

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

IGOR COSTA DE MIRANDA 222815

DEMOCRACIA À LUZ DO PRINCÍPIO DO DISCURSO

3214
- Democracia

3,90.
AC 141728
3214
M 64d
R 14418197

FORTALEZA
2003

IGOR COSTA DE MIRANDA

DEMOCRACIA À LUZ DO PRINCÍPIO DO DISCURSO

Monografia Jurídica apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.


Professor orientador: Reginaldo da Costa.

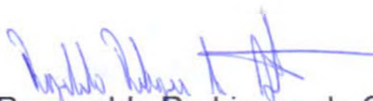
FORTALEZA
2003

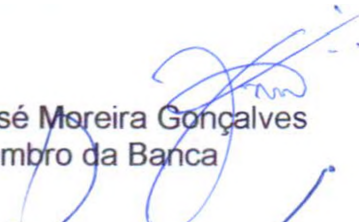
FOLHA DE APROVAÇÃO

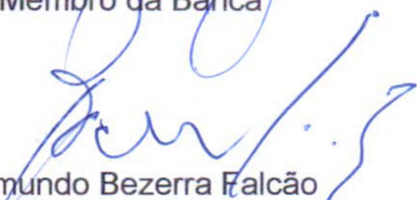
Esta Monografia foi submetida a apresentação perante banca examinadora como parte dos requisitos para a obtenção do grau de Bacharel em Direito outorgado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

Monografia defendida e aprovada em 31/07/03.


Igor Costa de Miranda
Bacharelando


Reginaldo Rodrigues da Costa
Orientador/Presidente da Banca Examinadora


Flávio José Moreira Gonçalves
Membro da Banca


Raimundo Bezerra Falcão
Membro da Banca

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Prof. Reginaldo da Costa, pelo acolhimento e solicitude na orientação deste trabalho, assim como pela contribuição ao interesse pela meditação filosófica e pelo alargamento de horizontes por meio das aulas sempre reflexivas de Filosofia do Direito.

A Juliana, namorada e amiga, pela compreensão e paciência durante a realização desta monografia e pelo auxílio prestativo na digitação destas páginas.

A meus pais, Sandra e Herdez, e minhas irmãs, Milena e Mirela, com quem convivo, pelo carinho paternal e fraternal cotidiano e pela compreensão ao longo da elaboração deste trabalho.

A Thiago Mota, pelas sugestões ao presente trabalho e pelos diálogos filosóficos que certamente contribuíram para o amadurecimento da reflexão filosófica.

RESUMO

A contemporaneidade, através da reviravolta lingüístico-pragmática, apresenta à tradição filosófica um novo paradigma: o da intersubjetividade, com conseqüências importante para o pensamento político. A dimensão jurídica pensada através da racionalidade intersubjetiva adquire novos contornos, somente então sendo apta a fundamentar uma concepção de democracia que estabilize a tensão aprofundada na modernidade entre autonomia privada e pública, ou seja, entre liberdades subjetivas de ação e soberania popular.

O presente trabalho tem por escopo delinear os contornos dessa concepção de princípio democrático, a qual se dá através da teoria discursiva do Direito de Jürgen Habermas, formulada a partir do pressuposto da racionalidade intersubjetiva (comunicativa) e portanto da filosofia lingüístico-pragmática.

A democracia, nesse contexto, é pensada como princípio jurídico que permite a formação discursiva da opinião e da vontade política, na qual a norma válida é a que pode encontrar assentimento de todos os potencialmente na medida que estes participam de discursos racionais. O procedimento de normatização legítima é estabelecido por direitos subjetivos por meio dos quais é exercida a autonomia política.

Para melhor compreensão dessa proposta de modelo democrático, cumpre esboçar a trajetória histórica da forma democrática na civilização ocidental, através de duas construções paradigmáticas: clássica e moderna. Tais modelos de democracia, respectivamente, enfatizam as liberdades coletiva e individual e são fundados nas concepções filosóficas cosmocêntrico-ontológica e antropocêntrico-subjetiva.

Etrementes, análise mais detida será feita com o princípio do discurso, o qual através da forma do Direito se converte em princípio da democracia, tema central da pesquisa. Dessa forma, procura-se apresentar a proposta do sistema de organização democrático através do princípio do discurso, que tem como característica a garantia da participação mais ampla possível nos processos de formação da vontade política.

S U M Á R I O

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 6 |
| 1. FUNDAMENTOS DA FILOSOFIA POLÍTICA ANTIGA E MODERNA..... | 8 |
| 1.2. Antiguidade Clássica..... | 9 |
| 1.3. Modernidade..... | 14 |
| 1.4. Liberdade Antiga x Liberdade Moderna..... | 16 |
| 1.5. Liberdade Moderna | 19 |
| 1.6. A visão habermasiana..... | 22 |
| 2. COMPREENSÃO DA CATEGORIA DO DIREITO EM HABERMAS..... | 24 |
| 2.1. O agir comunicativo como fonte de integração social..... | 25 |
| 2.2.1. Integração social e o agir comunicativo..... | 25 |
| 2.2.2. O mundo da vida..... | 26 |
| 2.2.3. As instituições arcaicas | 27 |
| 2.2.4. A sociedade secularizada | 28 |
| 2.2. O Direito | 29 |
| 2.3.1. O Direito como desconexão entre sistema e mundo da vida..... | 30 |
| 2.3.2. Direito e Moral | 31 |
| 2.3.3. Dimensões de validade do Direito | 32 |
| 2.3. O agir comunicativo através do Direito como fonte de integração social..... | 33 |
| 3. FUNDAMENTAÇÃO DA DEMOCRACIA, DIREITO E O PRINCÍPIO DO DISCURSO | 35 |
| 3.1. Da razão prática à razão comunicativa | 37 |
| 3.2. Autonomia Pública e Privada (Soberania Popular e Direitos Humanos)..... | 40 |
| 3.3. Relação de complementariedade entre moral racional e direito positivo..... | 50 |
| 3.3.1. O princípio do discurso, a forma do direito e a democracia..... | 58 |
| 3.4. Três modelos normativos de democracia | 62 |
| 3.4.1. Modelos liberal e republicano de democracia..... | 63 |
| 3.4.1. Concepções de cidadão do Estado..... | 63 |
| 3.5.2. Conceito de Direito..... | 64 |
| 3.5.3. Natureza do processo político..... | 65 |
| 3.4.2. Terceiro modelo normativo de democracia : a política deliberativa..... | 66 |
| 3.5. Estado Liberal, Estado Social e Democracia..... | 70 |
| CONCLUSÃO | 74 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 77 |

INTRODUÇÃO

Desde que a humanidade se depara com a reflexão filosófica racional ela se encontra com a questão política da liberdade, que tem no regime democrático a sua mais gloriosa solução. Entretanto, a concepção de democracia acolheu teorias e fundamentações de diversa matizes ao longo do pensamento filosófico-político.

A atualidade do assunto é manifesta na medida em que os regimes políticos ocidentais têm na democracia seu símbolo de racionalidade e, no entanto, ainda se vêem perpetrados dentro desse contexto evidentes assaltos contra a liberdade humana, como as profundas desigualdades materiais e as guerras imperialistas. Assim, necessário se faz a assunção de um novo paradigma para a fundamentação do Direito e para a democracia.

O presente trabalho tem por escopo apresentar os fundamentos de uma teoria da democracia construída sob o prisma da racionalidade intersubjetiva, que supera a razão prática da ontologia clássica e da filosofia transcendental da consciência. Trata-se da concepção de democracia elaborada pelo teórico alemão Jürgen Habermas, que a fundamenta a partir do que denominou princípio do discurso, erigido a partir da reviravolta lingüístico-pragmática do século XX, a qual coloca a linguagem como *a priori* do conhecimento e do agir humano.

Nesse sentido, faz-se primeiro necessário abordar como se dá o pensamento político na Antigüidade e na Modernidade (primeiro capítulo), antes de explicitar a teoria discursiva. Também cumpre antes conhecer a compreensão do autor acerca do Direito (segundo capítulo), tema que apresenta conexão intrínseca com sua proposta democrática. Por fim, então, será desenvolvida a teoria discursiva

do direito e a formulação do modelo democrático à luz do princípio do discurso (terceiro capítulo).

Ao longo do trabalho não será difícil notar a precisa assertiva de Jellinek:

“Ao redor de dois pontos candentes gira toda a vida do gênero humano: o indivíduo e a coletividade. Compreender a relação ente ambos, unir harmoniosamente essas duas grandes potências que determinam o curso da história, pertence aos maiores e mais árduos problemas com que a ciência e a vida se defrontam. Na ação, como no pensamento, prepondera ora um, ora outro dentre esses fatores”. (Georg Jellinek, *Ausgewählte Schriften und Reden*, erster band, Berlin, 1911, os 53-54, em BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*.)

A democracia, como regime de garantia da liberdade, deve equacionar esses dois pontos, o que acreditamos acontecer através da proposta apresentada na presente obra.

1. Fundamentos da Filosofia Política Antiga e Moderna

O pensamento filosófico-político clássico apresenta profundas diferenças frente àquele apresentado na Modernidade. As filosofias – entendidas como concepção sobre o saber e agir do homem – desses dois momentos são apoiadas em paradigmas bastante distintos: respectivamente o da metafísica ontológica e o da filosofia da consciência ou da subjetividade. Isso implica uma diferença também paradigmática no campo da política, que acompanha de certa forma as teorias sobre o conhecimento humano.

Assim, o pensamento político assume contornos distintos na Antigüidade e na Modernidade, posto estar fundado, nessas etapas, respectivamente numa compreensão coletivista e individualista da liberdade, ou seja, que dão prevalência ora à coletividade ora ao indivíduo.

A Modernidade, na sua concepção de liberdade como autonomia do indivíduo, deixa em suas entrelinhas um questão mal resolvida. É que essa autonomia diferencia-se em pública, quando referida à participação do indivíduo no poder soberano, e privada, quando referida a uma esfera individual de exercício livre da vontade. A primordialidade de uma delas provoca o fenecimento da outra.

Nesse sentido, será mostrado que as concepções democráticas antiga e moderna (fundadas nas respectivas compreensões sobre a liberdade) apresentam deficiências, as quais devem ser apresentadas para uma compreensão do

contexto em que se insere a proposta habermasiana de concepção do modelo democrático, que pretende se afastar dos modelos metafísico e transcendental.

Nos dois primeiros tópicos abaixo se fará, de forma bastante concisa, uma delimitação do pensamento filosófico antigo e moderno, com seus reflexos na política. Após, nos dois tópicos seguintes, firmar-se-á a diferenciação entre liberdade antiga e moderna e se explicitará a divergência interna entre as noções da Modernidade de liberdade como autonomia pública e privada.

1.1. Antigüidade Clássica

A partir de Tales de Mileto até Demócrito de Abdera, no período que se situa entre os séculos VII e V a.C., os filósofos gregos tentaram elaborar uma ciência da Natureza, que lhes desse uma síntese global do mundo, através de seus elementos mais representativos¹ (água, fogo etc.), ou melhor, através do elemento primordial eterno (*physis*). Nesse sentido, o importante era obter esse conhecimento do todo, no qual o próprio homem já estava inserido. Assim, ao explicar racional e sistematicamente a Natureza, da qual os seres humanos fazem parte, a Filosofia também explicava a origem e as mudanças dos seres humanos². Dessa maneira se deu a recusa da explicação mítica do mundo e o início do pensamento racional filosófico.

Entretanto, o crescimento e a expansão da cidade grega em busca de consolidar sua experiência democrática foi o palco propício para iniciar a fase na qual o homem (e não a Natureza) é colocado no centro das atenções³, o que se dá com os sofistas, cuja pedra angular é o princípio do *homo mensura* (o homem é a

¹ VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito, Humanismo e Democracia*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 60.

² CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*. 9ª ed. São Paulo: Ática, 1997, p. 35.

medida de todas as coisas) de Protágoras⁴. Para os sofistas, o homem singular é o princípio de tudo, o que os faz defender a tese do relativismo gnoseológico.

Nesse sentido, a sofística nega a existência de uma verdade absoluta, conseqüentemente a lei é para ela fruto de mera convenção humana e o direito e a justiça também são relativos. Daí a importância do discurso e da retórica a ele aplicada. Assim, podemos dizer que a sofística mobilizou conceitos no sentido de afastar todo tipo de absolutismo, universalismo ou mistificação em torno dos valores sociais⁵.

A metafísica, por sua vez, busca conhecer a estrutura regional dentro do todo, ou seja, a essência dos entes, o lugar que cada coisa ocupa no todo imutável (cosmos) da realidade, preocupação não afeta à fisiologia (filosofia da Natureza) nem à sofística. Nesse sentido, para uma boa compreensão da metafísica, é importante mostrar que a fisiologia e sofística se apresentam em pólos opostos:

“No pensamento fisiológico há a primazia do todo sobre o indivíduo, pois ele só é através do todo. Sobre esse todo o indivíduo não tem domínio, mas, antes, a ele pertence. A sofística significou a reação do indivíduo contra essa primazia do todo: para a sofística só o singular é que existe, e seu sentido é dado pelo indivíduo.”⁶

Cumprido ressaltar, portanto, que a metafísica procura resgatar a normatividade do conhecer e agir humanos⁷ após a primazia do todo presente na fisiologia e depois da primazia do indivíduo singular da sofística.

³ VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito, Humanismo e Democracia*, p. 60.

⁴ “O mais célebre advogado da relatividade de valores [...] foi Protágoras, e seu desafio filosófico a normas tradicionalmente aceitas baseava-se por sua vez em teorias relativas e subjetivas de ontologia e epistemologia”. Cf. GUTHRIE, *Os sofistas*, pg. 156-157. Em: BITTAR, Eduardo C. B. e ALMEIDA, Guilherme de Assis. *Curso de Filosofia do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 61.

⁵ BITTAR, Eduardo C. B. e ALMEIDA, Guilherme de Assis. *Curso de Filosofia do Direito*, p. 63.

⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e sociabilidade*. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 1996. Coleção filosofia, p. 86.

⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e sociabilidade*, p. 86.

A metafísica ontológica clássica, para conhecer a essência, postula a correspondência ou adequação entre o ser (ente) e o conhecimento, como se fosse possível fotografá-lo ou internalizá-lo racionalmente. Caberia ao homem, numa posição passiva, receber as impressões do ser e registrá-las. Em outras palavras, é apoiada na possibilidade do conhecimento da essência dos entes, das coisas em si, da realidade em si.

Para o pensamento metafísico existe um universo perfeitamente ordenado, ou seja, uma ordem natural, imutável, eterna. Assim a tarefa do conhecimento é descobrir nessa ordem a essência das coisas, ou seja, aquilo que a distingue das demais. A verdade está na natureza e compete à razão contemplar a essência das coisas e reproduzi-la pelo pensamento⁸.

Dessa forma, todo conhecer e agir humano vai encontrar na ordem cósmica seu fundamento derradeiro. O que o homem deve ser e como o homem deve agir será dado pelo todo ou, mais especificamente, pelo lugar que ocupa no todo, eterno e imutável. Este é o lugar da auto-realização humana. Nesse sentido, o agir humano é correto quando se encontra de acordo com a ordem natural, especificamente de acordo com a essência humana, determinada por essa ordem⁹. O ordenamento jurídico deve também estar de acordo com essa ordem natural e deve se prestar a realizar a essência humana. A ordem humana, ou seja, a lei

⁸ Um pouco diferente, mas ainda sobre o terreno metafísico, se apresentou o teocentrismo, que predominou na Idade Média. Para ele a ordem natural é produto da vontade divina, da vontade de um Criador. Surge, então, um corpo de pessoas que passam a ter a autoridade para dizer o que é essa ordem divina (o clero), dizendo também como deve ser o agir humano e a ordem social. A conduta humana e a realidade social devem se conformar à ordem divina, dita pelas autoridades sacras.

⁹ O agir humano correto, para os antigos, é o que busca efetivar a essência humana (dada pela ordem natural), portanto é quando o homem procura assumir, por sua decisão, o lugar que lhe compete no todo. “[...] *através da essência está estabelecida para sempre o que o homem é enquanto homem e, conseqüentemente, o que ele deve fazer para conquistar seu ser [...] O homem, nesse caso, é livre enquanto efetivador, em sua vida histórica, de sua própria essência, ela mesma imutável, que estabelece o lugar que ele ocupa no cosmos, a ordem imutável do real*”. Cf. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e Sociabilidade*, p. 14.

humana deve conformar-se, portanto, à ordem cósmica¹⁰, sendo, portanto, pré-determinada.

Nesse sentido, pelo pensamento metafísico é na pólis que o homem vai encontrar seu ser, sua essência, só nela que ele vai ser livre. O fim da pólis é ser a realização da comunidade de homem livres. A ordem natural, assim como a coletividade (a pólis), é anterior ao homem, conseqüentemente a essência humana só é atingida dentro da ordem natural, assim como a liberdade só é alcançada na pólis. O Estado é então entendido como o ser do homem, atualização suprema das possibilidades do homem¹¹.

A problemática e a crítica que se pode tecer à ontologia clássica, e sua teoria da correspondência ou da adequação, diz respeito à tentativa de fundamentação última ou de justificação, que neste paradigma nos leva ao um regresso ao infinito: a validez do conhecimento sobre o ente (ontológico) é dada também por um conhecimento ontológico, que necessita de validação, e assim se estende a cadeia *ad infinitum*, não se obtendo uma justificação última. Nisso se dá o caráter dogmático e a-reflexivo deste paradigma¹².

A metafísica pôde justificar, por exemplo, a escravidão e a submissão da mulher (Aristóteles), sob a alegativa de que a natureza da mulher é inferior a do homem e de que é a natureza do escravo é ser escravo, conforme se defere da ordem natural¹³. Tal ordem de idéias levou Platão a destinar o governo da pólis

¹⁰ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e Sociabilidade*, p. 87.

¹¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e Sociabilidade*. Pg. 88.

¹² COSTA, Reginaldo da. *Ética do discurso e verdade em Apel*. Belo horizonte: Del Rey, 2002, p. 347.

¹³ Cf. ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira (feita a partir da versão francesa de Marcel Prêlat) São Paulo: Martins Fontes, 1998, ps. 11-14, Livro I, Do Governo Doméstico: "A coisa possuída está para o possuidor assim como a parte está para o todo; ora, a parte não é somente distinta do todo, ela lhe pertence; o mesmo ocorre com a coisa possuída em relação ao possuidor. O senhor não é senão o proprietária de seu escravo, mas não lhe pertence; o escravo, pelo contrário, não somente é destinado ao uso do senhor, como também dele é parte. (...) O homem que, por natureza, não pertence a si mesmo, mas a um outro, é escravo por natureza: é uma posse e

somente aos mais sábios, os filósofos, únicos capazes de contemplar a verdade e realizá-la socialmente, elaborando toda sua estrutura de divisão social por funções ou atividades, todas pré-determinadas, de acordo com aptidões naturais¹⁴. À guisa de exemplo, vale aqui ressaltar que pelo mesmo princípio (conformidade a uma ordem natural pré-determinada) o nazismo defendeu que a raça ariana era (naturalmente) superior as demais e com isso fundamentou toda uma gama de violências contra a liberdade.

No entanto, o passo realizado pela metafísica foi de extrema importância para o pensamento racional porque foi a primeira vez que se enfatizou a diferença entre faticidade e normatividade, permitindo ao homem ultrapassar a violência fática e buscar a construção de uma sociabilidade racional, mesmo que seja a expressão de uma ordem cósmica¹⁵. Nesse sentido, não se trata mais de explicar como a realidade, natural ou social, é, mas de fundamentar em que configuração a ordem social deve se enquadrar, embora baseado na existência da ordem natural (ou divina), imutável e eterna.

Nesse ponto pode-se dizer que se irrompe, de forma embrionária, uma tensão entre faticidade e validade, no sentido da ordem normativa fática ou da ordem social existente, de um lado, e da ordem normativa ou ordem social ideal ou válida, de outro. A busca do espaço de legitimação intersubjetiva é feita no sentido da adequação à essência das coisas e do homem, pré-estabelecida na Natureza e pré-conhecida pela força da razão. O saber e agir humanos de validade intersubjetiva é aquele cunhado em moldes ontológicos.

um instrumento para agir separadamente e sob as ordens e seu senhor. [...] A natureza ainda subordinou um dos animais ao outro. Em todas as espécies, o macho é evidentemente superior à fêmea: a espécie humana não é exceção. [...] pelas leis da natureza, há homens feitos para a liberdade e outros para a servidão, os quais, tanto por justiça quanto por interesse, convém que sirvam”.

1.2. Modernidade

A reflexão política moderna apresentou uma transformação profunda em relação ao pensamento político clássico, consubstanciada fundamentalmente na nova configuração da concepção sobre a realidade. A passagem do pensamento clássico, grego e medieval, para o moderno é a passagem do paradigma cosmocêntrico-ontológico para o antropocêntrico-subjetivo.

O *cogito, ergo sum* cartesiano inaugura uma nova forma de pensar: a realidade não é mais externa ou anterior ao homem, mas ela só é possível a partir do homem, ou melhor, a partir da consciência humana. Por conseguinte a ordem não é mais a da natureza, mas aquela dada pela subjetividade ou consciência universal do homem.

A filosofia da subjetividade ou da consciência, iniciada por Descartes, tem em Kant seu maior teórico. Este postula a impossibilidade do conhecimento ontológico, inaugurando um novo paradigma que supera a metafísica ontológica clássica que preceituava a correspondência entre o ser e o conhecimento. Para o criticismo kantiano o conhecimento é determinado também pela subjetividade humana, não como no relativismo dos sofistas, mas por uma subjetividade universal. Dessa forma, não é possível o conhecimento da coisa em si (objetivo), do nômeneo, mas tão somente das coisas como aparecem (subjetivo) para a consciência humana, do fenômeno. Assim, em Kant:

“as categorias não são mais ontológicas, não pertencem mais ao objeto: a substância e a causalidade não estão mais do lado do ser, mas do eu, do sujeito, que é o criador da ordem causal do universo, o criador da legalidade na natureza, de modo que a possibilidade do ente está condicionada pelo eu. Kant opera a cisão de eu e do

¹⁴ BITTAR, Eduardo C. B. e ALMEIDA, Guilherme de Assis. *Curso de Filosofia do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 89.

¹⁵ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e Sociabilidade*, p. 87.

mundo, do conhecer e do ser, que Parmênides havia unido na ontologia¹⁶.

Nesse sentido, o paradigma da ordem imutável é trocado na Modernidade pelo do homem enquanto subjetividade. Para Kant o incondicional é a consciência transcendental¹⁷. A determinação de tudo ou o *a priori* não é mais o cosmos, mas o próprio homem, que passa a ser sujeito (ativo) do seu conhecimento e de sua ação no mundo.

A ordem não é mais natural, externa. É o homem quem confere ordem ao caos fenomenológico. A pergunta não é mais pela ordem objetiva, mas pela estrutura subjetiva finita constituidora da ordem. A importância disso para o pensamento político é que o homem vai ser pensado como ente autônomo: senhor do mundo e de si mesmo¹⁸.

Dentro do paradigma metafísico, a essência dos entes é captada pela razão. Através da razão se conhece o imutável, o universal, enquanto que com os sentidos se conhece o singular, o casual, o mutável. O saber é contemplativo, situacional, passivo. Na Modernidade ocorre a separação sujeito-objeto. Assim, o político deixa de ser algo em si mesmo, absoluto, para ganhar sentido funcional, instrumental. A realidade social não é mais algo natural, necessário, *a priori*, absoluto, ela é criação humana.

Não existindo mais sociabilidade natural, a associação pactual surge como modelo político. O problema do pensamento político moderno não é mais o da configuração da comunidade, mas o da própria constituição da sociedade. Não é

¹⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Kant*. 2ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995, p. 128.

¹⁷ A racionalidade humana é concebida aqui como dotada da mesma imutabilidade e eternidade que caracterizam, no pensamento clássico, a ordem imutável.

¹⁸ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e Sociabilidade*, p. 90.

como o homem deve se adequar à comunidade, mas como a sociedade pode servir ao homem, às subjetividades associadas¹⁹.

Para a Modernidade, a liberdade não é mais adequação à ordem natural, mas determinação livre diante do fático enquanto tal, portanto, autodeterminação. Por conseguinte, a determinação da ordem social não se dá a partir de uma ordem natural pré-estabelecida, mas a partir da própria vontade do homem, através de sua subjetividade universal, que irá ser responsável pela realidade social. Nesse sentido, a normatividade não é dada, mas construída pelo homem, que não tem mais responsabilidade “diante da norma”, mas “para a norma” ou em sua constituição²⁰.

Nesse sentido, pensando o homem como subjetividade autônoma, o problema principal do pensamento político vai ser a liberdade, não a coletiva dos gregos, só alcançada através da pólis, mas a liberdade individual, autônoma. O problema central vai ser então como manter o maior grau de liberdade individual possível.

Por isso, cumpre destacar as distinções entre as compreensões antiga (coletiva) e moderna (individual) de liberdade, bem como analisar sob o ponto de vista político como se forma dentro da Modernidade as concepções de liberdade enquanto autonomia pública (autonomia política dos cidadãos) e privada (autonomia moral dos indivíduos).

1.3. Liberdade Antiga x Liberdade Moderna

A concepção clássica da sociedade era orgânica, coletivista, ensejando a fundamentação de regimes totalitários, autoritários, visto que o indivíduo devia total

¹⁹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e Sociabilidade*. Pg. 97.

²⁰ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e Sociabilidade*. Pg. 20.

submissão ao todo coletivo, que o antecedia e portanto lhe era hierarquicamente superior. A concepção moderna, por outro lado, é mecanicista, individualista, contratualista, fundamentando por isso a preservação de liberdades individuais. Antes o todo precedia à parte (a sociedade é anterior ao indivíduo). Para a Modernidade a parte antecede ao todo, o indivíduo antecede a sociedade, que se justifica por servir às necessidades individuais.

A racionalidade subjetiva cria uma situação hipotética, qual seja a de que o homem, enquanto indivíduo isolado, é o natural, e não a comunidade, o corpo social. O homem passa a ser encarado como indivíduo, pré-político, pré-social. O primado do indivíduo sobre a comunidade política vai ser o axioma fundamental do pensamento político moderno.

A vontade universal não é mais pré-estabelecida pelo cosmos, mas é a vontade geral, estabelecida a partir de um acordo, de um contrato entre indivíduos livre e iguais. Somente pelo contrato ou associação, a liberdade, que antes era potência, se efetiva. Tal contrato ou associação se legitima por manter o maior grau possível de liberdade (do indivíduo contra a coletividade), que no estado anterior ao societário é considerada como hipoteticamente ilimitada.

Assim, a liberdade individual moderna é o espaço onde o indivíduo pode exercitar suas preferências, sem interferência da coletividade. Nas letras de Bejamim Constant ela é:

"o direito de manifestar opinião, de escolher a profissão e exercê-la, dispor da propriedade e até abusar da mesma; de ir e vir, sem obter permissão e prestar contas de seus atos ou intenções. É, para todos, o direito de reunião, seja para deliberar acerca de interesses pessoais, seja para professar o culto que lhe aprouver, a si e aos seus associados, seja, simplesmente, para preencher, da maneira

mais conforme aos respectivos sonhos e pendores, os dias e as horas”²¹.

Ao contrário da liberdade negativa dos modernos, oponível à coletividade, a liberdade positiva dos antigos era a expressão da completa integração do indivíduo ao corpo social, que o absorvia em todas as dimensões. Assim, pode-se dizer que:

“Nem em Atenas nem nas demais cidades-Estados houve direitos essenciais do indivíduo perante a coletividade, pois não era como indivíduo, senão como membro da comunidade que ele tinha direitos políticos. Nessa última condição, constituía a vontade coletiva; como indivíduo, porém, estava sujeito à mesma. Demonstra-nos esse fato que o substrato espiritual da democracia grega não era o individualismo, mas a idéia de comunidade”²².

Dessa forma, a democracia antiga era a democracia de uma cidade, de um povo que desconhecia a vida civil, privada, que se devotava por inteiro à coisa pública, que fazia de sua assembléia, no Ágora, um poder concentrado no exercício da plena soberania legislativa, executiva e judicial.

Não se pode falar, portanto, em relação à democracia clássica, em liberdade do homem enquanto indivíduo (autonomia individual), mas tão somente em liberdade do cidadão. A autonomia pertencia à pólis e não ao indivíduo, que só era livre enquanto participante dela, ou seja, a pólis era livre enquanto autônoma e a liberdade do indivíduo significava sua participação nessa comunidade livre. A liberdade se efetivava através da participação na pólis, do envolvimento com os

²¹ BENJAMIM CONSTANT, *Cours de Politique Constitutionnelle*, Tome II, Paris, 1872, Deuxième Édition, págs. 541 e 542, em BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 152.

²² VERDROSS, *Grundlinien der Antiken Rechts – und Staatsphilosophie*, zweite erweiterte Auflage, Wien, 1948, p. 10, em BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 154.

assuntos públicos. Pode-se dizer que ao homem econômico da Modernidade corresponde o homem político da antigüidade²³.

Uma visão clara do que se considera liberdade para os antigos é dada pelo historiador Fustel de Coulanges:

“É, portanto, erro grosseiro, entre todos os erros humanos, acreditar-se em que, nas cidades antigas, o homem gozava de liberdade. O homem não tinha sequer a mais ligeira idéia do que esta fosse. O homem não julgava que pudesse existir com direitos em face da cidade e de seus deuses. [...] O sistema de governo tomou vários nomes, sendo de uma vez monárquica, de outra vez aristocracia, ou ainda uma democracia, mas com nenhuma dessas revoluções ganhou o homem a sua verdadeira liberdade, a liberdade individual. Ter direitos políticos, poder votar e nomear magistrados, ser arconte, a isto se chamou liberdade, mas o homem no fundo nunca foi mais do que escravo do Estado. Os antigos, sobretudo os gregos, exageraram sempre a importância e os direitos da sociedade [...]”²⁴.

A liberdade moderna, no entanto, não foi pensada apenas nos moldes liberais de garantia de um espaço para o indivíduo livre de qualquer coação. A idéia de autodeterminação também foi concebida como participação na formulação das normas jurídicas, como exercício do poder político. As teses contratualistas conceberam não só o princípio liberal, mas também o princípio democrático (soberania popular).

1.4. Liberdade Moderna

De início, a Modernidade idealizou a liberdade em contraposição ao poder autoritário dos regimes absolutistas. Nesse sentido, o poder soberano foi considerado o maior inimigo da liberdade individual (compreendida como esfera

²³ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 268.

²⁴ FUSTEL DE COULANGES, *A Cidade Antiga*, Tradução portuguesa, 6ª ed, vol I, Lisboa, ps. 356-357, em BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 161.

individual de autodeterminação) e o Estado de Direito representou a formulação capaz de salvar, em parte, a liberdade ilimitada que o homem desfrutava na sociedade pré-estatal ou dar a essa liberdade função preponderante, fazendo do Estado o acanhado servo do indivíduo.

O Estado de Direito, sob esse prisma do liberalismo, veio para garantir ao indivíduo essa liberdade negativa frente ao Estado (autonomia privada), que nada mais era do que a positivação de direitos naturais (direitos humanos), que a ele pertenciam antes do estado societário.

Dessa forma, a idéia essencial do liberalismo não é a presença do elemento popular na formação da vontade estatal, nem tampouco a teoria igualitária de que todos têm direito igual a essa participação ou que a liberdade é formalmente esse direito. Isso se defere da circunstância de algumas monarquias se compadecerem com determinadas formas de cerceamento do poder e tomarem a designação histórica de monarquias constitucionais, que corresponde à abdicação de seu caráter absolutista²⁵. É nesse sentido que Habermas afirma que se olharmos para Hobbes a partir da perspectiva de Kant, encontraremos naquele o teorizador de um Estado constitucional burguês sem democracia, muito mais do que um apologeta do absolutismo desenfreado, visto que segundo Hobbes o soberano só pode distribuir suas ordens na linguagem do direito moderno, que garante uma ordem propiciadora às pessoas privadas de liberdades subjetivas segundo leis gerais²⁶.

Vale destacar, por oportuno, que o liberalismo e, conseqüentemente, os direitos naturais a que ele visou garantir tiveram fundamentações distintas dentro da própria Modernidade, as quais merecem ser analisadas de forma sucinta.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 16.

²⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, t. I, p. 122-123.

Assim, ao contrário de seus antecessores, que compreendem a propriedade, a vida etc. como direitos naturais, Kant identificará com a liberdade o único que pode ser chamado a rigor direito natural, e que está à base do contrato social. Assim, para Kant:

“não há um direito natural como regras tiradas da natureza (no sentido da *physys* dos gregos), nem dos costumes, já que diversa é a esfera do *Sollen* [dever], em que está inserido o direito da natureza; nem um direito natural assentado numa razão universal estóica, visto que a participação do homem nessa harmonia é em última instância, a identificação com a natureza; nem um direito natural transcendente, ditado pela autoridade divina, que acabaria por se constituir num código moral externo; nem, por último, um direito natural entendido como um conjunto de princípios deduzidos pela razão, como no Jusnaturalismo Clássico, pois a própria liberdade é uma idéia [transcendental]”²⁷.

A filosofia kantiana concebe o direito natural com um princípio *a priori* da razão que justifica a existência do direito positivo legítimo e, por ser condição *a priori* de sua legitimidade, lhe dá também validade. Nesse sentido, o direito, para se legitimar pela conformação a esse direito natural da liberdade, deve garantir um conjunto de condições nas quais o arbítrio de cada um possa coexistir como arbítrio do outro, segundo uma lei universal de liberdade, ou seja, deve garantir o maior espaço possível de autonomia privada de forma igual a todos os indivíduos.

O contrato social é então entendido como um fim em si mesmo, ao contrário de Hobbes, que o interpretou como um modelo do direito privado, ou seja, como um meio para atingir determinado fim. Nessa perspectiva, Kant concebeu que o contrato social serve para a institucionalização do direito natural a iguais liberdades de ação subjetiva, visto que para ele o direito é a limitação da liberdade (livre arbítrio) de cada um à condição de sua concordância com a liberdade (livre arbítrio) de todos, segundo uma lei geral de liberdade.

²⁷ SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Kant*, p. 266.

No entanto, “os direitos [naturais] do homem, fundamentados na autonomia moral dos indivíduos só podem adquirir uma figura positiva através da autonomia política dos cidadãos”²⁸. Dessa forma, a liberdade moderna, sob o ângulo do princípio democrático de Rousseau, também foi idealizada como poder de participação na elaboração da vontade estatal, o que difere da compreensão liberal que enxergava uma antítese entre soberania e liberdade. Para o teórico de Genebra, a idéia de autodeterminação não representava apenas um domínio anônimo de leis submetidas ao imperativo da garantia de liberdades individuais negativas. Era necessário a participação do indivíduo na elaboração dessas leis

Nesse sentido, o teórico de Genebra não se preocupa com o preceito de repressão ao poder, de defesa do homem contra o Estado. O problema do poder para ele é entregá-lo ao seu titular legítimo: o povo. A doutrina rousseaniana, portanto, consiste precisamente na integração da liberdade com o poder.

Assim, a democracia na Modernidade se justifica pela submissão do poder político soberano a esfera da liberdade individual dos indivíduos, a qual deve ser a maior possível (pois era ilimitada no estado natural), bem como pela participação popular no exercício da soberania, única forma capaz de conceder de volta aos indivíduos os direitos que já possuíam no estado pré-societário.

1.5. A visão habermasiana

Pelo exposto, pode-se afirmar que o que vai diferenciar os sistemas políticos é a proporcionalidade estabelecida entre o poder soberano e os poderes individuais. Isso porque a liberdade moderna também se efetiva através do exercício

²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. p.127.

da soberania, ou seja, a autonomia também é realizada na participação do sujeito na elaboração das leis, e não somente através da garantia de espaços livres de ação, de liberdades individuais. Nesse sentido se estabelece na Modernidade uma tensão (concorrência) clara entre as duas dimensões de autonomia apresentadas: pública e privada, representadas respectivamente pela soberania popular e pelos direitos humanos, subjetivos e individuais. Isso porque os direitos subjetivos impõem um limite à soberania popular, que a princípio não deveria ser limitada. Por outro lado, se a soberania popular não é limitada, desaparece a noção de direitos humanos anteriores a ela e aos quais deve respeito.

Tal tensão, na compreensão de Habermas, não pode ser adequadamente estabilizada por meio da concepção de liberdade dos modernos, visto que é advinda de uma filosofia da consciência, cujo paradigma não permite enxergar a estrutura intersubjetiva dos direitos e da autolesgilação, somente explicitada por uma racionalidade comunicativa (intersubjetiva) e não pela razão prática da Modernidade²⁹. Sob o prisma da intersubjetividade, a proposta de democracia habermasiana consiste em estabilizar essa tensão estabelecendo uma relação de co-originariedade entre soberania popular e direitos humanos, na qual não há a primazia de nenhum sobre o outro, ou seja, na qual ambos se pressupõe mutuamente. O princípio democrático, para Habermas, é justamente a institucionalização jurídica do princípio do discurso. Portanto, necessário compreender a categoria do direito pela visão habermasiana antes de explicitar como ocorre a estabilização entre soberania do povo e direitos humanos.

²⁹ A razão prática da Modernidade mantém a distinção entre direito natural e positivo, com a subordinação daquele a este. Como o direito natural é fundamentado pela Moral, isso significa que na modernidade caracteriza-se também uma subordinação do Direito à Moral. Essa construção teórica será reformulada por Habermas, visto que com ela não é possível conciliar direitos humanos (direitos naturais fundamentados moralmente) com a soberania popular (que se evidencia em decorrência da positivação do direito).

2. A compreensão da categoria do Direito em Habermas

Para se entender em que contexto é proposto o princípio do discurso como fundamento da organização democrática é necessário entender como Habermas interpreta o processo de modernização das sociedades ocidentais e por conseguinte a categoria do Direito na Modernidade. Isso porque é através da forma jurídica que o princípio do discurso irá se transformar em princípio democrático. Nesse sentido, é através do *medium* do Direito que a democracia poderá ser efetivada.

Habermas utiliza o método denominado reconstrutivo para formular sua teoria da sociedade, dentro da qual irá conceber o Direito. Ele procura entender o que torna possível a manutenção de uma ordem social, ou seja, como se dá a integração social, que para ele é possibilitada por uma tensão entre faticidade e validade, operando com o binômio *factual/contrafactual*. Esse método se utilizará de três passos categoriais (mundo da vida, instituições arcaicas e sociedade secularizada) antes de chegar à categoria do Direito¹.

Nessa caminhada Habermas quer explicitar, por meio do conceito de agir comunicativo (orientado pelo entendimento), como a tensão entre faticidade e validade, inerente à linguagem, é conectada com a integração de indivíduos

¹ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 2ªed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 124.

socializados comunicativamente² e, conseqüentemente, como se dá a relação entre a ação comunicativa e o Direito.

2.1. O Agir Comunicativo como fonte de integração social

2.1.1. A integração social e o agir comunicativo

A integração social é caracterizada pelo engate das diversas perspectivas de ação de modo que tais perspectivas possam ser canalizadas, resumidas em ações comuns, o que possibilita o surgimento de uma ordem social, uma vez que essa canalização reduz as alternativas de ação a uma medida comum que passa a estabilizar o risco de dissenso³. Conforme explicita Habermas:

“toda integração social não violenta pode ser entendida como a solução do seguinte problema: como é possível coordenar entre si os planos de ação de vários atores, de tal modo que as ações de um partido possam ser ‘engatadas’ nas do outro?”⁴

A estrutura da integração social em que o entendimento, sobre um pano de fundo factualmente consensual, produz o engate das perspectivas de ação nem sempre ocorre. Assim, à medida que o contrafactual se instala, surge a necessidade de se fundamentar racionalmente nossas pretensões, ficando explicitada a tensão entre o que já é factualmente válido e o que se quer validar, ou em outras palavras, entre faticidade e validade. O consenso factual é colocado em questão pelas pretensões de validade e a linguagem passa a ser fonte da integração social na medida em que a interação é lingüisticamente mediada.

² MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*, p. 122.

³ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*, p. 122.

⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, t. I, p. 36.

O agir comunicativo vem a ser a disponibilidade que existe entre falantes e ouvintes a estabelecer um entendimento que surge de um consenso sobre algo no mundo⁵. Conforme Habermas, isso ocorre quando:

“os participantes suspendem o enfoque objetivador de um observador e de um agente interessado imediatamente no próprio sucesso e passam a adotar o enfoque performativo de um falante que deseja entender-se sobre algo no mundo”.⁶

2.1.2. O mundo da vida

O mundo vivido é o lugar das relações sociais espontâneas, das certezas pré-reflexivas, dos vínculos que nunca foram postos em dúvida. No mundo da vida, nossas ações movem-se na base de entendimentos que se formam em um horizonte de sentido não problemático⁷. Esse horizonte de sentido comum age como um maciço pano de fundo consensual que fornece imediatamente um padrão de interpretação espontâneo, constituído por um saber chamado por Habermas de pré-categorial, que é inquestionável, irreflexo, natural, absoluto, não falível e não falsificável.

Esse saber, no entanto, perde essa dimensão de fonte inatacável no momento em que é chamado a confrontar-se com as pretensões de validade, passando a não ser mais suficiente para gerar um consenso integrador da ordem social. No entanto, por ser um saber irreflexo o risco de dissenso é bastante pequeno e esse pano de fundo consensual, fonte imediata para o mundo da vida, apresenta surpreendente estabilidade. Aqui, portanto, faticidade e validade se confundem, são indissolúveis. Conforme explica Habermas, “na própria dimensão da

⁵MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*, p. 123

⁶HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre faticidade e validade*, t. I, p. 36.

validade é extinto o momento contrafactual de uma idealização [...] ao mesmo tempo permanece intacta a dimensão da qual o saber implícito extrai a força de convicções”⁸.

Aqui, portanto, o agir comunicativo está embutido nos próprios contextos do mundo da vida e a integração por meio da ação orientada pelo entendimento (agir comunicativo) se dá numa dimensão não problematizada, irreflexa. Isso porque o mundo da vida vai constituir o substrato para as situações de fala e ao mesmo tempo fornecer sua base de validade, evidenciando a identidade entre faticidade e validade.

2.1.3. As instituições arcaicas

Nas instituições arcaicas, o saber disponível, também formado pela fusão entre faticidade e validade mediado pelo agir comunicativo, é realizado através de tabus. A sedimentação das relações sociais é realizada pela força das tradições. A ligação realizada pela tradição entre a autoridade e o sagrado tem a função primordial de guardar essa ligação de possíveis problematizações e assim efetuar-se enquanto poder factual.⁹

No mundo da vida e nas instituições arcaicas validade e faticidade não se dissociam, ou seja:

“... a validade mantém a força do fático, seja na figura de certezas do mundo da vida, subtraídas à comunicação, por permanecerem em segundo plano, seja na figura de convicções disponíveis comunicativamente, as quais dirigem o comportamento, porém sob os limites impostos à comunicação por uma autoridade fascinosa, ficando, pois, subtraídas à problematização.”¹⁰

⁷ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*, p. 126.

⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. t. I, p. 41-42.

⁹ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*, p. 128.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre faticidade e validade*. t. I, p. 44.

Até aqui a validade confunde-se com o fático: o entendimento não refletido no primeiro e o mito no segundo, que representam a fonte das certezas não problematizáveis. Assim, as prescrições de conduta surgem da factualidade.¹¹

2.1.4. As sociedades secularizadas

Nas sociedades secularizadas (profanizadas), pós-metafísicas, não é mais possível a integração social se orientar através do recurso a um pano de fundo consensual da tradição ou uma ordem sacra, que rege a sociedade pelo fascínio ou pelo medo. Isso gera uma tendência ao dissenso, na medida em que não se consegue responder à pergunta pela base de validade dessa integração, visto que a validade não está mais acoplada ao fático, gerando uma dificuldade de se canalizar as tomadas de posição entre alternativas possíveis.

O que chama a atenção nesse momento é que a separação entre faticidade e validade, na perspectiva daqueles que agem, vem a formar, por conseguinte, duas dimensões que se excluem mutuamente, a saber, a dimensão que se guia pela busca instrumental de sucesso em suas ações e a dimensão do entendimento comunicativamente alcançado. Nessa etapa o agir comunicativo é liberado das amarras institucionais, ampliando os espaços de opção, o que implica uma intensificação das esferas do agir orientado pelo interesse do sucesso individual (agir estratégico).

Aqui está o nó da questão: mesmo aquele que age estrategicamente precisa situar sua ação em um contexto de validade, isto é, a ação estratégica recebe limites da factualidade que apontam para uma dimensão intersubjetiva para

obter a força do fático, caso contrário, essa ação não teria eficácia.¹² Assim, Habermas sustenta que complexos de interação não se estabilizam apenas através da influência recíproca de atores orientados pelo sucesso, então a sociedade tem que ser integrada, em última instância, através do agir comunicativo.

Nesse contexto se situa a moderna categoria do direito, onde se depositará modernamente a força da integração social (não mais em instituições arcaicas ou em um mundo vivido). A ação estratégica em busca de interesses privados, concedida na fórmula dos direitos subjetivos individuais que garantem espaços de exercício livre da vontade, necessita do apelo a pretensões de validade reconhecidas intersubjetivamente (direito objetivo), problema resolvido pelo “sistema de direitos que prevê as liberdades subjetivas de ação com a coação do Direito objetivo”¹³.

2.2. O Direito

Assim, o processo de modernização da civilização ocidental corresponde ao processo de racionalização do mundo vivido, em que se separa a faticidade da validade. Essa racionalização do mundo vivido, à medida que libera a vida humana de tradições culturais não problematizadas que a regem, vai provocar a introdução de novos mecanismos de integração social (o que Habermas denomina de sistema), contexto em que surge o direito moderno.

¹¹ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*, p. 130.

¹² MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*, p. 132-133.

2.2.1. O direito como desconexão entre sistema e mundo da vida

Na Modernidade, destacam-se campos de ação formalmente organizados, isto é, regidos por leis positivas, como a economia e a administração estatal, onde a sociabilidade não se gestará mais a partir de normas tradicionalmente transmitidas e partilhadas. Isso quer dizer que a coordenação das ações dos sujeitos não ocorrerá mais através de processos de entendimento, mas predominantemente de valores instrumentais, como dinheiro, para a economia, e poder, para a administração estatal.

No entanto, esses mecanismos de ação, que dispensam o entendimento pela atuação de valores instrumentais, vinculam-se ao mundo vivido através do direito. Assim, todo processo de modernização vai significar, de certo modo, uma substituição da ética pelo direito, no processo de regulação das ações sociais. A modernização da sociedade significa então o processo de marginalização da ação comunicativa¹⁴ e a constituição de contextos de ação regrados pelo direito positivo, à medida que as instituições primárias das sociedades tradicionais são substituídas nas sociedades modernas por instituições jurídicas.¹⁵

É justamente essa contradição, entre esses dois princípios de integração da sociedade, quais sejam, sistemas de ação instrumental e mundo vivido, ações orientadas pelo sucesso e ações orientadas pelo entendimento, sistêmico e ético etc., que Habermas, a partir do paradigma pragmático-universal e por conseguinte da racionalidade intersubjetiva, vai tentar estabilizar e interligar, superando e não

¹³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre faticidade e validade*. t. I, p. 47.

¹⁴ Quanto mais complexos se tornam os sistemas sociais, tanto mais provinciano se torna o mundo da vida, ou seja, o processo de diferenciação sistêmica tem por consequência o retraimento do mundo vivido. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. t. I, p. 40.

¹⁵ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e Racionalidade Moderna*. São Paulo: Loyola, 1993, ps. 14-17.

aceitando a concepção moderna da filosofia do direito formulada no modelo solipsista dos direitos subjetivos, que não considera o entendimento mútuo comunicativamente alcançado para a integração social.

2.2.3. Direito e Moral

No mesmo sentido em que há uma desconexão entre sistema e mundo da vida, há um desatrelamento entre Direito e Moral, sendo ocupado o mundo sistêmico pela categoria do Direito.

Nas sociedades pré-modernas, a Moral atrelada ao Direito, fundados numa ordem natural, tradicional ou sagrada, forneciam conjuntamente os moldes da sociabilidade. Na Modernidade o mesmo não ocorre, visto que a Moral moderna, com Kant, é a da consciência autônoma, da subjetividade, não se subordina a fontes externas (moral pós-convencional¹⁶) como a tradição e o sagrado, o que faz com que se interprete a sociabilidade não como algo dado, mas como algo construído pelo homem.

¹⁶ FREITAG, Bárbara. *Os itinerários de Antígona: A questão da moralidade*. Campinas: Papyrus, 1992, p. 203: "Em sua formulação da teoria dos seis estágios morais, Kohlberg distingue três grandes níveis de moralidade: o pré-convencional, o convencional e o pós-convencional. No nível pré-convencional, são diferenciados dois estágios: o estágio 1 (moralidade heterônoma) e o estágio 2 (individualismo, intenção instrumental e troca). Neste nível a criança é sensível às regras sociais, distingue o bem e o mal, o certo e o errado, mas interpreta essas caracterizações ou como conseqüências físicas ou hedonísticas da ação (punição, recompensa, troca de favores), ou como poder físico dos que formulam as leis e definem o bem, o mal, o certo, o errado. No nível convencional, Kohlberg diferencia o estágio 3 (expectativas interpessoais, relações e conformidade interpessoal) e estágio 4 (sistema social e consciência). Neste nível é considerado valioso em si preservar as expectativas da família, do grupo ou da nação a que pertence o sujeito. Trata-se não da conformidade mas da lealdade para com as expectativas pessoais e ordem social. Trata-se de preservar, apoiar e justificar essa ordem, identificando-se com as pessoas e os grupos que a compõem. No nível pós-convencional ou nível regulado por princípios, são distinguidos os estágios 5 (contrato social ou utilidade e direitos individuais) e 6 (princípios éticos universais). Neste nível, há o esforço visível de definir valores e princípios morais que tenham validade independentemente da autoridade de grupos ou pessoas que os sustentem e independentemente de identificação do sujeito com as pessoas do grupo". Para Habermas, o aspecto da racionalização do Direito reflete a mesma seqüência que a psicologia evolutiva de Lawrence Kohlberg caracterizou para a ontogênese da

A moralidade, na Modernidade, estará desvinculada de sua institucionalização, de sua exteriorização, ficando portanto centrada as determinações internas do comportamento¹⁷, enquanto que o sistema social será moldado pelo Direito, que se transforma em poder externo, imposto de fora, necessitando de fundamentação, posto não ser mais dado pelo sagrado ou pela tradição.

É justamente pela necessidade de fundamentação racional (legitimação) que o Direito moderno se liga à Moral e a legitimação do Direito na Modernidade, como visto, é dada pelos institutos dos direitos humanos e da soberania popular. São precisamente tais instâncias que garantem a simbiose entre o sistema jurídico eticamente neutro e a moralidade.

2.2.4. Dimensões da validade do direito

Para Kant, interpreta Habermas, a relação ente faticidade e validade, estabilizada na validade jurídica, apresenta-se como uma relação entre coerção e liberdade¹⁸, fundada pelo direito e entendida por meio do conceito de legalidade. As leis, para Kant, podem ser seguidas tão-somente por respeito a elas mesmas e, nesse sentido, seu reconhecimento se dá por uma ação heterônoma, isto é, por respeito, *strictu sensu*, à legalidade; ou, ainda, elas podem ser seguidas por simples respeito, ou seja, por uma ação autônoma que respeita a lei por dever. Aí está o duplo aspecto da validade do Direito: as normas jurídicas podem ser seguidas por

consciência moral, acima exposta. Em MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*, p.28.

¹⁷ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*, p. 42.

¹⁸ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*, p. 136.

serem faticamente válidas (coerção – ação heterônoma) ou por serem legítimas (liberdade – ação autônoma).

Assim, a validade social ou fática é medida pela eficácia das normas, enquanto que a legitimidade é medida pela aceitabilidade racional das normas. Sob o prisma da teoria da ação habermasiana, isso significa que o membro da comunidade jurídica pode adotar um duplo enfoque em relação à norma jurídica: um objetivador e outro performativo, correspondentes respectivos para a coerção e liberdade kantianos.¹⁹

O membro da comunidade jurídica que adota o enfoque objetivador age estrategicamente, orientado pelo sucesso de suas ações. A norma jurídica é para ele, portanto, um obstáculo, um fato social que limita seu arbítrio. Por outro lado, quem age no enfoque performativo se guia por um entendimento comunicativamente gestado. A norma jurídica é a garante de sua liberdade e tem um sentido deontológico para a ação. Essas duas dimensões da validade jurídica implicam a exigência racional de legitimação para o Direito.

2.3. O agir comunicativo através do Direito como fonte de integração social

Na Modernidade, que se utiliza de uma moral pós-convencional (autônoma), temos a questão da fundamentação do Direito a partir da separação entre faticidade e validade da integração social, o que aponta para duas dimensões da validade jurídica: validade fática, social e validade racional (legitimação). Na Modernidade, portanto, posto o direito estar desatrelado da moral e de fundamentações metafísicas, a faticidade de sua positivação exige sua validade, ou

¹⁹ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*, ps. 137-139.

seja, sua fundamentação racional. Houve um deslocamento da questão, uma vez que esta se encontraria agora em uma nova ética desacoplada das visões tradicionais de mundo.

O direito, que na Modernidade assume o fardo da integração social, retirando-o da esfera do agir comunicativo, não pode se justificar apenas pela liberação das ações orientadas pelo sucesso próprio (espaços individuais de livre arbítrio), através de uma eticidade neutra. A faticidade de sua regulação, ou melhor, sua positivação, apela para a cooperação, para o entendimento. Nesse sentido, o direito deve institucionalizar o agir comunicativo reflexivo, racional, fazendo *jus* às duas formas de ação contraditórias (orientada pelo sucesso próprio e pelo entendimento mútuo) por meio de uma regulamentação intersubjetiva.

Assim, podemos dizer que a pergunta pela legitimidade da legalidade, ou seja, pela fundamentação racional da base de validade do Direito, explicita a tensão entre faticidade e validade, bem como coloca o problema do nexo interno ente a soberania popular (exige o entendimento mútuo) e os direitos subjetivos ou direitos humanos (permitem o agir orientado pelo interesse privado), e, portanto, entre autonomia pública e privada. É tese de Habermas que esse nexo interno e essa problemática só podem ser equacionados através de uma racionalidade intersubjetiva ou comunicativa, com o que se deixa para trás essa tradição metafísica e subjetivista do Direito, ou seja, só através de uma concepção intersubjetiva ou comunicativa do Direito que leve em conta o agir comunicativo, orientado pelo entendimento, com fonte de integração social.

3. Fundamentação do Direito e da Democracia e o princípio do discurso.

Para Habermas, o princípio da democracia é concebido como a institucionalização jurídica do princípio do discurso. Por conseguinte, é através do princípio do discurso que o nosso autor propõe uma solução para os limites das respostas, aqui expostas¹, apresentadas pela tradição para a legitimidade do Direito e portanto para a fundamentação da democracia. Pela teoria discursiva Habermas irá fundamentar a normatividade jurídica, em que se efetiva o princípio democrático.

Com o princípio do discurso, e a forma democrática por ele assumida, Habermas busca radicalmente a implementação da liberdade, da autonomia. Não a liberdade e a autonomia modernas, mas a liberdade como fusão da liberdade antiga, coletiva e da liberdade moderna, individual, assim como a autonomia como fusão da autonomia política, pública e da autonomia individual, privada. No mesmo sentido a teoria habermasiana, apontando para a fundamentação discursiva da norma jurídica, alicerçada numa filosofia de cunho pragmático-universal, busca o nexos entre as dimensões da validade jurídica: coerção e liberdade (direito objetivo e subjetivo), conforme Kant, ou enfoque objetivador (ação orientada pelo sucesso) e performativo (agir orientado pelo entendimento), segundo o próprio Habermas, ou ainda em outras palavras, validade fática e legitimidade. Mostrar o nexos, o ponto de ligação, entre essas duas dimensões, expostas em diversas perspectivas, é o propósito

¹ Vide primeiro capítulo.

maior da teoria discursiva do direito ao fundamentar uma forma democrática que se efetiva através de um sistema de direitos.

Somente com a adoção de um novo paradigma, o da intersubjetividade (no qual é gerado o princípio do discurso), será possível para Habermas explicar o surgimento da legitimidade a partir da legalidade e colocar o Direito como fonte primária (e não só sistêmica) de integração social. Fundamentado na racionalidade intersubjetiva ou comunicativa será possível formular um modelo democrático que implique iguais direitos de participação e comunicação para uma formação da vontade política na qual a única coerção é a do argumento mais racional.

Nesse contexto, convém destacar que o projeto de uma teoria discursiva do direito assume perspectivas diferentes das até então apresentadas. Primeiro ele é fundamentado pela razão comunicativa, que substitui a razão prática. Aquela apresenta uma normatividade mediata ou indireta, ao contrário desta, que é informativa para a ação. Segundo, posto a razão comunicativa não ser imediatamente prática, o Direito vai apresentar uma validade falível, que consegue estabilizar a tensão entre soberania popular e direitos humanos, o que se dará através do processo legislativo. Terceiro, a racionalidade intersubjetiva aponta para uma co-originariedade entre Direito e moral, excluindo qualquer aspecto de subordinação entre eles. Isso significa que o princípio do discurso é deontologicamente neutro e portanto recusa a subordinação do Direito Positivo ao Natural². Por fim, resta explicitar o modelo normativo de democracia que advém da teoria discursiva do Direito e relacioná-lo com os paradigmas liberal e social de Estado.

² MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*, 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 155-157.

3.1. Da razão prática à razão comunicativa

A razão clássica mostra que o homem, como os demais seres, é um ser em parte submetido às relações necessárias de causa e efeito da Natureza, ou seja, às leis naturais de causalidade, nas quais não há lugar para escolhas livres. No entanto, o ser humano pode transcender o reino da causalidade, visto que pode determinar racionalmente sua vontade e agir conforme fins. Esse reino ético da liberdade, essa outra realidade, é objeto da razão prática.

A razão, através das idéias, legisla tanto para a natureza (razão teórica) quanto para a liberdade (razão prática)³. Enquanto que a idéia na razão teórica é o resultado do processo de conhecimento, na razão prática ela é um fim e adquire uma especificidade: é princípio de ação, ou seja, é normativa para o agir.

A filosofia transcendental da subjetividade defende que a idéia da razão prática não advém de uma realidade exterior, em si (metafísica), captável pela razão, mas que ela é produzido a partir do próprio sujeito, da consciência (subjetividade) humana em geral. Por isso, Kant procura mostrar que todo ser dotado de razão tem capacidade moral e não necessita de nenhum código ditado pelos filósofos para conhecer a lei moral e decidir-se pelo bem ou pelo mal, cumprindo-a ou não. Nesse sentido é que se pode dizer que a Modernidade inventou a razão prática como faculdade subjetiva⁴.

Dessa forma, Habermas interpreta que a filosofia prática, partindo da premissa solipsista de um sujeito individual que pensa o mundo e a história a partir de si mesmo, produz uma razão (prática) que serve de guia para a ação do

³ Kant recrimina Platão (metafísica) por ter estendido o conceito de idéia às coisas da natureza, que é o reino da causalidade necessária. A idéia como fim só é possível na obra humana. Cf. SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Kant*. 2ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995, p. 138.

⁴ SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça em Kant*, 2ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995, p. 146.

indivíduo, oferecendo-lhe uma orientação normativa para sua ação, cabendo ao Direito Natural, por sua vez, a institucionalização dessa ação em termos sócio-políticos.⁵

No entanto, após a implosão da razão prática pela filosofia do sujeito, não temos mais condições de fundamentar os seus conteúdos na teleologia da história, na constituição do homem ou no fundo casual de tradições bem-sucedidas. Para não cair num ceticismo normativo Habermas propõe a substituição da razão prática pela comunicativa.

Essa proposta encontra suporte na reviravolta lingüístico-pragmática⁶, a qual coloca a linguagem como condição possibilitadora e limitadora do conhecimento. Por conseguinte, é justamente através de *medium* lingüístico que a razão comunicativa se distingue da razão prática.

Nesse sentido a razão comunicativa vai tematizar os pressupostos universais pragmáticos da ação comunicativa, ou seja, da ação orientada pelo entendimento, visto que no ato de linguagem buscamos o entendimento com alguém sobre algo no mundo. Como na busca desse entendimento adotamos um enfoque performativo (pragmático), ou seja, uma performance, certos pressupostos devem ser aceitos. Qualquer um que utilize de uma linguagem natural, portanto, a fim de

⁵ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*, p.107-108.

⁶ "O processo de reflexividade iniciado com a pergunta transcendental moderna desembocou, hoje, na pergunta pela linguagem como instância intrascendível da expressividade do mundo. A reviravolta lingüística do pensamento filosófico do século XX se centraliza, então, na tese fundamental de que é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que esta é o momento necessário constitutivo de todo e qualquer saber humano, de tal modo que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige reflexão sobre sua infra-estrutura lingüística. É nesse sentido que Apel vai dizer que a Filosofia Primeira não é mais a pesquisa a respeito da natureza ou das essências das coisas ou dos entes (ontologia), nem tampouco a reflexão sobre as representações ou conceitos da consciência ou da razão (teoria do conhecimento), mas reflexão sobre a significação ou o sentido das expressões lingüísticas (análise da linguagem)." Cf. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2001, p. 13.

entender-se com um destinatário sobre algo no mundo, vê-se obrigado a adotar esse enfoque performativo e a aceitar determinados pressupostos.

Tais pressupostos dizem respeito às seguintes pretensões de validade: o falante tem de expressar-se de modo a se fazer compreender; sua comunicação se faz através de conteúdo proposicional verdadeiro, isto é, ele dá a entender algo; suas intenções são expressas verazmente de modo que se firme um entendimento a partir do que é comunicado; e sua manifestação tem que ser correta para que seja possível o entendimento.

Portanto, ao contrário da razão prática, a razão comunicativa não oferece modelos para a ação, não é informativa nem imediatamente prática. Ela constitui-se apenas como condição possibilitadora e, ao mesmo tempo, limitadora do entendimento. A razão prática parte de uma orientação vinculante para o agir, ao passo que na razão comunicativa o agir é orientado para o entendimento, pois, tendo a linguagem como *medium*, o entendimento lhe é acoplado.

A especificidade da razão comunicativa, como Habermas a entende, é que ela é, ao mesmo tempo, imanente, isto é, só encontrável em contextos concretos dos jogos de linguagem e instituições da vida humana, mas, por outro lado, é universal, ou seja, é igualmente uma “idéia regulativa”, na qual nos orientamos, quando criticamos nossa vida histórica⁷. Isso quer dizer que ela interliga incondicionalidade/faticidade, universalidade/particularidade, necessidade/contigência.

Dessa forma, é justamente a recusa ao caráter normativo da razão prática que permitirá a formulação de um teoria do direito que abandone a relação de subordinação do Direito à Moral, conseqüentemente do Direito Positivo ao Direito

⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta Lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. p. 347.

Natural. Também somente com uma razão procedimental, que funda um procedimento que permite um equilíbrio entre Direito e Moral, é possível conciliar de forma adequada as duas dimensões da autonomia apresentadas pela Modernidade: pública e privada.

3.2. *Autonomia privada e pública: direitos humanos e democracia*

Ao tempo em que supera a tradição metafísico-religiosa, predominante desde a Antigüidade até o fim da Idade Média, a filosofia do sujeito na Modernidade inventa o conceito de razão prática como faculdade subjetiva⁸.

Isso quer dizer, como já explicitado, que o *a priori* do conhecimento e do agir humanos não é mais uma ordem natural ou sagrada, mas a consciência humana em geral. Conseqüentemente, "a filosofia prática da Modernidade parte da idéia de que os indivíduos pertencem à sociedade como os membros a uma coletividade ou como as partes a um todo que se constitui através da ligação de suas partes"⁹. Para a Modernidade não é a coletividade que antecede o indivíduo, mas o indivíduo que antecede a coletividade, que portanto é construção sua. Dessa forma, a questão central da filosofia política não é mais em que termos o cidadão serve à comunidade política, mas como a sociedade serve ao indivíduo, ou melhor, como se dá a constituição política da coletividade (a fim de que ela assegure a liberdade que o indivíduo gozava antes do estado societário).

⁸HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, t. I, p. 17.

⁹HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. t. I, p. 17.

Nesse sentido, é somente dentro da filosofia moderna da consciência que se pode falar em liberdade individual, oponível à organização política. Nesse contexto, portanto, é que surge a noção de autonomia do indivíduo.¹⁰

A postulação moderna da impossibilidade do conhecimento metafísico-ontológico desarticula o normativismo do direito racional, que, como afirma Habermas se perde num trilema, pois "após a implosão da figura da razão prática pela filosofia do sujeito, não temos mais condições de fundamentar os seus conteúdos na teleologia da história, na constituição do homem ou no fundo casual de tradições bem-sucedidas"¹¹.

Sendo assim, qual é a fonte pós-metafísica ou pós-tradicional de fundamentação do direito? Ora, o direito terá que preservar a principal idéia político-filosófica pós-clássica: a autonomia individual, corolário da moral pós-convencional da consciência, característica da filosofia do sujeito e da razão prática como faculdade subjetiva. Isso será feito no modelo estrutural dos direitos subjetivos. Fundamentado, portanto, na autonomia moral do indivíduo, o conceito de direito subjetivo desempenha papel central na moderna compreensão do Direito.

Conforme explicita Habermas:

"ele [conceito de direito subjetivo] corresponde ao conceito de liberdade de ação subjetiva (rights) e estabelece os limites no interior dos quais um sujeito está justificado a empregar livremente sua vontade e eles definem liberdade de ação iguais para todos os indivíduos ou pessoas jurídicas, tidas como portadoras de direitos."¹²

Foi nesse horizonte que Kant formulou seu princípio geral do direito, segundo o qual toda opção é eqüitativa quando sua máxima permite uma

¹⁰ Compreendida como espaço em que o agir é livre de coações externas.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. t. I, p. 19.

¹² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. t. I, p. 113.

convivência entre a liberdade de arbítrio de cada um e a liberdade de todos, conforme uma lei geral. Em tal princípio baseia-se o artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789:

"A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica a um outro. O exercício dos direitos naturais de um homem só tem como limites os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo de iguais direitos. Esses limites só podem ser estabelecidos através de leis".

O direito subjetivo, como exposto, garante aos indivíduos um espaço de livre ação, no qual se pode exercer livremente a vontade (exercício da autonomia privada). Esses domínios de exercício livre da vontade são portanto neutralizados do ponto de vista ético, já que são estabelecidos por leis gerais e abstratas que explicitam a idéia de igual tratamento, de que todos têm os mesmos direitos. Por isso afirma Habermas que "o direito moderno tira dos indivíduos o fardo das normas morais e os transfere para as leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação".¹³

Liberados do ponto de vista ético, os sujeitos singulares agem orientados pelo sucesso próprio. Como já exposto, nessa perspectiva (de observador) a norma jurídica não é encarada como norma racionalmente fundamentada mas como um obstáculo fático limitador do campo de ação, do agir estratégico.

No entanto, o estabelecimento dos espaços livres de ação (direitos subjetivos) e conseqüentemente a liberalização da eticidade tradicional (moral metafísico-religiosa) somente é possível através do direito positivo, portanto, do direito objetivo. Este, por sua vez, é produzido através do entendimento de sujeitos que agem comunicativamente, de uma perspectiva de participante, informativa, isto é, através da aceitabilidade de pretensões de validade. Para a perspectiva do direito

¹³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. t. I, p. 114.

objetivo, a legitimidade (portanto a preservação da autonomia individual pública) se dá através de um processo legislativo que se apoia no princípio da soberania do povo, o qual garante a participação do indivíduo na formação da vontade política.

Nesses termos há um enfrentamento entre soberania popular, que resguarda a autonomia do ponto de vista objetivo, político, e direitos humanos que resguarda a autonomia do ponto de vista subjetivo, privado. Há então um nexo problemático entre as liberdades subjetivas e a autonomia do cidadão.

Conforme explica Habermas, a doutrina do direito subjetivo começa quando os direitos morais subjetivos se tomam indiferentes, pretendo uma legitimidade maior que a do processo de legislação política.¹⁴ Para Savigny, o direito subjetivo garante "uma região de dominação independente"¹⁵, sendo legítimo por si mesmo. Assim, "a autonomia privada é garantida, nessa esfera colocada sob a proteção do direito, principalmente através do direito de fechar contratos, de adquirir, herdar ou alienar propriedade"¹⁶.

O século XIX, no entanto, acentua a outra face do direito; sua perspectiva objetiva. Depois que a teoria moral Kantiana perde força e se desfaz o vínculo entre a vontade autônoma de pessoa e a liberdade de arbítrio, os direitos subjetivos não conseguem mais se sustentarem por si próprios. Eles passam a ser concebidos como reflexo do direito objetivo, da ordem jurídica, que traduz uma vontade, ou um poder de vontade nela incorporado.

O positivismo jurídico toma corpo e atinge seu ápice em Hans Kelsen, que finalmente "determina o direito subjetivo em geral como interesse protegido, objetiva e juridicamente, e como liberdade de arbítrio, assegurado objetivo, e

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. t. I, p. 121.

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. t. I, p. 116.

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. t. I, p. 117.

juridicamente"¹⁷. No entanto, pensando o médium jurídico sem se referir à moral, o positivismo não pôde dar contribuição em relação à questão filosófica da legitimidade do direito.

Depois da II Guerra Mundial, com o destronamento do Direito Positivo, o jusnaturalismo tenta recobrar forças e restaurar o antigo nexos entre moral e direito (fundamentação moral da autonomia privada através de direitos subjetivos), mas não convence durante muito tempo. A estrutura intersubjetiva do direito já aparece de forma mais consistente e com maior importância para o problema da legitimidade.

Como visto, temos por um lado que a subordinação do direito objetivo ao subjetivo (quando os direitos morais subjetivos se tornam independentes) implica uma legitimação do direito subjetivo maior do que a do processo legislativo; por outro temos que a subordinação do direito subjetivo ao objetivo, nos termos de um positivismo jurídico, faz com que a legitimidade do direito objetivo se engate na legalidade vazia de uma dominação política contingencial. Em outras palavras, o direito subjetivo, enquanto moral autônoma do sujeito individual, limita o exercício da soberania popular. Esta, como moral autônoma de um macro sujeito, quando predominante não conserva o conteúdo moral independente dos direitos subjetivos.¹⁸

Essa interligação, na forma de uma concorrência não confessada, pode ser vista na filosofia Kantiana. Kant percebe que os direitos humanos (a iguais liberdades subjetivas de ação) precisam assumir uma figura positiva, ou seja, precisam se constituir em um sistema de direitos, o que somente pode ocorrer na forma de leis públicas¹⁹, que obtêm legitimidade por meio de um processo democrático fundado na soberania do povo. Através da necessidade de positivação,

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. t. I, p. 118.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. t. I, p. 121-122.

os direitos humanos, fundamentados no princípio da moral, interligam-se ao princípio da soberania do povo. A autonomia privada dos indivíduos necessita da autonomia política dos cidadãos, as duas se tocam por intermédio do direito positivo desacoplado da fundamentação metafísica ou religiosa.

É nesse sentido que Habermas afirma que "o princípio do direito parece realizar uma mediação entre o princípio da moral (direitos humanos) e o da democracia (soberania popular)"²⁰. Mas salienta que não está claro como esses dois princípios se comportam reciprocamente, pois em Kant e em Rousseau há uma relação de concorrência não confessada entre ambos.

Para melhor explicitar essa relação de oposição convém mostrar como as tradições políticas surgidas nos Estados Unidos e caracterizadas como liberais e republicanas interpretam os direitos humanos e a soberania do povo. Os liberais concebem aqueles como expressão de uma autodeterminação moral, enquanto que os republicanos entendem esta como expressão de uma auto-realização ética²¹.

Assim, os liberais postulam primazia dos direitos humanos sobre a soberania popular. Evocando o perigo de uma tirania da maioria, eles defendem que a vontade soberana do legislador político deve ser limitada pelas liberdades individuais, as quais são pré-políticas e decorrem de um estado de natureza fictício. Os republicanos, por outro lado, entendem que os direitos humanos não podem valer independente da vontade soberana do povo, mas deve ser um produto da mesma, dando destaque ao valor da auto-organização dos cidadãos.

Kant e Rousseau não estabelecem tal oposição entre esses dois princípios. Ao contrário, intentam com que eles sejam interpretados mutuamente, fazendo ambos derivarem do conceito de autonomia. Como não obtiveram êxito, no

¹⁹ Daí a característica do direito moderno; legal, formal e positivo.

²⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. t. I, p. 127.

olhar de Habermas, em estabelecer o meio derivado entre os dois, acabaram por terminar tendendo mais para um ou outro lado. Kant se aproximou do modelo liberal e Rousseau do republicano.²²

Para Kant, o sistema de direitos que estabelece iguais liberdades subjetivas de ação é irrenunciável e se legitima por si, ou seja, antes mesmo de se expressar por meio de leis públicas. Sua legitimação deriva do princípio moral e independe da autonomia política dos cidadãos. Entretanto, Kant não enxergou nos direitos subjetivos um limiete ao exercício da soberania popular:

"Kant não interpretou a ligação da soberania popular aos direitos humanos como restrição, porque ele partiu do princípio de que ninguém, no exercício de sua autonomia como cidadão, poderia dar adesão a leis que pecam contra sua autonomia privada garantida pelo direito natural"²³.

Por outro lado, para Rousseau os direitos humanos, em relação à soberania popular, estão *a fortiori* e não *a priori* como queria Kant. No entendimento de Rousseau, " como a vontade soberano do povo se exprime na linguagem de leis abstratas e gerais, está inscrito naturalmente nela o direito a iguais liberdade subjetivas"²⁴, que é a síntese dos direitos humanos. No entanto, a crítica Habermasiana é contundente: "a forma gramatical de mandamentos universais nada diz sobre sua validade"²⁵, portanto sobre sua fundamentação moral.

Em suma, a filosofia política moderna, exposta aqui através alguns de seus expoentes (Kant e Rosseau), não consegue formular uma proposta consistente que estabeleça o nexo adequado, o entrelaçamento simétrico (sem concorrência)

²¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. t. I, p. 133.

²² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. t. I, p. 134.

²³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. t. I, p. 135.

²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. t. I, p. 135.

²⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. t. I, p. 137.

entre direitos humanos, garantidores da autonomia privada dos indivíduos, e soberania popular, garantidora da autonomia política dos cidadãos.

Habermas propõe então o adequado elo de ligação entre soberania popular e direitos humanos. Ele está exatamente no conteúdo normativo do modo de exercício da autonomia política, e não na forma em que esta se expressa, como queria Rosseau, ou na substância dos direitos humanos naturalmente intocável pela formação da vontade soberana popular no exercício da autonomia política, como queria Kant.

Assim, é no modelo de auto-legislação que autonomia do indivíduo e autonomia do cidadão podem se encontrar de forma co-originária, ou seja, sem subordinação de uma à outra. A substância dos direitos humanos, na verdade, deve estar nas condições formais para a institucionalização do modo de exercício da autonomia política. Somente assim o direito às mesmas liberdades de ação subjetivas, enquanto direito moral, não é simplesmente imposto ao legislador soberano como barreira externa (Kant) nem instrumentalizado com requisito funcional para seus objetivos (Rousseau).

Mas qual é esse modo? Qual modo de exercício da autonomia, qual modo de formação da vontade política permite um nexó adequado entre direitos humanos e soberania popular? Como a democracia (soberania popular) pode conviver com os direitos humanos sem se subordinar a eles, sem subordiná-los?

Para Habermas, essa pergunta não pode ser respondida pela filosofia da consciência. É necessário a utilização de um novo paradigma, que ele extrai da reviravolta linguística-pragmática do século XX. É o paradigma da intersubjetividade, da racionalidade intersubjetiva. Só a partir dele é possível explicar "adequadamente

a estrutura intersubjetiva dos direitos e a estrutura comunicativa da autolegislação²⁶, portanto o modelo adequado de exercício da autonomia política.

O solipsismo da filosofia da consciência não consegue enxergar a estrutura intersubjetiva dos direitos subjetivos. Tal estrutura decorre do fato de que os direitos subjetivos, como elementos do ordenamento jurídico, do direito objetivo portanto, necessitam de um reconhecimento recíproco dos sujeitos de direitos, visto que são membros livres e iguais da comunidade²⁷.

Os direitos subjetivos expressam uma reciprocidade de direitos e deveres que se refere a todos os sujeitos. Por isso os direitos subjetivos podem ser reclamados judicialmente. O reconhecimento dessa reciprocidade, utilizada para a construção da ordem jurídica e para a reclamação judicial desses direitos, pressupõe a cooperação ou colaboração dos sujeitos de direitos. Essa cooperação também advém da co-autoria na construção do ordenamento jurídico, do direito objetivo, no qual estão inculpidos os direitos subjetivos

Assim a estrutura de iguais liberdades subjetivas, apontada pelo direito subjetivo, disfarça a relação de colaboração entre os sujeitos desses direitos, fundada na co-autoria do ordenamento jurídico e na reciprocidade de tais direitos. "Neste sentido, os direitos subjetivos são co-originários com o direito objetivo, pois este resulta dos direitos que os sujeitos se atribuem reciprocamente"²⁸.

A partir da colocação desse viés intersubjetivo é possível explicitar a estrutura comunicativa da autolegislação, decorrente da necessidade de um conhecimento recíproco. Nesse sentido, para chegar a convicções nas quais todos os sujeitos singulares podem concordar entre si sem coerção, quer seja a da

²⁶ COSTA, Reginaldo da. *Discurso, Direito e Democracia em Habermas*. Em: *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy editora, 2003. Pg. 39

²⁷ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*, p. 187.

²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. t. I, p. 121.

vontade da maioria ou de um princípio moral fundamentador de um direito natural, é necessário " uma formação discursiva da opinião e da vontade, na qual são utilizados as forças ilocucionárias do uso da linguagem orientada pelo entendimento"²⁹. É dela de onde o processo democrático extrai sua força legitimadora. É este o modelo de autolegislação.

Assim, o modo adequado de exercício da autonomia pública consiste numa formação discursiva da opinião e da vontade na qual se pressupõe que os cidadãos sejam suficientemente independentes em virtude uma autonomia privada uniformemente assegurada. Nota-se, portanto, que "o nexó interno que se buscava entre direitos humanos e soberania do povo consiste, pois, em que os direitos humanos institucionalizam as condições de comunicação para formar a vontade de maneira política e racional"³⁰, através de um sistema de direitos. Essa formulação só é possível sob os auspícios de uma racionalidade comunicativa ou intersubjetiva, por meio do qual Direito e Moral são também co-originários³¹.

Enquanto que a autonomia pública tem na autonomia privada sua condição de possibilidade, por outro lado, o usufruto dessa autonomia privada somente ocorre se os cidadãos se utilizarem daquele modo específico de exercício da autonomia pública. Nesse sentido ambas formas de autonomia pressupõem-se mutuamente, são co-originárias.

Em suma, temos que o sistema de direitos deve ser legítimo na medida em que resguarda simultaneamente a autonomia pública dos cidadãos e a autonomia privada dos indivíduos, portanto não sendo reduzido a uma interpretação moral dos direitos, nem a uma interpretação ética da soberania popular. Isso vai

²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. t. I, p. 138.

³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Sobre a legitimação pelos direitos humanos*. Em: *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy editora, 2003. Pg. 71.

³¹ Vide próximo tópico.

ocorrer, para Habermas, num modo específico de exercício da autonomia política, qual seja, a formação discursiva da opinião e da vontade, cujas condições formais devem ser institucionalizadas juridicamente por meio dos direitos subjetivos.

3.3. *A Relação de complementariedade entre moral racional e direito positivo e o princípio do discurso*

Segundo Habermas, para explicitar o adequado nexos interno (co-originariedade) entre direito objetivo e subjetivo, autonomia pública e privada, soberania popular e direitos humanos, é necessário explicar a estrutura intersubjetiva do direito e a estrutura comunicativa da autolegislação.

Mas para formular tal compreensão intersubjetiva teve-se que superar as dificuldades apresentadas pelas colocações da filosofia da consciência e de sua razão prática, propondo a troca por uma razão comunicativa³². Nesse sentido, foi necessário superar, como corolário da razão prática, o fato do direito moderno ter mantido a distinção entre direito natural e direito positivo, o que implicou a reduplicação da Moral no Direito, ou seja, o Direito subordinado à Moral. Dessa forma, urge esclarecer como se dá a adequada relação (co-originariedade) entre Direito e Moral, nos termos da proposta da teoria discursiva do direito.

Expondo as diferenças entre Direito e Moral, Habermas mostra que a relação de co-originariedade entre ambos significa que o direito positivo não pode extrair toda sua força legitimadora de um princípio moral consubstanciado num direito superior, natural, nem pode se reduzir a um empirismo que nega qualquer tipo de legitimidade que ultrapasse a contingência das decisões legisladoras³³. Em

³² Vide tópico 3.1.

³³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, t. II, p. 310.

outras palavras, o Direito não é mera cópia da Moral, mas também não é completamente estranho a ela.

Na compreensão de Habermas:

“no nível de fundamentação pós-metafísico tanto as regras morais como as jurídicas diferenciam-se da eticidade tradicional³⁴, colocando-se como dois tipos diferentes de normas de ação que surgem lado a lado, completando-se”³⁵.

Assim, podemos dizer, como Habermas, que as questões morais e jurídicas se referem aos mesmos problemas: como é possível ordenar legitimamente relações interpessoais e coordenar entre si ações servindo-se de normas justificadas e como é possível solucionar consensualmente conflitos de ação na base de regras e princípios normativos reconhecidos intersubjetivamente? O que há de comum entre dois é que “a moral e o direito servem para regular conflitos interpessoais; ambos devem proteger, de forma simétrica, todos os participantes e afetados”.³⁶

Essa proteção, com a superação da metafísica pela filosofia da consciência, vai recair sobre o agir humano fundado na liberdade, que é aquele em que se pode reconhecer a presença da autodeterminação, conceito que apresenta aspectos diferentes em relação ao Direito e à Moral. “A autodeterminação moral constitui um conceito unitário, segundo o qual cada um segue exatamente as normas que ele, de acordo com um juízo próprio e imparcial, tem como obrigatórias”³⁷. A autodeterminação jurídica, por outro lado, se apresenta como

³⁴ Momento em que também se desacoplam faticidade e validade. Devido a esse ponto em comum (surgirem a partir de um processo de diferenciação da eticidade tradicional de base metafísico-religiosa) é que o direito, do ponto de uma teoria da sociedade, preenche funções de integração social. No desfazimento da eticidade tradicional, em sociedades complexas e pós-metafísicas, o direito, associado ao sistema político, assume a garantia pelas perdas que se instalam na área da integração social.

³⁵ COSTA, Reginaldo da. *Discurso, Direito e Democracia em Habermas*. In: *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy editora, 2003, p. 39.

³⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. t. II, p. 310.

³⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. t. II, p. 310-311.

autonomia pública e privada³⁸, divisão que ocorre por força da positividade do direito.

Através dessa positividade, pela qual o direito é criado e imposto à coletividade, há uma separação nítida dos papéis: “de um lado, há autores que criam (e falam) o direito, de outro, destinatários que estão submetidos ao direito vigente”³⁹. No momento da criação deve ser garantida a autodeterminação por meio da autonomia pública, consistente no uso público das liberdades comunicativas. Por outro lado, no momento da destinação das normas, deve ser preservada a autodeterminação por meio da autonomia privada, consistente no uso privado de liberdades subjetivas. Diferentemente, na autodeterminação moral a pessoa é ao mesmo tempo criadora autora (através de um juízo próprio e imparcial) da norma e destinatária dela num processo de validação subjetiva.

Assim, como a autonomia moral se diferencia da autonomia jurídica (posta esta bifurcar-se em pública e privada), Habermas pretende ir além da tradicional redução teórica moral do conceito de autonomia: “Ora, se a autonomia das pessoas do direito abrange mais do que a autonomia em sentido moral, o direito positivo não pode ser entendido como um caso especial da moral”⁴⁰.

Nesse sentido, Habermas aponta outras diferenças entre Direito e Moral, as quais também impedem a introdução de uma hierarquia entre direito natural e positivo. Tais diferenças são abordadas por critérios como estrutura, limite e extensão, todos interligados.

³⁸ Vale destacar, por oportuno, que é por isso que a autonomia jurídica não coincide com a liberdade em sentido moral. Habermas explicita que ela assume em si mesma dois momentos: O da liberdade de arbítrio do ator que decide racionalmente e o da liberdade da pessoa que decide eticamente. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. t. II, p. 311.

³⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. t. II, p. 311.

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. t. II, p. 311.

As ordens jurídicas modernas são construídas na estrutura de direitos subjetivos, os quais liberam ou desobrigam sujeitos de direitos de mandamentos morais, na medida em que criam espaços de livre exercício da vontade, de arbítrio legítimo, para agir de acordo com suas preferências. Assim, no direito moderno vale o princípio da licitude, segundo o qual é permitido tudo o que não seja expressamente proibido. Dessa forma, enquanto que na Moral existe uma simetria entre direitos e deveres, no Direito as obrigações, como conseqüências das atribuições de direitos, resultam somente da restrição legal de liberdades subjetivas iguais. Nota-se, portanto, no direito moderno, que há uma “atribuição conceitual básica de privilégio aos direitos em relação aos deveres”⁴¹.

A concepção acima é explicada a partir do delineamento das diferenças quanto ao limite, momento em que se evidenciam os conceitos modernos de pessoa de direito e comunidade jurídica. Para o universo moral não há limites sociais ou históricos. Ele “abrange todas as pessoas naturais, em toda sua complexidade histórica e vital; deste modo, a proteção moral refere-se à integridade de sujeitos plenamente individuados”⁴². De outro lado, a comunidade jurídica, localizada no espaço e no tempo, protege a integridade de seus membros somente à medida em que eles assumem o *status* de portadores de direitos subjetivos.

Quanto à extensão, nota-se que o direito regula matérias, em relação à moral, de forma mais limitada, porque somente o comportamento externo é acessível e somente ele pode ser imposto; e de forma mais ampla, porque o direito não se restringe à regulamentação de conflitos interpessoais, pois pode conferir forma impositiva a objetivos e programas coletivos. Assim, o direito não se refere a

⁴¹ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 288.

⁴² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. t. II, p. 312.

questões morais apenas, mas também a problemas pragmáticos, éticos e mesmo de conflito de interesses.

Kant, apesar das distinções apresentadas, faz derivar o princípio geral do direito de um princípio moral, o seu imperativo categórico. A partir do conceito fundamental da lei moral da liberdade Kant extrai as leis jurídicas, submetendo o Direito à Moral. Isso significa que para ele o princípio do direito é uma limitação do princípio moral, e o Direito, portanto, uma mera reduplicação da Moral, ocorrendo o mesmo entre direito natural e positivo.

Para Habermas essa reduplicação não deve ocorrer, porque leva a extravios. Como visto, ela não se compatibiliza com a bifurcação da autonomia jurídica em pública e privada e com as demais diferenças entre o mundo moral e o jurídico.

A partir dessas diferenças Habermas faz uma também análise sociológica da relação entre Direito e Moral. A partir do desfacelamento da eticidade tradicional, esclarece os *déficits* apresentados pela moral quanto à função de integração social e o papel assumido pelo direito. Nosso autor coloca a relação mencionada não no sentido de uma subordinação, mas no de uma complementação recíproca.

Com a decomposição da eticidade tradicional (moral e direito separados), a moral passa a se caracterizar com um sistema de saber. Em relação à ela, a transferência do saber para o agir é incerta, frágil e não apresenta segurança. Sua eficácia para a ação é limitada na medida em que não pode atingir os agentes por outro motivo que não o da internalização. Isso ocorre tendo em vista que "a moral, apoiada apenas em argumentos racionais, só se responsabiliza por juízos corretos e equitativos e não pela obrigatoriedade legitimamente imposta, com poder de

coação”⁴³. Assim a moral da razão sobrecarrega o indivíduo com expectativas em relação à sua força de vontade. “Com relação às expectativas, ele deve conseguir a força para agir segundo intuições morais inclusive contra seus próprios interesses, a fim de harmonizar o dever e a obrigação”⁴⁴, o que reflete um panorama de incerteza motivacional. Essa incerteza motivacional, para Habermas, é absorvida, na perspectiva da complementaridade, pela faticidade da imposição do direito, visto que o direito posto coercitiva impõe o agir conforme normas objetivadas, deixando livre os motivos e os enfoques, e cobre de tal modo as expectativas normativas com ameaças de sanção, que os destinatários podem limitar-se a considerações orientadas pelas conseqüências. Devido à sua positividade o Direito adquire obrigatoriedade também no nível institucional, ao passo que a moral pós-tradicional representa apenas uma forma de saber cultural. “O direito não é apenas um sistema de símbolos, mas também um sistema de ação”⁴⁵.

Na conta da moral moderna, resultante da decomposição da eticidade tradicional, não é depositado só esse déficit, mas outros três, os quais devem ser explicitados a fim de que se possa compreender porque o direito deve complementar a moral, em vez de se subordinar a ela.

A incerteza motivacional, já explicitada, deve ser acrescentada à inderteminação cognitiva das normas morais, pois “o caráter abstrato dessas normas universalizadas levanta problemas de aplicação que sobrecarregam a capacidade do indivíduo”⁴⁶. Isso leva Habermas a afirmar que:

“sob o ponto de vista da complementariedade entre direito e moral, o processo de legislação parlamentar, a prática da decisão judicial institucionalizada, bem como o trabalho profissional de uma

⁴³ COSTA, Reginaldo da. *Discurso, Direito e Democracia em Habermas*. Em: *Direito e Legitimidade*, p. 49.

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. t. I, p. 151.

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. t. I, p. 141.

⁴⁶ COSTA, Reginaldo da. *Discurso, Direito e Democracia em Habermas*. Em: *Direito e Legitimidade*. p. 44.

dogmática jurídica, que sistematiza decisões e concretiza regras, significam um alívio para o indivíduo, que não precisa carregar o peso cognitivo da formação do juízo moral próprio⁴⁷

Enquanto que o problema da incerteza motivacional diz respeito à ineficácia para a ação em relação ao próprio indivíduo, o problema da imputabilidade diz respeito à ineficácia para a ação em relação à coletividade, aos outros. É que de acordo com a moral da razão os indivíduos aderem à realidade das normas sob o pressuposto de que estas são seguidas faticamente por cada um. Assim, as normas não podem ser exigidas enquanto esse pressuposto, que é uma condição, esteja realizado. O problema é que as normas válidas só se tornam imputáveis quando puderem ser impostos faticamente contra um comportamento desviante, o que também será resolvido somente com a positividade do direito.

Há ainda outro problema retinente. Este advém da imputabilidade de obrigações que expressam deveres positivos (comissivos) e exigem para seu cumprimento ações cooperativas, organizacionais ou institucionais, ou seja, impossíveis de se atribuir a indivíduos isolados, por maior o número que eles sejam⁴⁸. Assim, só o direito, por poder ser auto-reflexivo⁴⁹, pode determinar um sistema de imputabilidade que se refere não só a pessoas jurídicas naturais, mas também a sujeitos de direitos fictícios, tais como corporações e instituições.

Em suma, quanto aos déficits expostos que geram as razões para as relações de complementaridade do Direito com a Moral, podemos dizer que:

“[só] o direito positivamente válido, legitimamente firmado e tolerável através de ação judicial pode tirar das pessoas que agem e julgam moralmente o peso das grandes exigências cognitivas, motivacionais

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. t. I, p. 151.

⁴⁸ Habermas cita para este caso o exemplo da ajuda caritativa.

⁴⁹ Ele contém normas secundárias que servem para a produção de normas primárias da orientação do comportamento.

e organizacionais que uma moral ajustada segundo a consciência subjetiva acaba impondo a elas”⁵⁰.

Cumprir dizer que essa complementariedade do Direito no sentido de compensação das fraquezas de uma moral moderna pós-metafísica não implica um completo desligamento entre ambos no sentido de uma indiferença do Direito em relação à Moral, ou seja, não significa a neutralidade do direito diante da moral. O direito, na verdade, não fica alheio à Moral, pois o processo legislativo permite que fluam para o direito, ao lado de argumentos éticos e pragmáticos, argumentos morais.

Nesse sentido, o que Habermas entende é que não deve haver qualquer elemento de subordinação na relação entre Moral e Direito, por conseguinte entre direito natural e positivo, sob pena de se fazer a validade do direito sucumbir a um decisionismo cego e à contingencialidade de uma legislatura (no caso de um positivismo jurídico) e por outro lado de se fazer “que ela [a validade jurídica] tenha que ser preservada da corrente da temporalidade através de uma moral limitadora”⁵¹ (no caso de um jusnaturalismo).

Mas, nesta perspectiva de superação da relação Kantiana de dependência do Direito em relação à Moral, como se dá a legitimidade do direito se ela não advém simplesmente da força de um direito natural moralmente determinado e se, ao mesmo tempo, o direito é aberto a argumentos morais através do processo legislativo, ou seja, se o direito não é subordinado à moral, mas também não é indiferente a ela?

⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. p. 289.

⁵¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. t. II, p. 314.

Ora, a tese habermasiana para tal questionamento é apontar Direito e Moral como co-originários⁵², o que é alcançado mediante a formulação do princípio do discurso.

3.3.1. O princípio do discurso, forma do direito e democracia

A mencionada relação de co-originariedade entre o mundo jurídico e o moral só ocorre, conforme Habermas, através de um princípio neutro em relação a ambos, qual seja, o princípio do discurso. Assim, a questão inicial do direito racional é reformulada sob as premissas da teoria do discurso: “que direitos as pessoas têm que atribuir-se mutuamente, quando se decidem a constituir uma livre associação de parceiros do direito e a regular legitimamente sua convivência com os meios do direito positivo?”⁵³

Como resposta, temos formulado o princípio do discurso (D), do seguinte modo: São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais.

Assim, o princípio do discurso (D) contém um conteúdo normativo, uma vez que explicita o sentido da imparcialidade de juízos práticos. No entanto, sua normatividade não é a mesma atribuída à razão prática, qual seja, uma normatividade imediata para a ação. Baseado numa razão comunicativa, procedimental, o princípio do discurso apresenta uma normatividade apenas mediata ou indireta para a ação, na medida em que não exprime o modelo correto do agir, mas tão somente o procedimento válido para a atribuição de tal predicado ao agir humano.

⁵² Essa relação vai implicar também a co-originariedade entre autonomia pública e privada.

⁵³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. t. II, p. 314.

Pode alegar-se que o princípio moral, como o imperativo categórico Kantiano, também explicita um conteúdo procedimentalista, na medida em que é abstrato e depende de um processo de concretização. Entretanto o grau de abstração do princípio do discurso permite-lhe permanecer neutro em relação ao direito e à moral.

Aqui se encontra, na verdade, a questão central da teoria discursiva do direito e portanto de sua fundamentação para a democracia e para os direitos humanos: “como entender o princípio do discurso, determinante para a legitimação do direito, se ele, devido à complementaridade entre direito e moral, não pode mais coincidir como princípio moral?”⁵⁴

Em outras palavras, como manter uma relação do direito com a moral (o que significa não cair num positivismo jurídico, no qual a moral se separa completamente do direito e este portanto prevalece e subordina aquela) e ao mesmo tempo fazer com que o direito não seja mera cópia de um princípio moral, de um direito natural (jusnaturalismo)?

A Modernidade tentou uma resposta que não se mostrou consistente. Kant e Rousseau pretenderam fazer tal conciliação através do que Habermas chamou de interpretação mútua (entre direitos humanos e soberania do povo). Como já abordado, Kant entendeu que na prática legislativa o autor não poderia atribuir direito que ferisse sua autonomia privada, pois seria uma espécie de contra-senso (ninguém poderia ser injusto consigo mesmo). Rousseau, por sua vez, entendeu que a soberania popular, por ser expressa pela fórmula de leis gerais, contemplaria a necessidade de atribuição de iguais liberdades subjetivas.

⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. t. II, p. 314.

No entanto, nenhuma dessas concepções conseguiu retirar do direito o encargo de ter que se amoldar à moral. Quer seja a de um sujeito singular (o eu da Crítica da razão Pura) ou a de um sujeito coletivo (o povo do Contrato Social). Não entenderam que autonomia absoluta de um implica a redução dogmática da autonomia do outro. Ora, direitos humanos e soberania popular não podem ser interpretados de forma absoluta (sob pena de reduzir o direito à moral)⁵⁵ mas, ao contrário, devem ser relativizados um em função do outro, o que se dá através de um procedimento em que ambos são pressupostos mutuamente (e não apenas interpretados).

Essa concepção só é possível através de uma razão procedimental, na qual figura o princípio do discurso como neutro em relação ao Direito e à Moral. Este princípio quando assume a forma jurídica torna-se no princípio da democracia, que destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do Direito: a autolegislação comunicativo-discursiva, na qual são garantidas as condições sob as quais os cidadãos podem avaliar, à luz do princípio do discurso, se o Direito que estão criando é legítimo.

O princípio democrático contempla a autonomia pública e privada porque consegue sair da relação de subordinação entre Direito e Moral e estabelecer um procedimento discursivo de formação da opinião e da vontade política através do código do Direito.

Dessa forma, a partir da formalização jurídica do princípio do discurso Habermas pretende fundamentar um sistema de direitos que faça *jus* à autonomia privada e pública dos cidadãos. Esse sistema, portanto, deve garantir através do próprio *medium* jurídico as condições ou o processo para a normatização legítima do

⁵⁵ Assim, não se pode interpretar os direitos fundamentais, que aparecem na figura positiva de normas constitucionais, como simples cópias de direitos morais e nem a autonomia política como

direito positivo, ou, em outras palavras o processo democrático discursivo. Assim, no princípio da democracia, resultante da interligação entre o princípio do discurso e a forma jurídica, Habermas vê a gênese lógica dos direitos da qual se depreende as seguintes categorias de direito que geram o próprio código jurídico⁵⁶, uma vez que determinam intersubjetivamente o *status* de pessoas de direito:

- 1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação;
- 2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status* de um membro numa associação voluntária de parceiros e direito;
- 3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma de proteção jurídica individual;
- 4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam a sua autonomia política e através dos quais eles criam o direito legítimo;
- 5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidos social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário ao aproveitamento, em igualdade de chances dos direitos enumerados de 1 a 4.

simples cópia da moral.

⁵⁶ Tal sistema de direitos deve conter precisamente os direitos os direitos que os cidadãos são obrigados a atribuir-se reciprocamente, caso queiram regular legitimamente a sua convivência com os meios do direito positivo.

O código ou o *medium* do direito se constitui, portanto, de forma co-originária com o princípio democrático, já que é somente por meio do código do direito que os cidadãos podem realizar a normatização política autônoma, ou seja, somente na condição de sujeitos de direitos (estabelecida pelo *medium* jurídico) os cidadãos tomam parte no processo legislativo, tornando efetiva sua autonomia⁵⁷.

Assim, somente o princípio do discurso e *medium* jurídico vêm antes da prática de autodeterminação dos civis, pois quando interligados consubstanciam o princípio democrático que faz a autonomia pública e a privada se pressuporem mutuamente.

3.4. Três modelos normativos de democracia

A Modernidade apresentou, como visto, duas respostas à questão da legitimidade do direito, as quais podem ser tipificadas de forma ideal em dois modelos normativos de democracia, representados hoje pelas compreensões liberal e republicana de política – expressões que hoje marcam frentes opostas no debate desencadeado nos Estados Unidos pelos assim chamados comunitaristas.

Tais concepções explicitam a dupla reação da Modernidade, fundamentando o direito e a democracia, para salvaguardar a liberdade contra o absolutismo e contra ordens sociais de base metafísico-religiosa. Nesse sentido, as compreensões liberal e republicana tipificam a primazia do princípio liberal dos

⁵⁷ Habermas ressalta que o estabelecimento do código jurídico enquanto tal já implica direitos de liberdade, que criam o *status* de pessoas de direito, mas que esses são condições necessárias que apenas possibilitam o exercício da autonomia pública. Como condições possibilitadoras, expõe, não podem limitar a soberania do legislador, visto que condições possibilitadoras não impõem limitações àquilo que constituem. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. t. I, p. 165.

direitos humanos, por um lado, e a primazia do princípio da soberania popular, por outro.

A proposta habermasiana de democracia e do direito estabelece um nexo interno de eqüiprimordialidade entre autonomia pública e privada, por conseguinte, entre soberania do povo e direitos humanos. Dessa forma, Habermas apresenta um terceiro modelo normativo de democracia que intenta superar os dois já mencionados.

Antes desse passo, porém, convém explicitar as diferenças entre as concepções liberal e republicana segundo três critérios: o do conceito de cidadão do Estado; o do conceito de direito; e da natureza do processo político de formação da vontade.

3.4.1. Modelos liberal e republicano de democracia

3.4.1.1. Concepções de cidadão do Estado

Para a concepção liberal o cidadão é o portador de direitos subjetivos, concebidos estes como direitos negativos que garantem um espaço de ação alternativo em cujos limites as pessoas do direito se vêem livres de coações externas. Assim, “determina-se o status dos cidadãos conforme a medida dos direitos individuais de que eles dispõem em face do Estado e dos demais cidadãos”

58

Os direitos políticos têm a mesma estrutura dos direitos subjetivos: oferecem ao cidadão a possibilidade de conferir validação a seus interesses

⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe, São Paulo: Loyola, 2002, p. 271.

particulares, de maneira que esses possam ser agregados a outros interesses privados (por meio de votações, formação de corporações parlamentares e composições de governo). Depreende-se assim que o processo de formação da vontade política, adiantando o terceiro critério, é compreendido como uma justaposição de interesses particulares.

O Estado aqui é justificado pela proteção que dá aos interesses pré-políticos. O propósito do aparato estatal é a proteção que fornece aos indivíduos quanto à garantia de suas liberdades individuais.

Por outro lado, segundo a concepção republicana o *status* dos cidadãos não é determinado pelo modelo das liberdades negativas, oponíveis contra o Estado e contra terceiros. Os direitos políticos, de participação na formação da vontade política, são entendidos como direitos positivos e não como garantias de preservação da liberdade (do agir conforme regras) face a coações externas.

Nesse sentido, cidadão é aquele que resgata sua autonomia através da participação em uma práxis comum de formação da opinião e da vontade política. O aparato estatal, portanto, legitima-se por defender e garantir essa práxis através da institucionalização da liberdade pública.

O processo político, nesse caso, não desempenha um função mediadora entre sociedade e Estado nem representa a agregação de interesses particulares. Ao contrário, ele representa, na visão republicana, o espaço próprio onde é exercida a autonomia no sentido de autogoverno pelo uso público da razão e no qual se busca o acordo mútuo em torno de objetivos e normas que correspondam ao interesse comum.

3.4.1.2. Conceito de direito

A controvérsia também se instaura em torno do conceito de direito em si mesmo, ou seja, acerca da predominância de sua dimensão objetiva ou subjetiva. Na compreensão liberal, a esfera subjetiva precede a objetiva e a fundamenta. A ordem jurídica, portanto, consiste em que ela possa constatar em cada caso individual quais são os direitos cabíveis aos indivíduos.

Pela visão republicana, os direitos subjetivos é que se depreendem da ordem jurídica objetiva, a qual deve possibilitar e garantir a integridade de um convívio eqüitativo, autônomo e fundamentado sobre o respeito mútuo.

“Em um dos casos a ordem jurídica constrói-se a partir de direitos subjetivos, no outro caso concede-se um primado ao teor objetivo desses mesmos direitos”⁵⁹.

3.4.1.2. Natureza do processo político

As diferentes conceituações do papel do cidadão e do direito são expressões na verdade de um dissenso de raízes mais profundas sobre a natureza do processo político.

Na concepção liberal, baseada nos direitos subjetivos individuais, a política corresponderá a um espaço de justaposição de interesses privados. Os participantes do processo político adotam, assim como no mercado, uma performance orientada pelo sucesso próprio, um agir estratégico portanto. Assim, o processo de formação da opinião e da vontade política, tanto em meio à opinião

⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. p. 273.

pública como no parlamento, é determinado pela concorrência entre agentes coletivos agindo estrategicamente e pela manutenção ou conquista de posições de poder⁶⁰. O que ocorre é uma negociação de interesses opostos que nada diz sobre a racionalidade dos resultados.

Assim como no mercado, as decisões dos cidadãos são voltadas para a conquista de êxito. O voto é a concordância das preferências do votante com determinado programa político ou pessoa, não dizendo respeito a objetivos comuns, de interesse de todos. Em decorrência, o processo político é definido não de acordo com um consenso, mas segundo um critério quantitativo: o número de votos.

Diferentemente, para a concepção republicana o processo político é o espaço do agir orientado pelo entendimento mútuo, não obedecendo às estruturas de processos de mercado. O paradigma aqui não é o mercado, mas a interlocução. A justificação do Estado, portanto, não reside na defesa dos direitos subjetivos, mas na garantia de um processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, que constitui uma práxis comum de autodeterminação. Nela, os cidadãos livres e iguais chegam a um acordo mútuo (ao contrário de interesses negociados) sobre os objetivos e interesses comuns da comunidade política.

3.4.1. Terceiro modelo normativo de democracia: a política deliberativa

Após a apresentação das principais diferenças entre as concepções liberal e republicana de política e seus modelos de democracia baseados respectivamente na proteção primordial da autonomia privada e pública, cumpre evidenciar quais sejam as vantagens e defeitos de cada um para tão somente

⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. p. 275.

explicitar um terceiro modelo que toma elementos de ambos os anteriores, conciliando-os, ao mesmo tempo em que os supera.

A vantagem do modelo republicano, conforme Habermas, é a afirmação do sentido democrático enquanto auto-organização da sociedade pelos cidadãos em acordo mútuo por via comunicativa. Nesse sentido, o republicanismo não reduz a esfera política a um processo de negociação entre interesses particulares opostos.

No entanto, tal concepção põe um peso demasiado sobre o caráter ético do acordo mútuo. Assim, faz com que o processo democrático dependa das virtudes de cidadãos voltados tão somente ao bem comum. Em outras palavras, essa visão é bastante idealista, visto que pressupõe que no processo de formação política da vontade os participantes agem apenas orientados pelo entendimento mútuo voltado para o interesse comum.

Tal idealismo não se sustenta em sociedades complexas como as ocidentais hodiernas, nas quais se observa um forte pluralismo cultural, bem como uma variedade de visões de mundo. Aqui se encaixa a contribuição do modelo liberal: sempre por detrás de objetivos politicamente relevantes, voltados ao bem comum, existem interesses e orientações de valor, os quais permanecem em conflito no interior de uma mesma coletividade sem perspectiva de consenso.

Para resolver tal problema, não bastam os discursos éticos. É necessário utilizar-se também de recursos não-recursivos, ou seja, de processos de negociação de interesses opostos. Nesse ponto cumpre explicitar a dimensão intersubjetiva de negociações desse tipo (o que faltou ao modelo liberal) a fim de que se estabeleça uma ligação adequada entre os dois vetores apresentados: o agir estratégico (negociação) e o orientado pelo entendimento (acordo mútuo). Nesse sentido, Habermas expõe:

“Negociações desse tipo certamente pressupõem uma disposição à cooperação, ou seja, a vontade de obter resultados mediante a observância de regras do jogo que sejam aceitáveis para todos os participantes, mesmo que por razões diversas”.⁶¹

Dessa forma, a justiça de tais acordos, que não são capazes de excluir totalmente o agir estratégico, deve ser medida pelos seus pressupostos e procedimentos através dos quais são realizados e que precisam de uma justificação racional e até mesmo normativa do ponto de vista da justiça.

Isso significa no campo jurídico que como no processo legislativo de produção normativa não há exclusão de um ou outro enfoque de ação ou forma de comunicação (orientada pelo entendimento ou estratégica), nele não se deve levar em conta apenas a eticidade particular de determinada coletividade, mas deve-se atentar também para a universalidade de argumentos morais. Nesse sentido, o direito firmado politicamente, caso se pretenda legítimo, precisa ao menos estar em consonância com princípios morais que reivindiquem validação geral, para além de uma comunidade jurídica concreta.

Para Habermas, portanto, o modelo de democracia, ou seja, o conceito de uma política deliberativa, deve abranger ambas as formas comunicativas – explicitadas pelo modelo liberal e pelo republicano – na qual se constitui uma vontade comum. Deve, então, entrelaçar um auto-entendimento mútuo de caráter ético e um equilíbrio entre interesses divergentes por meio de uma fundamentação moral.

A tese habermasiana é justamente que a política dialógica e a instrumental (entendimento mútuo e negociação) podem entrecruzar-se no *medium* das deliberações, o que ocorre quando as respectivas formas de comunicação

⁶¹ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. p. 277.

estão suficientemente institucionalizadas. A legitimidade dessa formação da opinião e da vontade institucionalizada, que agrega a política dialógica e a instrumental, deve-se às condições de comunicação, ao procedimento que a regula.

Com isso a razão prática desloca-se dos direitos universais do homem ou da eticidade concreta de uma determinada comunidade e restringe-se a regras discursivas e formas argumentativas que extraem seu teor normativo da base validativa da ação que se orienta ao estabelecimento de um acordo mútuo, isto é, da estrutura da comunicação lingüística⁶².

É o procedimento, portanto, que confere força legitimadora à formação institucionalizada da opinião e da vontade, conciliadora das diferentes formas de comunicação. O terceiro modelo de democracia explicita justamente esse procedimento, ou seja, as condições de comunicação sob as quais o processo político supõe-se capaz de alcançar resultados racionais, justamente por cumprir-se, em todo seu alcance, de modo deliberativo.

Mas como institucionalizar as exigentes condições de comunicação do procedimento democrático? Como conciliar o agir estratégico referente ao princípio liberal dos direitos subjetivos e o agir orientado pelo entendimento referente ao princípio republicano dos direitos positivos de participação política?

A teoria do discurso institucionaliza o processo de exercício da autonomia pública (processo democrático de participação na formação da vontade política) através de direitos fundamentais e princípios do Estado de Direito. Assim, estes direitos subjetivos não são oponíveis à vontade soberana (como defende a visão liberal), mas condições para o seu exercício. De outro lado, a vontade soberana de

⁶² HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. p. 278.

determinada coletividade não está completamente alheia a direitos individuais subjetivos, visto que através deles ela é formada.

Nesse sentido afirma Habermas:

“A teoria do discurso não torna a efetivação de uma política deliberativa dependente de um conjunto de cidadãos coletivamente capazes de agir, mas sim da institucionalização dos procedimentos que lhe digam respeito [...] ela se despede de todas as figuras de pensamento que sugiram atribuir a práxis de autodeterminação dos cidadãos a um sujeito social totalizante, ou que sugiram referir o domínio anônimo das leis a sujeitos individuais concorrentes entre si”⁶³

Dessa forma, mediante a institucionalização das formas de comunicação, a teoria do discurso não faz o processo político de formação da vontade depender exclusivamente da conduta ética dos cidadãos, visto que a participação em tal processo se dá mediante o exercício de direitos subjetivos que regulam o processo; nem faz com que o processo democrático se restrinja a uma negociação de interesses ou luta por poder estatal, visto que propõe os direitos subjetivos serem exercidos para a formação da vontade política e não contra ela.

3.5. *Estado Liberal, Estado Social e Democracia*

A coesão interna entre direitos subjetivos e soberania popular, ou seja, entre os princípios do Estado de Direito e da Democracia das Constituições ocidentais modernas, foi suficientemente encoberta pela concorrência dos paradigmas jurídicos dominantes até hoje: o liberal e o social. A materialização (Estado Social) do direito formal burguês (Estado Liberal) não tematizou a autonomia política dos cidadãos e o debate travado entre Estado Liberal e Estado Social permaneceu dentro do campo restrito do direito privado e das liberdades subjetivas.

⁶³ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. p. 280.

O paradigma jurídico liberal (Estado de Direito formal burguês) conta com uma sociedade de direito privado em que os indivíduos, como participantes do mercado, tentam encontrar sua felicidade através da busca possivelmente racional de interesses próprios. Assim, é garantido ao indivíduo um *status* jurídico negativo, que garante um esfera de proteção individual na qual se exerce livremente a vontade conforme interesse próprio. Tal projeto é realizado através do sistema dos direitos subjetivos ou das liberdades individuais.

A garantia de instauração de justiça social, de acordo com o paradigma liberal, se dá com o entrelaçamento da liberdade jurídica referida com o direito geral à igualdade. Assim, o direito irá conferir aos indivíduos iguais liberdades de ação subjetiva. A igualdade é garantida através da fórmula de leis gerais públicas.

No entanto a suposição do liberalismo se mostrou falsa, visto que considerou apenas o homem abstrato, estabelecendo uma igualdade pela razão, e esqueceu o homem concreto, na base material da sociedade. Dessa maneira, com a crescente desigualdade das posições de poder econômico, patrimônio e condições sociais, desestabilizaram-se sempre mais os pressupostos factuais capazes de proporcionar que o uso das competências jurídicas distribuídas por igual ocorresse sob uma efetiva igualdade de chances. Nesse sentido, podemos afirmar:

“como a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob o seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais – termina a apregoada liberdade do liberalismo, como Bismark já o notara, numa liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão somente a liberdade de morrer de fome”⁶⁴.

⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 31.

Dentro desse contexto social, portanto, o *status* negativo de sujeitos de direito não podia ser garantido apenas através do direito geral a liberdades subjetivas iguais. Era necessário a introdução de uma nova categoria de direitos fundamentais, consistentes em prestações positivas do Estado, capazes de corrigir ou compensar as injustiças sociais produzidas pelo mercado, ou seja, capaz de efetuar uma distribuição mais justa da riqueza produzida socialmente.

Mas o Estado Social também apresentou suas limitações. Habermas expõe que um dos aspectos da crise do estado Social residia na insensibilidade das burocracias estatais emergentes com relação a limitações impostas à autodeterminação de seus clientes – uma fraqueza do paradigma do Estado Social simétrica à cegueira social do direito formal burguês⁶⁵. A materialização do direito também caracterizou-se negativamente por ter ocasionado um paternalismo estatal.

Na verdade, no entanto, não houve nenhuma mudança no pensamento acerca da autonomia privada, o qual se expressa através do direito natural a um máximo de liberdades de ação subjetivas iguais para todos. A função dos direitos sociais de promover a igualdade de fato deve ser encarada como a eliminação dos privilégios incompatíveis com a distribuição igual de liberdade subjetivas, exigida pelo princípio da liberdade jurídica e não como restrições normativas a esse princípio. Nesse sentido Habermas explica que:

“o que parece ser uma limitação constitui apenas a outra face da implantação de liberdade de ação subjetivas iguais para todos; pois a autonomia privada, no sentido desse direito universal à liberdade, implica um direito universal à igualdade, ou seja, mais precisamente, o direito ao tratamento igual conforme as normas que garantem a igualdade do conteúdo do direito”⁶⁶.

⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*, t. II, p. 125.

⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*, t. II, p. 138.

Tanto é assim que esses dois paradigmas do direito estão igualmente comprometidos com a imagem produtivista de uma sociedade econômica capitalista e industrial, cujo funcionamento, segundo uma das interpretações, preenche a expectativa de justiça social através da defesa autônoma e privada de interesses próprios; segundo a outra, isso acarreta a destruição da expectativa de justiça social.

Dessa forma, ambas concordam na defesa da autonomia privada (*status* negativo protegido pelo direito). Divergem apenas quanto a se poder garantir a autonomia privada diretamente mediante direitos de liberdade, ou a se dever assegurar o surgimento da autonomia privada mediante a garantia de prestações sociais⁶⁷.

Essa disputa, como se vê, restringe-se a um normativismo da própria autonomia privada, ou seja, limita-se à determinação dos pressupostos fáticos para o *status* de pessoas de direitos em seu papel de destinatários, nada se referindo ao papel de autor da ordem jurídica. Assim, não resta tematizada a coesão interna entre a autonomia pública e privada.

A disputa entre os paradigmas liberal e social, portanto, não contribuem satisfatoriamente para a formulação de uma proposta democrática, pois a relação correta entre igualdade de fato e de direito não pode ser determinada tendo em vista direitos subjetivos privados, o que implica o esquecimento da esfera da autonomia pública. Dentro da concepção democrática habermasiana de co-originariade entre autonomia pública e privada, essa relação entre igualdade de fato e de direito só pode ser determinada, em última instância, pelos cidadãos.

⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*, p. 294-295.

CONCLUSÃO

A democracia, como regime de efetivação da liberdade, não pôde ser adequadamente compreendida sob os paradigmas filosófico-políticos apresentados pela Antigüidade e pela Modernidade. Nesses dois momentos ora se deu prevalência à dimensão social, coletiva do ser humano, fazendo do indivíduo um servo da coletividade, ora à dimensão individual, colocando a coletividade a serviço do indivíduo.

Tais compreensões, como visto, foram influenciadas pelas perspectivas da metafísica ontológica clássica na Antigüidade (que proclamou a supremacia do todo eterno e imutável, a partir do qual as particularidades são compreendidas) e da filosofia da consciência em geral na Modernidade (que defendeu o indivíduo como centro da compreensão do mundo). Assim, temos como *a priori* do saber e agir humanos respectivamente uma ordem externa imutável e eterna e uma subjetividade universal. Conseqüentemente a liberdade democrática foi entendida como participação na coletividade (pólis) na Antigüidade e como garantia de autodeterminação individual na Modernidade.

No entanto, a ênfase na defesa da coletividade e a fundamentação metafísica são falhas por deixarem espaço para fundamentar regimes totalitários e

autoritários. Por outro lado, a defesa da autonomia individual na Modernidade gerou uma tensão até então não estabilizada, qual seja, a que ocorre entre autonomia pública e privada, ou seja, entre o papel de criador do direito e de destinatário. Como foram compreendidas até agora de forma absoluta, a prevalência de uma dessas autonomias acaba por fazer perecer a outra. Nesse ponto se destaca que o debate entre os paradigmas liberal e social do Estado não enfrenta tal discussão, pois não sai do âmbito do direito privado, sendo portanto apenas formas distintas de se enxergar a autonomia privada.

Ora, tais formulações foram fundadas a partir das premissas de uma razão prática que estabelecia um modelo imediato para ação, ou seja, que apresentava uma normatividade imediata. Divergindo do caminho de um ceticismo normativista, a solução encontrada por Habermas foi a superação da razão prática pela comunicativa ou intersubjetiva, formulada a partir da guinada lingüístico-pragmática do século XX, que coloca a linguagem como a *priori* do conhecimento e agir humanos.

Com efeito, na razão comunicativa, em que a linguagem é fonte de integração social, nem o indivíduo nem a coletividade tem prevalência sobre o outro, visto que por intermédio da linguagem o que se enfatiza é justamente a intersubjetividade, que passa a ser o fundamento da concepção democrática.

A razão comunicativa possibilitou o estabelecimento de uma relação de co-originariedade entre Direito e Moral (saindo portanto da dicotomia entre Direito Positivo e Natural), o que se deu mediante a elaboração do princípio do discurso. Este, diferentemente de um princípio moral, não estabelece um modelo direto para ação, mas preceitua o modo (procedimento) de exercício da autonomia política

(pública) dos cidadãos através da explicitação das condições formais (por meio do código de direitos subjetivos) para a sua institucionalização.

Assim essa razão procedimental explicitou a estrutura intersubjetiva dos direitos e estrutura comunicativa da autolegislação, permitindo concatenar ações orientadas por interesses particulares, dentro de um campo de livre exercício da vontade garantido por direitos subjetivos, e ações orientadas pelo entendimento, voltadas para o estabelecimento de um acordo mútuo, dentro da esfera da participação na formação da vontade política.

O princípio democrático, nesse contexto, é entendido como a juridificação do princípio do discurso, o que significa que cabe ao direito, através do processo democrático, garantir o uso público das liberdades comunicativas (liberdade de tomar posição em relação a pretensões de validade criticáveis, entre elas a pretensão de validade jurídica), fato que implica a participação mais ampla possível em todos os processos de deliberação e decisão relevantes para a legislação para que a validade do direito seja definida pela força do melhor argumento.

Justamente por não haver mais esfera moral para validar o direito é que soberania do povo (autonomia pública) e direitos humanos (autonomia privada) se pressupõem mutuamente, através do processo democrático e discursivo de autolegislação, que portanto carrega o fardo da legitimação.

Dessa forma, só com a juridificação da liberdade comunicativa, isto é, da formação discursiva da opinião e da vontade, é que podemos efetivar, de forma legítima, o Direito e a democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITTAR, Eduardo C. B. e ALMEIDA, Guilherme de Assis. *Curso de Filosofia do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. 9ª ed. São Paulo: Ática, 1997.
- COSTA, Reginaldo da. *Ética do discurso e verdade em Apel*. Belo horizonte: Del Rey, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneicher, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, tomos I e II.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe, São Paulo: Loyola, 2002.
- MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Cristophe (org). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.
- MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 2ªed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e Racionalidade Moderna*. São Paulo, Loyola, 1993.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e sociabilidade*. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 1996. Coleção filosofia.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática*. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 1991. Coleção filosofia.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Kant*. 2ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995.
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito, Humanismo e Democracia*. São Paulo: Malheiros, 1998.