendo um resgate da validade como um elemento estruturante e não apenas sistêmico do Direito, pendente da tensão interna e externa entre a validade e a facticidade.

BARCELOS (2014) adverte que as sociedades hipercomplexas não mais admitem a legitimidade da coação decorrente da facticidade violenta impositiva ao fenômeno jurídico, aduzindo ser exigida uma validade estruturalmente comunicativa

e não invadida por imperativos sistêmicos, sendo atribuído ao Direito o poder de integração social decorrente da interatividade comunicativa.

A tensão interna a que HABERMAS (2012) disserta refere-se justamente ao duelo entre a positividade e a legitimidade, enquanto a pressão externa seria a relação entre o poder coativo estatal e o desejo socialmente definido.

A facticidade, elemento da tensão acima delineada, corresponde à aptidão estatal de impor coativamente padrões de conduta enquanto a validade, outro elemento, estaria relacionada à forma procedimental com que a norma a ser imposta foi elaborada. (HABERMAS, 2010)

Possuindo base na sociedade, a quem condiciona e é condicionado⁷, o Direito se reveste como meio integralizador do corpo social, assim, tanto a facticidade quanto a validade, anteriormente delineados, não podem caminhar de maneira dissociada, pois, na sociedade pós-moderna o direito extrai seu poder da aliança que a positividade estabelece com a legitimidade e não da imposição arbitrária. (HABERMAS, 2010)

Em aula orientada no primeiro semestre de 2015, na disciplina Filosofia do Direito no Curso de Mestrado da Universidade FUMEC, o professor Luiz Carlos Balbino Gambogi afirmou que para Habermas “o Direito é facticidade ao realizar os objetivos fixados pela lei com a espada da coerção, mas só se legitima, só adquire validade na medida em que se funda em argumentos racionais aprovados e aceitos pelos seus destinatários”.

É forçoso afirmar que a validade fundada na legalidade somente é alcançada quando os destinatários da norma participam da sua formação de maneira racional, isonômica e livre, assim, no pós-positivismo jurídico, a legitimidade continua fundada na validade da norma, porém, a sua legitimidade somente será alcançada por meio da teoria discursiva do direito e não com a simples instituição normativa.

O direito discursivo resiste a qualquer sobreposição que possa ser arguida entre o poder político e o direito, isto porque, os compreendem como complementares e inseridos em um processo “auto estabilizador e circular” (HABERMAS, 2010, p. 184), em que o poder institucionaliza o direito e este organiza juridicamente a dominação política.

Para que o processo se torne legítimo deve existir conformidade entre os

⁷ Cf. DWKEREIN, Emílie. **Regras do Método Sociológico**. Trad. por Maria Isaura Pereira de Queiroz. São Paulo: Companhia Editora Nacional. 1972.

poderes que compõem o poder político, ou seja, deve haver compatibilidade entre o poder comunicativo, entendido como a capacidade de uma comunidade livremente criar por meio da vontade geral respostas aos problemas comuns, e o poder administrativo correspondente a capacidade de impor a dominação política coativamente.

O elo entre poder comunicativo e administrativo, ambos formadores do poder político, é o Direito que impõe à condição coativa ao cumprimento da decisão politicamente concebida. (BARCELOS, 2014)

Havendo retroalimentação entre o Direito e o Poder político se faz necessário contornar ou alinhar as supostas tensões entre a autonomia jurídica privada e a autonomia jurídica pública, que, a prioristicamente, poderiam ser tidas como antagônicas, pois uma teria o condão de proteger os destinatários da imposição jurídica enquanto a outra defenderia a vontade dos autores por meio da imposição jurídica, entretanto, para o direito discursivo, ambas as autonomias estão, intensamente, conectadas sendo extremamente dependente uma da outra. (HABERMAS, 2001)

A luz da teoria do discurso haveria entre a autonomia pública e privada uma espécie de simbiose que obedeceria a uma função associativa de dependência existencial, em que, os direitos subjetivos negativos, tão caros à autonomia privada, restariam dependentes do reconhecimento da autonomia pública para não serem molestados, enquanto a autonomia pública seria construída por meio de um processo político democrático capaz de exprimir a vontade popular fundada na autonomia privada, o que consagraria o princípio democrático na formação da vontade estatal.

A convivência visceral entre as autonomias público e privada contribui para o fortalecimento de um direito positivo legítimo em que os destinatários do direito são concomitantemente também seus autores.

A participação dos destinatários na construção normativa insere no processo tanto a moral quanto a historicidade, sendo os argumentos morais a linha de frente do direito comunicativo e o fundamento do discurso ao qual seguem os argumentos pragmáticos e ético-políticos. (BARCELOS, 2014)

Compreendendo a autonomia pública e privada como uma só autonomia jurídica o vassalo e o administrado se transformam em cidadãos deixando de serem destinatários e mesmo objeto Administrativo para então ser o centro e razão de

existir da própria Administração.

Contudo, diante de uma sociedade hipercomplexa e plural, a Administração Pública tem como desafio a captação e ordenação do resultado das ações comunicativas, devendo abandonar a gestão autoritária e autorreferente em prol da consensualidade e da concretização dos direitos fundamentais. (ANDRADE, 2010)

A captação e organização da racionalidade comunicativa, guiado pelo comportamento racional multilateral e comunicativo, em substituição à racionalidade prática, esta última orientada por razões subjetivas ou politicamente estruturada a um fim individual, (HABERMAS, 2010) é um desafio enfrentado para se manter sólidas as estruturas do sistema de validade pós-positivista.

A condição de validade da norma que estrutura o positivismo pós-moderno não está restrito apenas a legalidade normativa formal, caso fosse, estaríamos a ignorar os fundamentos do Estado Democrático de Direito que exige decisões políticas, administrativas e judiciais, como resultado da participação de seus destinatários, estando sua conformação relacionada à tensão coativa e a força de conexão das convicções racionalmente motivadas, em respeito às liberdades democráticas e às concepções republicanas.

3 O DECRETO N. 8.243, DE MAIO DE 2014, SERIA O ESPAÇO PÚBLICO ESTATAL PARA O DESENVOLVIMENTO DA AÇÃO COMUNICATIVA?

O Decreto Federal n. 8.243/2014 tem por finalidade organizar o funcionamento da participação popular na Administração Pública federal, instituir a Política Nacional de Participação Social (PNPS) e o Sistema Nacional de Participação Social (SNPS) objetivando assegurar que a sociedade civil, constituída por cidadãos individuais ou coletivos, movimentos sociais institucionalizados ou não institucionalizados, suas redes e suas organizações possam acompanhar a formulação, a execução, o monitoramento e a avaliação de programas e políticas públicas, assim como o aprimoramento da própria gestão pública.

A publicação desse Decreto causou grande polêmica de ordem política, institucional, social e jurídica tanto que os deputados federais, Mendonça Filho (DEM/PE) e Ronaldo Caiado (DEM/GO), apresentaram em 30 de maio de 2014, o

projeto de Decreto Legislativo n. 1.491/2014⁸, que pretende sustar a aplicação do Decreto analisado por entender inconstitucional.

No senado, o Senador Álvaro Dias (PSDB-PR) também apresentou o projeto de Decreto legislativo nº 117 em 02 de junho de 2014, ainda em tramitação naquela Casa⁹, apontando inconstitucionalidades ao Decreto presidencial.

Em vigor, o Decreto n. 8.243/2014, além de apresentar a finalidade já dita também apresenta canais, instrumentos e diretrizes para realização de planejamento para execução de seus fins com a consagração de conselho de políticas públicas, comissão de políticas públicas; sistema de conferência nacional; ouvidoria pública federal; mesa de diálogo; fórum interconselhos; audiência pública; consulta pública; e a criação de ambiente virtual de participação social, como formas ativas de participação social.

Mantendo a coesão do recorte da pesquisa e da hipótese pré-definida não se avaliará aqui, a suposta inconstitucionalidade do Decreto em apreço e, tampouco, a repercussão política do mesmo, restringindo-se apenas à análise da norma sobre o aspecto da ação comunicativa a legitimar a discricionariedade política e administrativa.

A abordagem da teoria da democracia na ciência jurídica restringe-se à classificação: direta, indireta ou semidireta, cujo critério que as distingue está restrito ao grau de abertura concedido à participação, pois, em todas as espécies arroladas, o objetivo está concentrado na obtenção de uma decisão política.

Não trataremos aqui das espécies de democracia hodiernamente debatidas, mas sim do direito discursivo aplicado à democracia deliberativa, esta distinta da classificação mencionada anteriormente por possuir viés argumentativo, enquanto a clássica categorização possui orientação decisionista.

Explica BARCELOS (2014), que a democracia deliberativa comporta duas classificações, uma defendida por Jürgen Habermas, procedimentalista, e outra proposta por John Rawls, substancial. A primeira se satisfaz com a concessão de oportunidade ampla e livre ao falante devendo suas razões serem consideradas, enquanto a segunda condiciona a liberdade do falante à justificação da aplicação de princípios previamente justificados.

⁸ Após aprovação unânime na Câmara dos Deputados, o projeto foi encaminhado ao Senado em 29 de outubro de 2014, aguardando votação.

⁹ Em 25/03/2015 - Aguardando inclusão em Ordem do Dia dos Requerimentos nºs 218 e 219, de 2015, da Senadora Gleisi Roffmann, que solicita audiência da CDH e CCT. Votação, em turno único.

Coerente com o recorte metodológico, mantém-se a restrição dos argumentos ao desenvolvimento da democracia deliberativa procedimentalista conduzida em espaço público destinado à ação comunicativa, sendo indispensável compreender, desde logo, que o espaço público em que se desenvolve a o agir comunicativo não se confunde com espaço estatal, apesar deste último ser também um espaço propício a prosperar a racionalidade comunicativa.

O espaço público é assimilado como a arena discursiva, livre, igualitária, aberta à participação e ao reconhecimento do outro, sendo também o local onde as interpretações serão negociadas, filtradas e sintetizadas comparativamente com intuito de induzir à razão comunicativa em busca de uma resolução consensual. (OLIVEIRA, 2011)

Segundo HABERMAS (2010), os movimentos, organizações livres não estatais e não econômicas compõem a sociedade civil que corresponde ao espaço público que capta os desejos sociais e os transmitem a esfera mais ampla.

Os desejos sociais condensando em interesse geral passam à pauta na esfera pública mais geral, capaz de modificar as decisões tomadas nos centros do poder. “A sociedade civil ocupa um lugar fundamental para a expansão da democracia, mostrando o local onde há uma resistência à lógica do mercado e do Estado.” (OLIVEIRA, 2011. p. 128)

O conceito de sociedade civil descrito por HABERMAS (2010) é diverso do conceito apresentado no Decreto federal, pois neste a sociedade civil não é descrita como *locus*, mas como designação de pessoa ou pessoas organizadas a defenderem seus interesses particulares, art. 2º, I.

A designação da sociedade civil como agrupamento, ou mesmo como pessoa individualizada e não como espaço público retira da associação social o caráter deliberativo, atribuindo *status*, institucionalizado, de mero agrupamento induzido pela razão instrumental, algo que vai de encontro com a concepção de ação comunicativa fundada na razão comunicativa.

Contudo, há que esclarecer que, independentemente de como o Decreto conceitua e classifica a sociedade civil, aqui entendida como agrupamento de pessoas ou mesmo pessoa individualizada, nada alterou seu sentido à luz da democracia deliberativa procedimentalista, pois, a abordagem deliberativa está localizada na relação entre direito, política “formal” e política “informal”, assim, apesar da forma com que o termo “sociedade civil” foi inserido formalmente, a

essência na ação comunicativa permanece inalterada, servindo como arena de troca intersubjetiva de pontos de vista diferentes a ser levado a uma arena ainda mais ampla e geral.

Superada esta temática que confere o espaço público, para que os canais dialógicos enumerados no Decreto n. 8.243/2014, conselho de políticas públicas, comissão de políticas públicas; sistema de conferência nacional; ouvidoria pública federal; mesa de diálogo; fórum interconselhos; audiência pública; consulta pública; e a criação de ambiente virtual de participação social, se tornem espaços públicos para o desenvolvimento da ação comunicativa é indispensável que exista a comunicação livre, racional e crítica entre aqueles que se disponham a participar, afastando a razão instrumentalizada egoísta e privatista.

A determinação contida no inciso IV do art. 3º do Decreto em exame que reconhece a “autonomia, livre funcionamento e independência” da sociedade civil, algo que, aliás, já é garantido no inciso XVIII do art. 5º da Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, não se refere aos princípios da ação comunicativa, pois, não se relacionam com os procedimentos a serem adotados na arena deliberativa, a qual se pressupõe liberdade, igualdade, abertura à participação e reconhecimento dos demais para o desenvolvimento da ação comunicativa.

Portanto, para que os espaços dialógicos institucionalizados se transformem em um espaço público destinado à ação comunicativa que induz à razão comunicativa fruto da racionalidade, apita a dar validade à estrutura jurídica, a Administração Pública deve altrar seu comportamento deixando de ser um centro de gestão autoritária e portar como centro de captação e ordenação de múltiplos interesses.

BAPTISTA (2003) aduz que a nova Administração não deve ser mediador, devendo se portar como meio a captar as necessidades, não sendo mais um a integrar o grupo de interessados a influenciar o agir estatal, afastando a autovinculação.

A postura a ser adotada pelo centro de gestão irá determinar a concretização da democracia deliberativa, pois, caso a Administração Pública venha a integrar qualquer grupo e instrumentalize ou induza a razão interessada a fim de obter “legitimidade” direcionada, tal ação contrariará o procedimento democrático, imputando invalidade à decisão política a fragilizando a estrutura do ordenamento jurídico.

4 CONCLUSÃO

Na mesma época em que se desenvolvia o modelo de Estado Liberal, o positivismo jurídico se desenvolveu principalmente na Alemanha com fundamento no direito positivo que contrapunha o direito natural.

O Direito positivo constitui em direito institucionalizado pelo Estado e determinado em razão da convenção socialmente aceita e a todos imposta possuindo sendo a legalidade o elemento a determinar a validade normativa.

A forma reducionista atrelada à sistematização jurídica que atribui validade à simples instituição de normas e a sua obediência cega trouxe consequências graves como a legitimação de ações autoritárias e desastrosas em prejuízo à humanidade. Jürgen Habermas, crítico do reducionismo desenvolveu teoria que busca resgatar a validade como elemento estruturante do ordenamento jurídico.

A essência da validade como elemento estruturante está condicionada à legitimidade, que somente é alcançada quando os destinatários da norma são também seus criadores.

As relações entre autonomias públicas e privadas, assim como a política e Direito; e também, Direito e moral podem gerar tensões, somente resolvidas harmonicamente quando resgatadas as suas cooriginalidades por meio da conformação decorrente do Direito discursivo.

O Direito discursivo é resultado da racionalidade comunicativa que somente se desenvolve em espaços públicos em que os falantes apresentam suas razões de forma isonômica e livre, sendo deliberados todos os argumentos com o objetivo de alcançar através do inicial dissenso o resultado consensual, que depois de instaurados, são captados e sistematizados se transformando em normas impostas a todos.

No Estado Democrático de Direito, a participação do cidadão na formação da vontade política, jurídica e administrativa do Estado constitui elemento de validade inarredável às declarações estatais, a democracia deliberativa institui procedimentos a estruturar a participação objetivando legitimidade à validade das normas.

O Decreto federal nº 8.243/2014, além de outras formulações, cria canais a servirem de espaços a promover discursões sobre assuntos relacionados às políticas públicas, porém, tais canais, importantes sem dúvida em uma democracia

semidireta, somente será considerado espaço público à democracia deliberativa, a luz da teoria habermasiana, se seus procedimentos, não delineados no referido Decreto, promoverem o agir comunicativo, aberto, livre e acessível a todos e contrário ao agir instrumental que teria como fim revestir seus objetivos individualizados e estratégicos com o manto da legitimidade democrática.

5 REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARCELOS, Renato de Abreu. **Linguagem, discurso e deliberação: a democratização da discricionariedade administrativa no paradigma do Estado Democrático de Direito**. 2014. 285 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – PUCMINAS. Belo Horizonte. 2014.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (coord.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Método, 2008.
- BRASIL. Constituição de República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 29 jul. 2015.
- BRASIL. Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8243.htm>. Acesso em: 29 jul. 2015.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. Trad. Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Icone, 1995.
- CÂMARA. PDC nº 1491, de 30 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=617737>>. Acesso em: 04 abr. 2015.
- DIAS. Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e sociedade**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.
- DWKEREIN, Emílie. **Regras do Método Sociológico**. Trad. Maria Isaura Pereira de Queiroz. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1972.
- FIÚZA, César. **Novo Direito Civil: curso completo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- _____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flavio Beno

Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

_____. **Teoria do agir comunicativo**: racionalidade da ação e racionalização social. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2012b. v. I.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

OLIVEIRA, Luiz Ademir de. FERNANDES, Adélia Barroso. Espaço público, política e ação comunicativa a partir da concepção habermasiana. **Revista Estudos Filosóficos**, São João Del Rey, p. 116-130, 2011.

PRADO, Alessandro Martins. Pós-positivismo jurídico e a nova hermenêutica constitucional: poder judiciário, o reconhecimento do terceiro gigante, de “boca da lei” a “boca do direito”. In: XVIII Encontro Nacional do CONPEDI, 2009. **Anais...** Maringá. p. 4667-4686, 2009.

SENADO. **PDC nº 117, 02 de junho de 2014**. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/>>. Acesso em: 25 mai. 2015.

Artigo recebido em: Julho/2016

Aceito em: Setembro/2016