UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

ADRIANA MARQUES AIDAR

A LEGITIMAÇÃO POLÍTICO-PÚBLICA DO DIREITO SEGUNDO A TEORIA DISCURSIVA DE JÜRGEN HABERMAS

UBERLÂNDIA – MG
2009

ADRIANA MARQUES AIDAR

A LEGITIMAÇÃO POLÍTICO-PÚBLICA DO DIREITO SEGUNDO A TEORIA DISCURSIVA DE JÜRGEN HABERMAS

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Filosofia da Universidade Federal de Uberlândia, para a obtenção do título de Mestre.

Área de concentração: Filosofia Moderna e Contemporânea.

Orientador: Professor. Dr. Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva Saad.

UBERLÂNDIA - MG
2009

Adriana Marques Aidar

“A legitimação político-pública do direito segundo a teoria discursiva de Jürgen Habermas”.

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Filosofia da Universidade Federal de Uberlândia, para a obtenção do título de Mestre.

Área de concentração: Filosofia Moderna e Contemporânea.

Uberlândia, 30 de março de 2009.

Banca Examinadora:

_____ _____

_____ _____

AGRADECIMENTOS

À Universidade Federal de Uberlândia e ao Departamento de Filosofia, pela oportunidade de realizar este mestrado.

À CAPES pelo incentivo na consecução desse trabalho.

Aos professores que compuseram a banca pela disposição em atender a esse convite.

À minha mãe, orientadora, crítica e acima de tudo, minha grande amiga.

Ao meu pai, pela paciência nas idas e vindas.

À minha irmã Marcela pelo exemplo de vida.

À minha irmã Mariza, pela amizade mais sincera, pelos sorrisos e companhia nas noites sem dormir.

Ao Diony, por sua firmeza quando precisei de força para conseguir.

Verdade Dividida
(Carlos Drummond de Andrade)

A porta da verdade estava aberta
Mas só deixava passar
Meia pessoa de cada vez

Assim não era possível atingir toda a verdade,
Porque a meia pessoa que entrava
Só conseguia o perfil de meia verdade.
E sua metade
Voltava igualmente com meio perfil.
E os meios perfis não coincidiam.
Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta.
Chegaram ao lugar luminoso
Onde a verdade esplendia os seus fogos.
Era dividida em duas metades
diferentes uma da outra.

Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.
Nenhuma das duas era perfeitamente bela.
E era preciso optar. Cada um optou
conforme seu capricho, sua ilusão, sua miopia.

RESUMO

Utilizando como marco teórico o livro Direito e Democracia – entre facticidade e validade, a autora pretende apresentar, nessa dissertação, que a reconstrução habermasiana do papel do direito tem fundamental importância na forma como o filósofo propõe a estruturação e legitimação do próprio Estado de direito democrático. Habermas procura interpretar a sociedade a partir de uma visão interna do sistema jurídico e ao se utilizar da teoria do agir comunicativo torna possível a realização da crítica à democracia formal e ainda possibilita a investigação do fundamento de validade de uma ordem legítima. Ao abandonar a forma como apresentava a relação entre direito e moral em sua teoria, desvincula as duas esferas e nega a relação de hierarquia e subordinação do direito em relação à moral, que até aquele momento era defendida em seus trabalhos. Modificando a maneira como vê o papel do direito (que passa a ser o *medium* responsável pela integração social das comunidades modernas), Habermas também precisa alterar suas proposições acerca da forma como se verifica e atesta a legitimação do direito, pois até então a resposta residia na própria moralidade, como uma instância última a qual recorrer. Com a afirmação de que direito e moral são esferas co-originárias e complementares, o filósofo apresenta um processo legitimador que retira sua força do entendimento intersubjetivo daqueles que agem comunicativamente, por meio da aceitabilidade de pretensões de validade. Ao receber o fardo da integração social, o direito tem em si a responsabilidade de institucionalizar os resultados da formação discursiva da opinião e da vontade dos sujeitos. Esse processo democrático é responsável pela institucionalização das razões de todos os sujeitos, que na esfera moral guiam-se apenas pela defesa de suas liberdades privadas. Ver-se-á, ainda, que para Habermas, autonomia privada e autonomia pública também devem ser vistas como co-originárias, ou seja, para que o Estado de direito se sustente, não deve existir uma relação de prevalência de uma forma de autonomia sobre a outra. A legitimidade de uma ordem jurídica depende do equilíbrio autonomia privada e a autonomia pública dos cidadãos. O conflito entre os âmbitos da autonomia deve ser resolvido fazendo remissão ao que o filósofo chama de "fundamento comum" a ambas, que é o discurso, e ainda a um conhecimento intersubjetivo de um sistema de direitos composto por direitos fundamentais. Mas o que se percebe é que o embasamento dessa idéia não se encontra em qualquer forma discursiva. É onde se demonstra o princípio discursivo, sua especialização em princípio universalizante e princípio da democracia. Verificar-se-á também a relação entre poder político e poder comunicativo que confere a possibilidade de amarrar todos os elementos mostrados, na afirmação de que os cidadãos só poderão ser considerados co-autores das normas (às quais estão sujeitos na condição de sujeitos privados), caso o direito que for legitimado por eles, no exercício de sua autonomia política, seja o responsável pelo direcionamento do poder político.

Palavras Chave: direito, legitimação, Habermas, autonomia pública e privada, poder comunicativo, Estado democrático de direito.

ABSTRACT

Using the book *Direito e Democracia – entre facticidade e validade a*s a theoretical landmark, the author intends to present, in this dissertation, that the reconstruction of the role of law is crucial in how the philosopher proposes the structure and legitimacy of the democratic Rule of law. Habermas seeks to interpret the society from a vision of the internal legal system and using the theory of communicative action makes possible the realization of the criticism of formal democracy and enables the investigation of the validity of a plea of legitimate order. He abandons the form that the relationship between law and moral had in his theory, separates the two spheres and denies the relation of hierarchy and subordination of the law in relation to moral, which until then was held in his work. Changing the way he sees the role of law (which becomes the medium for social integration of modern communities), Habermas also needs to change his proposals on how it verifies and certifies the legitimacy of law, because by then the answer was in moral itself, as a last resort to which recourse. With the statement that law and moral spheres are complementary and co-originating, the philosopher presents a legitimate process that draws its strength from the intersubjective understanding of those who act communicative, through the acceptance of claims of validity. To receive the burden of social integration, the law is in the responsibility to institutionalize the results of the discursive formation of opinion and the will of the subject. The democratic process is responsible for the institutionalization of the interests of all subjects. On the moral sphere subjects guide themselves only to defend of their private freedoms. It will be seen also that for Habermas, private autonomy and public autonomy should also be seen as co-originating, it means that to the Rule of law needs be sustained, there should not be a relationship of prevalence of a form of autonomy on the other. The legitimacy of a law depends on the balance private autonomy and public autonomy of citizens. The conflict between the scope of autonomy should be resolved by reference to what the philosopher calls "common ground" to both, which is the discourse, and a intersubjective knowledge of an system of rights composed of fundamental rights. The light of this idea does not exists in discourse picked by the chance. It exists in the principle discursive, its specification in the universalizing principle and the principle of democracy. There will be also the relationship between political power and communicative power that gives the opportunity to tie all the elements shown in the statement that citizens may be considered co-authors of the standards (which are subject to the condition of subjects on their private life) if the law that is legitimate for them, in exercise of their political autonomy, being responsible for the direction of political power.

Keywords: law, legitimacy, Habermas, public and private autonomy, communicative power, democratic Rule of law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....9

1. O direito e a teoria do agir comunicativo.....17

1.1 Razão prática e razão comunicativa.....17

1.2 Facticidade e valiade – o *medium* da linguagem 20

1.3 Agir comunicativo e integração social 28

1.4 O direito como fonte de integração social.....33

2. A legitimação do direito.....39

2.1 O direito moderno sob a ótica do agir comunicativo.....40

2.2 Direitos subjetivos e legitimação – um resgate histórico-teórico.....41

2.3 A relação entre autonomia privada e autonomia pública – direitos humanos e soberania do povo.....48

2.4 O princípio 'D'.....52

2.5 A legitimação do direito segundo a teoria habermasiana.....54

3. Direito, legitimação e poder.....63

3.1 A legitimidade do poder segundo a análise habermasiana.....65

3.2 A relação entre direito e poder político 68

3.3 A formação do poder comunicativo segundo Habermas.....73

3.4 Estado de direito, Estado democrático de direito e democracia deliberativa.....79

CONCLUSÃO.....86

REFERÊNCIAS.....89

INTRODUÇÃO

Jürgen Habermas é considerado atualmente como o maior expoente da segunda[1] geração de representantes do Instituto de Pesquisa Social de Frankfurt, núcleo da chamada Escola de Frankfurt. Em 1992, (onze anos após a publicação da *Teoria da Ação Comunicativa*), lança o seu *Faktizität und Geltung* ou *Direito e Democracia – entre facticidade e validade,* livro base desta dissertação[2]. A publicação desta obra atuou como um divisor de águas na teoria de Habermas, alterando de forma bastante contundente a forma como ele enxergava a relação entre direito e moral e o papel do direito nas modernas e complexas sociedades dos tempos atuais.

Ainda no prefácio do livro, Habermas faz questão de esclarecer sua mudança de postura dizendo: "Convém notar, todavia, que atualmente eu não determino mais a relação complementar entre moral e direito seguindo a linha traçada nas Tanner Lectures[3]" (2003, v. 1, p.10). Nesse tempo, Habermas ainda apresentava a legitimação do direito fundamentada na moral, havia uma relação hierárquica na qual o direito subordinava-se à moral.

Para o filósofo, direito e moral representam normas de ação e se diferenciam da eticidade tradicional, uma vez que esta não mais funciona como sustentáculo para a socialização regulada por meio de normas. Entretanto, não deixa de existir a possibilidade de complementação entre direito e moral. Configuram, ainda, uma relação de co-originariedade (surgem lado a lado) o que possibilitará a eles a ação conjunta necessária à substituição de esferas metafísicas na integração social (autoridades sagradas realizavam essa função, organizando as ações dos sujeitos).

O processo de racionalização experimentado na passagem para a modernidade caracteriza-se pelo fato de se questionar o fundamento último dessas autoridades sagradas - verdadeiros referenciais de valores culturais, éticos, morais e jurídicos nas sociedades pré-modernas. Não há mais o recurso a uma fundamentação que dependa de um elemento

---

[1] Em sua primeira composição (anterior ao seu fechamento, provocado pela ascensão do nazismo) contava com nomes como Adorno, Horkheimer, Fromm e Marcuse.

[2] Utilizo neste trabalho a seguinte edição: Jürgen Habermas. **Direito e Democracia –** entre facticidade e validade, 2 vs. Tradução de. Flávio Beno Siebeneichler – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. O título "Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade" foi escolhido para apresentar o livro na língua portuguesa. No original, em alemão: "Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats", que significa: "Facticidade e Validade: Contribuições para a Teoria Discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito" (tradução livre).

[33] As Tanner Lectures foram aulas ministradas por Habermas na Universidade de Harvard, seis anos antes da publicação de Direito e Democracia.

externo, o que se busca, então é uma legitimação inerente ao próprio procedimento da construção das normas. Assim como o direito, também a política terá suas estruturas modificadas para se tornar um espaço de conflitos entre diferentes eticidades no qual não há mais espaço para entender o poder político como exercício de defesa de direitos naturais.

> Através dos componentes de legitimidade da validade jurídica, o direito adquire uma relação com a moral. Entretanto, essa relação **não deve levar-nos a subordinar o direito à moral, no sentido de uma hierarquia de normas**. A idéia de que existe uma hierarquia de leis faz parte do mundo pré-moderno do direito. A moral autônoma e o direito positivo, que depende de fundamentação, encontram-se numa relação de complementação recíproca (2003, v.1, p. 141, grifo meu).

Dentro desta relação entre a moral e direito, pode-se verificar que o papel institucional deste último torna-se fundamental para revestir a moral tradicional de uma aura de obrigatoriedade – a forma jurídica compensa as deficiências dessa moral na medida em que seus mandamentos carecem do contato com uma instituição que é capaz de por em termos práticos o que antes eram apenas expectativas moralmente justificadas. Vê-se ainda, que o campo da moral e o campo do direito possuem um núcleo em comum, definido pelo autor por meio de um procedimento de aceitabilidade racional que se dá entre os sujeitos, ao que ele chama princípio do discurso: "são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais" (Ibid., p. 142).

O que se vê é que Habermas engrossa a fileira de pesquisadores das ciências sociais e humanas que voltaram suas pesquisas ao estudo da legitimidade como meio de justificação da ordem jurídica posta. O tema suscita constantes renovações e reinvenções que, conseqüentemente, permitem a sobrevivência e manutenção da questão a alterações de cenários históricos e sociais da humanidade. Apesar de ter sido analisada, debatida e questionada por diversos autores ao longo da história, a legitimidade ainda surge como um tema delicado e controverso, aberto a diversas formas e ângulos de análise, inclusive o do direito.

Vive-se em uma conjuntura mundial em que se verifica nas sociedades contemporâneas o surgimento de crises de todos os tipos: éticas, jurídicas, morais, políticas, sociais. Nesse contexto se afigura a pertinência dos questionamentos feitos por Habermas ao longo da construção de sua teoria discursiva. Se a marca destas novas

sociedades é justamente a dificuldade dos cidadãos em partilhar valores comuns, estas sociedades estão aptas a obter legitimação? É a moral, sozinha, capaz de garantir que a legitimidade de leis e políticas públicas em um mundo que é marcado pela pluralidade e pelas mais diversas formas de entender a ética? Segundo Habermas:

> onde se fundamenta a legitimidade de regras que podem ser modificadas a qualquer momento pelo legislador político? Esta pergunta torna-se angustiante em sociedades pluralistas, nas quais as próprias éticas coletivamente impositivas e as cosmovisões se desintegraram e onde a moral pós-tradicional da consciência, que entrou em seu lugar, não oferece mais uma base capaz de substituir o direito natural, antes fundado na religião ou na metafísica. Ora, o processo democrático da criação do direito constitui a única fonte pós-metafísica da legitimidade. No entanto, é preciso saber de onde ele tira sua força legitimadora (2003, v.1, p. 56).

Necessário se faz à Filosofia do Direito o reexame de todos os paradigmas jurídicos adotados tradicionalmente4, visando edificar outra compreensão da legitimação do direito e do poder político que esteja habilitada a fazer frente à complexidade e ao pluralismo5 das sociedades atuais. Para que isso ocorra é preciso garantir a este direito, ares de legitimidade suficientes para se manter como válido em sociedades democráticas, partindo da crença de ser o Estado de Direito uma representação de todo um processo de construção de sociedades livres, autônomas e emancipadas[6]. Claro que se sabe da dificuldade em abandonar paradigmas nos quais já se sente o ilusório conforto de achar que sabemos tudo que há para saber. É preciso "reconhecer, por um lado, o caráter finito, falível e precário da condição humana, algo que exige um aprendizado crítico e reflexivo em face de tradições sempre carentes de justificação, e por vezes abandonar aquilo que nos parece mais óbvio, natural, certo e assentado" (CRUZ, 2006, p. XI, prefácio).

Infere-se a legitimidade de um procedimento onde se busca resgatar discursivamente a pretensão de validade das normas, onde "tanto a validade social, como a obediência fática, variam de acordo com a fé dos membros da comunidade de direito na

---

[4] Habermas acredita que é imperativa a superação destes paradigmas hegemônicos, visto que os modelos jurídicos social burocrático e liberal já não logram mais como capazes de responder às necessidades das referidas sociedades.

[5] Observa-se que, para Habermas, o pluralismo é uma das marcas que definem as democracias contemporâneas. Para Gisele Citadino "a identidade pós-convencional é fruto, portanto, da inexistência de visões éticas, religiosas ou tradicionais de mundo que possam configurar um sistema de valores compartilhados capaz de estabelecer um consenso básico entre os cidadãos" e isto teria despertado no pensador o interesse em descobrir como tantos "mundos pluralizados" podem se integrar socialmente (2000, p.170).

[6] Cf. VIEIRA, Suzana Gauer. A Teoria Democrática de Jürgen Habermas. **Revista Jurídica UNIJUS** – V.4, n. 1 – Uberaba: UNIUBE, 2001. pp.10-38.

legitimidade, e esta fé, por sua vez, apóia-se na suposição da legitimidade, isto é, na fundamentabilidade das respectivas normas" (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 50).

O pensador de Frankfurt defende que os sujeitos diretamente atingidos pelos problemas sociais ou injustiças têm condições de estabelecer, sempre por meio do diálogo, as normas e os princípios aptos a manter uma convivência democrática verdadeira. Garante também, que "os homens agem como sujeitos livres na medida em que obedecem as leis que eles mesmos estabelecem, servindo-se de noções adquiridas num processo intersubjetivo" (2003, v. 2, pp. 189-190).

O pensamento habermasiano segue orientando-se pela idéia firme de que a autonomia jurídica dos cidadãos exige que os destinatários das normas possam ao mesmo tempo verem-se como seus autores. Os membros de cada sociedade desenvolvem, em co-autoria, a ordem jurídica e as linhas diretivas dos discursos públicos que serão institucionalizados juridicamente. E, para o autor, a "idéia democrática da autolegislação não tem opção senão validar-se a si mesma no *médium* do direito" (SANTOS, 2002, p. 293).

Caracteriza-se a procedimentalidade da teoria proposta por Habermas como o reconhecimento do "processo democrático de manifestação da soberania do povo como fonte do poder comunicativo que fornece, em última análise, validade e legitimidade do Direito" (VIEIRA, 2001, p. 33).

Neste sentido, acredita-se que não há como obter a tão almejada legitimidade para um conjunto coercitivo de normas se não for por meio de procedimentos democráticos[7], onde seus princípios constitutivos e a realização propriamente dita da formação da opinião e da vontade estejam cercados por todos os cuidados e prescrições necessários. Em termos técnicos mais voltados à própria técnica legislativa, pode-se afirmar que a lei há de ser "produto de um procedimento realizado em contraditório, ampla defesa e em simétrica paridade aberta a todos de tal modo a permitir a qualquer do povo a fiscalização processual de constitucionalidade dos procedimentos legiferantes" (LEAL, 2003, p. 93).

[7] "Desde Locke, Rousseau e Kant, não apenas na filosofia, mas também pouco a pouco na realidade constitucional das sociedades ocidentais, firmou-se um conceito de direito do qual se espera que se preste contas tanto à positividade quanto ao caráter do direito coercitivo como assegurador da liberdade. Se as normas sustentadas por meio de ameaças de sanções estatais remontam a decisões modificáveis de um legislador político, nessa circunstância enreda-se a exigência de legitimação de que esse tipo de direito estrito seja capaz de assegurar eqüitativamente a autonomia de todas as pessoas do direito; e para que se atenda essa exigência, o procedimento democrático legislativo deve ser suficiente" (SANTOS, 2002, p. 286).

Para Jusefovicz, Habermas, “ao encetar um caminho lançando mão da teoria do agir comunicativo, possibilita a crítica da democracia formal e, sobretudo, permite investigar o fundamento de validade de uma ordem jurídica legítima” (2006, p. 154).

Por meio deste estudo pretendo mostrar como a teoria discursiva do direito desenvolvida por Habermas fornece sustentáculo para a legitimação dos ordenamentos jurídicos vigentes nas sociedades ocidentais e, por conseguinte, para a validação das proposições de conteúdo político. Dentro deste processo tenho a intenção de apontar que a atuação dos cidadãos como co-autores das normas é base fundamental para a teoria do discurso e, conseqüentemente, para que a referida legitimação seja possível.

Para este trabalho, exponho o que foi proposto dividindo-o em três capítulos. No primeiro capítulo, proponho-me a apresentar os argumentos base da teoria de Habermas, versando sobre a relação entre facticidade e validade interna à linguagem, o agir comunicativo e o direito como fator de integração social (também relacionado com outras formas de integração).

A partir daí, desenvolvo, no segundo capítulo, a análise da teoria discursiva do direito e de como o direito poderá ser legitimado a partir dela. Mostro a presença da tensão entre facticidade e validade presente na relação entre direitos humanos e soberania do povo (autonomia privada e autonomia pública) e a aplicação e desdobramentos do princípio do discurso.

No terceiro e último capítulo levanto a relação entre o direito e o poder político, constatando como essa relação se constrói dentro da teoria discursiva e qual o papel da distinção verificada entre poder político (administrativo) e poder comunicativo na sustentação do Estado de direito segundo o paradigma democrático. Apresenta-se que as políticas devem se orientar pelas condições da gênese democrática do direito. Por último vê-se a questão da democracia deliberativa e a legitimidade das formas de representação dentro dos espaços de formação da opinião e da vontade voltada para a produção de leis e políticas públicas. No correr de todo o texto apresento aqui e ali, alguns autores cujas opiniões divergem da de Habermas no intuito de fornecer subsídios para quem tenha interesse de aprofundar-se nas críticas ou realizar trabalhos comparativos.

Busco, assim, mostrar como Habermas redefine o papel do direito nas sociedades modernas, indo do estudo do processo de legitimação do corpo de leis até aos princípios do Estado de direito e sua vertente democrática. Para tanto, o recorte teórico feito limitar-se-á à verificação da tensão entre facticidade e validade no âmbito interior ao direito, à

construção e legitimação do mesmo, à formação dos espaços onde isso acontece e a verificar quais os reflexos da produção discursiva das normas na sustentação e legitimação do próprio Estado democrático do direito. Não pretendo, entretanto, pressupor que o processo de legitimação possa se dar apenas na dimensão interna da referida tensão. Existe uma unidade entre as duas dimensões do direito e elas não se apresentam de forma apartada quando do dia-a-dia dos acontecimentos.

Apenas não é o intuito desse trabalho demonstrar a aplicabilidade do direito, sua aceitabilidade social (de cada norma em específico), ou empreender um estudo técnico jurídico acerca do controle de constitucionalidade e seu papel democrático dentro das sociedades complexas. Esses desdobramentos da teoria de Habermas dizem respeito a formas da tensão entre facticidade e validade exteriores ao direito e merecem estudo próprio, voltado, inclusive, à aplicabilidade da teoria discursiva a países de terceiro mundo, como o Brasil, por exemplo. Não me escapa que é, principalmente, nesta área que Habermas sofre as críticas mais contundentes, como a que faz Borges:

> não é por acaso que o paradigma discursivo de Habermas se projeta sobre as doutrinas dos direitos humanos e da soberania nacional. No mínimo, o direito burguês reeditado garantirá que a plebe fique distante do salão e do parlamento, embora seja-lhe, em princípio, garantido o direito de participação. A uma universalização de ideais do tipo "emancipação da espécie" corresponde uma particularização do direito e do meio que, em última instância, são os do autor, de sua classe social e de sua nação. Mais uma vez, queremos destacar a armadilha do ideólogo, que consiste em impedir que a universalização dos ideais se realize na prática, pois ela esconde interesses particulares. Isso significa que a miséria, que se espalha, deve ser contida – já que nos Estados desenvolvidos haja não só mecanismos de governo e de controle, mas também uma ideologia jurídica adequada à era da globalização" (2004, p. 361).

E que recebe as defesas mais apaixonadas, como a que realiza Cruz, ao afirmar que:

> as condições "ideais" do discurso são pressupostos contrafactuais inerentes à comunicação. Portanto, não podem ser compreendidos como algo transcendental que necessite de materialização para o reconhecimento da utilidade de sua proposta. Fosse assim, sua teoria seria inaplicável, não só no Brasil, como sustentam os comunitaristas, mas em qualquer país do mundo, pois, mesmo na Alemanha ou nos Estados Unidos, existem hipossuficientes econômicos e minorias (2006, pp. 242-243).

Não ignoro, portanto, que a teoria de Habermas possua dificuldades, lacunas e pontos obscuros. Entretanto, o conceito de direito proposto pelo filósofo que vai se delineando ao longo do estudo e que permite vê-lo como o resultado das interações discursivas entre os sujeitos na formação da opinião e da vontade, aparece para mim, como a proposição teórica que se afigura com as maiores chances de sustentação nas condições e espaços sociais que existem na atualidade. Ao estabilizar a tensão entre facticidade e validade que reside entre a soberania do povo e direitos humanos, Habermas possibilita que inúmeras questões acerca da legitimidade do direito e do poder político na seara do Estado de direito democrático possam ser solucionadas. É o que se pretende mostrar, afinal.

CAPÍTULO 1

O DIREITO E A TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO

1. O direito e a teoria do agir comunicativo

1.1 Razão prática e razão comunicativa

Habermas inicia *Direito e Democracia* abordando o que seria, para ele, o conceito de razão prática para a modernidade[8]. Trata-se de uma "transposição de conceitos aristotélicos para premissas da filosofia do sujeito" (2003, vol 1, p. 17). Uma reelaboração empreendida pela modernidade que desenvolve uma nova conceituação de razão prática referente "à felicidade, entendida de modo individualista e à autonomia do indivíduo, moralmente agudizada" (Ibid., loc. cit.).

Esta filosofia prática tem como ponto de partida a idéia de que os sujeitos pensam o mundo e a história tendo eles mesmos como referencial. Dessa forma, via-se o sujeito como elemento de difusão da moral e da política – "no papel de cidadão do mundo, o indivíduo confunde-se com o do homem em geral". Com o advento do século XIX, quando até então se valorizava apenas o sujeito sob a perspectiva privada, passa-se a considerar igualmente "sua história de vida, e os Estados – enquanto sujeitos do direito internacional – passam a ser considerados na tessitura da história das nações" (Ibid., loc. cit.).

O resultado dessa união da idéia de razão prática à uma faculdade subjetiva proporciona um caráter normativo à sua atuação, que passaria a orientar os sujeitos em suas ações, concedendo alternativas aos problemas que afligem aos indivíduos e suas comunidades. Ficaria, ainda, a cargo do direito natural a institucionalização dessas orientações em termos sociopolíticos[9]. De acordo com Habermas, "até Hegel, a razão prática pretendia orientar o indivíduo em seu agir, e o direito natural devia configurar normativamente a única e correta ordem política e social" (Ibid., p. 19). Nas sociedades modernas, entretanto, essa normatividade da razão prática se faz notar na organização democrática da sociedade ordenada burocraticamente e que tem sua orientação dada por meio da ligação entre Estado e economia.

Habermas afirma que tudo isso termina por deixar o direito racional em dificuldades para conseguir buscar seu conteúdo, pois com a centralização da razão prática

---

[8] Essa conceituação interessa a esse trabalho visto que a partir dela têm-se condições de observar como a razão comunicativa proposta por Habermas se constitui e se diferencia das demais.

[9] Cf. MOREIRA, Luis. **Fundamentação do Direito em Jürgen Habermas.** Belo Horizonte: UFMG/FAFICH, 1999, pp. 107-109.

nos sujeitos como única realidade do mundo não se pode mais procurar referências "na teleologia da história, na constituição do homem ou no fundo de tradições bem-sucedidas". Esse desaparecimento das instâncias que se afiguravam como as fontes imediatas para a orientação da vida prática se afigura para o pensador como a possibilidade de se abrir espaços para formas de recusa da racionalidade (2003, v. 1, p. 19).

O filósofo, ao fazer uso da teoria do agir comunicativo, substitui a razão prática pela comunicativa, que se diferencia da razão prática[10] através do *médium* da linguagem, não estando restrita ao homem de maneira singular ou à sociedade vista como um macrosujeito[11] sociopolítico.

Habermas apresenta esse deslocamento do conceito de razão para o *médium* lingüístico e conseqüente atenuação da ligação daquele com a moral como uma maneira do conceito adquirir outros "contornos teóricos, podendo servir aos objetivos descritivos da

[10] Apesar de Habermas se distanciar do conceito kantiano de razão prática por meio da *linguistic turn*, foi na filosofia deste que buscou suas referências para elaborar também uma teoria ética deontológica (aquela que estabelece critérios para descobrirmos se uma regra é a expressão de uma obrigação moralmente genuína), conhecida por ética discursiva. O núcleo desta forma de abordagem ética reside no entendimento entre seres humanos através da linguagem – *médium* através do qual se pode alcançar este entendimento. A Razão prática kantiana é o complemento necessário de sua razão teórica. Refere-se às leis do mundo social (*sollen*), onde o homem possui o poder de definir sua finalidade. É o mundo do dever ser, onde valem os julgamentos morais. (FREITAG, Bárbara. A questão da moralidade: da razão prática de Kant à ética discursiva de Habermas. **Tempo Social.** Ver. Social. USP, SP, Volume 1: 7-44, 2. Sem., 1989). Considerando que para Kant o comportamento moral é um comportamento regrado, que uma ação praticada por dever possui valoração na máxima que a determina e que as ações seriam todas determinadas por máximas, o Imperativo Categórico seria a máxima maior, a regra das regras que orientaria todos os outros princípios, inclusive o princípio do direito. Procedimento de teste, um princípio que fundamenta todas as nossas regras de ação. (DALL'AGNOL, Darlei. **Bioética.** Rio de Janeiro: DP&A, 2004).

[11] Para Barbara Freitag, "a reformulação sociológica da moralidade relega o sujeito a um segundo plano. Desta forma, a existência objetiva da lei (ética) assume prioridade diante da consciência da necessidade do respeito à lei (moralidade). A dialética entre sujeito e sociedade, presente na argumentação de Kant e Piaget, na qual cabe ao pólo do sujeito o comando do processo legislador, é redefinida, atribuindo-se exclusivamente à sociedade a competência de formular a lei objetiva. Ao indivíduo cabe sujeitar-se a ela, integrar-se no contexto societário, subordinando-se ao interesse geral. A hegemonia em face do indivíduo é legitimada pela afirmação de que a sobrevivência do todo tem primazia sobre a sobrevivência do sujeito. Este, transformado em mero elemento ou parte integrante do todo, é despido das características que expressavam a sua essência: razão e liberdade. A sociologia positivista, em princípio contrária a qualquer forma de reducionismo comete o reducionismo mais fatal: identifica sociedade com natureza, leis sociais com leis físicas. Apesar de todas as diferenças de matiz ou de conteúdo entre as teorias sociológicas clássicas e modernas, entre marxistas e teóricos sistêmicos, entre os sociólogos positivistas e os críticos, há unanimidade em um ponto: a objetividade do social é implacável, prevalecendo sobre a subjetividade do indivíduo. O mundo social, o sistema dos costumes e fins, ou seja, a sociedade passa a ser vista pela sociologia como uma realidade objetiva, de existência própria. Os fatos sociais, as relações de produção, o sistema social, afirmam-se como "coisas" alheias, independentes e contrárias ao sujeito dotado de vontade. A sociologia dos séculos XIX e XX decreta a impotência do sujeito". Para Habermas, tanto a idéia de "uma sociedade centrada no Estado quanto a de uma sociedade composta de indivíduos" não podem ser utilizadas indistintamente, pois "a própria teoria marxista da sociedade convencera-se da necessidade de renunciar a uma teoria normativa do Estado" (2003, v.1, pp.17-18).

reconstrução de estruturas da competência e da consciência, além de possibilitar a conexão com modos de ver funcionais e com explicações empíricas (2003, v.1, p. 19).

Segundo Dutra, o próprio Habermas admite que a ética discursiva pode comportar em seus quadros uma reformulação da ética kantiana. Para o autor, verifica-se na teoria discursiva uma reconstrução do imperativo categórico, que em termos consensuais apresenta-se como o princípio universalizante no qual se define que as prováveis conseqüências ou efeitos colaterais resultantes da obediência geral a uma regra que tenha por objetivo a satisfação de interesses de cada indivíduo, devem ser aceitas por todos os interessados. O imperativo, reinterpretado de uma forma comunicativa, passa a dar conta da questão do sentido de validade de forma diferente, mas ainda conserva o caráter universalista da ética[12].

Habermas quer deixar claro, entretanto, que ao contrário da razão prática, a razão comunicativa não se presta a ditar regras do agir[13], apesar de possuir também o seu conteúdo normativo. Tal conteúdo refere-se aos pressupostos de validade do discurso ("pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual"), e não ao que dele se retira (Ibid., p. 20).

Por pressupostos de validade entendem-se aqueles que orientam os que agem comunicativamente, obrigando-os a "empreender idealizações, por exemplo, atribuir significado idêntico a enunciados, a levantar uma pretensão de validade em relação aos proferimentos e a considerar os destinatários imputáveis, isto é, verazes consigo mesmos e com os outros" (Ibid., loc. cit.). Deste trecho podem-se extrair quatro pressupostos: verdade, correção ou justeza normativa (retidão), veracidade (sinceridade) e inteligibilidade, que funcionam como condicionais à própria produção do consenso. Estabelecem-se estas pretensões previamente para que não existam discussões acerca delas mesmas, ou seja, elas devem ser reconhecidas intersubjetivamente e aceitas como incontestáveis para que possa acontecer a interação entre os sujeitos e cada argumento apresentado por eles deverá preencher suas requisições.

Concordo com Luiz Moreira quando este nos diz que é ao recusar o caráter normativo da razão prática que Habermas parte à formulação de um novo conceito de direito. Neste conceito recusará a relação de dependência entre direito e moral que ele

---

[12] Cf. DUTRA, Delamar Volpato. **Kant e Habermas:** a formulação discursiva da moral kantiana. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. Pp. 131-134.

[13] Apesar da razão comunicativa não se constituir de ditames, segundo Habermas, "o que está embutido na base da validade da fala também se comunica às formas de vida reproduzidas pela via do agir comunicativo" (2003, vol, 1, p. 20).

mesmo preconizava e que firmará as bases de sua dependência de uma razão procedimental, interpretando a teoria do direito por meio da teoria do discurso (1999, p. 111).

Não se deve esquecer que, para Habermas, apesar daquela base de pressupostos do tipo contrafactual (pressupostos que configuram a situação de fala ideal) formar indicações normativas apenas à prática do entendimento factual, poderá, também, "voltar-se criticamente contra seus próprios resultados, ou *transceder-se* a si própria. Desse modo, a tensão entre idéia e realidade irrompe na própria facticidade de formas de vida estruturadas lingüisticamente" (2003, v. 1, p. 21).

1.2 Facticidade e validade – o *medium* da linguagem

Sabe-se que a vida cotidiana é repleta de conflitos e tensões entre as inúmeras esferas que a compõem, cada vez mais automizadas. Habermas levanta a pergunta sobre como estabilizar a constante possibilidade de dissenso e a iminência de conflitos decorrentes dessas tensões, garantindo assim a reprodução de uma sociedade que se caracteriza por sua pluralidade de domínios.

Afiguram-se duas maneiras diferentes de promover a estabilização da sociedade: uma que neutraliza o conflito, objetivando a manutenção da reprodução material da sociedade (onde os atores são considerados meros meios para o alcance desse fim, ou seja, orienta-se, neste tipo de ação instrumental, pelo êxito e assim espera-se neutralizar o dissenso) e outra, proposta por Habermas, a que chama de ação comunicativa. Essa forma diferencia-se da primeira porque não objetiva o êxito e a reprodução material, e sim busca o entendimento entre os sujeitos participantes do discurso em iguais condições de participação e segundo o auspício de regras estabelecidas por eles mesmos.

Ambos os tipos de ação necessitam da existência de pressupostos sem os quais não conseguiriam fazer sentido. A ação de tipo instrumental precisa pressupor como objetivo garantir a reprodução material da sociedade. Já a ação comunicativa, para acontecer, precisa pressupor a existência de condições de eficácia de seus resultados (garantia da forma (estrutura) como se dará a produção discursiva) e a conseqüente manutenção do processo comunicativo. Em decorrência desta necessidade de se ater a determinadas

condições para existirem, também as duas precisarão de espaços (domínios) onde poderão realizar os fins a que se propõem.

Habermas chama de sistema (o Estado, e o mercado capitalista, por exemplo) o domínio onde predominam as ações de tipo instrumental e de mundo da vida[14], o domínio onde as ações comunicativas estão em supremacia. Como as demais esferas que compõem as sociedades modernas, sistema e mundo da vida possuem autonomia e lógicas específicas de funcionamento, entretanto, é necessária a existência das duas para a manutenção do equilíbrio de uma sociedade.

O autor coloca que a relação entre eles é uma "via de mão dupla" onde existem, de um lado, as pretensões colonizadoras do sistema (interferências da lógica instrumental no mundo da vida), e de outro lado, a busca de emancipação da dominação sistêmica empreendida pelo mundo da vida. Assim, segundo a proposta habermasiana, caberá ao direito realizar a mediação necessária entre as duas esferas, atuando como o ponto de ligação entre elas. Ao mesmo tempo em que exerce suas funções sistêmicas (podendo inclusive servir como instrumento de colonização), também atua como uma espécie de tradutor transformando o que é produzido comunicativamente em termos de poder e de dinheiro.

Essa tensão interna que o direito carrega dentro de si configura-se, então, pelo fato de que, ao mesmo tempo, o direito pode aparecer como coerção (facticidade) e como expressão da formação discursiva da opinião e da vontade (validade da norma produzida legitimamente). A legitimidade do direito depende da coexistência dessas duas condições, quais sejam, a facticidade e validade.

Importante ressaltar que essa tensão não possui sentido único e se presta a várias compreensões diferentes. Poderá ser analisada tanto internamente quanto externamente ao direito (coerção *versus* validade, ou ainda, poder político *versus* autonomia dos cidadãos). E, ao perpassar diferentes níveis de justificação, abrange desde a linguagem até o funcionamento do próprio Estado Democrático de Direito.[15]

Segundo Habermas, a teoria do agir comunicativo também "tenta assimilar a tensão que existe entre facticidade e validade" e assim se envolve na seguinte questão: "como

[14] Mais a frente o conceito de mundo da vida será melhor explicitado.
[15] Cf. SEGATTO, Antonio Ianni. A tensão entre facticidade e validade. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org.) **Direito e Democracia:** um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 15-29.

explicar a possibilidade de reprodução da sociedade num solo tão frágil como é o das pretensões de validade transcendentes?" (2003, v.1., p. 25)

Uma das maneiras de se observar a tensão entre facticidade e validade é observá-la no nível linguistico e verificar porque Habermas acredita que essa tensão configura-se como um elemento estrutural da linguagem.

De acordo com Habermas, "o conceito do agir comunicativo atribui às forças ilocucionárias da linguagem orientada ao entendimento a função importante de coordenadoras da ação[16]", pois o problema da coordenação coloca-se, como nos diz o autor, "a partir do momento em que o ator só pode executar seu plano de ação de modo interativo, isto é, com auxílio (ou mediante a omissão de auxílio) de pelo menos outro ator" (2002, p. 71). Ou seja, considerando que a força[17] de enunciação dos atos ilocucionários[18] é determinante para a tentativa de reconhecimento pelo que ouve daquilo que o que fala quer exprimir e que a obtenção do consenso via uso da linguagem torna-se definitivo para a coordenação das ações, não há como negar que o agir comunicativo

[16]É partindo da teoria dos atos de fala de Austin que Habermas dá a tônica para a sua teoria do agir comunicativo, principalmente no tocante aos atos ilocucionários, que, como veremos mais a frente, são o que confere força ao conteúdo de uma proposição. Vânia Azeredo expõe em seu artigo que "Austin considera a linguagem como ação, recusando a tônica do significado e propondo o conceito de eficácia do ato lingüístico. Esse ato será feliz ou infeliz conforme suas condições de sucesso na interação comunicativa. Com a proposição de que as condições de uso determinam o significado, a própria noção de significado perde sua carga semântica, pois a linguagem passa a envolver os elementos do contexto de enunciação, assim como as convenções e intenções do falante. Austin substitui a teoria do significado por uma teoria da ação, pois o dizer algo implica realizar algo mediante a linguagem. Daí a linguagem ser considerada enquanto ação e a verdade ser situada em uma dimensão pragmática, contexto de enunciação, e não semântica. Em *Quando dizer é fazer,* caracteriza o proferimento performativo como "aquela expressão lingüística que não consiste, ou não consiste, apenas, em dizer algo, mas em fazer algo, não sendo um relato, verdadeiro ou falso sobre alguma coisa" (Austin 2, p. 38). Austin trabalha com as forças dos proferimentos, diferindo, em vista disso, o ato de dizer algo, ato de falar, que denomina de locucionário; o ato feito ao dizer, intenção da fala, que seria o ilocucionário e o ato obtido porque se disse algo, sentido da fala, que corresponde ao perlocucionário. No mesmo texto, afirma: "Expliquei a realização de um ato nesse novo sentido como sendo a realização de um ato ilocucionário, isto é, a realização de um ato *ao* dizer algo em oposição à realização de um ato *de* dizer algo. Vou referir-me à doutrina dos diferentes tipos de funções da linguagem que aqui nos interessam como sendo a doutrina das forças 'ilocucionárias" (Ibid., p. 89). O autor reconhece que toda proposição, proferida em uma dada situação lingüística, deve ser analisada sob a ótica das forças pragmático-lingüísticas que ela encerra. A teoria dos atos de fala de Austin suscita diversas questões atinentes à linguagem, contudo, interessa aqui resgatar os elementos presentes na ética do discurso proposta por Habermas. Sem dúvida, os performativos, assim como, de um modo geral, as forças dos atos lingüísticos, propostas por Austin, estão presentes na construção teórica habermasiana e são, inclusive, condição de possibilidade para um agir comunicativo" (Perspectivas de uma fundamentação pragmático-linguística. **Veritas.** Porto Alegre, v. 51, n. 01, março 2006. P. 112-120). Para saber mais procurar por Austin em *Quando dizer é fazer.* Tradução. de Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990 (original de 1962).

[17] "A força de um ato ilocucionário é medida pelas razões que esse pode oferecer para que seja reconhecida a pretensão de validade por ele exigida. Essa é a força, a *coerção sem coerções* resultante da argumentação, a qual deve embasar o consenso, o entendimento" (DUTRA, 2002, p. 147).

[18] "O componente ilocucionário determina o sentido de aplicação do que é dito" (HABERMAS, 2002, p. 67).

proposto por Habermas depende essencialmente do uso da linguagem dirigida ao entendimento (entre sujeitos por meio de enunciados considerados como válidos).

> Através de ações de fala são levantadas pretensões de validade criticáveis, as quais apontam para um reconhecimento intersubjetivo. A oferta contida num ato de fala adquire força obrigatória quando o falante garante, através de sua pretensão de validez, que está em condições de resgatar essa pretensão, caso seja exigido, empregando o tipo correto de argumentos. [...] Ofertas de atos de fala somente podem, é verdade, desenvolver um efeito coordenador de ações porque a força cogente de uma ação de fala, compreensível para o ouvinte e aceita por ele, se difunde também para as consequências relevantes da ação, que resultam no conteúdo semântico do proferimento – seja de modo simétrico para ambas as partes. [...] Eu caracterizei o compreender e aceitar de ações de fala como sucessos ilocucionários (HABERMAS, 2002, p. 72).

Para que exista a ação comunicativa, em que enunciados sejam efetivamente proferidos (configurando-se como atos de fala), é necessário que exista uma espécie de pano de fundo (uma situação de fala ideal) garantidor de condições e pressupostos básicos. Essa situação ideal de fala se configura de pressupostos contrafactuais (como já foi visto), assegurando que todos os potenciais participantes do discurso devem dispor de igual chance de proferir atos de fala, realizando questionamentos, interpretações, afirmações, sugestões, esclarecimentos e justificações, bem como problematizando as pretensões de validade das mesmas. De acordo com Habermas, são admitidos no discurso apenas os sujeitos (na condição de agentes) que possuam condições de empregar atos de fala (expressar posições, sentimentos, intenções), inclusive os regulativos (permitir/proibir, prometer/negar promessas ou dar/recusar ordens, por exemplo).[19]

Feitas essas considerações preliminares, pode-se voltar à questão central deste tópico e verificar como Habermas trata a relação entre facticidade e validade numa concepção pós guinada linguistica (linguistic turn[20]), utilizando-se de conceitos apropriados de dois outros autores, como se verá a seguir.

Conta o filósofo que, no final do século XIX, verificou-se o surgimento de interpretações empiristas que preferiam dar uma justificativa psicológica às relações conceituais ou lógicas.

---

[19] Cf. SEGATTO, 2008, pp. 46-47.

[20] O movimento conhecido como "guinada lingüística" se deu na segunda metade do século XX, sob a influência de filósofos da linguagem, tais como Gadamer, Ricoeur e Wittgenstein. Também foi impulsionado pelos lingüistas vinculados à Escola de Oxford (Austin, Ryle, Searle) e foi definitivo para a mudança de perspectiva na abordagem da linguagem, que passou a figurar como uma função cognitiva para constituir um meio para a ação.

Trata-se:

> de um movimento filosófico na Alemanha denominado naturalismo. Ele se propunha a atacar algumas das teses centrais do idealismo objetivo de Hegel e da metafísica especulativa de um modo geral. Sua orientação era francamente materialista e empirista. Inspirados por uma interpretação de alguns textos de John Stuart Mill, os naturalistas desenvolveram algumas teses acerca da relação entre lógica e psicologia. Nascia assim o psicologismo. A lógica, segundo os psicologistas, estudaria as *leis do pensamento*; e dado que o pensamento é algo psicológico, a lógica deveria ser uma ciência psicológica, isto é, ela deveria ser um ramo da psicologia (MACHADO, 2007, p. 55).

Abordagem teórica, segundo a qual o conhecimento de como as coisas são efetivamente é determinado, obrigatoriamente, pelas condições psicológicas que possuem os sujeitos no preciso momento em que o conhecimento está sendo elaborado por eles[21]. Em recusa a esta resposta psicológica, manifestaram-se Charles Sanders Pierce, Gottlob Frege, Edmund Husserl, G. E. Moore e B. Russel, em seus respectivos países, mas utilizando quase os mesmos argumentos. Habermas escolhe Frege como representante central dessa nova vertente que lançaria, como o autor acredita, as bases para a filosofia do século XX.

Para Habermas, a tese desse autor resume toda a objeção do grupo e dá primeiro passo rumo a referida guinada. Frege afirma que "há uma diferença entre nossos pensamentos e nossas representações" (2003, v. 1, p. 31). A diferença reside na constatação de que representações são individuais, residem em uma consciência, ou seja, requerem um sujeito portador para que se configurem. Já o pensamento transcende e objetiva a coletividade – está além de uma consciência individual, da necessidade de estabelecer-se em determinado tempo e em determinado espaço.

Assim explica Habermas: "representações são sempre minhas ou tuas representações; elas têm que ser atribuíveis a um sujeito identificável no espaço e no tempo, ao passo que os pensamentos ultrapassam os limites de uma consciência individual" (Ibid., pp. 27-28). Para ele, dependemos da mediação da linguagem para explicar tal diferença.

O pensamento não se configura como "o ato de pensar, e sim, seu conteúdo objetivo, capaz de ser propriedade de muitos. Ele não existe na consciência desse ou

[21] Cf. SEGATTO, 2008, p. 38.

daquele sujeito, mas põe-se do mesmo modo diante de todos que o apreendem, como sendo o mesmo pensamento" (SANTOS, 1981, p. 79 apud SEGATTO, 2008, p. 39).

Habermas concorda e acredita que certas expressões lingüísticas possuem significados idênticos para usuários diferentes. Isso significaria, ainda, que independentemente da situação em que forem utilizadas, estas expressões conservariam o mesmo significado. Trata-se de uma pressuposição necessária para se estabelecer a relação entre geral e particular na idealidade do conceito de pensamento:

> a idealidade, apoiada em sinais lingüísticos e regras gramaticais, caracteriza um pensamento geral, idêntico consigo mesmo, aberto e acessível, algo transcendente em relação a consciência individual, não se confundindo com as representações particulares, episódicas, acessíveis apenas privadamente ou imanentes a consciência (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 29).

Os pensamentos possuem, portanto, uma forma mais complexa que as representações. Estas últimas somente representariam coisas/objetos e os pensamentos representariam proposições ou reproduziriam um estado de coisas (passíveis de avaliação veritativa), pois quando um pensamento for dado por verdadeiro o enunciado que o reproduz é considerado um fato (Ibid., p. 28).

Dada a sua forma objetiva, como se observou, para apreender um pensamento não se fará necessário produzir uma representação e não se poderá dele ter percepções sensíveis, ou seja, não possui realidade efetiva. Tudo isso leva Frege a admitir que seria preciso a existência (além de um domínio de objetos materiais e outro de fenômenos subjetivos) de um terceiro "reino" que comportaria os pensamentos por estes não serem nem representações, nem coisas do mundo exterior.[22]

Nesse ponto têm-se condições de demonstrar que, segundo este raciocínio, a tensão entre facticidade e validade reside no fato de que, independentemente de proposições lógicas serem sempre amparadas por sujeitos inseridos em determinadas condições de espaço/tempo, as condições de verdade dessas proposições independem disso, ou seja, serão verdadeiras além da necessidade de uma consciência que as sustentem no espaço e no tempo.

Segundo a análise de Habermas: "não podemos mais apreender simplesmente e sem mediação pensamentos e fatos no mundo dos objetos representáveis; eles só são acessíveis

[22] Cf. SEGATTO, 2003, p.40.

enquanto representados, portanto em estados de coisas expressos através de proposições" (2003, v. 1, p 28). E proposições que expressam pensamentos, apesar de estarem sempre ligadas a situações factuais de enunciação (sustentadas por sujeitos no tempo e no espaço), não têm suas condições de verdade dependentes deste fato, ou seja, seu sentido de verdade transcende a consciência do sujeito, o tempo e o espaço (tensão entre facticidade e validade no campo da linguagem) – "O sentido veritativo não pode ser confundido com a sua existência" (Ibid., p. 30).

A crítica feita por Habermas a Frege[23] reside no fato de que, segundo o autor, Frege não consegue explicar o "sentido da verdade no horizonte da comunicação lingüística", pois "opera com um conceito semântico único sobre a linguagem, que não focaliza os demais aspectos da utilização da linguagem, deixando-os entregues à análise empírica (Ibid., p. 31). Ao escolher trabalhar a dimensão da verdade, Frege teria abandonando os demais aspectos sob os quais poderia ter analisado a questão dos enunciados e os vários empregos da linguagem.

Segundo o que preconiza Habermas, se Frege deu o primeiro passo para a guinada lingüística, é Pierce quem a completa, "incluindo na análise formal o uso da linguagem", considerando fundamentais a comunicação e a interpretação de sinais para as performances lingüísticas. Pierce propõe que para se fazer referência a um objeto determinado ou a um grupo de objetos inseridos no mundo, um signo dependerá de que seja constituída uma comunidade linguística que o interpretará como a representação daquele objeto ou grupo de objetos. Com isso, o autor se recusa a fundar o conhecimento baseando-se na relação entre sujeito e objeto, contrastando com a percepção tradicional acerca desse tema. Para conseguir seu intento, propõe que o conhecimento seja pensado como consequência de uma prática intersubjetiva da argumentação, um entendimento mútuo entre sujeitos de uma determinada comunidade científica. Assim vista, a tensão entre facticidade e validade aparecerá vinculada internamente aos pressupostos de comunicação, considerando-se que a verdade dos enunciados só pode ser alcançada "nos limites factuais da comunidade de pesquisa". [24]

Conforme Habermas, Pierce consegue, assim, definir que o "mundo como síntese de possíveis fatos só se constitui para uma comunidade de interpretação, cujos membros se

[23] Para o propósito deste trabalho não cabe questionar se a análise que Habermas empreende acerca das teorias de Frege e Pierce estão ou não corretas, mas sim, verificar como essa análise influencia e impacta o caminho que o autor resolve seguir com sua teoria a partir daquele momento.
[24] CF. SEGATTO, 2008, pp. 41-42.

entendem entre si sobre algo no mundo, no interior de um mundo compartilhado intersubjetivamente" (2003, v. 1., pp. 31-32).

O ponto de encontro entre o pensamento de Pierce e o de Habermas se dá no fato de que, o que até então era aplicável somente a uma comunidade científica, de pesquisadores, passa a valer também para as práticas comunicativas cotidianas, pois nelas também se verifica participantes buscando uma compreensão intersubjetiva sobre algo no mundo, buscando a validade de suas expressões.

Habermas demonstra que na prática cotidiana são utilizadas "todas as funções da linguagem e todas as relações com o mundo, de tal modo que o espectro das pretensões de validade se alarga, ultrapassando o das pretensões de verdade" e, por fim, diz que:

> a tensão entre validade e facticidade que Pierce descobriu nos pressupostos ineludíveis da argumentação que permeia a prática científica, pode ser detectada também nos pressupostos de diferentes tipos de argumentação e, inclusive, nos pressupostos pragmáticos dos atos de fala singulares e dos contextos interacionais por eles conectados (Ibid., pp. 34-35).

A teoria é pragmática porque interessam a Habermas as estruturas elementares que governam o uso comunicativo da linguagem, as quais se impõem tendo como intuito o alcance do entendimento, que poderá ser classificado como entendimento verdadeiro (efetivo) ou como entendimento falso (enganoso). Os sujeitos devem estar em condições de distinguir entre essas duas formas, pois sabem que entendimentos factuais podem ser enganosos[25].

Habermas define que "'real' é o que pode ser representado em proposições verdadeiras, ao passo que 'verdadeiro' pode ser explicado a partir da pretensão que é levantada por um em relação ao outro no momento em que assevera uma proposição" (Ibid., p. 32).

Para se asseverar a validade de determinada proposição é preciso, então, que haja uma relação entre atores que levantem pretensões de verdade por meio de argumentos e que estes sejam questionáveis ou defensáveis através de outros argumentos (criticáveis igualmente), gerando ao final um consenso (acordo racional) de todos os participantes de dada comunidade de interpretação.

[25] Cf. SEGATTO, 2008, pp. 42-43.

1.3 Agir comunicativo e integração social

Para Habermas, as ordens sociais se mantêm através da maneira como reconhecem as pretensões de validades normativas. O agir comunicativo habermasiano "faz com que as suposições contrafactuais dos atores que orientam seu agir por pretensões de validade adquiram relevância imediata para a construção e manutenção de ordens sociais" (2003, v. 1, p. 35).

Se assim for, o que se verifica é que a tensão entre facticidade e validade que vimos anteriormente volta a se manifestar, só que desta vez no modo de integração dos "indivíduos socializados – ao menos de indivíduos socializados comunicativamente" (Ibid., loc. cit.). É nos atos de integração que se verifica a convergência das mais diversas perspectivas de comportamento em um fim comum, mobilizando a sociedade, buscando a adesão dos envolvidos.

Uma das possibilidades de canalização/estabilização da referida tensão é a integração social promovida via direito positivo. De acordo com Habermas, a tensão entre facticidade e validade é estabilizada pelo direito por meio da integração social que este também promove. Entretanto, até chegar ao direito, o filósofo passa pelo estudo de algumas estruturas para compreender como é possível "coordenar entre si os planos de ação entre diversos atores, de tal modo que as ações de um partido sejam engatadas nas do outro" (Ibid., p. 36), bem como para garantir que haja o entendimento correto acerca da tensão entre facticidade/validade e das possibilidades de uma integração social em que o risco de dissenso é estabilizado. Ao discorrer sobre o agir comunicativo e seu papel neste processo, ele nos demonstra como. O filósofo garante que:

> enquanto a linguagem é utilizada apenas como *médium* para a transmissão de informações e redundâncias, a coordenação da ação passa através da influenciação recíproca de atores que agem uns sobre os outros de maneira funcional. Tão logo, porém, as forças ilocucionárias das ações de fala assumem o papel coordenador na ação, a própria linguagem passa a ser explorada como fonte primária de integração social (Ibid., loc. cit.).

Nisso consiste, segundo ele, a essência do agir comunicativo. E a postura correta de quem participa do discurso é a de sempre buscar a negociação (agir orientado pela busca

de um entendimento), procurando por interpretações comuns para a mesma situação e equilibrando os planos de cada um.

Quando os atores agem vislumbrando o próprio sucesso, o fazem de forma estratégica; os fatos são analisados de acordo com seus interesses e outras pessoas são utilizadas como instrumentos para a obtenção do que desejam, ou seja, totalmente diferente da outra forma de interação comunicativa, qual seja, o agir comunicativo, no qual a coordenação bem sucedida de uma ação é aquela que se apóia em atos de entendimento racionalmente motivados, buscando acordos obtidos comunicativamente pela via discursiva.

> Quando os participantes suspendem o enfoque objetivador de um observador e de um agente interessado imediatamente no próprio sucesso e passam a adotar um enfoque performativo de um falante que deseja *entender-se* com uma segunda pessoa sobre algo no mundo, as energias de ligação da linguagem podem ser mobilizadas para a coordenação dos planos de ação (2003, v. 1, p. 36).

Como já foi visto, em qualquer ação de fala são levantadas pretensões de validade criticáveis e estas apontam para o reconhecimento intersubjetivo, sendo indispensável um prévio acordo por parte de seus participantes, que realizam idealizações necessárias. É neste momento que ocorre a aproximação entre a transcendentalidade e o mundo da vida (espaço da vida social onde se sobressaem as ações comunicativas)[26], pois as idealizações produzidas pelas pessoas que agem comunicativamente as trazem para "o chão do mundo da vida" (Ibid., p. 37).

A introdução do conceito do mundo da vida complementando o de ação comunicativa representa para o filósofo o primeiro passo dado no sentido da reconstrução das condições da integração social (ele os organiza em três), pois equivale a demonstração de que processos comunicativos estão inseridos na sociedade, cujos elementos não podem ser dispostos pelos agentes.[27]

---

[26] Souza Cruz acredita que "o conceito habermasiano de mundo da vida é bastante complexo, pois envolve o horizonte da consciência individual e da coletividade na qual esse indivíduo se insere. Com fundamento no pensamento husserliano, esse horizonte compreende a cultura, as tradições, suas percepções de pertencimento a um determinado grupo ou alguma instituição social, bem como a capacidade do indivíduo de agir e se comunicar. O mundo da vida pessoal de alguém incapaz de ler ou de escrever é bastante diferente daquele versado nas letras, o que permite dizer que a linguagem define/circunscreve o mundo da vida individual" (2006, pp. 94-95).

[27] Cf. REPA, Luiz Sérgio. Direito e teoria da ação comunicativa. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org.) **Direito e Democracia:** um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 62-64.

Claro que existe, dentro de todo o contexto apresentado, o grande risco do dissenso que "tornaria a integração social através do uso da linguagem orientado pelo entendimento inteiramente implausível, se o agir comunicativo não estivesse embutido em contextos do mundo da vida, os quais fornecem apoio através de um maciço pano de fundo consensual" (2003, v. 1, p. 40).

Mundo da vida seria, então, "o horizonte para os atos de fala", "reproduzindo-se somente através de ações comunicativas" (Ibid., p. 41), ou seja, o local onde se verificam estas reproduções, onde se verifica a prática de um entendimento recíproco pelos atores que agem comunicativamente, buscando o consenso acerca dos problemas que são apresentados cotidianamente e onde a "tensão explosiva" entre facticidade e validade permaneça estabilizada. Também no agir comunicativo percebe-se que o mundo da vida se organiza de modo a funcionar como uma espécie de fonte para os atos de fala e para a própria vida.

O segundo passo reconstrutivo acontece por meio da estabilização das expectativas de comportamento que acontece via atuação de instituições arcaicas em sociedades pré-modernas (e suas visões míticas, religiosas e metafísicas de mundo) e da autoridade que emanam. Diferentemente da integração realizada comunicativamente (a partir do entendimento que tem sustentáculo nas pretensões de validade dos atos de fala), há um apelo ao misticismo, solidificado por ritos e cerimônias.

Para Habermas, a "autoridade de instituições detentoras de poder atinge os que agem *no interior* de seu mundo vital [...]. O mundo da vida, do qual as instituições são uma parte, manifesta-se como um complexo de tradições entrelaçadas, de ordens legítimas e de identidades pessoais – tudo reproduzido no agir comunicativo" (Ibid., p. 42). Neste tipo de instituição a fusão que existe entre facticidade e validade chega até nós de forma impositiva e é esta fusão a responsável pela formação do saber disponível (que já passou pelo agir comunicativo), que também estabiliza as expectativas de comportamento. Para que sua forma autoritária permaneça influente é preciso evitar que a validade de sua atuação seja problematizada e deverão existir restrições à comunicação.

Chama a atenção o fato de que existe uma espécie de ambivalência na forma de validade de tais instituições, considerando que atraem (fascinam) e repelem (intimidam) os sujeitos por meio do poder que exercem. Segundo Habermas:

> o fascínio despertado por instituições detentoras do poder, que ao mesmo tempo atrai e repele, revela a fusão de dois momentos aparentemente incompatíveis. A ameaça de um poder vingador e a força de convicções aglutinadoras não somente coexistem, como também nascem da mesma fonte mística. As sanções impostas pelos homens são secundárias: elas apenas vingam transgressões contra uma autoridade *cogente* e *obrigatória* que vem antes delas. Dela as sanções sociais extraem, por assim dizer, o seu significado ritual (2003, v. 1, p. 43).

A força (autoridade) de tais instituições só é desconsiderada a partir do momento em que a integração social por ela promovida orienta-se por pretensões de validade contaminadas pela possibilidade de dissenso. O referido momento seria aquele em que o misticismo ritual é posto de lado e assume a cena o poder revestido em bases seculares, (cuja integração social acontecerá através do terceiro passo reconstrutivo – a regulação normativa de interações estratégicas, que caberá ao direito moderno, como se verá a seguir).

A própria evolução das sociedades clamou por uma forma de integração social que se encarregasse de problemas existentes em uma ordem social calcada em um mundo da vida, cujo consenso obtido segundo os ditames da tradição não conseguia solucionar. São sociedades cujo nível de complexidade não mais aceita a influência da sacralidade e o império do fático como responsáveis por sua integração.

Para Habermas "quanto maior for a complexidade da sociedade e quanto mais se ampliar a perspectiva restringida etnocentricamente, tanto maior será a pluralização de formas de vida e a individualização de histórias de vida" e isso implica, conseqüentemente, em uma dificuldade natural em se manter a integração outrora conseguida via instituições arcaicas e sua sacralidade. Quanto maior a evolução social, mais brechas são encontradas para que se instale o dissenso e maiores são as esferas onde o agir busca o sucesso individual.

Tem-se, então, o seguinte quadro: "como estabilizar, na perspectiva dos atores, a validade de uma ordem social, na qual ações comunicativas tornam-se autônomas e claramente distintas de interações estratégicas?" (Ibid., p. 45)

Para o filósofo, não é novidade que neste tipo de sociedade (com ordem normativa) exista o agir orientado aos interesses individuais, "em sociedades organizadas na forma de Estado, a ordem normativa natural é reformulada em normas do direito. Entretanto, em sociedades tradicionais, o próprio direito ainda se alimenta da força do sagrado

religiosamente sublimado" (2003, v. 1, p. 45). Ou seja, para ele, até mesmo as sociedades secularizadas necessitam de garantias meta-sociais[28] para sustentar sua normatividade.

Então, como coordenar ações sociais sem o auxílio da tradição? A solução está, para Habermas, na utilização do agir comunicativo.

> A necessidade de crescente integração, nas modernas sociedades econômicas, sobrecarrega a capacidade de integração do mecanismo de entendimento disponível, quando uma quantidade crescente de interações estratégicas são liberadas. Num caso de conflito, os que agem comunicativamente encontram-se perante a alternativa de suspenderem a comunicação ou de agirem estrategicamente – de protelarem ou de tentarem decidir um conflito não solucionado. Parece haver uma saída através da *regulamentação normativa de interações estratégicas,* sobre as quais os próprios se *entendem* (Ibid., p. 46).

Entretanto, há de se considerar que o agir comunicativo não é facilmente percebido em mundos da vida plurais e secularizados como os que existem na contemporaneidade.

Aqueles que se orientam pelo sucesso transformam os componentes da situação em fatos, enquanto que os que se orientam comunicativamente interpretam tais fatos por meio de pretensões de validade intersubjetivamente reconhecidas. Facticidade e validade se verificam aqui como a facticidade da imposição de delimitações às ações de cunho estratégico e como a validade das normas jurídicas (coerção fática e validade legítima).

Segundo Habermas, as delimitações factuais sofridas pelos que agem estrategicamente os direcionam a limitar ao máximo suas possibilidades de escolha, remetendo-os a uma instância integradora. Demonstração de que, inclusive os que agem estrategicamente terminam por contextualizar suas ações de acordo com pretensões de validade.[29]Semelhanças com o binômio liberdade subjetiva/direito objetivo não são mera coincidência, pois é por meio da coação exercida pelo direito que se garantem as liberdades subjetivas.

1.4 O direito como forma de integração social

Para Habermas, é Kant, por meio de seu conceito de legalidade, que possibilitará a compreensão da validade do direito em geral. Para chegar a ele, Kant parte do estudo dos

[28] Conjunto de símbolos, valores, cultura e tudo o mais que fizer referência a determinado grupo social e que tenha o atributo de sustentáculo.
[29] Cf. MOREIRA, p. 133.

direitos naturais subjetivos que "concediam a cada pessoa o direito de usar a força quando suas liberdades subjetivas de ação, juridicamente asseguradas, fossem feridas" (2003, v. 1, p. 48). Dentro da gênese dos direitos subjetivos, vê-se que, com a passagem do direito natural para o direito positivo o monopólio de uso da força passa para as mãos do Estado, que concede ao cidadão esta autorização, em forma de direito de intentar ações judiciais não só contra outros cidadãos que desrespeitassem estes direitos subjetivos, mas contra o arbítrio próprio Estado.

No direito, de acordo com Habermas, a facticidade "interliga-se mais uma vez com a validade". A facticidade como a "*imposição* do direito pelo Estado" e a validade como "a força de um processo de *normatização* do direito, que tem a pretensão de ser racional, por garantir a liberdade e fundar a legitimidade" (Ibid., loc. cit.). Da relação interna entre coação e liberdade, Kant extrai sua definição do que caracteriza a tensão entre facticidade e validade dentro da esfera da jurisdicidade. O direito estaria ligado à coerção através da autorização que recebe de cada cidadão, desde que combata quaisquer interferências às liberdades individuais.

Ora, é justamente nessa relação entre poder e as condicionais em que este poderá ser utilizado que residem as regras de direito, que estabelecerão as referidas condições para o exercício deste poder. Habermas mostra, utilizando-se do pensamento kantiano, que é possível retirar legalidade da mera obediência demonstrada por conformidade da ação realizada com a lei existente (respeito por ela mesma) e, além das pretensões de direito condicionadas à coerção autorizada, também se poderá extrair legalidade do comportamento meramente orientado em respeito à lei (respeito por dever).

Habermas acredita que "a integração social [...] só é possível sob o ponto de vista moral e na base de regras normativamente válidas, *merecedoras* do reconhecimento não coagido e racionalmente motivado de seus destinatários" (Ibid., p. 49). Para superar quaisquer dificuldades em relação às regras de ação que não contabilizam em sua equação o reconhecimento moral, Habermas propõe a utilização do conceito kantiano de legalidade, equilibrando as normas de direito entre a coerção e a liberdade.

Considerando estes dois aspectos da validade do direito, Habermas demonstra, ainda, que, além desta possibilidade de esclarecimento via pensamento kantiano, também é possível a explicação realizada sob a ótica da teoria da ação.[30] A validade do direito possui

[30] Segundo Moreira, isso é possível visto que "com a coerção e a liberdade aquele que age passa a ter as rédeas da ação" (1999, p. 137).

características peculiares, que permitem que só sejam considerados direitos aqueles que obtêm sua força de outros procedimentos jurídicos, devidamente válidos, e que se mantêm assim, ainda que de forma provisória, em virtude da possibilidade de derrogação dada pelo próprio direito. Habermas alerta, no entanto, que "o sentido desta validade do direito somente se explica através da referência simultânea à sua validade social ou fática (*Geltung*) e à sua validade ou legitimidade (*Gültigkeit*)" (2003, v. 1, p. 50).

A validade social (fática) se mede por sua eficácia, por sua capacidade de motivar a adesão dos atores às suas pretensões. Apóia-se sobre "a *facticidade artificial* da ameaça de sanções definidas conforme o direito e que podem ser resgatadas pelo tribunal". Já a validade enquanto legitimidade não carece de conseguir ou não se impor perante uma comunidade, e se mede pela "resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa" representada por meio da racionalidade do processo legislativo que produz as regras ou ainda pela justificação dessas mesmas regras por meio de "pontos de vista pragmáticos, éticos e morais" (Ibid., p. 50). O direito estruturar-se-ia, desse modo, como ordenamento, ao mesmo tempo seguido por receio à transgressão das normas e pelo reconhecimento de suas prescrições como resultado de um processo racional de formação[31]

Estas duas formas de constituir a validade do direito transmitem aos atores, membros da comunidade jurídica, uma possibilidade dupla de enfoque: o objetivador e o performativo. Entretanto, de acordo com Habermas, "o fato desta perspectiva ficar aberta não significa necessariamente uma fusão de momentos, pois, na perspectiva do ator, eles *continuam* irreconciliáveis" (Ibid., p. 51) e, assim considerado, ao ator é possível "atribuir a uma prescrição juridicamente válida o *status* de um fato com conseqüências prognosticáveis ou a obrigatoriedade deontológica de uma expectativa normativa de comportamento" (Ibid., p. 52).

As normas não perdem sua validade ao permitir que os atores ajam estrategicamente, utilizando-se da prerrogativa da escolha, ou seja, decidirão se farão uso ou não de sua liberdade comunicativa. No entanto, em termos coercitivos, as mesmas leis funcionam como uma barreira à vontade daqueles que transgridem suas disposições em busca de realizar suas vontades individuais. Em relação àquele que age comunicativamente, respeitando a norma por dever, esta funcionará como garantia para a liberdade do sujeito. Para que todos tenham chances de orientar seu agir para o entendimento, "a ordem jurídica deverá tornar *possível* a qualquer momento a obediência

[31] Cf. MOREIRA, p. 140

por respeito à lei" (2003, v. 1, p. 52). Desta forma, é imperioso que o direito positivo possa legitimar-se e, ainda, segundo o filósofo:

> Uma ordem jurídica não pode limitar-se apenas a garantir que toda pessoa seja reconhecida em seus direitos por todas as demais pessoas; o reconhecimento recíproco dos direitos de cada um por todos os outros deve apoiar-se, além disso, em leis legitimas que garantam a cada um liberdades iguais (Ibid., loc. cit.).

São as leis morais que, comumente, realizam este papel, mas, para Habermas, no direito positivo isto não é mais suficiente, e essa condição deverá ser preenchida pelo legislador político, pois o processo legislativo é o lugar da integração social no sistema jurídico. É por meio do processo legislativo que as pessoas se constituiriam enquanto membros livremente associados em determinada comunidade jurídico-política, superariam os direitos subjetivos e passariam a agir como cidadãos, como co-autores das normas, orientados pelo entendimento através de uma prática intersubjetiva para a obtenção deste. Segundo Habermas:

> o conceito de direito moderno – que intensifica e, ao mesmo tempo, operacionaliza a tensão entre facticidade e validade na área do comportamento, absorve o *pensamento democrático*, desenvolvido por Kant e Rousseau, segundo o qual a pretensão de legitimidade de uma ordem jurídica construída com direitos subjetivos só pode ser resgatada através da força socialmente integradora da "vontade unida e coincidente de todos" os cidadãos livres e iguais (Ibid., p. 53).

Neste ambiente, as leis coercitivas deverão atestar sua legitimidade por meio de um processo que possua uma procedimentalidade cercada de prescrições e cuidados, pois somente assim encontrariam fundamentação legítima. Desta forma, ter-se-iam manifestações legítimas do poder que emana do povo. Há, nesta positivação do direito, uma reprodução da tensão entre facticidade e validade, mas "não do mesmo modo que na dimensão de validade de normas legais" (Ibid., loc. cit).

> A positividade do direito vem acompanhada de expectativa de que o processo democrático da legislação fundamente a suposição de aceitabilidade racional das normas estatuídas. Na positividade do direito não chega a se manifestar a facticidade de qualquer tipo de contingente ou arbitrário da vontade e, sim, a vontade legítima, que resulta de uma autolegislação presumivelmente racional de cidadãos politicamente autônomos (2003, v. 1, p. 54).

Sem o patrocínio de nenhuma instância metafísica, o direito conseguirá garantir seu posto como possibilitador de integração se, e somente se, "a totalidade dos *destinatários* singulares das normas jurídicas puder considerar-se *autora* racional dessas normas" (Ibid., loc. cit.), ou seja, a partir do momento em que encontrarmos nas normas manifestações legítimas de nossa própria vontade, veremos o direito como uma fonte primária de integração social. Para Habermas, a fonte que alimenta o direito moderno vem, em última instância, do agir comunicativo, por meio das ações dos cidadãos e da solidariedade concentrada nelas.

Já se verificou anteriormente que há, no pensamento habermasiano, uma diferença entre validade e pretensão de veracidade ("ter-como-verdade"), onde a primeira estará sempre sujeita a problematização via discursividade, e deve ser reconhecida como afirmação racional sob as condições ideais. Assim:

> com a possibilidade de um resgate discursivo das pretensões de validade, introduz-se a categoria de uma linguagem que se pauta pelo entendimento que passa a coordenar as ações entre os atores. Como a coordenação da ação se dá através de uma ação linguisticamente mediada, o conceito de agir comunicativo possibilita que a permanente tensão entre facticidade e validade se instaure no mundo da vida e seja inerente aos fatos sociais [...]. A tensão proporcionada pelas pretensões de validade inerentes ao agir comunicativo constitui um momento de facticidade social (MOREIRA, 1999, p. 144).

Rejeitando qualquer dependência em relação à tradição, aos valores religiosos, ou quaisquer outras formas de fundamentação última, Habermas demonstra que, uma vez que o conceito de idealidade permanece atado ao de facticidade, tem-se uma tensão pertencente ao mundo da vida, mais especificamente em sua esfera secular. Segundo o filósofo, "enquanto a coordenação da ação [...] transcorrer pela via de processos de entendimento, as convicções compartilhadas intersubjetivamente formam o *medium* da integração social" (2003, v. 1, p. 56).

Claro que essa, assim como outras formas de integração social, está sujeita a verificação e, neste caso, ela se dará por meio da utilização de argumentos pelos atores, que rejeitam ou apóiam as convicções apresentadas no momento discursivo. Habermas nos diz que é através dessas convicções que a tensão existente entre facticidade e validade no seio da linguagem se manifestará, também, na sociedade. Considerando que tal integração se apóia, diretamente, em convicções, está realmente sujeita ao "efeito desestabilizador de

argumentos desvalorizadores" e a "processos de aprendizagem que transformam o contexto" em que estão inseridas (2003, v. 1, p. 57).

Entretanto, não há que se esperar que exista uma forma de estabilizar em definitivo as expectativas de comportamento verificadas na sociedade. As formas de integração social realizam seu papel e, constantemente, restauram a estabilidade, que, no entanto, continuará permanentemente sujeita a novos "ataques" por meio do dissenso fundamentado. Habermas mostra que existem, dentro do agir comunicativo, duas maneiras de escapar ao risco do dissenso e "à instabilidade que habita no âmago da socialização comunicativa em geral": a *circunscrição* e a *não-circunscrição*.

Um agir comunicativo está *circunscrito* quando é permeado por certezas que vêm do mundo da vida e cuja questionabilidade prejudica a estabilização do comportamento. Já no agir *não-circunscrito*, o que se verifica é que os mecanismos comunicativos que propiciam o entendimento racional entre os atores estão liberados.

Considerando a dificuldade que o agir *não-circunscrito* possui de realizar a integração social, o direito afigura-se como um mecanismo que poderá auxiliá-lo, sem restringir o espaço onde ocorre a prática comunicativa. Habermas mostra que o direito irá retirar sua força da aliança que sua positividade estabelece com a pretensão de legitimidade, ou seja, o nexo presente entre legitimidade e positividade dará ao direito a possibilidade de desempenhar seu poder de integração de maneira satisfatória.

Ainda sobre a integração social, vale lembrar que as complexas sociedades modernas também são integradas via sistemas de mercado e do poder administrativo[32]. Isso significa que a economia (dinheiro) e poder administrativo também coordenam ações, mas não necessariamente de forma clara ou comunicativa. Assim, verifica-se que o direito está ligado a três outras fontes de integração social, pois "através de uma prática de autodeterminação, que exige dos cidadãos o exercício comum de suas liberdades comunicativas, o direito extrai sua força integradora, em última instância, de fontes de solidariedade social" (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 62).

Habermas alerta, entretanto, que, uma vez o direito aberto a estas formas integradoras, está também sujeito à imposição, através da criação de leis, de interesses escusos. A vontade do mais forte ou do economicamente mais poderoso pode facilmente

[32] Habermas expõe que nas sociedades econômicas, onde as áreas de ação foram neutralizadas do ponto de vista ético, o direito moderno se adequa especialmente à sua integração social, visto que estas sociedades dependem das decisões dos sujeitos, orientadas ao sucesso próprio. Entretanto, defende que o direito não pode ficar restrito a satisfazer a estas sociedades, devendo considerar uma integração social que conta com as realizações de entendimento dos sujeitos que agem comunicativamente.

encontrar, no direito, via facilitadora para a instituição de leis que os favoreçam. Daí porque o filósofo acredita ser o direito um meio ambíguo de integração, mas que não é de todo sujeito a pressões, pois se acha obrigado a legitimar-se.

CAPÍTULO 2

A LEGITIMAÇÃO DO DIREITO

2. A legitimação do direito

Quer-se saber como acontece efetivamente o processo de legitimação do direito nos diversos níveis da teoria habermasiana, ou seja, como se dá o processo no qual os sujeitos devem atribuir-se direitos fundamentais para regular sua convivência por meio de estruturas legítimas.

Para que aconteça um entendimento entre os sujeitos e que o direito se estabeleça como legítimo, é preciso que todos tenham as mesmas chances de acesso às liberdades comunicativas. Sujeitos que estejam em condições igualitárias de participação na formação da opinião e da vontade podem, igualmente, posicionar-se acerca da legitimidade da integração social da qual fazem parte.

Com a satisfação dessas condições e a introdução do princípio do discurso (que se mostrará neutro em relação ao direito e à moral) tem-se um espaço de formação discursiva das normas desconectado de outras fontes legislativas para a ação, senão a que advém do melhor argumento.

Para verificar como esses procedimentos se dão e se intercalam no processo de legitimação, colocam-se aqui mais alguns conceitos propostos por Habermas.

2.1 O direito moderno sob a ótica do agir comunicativo

Habermas esclarece, em seu *Direito e Democracia,* que ele compreende por direito aquilo que chama de "moderno direito normatizado", que se caracteriza por suas pretensões à fundamentação, à interpretação e à imposição.

Afirma que o direito pode, ainda, ser analisado como um texto (proposições normativas) ou como a instituição que origina tais reguladores. Também mostra que um outro ponto de nota é o de que as instituições jurídicas apresentam um elevado grau de racionalidade. O filósofo utiliza estes parâmetros para diferenciar o direito da moral, pois acredita que exista uma séria ambigüidade no que tange ao uso dos termos "direito" e "direitos". Seria possível falar sobre direitos "tanto do ponto de vista moral quanto do ponto de vista jurídico".

Consiste em uma preocupação de Habermas empreender um resgate destes conceitos vistos sob o prisma de teorias de sociologia do direito e da filosofia da justiça. O

autor dá especial destaque a Karl Marx, Niklas Luhmann, John Rawls, Max Weber e Talcott Parsons, e afirma que se apoiou nestes últimos para chegar "a uma dupla perspectiva que torna possível, de um lado, levar a sério e reconstruir o conteúdo normativo do sistema jurídico a partir de dentro e, de outro lado, descrevê-lo como componente da realidade social" (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 66). Ou seja, ele busca corrigir e conciliar as perspectivas antagônicas (o ponto de vista do participante *versus* o ponto de vista do observador) entre representantes das ciências sociais e estudiosos da filosofia da justiça, moldando o resultado de sua análise de acordo com os pressupostos de sua teoria do agir comunicativo.

Tido como um sistema de ação (cujas proposições possuem eficácia direta), o direito faz parte de um mundo da vida que se reproduz de forma conjunta com a cultura, a integração social e a socialização, por meio do agir comunicativo. O direito, também segundo o filósofo, consegue atuar não só no âmbito do mundo da vida, através do *medium* da linguagem coloquial, mas atua, igualmente, como uma espécie de facilitador para que o mundo da vida seja compreensível para outros códigos, como os da administração e da economia. Para Habermas, isto marca mais uma diferença entre direito e moral, pois, esta última teria sua forma de comunicação limitada ao campo do mundo da vida (Ibid., p. 112).

Após situar o direito na ótica da teoria do agir comunicativo, Habermas busca a "*autocompreensão* das ordens jurídicas modernas". Para tanto, parte do estudo dos "direitos que os cidadãos têm que atribuir uns aos outros, caso queiram regular legitimamente sua convivência com meios do direito positivo" (Ibid. p. 113).

2.2 Direitos subjetivos e legitimação – um resgate histórico-teórico

Aos direitos subjetivos, o autor concede papel central no que chama de compreensão moderna do direito. Tais direitos são configurados como aqueles que têm o poder de garantir a todos o exercício de suas liberdades[33], de forma igualitária, cuja medida de atuação reside na determinação de que, ao exercer uma liberdade o sujeito não

[33] Habermas faz menção ao artigo 4 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, para exemplificar em termos práticos a utilização destes direitos que estabelecem essas liberdades em termos negativos. Menciona ainda que Kant e Rawls também se apóiam neste artigo para formularem seu princípio geral do direito e o primeiro princípio da justiça, respectivamente. A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, procura pautar-se pelo mesmo caminho.

ultrapasse o limite da liberdade do outro. É essa definição de iguais direitos que possibilita que exista o espaço geral onde cada sujeito pode participar da tomada de decisão (manifestação da vontade livre).

E dos mesmos direitos subjetivos, Habermas retira o necessário para a explicação de como é possível "legitimidade a partir da legalidade". Relação esta a que ele chama de paradoxo. A contradição que reside na afirmação de uma legitimidade inferida da legalidade encontra-se em dois vieses. O primeiro é percebido quando se constata que os direitos de exercer a autonomia política[34] também são esferas de liberdade de arbítrio (como os demais direitos). Assim considerados, configuram-se como liberdades de ação que conferem aos sujeitos, conseqüentemente, a liberdade de possuir deveres, ou seja, de agir conforme regras. O segundo diz respeito ao processo legislativo democrático que deve confrontar seus participantes com as expectativas de normas de orientações para o bem (evitar que os sujeitos orientem-se exclusivamente buscando o sucesso próprio), porque ele depende (no tocante a sua força legitimadora) deste processo de entendimento entre os cidadãos para estabelecer regras de sua própria convivência.

O "nexo problemático" na afirmação da legitimação por meio da legalidade, segundo Habermas, reside, então, na tensão entre as liberdades privadas subjetivas e a autonomia do cidadão (autonomia pública e autonomia privada/ direitos humanos e soberania do povo).

Em suas considerações acerca do nexo entre direitos humanos e soberania do povo, realiza uma explanação sobre a construção do significado de direito subjetivo (já considerado como propriedade do sujeito), por meio de um apanhado histórico-teórico a respeito de algumas das variações que o conceito experimentou desde o século XIX[35] até meados do XX (pós Segunda Guerra).

---

[34] A noção de autonomia difundida na modernidade configura-se como a liberdade conferida aos sujeitos para agirem segundo as regras por eles mesmos estabelecidas. Pode-se inferir, portanto, que a autonomia jurídica, dentro desse mesmo contexto, é aquela que representa as liberdades do conjunto dos cidadãos, representadas por direitos subjetivos regulados dentro das comunidades.
O referido conceito termina por mostrar-se necessário em outros espaços sociais, e a definição de autonomia dirigida à orientar os sujeitos em suas vida privadas não se mostra suficiente. Os sujeitos também possuíam uma vida pública, e é no espaço público que se decidem os rumos a serem seguidos pelas comunidades, bem como os princípios de justiça que serão postos como obrigatórios a todos. Foi preciso cingir o conceito de autonomia jurídica, para que o mesmo conseguisse abarcar as duas esferas da vida social. Habermas chama a atenção, como se verá mais a frente, que essas duas acepções do conceito não foram estabelecidas em uma relação de equilíbrio e na maior parte do tempo uma forma estava submetida à outra.

[35] Somente no final do século XVIII, o Ocidente verifica uma diferenciação funcional (separam-se conceitos como moral, direito, política e religião) e o direito se torna autoreferente.

Tal resgate auxilia a compreensão da doutrina dos direitos subjetivos, mas a essa dissertação interessa, por meio da leitura de *Direito e Democracia,* a análise que ele empreende sobre a legitimidade dos direitos subjetivos em cada uma dessas vertentes doutrinárias e, por conseguinte, do próprio direito como um todo. Vê-se, ainda, como a evolução de princípios e conceitos, bem como a mudança de paradigmas influenciam de modo determinante a dinâmica do pensamento atual.

Habermas inicia sua reflexão com a dogmática do direito civil alemão que, de acordo com ele, foi influenciada pela filosofia de direito idealista. Savigny[36], como um dos seus representantes, caracteriza os direitos subjetivos como aqueles garantidos por uma relação jurídica que confere poder à vontade, um espaço onde a vontade individual domina, independente da vontade alheia. O direito subjetivo se legitima por si só, dado o poder conferido ao sujeito singular que é, então, tratado como protagonista, e não mais como mero subordinado da ordem social.

A reflexão sobre os direitos subjetivos não se esgota em Savigny, e com Puchta[37], vêem-se os mesmos definidos como direitos negativos que protegem os espaços individuais, justamente porque restringem a área de liberdade do sujeito até o limite da liberdade do outro. Habermas acrescenta, dizendo que nessa linha de pensamento a garantia da autonomia privada acontece, principalmente, por meio do "direito de fechar contratos, de adquirir, herdar ou alienar propriedade" (2003, v.1, p. 117).

No século XIX, na análise habermasiana, o direito perde sua fundamentação idealista e passa a ser visto de acordo com uma interpretação positivista na qual é caracterizado como "a forma que reveste determinadas decisões e competências com a força de obrigatoriedade fática" (Ibid., loc. cit.). Desde Bernard Windscheid[38], segundo ele, os direitos passam a ser reflexos de uma ordem jurídica. O sujeito de direito cede à ordem jurídica o poder da vontade e é a ordem jurídica que passa, então, a conferir meios coativos para o titular do direito fazer valer a sua vontade. Com a fundamentação idealista do direito dando lugar a esta visão positivista não é mais possível obter-se a legitimação do direito privado apenas apoiando-se a autonomia privada do sujeito na autonomia moral da pessoa.

---

[36] Friedrich Carl von Savigny, jurista alemão, representante da Escola Pandectista de direito, que rechaçava as teorias jusnaturalistas e tinha o direito como um corpo de normas positivas a serem estabelecidas baseando-se no sistema do direito romano.

[37] Georg Friedrich Puchta, aluno e sucessor de Savigny. Para ele, o princípio do direito seria a liberdade. Livre seria o homem que pode fazer escolhas.

[38] Jurista, também representante da Escola Pandectista alemã.

É Rudof von Ihering[39], com sua interpretação utilitarista, que considerará que a vontade não é a substância do direito, e sim, o proveito (a natureza jurídica do direito subjetivo reside no interesse juridicamente protegido). Há, portanto, uma transferência do que antes era direcionado para a satisfação da vontade individual para a satisfação de interesses humanos. Ao se fazer referência ao interesse, permitiu-se a extensão dos direitos privados subjetivos aos direitos em geral (direitos em que não existiria o elemento volitivo). Mais do que uma mera garantia à ingerência de terceiros, significa o direito subjetivo uma garantia à participação em "realizações organizadas" (2003, v.1, p. 118).

Acrescendo Ihering, Hans Kelsen determina o direito subjetivo, em uma forma geral, como um interesse protegido e como uma liberdade de arbítrio. Para ele as proposições de direito estabelecem liberdades de ação devidas e são compreendidas como a validade conferida às decisões, pelo legislador, por meio da junção de normas de caráter penal ao que fosse legislado. De acordo com Habermas, "o poder de sanção estatal eleva a vontade do legislador ao nível de "vontade de Estado". Os interesses dos indivíduos seriam, então, protegidos pela norma jurídica, pois o legislador age como representante e detentor do poder do Estado.

Kelsen é ferrenho defensor da autonomia da ciência jurídica e, em sua teoria, desvincula o conceito de direito do de moral e do de pessoa natural, pois, para ele, como o sistema jurídico torna-se autônomo, deve "sobreviver com suas próprias ficções jurídicas". Rejeita, desta forma, a concepção de Savigny, que crê que a "autonomia privada *merece* ser protegida do ponto de vista moral". A validade do direito nada tem com a validade moral, e, desde que sejam respeitadas as condições do próprio ordenamento jurídico, leis serão válidas ainda que consideradas imorais. A legitimidade reside na validade objetiva do sistema.

Outra mudança anotada por Habermas é a que acontece após o fim da Segunda Guerra, quando os direitos subjetivos foram solapados pelo regime do Nacional-Socialismo. Com sua gênese interrompida, clamou-se, de forma mais radical, pela restauração entre autonomia privada e moral à luz do jusnaturalismo. Para o filósofo, essa tentativa do liberalismo ortodoxo apenas resultou numa interpretação funcionalista e que serve ao capitalismo em sua condição individualista.

[39] Jurista alemão, ocupa juntamente com Savigny, lugar de destaque nos estudos jurídicos ocidentais.

Contra uma reinterpretação meramente funcionalista, Ludwig Raiser[40] se apóia na sociologia do direito e reintroduz no direito privado seu conteúdo moral. Para ele, os direitos subjetivos continuam existindo, mas são insuficientes e devem ser completados pelos direitos sociais. Isso se dá, visto que, considerando que o indivíduo se encontra inserido em uma ordem supra-individual, os direitos subjetivos teriam uma força restrita para garantir proteção jurídica. Entretanto, Habermas chama a atenção para que não confundamos esta nova forma de ver o direito privado com uma revisão de conceitos e princípios fundamentais. Com a alteração de paradigma (sai o direito formal burguês e entra o direito materializado do Estado social) o que ocorre é uma nova interpretação destes, mas eles permanecem, assim como as teorias, ainda que conflitantes, coexistem. É importante ressaltar que, mesmo nesta reinterpretação, considerar direitos subjetivos não significa fazer apologia ao individualismo ou dizer que implicam um isolamento dos sujeitos de direito. Na crítica de Habermas:

> direitos subjetivos não estão referidos, de acordo com seu conceito, a indivíduos atomizados e alienados, que se entesam possessivamente uns contra os outros. Como elementos da ordem jurídica, eles pressupõem a colaboração de sujeitos, que se reconhecem reciprocamente em seus direitos e deveres, reciprocamente referidos uns aos outros, como membros livres e iguais do direito. Tal reconhecimento recíproco é constitutivo para uma ordem jurídica, da qual é possível extrair direitos subjetivos reclamáveis judicialmente. Neste sentido, os direitos subjetivos são co-originários com o direito objetivo; pois este resulta dos direitos que os sujeitos se atribuem reciprocamente. Para explicar a base da ordem do direito enquanto tal não basta acrescentar direitos sociais (2003, v.1, p. 121).

Não é difícil concordar com Habermas quando ele afirma que, a despeito de maiores esforços destas teorias, a legitimidade dos direitos positivos não é suficientemente explicada. Segundo o que defende, a legitimidade reside em um processo legislativo democrático, que, em última instância, se justifica na relação entre direitos subjetivos e soberania do povo. A busca é, por conseguinte, por uma via que possibilite que esta relação aconteça de forma que aqueles se pressuponham mutuamente, como se poderá observar.

Habermas chega a estas afirmações e, para demonstrar qual seria a forma correta de se relacionar autonomia privada e pública, empreende uma revisitação histórico-teórica desmembrando e apontando falhas na teoria de Hobbes, Kant e Rousseau. As considerações feitas mostram onde cada um deles peca em relação à referida relação e à

[40] Jurista e Cientista político alemão.

conseqüente legitimação do direito. Destaco alguns pontos do excurso de Habermas, pois os considero necessários para melhor elucidar a proposta.

Hobbes, em sua teoria contratualista, não regula o problema da legitimação no interior da ordem jurídica já fundamentada. A sociedade é constituída como uma ordem instrumental, que nasce com o próprio Estado e se configura na entrega, pelos participantes, de todos os seus direitos ao soberano, que os submete por meio da coação. Como este poder está isento de obrigações ou compromissos, dispensa-se uma fundamentação normativa do exercício da dominação política e a "tensão entre facticidade e validade, embutida no direito, dissolver-se-ia caso pudéssemos representar *per se* a dominação constituída juridicamente como manutenção de um sistema do egoísmo ordenado, preferido por todos" (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 123).

É interessante verificar, por meio do exame empreendido por Habermas, que é exatamente no ponto em que Hobbes quer legitimar o poder soberano que incorre em erro. Não mostra como os sujeitos teriam condições de compreender o significado da reciprocidade que é proposta no contrato social e nem como eles teriam condições de realizar ficções envolvendo o conjunto de todos os participantes. A assunção tácita proposta pela teoria de Hobbes não atinge os sujeitos em um estado de natureza, pois considerando o que ele mesmo defende, os sujeitos neste estado pensam singularmente e não estão dispostos a abrir mão de suas liberdades (Ibid., p. 125). Essa presunção hobbesiana faz com que Kant reaja buscando argumentos morais para a justificação do sistema de direitos em seu princípio da autonomia, negando, definitivamente, uma justificação por meio do "auto-interesse esclarecido" dos que compõem a sociedade.

O pacto civil estabelece que o Estado permite a realização dos interesses individuais, se, e somente se, eles acontecem segundo uma regra que valha, em igual medida, como interesses dos demais sujeitos.

O que obriga a obediência ao direito é um motivo exterior e não a consciência moral individual. Tal fator externo é a coação, desde que ela se mostre recíproca, ou seja, ao mesmo tempo o sujeito coage e é coagido.

Kant aparece, de acordo com Habermas, como opositor a idéia do modelo de contrato proposta por Hobbes, no qual a soberania localiza-se no poder do governante e não no poder do povo. Como um "fim em si mesmo", o contrato encerra um modelo de sociedade sob o império do direito:

> sob esse aspecto, o contrato social serve para a *institucionalização* do direito "natural" a iguais liberdades subjetivas. Kant vê esse direito humano primordial fundamentado na vontade autônoma de indivíduos singulares, os quais dispõe preliminarmente, enquanto pessoas morais, da perspectiva social de uma razão que examina as leis, a partir da qual eles podem fundamentar moralmente, e não apenas pela astúcia, a sua saída do estado de liberdades inseguras. Ao mesmo tempo, Kant percebe que o direito humano – que é único – precisa diferenciar-se nos termos de um *sistema de direito*, através do qual, tanto "a liberdade de cada membro da sociedade, enquanto homem", como também "a sua igualdade com todos os outros, enquanto súdito", assumem uma figura positiva. Isso acontece na forma de "leis públicas", as quais só podem pretender legitimidade enquanto atos da vontade pública dos cidadãos autônomos e unidos (2003, v. 1, p. 127).

Então, no contrato, as liberdades subjetivas positivam-se através da autonomia política dos sujeitos e, desta maneira, é estabelecida a ponte entre os direitos dos homens e a soberania de todos. Entretanto, ainda assim, Habermas acredita que o estabelecimento desta relação por Kant (ainda que ancorado no modelo de Rousseau de "legislação pública democraticamente procedimentalizada") não clarifica o comportamento recíproco desses princípios. No entender habermasiano em "Kant e Rousseau [...] existe uma não confessada *relação de concorrência* entre os *direitos humanos*, fundamentados moralmente, e o *princípio da soberania do povo*" (Ibid., p. 128).

A partir do instante em que se vêem separadas questões morais e questões éticas, a "substância normativa filtrada discursivamente" apresenta-se em duas frentes: a da autodeterminação e da auto-realização. Habermas mostra que existe uma espécie de polarização em torno destes conceitos no que se diz respeito aos direitos humanos e à soberania do povo. Não que se definam lados em definitivo, mas que existiriam afinidades suficientes para atrair os princípios para um pólo e para o outro (Ibid., p. 133).

Nas tradições políticas estadunidenses (liberais e republicanas) elabora-se a questão colocando os direitos humanos como autodeterminação moral, e a soberania do povo como auto-realização ética. O que também não posiciona direitos humanos e soberania do povo como os elementos complementares necessários e sim como elementos concorrentes.

Na interpretação dada pelos liberais, a idéia de cidadão mescla-se com a da pessoa privada que faz valer seus interesses e liberdades pré-políticos contra a vontade soberana do legislador (aparelho estatal), e por isso a prioridade reside nas liberdades negativas que asseguram o exercício da autonomia individual. Domina a cena o momento moral-cognitivo

Segundo a interpretação republicana, ao contrário, a cidadania se efetiva apenas na prática de autodeterminação coletiva, logo, o primado se encontra na autonomia política dos cidadãos. "Os direitos humanos só se tornam obrigatórios enquanto elementos de sua própria tradição, assumida conscientemente" (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 134)

O que se percebe é que o liberalismo e o republicanismo ressaltam apenas um dos aspectos da autonomia dos indivíduos (autodeterminação e auto-realização) como embasamento da legitimidade democrática. Habermas mostra que Kant e Rousseau tentam se desvincular desta visão excludente e se propõem mostrar direitos humanos e soberania do povo como idéias que se interpretam mutuamente. Sob o crivo de Habermas nenhum dos dois atinge o intento de forma ideal e Kant termina por aproximar-se do modo de ver liberal e Rousseau termina pendendo ao republicanismo.

Ao propor e defender uma relação interna entre autonomia privada e autonomia pública, a Teoria do Discurso de Habermas se propõe à missão de conciliar ambas as tradições, isto é, proporcionar uma justificação do Estado de direito democrático na qual direitos humanos e soberania popular desempenham papéis distintos e ao mesmo tempo complementares.

Por meio da estrutura intersubjetiva dos direitos subjetivos, podemos observar como se dá a co-autoria na produção das leis. Como? Ao delimitar seu arbítrio em relação ao do outro, dentro de um mesmo espaço de ação (estrutura intersubjetiva de reconhecimento), o sujeito de direito permite a ocorrência de ambiente propício onde podem existir em co-autoria.

2.3 A relação entre autonomia privada e autonomia pública – direitos humanos e soberania do povo

Viu-se que o direito é o *medium* pelo qual as liberdades dos sujeitos podem ser compatíveis entre si. Ele se apresenta "como esfera de intermediação entre sistema[41] e mundo da vida. É em face dessa posição de intermediador que emerge, em vários níveis, a

[41] "Luhmann sustenta que a modernidade pode ser vista a partir do prisma da diferenciação de sistemas. Nessa perspectiva, os sistemas se transformam um no entorno do outro. O autor sustenta que nenhum âmbito da sociedade escapa dessa "sistematização". Portanto, é possível (sempre segundo a sua posição) observar a modernidade pelo prisma da "nova teoria dos sistemas" e é por isso que, para Luhmann, também o chamado processo ou a tendência de "juridificação" das relações sociais nas sociedades modernas é um exemplo de autonomização de um sistema específico (o sistema jurídico) em relação ao entorno. Esse sistema para Luhmann não estaria aberto na forma de *inputs* ou *outputs* ao exterior. Nem ao menos poderia estar "ligado" a um mundo da vida solidariamente estruturado" (SAAVEDRA, 2006, p. 120).

tensão entre 'validade e facticidade' no âmbito jurídico". Para Habermas, a referida tensão é verificada na relação de concorrência entre autonomia pública e autonomia privada.

> A autonomia do Direito, inerente ao Estado de Direito, embora também possa ser vista como uma autonomia em relação aos meios [*medien*] "poder" e "dinheiro", resulta da presença de procedimentos políticos com fundamentação racional-discursiva. Isso implica autonomia privada em conexão com autonomia pública, ou seja, "direitos humanos" e "soberania do povo" pressupondo-se reciprocamente (NEVES, 2001, p. 113).

Habermas procura, por intermédio de uma interpretação discursiva, superar o conflito existente entre os diferentes âmbitos da autonomia jurídica, sem sair em defesa de um deles, esclarecendo sua origem e fundamento comuns e enfatizando que ambos se pressupõe mutuamente.

> Uma ordem jurídica é legitima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, pois ambas são co-originárias; ao mesmo tempo, porém, ela *deve* sua legitimidade a formas de comunicação nas quais essa autonomia pode manifestar-se e comprovar-se. A chave da visão procedimental do direito consiste nisso. Uma vez que a garantia da autonomia privada através do direito formal se revelou insuficiente e dado que a regulação social através do direito, ao invés de reconstituir a autonomia privada, se transformou numa ameaça para ela, só resta como saída tematizar o nexo existente entre formas de comunicação que, *ao emergirem*, garantem a autonomia pública e privada (2003, v. 2, p. 153).

Como já se verificou, a legalidade vem a ser a instância que se constitui como síntese entre os direitos que cada cidadão tem que se atribuir e sua autonomia política. "A história da legitimação do direito moderno é vista por Habermas como uma tensão entre autonomia privada (direitos humanos) e autonomia pública (princípio de soberania do povo)". Logo, a pretensão habermasiana é a reconstrução dos referidos conceitos a partir de um "modelo de autolegislação reelaborado no marco da teoria do discurso" (SAAVEDRA, 2006, p.127).

Neves acredita que "a teoria do discurso pretende fundamentar o equilíbrio da autonomia privada e da autonomia pública e aponta para o fato de os direitos humanos só poderem estar garantidos onde esteja assegurado o princípio da soberania do povo, ou seja, o procedimento democrático de vontade estatal" (2001, p. 121). Como visto, Habermas procura esclarecer o nexo interno entre direitos humanos e soberania do povo,

demonstrando que ele "reside no conteúdo normativo de um modo de exercício da autonomia política, que é assegurado através da formação discursiva da opinião e da vontade, não através de leis gerais" (2003, v.1, p. 137).

Para tanto, o filósofo busca explicitar a estrutura intersubjetiva dos direitos subjetivos, em contraposição a uma redução à sua estrutura solipsista, tomada como fundamento do direito pela tradição. E essa estrutura intersubjetiva pode ser reconhecida a partir da consideração de que os sujeitos estabelecem entre si uma relação de co-autoria do ordenamento jurídico. "Como co-autores, os direitos referem-se reciprocamente a todos os sujeitos, e é tal estrutura que possibilita que direitos subjetivos sejam reclamados judicialmente" (MOREIRA, 1999, p. 187).

Ou seja, como todos os sujeitos participam igualmente na elaboração e na submissão ao ordenamento jurídico, pois os deveres e obrigações são recíprocos assim como a sua autoria, o direito subjetivo não pode mais ser entendido apenas como a delimitação subjetiva de um determinado espaço privado de atuação. Enquanto medida aritmética, quantitativa, desse espaço privado de atuação, o direito subjetivo, como entendido pela tradição, constituiria somente uma liberdade negativa que protegeria os espaços da ação individual e garantiria a autonomia privada.

Essa posição traz consigo alguns problemas: "a redução do direito aos aspectos solipsistas dos direitos subjetivos aponta para a questão da integração social em sociedades complexas, mas também para a pergunta pela sua validade" (Ibid., p. 184). Além de explicitar a estrutura intersubjetiva dos direitos subjetivos, Habermas traz mais uma contribuição à discussão, quando percebe a formação discursiva da opinião e da vontade dos sujeitos como origem do ordenamento jurídico.

Dessa forma, "a legitimidade do direito apóia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos" (2003, v. 1, p. 138). Uma vez que a teoria habermasiana defende uma relação complementar entre direito e moral, o conceito de autonomia precisa delinear-se de modo a abarcar princípios morais e democráticos.[42]

> O nexo interno entre 'direitos humanos' e soberania popular, que buscamos aqui, reside, pois, no fato de que a exigência de institucionalizar a autolegislação em termos de direito tem que ser

[42] Princípios do discurso, inicialmente neutros em relação ao Direito e a moral.

> preenchida com o auxílio de um código, o qual implica, ao mesmo tempo, a garantia de liberdades subjetivas de ação e reclamação. (HABERMAS, 2003, v. 2, p. 316).

Segundo o autor a divisão dos direitos subjetivos, deve, então, ser feita de maneira igualitária, no interior de um processo de caráter democrático. Dessa forma afirmam-se os resultados da formação política da opinião e da vontade como racionais. Vê-se, assim, autonomia privada e autonomia pública se pressupondo mutuamente, na medida em que uma autonomia não possa reivindicar o primado sobre a outra[43].

Para Jusefovicz, diferentemente, "sem direitos fundamentais que assegurem a autonomia privada dos cidadãos, não existiria nem mesmo condições de criar o *medium* para a institucionalização jurídica que permite fazer valer a autonomia pública do cidadão" (2005, p. 185). Mas, em Habermas, é a própria composição de soberania do povo mais direitos humanos que garantem o processo legislativo legítimo, e que legitima também, em última instância, o ordenamento jurídico:

> Assim, o ordenamento jurídico pode ser entendido como fruto de uma legislação que os sujeitos de direito se dão a si mesmos, sendo, por seu turno, os direitos humanos o substrato que é inserido nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de procedimento. A composição entre direitos humanos e soberania do povo somente se mostra à medida que a estrutura intersubjetiva dos direitos é parte componente de um procedimento que incorpora a dimensão discursiva da formação da opinião e da vontade como algo que lhe é intrínseco (MOREIRA, 1999, p. 189).

Aqui vemos a maneira pela qual Habermas fundamenta o direito e, também, como ele vislumbra a sua institucionalização e a sua validade. Destaca-se, principalmente, a

[43] Em uma outra via, Marcelo Neves aponta que, apesar de Habermas possuir o intento de fazê-lo, não consegue fundamentar o equilíbrio entre autonomia privada e autonomia pública. Segundo ele "ao relacioná-los respectivamente, com a autodeterminação (moral) e auto-realização (ético-política) no Estado democrático de direito, não leva às últimas conseqüências essa postura [...]. Embora insista que entre moral e direito haja uma relação de complementaridade, Habermas sustenta que "uma ordem jurídica só pode ser legítima se não contradisser os princípios morais. Além do mais, as questões ético-políticas permanecem subordinadas às questões morais. Portanto, ao superestimar os princípios morais (universais), Habermas não sustenta propriamente um modelo de autonomia jurídica, e sim, em última análise, da autonomia moral do direito perante os meios "poder" e "dinheiro". A rigor, apesar de apontar a interdependência entre a autodeterminação moral referente a auto-realização ético-política concernente ao princípio da soberania do povo, não as põe, a rigor, no mesmo nível, o que dá uma decisiva prioridade àquela". Para ver mais: NEVES, Marcelo. Do consenso ao dissenso. In: SOUZA, Jessé (organizador). **Democracia hoje:** novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. pp. 120-122.

importância dada pelo filósofo à teoria do discurso dentro da discussão da filosofia do direito.

> Para que a razão legitimadora do poder não se anteponha mais à vontade soberana do povo – como em Locke –, situando os direitos humanos num estado natural fictício, atribui-se uma estrutura racional à própria autonomia da prática de legislação. Uma vez que a vontade unida dos cidadãos só pode manifestar-se na forma de leis gerais e abstratas, é forçada *per se* a uma operação que exclui todos os interesses não generalizáveis, admitindo apenas as normatizações que garantem a todos, iguais liberdades. O exercício da soberania popular garante, pois, os direitos humanos (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 259).

Abandona-se o paradigma do direito subjetivo solipsista da tradição e se recoloca a questão da relação entre direitos humanos e soberania do povo: "à medida que o ordenamento jurídico emana da vontade discursiva de seus cidadãos e suas leis são, ao mesmo tempo, reflexo e produção dessa vontade que assume ares institucionais através do procedimento legislativo, os direitos humanos e a soberania do povo encarnam a dimensão de legitimidade do corpo jurídico" (MOREIRA, 1999, p. 189).

Como dito anteriormente, Habermas acredita que é preciso esclarecer a origem e fundamento comuns às duas formas de autonomia e defende que esse elemento comum reside no discurso. No entanto, para que o discurso exerça esse papel, deverá ser instaurado segundo condições que forneçam as condições necessárias à sustentação dos resultados que forem obtidos.

2.4 O princípio 'D'

"São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar seu assentimento na qualidade de participantes de discursos racionais" é esse o enunciado do Princípio 'D' de Habermas. Advém da necessidade, como já visto, de um princípio que tenha por condão a validação das normas de forma imparcial, que seja anterior até mesmo à distinção entre os conceitos de moral e de direito (é neutro em relação a ambos). E que, como mencionado, consiga realizar a ponte entre soberania do povo e direitos humanos. (2003, v. 1, p. 143).

O princípio, por ser imparcial na justificação, apresenta-se como base da moral e do direito, na medida em que se diferencia conforme as regras do discurso que o operacionalizam. Ou seja, "dependendo da lógica do questionamento e do tipo correspondente de argumentos, ela pode levar à distinção entre diferentes tipos de discurso [...]. E, para cada tipo, é preciso mostrar quais são as regras que permitem uma resposta a problemas pragmáticos, éticos e morais" (Ibid., p. 144).

Convertendo-se em princípio moral, assume feições de princípio universalizante (acontece quando prováveis conseqüências ou efeitos colaterais, resultantes da obediência geral a uma regra controversa, objetivando a satisfação de interesses de cada indivíduo, são aceitas por todos sem que seja necessário o uso de coação), e transcende limites históricos-casuais e a divisão entre o que é privado e o que é público. Habermas, atenta: entretanto, há um senão: em sociedades cujo nível de complexidade é alto, normas morais precisam da tradução proporcionada pelo código do direito para se fazer ouvir em "domínios vizinhos". Além disso, como já se apresentou, o direito alivia a moral da incumbência da integração social, que ela não tem condições de realizar sozinha (e retira do indivíduo o peso de decidir sozinho acerca das questões que lhe são postas na sociedade).[44]

Enquanto princípio da democracia "destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito" e, em sua essência, significa que "somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva" (Ibid., p. 145).

A ele não cabe a responsabilidade de dizer a possibilidade ou não de existir uma abordagem discursiva para questões de cunho político. Pressupõe-se, previamente, que estas questões tenham sido esclarecidas via teoria da argumentação e, partindo do pressuposto de que uma formação política racional da opinião e da vontade é possível, Habermas confere ao princípio da democracia a responsabilidade de institucionalizá-la via um sistema de direitos (princípio da democracia e sistema de direitos são co-originários – código do direito e o mecanismo que o produz se constituem reciprocamente). Tal sistema é que garante a todos (igual tratamento) a participação efetiva nos processos de normatização (entenda-se aqui que os pressupostos comunicativos já estejam assegurados previamente).

Segundo Jusefovicz, o princípio do discurso, uma vez institucionalizado juridicamente, especifica-se como princípio da democracia e é o que concede, a partir de

[44] Cf. MOREIRA, 1999, p. 174.

então, força para a legitimação das normas. Ainda segundo ele, Habermas definiria que a idéia da autolegislação dos cidadãos requer que o exercício da autonomia destes aconteça orientado pelo princípio da democracia (2005, p. 188). O que se confirma nas palavras de Habermas, que afirma ser o princípio da democracia resultante de "uma interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica" e que é o mesmo que "passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização" (Ibid.,, p. 158).

Importante frisar que, apesar de não estar "no mesmo nível", isso não significa, para Habermas, que estes princípios estejam hierarquicamente organizados. Ao contrário, diz-se de uma relação de complementaridade tal que não se pode reduzir a legitimidade à mera validade moral e nem tão pouco acreditar (de uma maneira positivista) que eles devam estar completamente apartados.

Sobre esta relação entre moral e direito, Habermas demonstra que ela vai além de uma divisão/diferença entre níveis de referência (o princípio da moral age no nível interno dos jogos argumentativos, enquanto o princípio da institucionalização externa age no nível da formação da vontade). Existem outros pontos que servem de referência para a distinção entre um princípio e outro, como, por exemplo, a diferença entre normas de ação gerais - princípio da moral que se aplica a quaisquer normas de ação que são passíveis de justificação via argumentação moral - e normas jurídicas - princípio da democracia refletido em normas jurídicas estabelecidas ao longo de evoluções sociais, que possuem um caráter artificial e que são auto-reflexivas (Ibid., p. 146).

O direito é posto, na teoria habermasiana, como complementar a moral, de modo que resolve alguns de seus déficits, tais como os da indeterminação cognitiva, da incerteza motivacional e exigências organizacionais. Déficits estes que se originam do papel atribuído ao sujeito (na qualidade de sujeito moral), no qual cabe a ele transitar entre universal e particular e entre norma e fato (momento em que formula juízos para a ação). Cabe a ele o fardo das decisões individuais. A existência de um ordenamento jurídico permite ao sujeito migrar da posição solitária que se encontra para a posição de membro constituinte de uma comunidade, vendo assim o peso das escolhas se diluir em uma escolha geral, de todos os envolvidos.[45]

Dentre os déficits apontados, por indeterminação cognitiva, Habermas entende aquela resultante da passagem da norma para o fato, ou seja, o momento da aplicação de uma norma ao caso concreto após procedimento argumentativo. Veja-se, realizar a

[45] Cf. MOREIRA, 1999, p. 174-175.

formulação imparcial de um juízo em casos mais ou menos ordinários, cuja aplicação de normas já se realiza de forma corriqueira (visto que as características que envolvem o fato não destoam de fatos anteriores e que requereram a aplicação de uma determinada norma) não traz aos indivíduos grandes problemas.

Entretanto, casos específicos, questões controversas, cujas características destoam dos demais, requerem mais do que simples aplicação de normas generalísticas. Exigem avaliações específicas e novas ponderações acerca dos fatos envolvidos e isso sobrecarrega a "capacidade analítica do indivíduo", gerando a indeterminação (2003, v. 1, p. 151).

Luiz Moreira acredita que isso pode vir a ser uma ameaça à própria integração social, "uma vez que a moralidade não tem condições de elaborar um catálogo de obrigações que dissolvam os conflitos provenientes da passagem do universal para a ação" (1999, p. 176). Mas, em virtude da atuação do direito, tal ameaça termina por não se concretizar:

> O sistema jurídico tira das pessoas jurídicas, em sua função de destinatárias, o poder de definição do critério do que é justo e do que é injusto. Sob o ponto de vista da complementaridade entre direito e moral, o processo de legislação parlamentar, a prática de decisão judicial institucionalizada, bem como o trabalho profissional de uma 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 próprio (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 151).

Além da incerteza cognitiva, fazem parte das exigências feitas à pessoa moral aquelas de cunho motivacional (força de vontade) em relação à seguinte questão: tanto é possível que, após o acordo comunicativo e a escolha do melhor argumento, tenha-se a solução do problema dado (lembrando-se sempre que ainda que o consenso tenha sido gerado, todo e qualquer resultado de formulações discursivas está sujeito a revisitações e a novas problematizações), como também existe a possibilidade de que, ainda que vencidas as mencionadas etapas, não se chegue a um consenso.

Habermas explica a dificuldade, mostrando que o sujeito deverá "conseguir a força para agir segundo instituições morais, inclusive contra seus próprios interesses, a fim de harmonizar o dever e a obrigação. Enquanto autor, o ator deve concordar consigo mesmo, por ser destinatário de mandamentos" (I2003, v.1. p. 151).

No que o direito impacta nesta questão? Ao exercer o monopólio da força (sanções), força adesão e obediência aos preceitos jurídicos, aliviando mais uma vez o

sujeito de sua incerteza motivacional e o deixando livre para o agir orientado pelas conseqüências.

Verifica-se que essa assim chamada fraqueza da vontade gera, ainda, outro aspecto problemático, o da inimputabilidade. Considerem-se as seguintes circunstâncias: (1) no âmbito moral só é exigível o cumprimento de preceitos quando estes forem válidos para todos e (2) não há como afirmar com certeza que todos seguirão os mesmos preceitos. Se for a universalidade que gera consenso e se não existem formas de se obrigar o sujeito a agir de acordo com o que propõem tais preceitos universais, ninguém é obrigado a agir até que todos se atenham às normas válidas, pois "normas válidas só são imputáveis quando puderem ser impostas faticamente contra um comportamento desviante" (Ibid., p. 152).

A imputabilidade de obrigações perante os deveres positivos gera o terceiro ponto deficitário da moral, em que são necessários, em decorrência da complexidade das sociedades contemporâneas, esforços cooperativos e/ou realizações organizacionais visando o cumprimento desses deveres. "Quanto mais a consciência moral se orienta por valores universalistas, tanto maiores se tornam as discrepâncias entre exigências morais inquestionáveis e coerções organizatórias, que constituem obstáculos às transformações" (Ibid., loc. cit).

Efetivar uma obrigação moral requer uma complexidade de eventos que ela não suporta (há um hiato entre "a consciência da obrigação moral e os meios para tornar efetivas tais obrigações" [46]), o que a obriga a recorrer ao direito, que supre as deficiências organizacionais por meio de sua reflexividade (supre as próprias lacunas – normas secundárias responsáveis pela produção de normas primárias), e por meio de seu ordenamento logicamente encadeado.

Considerados os limites da moral pós-convencional, vê-se claramente a necessidade de complementação via direito. Habermas chama a atenção, entretanto, que não é só em relação à moral que o direito terá que operar. Outras instituições, anteriormente garantidas pela tradição, perdem a base de sua legitimidade e se colocam sob a pressão da justificação.

Para o filósofo, o direito possui condições plenas de constituir-se como sistema de ação no lugar das referidas instituições não só como elemento reconstrutivo, mas também como elemento construtivo dessas áreas, tornando-se viável e possível a criação de outros sistemas de ação organizados formalmente, exemplificados em empresas, mercados e

[46] Cf. MOREIRA, 1999, p. 180.

administrações. A compensação da moral não é mais o único motivo pelo qual se fazem necessárias as realizações do código do direito (2003, v.1, p. 153-154).

2. 5 A legitimação do direito segundo a Teoria Discursiva

Já se observou que, na modernidade, os níveis de justificação embasados em fundamentos últimos ou em razões metafísicas não mais são suficientes para a obtenção da validade de um proferimento e que se torna imperativa a busca por uma legitimidade realizada por procedimentos, "fundada num acordo racional entre livres e iguais" e que seja expressão do interesse de todos.[47]

Seguindo a estrutura proposta por Habermas e caminhando através do estudo dos direitos subjetivos, da relação entre os direitos fundamentais e soberania do povo (legitima-se um sistema de direitos em que a autonomia privada e a autonomia pública dos cidadãos se pressuponham mutuamente), da diferenciação e da relação de complementaridade entre moral e direito (não há relação de subordinação), bem como da estrutura do princípio 'D' (convertido em princípio da democracia e constituído de forma co-originária com o código do direito na formação dos direitos), têm-se condições de apresentar, com maior tranqüilidade, a maneira como se dá o processo de legitimação do direito segundo a teoria discursiva, utilizando os preceitos verificados até agora.

Sabe-se que Habermas considera como legítima a convivência existente entre sujeitos de direito que são considerados, simultaneamente, como destinatários e co-autores da ordem jurídica construída por meio de um processo democrático de formação da opinião e da vontade dos referidos sujeitos.

Para que isso ocorra, propõe a construção de um processo pelo qual os sujeitos devem atribuir-se direitos fundamentais para que consigam regular sua convivência por meio de estruturas legítimas. Esses direitos se originam da "aplicação do princípio do discurso ao *medium* do direito" (2003, v. 1, p. 159), o que dá a forma princípio da democracia que, como já foi visto, confere força legitimadora ao processo de criação das leis. Ao aplicar o princípio 'D', justamente a direitos a liberdades subjetivas e institucionalizando-se juridicamente as condições para o exercício discursivo da autonomia

[47] Cf. DINIZ, Antônio Carlos de Almeida.**Teoria da Legitimidade do direito e do Estado**: uma abordagem moderna e pós-moderna. São Paulo: Landy, 2006, p. 168.

política dos sujeitos, têm-se as necessárias condições de fornecer concretude à autonomia privada.

O filósofo elenca estes direitos que precisam, necessariamente, ser reconhecidos por estes sujeitos (de forma recíproca), e os separa em quatro tipos, dividindo-os em três momentos. Primeiramente, busca os direitos que asseguram as liberdades subjetivas, os que conferem o status de membro de determinada associação e os que resultam da possibilidade de postulação judicial. Depois, mostra os direitos fundamentais à formação da opinião e da vontade e, por último, os direitos que garantem a realização e ocorrência dos outros quatro tipos:

> (1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação* (Ibid., p. 159).

.

Notando-se que são consideradas como legítimas as leis que garantam que o direito de cada um dos sujeitos se compatibilizará com o direito de todos os demais.

> Esses direitos exigem como correlatos necessários:
> (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito (Ibid., loc. cit).

Habermas nos mostra que só se pode estabelecer um código jurídico perante um grupo determinado de sujeitos, pois nenhum poder é infinito, seja ele considerado geograficamente ou socialmente. É, então, com a delimitação do âmbito de atuação do monopólio da força que se pode distinguir quem são os membros constituintes de determinada comunidade (organizada ou não na forma de Estado). Uma vez conferido o status de membro, são atribuídas as condições necessárias para que se passe ao status de cidadão (Ibid., p. 161).

> (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da produção jurídica individual (2003, v. 1, p. 159).

Para que o código do direito possa ser institucionalizado, exige-se, ainda, que existam instâncias (“tribunais independentes e efetivos”), que garantam aos sujeitos que se

sentirem prejudicados em seus direitos uma forma de fazerem valer suas pretensões (Ibid., p. 162).

Habermas explica que estes três tipos de direitos fundamentais ainda não podem ser classificados como direitos de defesa (no sentido dos direitos liberais), uma vez que não existe, ainda, uma organização jurídica do poder do Estado, à qual os sujeitos poderiam recorrer para reivindicar tais direitos. Terminam, portanto, por regular apenas relações entre civis, garantindo-lhes sua autonomia privada e seu papel de destinatários das leis. Aqui ainda não se vêem como co-autores da ordem jurídica, o que só fazem no próximo passo proposto pelo autor:

> (4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais criam direito legítimo (Ibid., p. 159).

Percebe-se que, à medida que as liberdades subjetivas são institucionalizadas acontecerá um consequente reconhecimento dos sujeitos como co-autores das leis, em processos de formação discursiva da opinião e da vontade, que assegurarão o grau de legitimidade do sistema jurídico.[48] De acordo com Habermas:

> têm que ser garantidas pelo direito as condições sob as quais os cidadãos podem avaliar, à luz do princípio do discurso, se o direito que estão criando é legítimo. Para isso servem os direitos fundamentais legítimos à participação nos processos da opinião e da vontade do legislador [...]. Iguais direitos políticos fundamentais para cada um resultam, pois, de uma juridificação simétrica da liberdade comunicativa de todos os membros do direito; e esta *exige*, por seu turno, uma formação discursiva da opinião e da vontade que possibilita um exercício da autonomia política através da assunção dos direitos do cidadão (Ibid., p. 163-164).

O quinto direito desenvolvido por Habemas é aquele responsável por fornecer as bases materiais para que os sujeitos possam aproveitar os outros quatro em igualdade de oportunidades:

> (5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4) (2003, v.1, p. 160).

[48] Cf. MOREIRA, 1999, p. 196.

Observa-se, portanto, que segundo a teoria do discurso, proposta por Habermas, o direito é legitimado mediante a síntese entre direitos humanos e soberania do povo (ao introduzir o sistema dos direitos desta forma, o autor propõe tornar mais compreensível esta conexão), que acontece segundo procedimentos garantidores da participação de todos, em iguais condições, nos processos de formação da opinião e da vontade. Sabe-se também, que, ainda que um ordenamento seja considerado legítimo, sempre estará sujeito a novas análises, ou seja, a validade das leis é constantemente colocada à prova, discursivamente.

Tanto é, que, de acordo com Habermas, nem mesmo este sistema de direitos está imune a alterações (considerado aqui já na sua forma prática de aplicação, ou seja, presente em textos constitucionais), pois "sua durabilidade depende de uma interpretação constitucional continuada, desencadeada em todos os níveis de positivação do direito" (Ibid., p. 166).

Ao proporcionar a existência recíproca da autonomia privada e da autonomia pública, este sistema de direitos conseguirá operacionalizar a tensão existente entre facticidade e validade (direito positivado *versus* legitimidade do direito) e o direito irá, portanto, estabilizá-la utilizando-se da teoria discursiva e de suas proposições.

Habermas, buscando uma via diferente das demais já propostas, acreditou ser possível que direitos humanos e soberania do povo fossem considerados simultaneamente para o desenvolvimento de leis legítimas, postas a serviço da democracia. Uma democracia que vai muito além de uma visão formal de seus princípios, que não garante apenas a participação de elites nos processos de normatização e que oferece iguais condições para que, por meio de processos discursivos de análise dos melhores argumentos e consequente formação de consensos obtidos comunicativamente, cada sujeito de direito possa se reconhecer como destinatário e co-autor do ordenamento jurídico a que está submetido. A proposta é de tal forma propensa à manutenção da liberdade de arbítrio destes sujeitos, que:

> Compete aos destinatários decidir se eles, enquanto autores, vão empregar sua vontade livre, se vão passar por uma mudança de perspectiva que os faça sair do círculo dos próprios interesses e passar para o entendimento sobre normas capazes de receber o assentimento geral, se vão ou não fazer um uso público de sua liberdade comunicativa [...]. Ao contrário da moral o direito não pode *obrigar* a um emprego comunicativo de direitos subjetivos, mesmo quando os direitos políticos dos cidadãos *sugerem* exatamente esse tipo de uso público (2003, v. 1, p. 167-168).

Desta maneira, Habermas pretende manter a tensão existente em relação à questão da validade das leis, pois acredita que é a perene possibilidade de revogação e contestação que garante que nenhuma lei contra a liberdade ou à igualdade entre os sujeitos possa vigorar com pretensões a ser legítima.

CAPÍTULO 3

DIREITO, LEGITIMAÇÃO E PODER

3. Direito, legitimação e poder

Uma vez feita a apresentação da teoria discursiva, cuja proposta está embasada na razão comunicativa habermasiana, pôde-se verificar a tensão entre facticidade e validade sob diferentes ângulos, como aqueles existentes entre positividade e legitimidade do direito, entre autonomia pública e autonomia privada (interior ao sistema de direitos) e entre soberania do povo e direitos humanos (sistema de direitos e princípio da democracia). Note-se que, como explicito na introdução, todas essas formas de investigar a tensão entre facticidade e validade referem-se à reconstrução da referida tensão em um âmbito interno ao direito, e não relativa à uma tensão externa, ou seja, entre a pretensão de legitimidade de dada ordem política e a facticidade de sua aceitação social, entre norma e realidade.

Observa-se, nesse momento, que ao dar continuidade a seu estudo, Habermas desloca a referida tensão para um outro nível (ainda visto sob o ponto de vista interno do direito), qual seja, o da discussão acerca da legitimação do poder político organizado sob a forma de Estado democrático de direito. Situando sua discussão no interior no próprio nivel do poder político, Habermas pretende tratar a questão da legitimação do poder organizado como Estado introduzindo uma discriminação conceitual entre um poder administrativo e um poder comunicativo, como se observará mais a diante. Considerando esse deslocamento, vê-se que a tensão

> se apresentara inicialmente na dimensão da validade do direito – como a tensão entre a positividade e a legitimidade do direito – e no interior do sistema dos direitos – como a (tensão) entre autonomia pública e privada. Com a idéia de Estado de direito, amplia-se a perspectiva. A partir dos direitos, nós passamos para uma dominação organizada juridicamente, cujo exercício deve ficar ligado a um direito legítimo. Com a aplicação reflexiva do direito ao poder político, pressuposto por ele, a tensão entre facticidade e validade desloca-se para uma outra dimensão, reaparecendo no próprio poder político constituído conforme o Estado de direito (2003, v.1, pp. 172-173).

Tal movimentação faz-se vital para que o momento de reconhecimento intersubjetivo dos direitos fundamentais seja um movimento contínuo, incessante. Isso se dá devido ao fato, como mesmo considera o autor, de que há

> uma diferença entre legitimidade dos direitos e legitimidade de uma ordem de dominação, entre a legitimação de processos de normatização e a legitimação do exercício do poder político. Os direitos fundamentais,

> reconstituídos no experimento teórico, são constitutivos para toda associação de membros jurídicos livres e iguais; nesses direitos reflete-se a socialização horizontal dos civis, quase *in status nascendi*. Porém o ato auto-referencial da institucionalização jurídica da autonomia política é incompleto em pontos essenciais, não podendo estabilizar-se a si mesmo. O momento do reconhecimento recíproco dos direitos continua sendo um evento metafórico que pode ser, quando muito, rememorado e ritualizado: a sua perpetuação exige a instauração ou aproveitamento funcional de um poder de Estado (2003, v. 1, p.169).

A relação entre autonomia privada e pública necessita que o processo de juridificação se estenda para além da garantia de liberdades subjetivas e comunicativas, alcançando da mesma forma o poder político (responsável, como se verá, pela obrigatoriedade fática da normatização e pela implantação do direito) que é suposto antecipadamente por meio da atuação do próprio direito.

Tal enfoque vem para completar a intenção de mostrar o alcance da questão da legitimidade dos ordenamentos jurídicos vigentes e como a proposta discursiva de Habermas causa impacto definitivo na forma de se ver o direito. Além disso, cabe à legitimidade, quando define bases para a integração, condicionar a estabilidade de sistemas políticos, ainda que o faça de forma parcial.[49]

Nota-se, ainda, que as relações entre os cidadãos, antes vistas sob a forma horizontal (ou seja, a relação entre os sujeitos é sempre nivelada segundo as condições igualitárias de participação na construção discursiva), são colocadas, neste momento de recontrução teórica de Habermas, de forma vertical, considerando a inserção de um novo elemento, o da dominação política. São essas as relações, de dominação política entre os cidadãos, que interessam a Habermas a partir deste ponto.

Necessário se faz, antes de passar à análise da questão específica envolvendo a legitimação do Estado democrático de direito (segundo as proposições Habermasianas – tensão entre poder administrativo e poder comunicativo), mostrar como se dá a reconstrução da relação entre direito e poder político, pois é dessa relação que surgirá a necessidade de legitimação que está posta em questão.

[49] Cf. DINIZ, 2006, p. 162-163.

3.1 A legitimidade do poder segundo a análise habermasiana

Considerando-se a análise histórica acerca dos modelos de sociedade ocidentais, a passagem para o Estado moderno e a conseqüente reconstrução da relação interna entre direito e política, pretende-se mostrar como Habermas chega em sua formulação sobre a legitimidade do poder político.

O autor mostra que o entrelaçamento entre direito e poder político só passa a configurar-se como um problema nas sociedades de transição do início da Idade Moderna. Maquiavel é o ponto de partida daqueles que interpretaram naturalisticamente o poder político recém saído do que Habermas chama de "contextos de tradições sagradas" (nível de justificação embasado em fundamentos últimos ou em cosmovisões metafísicas), e é também com ele que se iniciaram as reflexões acerca da modernidade político-jurídica tendo por base a autonomia da esfera política.

Essa nova forma de ver o poder administrativo torna-se, aos olhos dos teóricos do direito racional, motivo mais que suficiente para que estabelecessem conceitos suficientes para a explicação da relação entre direito sancionado pelo Estado e poder organizado segundo o direito.

Há duas vertentes que são colocadas por Habermas para esclarecer a evolução da relação entre poder político e direito: a posição de Hobbes e aquela proposta por outros contratualistas (Locke, Rousseau e Kant). De acordo com o primeiro a ação política é responsável pela legitimação do direito e se exerce por meio deste (as normas jurídicas como instrumento de afirmação da vontade do poder). A existência da ordem jurídica (direito positivo) depende da existência de um poder político, "de uma autoridade que tem o poder de estabelecer as normas do justo e do injusto, do legítimo e ilegítimo e de fazer respeitar a norma estabelecida" (WERLE; SOARES, 2008, p. 120).

O poder máximo, para Hobbes, residia na soberania, e o direito era relegado a vigorar se, e somente se, existisse em sua fundamentação esse poder. Fácil perceber que, para o pensador, existia uma primazia da política sobre o direito.

> Na base de um contrato de dominação, constitui-se um poder do Estado, segundo o esquema: a vontade soberana assume funções de legislação, revestindo suas manifestações imperativas com a forma do direito. Porém o poder da vontade do senhor, canalizado pelas leis, continua sendo essencialmente o poder substancial de uma vontade apoiada na pura

> decisão. Esta se dobra à razão, transformada em lei, apenas para servir-se dela (HABERMAS, 2003, v.1, p. 175).

O que fica da proposta de Hobbes é a seguinte dúvida: se o direito é reduzido a apenas uma manifestação das relações de poder e restringe-se sua validade à presença de uma força (poder) responsável por fazê-lo valer, "como é possível distinguir uma comunidade político-jurídica, como o moderno Estado de direito, de uma gangue de traficantes e ladrões?[50]" (WERLE; SOARES, 2008, pp. 119-120)

Outros contratualistas se ocuparam de tentar estabelecer diretrizes para o problema da legitimação do poder político e das bases fundantes das associações político-jurídicas no mundo moderno. O ponto de junção entre o pensamento destes teóricos reside na busca pelas fontes de legitimação do poder e em como impor limites normativos à sua atuação e, para tanto, tentaram evidenciar que o direito positivo deverá estar ligado a alguma fonte de justiça enquanto consistir-se de meio de organização do poder.

Dentro dessa linha de pensamento, o direito é o responsável por colocar limites à ação política na medida em que o poder político se configura como mero meio de imposição das normas de um sistema jurídico que se legitima por intermédio de sua própria racionalidade.

Verifica-se, ao contrário do que se vê em Hobbes, uma primazia do direito em relação ao poder político. Busca-se estabelecer um espécie de padrão de legitimação racional, onde a legitimidade será obtida no livre consentimento racional concedido por todos os sujeitos, para tanto tidos como iguais. São legítimos, segundo os pensadores do contrato social, poder e princípios que têm condições de aceitabilidade racional perante todos os que lhes são subordinados. Essa é, inclusive, a proposta do contrato, cujo poder criado retira sua força normativa do consentimento racional de todos (sejam eles considerados cidadãos ou súditos) e nesse consentimento estão inseridos determinados ideais de justiça (liberdade dos sujeitos e igualdade de condições, por exemplo).

---

[50] Pergunta inspirada em Santo Agostinho, para quem um Estado que não fosse regido segundo a justiça, reduzir-se-ia a um bando de ladrões. "Tirando a Justiça (…) que são os reinos senão grandes bandos de ladrões*?* E o que éum bando de ladrões senão pequeno reino? Porque se trata de uma reunião de homens em que um chefe comanda, em que um pacto social é reconhecido, em que certas convenções regulam a partilha do produto do saque. Se esta quadrilha funesta,recrutando para si malfeitores, cresce ao ponto de ocupar um país, de estabelecer postos importantes, de tomar cidades, de subjugar povos, então arroga-se abertamente o título de reino, título que lhe assegura não a renúncia à cupidez, mas a conquista da impunidade (Cidade de Deus, IV, 4).

Como resposta à dúvida que fica, os contratualistas dizem que o que diferencia uma comunidade político-jurídica de um bando de ladrões, seria "incialmente, a correspondência ou não do poder e das leis a um determinado ideal de justiça. Esse ideal de justiça, fundado na igualdade e na liberdade naturais dos indivíduos pressupostas no direito racional no qual os indivíduos formam voluntariamente um acordo entre eles e instauram o poder legítimo" (WERLE; SOARES, 2008, p. 122).

Habermas acredita que os contratualistas não foram felizes ao manterem uma relação antagônica entre poder e direito, ao ficarem presos ao dogma de um poder de dominação que é autorizado por um direito que se sobrepujava porque extraía sua força da tradição. Afirma que mesmo Kant, que reformulou a problemática da fundamentação, colocando o contrato como instância na qual as decisões de um soberano deveriam, necessariamente, ser reflexo da vontade geral do povo, persiste na manutenção do "respeito ao fato natural do poder político do soberano, núcleo decisionista e impenetrável da política" (2003, v. 1, p. 175).

Em dado momento, o autor procura demonstrar a origem desses fenômenos e da problemática que se acumula na modernidade, anotando os diferentes estágios da evolução e formação do Estado moderno, onde o poder político e o direito viriam a se constituir reciprocamente. Esse resgate é feito por Habermas por meio da utilização de modelos abstratos de sociedade e de regulamentação de conflitos, culminando na demonstração da co-originariedade do poder político e do poder do Estado.

De acordo com o que Habermas propõe, em sociedades tradicionais para que se constituam ordem social e resolução de conflitos, necessário se faz que dois processos aconteçam interligados e simultaneamente. No primeiro constata-se um poder social autorizado por um direito sagrado interligado com a moral e os costumes, transformando-se em poder político legitimado. No segundo, tem-se uma mudança na forma do direito sagrado decorrente da transformação do poder social em poder político, na qual aquele passa a ser sancionado por meio do poder político e adquire uma força normativa que transcenderá a obrigatoriedade moral.

Assim posto, Habermas pretende mostrar que, uma vez ocorrida a transição para o que hoje chamamos de sociedades modernas, os componentes co-originários do direito do Estado e do poder político aparecem como responsáveis pela constituição de um poder estatal organizado segundo a forma jurídica e atam-se na institucionalização de funções

que garantem a existência de um poder organizado pelo Estado. Conforme nos mostra Habermas:

> é possível representar a *constituição co-originária do direito político e do poder político* seguindo uma modelo de dois degraus. O primeiro degrau se caracteriza pela posição de um juiz real que monopoliza as funções de arbitragem estado-maior do poder, que torna possível a formação coletiva da vontade na forma organizada do poder político [...]. No segundo degrau de nosso modelo os componentes co-originários do poder político e do direito do Estado se ligam na institucionalização de funções que possibilitam uma forma organizada do exercício do poder político, em síntese: um poder organizado pelo Estado (2003, v. 1., 179-181).

Com esses esforços Habermas procura fugir dos impasses verificados nas teorias apresentadas e, em suas reflexões sobre poder político e direito, encetará uma via alternativa, apresentando a questão da legitimidade do poder político segundo os ditames da teoria discursiva, para isso faz-se necessária a observação detalhada de como, de acordo com o filósofo, deve ser vista a relação entre direito e poder político, e como ele vê o conceito de poder de acordo com Max Weber e Hanna Arendt e o que retira dessas observações para compor seu próprio pensamento.

3.2 A relação entre direito e poder político

Verificou-se que o direito e a moral passam a ter, na formulação teórica mais recente de Habermas, uma relação de co-originariedade e de complementaridade recíproca, em um nível pós-metafísico[51]. Direito e política (além de sua constituição co-originária como se mostrou) aparecem também como interdependentes e com uma constituição recíproca, possuem racionalidades segundo padrões específicos e mantêm sua autonomia.

A interdependência se manifesta segundo os seguintes termos: o exercício do poder político carece do direito para se organizar, assim como o direito carece da atuação estatal (via aplicação de sanções) para que possa atuar. Ao se verificar a relação entre os sistemas

[51] Antônio Carlos de Almeida Diniz tece uma crítica à Habermas, dizendo que apesar do filósofo dizer que o nível de justificação calcado em cosmologias, religiões e demais visões de caráter metafísico tenha sido superado, é preciso notar que mesmo que exista nas sociedades contemporâneas um predomínio de um nível de justificação baseado na legitimidade por procedimentos, não se deve esquecer da existência de "nichos comunitários tradicionais onde se preserva o legado de modulações clássicas da legitimidade, típicas de níveis de justificação pré-modernas". Para uma análise mais acurada ver a obra Teoria da Legitimidade do direito e do Estado, p. 160 e seguintes.

e o mundo da vida, pode-se apreender que o direito serve ao sistema de poder político transmutando-se em poder administrativo, como meio de organização e de imposição do próprio poder. De outro lado, o exercício legítimo do poder, por configurar-se como uma construção jurídica, deve obediência aos princípios e regras jurídicas que, ao mesmo tempo que autorizam a sua atuação, também lhe impõe os limites para que isso aconteça[52].

Viu-se, igualmente, que o direito se apresentará como o instrumento capaz de traduzir o poder comunicativo em poder administrativo, tornando as demandas do mundo da vida questões perceptíveis ao sistema político, que naturalmente se mantém indiferente.

O direito possui como função própria, a estabilização de expectativas de comportamento e como função recíproca, tem a responsabilidade de conferir forma jurídica à dominação política. Já o poder político possui como função própria, a realização de fins coletivos e, como função recíproca, é responsável por proporcionar obediência às decisões judiciais (coação) e por assegurar a institucionalização do direito por parte do Estado.

> Ao emprestar forma jurídica ao poder político, o direito serve para a constituição de um código de poder binário. Quem dispõe do poder pode dar ordens aos outros. E, neste sentido, o direito funciona como meio de organização do poder do Estado. Inversamente, o poder, na medida que reforça as decisões judiciais, serve para a constituição de um código jurídico binário. Os tribunais decidem sobre o que é direito e o que não é. Nesta medida, o poder serve para a institucionalização política do direito (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 182).

Existe, portanto, segundo Habermas, uma espécie de nexo funcional entre direito e política, mas se deve notar que a relação entre ambos não se esgota em relações meramente funcionais. Ao garantir o princípio da segurança jurídica por meio de determinações sistematizadas, precisas e de fácil compreensão, o poder político contribuirá com a função própria do direito porque permite, assim, que quaisquer dos destinatários possam calcular as conseqüências advindas de um comportamento seu ou alheio. Já o direito (que não se esgota em normas de comportamento) contribuirá para a função própria do poder político na formação de regras secundárias, ou seja, normas de competência e formas de organização (Ibid., pp. 182-183).

Habermas chama a atenção para o fato de que as relações apresentadas não configuram uma troca auto-suficiente entre poder político e direito, pois

---

[52] Cf. WERLE, Denílson L. e SOARES, Mauro V. Política e direito: a questão da legitimidade do poder político no estado democrático de direito. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org.) **Direito e Democracia:** um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 117.

> a profanização do poder, no início dos tempos modernos, revelou que a forma do direito, enquanto tal, não é suficiente para a legitimação do exercício do poder. É certo que o poder político deve sua autoridade normativa unicamente àquela fusão com o direito [...]. Entretanto, essa reconstrução revela também que o direito só mantém força legitimadora enquanto puder funcionar como uma fonte da justiça. E precisa *continuar* presente como tal; ao passo que o poder político tem à mão, como fonte de força, meios coercitivos da caserna (2003, v. 1, p. 184).

A grande dificuldade em encontrar tais fontes de justiça reside no fato de que, atualmente, convivem entre si sociedades mais complexas, mais plurais e repletas de diferentes concepções de vida e de moralidade. Em relação a isso, note-se, que Habermas lança uma pergunta no pósfácio de *Direito e Democracia*, questionando de "onde se fundamenta a legitimidade de regras que podem ser modificadas a qualquer momento pelo legislador político". O intento de Habermas é respondê-la logo depois, afirmando que o procedimento democrático de estabelecimento do direito é a única fonte, pós-metafísica, de legitimidade (2003, v. 2, p. 308).

Habermas busca, com sua proposta de aplicação da teoria discursiva, estabelecer mais essa configuração da tensão entre facticidade e validade, definir as bases da legitimidade do Estado de direito democrático e solucionar o conflito entre o poder que é gerado comunicativamente na esfera pública e o poder administrativo oriundo do Estado sem que nenhuma das duas esferas perca suas especificidades, ou que exista ingerência em quaisquer delas.

Essa forma de proceder à legitimação deve se dar da seguinte maneira: a formação política da vontade deve obter um caráter discursivo (cidadão fazendo uso de suas liberdades comunicativas), surgindo de um fluxo livre de informações e de modo que o resultado seja consensos racionais e sempre passíveis de revisitação.[53] Vê-se aqui, como ilustra Habermas, o emprego cognitivo do uso público das liberdades comunicativas. Entretanto, "as convicções produzidas através do discurso e compartilhadas intersubjetivamente possuem também uma força *motivadora*, [...] e pode-se afirmar que o uso público de liberdades comunicativas é, sob esse aspecto, um gerador de potenciais de poder" (2003, v. 1, p. 186).

Habermas se depara com a dificuldade da formação de um poder que seja comum a sujeitos pertencentes àquelas sociedades plurais permeadas por conflitos e divergências de todos os gêneros. Ao buscar uma maneira de solucionar esta dificuldade, sem incorrer nos

[53] Cf. WERLE; SOARES, 2008, p. 134.

mesmos erros das doutrinas de direito natural racional (como já se viu) desenvolve um estudo sobre o poder relacionando as concepções (opostas) de Max Weber e Hannah Arendt.

Hanna Arendt concebe o conceito de poder de forma completamente diversa da proposta de Max Weber[54]. Ao contrário desse último que desenvolve a idéia de poder como a chance de impor a sua própria vontade contra toda vontade oposta, Arendt o coloca como "o potencial de uma *vontade comum* formada numa comunidade não coagida" (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 187).

O poder não acontece mediante o ato de operacionalizar a vontade alheia para fins próprios (ao que Arendt chama violência - G*ewalt*), mas sim em formar uma vontade que seja comum e orientada para um entendimento recíproco (poder - *Macht*). Esse poder comunicativo "surge em lugares onde há uma formação da opinião e da vontade, a qual, junto com a liberdade comunicativa que permite a cada um fazer uso público de sua razão em todos os sentidos" (Ibid., loc. cit.).

Arendt não admite que a dominação política seja a esfera do próprio poder e defende que a "dominação política moderna rompe o caráter horizontal da genuína ação política e substitui a dimensão comunicativa do agir em comum pela imposição de uma violência coercitiva que torna impossível a ação em comum" (WERLE; SOARES, 2008, p. 136). É no poder comunicativo que a autora acredita que se deve buscar a fonte do poder e também do direito legítimo.

Segundo o que preconiza Habermas, em Arendt, o poder político não deve ser tomado como facilitador para que interesses próprios ou fins coletivos sejam impostos ou mesmo deve ser configurado como poder administrativo com capacidade de tomar as decisões que são obrigatórias coletivamente. Trata-se, ao contrário, de "uma força *autorizadora* que se manifesta na criação do direito legítimo e na fundação de instituições" (2003, v. 1, p.187).

Para ele, a diferença, que reside nos conceitos de poder e violência (força) propostos por Arendt, termina por estabelecer que o poder situa-se ao lado do direito, o que

[54] O conceito de poder em Weber traduz-se no âmbito da política como dominação, estruturado numa relação comando-obediência. A essa definição se soma a subdivisão dos tipos "ideais" de dominação feita pelo filósofo: dominação carismática, dominação tradicional e a dominação racional-legal (tipo predominantes nas sociedades modernas), que se caracteriza por um poder cuja legitimidade é fundanda na "fé na legalidade", ou seja, no caráter racional das regras responsáveis pela definição das competências dos órgãos do Estado. "Para Weber, essa legalidade deve ser entendida em termos positivistas como um direito que é estabelecido pela decisão e que é completamente alheio às idéias de acordos racionais e de fundamentação introduzidas pela tradição do direito natural racional" (Ibid., p. 127).

não acontece nas construções do direito racional, onde se constata uma primazia do direito sobre o poder (Locke, Rousseau e Kant) ou sobre o do poder sobre o direito (no caso de Hobbes). Conforme as proposições dos teóricos do direito racional

> na passagem do estado de natureza para o estado da sociedade, os partidos que fechavam um contrato renunciavam às liberdades que se enraízam na força física de cada um. Eles entregavam suas liberdades de ação ilimitadas nas mãos de um poder do Estado, que reunia os potenciais anárquicos espalhados e os empregava na implantação disciplinadora de liberdades subjetivas legalmente limitadas. Aqui o direito, surgido da renúncia à violência, servia para a canalização de uma força equiparada ao poder (2003, v. 1, p. 188).

Habermas afirma, a partir desse estudo da teoria proposta por Arendt, que a autora consegue eliminar a referida oposição e o direito se une a um poder comunicativo que tenha capacidade de produzir direito legítimo. Com isso elimina-se a necessidade de substituir a figura do direito natural que conseguia legitimar-se a si mesmo e era fonte de autoridade para um poder dominante, munido de legitimidade e deixa Arendt livre para se preocupar em esclarecer uma outra questão, a de como o direito legítimo é estatuído pelos sujeitos ao formarem um poder comunicativo, e ainda, como se assegura essa autonomia política de forma jurídica. Habermas acredita que quem responde essa questão é o sistema de direitos, aparecendo simultaneamente no papel de direito positivo e impedido de reivindicar nenhuma validade moral ou jusnatural anterior à formação da vontade dos cidadãos.

Fato é que Habermas comunga com Arendt no que se refere a necessidade de limitação das fontes de poder político, de modo que esse não possa ampliá-las todas as vezes que tiver vontade, e também quando ela menciona que tanto a aplicação do poder quanto sua aquisição e preservação estão sujeitas, diretamente, a formação e a um processo contínuo de renovação desse poder. Mas diverge dela dizendo que há, em Arendt, uma lacuna, pois de acordo com o que ela preconiza, o poder político não alcança o interior do Estado em suas funções de administração e de sistema político – "participação política no interior e no exterior dos partidos, participação em votações gerais, na consulta e tomada de decisões parlamentares, etc" (Ibid., p. 173) – que são resultado da verticalização das formas de organização social, onde a autodeterminação política dos cidadãos não mais representará apenas um poder em oposição ao Estado, mas sim um poder no Estado.

Neste ponto da crítica a Hanna Arendt, Habermas levanta novamente sua proposição de caracterizar o direito como o *medium* por meio do qual se possibilita a transformação do poder comunicativo em poder administrativo e, neste contexto, surge o Estado do direito como a base onde há o entrelaçamento entre os dois poderes, onde se regula a transferência entre eles - a regeneração do poder administrativo através da transformação do poder comunicativo (2003, v. 1, p. 190).

Toda a construção teórica que se viu até agora está prestes a desembocar neste ponto específico da análise de Habermas, onde se verificam as bases para o início de um estudo dos princípios do Estado de direito, e, conseqüentemente, para o que nos toca, a relação direta entre a legitimação discursiva do direito e a legitimação da estrutura do Estado democrático de direito nas sociedades contemporâneas.

3.3 A formação do poder comunicativo segundo Habermas

Já se sabe que os direitos de participação política conduzem à institucionalização jurídica, em formas de comunicação, da formação pública da opinião e da vontade. Também foi constatado que dessa institucionalização resultarão as resoluções acerca das leis e políticas públicas. Habermas busca aprimorar o conceito de poder comunicativo, mostrando como funciona a estrutura daquela formação, procurando unir diferentes formas de expressão do princípio do discurso para aplicá-lo também a debates que visem legitimar o poder exercido de acordo com o direito.

As formas de comunicação se utilizam do princípio do discurso em dois sentidos: o cognitivo e o prático. No primeiro há a filtragem de contribuições, temas, argumentos e informações para assegurar conclusões nas quais esteja suposta uma aceitabilidade racional dos envolvidos. No segundo, ao dar origem a relações de entendimento, o princípio do discurso desencadeia a força produtiva da liberdade comunicativa.

Os locais onde essas interações acontecem são nossas comunidades (que possuem ambientes construídos sob determinadas condições históricas particulares) que, em sua concretude, têm necessidade de regular a convivência entre os sujeitos por meio do direito. Entretanto, elas não possuem a habilidade de separar as questões de regulamentação de expectativas de comportamento de questões referentes à colocação de fins comuns. Por

isso faz-se imperativa a existência do que Habermas chama de "cruzamento entre normatização discursiva e formação comunicativa do poder" (2003, v. 1, p. 191).

Para o autor, nesse ponto de observação pode-se verificar mais uma discriminação conceitual entre moral e direito, que influi de forma direta na formação do poder comunicativo, em sua relação com o direito e em como esse último atua no contexto do político. Apesar de não regular as relações de interação em geral, o direito atua como *medium* para a auto-interação de comunidades jurídicas, e suas regras expressam, além da vontade geral (formulada pela moral no interesse simétrico de todos), também a vontade particular dos sujeitos componentes de determinada comunidade de direito. No tocante à vontade política, Habermas a diferencia da vontade livre dizendo que, apesar de "também estar em harmonia com as idéias morais", ela é a "expressão de uma forma de vida compartilhada intersubjetivamente, de situações de interesses, dados e de fins pragmaticamente escolhidos" (Ibid., loc. cit.).

Disso se retira que, ao se considerar os questionamentos políticos, o que antes era restrito a formas de comportamento se expande a finalidades coletivas por meio da atuação do direito, aumentando sobremaneira a gama de argumentos que podem ser levados em conta no processo de formação política da vontade, agora dispostos em argumentos morais, razões pragmáticas e éticas. Para se fundamentar normas jurídicas torna-se necessário o uso de toda a extensão da razão prática, e isso se dá visto que o poder comunicativo estrutura-se no momento em que os cidadãos procuram obter acordos em situações problemáticas que surgem, a todo tempo, na vida cotidiana. Nos mostra Habermas, que

> a legislação tem que programar os dominios da função alargados e as crescentes realizações organizacionais do Estado na mesma proporção. [...] De outro lado, a consideração de fins coletivos não pode destruir a forma jurídica – que é a função própria do direito; essa consideração não pode deixar o direito diluir-se em política. Caso contrário, desapareceria a tensão entre facticidade e validade, delineada no direito moderno (Ibid., p. 192).

Antes de prosseguir no estabelecimento da formação do poder comunicativo, Habermas faz um adendo para demonstrar como fica o caráter do direito e com o que ele se relaciona no entremeio desse processo. A esse estudo interessa essas nuances, divididas conforme o conteúdo das normas jurídicas, com o sentido de validade delas e ainda com o modo de sua legislação.

Em relação ao conteúdo jurídico de uma norma, Habermas define que ele só será considerado como geral no momento em que exprimir o consenso racional em relação a

problemas de auto-entendimento, problemas não passíveis de generalizações e sobre questões que versem acerca das escolhas racionais de meios, levando em conta um tratamento igualitário dos envolvidos. Essa é a tônica da boa lei segundo o filósofo, pois ela passa a ser positivada também conforme a "configuração racional de uma forma de vida compartilhada intersubjetivamente", e não apenas de acordo com o princípio da segurança jurídica.

O sentido da validade das normas também sofre alterações, pois não se afina mais com o sentido de correção que é verificado nas regras morais – medido exclusivamente pelos critérios de justiça. As normas jurídicas não têm, assim, sua validade definida como manifestação das considerações imparciais acerca de valores e interesses distribuídos na comunidade jurídica ou em sua autocompreensão autêntica.

Habermas divide o processo da legislação, terceiro elemento relacionado com o caráter do direito, em dois momentos, um ativo e um passivo: o primeiro momento terá maior peso que o segundo (aquele referente ao entendimento) em virtude de um aumento do direcionamento a formas ou circunstâncias da vida concreta. Tais contingências das formas de vida, as finalidades para as quais se prestam as normas e as situações que despertam interesses divergentes definem previamente a identidade da vontade que se autodetermina, além de serem também responsáveis pela distinção entre autolegislação moral e autolegislação política.

Esse levantamento do caráter do direito, mostrado a esse ponto como mais concreto do que o das regras morais, tem o intuito de revelar identidade da vontade que se autodetermina quando da formação política das normas. Nesta aplicação do princípio do discurso o que se verifica é o exercício da autonomia política fundamentada racionalmente, mas não se vê, ainda, quais são os procedimentos e os questionamentos realizados nesses processos de legislação.

O Estado democrático de direito é, por excelência, a forma política da construção discursiva, que é assegurada e protegida pela aplicação em seus procedimentos da teoria do discurso e seus desdobramentos. O princípio atua submetendo a validade das normas de ação que podem assumir forma jurídica ao crivo e anuência daqueles que são atingidos pelos efeitos que são gerados por elas, na qualidade de participantes dos discursos racionais que as constroem. Os questionamentos resultantes desse processo requerem diferentes tipos de discurso e formas de negociação que levarão a "resoluções

fundamentadas sobre a persecução de fins coletivos e sobre a regulamentação normativa da convivência" (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 199).

Habermas classifica tais questionamentos em pragmáticos, éticos e morais. De acordo com o filósofo, na consulta coletiva acerca das leis e políticas públicas que se fazem necessárias para a resolução de determinadas problemáticas, há uma questão fundamental que sempre deverá ser feita, antes de qualquer outra análise, que é: "o que devemos fazer?". De acordo com a natureza do problema apresentado, apesar de se utilizar a mesma razão comunicativa, diferentes serão os aspectos de abordagem e as possibilidades segundo as quais poderá ser resolvido. "Sob os aspectos do pragmático, do bom e do justo, os participantes lançam mão da mesma razão prática, porém sob enfoques diferentes. A isso correspondem diferentes formas de discurso" (Ibid., p. 200).

Pragmáticos são aqueles questionamentos que envolvem atores em busca dos melhores e mais apropriados meios para a consecução de fins já pré-determinados e as melhores estratégias para alcançá-los. A solução de conflitos que se apresentam nesse nível assume a forma de negociações e da formação de compromissos que sejam eqüitativos[55], equilibrando, desta forma, interesses conflitantes. Num nível pragmático de questionamento, então, não existem discussões acerca dos melhores argumentos, nem há formação racional da vontade. O que se verifica são sugestões de programas políticos que são, nesse nível, passíveis de avaliação acerca das conseqüências que poderãoem acarretar[56].

Questões ético-políticas são as que dizem respeito a divergências que envolvem a apropriação de tradições sob as quais somos gerados, a promoção de valores e identidades coletivas, bem como a busca de ideais que orientem projetos de vida comuns aos membros de determinado grupo. Se a problemática está centrada em argumentos de fundo ético,

> como é o caso de problemas ecológicos da proteção dos animais e do meio ambiente, do planejamento do trânsito e da construção de cidades, ou de problemas referentes à política de imigração, da proteção de minorias étnicas e culturais, ou, em geral, de problemas da cultura política – então é o caso de se pensar em discursos de auto-entendimento,

[55] Para Marcelo Neves, Habermas não exclui de sua apreciação "o papel do jogo de interesses no processo de formação da vontade estatal. Não se trata aqui de sujeitos orientados na busca do consenso, e sim de negociações que visam à satisfação de interesses. Mas sustenta-se que, no processo discursivo do Estado democrático de direito, elas são suscetíveis de regulação procedimental. Dessa maneira, asseguram-se chances iguais de participação, de influência recíproca e de imposição dos interesses divergentes nas negociações. Fala-se, então de "compromisso equitativo". Nessa hipótese, embora os agentes estejam orientados para o êxito, o procedimento torna o compromisso racional" (2001, p. 124).

[56] Cf. SAAVEDRA, 2006, pp. 132-133.

> que passam pelos interesses e orientações valorativas conflitantes, e numa forma de vida comum que traz reflexivamente à consciência concordâncias mais profundas (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 207).

É preciso, ainda, que se utilizem os questionamentos morais. As outras duas formas não levam em conta o aspecto da justiça nas fundamentações e, antes que se dê por terminado o processo, necessário se faz checar se a prática pretendida é boa para todos os envolvidos de uma forma igualitária. Ao abranger as questões de justiça universal, os questionamentos morais objetivam, em primeiro plano, a aceitabilidade racional da norma por todas as pessoas que possam ser atingidas por ela. Para Habermas

> quando se trata diretamente de um questionamento moralmente relevante – como é o caso de questões de direito penal referentes ao aborto e à prescrição, ou do direito processual penal referentes à proibição de certos métodos de levantamento de provas, ou ainda de questões de política social, do direito tributário, da organização do sistema educacional e da saúde, que dizem respeito à distribuição de riqueza social, das chances de viver e sobreviver em geral – então é preciso lançar mão de discursos que submetem os interesses e situações valorativas conflitantes a um teste de generalização no quadro do sistema de direitos configurados constitucionalmente (Ibid., pp. 206-207).

Logo, na formação discursiva da opinião e da vontade, utiliza-se um modelo processual para se demonstrar a ligação entre normatização jurídica e formação do poder comunicativo. Neste processo utilizam-se os questionamentos pragmáticos, formam-se compromissos e discursos éticos, esclarecem-se as normas morais e, por último, há o controle jurídico das normas.

Habermas esclarece que as decisões advindas desse processo são tomadas no nível onde há como problematizar a controvérsia por meio de argumentos, ou seja, o momento de discursos pragmáticos (onde não há esse tipo de argumentação) não abrange a formação racional da vontade. A forma com será definida a resposta ao problema colocado dependerá "do aspecto sob o qual a matéria a ser regulamentada é acessível a um esclarecimento posterior" (Ibid., p. 206).

Como se viu, pode-se tratar de questionamentos moralmente ou eticamente relevantes e suas respectivas formas de estruturar os discursos. Mas há, ainda, uma outra alternativa, aplicável quando nenhuma das mencionadas alternativas está disponível e aberta para ser aplicada em problemas oriundos de sociedades complexas. Para o filósofo,

nessas situações resta a tentativa de processos de negociação que estejam em conformidade com

> situações nas quais não é possível neutralizar as relações de poder, como é pressuposto nos discursos racionais. Os compromissos obtidos em tais negociações contêm um acordo que equilibra interesses conflitantes. Enquanto um acordo racionalmente motivado se apóia em argumentos que *convencem da mesma maneira* todos os partidos, um compromisso pode ser aceito por diferentes partidos por razões *diferentes* (2003, v. 1, p. 207).

Como esse tipo de processo se dá sem que a aplicabilidade do princípio do discurso seja afastada? De maneira indireta, por meio de procedimentos onde as negociações podem ser reguladas de forma imparcial. Note-se que, mesmo aberto o precedente, Habermas afirma que essas formações de compromisso não substituem os discursos morais e que a formação política não pode se limitar à formação de compromissos pura e simples precisando contar com um arranjo entre todos os programas (originados em negociações ou obtidos em discursos) com a justificação moral.

Assim posto, verifica-se que na teoria habermasiana, ao contrário do que Arendt apresenta, o poder comunicativo não se resume à manifestação de uma vontade comum. Ao contrário, reflete-se como o resultado da justaposição de diversos discursos que acontecem nas instâncias de deliberação responsáveis, onde a formação racional da opinião e da vontade resulta em leis e políticas públicas que deverão se revestir da forma do direito, ou seja, precisam ser formuladas numa linguagem jurídica. Como preconiza Habermas, o direito exercerá a função de articulador e tradutor (*médium*) entre poder comunicativo e poder administrativo, implementando, o que resulta das deliberações político-públicas e, ainda, garantindo a eficácia das mesmas.

Considerando o que já se viu sobre os pressupostos de validade, também nas deliberações políticas se faz necessária a existência de pressupostos comunicativos e condições procedimentais que já estejam previamente institucionalizados em um sistema de direitos fundamentais. Desta maneira asseguram-se as condições básicas e as regras que devem ser conhecidas publicamente para que os sujeitos que participam do discurso consigam se orientar na resolução de seus conflitos e estabelecer consensos, estabilizando expectativas de comportamento (função própria do direito). De acordo com Habermas, os princípios que regulam o Estado de direito auxiliam a esclarecer o processo de geração do poder comunicativo e a compreender como se dá o exercício do poder político.

3.4 Estado de direito, Estado democrático de direito e democracia deliberativa

De acordo com o que foi posto até o momento pode-se fundamentar os preceitos exigidos para a organização política do poder, utilizando-se, para tanto, dos direcionamentos encontrados na teoria do discurso, levando em conta o já observado nexo entre direito e poder político. A noção de Estado de direito "exige em contrapartida uma organização do poder púbico que obriga o poder político, constituído conforme o direito, a se legitimar, por seu turno, pelo direito legitimamente instituído" (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 212).

Soberania popular, garantia da proteção legal, legalidade da administração e separação entre sociedade e Estado. Esse é o elenco de princípios que garantem, de acordo com a teoria habermasiana, a configuração do Estado democrático de direito. Na construção proposta pelo filósofo o princípio da soberania (todo poder do Estado emana do povo) ganha posição de destaque. Além de configurar-se como o ponto de união entre a construção do Estado de direito e o sistema de direitos, a partir dele serão gerados os demais princípios.

Partindo-se do princípio de que a soberania do povo implica um poder político retirado do poder comunicativo dos cidadãos que, em uma formação da opinião e da vontade, cria leis para regular a própria convivência e com isso regula o próprio poder político, tem-se que, caso esse processo se volte para a resolução de problemas, o resultado será uma formação discursiva que busca sua força em um processo democrático, que tem por responsabilidade assegurar tratamentos racionais a questões de ordem política. Sob o ângulo do poder, o princípio da soberania do povo reclama a competência legislativa para as mãos do povo, que em sua totalidade é o único "capaz de gerar, a partir do seu meio, o poder comunicativo de convicções comuns" (Ibid., p. 213).

Habermas afirma que as deliberações e decisões acerca da legitimação de políticas e leis exigem que os participantes estejam face a face. Entretanto, o autor também sabe que não há mais, nas sociedades de hoje, condições físicas e procedimentais que consigam assegurar que todos os cidadãos se juntem para deliberar e legislar acerca de seus problemas comuns.

Não há na teoria habermasiana uma intenção ingênua de proposição de uma democracia direta em comunidades com alto grau de complexidade política. A saída

alternativa proposta pelo autor é, então, "o princípio parlamentar da criação de corporações deliberativas representativas" (2003, v. 1, p. 213).

Em sua conceituação mais clássica, a representação consiste numa espécie de instituição na qual se objetiva tornar presentes e atuantes em determinado espaço e tempo aqueles seres (nesse caso, os cidadãos) que não estão presentes e que, por conseqüência, não agem como se estivessem[57]. A representatividade deve ser regulamentada pelo princípio do discurso para que tanto os pressupostos comunicativos, quanto as condições para negociações eqüitativas sejam preenchidos de forma satisfatória e assim garantam a formação discursiva da opinião e da vontade. Além disso, a representação aparece subordinada a uma série de princípios que devem ser atendidos.

É uma exigência do princípio da soberania, portanto, que exista uma "estruturação discursiva das arenas públicas nas quais circulações comunicativas, engrenadas anonimamente, se soltam do nível concreto das simples interações" (Ibid., p. 214). Os guardiões dessas arenas são, para o autor, os direitos fundamentais, proporcionando espaços com um fluxo livre de informações e comunicações que terminam em decisões das corporações legislativas, ou seja, a formação política da vontade tem sempre por objetivo a legislação.

> A competência legislativa, que fundamentalmente é atribuída aos cidadãos em sua totalidade, é assumida por corporações parlamentares, que *fundamentam* leis de acordo com um processo democrático. Leis formam a base para pretensões jurídicas individuais; estas resultam da *aplicação* de leis a casos singulares, seja pelos caminhos da administração, seja pelo caminho auto-executivo (Ibid., p. 215).

As pretensões jurídicas citadas por Habermas consistem naquelas que os sujeitos podem reclamar judicialmente, o que ocorre graças a existência de uma garantia de proteção jurídica individual que é inerente ao próprio sistema de direitos legitimamente ordenado. Esse princípio tem o condão de impedir que exista qualquer tipo de supressão ou restrição, vinda do poder legislativo, à apreciação judicial de situações de conflito existentes entre os sujeitos.

É o que mostra o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição brasileira de 1988, no qual o princípio traduz-se da seguinte forma: "a lei não excluirá da apreciação do Poder

[57] Cf. VIEIRA, Luiz Vicente. **A democracia com pés de barro:** o diagnóstico de uma crise que mina as estruturas do estado de direito. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2006. p. 35.

Judiciário lesão ou ameaça a direito". – o princípio da ampla garantia legal do indivíduo, assegurada por uma justiça independente é um dos princípios, como se viu, que resultam da interpretação do princípio da soberania pela teoria do discurso.

O que se verifica é a demarcação de dois poderes do Estado. Legislativo e judiciário têm suas competências divididas, são poderes independentes e autônomos em suas atuações (legislar e aplicar a lei, respectivamente). Os discursos que as compõem são institucionalizados de maneira diferente, requerem formas comunicativas distintas. No entanto, como pode parecer a primeira vista, também a justiça precisa ser impedida de autoprogramação, ou seja, como o juiz deve sempre vincular-se à lei, fica o Judiciário impedido de determinar o conteúdo de sua própria atuação.

O terceiro princípio é o da legalidade da atuação da administração que é responsável, segundo Habermas, por esclarecer o sentido da separação e do equilíbrio de poderes. Levando em consideração que de acordo com a proposição habermasiana, a lei emana do poder comunicativo dos sujeitos e que a administração pública é obrigada a atuar apenas dentro dos ditames da lei, o princípio da legalidade garante, portanto, a sujeição do poder administrativo ao poder comunicativo.

> O *primado* da *lei* legitimada num processo democrático significa, do ponto de vista cognitivo, que a administração não pode interferir nas premissas que se encontram na base de suas decisões. Praticamente isso significa que o poder administrativo não pode interferir em processos de normatização e da jurisdição (2003, v. 1, p. 217).

Vê-se, portanto, que a distinção empreendida pela teoria discursiva vai um pouco além da separação dos poderes entendida em sua versão clássica. Essa constituição de um poder executivo também influencia os direitos à liberdade, fazendo com que obtenham a característica de direitos de defesa frente ao aparelho do Estado. Essa modificação no caráter desses direitos é adicional, ou seja, o objetivo primeiro do princípio é a garantia da primazia da lei.

O quarto e último princípio citado por Habermas é o da separação entre sociedade e Estado. Em sua formulação mais geral pode-se configurá-lo como a garantia jurídica de uma autonomia social conferida aos sujeitos, enquanto cidadãos. Decorre dele uma distribuição igualitária das chances de utilização de direitos políticos de participação e comunicação por parte desses sujeitos.

O autor chama a atenção para o fato de que, apesar dessa diferenciação ser associada normalmente ao modelo tradicional de Estado de direito burguês, o princípio também tem aplicação válida em um Estado de direito concebido e analisado sob a perspectiva da teoria discurso. A dificuldade dessa aplicação não passa despercebida a Habermas, que reconhece que a sociedade civil tem problemas no tocante a conseguir neutralizar as inúmeras diferenças entre poder e riqueza e, por conseqüência, também existirão problemas na formação do poder comunicativo.

> A sociedade civil precisa amortecer e neutralizar a divisão desigual de posições sociais de poder e dos potenciais de poder aí derivados, a fim de que o poder social possa impor-se na medida em que *possibilita*, *sem restringir*, o exercício da autonomia dos cidadãos (2003, v. 1, p. 219).

Note-se que esse poder social pode, eventualmente, restringir o exercício dessa autonomia cívica via formação do poder comunicativo, mas Habermas insiste que a separação continua necessária. Em termos práticos e de organização, esse princípio que preconiza o bloqueio de intervenções diretas do poder social ao poder administrativo aparece representado pelo "princípio da responsabilidade democrática de detentores de cargos políticos em relação aos eleitores e aos parlamentos" (Ibid., loc. cit).

Esse princípio da responsabilidade democrática se expressa por meio dos mecanismos de controle e fiscalização, como, por exemplo as eleições e o *impeachment* que terminam por esclarecer de vez os papeis que cabem ao Estado e à sociedade, evitando colocá-los num mesmo patamar – há de se evitar que os processos políticos resultantes da sociedade civil percam para ela a sua parcela de autonomia.

Para Habermas, esses princípios do Estado de direito organizam-se para prestar assistência à auto-organização política de dada comunidade que é autônoma e se constitui como uma associação de membros livres e iguais mediante a contribuição de um sistema de direitos.

> As instituições do Estado de direito devem garantir um exercício efetivo da autonomia política de cidadãos socialmente autônomos para que o poder comunicativo de uma vontade formada racionalmente possa surgir, encontrar expressão em programas legais, circular em toda a sociedade através da aplicação racional, da implementação administrativa de forças legais e desenvolver sua força de integração social – através da estabilização de expectativas e da realização de fins coletivos (Ibid., p. 220).

Em um Estado de direito, tem-se, como já se viu, a oportunidade do direito exercer seu papel de *medium* por meio do qual se possibilita a transformação de poder comunicativo em poder administrativo, além disso, na via contrária, é o direito também responsável por ecoar nos sistemas os apelos advindos do mundo da vida estruturado-os comunicativamente, dando voz aos impulsos sociais que, segundo Habermas, são geralmente muito fracos para serem ouvidos.

Verifica-se que a separação dos poderes serve como uma espécie de reforço para a relação existente entre poder comunicativo e poder administrativo, ou seja, que reforça o controle democrático do poder administrativo pelas sociedades. Habermas faz isso estabelecendo as diferenças entre as formas de comunicação (e respectivos argumentos) direcionadas a cada uma das funções de administrar, legislar e julgar. Essa forma de divisão de competências entre os poderes é de extrema valia para a configuração da democracia deliberativa, pois distribui, assim, as possibilidades de acesso.

Em *Direito e Democracia,* antes de partir para a investigação dos processos de aplicação do direito propriamente dita, que não é, como já mencionei, objeto de análise nesse trabalho, Habermas ainda deixa algumas diretrizes sobre como o Estado de direito institucionaliza a utilização das liberdades comunicativas no âmbito público e como é regulada a transformação entre poder comunicativo em administrativo dentro da referida instância. A proposta do filósofo é de tal maneira concatenada, que garante a proteção às competências típicas de cada poder ao mesmo tempo em que não as exclui de testificações e comprovações constantes, como se verifica em suas propostas para as formas de representação.

A institucionalização das liberdades comunicativas tem o condão de garantir a obrigatoriedade social dos resultados obtidos segundo o processo discursivo. Isso se faz extremamente necessário, pois enquanto encontram-se numa esfera de discussão e proposição de argumentos onde os pressupostos para a comunicação estejam minimamente preenchidos, os resultados são falíveis, na medida em que, a qualquer momento podem surgir novos argumentos, novas proposições que alterem o rumo dos acontecimentos não conferindo segurança a seus participantes. Transpor as formas de comunicação e as institucionalizar juridicamente[58] assegura a pretensão dos sujeitos no tocante ao exercício

[58] "Em lugar do direito como meio de comunicação, devem subentrar procedimentos de regularização de conflitos, que são adequados à estrutura do agir orientado ao entender-se. Em lugar da autoridade vem o debate, ou seja, processos de formação discursivas de vontade e procedimentos de debate e decisões orientadas ao consenso. Isso, no âmbito privado é aceitável, mas no público como da escola, a

de participação política e ainda garante e protege espaços definidos nos quais as argumentações deverão acontecer.

> A institucionalização do processo submete os discursos a determinadas limitações temporais, sociais e objetivas. Normas de procedimento regulam, por exemplo, a participação em processos de opinião e da vontade, dirigidos argumentativamente, bem como a distribuição de papéis nesse processo, o leque temático e o seu próprio fluxo. Desta maneira, os meios do direito são introduzidos reflexivamente, a fim de que discursos que normatizam o direito e os que aplicam possam ser esperados socialmente em determinados lugares e em épocas determinadas (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 223).

Habermas utiliza o exemplo da "regra da maioria" (admitida por ele com ressalvas) para demonstrar como pode acontecer a regulamentação jurídica dos processos argumentativos em parlamentos, tribunais colegiados ou demais órgãos administrativos. As decisões tomadas pela maioria são cercadas por algumas reservas que garantem a proteção dos direitos fundamentais (que funcionam como limites às referidas decisões) das minorias não participantes, mostrando novamente como a proposição do filósofo cerceia desmandos: cidadãos ao exercerem sua autonomia política não podem contrariar o sistema de direitos que constituiu a própria autonomia.

Segundo o que a construção habermasiana propõe, diferentes condições comunicativas devem ser respeitadas durante um processo democrático responsável pela institucionalização da formação política racional da opinião e da vontade. Dependendo da forma de comunicação (um discurso ético-político, um discurso moral ou uma negociação buscando um compromisso, por exemplo) diferentes relações entre parlamento e opinião pública se constituirão, reguladas mediante o objetivo pelo qual se dá a necessidade de representação.

> Quando a soberania comunicativamente diluída dos cidadãos se faz valer no poder dos discursos públicos que resultam de esferas públicas autônomas e *procedem democraticamente,* tomando forma em resoluções de corporações legislativas *politicamente responsáveis*, não se sufoca o pluralismo das convicções e interesses, o qual é liberado e reconhecido em compromissos e decisões da maioria. A unidade de uma razão inteiramente procedimentalizada se recolhe então na estrutura discursiva de comunicações públicas. Ela não legitima nem isenta de coerção nenhum consenso que não tenha passado pela reserva falibilista e que não

---

dejuridicização e a desburocratização encontram resistência" ENCARNAÇÃO, João Bosco da. **Filosofia do direito em Habermas:** a hermenêutica. Lorena, SP: Stiliano, 1999. p. 79.

> tenha exercitado na base anárquica de liberdades comunicativas não-circunscritas. No cambaleio dessa liberdade não há mais pontos fixos além do próprio processo democrático – um procedimento cujo sentido já está contido no sistema de direitos (HABERMAS, 2003, v. 1, pp. 231-232).

Essa divisão dos poderes, ou seja, esse ato de conferir funções específicas a cada um deles, só terá resultado caso exista uma primazia da legislação democrática – políticas devem seguir as condições estabelecidas pela gênese democrática do direito – e se respeite a ligação entre poder administrativo e poder comunicativo.

> Leis regulam a transformação do poder comunicativo em administrativo, na medida que surgem de acordo com um procedimento democrático, no qual fundam uma proteção do direito garantido por tribunais independentes e no qual *subtraem* da administração implementadora o tipo de argumentos normativos portadores de resoluções legislativas e das decisões judiciais. Esses argumentos normativos fazem parte de um universo no qual o legislativo e a jurisprudência distribuem entre si o trabalho de fundamentação das normas e sua aplicação. (Ibid., pp. 238-239).

Aqui se vê o fechamento de uma etapa iniciada com a delineação de pressupostos comunicativos, passando pelo estudo do direito como instrumento de integração social, adentrando no processo de legitimação propriamente dito, determinando a relação entre poder político e poder comunicativo, para, por fim, relacionar todos esses elementos teóricos para que desemboquem na afirmação de que os cidadãos só poderão ser considerados co-autores das normas (às quais estão sujeitos na condição de sujeitos privados), caso o direito que for legitimado por eles, no exercício de sua autonomia política, seja o responsável pelo direcionamento do poder político. Direito e democracia se encontram no momento em que o direito se legitima pela via democrática e, conseqüentemente, fornece as bases para o exercício do poder político.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, optei por apresentar que a reconstrução habermasiana do papel do direito tem fundamental importância na forma como o filósofo propõe a estruturação e legitimação do próprio Estado de direito democrático. Habermas procura interpretar a sociedade a partir de uma visão interna do sistema jurídico e ao se utilizar da teoria do agir comunicativo torna possível a realização da crítica à democracia formal e ainda possibilita a investigação do fundamento de validade de uma ordem legítima.

Como se colocou, com *Direito e democracia* o filósofo abandona a forma como apresentava a relação entre direito e moral em sua teoria. Ao desvincular as duas esferas, nega a relação de hierarquia e subordinação do direito em relação à moral, que até aquele momento era defendida em seus trabalhos. Modificando a forma como vê o papel do direito (que passa a ser o *medium* responsável pela integração social das comunidades modernas), Habermas também precisa alterar suas proposições acerca da forma como se verifica e atesta a legitimação do direito, pois até então a resposta residia na própria moralidade, como uma instância última a qual recorrer. Com a afirmação de que direito e moral são esferas co-originárias e complementares, o filósofo apresenta um processo legitimador que retira sua força do entendimento intersubjetivo daqueles que agem comunicativamente, por meio da aceitabilidade de pretensões de validade.

Com o caminhar do estudo, pode-se perceber que o direito, ao receber o fardo da integração social, tem em si a responsabilidade de institucionalizar os resultados da formação discursiva da opinião e da vontade dos sujeitos. Esse processo democrático é responsável pela institucionalização das razões de todos os sujeitos, que na esfera moral guiam-se apenas pela defesa de suas liberdades privadas.

Viu-se, ainda, que para Habermas, autonomia privada e autonomia pública também devem ser vistas como co-originárias, ou seja, para que o Estado de direito se sustente, não deve existir uma relação de prevalência de uma forma de autonomia sobre a outra. A legitimidade de uma ordem jurídica depende, segundo o que preconiza o pensador, de estarem asseguradas em equilíbrio autonomia privada e a autonomia pública dos cidadãos.

Buscando demonstrar que os sujeitos devem ser considerados como co-autores das normas a que devem obediência, Habermas mostra que o nexo entre direitos humanos e soberania popular tem seu fundamento exatamente na colocação dos sujeitos como autores

de normas que, ao serem dirigidas a todos, podem cercear a liberdade individual de cada um.

O conflito entre os âmbitos da autonomia deve ser resolvido fazendo remissão ao que o filósofo chama de "fundamento comum" a ambas, que é o discurso, e ainda a um conhecimento intersubjetivo de um sistema de direitos composto por direitos fundamentais. Mas o que se percebe é que o embasamento dessa idéia não se encontra em qualquer forma discursiva. É onde se demonstra o princípio discursivo, sua especialização em princípio universalizante e princípio da democracia.

Assimilou-se, ainda, a relação entre poder político e poder comunicativo que conferiu a possibilidade de amarrar todos os elementos mostrados até aquela etapa, na afirmação de que os cidadãos só poderão ser considerados co-autores das normas (às quais estão sujeitos na condição de sujeitos privados), caso o direito que for legitimado por eles, no exercício de sua autonomia política, seja o responsável pelo direcionamento do poder político. O que se percebe é o desejo de uma democracia, onde não há dominação de pessoas por pessoas e sim, uma forma de administração de todas as coisas pela utilização da razão. Encontram-se nesse ponto o direito e a democracia, a facticidade e a validade.

A intenção do trabalho foi acompanhar a evolução do papel do direito na teoria de Habermas sem adentrar na problemática de sua aplicação fática. O recorte teórico, limitado às formas de tensão entre facticidade e validade no interior do âmbito do direito, foi feito tendo em vista não mostrar o direito de forma prática, cotidiana, buscando, propositadamente, afirmar os pressuposto e condições para o discurso como "ideais" e constitutivos da forma como deve acontecer a comunicação entre os sujeitos. Ao mostrar a teoria discursiva de Habermas até seu momento imediatamente anterior ao da aplicação, tinha-se o objetivo de mostrá-la possível a qualquer comunidade, afastando a crítica acerca da contrafacticidade das proposições.

Com isso não se nega, entretanto, que a construção teórica de Habermas possua lacunas ou pontos que permanecem pouco explicados. Não se trata aqui de colocar a teoria do filósofo em um pedestal. As construções de sua teoria são possíveis, mas devem ser postas a prova, como Habermas mesmo sugere em relação às pretensões de validade normativas, ao resultado de produções discursivas ou ainda às próprias democracias estabelecidas.

Ao acreditar que a teoria habermasiana é a mais adequada para fazer frente aos problemas encontrados nas democracias atuais, deseja-se, em verdade, é que a proposta

habermasiana tenha um eco diferente daquele percebido nos descrentes, que ao invés de limitar-se a afirmar que a teoria é inaplicável e utópica, passem a voltar seus estudos e trabalhos no desenvolvimento de estruturas democráticas melhores, que possam permitir às maiorias marginalizadas uma participação real na construção das normas que regem os espaços sociais, reduzindo, quem sabe, a atuação das elites e minorias detentoras do poder político e econômico e fornecendo condições para a afirmação dos Estados como democráticos na plena acepção da palavra.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica.** Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito:** teorias da argumentação jurídica. Tradução de. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006.

AZEREDO, Vânia Dutra de. Perspectivas de uma fundamentação pragmático-linguística. **Veritas.** Porto Alegre, v. 51, n. 01, março 2006. P. 112-120.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia.** 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

_____. **Liberalismo e Democracia.** 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BORGES, Bento Itamar. **Crítica e Teorias da crise.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça distributiva –** Elementos da Filosofia Constitucional contemporânea. 2. ed. – Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito Brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DALL'AGNOL, Darlei. **Bioética:** princípios morais e aplicações. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

DEL' NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no processo legislativo:** teoria da legitimidade democrática. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. **Teoria da Legitimidade do Direito e do Estado:** um abordagem moderna e pós-moderna. São Paulo: Landy, 2006.

DUTRA, Delamar Volpato. **Kant e Habermas:** a reformulação discursiva da moral kantiana. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camarco. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENCARNAÇÃO, João Bosco da. **Filosofia do direito em Habermas:** a hermenêutica. Lorena, SP: Stiliano, 1999

FREITAG, Bárbara. A questão da moralidade: da razão prática de Kant à ética discursiva de Habermas. **Tempo social.** USP, S. Paulo, 1(2): 7-44, 2. Sem. 1989.

GÜNTER, Klaus. Teoria **da argumentação no direito e na moral:** justificação e aplicação. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito.** Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio.** Tradução de. Vamireh Chacon. 2. ed. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.

_____. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

_____. **Direito e Democracia –** entre facticidade e validade, 2 vs. Tradução de. Flávio Beno Siebeneichler – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Pensamento Pós-Metafísico**: estudos filosóficos**.** 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. (Série Estudos Alemães, n. 90)

JUSEFOVICZ, Eliseu. Democracia e legitimidade do direito à luz da teoria habermasiana. In: LOIS, Cecília Cabaleiro (org.). **Justiça e Democracia –** entre o universalismo e o comunitarismo. São Paulo: Landy, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. In: Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1974a.

LEAL, Rosemiro Pereira. Isonomia processual e igualdade fundamental – a propósito das retóricas ações afirmativas. **Revista Jurídica UNIJUS** – V.6, n. 1 – Uberaba: UNIUBE, 2003. p. 43-50.

LOIS, Cecília Cabaleiro (org.). **Justiça e Democracia –** entre o universalismo e o comunitarismo. São Paulo: Landy, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento.** Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MACHADO, Alexandre N. Frege, psicologismo e o problema da linguagem privada. **Barbarói**. Santa Cruz do Sul, n. 26, jan./jun. 2007.

MOREIRA, Luis. **Fundamentação do Direito em Jürgen Habermas.** Belo Horizonte: UFMG/FAFICH, 1999.

NEVES, Marcelo. Do consenso ao dissenso. In: SOUZA, Jessé (organizador). **Democracia hoje:** novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001

NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org.) **Direito e Democracia:** um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e democracia:** uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **Democratizar a democracia:** os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SEGATTO, Antonio Ianni. A tensão entre facticidade e validade. In NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org.) **Direito e Democracia:** um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008

SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Bauru: EDUSC, 1999.

SCHEUERMAN, William. Between radicalism and resignation: democratic theory in Habermas's Between Facts and Norms.. In DEWS, Peter (Ed.). **Habermas:** a critical reader. Oxford: Blackwell, 1999.

SOUZA, Jessé. (Org.) **Democracia hoje –** novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

RAWLS, John. **Political liberalism.** New York: Columbia University Press, 1993.

_____. **Uma teoria da justiça.** Tradução de Vamireh Chacon. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1981.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. In: Os Pensadores. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

VIEIRA, Luiz Vicente. **A democracia com pés de barro:** o diagnóstico de uma crise que mina as estruturas do Estado de Direito. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2006.

VIEIRA, Suzana Gauer. A Teoria Democrática de Jürgen Habermas. **Revista Jurídica UNIJUS** – V.4, n. 1 – Uberaba: UNIUBE, 2001. pp.10-38.

VON SHOMBERG, René; BAYNES, Kenneth (Orgs.). **Discourse and Democracy:** essays on Habermas's Between Facts and Norms. New York: New York Press, 2002.

WERLE, Denílson L; SOARES, Mauro V. Política e direito: a questão da legitimidade do poder político no Estado Democrático de Direito. In NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org.) **Direito e Democracia:** um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008