

Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade (Capítulos II e III)

Law and Democracy: Between facticity and validity (Chapters II and III)

Autor: Jürgen Habermas

Carlos Araújo

Gabriela Butter de Carvalho Martins

Hanna Aguiar de Araújo

Laís Damasceno Silva

Maria Clara Conde Morais Cosati

Samuel Felipe Nascimento Horn¹⁴³

Jürgen Habermas é um filósofo e sociólogo alemão, nascido no dia 18 de junho de 1929, em Düsseldorf. É considerado um dos mais importantes intelectuais do século XX. É o principal herdeiro da Escola de Frankfurt, conhecida por desenvolver uma “teoria crítica da sociedade”, integrando a reflexão filosófica com a Sociologia. Depois, tendeu a uma Filosofia próxima do pragmatismo americano. Lecionou Filosofia e Sociologia na Universidade de Frankfurt, foi professor da *New School for*

¹⁴³ Estudantes de Direito da Universidade Federal Fluminense – UFF.

Social Research, localizada em Nova Iorque, assumiu a direção do Instituto Max-Planck e também foi cronista político. O principal eixo das discussões do filósofo é a crítica ao tecnicismo e ao cientificismo que, a seu ver, reduzem todo o conhecimento humano ao domínio da técnica e modelo das ciências empíricas, limitando o campo de atuação da razão humana ao conhecimento objetivo e prático.

Introduzindo uma nova visão a respeito das relações entre linguagem e sociedade, em 1981, Habermas publicou aquela que é considerada sua mais importante obra: “Teoria da Ação Comunicativa”. Essa teoria mostra que a verdadeira racionalidade só pode ser atingida em situações ideais de discurso, nas quais todas as partes têm igual oportunidade de se envolver no diálogo, sem restrições nem distorções ideológicas. A linguagem detém elementos que, antes de serem ideológicos, antes de estarem voltados para exercer uma dominação, são cognitivos, capazes de fundamentar o saber, o conhecimento. Um conhecimento válido só pode emergir de uma situação de diálogo livre, aberto e ininterrupto. Só esse modelo estabelece as condições para uma ciência social crítica e verdadeiramente emancipada. O agir comunicativo servirá de base para a garantia da democracia no cenário político, com a crítica da repressão, da censura e de outras formas que não propiciem o diálogo dentro da sociedade. A finalidade de seu trabalho é inserir o direito moderno na ótica da Teoria do Agir Comunicativo.

Em entrevista, Habermas disse que o principal eixo de seu trabalho é a democracia, considerada por ele a melhor forma de

governo e serviu de base para a construção de sua Teoria do Agir Comunicativo. Em 1994, Habermas aposentou-se, sem nunca deixar de contribuir para com o conhecimento por meio de palestras e de uma vasta obra publicada.

Na primeira seção do capítulo II, da sua obra supramencionada, o autor procura mostrar como as ciências sociais desencantam o direito, examinando os aspectos desse fenômeno no ramo jurídico por obra das ciências sociais, seguindo a linha da Teoria dos Sistemas. O sociólogo alemão procura, em um primeiro momento, apresentar a Teoria Contratualista, com o objetivo de contrastá-la com a sociologia do direito de NiklasLuhmann, cujas ideias minam as teorias que colocam o direito no lugar central da sociedade.

O contratualismo apresentava a ideia de que a sociedade era resultado de uma associação de pessoas iguais e autônomas, antes livres em um estado de natureza, que fecham contratos entre si e estabelecem, portanto, direitos. Dessa forma, o direito seria apenas a chave que mediará relações sociais. O direito formal deveria ser a declaração de um direito racional. Assim, as instituições da sociedade derivariam também de um direito natural.

Partindo desse pensamento, não parece haver problemas em relação à legitimidade do direito, uma vez que o próprio derivaria de um direito natural, sendo, portanto, legitimado por ele. No entanto, quando contrastado com a sociedade, esse direito natural encontrava certa resistência por parte dela. Como destaca o autor, “os contextos naturais de práticas vitais, costumes e instituições, resistem a uma reconstrução em termos de direito

formal.”¹⁴⁴. Dessa maneira, a categoria do direito oscilava entre um prescritivismo de um direito racional, que ultrapassaria as particularidades históricas e os dados socioeconômicos, e o racionalismo, que propunha a positivação das relações sociais consuetudinárias.

Por outro lado, o autor também apresenta as teorias de economia política, com Adam Smith e David Ricardo, além dos pensamentos de Marx, em que os indivíduos não possuem liberdade real e a sociedade burguesa domina anonimamente sobre os indivíduos, sem levar em conta suas intenções, seguindo apenas interesses econômicos e de produção. Agora, o grande mediador que mantém a sociedade coesa não é mais o direito, e sim, as relações de produção. O direito, junto com as ideologias, passa a fazer parte da superestrutura de Marx, que é simplesmente regulada pela economia (estrutura). O direito passa a ser um mero coadjuvante na sociedade.

Entrando finalmente na Teoria dos Sistemas, o autor apresenta que a crescente complexidade da sociedade e a sua cristalização “sob as coerções de um processo de acumulação ditatorialmente repetitivo (...), transformando-se num mundo de relações socialmente reificadas”¹⁴⁵, fizeram com que as linhas da Teoria dos Sistemas objetivista questionasse o pensamento do modelo marxiano por meio de seus conceitos. Nesse diapasão, percebe-se a constante especialização das esferas sociais em sistemas autopoieticos, contrapondo-se à ideia de totalidade social em Marx.

¹⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997: 67

¹⁴⁵ *Ibid.*: 72

A sociedade, antes entendida como uma totalidade, é, então, apresentada como uma sociedade descentrada, composta de vários sistemas que formam “mundos circundantes”¹⁴⁶ uns para os outros, sem intervirem diretamente no outro, apenas se refletindo pela observação.

O direito então reconquista parte de sua autonomia, de seu sentido próprio, porém, em contrapartida, o observador sociológico percebe que ele se torna apenas um sistema e um discurso em meio a muitos outros sistemas e discursos, assumindo uma posição periférica na sociedade.

O autor também mostra que, segundo esses conceitos, o direito passaria, então, a ser um sistema autopoiético, tornando-se um círculo fechado de comunicação que desenvolve suas relações com o exterior apenas pela observação. Assim, apresentam-se duas perspectivas do direito:

Numa perspectiva ampla, o sistema jurídico abrange todas as comunicações orientadas pelo direito. E, em sentido estrito, ele abrange atos jurídicos que modificam as situações do direito e, neste caso, ele se retroalimenta de procedimentos jurídicos institucionalizados, normas jurídicas e interpretações dogmáticas do direito.¹⁴⁷

Então, o direito passa a ser entendido sob o ponto de vista funcional da estabilização de expectativas de comportamento,

¹⁴⁶ *Ibid.*: 71

¹⁴⁷ *Ibid.*: 73.

especializando-se na permissão de uma solução de conflitos de acordo com o código binário lícito/ilícito.¹⁴⁸

A primeira consequência desse conceito, segundo o autor, é que o sistema jurídico não mantém mais uma troca direta com outros sistemas, nem pode orientá-los de forma regulatória. A segunda consequência é a redução do direito à sua aplicação jurídica, o que, segundo o autor, desliga o direito de todas as relações internas com a moral e com a política. Por fim, a terceira consequência é que um direito marginalizado só pode reagir a problemas próprios que, quando muito, são provocados a partir de fora.

Porém, conforme afirma o autor, tais consequências não são comprovadas empiricamente. Diante disso, Habermas mobiliza o pensamento de Teubner, procurando fazer uma crítica à Teoria dos Sistemas.

Em linhas gerais, Teubner afirma que é necessário que haja uma comunicação mínima e comum entre os sistemas, como, por exemplo, afirma Habermas: “na conclusão de um contrato de arrendamento, o ato jurídico ‘cruza-se’ com uma transação econômica e com fenômenos do mundo da vida dos participantes.”¹⁴⁹

Além disso, uma sociedade completamente descentrada não possui lugar para uma comunicação social ampla, uma vez que cada sistema parcial só pode se comunicar consigo mesmo. Logo, o autor parece apoiar o pensamento de Teubner, que

¹⁴⁸ HANSEN, Gilvan Luiz; Hamel, Marcio Renan. *Filosofia do Direito e Teoria Jurídica em Habermas: Implicações reconstrutivas para uma teoria da sociedade*. Porto Alegre, 2011: 75

¹⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*: 78.

afirma existir um “mundo da vida”, sendo este uma linguagem que circula em todos os sistemas e torna possível a tradução para todos os códigos.

Por fim, o direito é apresentado como o elo entre os sistemas e o mundo da vida, devendo estar ligado à linguagem coloquial, bem como à de sistemas dirigidos por códigos especiais; sempre aberto a se adaptar ao ambiente. Finalmente, nas palavras do autor:

Mensagens normativas só conseguem circular em toda a amplitude da sociedade através da linguagem do direito, que é complexo, porém aberto tanto ao mundo da vida como ao sistema, estes não contrariam eco nos universos de ação dirigidos por meios.¹⁵⁰

Nesta parte de sua obra, Habermas primeiramente cita o ataque das ciências sociais ao normativismo do direito racional. A filosofia do direito, seguindo a reabilitação geral de questionamentos da filosofia prática, passou a revalorizar a tradição do direito racional. Dessa forma, o discurso normativo retoma a questão acerca da impotência do dever-ser, que já motivara Hegel a estudar Adam Smith e David Ricardo, a fim de entender a constituição da moderna sociedade civil como um momento de realidade da ideia ética¹⁵¹. Habermas, assim como outros filósofos, distancia-se, em sentido hegeliano, da impotência do dever-ser.

¹⁵⁰ Ibid.: 82.

¹⁵¹ Ibid.:83.

No entanto, o enfoque principal deste tópico do livro “Direito e Democracia” é a crítica à obra “Uma Teoria da Justiça” (1971), do filósofo norte-americano John Rawls. Habermas critica o discurso filosófico de Rawls sobre a Justiça, alegando que fora desenvolvido em um nível puramente normativo, não partindo para o sistema empírico de ações, que é próprio do direito. Ou seja, Rawls não se aprofundou de fato na sociedade, não a estudou de forma suficiente para criar uma Teoria da Justiça, caindo em uma perspectiva deveras filosófica. É importante entender que Habermas está preocupado em não permanecer somente no discurso filosófico vazio sobre a Justiça, mas sim num discurso filosófico sobre a Justiça capaz de estar aliado a um sistema empírico de direito possível. Ademais, o filósofo alemão deixa claro que seu interesse pela teoria jurídica são as questões de uma teoria da sociedade. Sua perspectiva não é somente filosófica, mas, ao mesmo tempo, sócio-teórica. Seguindo palavras do próprio autor alemão: *“Servindo-me do conceito de direito desenvolvido por Rawls, gostaria de mostrar as dificuldades complementares de um discurso filosófico sobre a justiça, desenvolvido num nível puramente normativo.”*¹⁵²

Outrossim, Rawls se preocupou muito com as condições de aceitação de sua Teoria da Justiça, tratando do velho problema da realização do projeto racional de uma sociedade justa.

Seguindo um modelo contratualista, Rawls refere-se a um “contrato hipotético” que os sujeitos fariam sob certas condições ideais e no qual é respeitado o caráter de seres livres e iguais de

¹⁵² Ibid.:66.

cada um. O referido contrato tem como objetivo estabelecer determinados princípios básicos de Justiça, os quais surgem mais como critérios que se destinam a ser aplicados na estrutura básica da sociedade¹⁵³. Por conseguinte, baseado nesse modelo contratualista, Rawls desenvolveu uma ideia de sociedade bem ordenada, pautada na *Justiça* como forma de regular a estrutura básica da sociedade. As instituições fundamentais de tal sociedade devem seguir um esquema fundamentado à luz da Justiça entendida como imparcialidade, como o devido assentimento racionalmente motivado de todos os cidadãos. Rawls também sugere que os princípios supremos da Justiça sejam fundamentados seguindo um procedimento que pode ser interpretado como a explicação do ponto de vista da avaliação imparcial de questões de justiça política, detentoras de um conteúdo moral.

No primeiro nível de justificação normativa, Rawls se envolve com o problema da auto-estabilização de uma sociedade bem ordenada pautada nos moldes de Justiça. Para isso, Rawls apoia-se na “Teoria Fraca do Bem”, a fim de mostrar que instituições justas poderiam criar condições sob as quais é do interesse de todos perseguir os próprios planos de vida sob as mesmas condições que permitem a outras pessoas concretizar seus planos de vida. “*A auto estabilização da sociedade justa não se apoia numa coerção do direito, mas sim na força socializadora de uma vida sob instituições justas; tal vida aperfeiçoa e, ao mesmo tempo, estabiliza as disposições dos cidadãos para a justiça.*”¹⁵⁴

¹⁵³ GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008: 14-19.

¹⁵⁴ HANSEN, Gilvan Luiz; HAMEL, Marcio Renan, op. cit.: 85.

Tudo isso faz sentido no caso de já existirem instituições justas. Todavia, como estabelecer instituições justas em circunstâncias já dadas? Como o conceito teórico normativo da sociedade bem ordenada pode ser situado no contexto de uma cultura política e de uma esfera pública existente, a fim de encontrar factualmente o assentimento de cidadãos dispostos ao entendimento? Esse é o tema do segundo nível de argumentação de Rawls, que desenvolve o conceito de equilíbrio reflexivo para tentar resolver essa questão. Equilíbrio reflexivo nesse contexto significa o procedimento segundo o qual o saber intuitivo de sujeitos competentes pode ser explicitado de forma racional, lançando mão de proferimentos exemplares. Nele é informado de que forma as pessoas razoáveis e racionais atingem um consenso sobreposto, pois é o elo que une uma construção teórica e os julgamentos morais particulares. Com isso, haveria um ajuste entre a construção teórica e os fatos e, por consequência, a possibilidade de alteração de algumas intuições morais. Quando esse ajustamento atinge um estado de equilíbrio, estaria estabelecido um compromisso coerente. Dessa forma, o equilíbrio reflexivo é um processo de ajustes e reajustes contínuos das intuições e dos princípios morais. Esse conceito, segundo Habermas, é ambivalente e não é suficientemente esclarecido por Rawls para justificar esse segundo nível de argumentação normativa.

A partir daí, Rawls reconheceu que precisava fazer uma distinção mais nítida entre o nível da fundamentação filosófica e o nível das considerações sobre a aceitação da teoria da justiça em uma sociedade já constituída.

Para Habermas, numa sociedade pluralista, a teoria da justiça só pode contar com aceitação quando se limitar a uma concepção pós-metafísica, ou seja, se evitar tomar partido na disputa entre formas de vida e cosmovisões.

Defendendo sua teoria, Rawls imagina que uma teoria pós-metafísica da justiça representa uma média de proposições normativas, na qual as interpretações mais amplas, porém contextuais, se sobrepõem parcialmente. Assim, para Habermas, Rawls certamente mostrou que sua teoria normativa da justiça pode se aplicar na sociedade pluralista em que vivemos.

Voltando a criticar Rawls, Habermas alega que, mesmo o filósofo norte americano tendo dado ênfase a questões acerca da institucionalização constitucional dos princípios da justiça, os quais são fundamentados inicialmente de forma abstrata, ele não consegue esclarecer a relação entre direito positivo e justiça política. Rawls se concentra na legitimidade do direito, sem tematizar a sua dimensão institucional. A tensão entre facticidade e validade, inerente ao próprio direito, não entra em seu campo de visão. Por isso também, a dimensão externa entre pretensão de legitimidade do direito e a da facticidade social é captada de modo reduzido¹⁵⁵.

Além disso, o autor de “Uma Teoria da Justiça” procura perceber até que ponto os princípios da justiça são plausíveis perante as tradições políticas e no contexto cultural da comunicação pública de uma sociedade contemporânea pluralista, porém não se refere aos processos de decisão realmente

¹⁵⁵ HABERMAS, Jürgen, op. cit.:92.

institucionalizados, nem às tendências de desenvolvimento políticas e sociais que possivelmente se contrapõem aos princípios de Estado de direito, transformando em ironia as instituições da sociedade bem ordenada. Ademais, Rawls confrontou-se com a realidade do processo político em toda a sua extensão, pois não tratou da forma como deveria o problema da reação entre norma e realidade, sem tomar como ponto de partida a diferença entre moral e direito e não levou em consideração a tensão entre facticidade e validade embutida no próprio direito positivo, como já mencionado. Para fazer esse estudo de maneira correta, Rawls deveria ocupar-se da reconstrução normativa do desenvolvimento do Estado de direito e de sua base social.

Para Habermas, as análises sociológicas do direito têm que unir a intervenção externa com uma reconstrução que inicia internamente. Uma teoria normativa, desenvolvida para a reconstrução do desenvolvimento do Estado de direito de sociedades concretas, poderia encontrar o seu lugar pleno no contexto de uma descrição crítica dos processos políticos contatáveis.

No mesmo tópico de “Direito e Democracia”, Habermas dialoga com outro autor representante do liberalismo igualitário, Ronald Dworkin, que se preocupa em explicar como nasce o conceito abstrato de justiça. O conceito de justiça pós-metafísico não pode estar separado de esboços motivadores de uma vida bem sucedida. No lugar da moral que atribui precedência deontológica ao correto frente ao que é bom, Dworkin propõe colocar uma ética liberal suficientemente formal, que seja compatível com o

provável dissenso sobre as orientações vitais preferidas de cada cidadão.

Os filósofos liberais que adotam a visão restrita segundo a qual o liberalismo é uma teoria do justo e não do bom, enfrentam o problema de explicar os motivos que levam as pessoas a serem liberais. [...] Os liberais devem, ao contrário, conectar a ética e a política ao construir uma visão sobre a natureza ou caráter da vida boa, que faz a moralidade política liberal parecer algo muito mais contínuo do que descontínuo, com visões filosóficas atraentes sobre a vida boa.¹⁵⁶

O projeto de Dworkin põe a descoberto o dilema de qualquer ética que pretenda validade universal no contexto do pensamento pós-metafísico. Durante essa parte da obra, Jürgen Habermas utiliza as obras de Talcott Parsons e Max Weber para fundamentar sua crítica a John Rawls e justificar a função social integradora do direito. Apesar de Parsons ter traduzido inúmeros escritos do sociólogo alemão, eles possuem divergências estruturais quanto à forma mediadora do direito. Weber defende a durabilidade das ordens sociais enquanto ordens legítimas, ganhando o Estado de direito sua legitimação, em última instância, a partir do exercício da dominação política conforme o sistema jurídico; enquanto Parsons persegue a evolução social do direito sob o aspecto de sua função própria, da garantia da solidariedade social, não sob o viés da contribuição trazida para a gênese da dominação.

¹⁵⁶ *Ibid.*: 91.

De fato, Talcott Parsons visualiza o agir institucionalizado como uma seleção de valores culturais reconhecidos, sendo que as normas ganham concretude a partir das ordens sociais, já que aquelas devem regular o comportamento esperado. Segundo o sociólogo norte-americano:

Os valores internalizados devem corresponder a valores institucionalizados. Ou seja: os destinatários da norma somente estarão motivados suficientemente para a obediência, quando tiverem internalizado os valores incorporados na norma.¹⁵⁷

Entretanto, para ocorrer essa internalização, a repressão acontece inúmeras vezes, mas o interessante é como os destinatários se deixam obrigar pela ordem social vigente. Parsons enxerga o sistema jurídico a partir da evolução social, diagnosticando o surgimento de um modo de legitimação democrático que confere às pessoas o status de cidadão.

Por outro lado, Max Weber recorre às ordens legítimas e ao conceito de dominação para analisar a produção de uma ordem social, visto que apenas o embate de interesses não é capaz de produzi-las. Entretanto, é importante ressaltar que Weber, assim como Talcott Parsons, enxerga o agir institucionalizado como uma realização seletiva, porém de ideias e de interesses, já que este o concebe a partir de valores culturais. Para Max Weber, o agir de toda a sociedade exige um acordo legítimo para orientar a ação do coletivo, ou seja, uma maneira de agir por consentimento. Nesse

¹⁵⁷ Ibid.: 95.

ponto, Habermas enxerga os atores respeitando as pretensões normativas ao traduzirem-nas para motivos próprios, gerando uma coerção moral em si mesmos. Dessa forma, para Max Weber, o direito moderno possui um nexó funcional com a dominação legal, tendo o seu maior expoente na burocracia da instituição estatal, fazendo com que o direito perca ou deixa de lado a sua função socialmente integradora.

Como explicitado acima, Jürgen Habermas critica John Rawls acerca da sua obra “Uma Teoria da Justiça”, alegando que o tema teria uma relação com a interação social real muito distante, o que inutilizaria parte da obra, a qual seria voltada unicamente para o sistema. O autor de “Direito e Democracia” coloca que a partir do diálogo se podem obter conceitos universalizáveis, depois de passar por um debate de ideias racional entre a sociedade para analisar o proposto. De fato, Habermas mostra como concebe o direito e estabelece de certa forma uma crítica a Rawls, nesse trecho em “Direito e Democracia”:

O direito não representa apenas uma forma do saber cultural, como a moral, pois forma simultaneamente, um componente importante do sistema de instituições sociais. O direito é um sistema de saber e, ao mesmo tempo, um sistema de ação. Ele tanto pode ser entendido como um texto de proposições e interpretações normativas, ou como uma instituição, ou seja, como um complexo de reguladores da ação.¹⁵⁸

¹⁵⁸ Ibid.: 110 e 111.

Dessa forma, Jürgen Habermas prefere realizar a distinção entre moral e direito, alegando que John Rawls se importa unicamente com o sistema, sem levar em conta o “mundo da vida”, não partindo para o sistema empírico de ações, próprio do direito, mantendo-se apenas no nível das puras pretensões normativas. Por essa abordagem mais ampla, assevera Fernando Vallespín que “a obra habermasiana oferece uma ampla indagação de filosofia e sociologia do direito, que muito excede aos limites da obra rawlsiana”.¹⁵⁹

Outro ponto importante a se destacar, é que Habermas utiliza a sociologia compreensiva de Max Weber para estabelecer uma relação de complementaridade entre os diferentes tipos de teorias, como se pode observar com a teoria normativa e a teoria de descrição explicativa e de compreensão interna. O autor de “Direito e Democracia” irá propor “seguir o pensamento de Weber, associando a consideração de ideias aos interesses, ou seja, os valores subjetivos inseridos dentro das normas, estabelecendo uma filosofia política renovada, cruzando a filosofia moral e a filosofia do direito”.¹⁶⁰ Sendo assim, a filosofia moral presente no sistema, no plano das pretensões normativas e a filosofia do direito, além do sistema, participando ativamente do “mundo da vida”. É importante ressaltar que esse encontro entre a filosofia e a sociologia no pensamento de Jürgen Habermas é um produto típico da Escola de Frankfurt, desde o pensamento de Max Horkheimer, que influenciou o autor em sua forma de visualizar o mundo.

¹⁵⁹ HANSEN, GilvanLuiz; HAMEL, Marcio Renan, op. cit.:83.

¹⁶⁰ Ibid.:81.

No seguinte parágrafo do artigo feito pelo professor Gilvan Luiz Hansen e por Marcio Renan Hamel, fica evidente como o direito pode exercer na vida em sociedade uma função integradora e proporcionar a inclusão do outro, através do discurso realizado pelos cidadãos na esfera pública:

A função integradora do direito reside no papel atribuído aos sujeitos que são os destinatários da norma de direito de participarem da elaboração desta, que lhes garante sua autonomia e liberdade por meio de iguais direitos de participação e comunicação. A proposta que Habermas traz em “Direito e Democracia” de uma política deliberativa localiza sua força legitimadora na estrutura discursiva de uma formação da opinião e da vontade pública coletiva.¹⁶¹

Não há dúvida de que, para Habermas, não devemos enxergar o direito como um “medium” para a dominação legal do Estado Moderno, mas utilizá-lo para realizar uma igualdade material e não apenas formal, como se percebe atualmente. A função social surgirá a partir da integração realizada, que irá gerar uma mudança na esfera pública, permitindo que mulheres, negros, trabalhadores e outras classes que sofrem algum tipo de discriminação exponham seus argumentos no sentido de se formar um consenso para a elaboração normativa, expressando uma manifestação racional e livre, transformando o direito em fonte de integração social. Para que isso ocorra, torna-se necessário

¹⁶¹ Ibid.:84.

o desenvolvimento de métodos e técnicas que possibilitem condições de debate e discussões na esfera pública.

Em suma, inúmeras vezes, o sistema jurídico não reflete em suas normas a realidade vivida pela sociedade. Nessa perspectiva, Jürgen Habermas acredita ser o direito um dos possíveis transformadores da comunicação entre sistema e “mundo da vida”, realizando uma análise sociológica em busca do agir comunicativo entre os cidadãos. Pode-se observar essa constatação, a partir da seguinte passagem do livro: *“Nesta medida, a linguagem do direito pode funcionar como um transformador na circulação da comunicação entre sistema e mundo da vida, o que não é o caso da comunicação moral, limitada à esfera do mundo da vida.”*¹⁶²

No terceiro capítulo de seu livro, Habermas se empenha em explicar os alicerces do direito moderno para, posteriormente, poder reconstruir a sua autocompreensão. Como forma de iniciar seu raciocínio, traz novamente à tona os direitos subjetivos, imprescindíveis para se alcançar uma visão contemporânea do direito, explicitando os seus limites às ações das pessoas, por meio do artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão:

A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica a um outro. O exercício dos direitos naturais de um homem só tem como limites os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo de iguais direitos. Esses limites só podem ser estabelecidos através de leis.¹⁶³

¹⁶² HABERMAS, Jürgen, op.cit.:112.

¹⁶³ Ibid.:113-114.

Em seguida, traz em foco a legitimidade do direito moderno produzido, afirmando que, com ele, os indivíduos deixam de ter diretamente sobre si as normas morais, uma vez que elas passam a estar positivadas nas leis. E é no processo legislativo que é garantida a legitimidade das normas ali produzidas, pelo fato de estarem amparadas no princípio da soberania do povo.

Habermas começa a seção I fazendo um apanhado de visões de juristas a partir do início do século XIX até tempos contemporâneos, de Savigny a Raiser. De início, em tempos de uma fundamentação idealista do direito, acreditava-se que a autonomia privada dos cidadãos era garantida pela proteção do direito subjetivo às manifestações de vontade, judicialmente possíveis, de cada um. Em cima disso, o direito seria, segundo Savigny, legítimo por si próprio. Ao longo do século XIX, no entanto, fortaleceu-se o pressuposto de que essa máxima só seria verdadeira caso cada autonomia privada estivesse sustentada por uma autonomia moral.

Com o advento do juspositivismo, aquela fundamentação idealista é rompida. Nenhum direito poderia ser justificado externamente ao direito posto. Quaisquer pretensões que pudessem ser fundamentadas por direitos subjetivos deveriam estar previstas em normas positivadas. Hans Kelsen separa a moral do direito, defendendo a autonomia do sistema jurídico, não cabendo uma busca por fontes que já não tenham sido produzidas dentro dele. Habermas se refere a essa separação como uma “*interpretação puramente funcionalista dos direitos subjetivos*.”¹⁶⁴ Com o fim da II

¹⁶⁴ Ibid.:119.

Guerra, houve uma tímida tentativa de se reatar uma dimensão moral ao direito, muito em virtude dos horrores produzidos pelo ordenamento jurídico nazista, mas durou pouco.

Habermas ainda traz a tentativa do jurista alemão Ludwig Raiser de novamente adicionar ao direito um núcleo moral. Ele defende que a autonomia privada de cada um deve continuar sendo protegida pelos direitos subjetivos. Raiser diverge, no entanto, da abordagem feita por Savigny, na qual “o direito no sentido subjetivo é legítimo por si mesmo”¹⁶⁵, pois, para serem plenamente legítimos, estes devem ser complementados por direitos sociais.

Habermas termina seu resgate histórico expondo suas próprias visões quanto aos temas, deixando clara sua posição em prol de uma autoridade moral totalmente autônoma em relação ao processo legislativo, assim como criticando a falha de não se achar uma explicação convincente para a origem da legitimidade do direito positivo. Isso está melhor esclarecido no seguinte trecho:

Não se conseguiu esclarecer de onde o direito positivo obtém sua legitimidade. Certamente a fonte de toda legitimidade está no processo democrático da legiferação; e esta apela, por seu turno, para o princípio da soberania do povo. Todavia, o modo como o positivismo jurídico introduz esse princípio não preserva o conteúdo moral independente dos direitos subjetivos.¹⁶⁶

¹⁶⁵ Ibid.:116.

¹⁶⁶ Ibid.:122.

O principal objetivo do autor, aqui, é destrinchar a barreira entre os direitos humanos e a soberania do povo, tendo-se em vista que são sobre eles, segundo Habermas, que repousam a justificativa do direito moderno. Trazendo as correntes políticas do liberalismo e do republicanismo em voga, é feita uma relação destas com os direitos humanos e a soberania do povo nos Estados Unidos. Sob esse ponto de vista, estes não podem ser interpretados de forma complementar, pois são dispostos de forma que seus conceitos se disputam entre si, uma vez que entre os direitos humanos e a soberania do povo, o primeiro é tomado como uma *“expressão de uma autodeterminação moral”* e o segundo, *“como expressão da autorrealização ética.”*¹⁶⁷

Além disso, liberais e republicanos diferem entre si no que tange a como lidar com essa concorrência. Os primeiros defendem o estabelecimento de direitos pré-políticos e limites ao Poder Legislativo, enquanto os segundos enaltecem o reconhecimento da manifestação de vontade dos cidadãos, sustentando que direitos humanos só serão determinados a partir do que acredita a coletividade. Buscando romper com a disputa, Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant buscaram interpretar os direitos humanos e a soberania do povo de forma a interligá-los. Ainda assim, cada um acaba por se aproximar mais de alguma das correntes políticas anteriormente citadas, com o iluminista de Genebra mais próximo do republicanismo e filósofo alemão, do liberalismo.

¹⁶⁷ Ibid.:133

Kant visualiza um sistema de direitos legitimados a partir de preceitos morais que independem da autonomia política do povo, ao passo que, mesmo que o cidadão quisesse, não poderia abrir mão dele. O filósofo interpreta que não há de se falar em rompimento ou concorrência entre direitos humanos e soberania do povo, já que, no momento de manifestação da vontade do cidadão, este nunca o faria de forma a ferir os pressupostos morais que o beneficiam e, assim, ferir sua autonomia privada.

Rousseau, por sua vez, vê no ideal republicano a forma de se resolver tal conflito. Segundo ele, como a vontade do povo só pode ser expressa em leis abstratas e gerais, naturalmente serão sempre redigidas normas que respeitarão as liberdades de cada um. Rousseau vê que qualquer interesse que não atenda à universalidade dos cidadãos não será sequer considerado no processo legiferante republicano, protegendo-se, assim, os direitos humanos.

Habermas, entretanto, julga que nenhum dos dois encontrou uma solução ao problema. Ele expõe, de forma clara, as falhas das formulações feitas por Kant e Rousseau no seguinte trecho:

Se a vontade racional só pode formar-se no sujeito singular, então a autonomia moral dos sujeitos singulares deve passar através da autonomia política da vontade unida de todos, a fim de garantir antecipadamente, por meio do direito natural, a autonomia privada de cada um. Se a vontade racional só pode formar-se no sujeito superdimensionado de

um povo ou de uma nação, então a autonomia política deve ser entendida como a realização autoconsciente da essência ética de uma comunidade concreta.¹⁶⁸

A forma correta de se solucionar a concorrência entre os direitos humanos e a soberania do povo deve ser um sistema de direitos em que se apresentem as condições necessárias para se estabelecer uma comunicação eficiente entre todos os que se encontram dentro da esfera de alcance do ordenamento jurídico, para se chegar a normas sobre as quais todos os afetados verdadeiramente opinem. Habermas, defendendo também que vê como maléfico um sistema jurídico no qual a autonomia pública sobreponha-se à privada ou vice-versa, dá os primeiros indicativos de sua Teoria do Discurso.

A Teoria do Discurso é criada e mobilizada por Jürgen Habermas para solucionar o problema da legitimidade do direito em sociedades pluralistas. Em sociedades onde há diversidade de cultura, valores e moral, é difícil estabelecer algo que seja comum a todos os cidadãos e aí está o problema, segundo Habermas, para legitimar o direito, visto que a legitimidade precisa ser reconhecida por todos os que sofrerão influência das normas estabelecidas em dado sistema de direitos.

Ao buscar um elemento universal na sociedade diversificada, Habermas observa que somente o exercício da cidadania de forma democrática pode unificar todos os cidadãos numa sociedade com valores tão distintos e, conseqüentemente,

¹⁶⁸ Ibid:138.

só esse exercício poderá conferir legitimidade ao direito. Nesse contexto, os cidadãos são vistos como autores, e não apenas destinatários das normas, e o foco se desloca para o procedimento normativo. Tal procedimento é interpretado na teoria habermasiana por meio de um princípio do discurso, que pode ser denominado como um procedimento que visa instaurar um direito de forma politicamente autônoma, de modo a assegurar a liberdade de discurso com garantia de direitos fundamentais.

Dentro do princípio do discurso, Habermas cita e explica dois tipos de liberdade: a liberdade comunicativa e a liberdade subjetiva, que é abordada no seu sentido original e também sob a ótica de um princípio kantiano. A liberdade comunicativa é aquela que permite a um indivíduo tomar posição frente aos proferimentos de um oponente, observando pretensões de validade reciprocamente levantadas. Isso depende sempre de uma relação intersubjetiva e resulta em obrigações ilocucionárias. Já a liberdade subjetiva não se importa se os argumentos decisivos para um são aceitos pelo outro e assim surge um problema quanto ao estabelecimento de um consenso, pois não haverá, no discurso, uma ideia compartilhada. Um desdobramento dessa liberdade é visto por Habermas ao abordar esse tema sob uma ótica kantiana e afirma que “a liberdade de cada um deve poder conviver com a igual liberdade de todos”. Essa liberdade é garantida e controlada por uma lei geral, que está baseada na moral e, portanto, não pode ser vista como algo convencional nas sociedades pluralistas.

A partir dessas problemáticas da liberdade, Habermas desenvolve um princípio do discurso concebido como um procedimento que visa instaurar um direito, devendo ser politicamente autônomo (autonomia como algo geral e neutro), de modo a assegurar liberdades de discurso com garantia de direitos fundamentais. Habermas estabelece cinco categorias de direitos fundamentais que devem ser garantidos no discurso:

1. “Resultantes da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação”;
2. “Resultantes da configuração politicamente autônoma do status de um membro numa associação voluntária de parceiros de direito”;
3. “Resultantes da possibilidade de postulação judicial e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual”;
4. “Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, exercício da autonomia política na criação do direito legítimo”;
5. “Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para o aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos citados nos 4 itens anteriores”.

A garantia desses direitos fundamentais no discurso é essencial para que haja democracia, um conceito que, para Habermas, “resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica”, denominando-se “gênese lógica de direitos”. Essa gênese lógica de direitos forma o sistema de direitos, o qual visa regular, por meio do direito positivado, as condições necessárias para a institucionalização de processos democráticos de discussão.

O direito para Habermas adquire sentido normativo por meio de um procedimento que instaura o direito, gerando assim sua legitimidade. Por intermédio da Teoria do Discurso, Habermas supera o grande desafio da democracia contemporânea, equilibrando a autonomia pública e privada e reconstruindo a relação do direito legítimo com o poder político por meio de uma relação interna entre direitos fundamentais e democracia.

Essa teoria consegue que os cidadãos estranhos entre si tenham consciência de que são autores e destinatários das normas e isso leva à participação ampla de toda a comunidade no processo de discussão política na produção normativa. Nessa discussão os cidadãos têm sua liberdade e igualdade protegidas por direitos fundamentais com o objetivo de conferir legitimidade a tal processo.

Habermas acredita que as constituições modernas, ao adotarem um sistema de direitos que contemple os direitos fundamentais, têm por objetivo fazer com que esses princípios sejam considerados universais e comuns a todos os cidadãos. Ao tornar esses direitos fundamentais universais, Habermas atribui a tais direitos um sentido deontológico, para que possam assumir

a posição de comuns a todos os cidadãos. Para Habermas é importante que haja um espaço público de discussão onde todos tenham liberdade de discurso com os direitos fundamentais assegurados; isso garantiria um igual exercício de cidadania a todos e conferiria legitimidade ao direito.

Pode-se perceber que na visão habermasiana o foco da legitimidade está no procedimento e não mais no conteúdo moral do direito. Isto pressupõe um processo de normatização baseado num debate público com caráter de imparcialidade, que seria atingido com a garantia de liberdade e preservação de direitos fundamentais dos cidadãos participantes da discussão.

Para Habermas democracia e cidadania pressupõem participação dos cidadãos e seria por meio de um reconhecimento recíproco da cidadania que os cidadãos poderiam lidar com questões jurídicas tão complexas existentes nas sociedades modernas cada vez mais diversificadas.

Referências

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva:** elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CONSCIENCIA.ORG. **Ética e liberdade no pensamento de Kant.** Disponível em: <<http://www.consciencia.org/etica-e-liberdade-no-pensamento-de-kant>>.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls:** um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** Entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HANSEN, Gilvan Luiz; HAMEL, Marcio Renan. Filosofia do Direito e Teoria Jurídica em Habermas: Implicações reconstrutivas para uma teoria da sociedade. **Veritas**, v. 56, n. 3, p. 72-86, set./dez. 2011.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.** São Paulo: Abril Cultural, 1974.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos.** 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

PRESTES, Nadja Hermann. **Educação e racionalidade:** conexões e possibilidade de uma razão comunicativa na escola. 1. ed. Rio Grande do Sul: PUCRS, 1996.

ZANELLA, Diego Carlos; OLIVEIRA, Liliana Souza de. **Liberdade e moralidade em Kant.** Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/gpforma/2senafe/PDF/004e2.pdf>>.