

4

A democracia e o ordenamento jurídico.

(...) o processo democrático de criação do direito constitui a única fonte pós-metafísica de legitimidade.

Habermas. *direito e democracia*.

4.1. Uma razão comunicativa para a reconstrução do direito.

Este estudo, pois, pretende discutir as questões habermasianas que conduzem a uma proposta de democracia, tão almejada e de difícil realização. Por isso, tal pesquisa possui como objetivos explorar e aprofundar o pensamento habermasiano no que se refere à base filosófica do direito. Daí que o estudo se justifica pelas inquietações do autor acerca da importância de uma constante compreensão sobre o direito, bem como a fundamentação deste.

O direito se estrutura a partir de um sistema de normas positivas e impositivas que pretendem garantir a liberdade. De acordo com Habermas, as características formais de obrigação e positividade vêm associadas por meio de ameaças de sanção por parte do Estado.⁵¹

Há uma necessidade de legitimação por parte do Estado para assegurar a autonomia privada e pública dos sujeitos de direito. Para isto, as pessoas devem esclarecer em discussões públicas, os pontos relevantes para o tratamento igual, utilizando-se, assim, do poder comunicativo, ou seja, do próprio discurso.

Habermas parte da teoria do agir social e o ponto de chegada é uma teoria da argumentação moral. Ele mostra que do agir comunicativo não é concebido como uma interação estratégica, mas sim como um agir orientado por pretensões de validade normativas que estão implícitas nas ações sociais e levam a uma resolução discursiva⁵².

⁵¹ O direito moderno revela a seus destinatários uma dupla face. Eles podem tomar as normas do direito como simples ordens que limitam faticamente o campo de ação (Cf. HABERMAS. *Direito e democracia: entre facticidade e validade* v. 2 , p. 307)

⁵² VELASCO, Marina., *Ética do discurso: Apel e Habermas*, p. 80.

Somente no conceito de ação comunicativa a racionalidade da ação é completa. Na ação comunicativa, o ator estabelece, simultaneamente, relações com o mundo objetivo, social e subjetivo. O agir comunicativo é regulado por pretensões de verdade ao referir-se ao mundo objetivo, de retidão normativa, no que concerne o mundo social e de veracidade ou sinceridade no que concerne o mundo subjetivo. A racionalidade em Habermas capacita os sujeitos para a relação dialógica, possibilitando gerar consensos que orientarão suas ações, tornando os mesmos, sujeitos de suas vidas e destinos. Deste modo, a racionalidade já não se restringe à forma de expressão da razão que marcava a filosofia da consciência, a saber, a racionalidade cognitiva-instrumental. O paradigma da intersubjetividade permite explorar melhor o projeto da modernidade. A racionalidade comunicativa nos dá forças emancipatórias muito maiores do que a crença em um progresso técnico-científico sem limites e numa universalização da racionalidade tecnológica como ideal emancipatório.

A investigação aqui parte do princípio de uma teoria da ética de Habermas. A investigação começa em uma teoria reconstrutiva da ação social que privilegia o agir comunicativo. Este é o ponto em que a teoria da ação se apóia em uma análise da linguagem, pois partimos de pressupostos lingüísticos no uso comunicativo da linguagem. É preciso, portanto, fazer uma análise da linguagem a partir da dimensão pragmática. Esta visão da linguagem, em sua dimensão pragmática, não somente supera o psicologismo e o solipsismo da filosofia do sujeito e da consciência, mas, sobretudo, rompe com a posição inicial da filosofia da linguagem, com problemas como o sentido, referência e predicação. A dimensão pragmática concebe a linguagem como algo essencialmente intersubjetivo. A partir daí, podemos chegar a um entendimento.

Assim, pode-se dizer que a guinada pragmática apóia-se na teoria dos atos da fala, tão amplamente desenvolvida por Austin. Segundo este autor, existem três componentes distintos na linguagem: ato locucionário, ato ilocucionário e ato perlocucionário. O ato locucionário se refere à estrutura em si (regras, convenções, fonéticas, semânticas, etc.). O ato ilocucionário é o fim estabelecido na linguagem, isto é, a intenção expressa na linguagem. O ato perlocucionário é propriamente o uso da linguagem. Através dele, atinge-se um fim não estabelecido convencionalmente. Esta distinção entre atos ilocucionários e perlocucionários além de distinguir as formas de agir comunicativo, das formas de

agir estratégico, permite afinar a originalidade da ação comunicativa sobre a ação estratégica.

Percebemos que, para introduzir a ética do discurso, a racionalidade discursiva é uma radicalização da ação comunicativa. A ética do discurso estabelece o discurso como critério para a ética. Assim, é necessária toda uma reflexão sobre a filosofia da linguagem.

Neste sentido, os tópicos da Teoria de Jürgen Habermas são relevantes e significativos para a evolução cultural dos sujeitos, que participam de argumentações intersubjetivas processuais. O mundo globalizado exige o livre intercâmbio das informações científicas, epistêmicas e filosóficas, com base numa comunicação livre em todas as direções entre os saberes e a opinião pública. Deste modo, os conceitos de Teoria da Ação Comunicativa e o de ética Discursiva podem ser levados em consideração pelos membros de uma “comunidade de comunicação” para orientar suas ações com pretensões de validade. A sociedade deve constituir-se como “sociedade civil” num quadro constituído de liberdades de comunicação.

O pensamento filosófico de Habermas representa o interesse pelo mundo da vida emancipado por intermédio das estruturas as quais são reunidas e articuladas no âmbito do agir comunicacional. No agir orientado para o acordo, apresentam-se, implicitamente, desde sempre, as pretensões de validade universais. O paradigma do entendimento forma através da linguagem o pano de fundo dos processos de aprendizagem, onde o sujeito não é mais mero observador, mas assume a condição de ator, participante. Portanto, o “agir comunicativo” aponta para uma argumentação na qual os participantes justificam suas pretensões de validade.

Como Habermas argumenta, para empreender a reconstrução do direito sem o apoio de um direito superior precedente dotado de dignidade moral, dois problemas devem ser resolvidos:

- 1) como entender a garantia simétrica da autonomia privada e pública, se localizamos os direitos de liberdade, concebidos como direitos humanos, na mesma dimensão do direito positivo onde se encontram os direitos políticos dos cidadãos? 2) como entender o princípio do discurso, determinante para a legitimação do direito, se ele, devido à complementariedade entre direito e moral, não pode mais coincidir com o princípio moral?⁵³

⁵³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v.2, p. 314.

Habermas busca critérios de funcionalidade social para compreender os mecanismos modernizantes orientados exclusivamente por valores instrumentais e observa a tendência à colonização do “mundo da vida” pelos sistemas reguladores da economia e do Estado, na qual o direito como meio (*Medium*) se sobrepõe ao direito como instituição.

Essa visão pessimista do processo de racionalização foi amenizada em seu livro sobre direito e Democracia no qual Habermas estuda, particularmente, a tensão entre facticidade e validade para possibilitar uma visão do direito capaz de dar conta dessa tensão. Habermas trabalha a relação entre os conceitos de razão, linguagem e ação com muita clareza, uma vez que para ele, o pressuposto de qualquer ação sobre o mundo é a linguagem.

A ação discursiva deriva da ação comunicativa e nesta comunicação, há quatro pretensões universais de validade: inteligibilidade, verdade, correção e sinceridade.

O uso inteligível é um pressuposto universal de toda linguagem. Já o ato da fala deve pretender ser verdadeiro. Ao referir-se ao mundo social, o ato da fala precisa ser correto, referindo-se a uma realidade legítima. A última pretensão de validez diz respeito ao mundo subjetivo, com o uso da sinceridade. Duas pretensões apenas são passíveis de desempenho discursivo: a verdade e a correção.

O discurso teórico resulta exatamente da problematização de uma pretensão de verdade. Já o discurso prático problematiza a pretensão de correção. O discurso prático requer uma legitimação das normas vigentes, excluindo e modificando aquelas que não mais se justificam.

Deste modo, o discurso se contrapõe à ação estratégica e em se problematizando uma pretensão de validez, Habermas propõe a escolha pela ação discursiva. Todo discurso parte de dois princípios: o princípio da universalização e o princípio ético discursivo. A partir da normatividade intrínseca ao próprio conceito de linguagem, é possível tematizar a razão através da linguagem e resgatar o conceito ético de racionalidade. O princípio da universalização (U) cristaliza a idéia de interesses racionais universalizáveis, a saber, a idéia de justiça e de inclusão de todos. O princípio discursivo (D) permite explicar o sentido procedimental da consideração simétrica pelo qual as normas morais podem pretender validade com o assentimento de todos os possíveis atingidos.

As teses habermasianas abordam a temática que procura solucionar o problema clássico das formas de mediação entre a universalidade e a singularidade concreta da ação moral. Movendo-se entre as concepções hegelianas e kantianas, Habermas se concentra nos marcos de um "espaço público discursivo".

A ética do discurso de Habermas não dá nenhuma orientação de conteúdo; ela se pretende procedimental. O discurso prático é um processo, não de produção de normas, mas de exame, de critério verificação de validade de normas consideradas hipoteticamente. Habermas rejeita, assim, que se fixem de uma vez por todas numa teoria moral determinados conteúdos normativos. A determinação procedimental é chamada a fazer a separação das estruturas cognitivas e dos conteúdos dos juízos morais. O plano pós-convencional, imaginado por Kohlberg⁵⁴, permite a Habermas visualizar a completa reversibilidade dos pontos de vista a partir dos quais os participantes apresentam seus argumentos: a universalidade, no sentido de uma inclusão de todos e a reciprocidade do reconhecimento igual das pretensões de cada participante por todos os demais.

Assim, em Habermas, as questões éticas são determinadas por aquilo que as partes num ato de decisão coletiva estariam de acordo, estabelecendo-se certos "pressupostos pragmáticos de argumentação", isto é, condições concebidas com o escopo de garantir que todos possuam igual direito e oportunidade no uso da palavra, não podendo haver distorção resultante de diferenças de poder e influência, ressaltando-se a importância do hábito de ir ao fundo das questões.

A grande interrogação em relação à teoria ética de Habermas é que a sua visão, estritamente procedimental não possibilita encarar a questão do conteúdo das regras de validade da práxis. Todavia, essa dificuldade da teoria ética de Habermas pode ser resolvida na medida em que o autor faz a articulação da "ética do discurso" com o conceito de "mundo da vida".

Tem-se, então, um conteúdo que se possa referir à solidariedade vivida, ou seja, a uma ética não apenas formal; uma ética na qual a participação igualitária na tomada das decisões não se referisse apenas ao uso da palavra, mas também à participação efetiva dos indivíduos e dos grupos; e, ainda, a um sentido de responsabilidade que, dentre outros aspectos, sugere uma articulação entre a

⁵⁴ Kohlberg- psicólogo evolutivo: supõe um condicionamento ontogenético como invariante.

palavra e a ação, não podendo haver incompatibilidade entre essas duas dimensões do espaço público.

A reinterpretação do nexos entre verdade e justificação revela que o principal argumento habermasiano é de natureza pragmática. Os sujeitos que agem, devem enfrentar o mundo e esse fato os leva a ser realistas no contexto do seu mundo da vida, uma vez que suas práticas e seus jogos de linguagem têm que ser comprovados através do próprio funcionamento. O mundo da vida pode penetrar, de algum modo, no discurso reflexivo, fornecendo um ponto de referência que transcende a justificação, assegurando a falibilidade de nossas interpretações, que repercute na prática.

A questão que envolve a relação interna da verdade e justificação implica em um ir e vir reiterado e construtivo entre mundo da vida e discurso. Além disso, ela pode ser vista pela perspectiva da pergunta e da resposta.

Na pergunta, a questão acerca da relação entre verdade e justificação coloca-se no nível reflexivo do discurso onde só os argumentos sobre a possibilidade de um reconhecimento racional intersubjetivo valem. Na perspectiva da resposta, esta pode ser dada a partir da interação entre ação e discurso, ou seja, a partir da ida do discurso e do retorno ao nível da ação.

É importante frisar que na razão ético-comunicativa uma aproximação entre validade moral e verdade só pode existir em termos de uma argumentação, pois, as convicções morais podem fracassar, não na resistência de um mundo objetivo, idêntico para todos, e sim no dissenso normativo que surge entre oponentes que vivem no mesmo mundo da vida, ou seja, na facticidade ou objetividade de um espírito estranho. As certezas podem ruir, não por causa das circunstâncias objetivas decepcionantes, mas por causa das objeções ou às contradições dos outros que possuem valores diferentes ou que seguem normas incompatíveis entre si.

Quando todos os interlocutores atingidos chegam, mediante argumentos, a uma convicção comum de que determinada norma é correta ou que um determinado modo de agir é bom para todos, eles passam a ver essa prática como obrigatória para todos. Deste modo, constata-se uma norma que deve ter reconhecimento intersubjetivo nas condições ideais de um discurso, podendo ser considerada apta para regular sua prática.

No entanto, é como Habermas perguntasse: se os juízos morais não podem ser controlados por condições objetivas, como podemos salvar a sua validade incondicional? A natureza inclusiva de um acordo normativo obtido por partes que militam a favor das normas orientam-se pelo alvo da única resposta certa, supondo uma única moral válida e refere-se a um único mundo social que inclui simetricamente todas as pessoas envolvidas, constituindo um mundo moral. Aqueles que participam desta moral inclusiva devem desenvolver uma perspectiva construtiva através da aceitação de perspectivas recíprocas, considerando as pretensões de todas as pessoas possivelmente envolvidas. Esta perspectiva do direito precisa ser reconstruída, porque cria um mundo objetivo que estabelece os limites.

Ao abordar a contribuição da razão comunicativa de Habermas ao direito, bem como a defesa da Democracia, procura-se, pois, analisar o que o referido autor considera como sendo primordial atualmente, a saber, a legitimidade do próprio direito:

a razão comunicativa possibilita uma orientação na base de pretensões de validade, mesmo que ela própria não forneça nenhum tipo de indicação para o desenvolvimento de tarefas práticas, pois não é nem informativa e nem imediatamente prática. Ela desdobra-se num amplo espectro de pretensões de validade que incluem, desde a verdade proposicional e a veracidade subjetiva, até a equidade das normas gerais da ação. Além disso, - e esse ponto é crucial para teoria da razão comunicativa - ela refere-se apenas às intelecções, proposições e normas criticáveis, ou seja, às que estão abertas a um esclarecimento intersubjetivo via argumentação ou discurso⁵⁵.

Assim, perseguindo os propósitos da Filosofia do direito, quais sejam, de responder o que é o direito?! Qual o seu fundamento?! E o que o legitima?! Habermas apresenta a razão comunicativa como caminho para a intersubjetividade.

Pretende-se, pois, analisar e problematizar o pensamento habermasiano no que tange à legitimação do direito, visto que a moral pós-tradicional não mais oferece uma base capaz de substituir o direito natural, antes fundado na religião e na metafísica, bem como em oposição ao fracasso do positivismo jurídico:

a obra (habermasiana) pretende, em última instância, discutir as condições, as possibilidades e a legitimidade do direito nas sociedades contemporâneas pós-

⁵⁵ SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Uma Filosofia do direito procedimental*. In HABERMAS et al. *Jürgen Habermas*, p. 156.

tradicionais, onde ele tornou-se positivo e funcional, perdendo totalmente seu caráter natural e divino⁵⁶.

Da mesma forma, tem-se em vista a fundamentação e legitimação do direito a partir da teoria do discurso proposta por Habermas. O discurso apresenta-se, pois, como base para o entendimento das relações jurídicas.

4.2. A legitimidade do direito e da democracia em discussão.

Na filosofia de Habermas, o discurso apresenta-se como base para o entendimento das relações jurídicas. Jürgen Habermas desenvolve uma nova proposta ética cuja base encontra-se no próprio discurso e na comunicação entre os sujeitos realmente dispostos ao diálogo e ao consenso.

Habermas propõe o discurso como possibilidade de fundamentação e legitimação do direito. Neste sentido, importante destaque possui a razão comunicativa na construção do direito, sendo desenvolvida, sobretudo, na Teoria da Agir Comunicativo. Habermas, nesta obra, afirma o Prof. Flávio Beno Siebeneichler:

toma como ponto de partida a Teria Crítica da Escola de Frankfurt, completando-a através de recepção da hermenêutica filosófica, da teoria dos sistemas, da filosofia analítica, especialmente de Wittgenstein, da teoria dos atos de fala, do pragmatismo americano e da psicologia social. Ele se entrega à tarefa pragmática de analisar, reconstruir e fundamentar a complexa e globalizada ordem social, renunciando ao papel privilegiado que a filosofia sempre pretendeu ocupar em face das ciências⁵⁷.

Assim, Habermas é defensor da ética do discurso como desdobramento da razão comunicativa baseada na interação entre os sujeitos; uma ética baseada no discurso, levando em consideração o diálogo e o consenso entre os participantes.

Ao abordar a questão da autoridade e da legitimidade do direito, Habermas propõe, em sua importante obra direito e Democracia: entre facticidade e validade⁵⁸, o discurso como meio regulamentador nas relações intersubjetivas:

⁵⁶Ibid., p. 156.

⁵⁷ Ibid., p. 153.

⁵⁸ Segundo o Prof. Flávio Beno Siebeneichler, “Habermas, nesta obra, trabalha com a idéia de que a teoria do direito não pode mais ser entregue aos cuidados exclusivos do filósofo, pois, em

a legitimidade do direito positivo não deriva mais de um direito moral superior: porém, ele pode consegui-la através de um processo de formação da opinião e da vontade, que se presume racional⁵⁹.

Daí a importância da ética do discurso, que se apresenta como desdobramento da razão comunicativa, e pressupõe a participação dos envolvidos para a validade das normas⁶⁰:

são válidas as normas de ação com as quais poderiam concordar, enquanto participantes de discursos racionais, todas as pessoas possivelmente afetadas⁶¹.

É, na verdade, a defesa do princípio do discurso que requer a participação daqueles que estão envolvidos numa determinada situação, como bem observa o Professor Marcelo Campos Galuppo: “a adesão racional por parte de todos os envolvidos por uma norma pressupõe a participação destes em sua elaboração”⁶².

Neste sentido, Habermas propõe o princípio da universalização (U) como possível caminho para se resolver o problema da igualdade de significativa relevância para o direito, visto que este trata da regulamentação das relações sociais. Assim, pode-se dizer, que o princípio do discurso⁶³ centra-se nos procedimentos de elaboração das normas, enquanto que o princípio da universalização aborda e toma em consideração as consequências das normas. E, para que o ordenamento jurídico possua legitimidade, os seguintes pontos precisam ser observados:

- 1) direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação [...]
- 2) direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status* de membro numa associação voluntária de parceiros de direito;
- 3) direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica

condições pós-metafísicas, qualquer busca da verdade, para fazer sentido, tem que ser realizada de forma intersubjetiva, cooperativa”. *Id. Ibid.* p.153.

⁵⁹HABERMAS, Jürgen., *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. 2, p. 319.

⁶⁰ Cf. GALUPPO, Marcelo Campos., *Op. Cit.* p.137.

⁶¹ HABERMAS, Jürgen., *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 2. p. 321.

⁶² *Id. Ibid.* p.138.

⁶³ Conforme bem salienta o Prof. Flávio Beno Siebeneichler, “o processo democrático é legítimo, porque está apoiado no princípio do discurso, o qual assegura caráter discursivo à formação política da opinião e da vontade dos cidadãos, possibilitando a livre flutuação de temas, de contribuições, de informações e de argumentos (...) Noutras palavras, a racionalidade procedimental emigra para o direito, onde ela constitui a única dimensão na qual se pode atribuir ao direito positivo um momento de aceitabilidade racional, de validade e de indisponibilidade, a qual ultrapassa o nível de meras contingências factuais tocando em aspectos morais.” SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Uma Filosofia do direito Procedimental*. In HABERMAS et al. *Jürgen Habermas: 70 anos*. Revista Tempo Brasileiro. p. 162.

individual [...] 4) direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade públicas na qual os cidadãos exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo [...] 5) direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdades de chances, dos direitos elencados de (1) até (4)⁶⁴.

Importante destaque possui a razão comunicativa na construção do direito, sendo desenvolvida, sobretudo, na Teoria da Agir Comunicativo. Habermas é defensor da ética do discurso como desdobramento da razão comunicativa baseada na interação entre os sujeitos; uma ética baseada no discurso, levando em consideração o diálogo e o consenso entre os participantes; daí a indicação de Habermas “reconstrução de partes do direito racional clássico no quadro de uma teoria do direito apoiada numa teoria do discurso”⁶⁵.

Assim, uma importante vertente no estudo da ética Contemporânea é a contribuição do pensamento habermasiano que possui como ponto central a consideração do diálogo como fundamento filosófico, a saber, a questão da intersubjetividade como caminho para razão, como bem destaca Marina Velasco:

a chave do conceito de agir comunicativo está na idéia de que a comunicação força a observar determinadas regras que as intenções dos falantes não se impõem sem “razões”. Trata-se de um agir “orientado para o entendimento” porque de agir se baseiam em um acordo que não resulta de influências, mas do reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade ligadas aos atos de fala. Em lugar de “estratégias”, aqui estão em jogo “razões” mediante as quais os atores se convencem – ou podem convencer-se – da validade de determinados atos de fala ou ações⁶⁶.

Segundo Habermas, a identificação da razão prática a uma faculdade subjetiva constituída a partir de um sujeito singular é próprio da modernidade. Isto significa dizer que a filosofia prática parte da premissa solipsista de um sujeito individual que pensa a realidade e a próprio história a partir de si mesmo. Assim, a implicação desta razão prática no ordenamento jurídico é o surgimento de uma razão de cunho normativista. Isto significa dizer que o indivíduo passa a ser a sede de toda moralidade, como observa Habermas: “o sujeito singular começa a ser

⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v., p.159.

⁶⁵ *Ibid.* v. 1, p. 10.

⁶⁶ VELASCO, Marina. *Ética do discurso: Apel e Habermas*, p. 32

valorizado em sua história de vida, e os Estados – enquanto sujeitos do direito internacional – passam a ser considerados na tessitura da história das nações”⁶⁷.

Em distinção a esta razão prática, Habermas propõe a razão comunicativa⁶⁸ que busca o entendimento a partir da linguagem, isto é, com a fala busca-se o entendimento com o outro sobre algo no mundo. Ao contrário da razão prática, a razão comunicativa não oferece modelos de ação; na verdade, a razão comunicativa constitui-se como condição de possibilidade para o entendimento, isto é, as pretensões de validade do discurso quais sejam: a inteligibilidade, a verdade, a veracidade e a retidão.

Para o pensamento habermasiano a teoria do direito nasce no seio da teoria do discurso. Partindo da teoria do discurso, fundada na razão comunicativa, será formulada uma teoria do direito e do Estado de direito:

após a guinada lingüística, é possível reinterpretar essa compreensão deontológica da moral em termos de uma teoria do discurso. Com isso, o modelo do contrato é substituído por um modelo do discurso ou da deliberação: a comunidade jurídica não se constitui através de um contrato social, mas na base de um entendimento obtido através do discurso.

Enquanto a argumentação moral continuar servindo como padrão para o discurso constituinte, a ruptura com a tradição do direito racional não será, evidentemente, completa. Pois a autonomia dos cidadãos coincidirá com a vontade livre das pessoas morais, como em Kant, e a moral ou o direito natural continuarão formando o núcleo do direito positivo⁶⁹.

Com a passagem da razão prática para a razão comunicativa, Habermas expressa certa recusa da resposta idealista aos problemas da vida, ou seja, há uma descrença no que diz respeito à filosofia da consciência como fundamentação da razão. Assim: “a renúncia ao conceito fundamental da razão prática sinaliza a ruptura com esse normativismo”⁷⁰.

É o mundo da vida que propicia as situações da fala, bem como o ‘pano de fundo’ interpretativo o qual se reproduz a partir de ações comunicativas:

⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v.1, p. 17.

⁶⁸ Este é um ponto central no pensamento habermasiano, sendo conveniente lembrar que Habermas “substitui a razão prática kantiana e hegeliana, a qual fornecia orientações para a ação do indivíduo na sociedade, pela razão comunicativa, inserida no *médium* da comunicação e da linguagem”, como bem observa o Prof. Flávio Beno Siebeneichler, SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Uma Filosofia do direito Procedimental*. In HABERMAS et al. *Jürgen Habermas: 70 anos*. Revista Tempo Brasileiro. p. 154.

⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v.2, p. 309.

⁷⁰ *Ibid.*, v. 1, p. 26.

o mundo da vida forma o horizonte para situações de fala e constitui, ao mesmo tempo, a fonte das interpretações, reduzindo-se somente através de ações comunicativas. O saber que constitui o pano de fundo do mundo da vida revela um aspecto que chama minha atenção: é o caráter pré-predicativo e pré-categorial, que já despertara a curiosidade de Husserl, que fala num fundamento 'esquecido' do sentido da prática cotidiana e da experiência do mundo. Durante o agir comunicativo o mundo da vida nos envolve no modo de uma certeza imediata, a partir da qual nós vivemos e falamos diretamente⁷¹.

Ao analisar a validade do direito, Habermas considera que as regras do direito privado são fundadas a partir do direito à propriedade e na liberdade contratual. Para Habermas, Kant formulou sua teoria do direito tendo em vista a compreensão de que os direitos subjetivos da pessoa natural valem diante dos demais cidadãos: “ao formular sua doutrina do direito, Kant tomara como ponto de partida direitos naturais subjetivos, que concediam a cada pessoa o direito de usar a força quando suas liberdades subjetivas de ação, juridicamente asseguradas, fossem feridas⁷². E, com o processo de positivação do direito, tal capacidade subjetiva, naturalmente agregada ao ser humano, passa a valer da mesma forma perante a intervenção estatal.

E, para Habermas, a positivação do direito supõe o processo legislativo que só será legítimo se for constituído tanto por direitos de comunicação quanto por direitos de participação política:

é por isso que o conceito do 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 iguais⁷³.

Isto porque com a positivação do direito não devemos ter a emanção de um poder arbitrário ou autoritário, mas sim da manifestação de uma vontade legítima portadora de um poder que, em última instância, emana do povo:

a positividade do direito vem acompanhada da expectativa de que o processo democrático da legislação fundamente a suposição da aceitabilidade racional das normas estatuídas. Na positividade do direito não chega a se manifestar a facticidade de qualquer tipo contingente ou arbitrário da vontade e, sim, a

⁷¹ Ibid., v.1, p. 41.

⁷² Ibid., v.1, p. 48.

⁷³ Ibid., v.1, p. 53.

vontade legítima, que resulta de uma autolegislação presumivelmente racional de cidadãos politicamente autônomos⁷⁴.

A esse respeito, bem observa o Professor Luiz Moreira:

com as exigências pós-metafísicas que exorcizam as bases sacrorreligiosas, que, durante séculos, ofereceram uma base factual ao direito, e com a crescente fragilidade do ordenamentos jurídicos incapazes de legitimar racionalmente suas pretensões de validade, o direito só poderá conservar sua função de integração social se, e somente se, puder eliminar as fronteiras que colocam os sujeitos de direito como meros espectadores da jornada jurídico-política. Somente quando pudermos ter no direito a compreensão de que suas normas contêm uma manifestação racional e livre de nossas vontades, ele se transformará em fonte primária de integração social⁷⁵.

E, ainda, o próprio Habermas:

ora, a positivação completa do direito, antes apoiado no sagrado e entrelaçado com a eticidade convencional, vai apresentar-se como uma saída plausível do paradoxo e como um mecanismo, com o auxílio do qual uma comunicação não-circunscrita pode aliviar-se das realizações de integração social sem se desmentir: através dele inventa-se um sistema de regras que une e, ao mesmo tempo, diferencia ambas as estratégias, a da circunscrição e a da liberação do risco do dissenso embutido no agir comunicativo, no sentido de uma divisão do trabalho⁷⁶.

Por isso, as normas jurídicas podem vir a ser derogadas quando passarem a não representar a vontade legítima do povo, pois, em geral, a norma é revogada porque perdeu a eficácia.

Assim, a própria concepção de justiça já deve estar presente no processo legislativo para a efetiva realização da Democracia: não pode haver uma vontade arbitrária que tudo transforma em lei, visto que a força do ordenamento jurídico emana da sua expressão de legitimidade – o poder que emana do povo. Neste sentido, Habermas chama atenção para a necessidade do discurso, ou seja, a discussão dos sujeitos efetivamente interessados num determinado contexto:

onde se fundamenta a legitimidade de regras que podem ser modificadas a qualquer momento pelo legislador político? Esta pergunta torna-se angustiante em sociedade pluralistas, nas quais as próprias éticas coletivamente impositivas e as cosmovisões se desintegram 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. A teoria do discurso fornece uma resposta simples, porém, inverossímil à primeira vista: o processo democrático, que possibilita a livre flutuação de temas e de

⁷⁴ Ibid., v.1, p. 54.

⁷⁵ MOREIRA, Luiz., *Fundamentação do direito em Habermas*, p. 126.

⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*, v.1, p. 59.

contribuições, de informações e de argumentos, assegura um caráter discursivo à formação política da vontade, fundamentando, deste modo, a suposição falibilista de que os resultados obtidos de acordo com esse procedimento são mais ou menos racionais⁷⁷.

Eis, segundo Habermas, que a teoria do discurso, para que efetivamente se realize, já necessita de um processo que seja democrático, pois tal teoria supõe a participação dos sujeitos interessados. Para que o processo de elaboração do direito tenha êxito, faz-se necessária a efetiva participação dos cidadãos através de seus direitos subjetivos, tendo em vista o bem comum.

Tendo em vista a importância das relações sociais, bem como das posições e conflitos existentes entre os Estados-nações, imprescindível se faz uma análise-reflexiva sobre as questões que giram em torno da Democracia juntamente com a fundamentação e legitimação do ordenamento jurídico, bem como a retomada da Filosofia do direito nos mais diversos cursos jurídicos:

antes de tudo, convém salientar que Habermas, ao dedicar-se à reflexão sobre o direito, recupera um campo que a filosofia, com poucas exceções, abandonara paulatinamente, após a morte de Hegel, ao trabalho dos juristas e historiadores (...) o texto habermasiano constitui, sem dúvida alguma, o melhor testemunho de que a filosofia conseguiu recuperar parte considerável do tempo perdido nesta área nos últimos 150 anos⁷⁸.

Vê-se, pois, quão atual e complexo se apresenta tal tema, sendo de grande importância a sua discussão, tendo em vista a descoberta de possíveis caminhos para o entendimento entre os homens:

convém perguntar: onde se fundamenta a legitimidade das normas jurídicas, modificáveis a qualquer momento pelo legislador político? Será que os argumentos em prol da legitimidade do direito permitem uma abertura para os princípios morais da justiça, da solidariedade universal e da conduta de vida individual responsável? Ou, ainda: será que a fundamentação da validade do direito ainda é possível nas atuais sociedades pluralistas e em vias de globalização?

(...) Não se pode mais seguir o caminho de Platão, deduzindo o direito positivo de um direito ideal, nem o de Kant, submetendo o direito à moral.

No entanto, Habermas julga ter descoberto ouro caminho, que lhe permite pensar numa gênese racional do direito através da racionalidade procedimental ou comunicativa⁷⁹.

⁷⁷ Ibid., v.2, p. 308.

⁷⁸ SIEBENEICHLER, Flávio Beno., *Uma Filosofia do direito Procedimental*. In *HABERMAS et al. Jürgen Habermas: 70 anos*. p. 156.

⁷⁹ Ibid., p. 161.

Neste sentido, percebe-se um crescente interesse no estudo do pensamento de Habermas. Daí que muitos são os centros universitários que desenvolvem pesquisas da filosofia habermasiana com grande cunho jurídico.

4.3. A teoria do direito e a proposta de democracia.

Em *direito e democracia - entre facticidade e validade* de 1994, Habermas trabalha com a idéia de que a teoria do direito não pode mais ser entregue aos cuidados exclusivo do filósofo, pois, em condições pós-metafísicas, a busca pela verdade tem que ser feita de forma intersubjetiva e cooperativa.

Existem dois conceitos peculiares à filosofia habermasiana: “mundo da vida” e “razão comunicativa”.

O mundo da vida que, nas teorias funcionalistas, é tido como um atavismo ou simples relíquia em meio a sociedades descentradas, é tomado por Habermas como ponto de referência central e onipresente. Para Habermas, a vantagem da filosofia perante as ciências e o senso comum consiste apenas no fato de ela poder dominar várias linguagens. Esse fato é decisivo, pois permite à Filosofia renunciar, sem perda de identidade à pretensão desmesurada de fundamentar o mundo da vida, tarefa que ela herdava da filosofia transcendental, especialmente de Kant e até de Husserl.

Assim, uma norma só deve pretender validade quando todos os que possam ser considerados por ela cheguem ou possam chegar, enquanto participantes de um discurso prático, a um acordo quanto à validade dessa norma. O princípio ético-discursivo já pressupõe que a escolha de normas possa ser fundamentada. E essa pressuposição é o que Habermas chama de "princípio de universalização (U)", entendido como “princípio ponte”, como uma "regra de argumentação que possibilita o acordo em discursos práticos sempre que as matérias possam ser regradadas no interesse igual de todos os concernidos”

No segundo plano, para dar conta das críticas “relativistas”, a ética do discurso de Habermas vem ao encontro das concepções construtivistas da consciência moral desenvolvida por L.Kohlberg e Piaget, pois, tal qual no

processo de aprendizagem, a passagem do agir para o discurso exige uma “mudança de atitude”. A ética do discurso considera que as diferenças estruturais são explicadas como estádios de desenvolvimento de capacidade de julgar moral, e procura reduzir a multiplicidade empírica das concepções morais encontradas a uma variação de conteúdos em face de formas universais do juízo moral.

A concentração no mundo da vida abre o campo para nova tarefa crítica. Apesar da "querela de família", Habermas distancia-se de outras teorias morais cognitivas como as de Kant e de Rawls, argumentando descartar as construções teóricas que tentam forjar uma fundamentação última do princípio moral, pois o “princípio de universalização” deve ser ele próprio fundamentado.

Por outro lado, Habermas manifesta sua posição contrária aos diversos tipos de “ceticismos éticos” e de “relativismos”. Rejeitando a tese de A. MacIntyre, segundo a qual a razão prática “só pode falar de meios. Sobre os fins, ela tem que se calar”. Habermas, seguindo uma tradição kantiana, considera possível a idéia de que as questões práticas sejam “passíveis de verdade”.

A abordagem habermasiana tenta construir uma ética filosófica nos marcos de uma noção de comunicação vinculada às estruturas do “mundo da vida”. A “ética do discurso” indica uma “pragmática universal” que estabelece uma abordagem centrada nos pressupostos universais de comunicação.

O pragmatismo formal de Habermas está na sua intenção de dar universalidade ao modelo discursivo de racionalidade. Na medida em que uma das características da condição humana é o ato da fala, que implica a capacidade de argumentar com pretensão de validade, os fenômenos morais se revelam a partir de uma investigação formal pragmática do agir comunicativo, em que os atores se orientam por pretensões de validade. Assim, a concepção filosófico-ética de Habermas se associa a uma “teoria especial da argumentação”.

Assim, a formulação da Democracia deliberativa de Habermas é fundamentada no argumento de que a validação discursiva de regras de deliberação democrática - ou seja, mecanismos de arbitragem é o que confere legitimidade às decisões tomadas por meio dessas. Habermas cria critérios para atribuir legitimidade aos procedimentos de deliberação.

Habermas argumentou em *Justification and Application* (1993), que "aplicação" é uma forma de discurso e não uma constatação empírica quanto à aceitação ou rejeição de normas de interação social. Segundo este argumento, o

discurso de justificação tem como meta validar uma norma moral, enquanto o discurso de aplicação tem por objetivo deliberar se a norma moral se aplica a uma determinada situação específica. Como observou Rehg (1997), o processo do discurso de aplicação envolve principalmente a hierarquização de normas morais em conflito. Atores sociais podem decidir que determinada norma não se aplica ao caso em questão e que outra deve ser considerada mais importante, dependendo do contexto em que se encontrem. Temos de ter em mente que Habermas considera que normas morais são aquelas com validade universal, ou seja, são as que, em princípio, devem ser consideradas justas e, portanto, válidas para todos os atores pertinentes. Os contextos específicos, porém, determinam que normas morais terão precedência sobre outras. Dessa forma, por meio do discurso de aplicação, uma norma moral é qualificada por outras normas que são trazidas à consideração dos participantes do discurso prático pelas circunstâncias do contexto. A qualificação obtida nesse tipo de discurso prático é candidata a se tornar uma norma universal.

O discurso habermasiano corresponde ao processo de avaliação crítica de reivindicações de validade apresentadas por atores sociais que visam ao entendimento mútuo por meio do consenso. O pressuposto do discurso é a situação ideal de fala, ou seja, um contexto livre de dominação tal que permita aos participantes chegar ao entendimento mútuo. Temos aqui um aspecto da teoria habermasiana que é frequentemente mal compreendido: a situação ideal de fala não é requisito prévio para a prática da racionalidade comunicativa e sim um pressuposto assumido pelos participantes de um discurso autêntico. É importante observar que a condição de pressuposto também se aplica à idéia de consenso, como observou Habermas:

somente nos discursos teórico, prático e explicativo, os participantes têm que partir do pressuposto (frequentemente contrafactual) de que as condições para uma situação ideal de discurso são atendidas em um grau suficientemente satisfatório. Eu chamarei de ‘discurso somente a situação na qual o sentido da reivindicação de validade problemática força conceitualmente os participantes a supor que um acordo poderia, em princípio, ser alcançado, notando-se que a frase ‘em princípio expressa a condição ideal: se a argumentação pudesse ser conduzida de maneira suficientemente aberta e se pudesse durar o tempo suficiente⁸⁰.

⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*, p. 40.

Habermas também observa que, na prática comunicativa do dia-a-dia, o entendimento mútuo é frágil, tentativo e passível de revisão permanente. O consenso refere-se, antes de tudo, a uma expectativa racional dos participantes, ainda que seja também uma possibilidade empírica. Entretanto, a facticidade empírica não é necessária para o uso do conceito habermasiano de consenso, pois quando atores sociais estão engajados em um processo de entendimento mútuo, o consenso como pressuposto está presente. Isto é fundamental para toda a obra de Habermas, pois para ele a linguagem já pressupõe um "consenso universal e irrestrito".

Como se percebe, Habermas afirma que o processo de validade de normas – as pretensões de validade - morais inclui dois passos: o discurso de justificação e o discurso de aplicação. Para que uma norma tenha validade universal, é preciso que ela atenda ao princípio de universalização (U), definido como regra em que todos os afetados podem aceitar as conseqüências e efeitos secundários que a aceitação geral [da norma] deve causar a satisfação dos interesses de todos (e essas conseqüências são preferíveis àquelas possíveis alternativas para a regulação). Assim como a situação ideal de discurso, o princípio (U) também é considerado um pressuposto racional que os participantes do discurso prático assumem ao deliberarem sobre normas que se pretendem justas.

Em outras palavras, participantes de um discurso prático pressupõem que os critérios estipulados pelo princípio (U) podem ser contemplados quando buscam obter um consenso sobre normas morais. Portanto, o princípio (U) expressa os critérios que devem ser atendidos para que a norma em questão esteja de acordo com o princípio moral geral - o princípio (D). O discurso de aplicação, por sua vez, busca atender ao "princípio de propriedade", que consiste na avaliação da aplicabilidade de determinada norma moral a um contexto específico por meio de um processo de hierarquização de normas. Os papéis desempenhados pelo princípio de universalização e pelo princípio de propriedade são complementares, mas distintos.

Deve-se ter em mente que o discurso de aplicação só tem lugar depois que um consenso por meio do discurso de justificação é alcançado. Portanto, na ética do discurso de Habermas, "aplicação" é uma modalidade de discurso prático. Para ele, a questão da aceitação ou rejeição de normas relaciona-se com o problema da legitimidade. É preciso notar, porém, que Habermas não considera que normas

são legítimas somente pelo fato de serem aceitas pelos destinatários. Elas são legítimas quando atendem ao critério de legislação legítima, ou seja, ao "princípio de Democracia". Este estipula que apenas aqueles estatutos que podem contar com o consentimento [Zustimmung] de todos os cidadãos, obtido por meio de regras discursivas de legislação que tenham sido, por sua vez, legalizadas, podem ser considerados legítimos. A legislação legítima refere-se a uma comunidade política formalmente estabelecida, na qual a expectativa é que as normas legitimadas pelo princípio de Democracia sejam aceitas pelos destinatários quando puderem ser justificadas. Porém, a aceitação empírica de normas não é a fonte da legitimidade:

a legitimidade de um estatuto é independente de sua implementação de fato. Ao mesmo tempo, porém, a validade de fato ou adesão varia de acordo com a crença dos destinatários na legitimidade [do estatuto], e essa crença é, por sua vez, baseada na suposição de que a norma poderia ser justificada. Quanto mais frágil for a legitimidade de uma ordem legal, ou ao menos considerada como tal, tanto mais outros fatores, tais como intimidação, a força das circunstâncias, costume e puro hábito, devem assumir posição para garanti-la⁸¹.

Em outras palavras, se há adesão espontânea a uma lei, pode-se supor que os destinatários desta a reconheçam como legítima e sejam capazes de justificá-la racionalmente. Se, por outro lado, há baixa adesão a uma lei, é porque seus destinatários não a têm como suficientemente legítima e não encontram argumentos para justificá-la.

Em suma, em uma comunidade política qualquer, para que leis sejam consideradas legítimas, elas precisam atender aos seguintes critérios: (a) devem ser submetidas a um processo deliberativo; (b) as regras do processo deliberativo devem ter sido validadas discursivamente; (c) as regras de deliberação foram institucionalizadas na forma de lei. Atendidos estes critérios, a expectativa é que a adesão a essas normas seja espontânea – ou quase. Deve-se ter em mente que normas formais exigem sanções. Atores sociais podem escolher agir estrategicamente, ignorando as normas legitimadas pela comunidade política. Portanto, o bem-estar geral só pode ser garantido se atores auto-interessados forem dissuadidos de agir contra o interesse geral por meio da aplicação de sanções. O interesse geral, por sua vez, só pode ser estabelecido mediante procedimentos de deliberação democrática.

⁸¹Ibid., p. 30.

É essa dinâmica, entre a legitimidade discursiva das leis e a necessidade de aplicação de sanções, que Habermas identificou como sendo a tensão entre a validade e facticidade da lei. Esta deve atender ao princípio de Democracia, de outro modo não poderia ser considerada legítima; mas ela também precisa aplicar sanções para forçar atores que agem estrategicamente a adaptar seus comportamentos de forma a preservar o interesse geral. Portanto, em sociedades complexas, tanto a legitimação discursiva como a aplicação de sanções são elementos necessários ao processo democrático.

Para Habermas, as regras de deliberação também incluem processos deliberativos que não visam necessariamente ao consenso: trata-se da barganha justa. A diferença entre o consenso e a barganha justa reside nas razões sustentadas pelos grupos de interesse envolvidos.

Enquanto consensos racionalmente motivados (*Einverständnis*) se baseiam em razões que convencem todos os grupos da mesma maneira, um compromisso pode ser aceito por grupos diferentes, cada um segundo suas razões próprias e diferentes. Do ponto de vista da política nas sociedades contemporâneas, a redução da complexidade sistêmica traduz-se em Democracia, isto é, em um conjunto de mecanismos de arbitragem que visa resolver o problema da produção de consentimentos legítimos em contextos nos quais o consenso efetivo e a persuasão mútua são horizontes impossíveis.

Para Habermas, o direito moderno caracteriza-se por ser *positivo*, ou seja, um direito escrito que é histórico, contingente, modificável e coercitivo, por um lado, e, por outro, garantidor da liberdade. Há, segundo Habermas, uma relação entre o caráter coercitivo e a modificabilidade do direito positivo, por um lado, e um modo de positivação ou de estabelecimento do direito que é capaz de gerar legitimidade, por outro. Se normas coercitivas remontam a decisões modificáveis de um legislador político, essa circunstância liga-se à exigência de legitimação, segundo a qual, esse direito escrito deve garantir equitativamente a autonomia de todos os sujeitos de direito.

Na perspectiva de Habermas, o processo legislativo democrático deve ser suficiente para atendê-la a tal exigência. E, nesse sentido, cria-se, pois, uma relação conceitual ou interna entre direito e Democracia, e não apenas uma relação historicamente casual.

A construção de Habermas da teoria jurídica propõe a análise de uma fundamentação sociológica do direito quanto ao confronto entre a realidade e as pretensões teóricas, assim como uma concepção de justiça partindo do confronto da teoria do discurso com outras propostas vigentes.

A busca do filósofo é esclarecer porque o processo democrático pode ser um procedimento de uma normatização legítima, na medida em que satisfaz as “condições de formação de opiniões e vontades inclusivas e discursivas”⁸², fundamentando a aceitabilidade racional das conseqüências entre os parceiros do direito. E, por outro lado, esse procedimento legítimo, que garante, na elaboração de uma constituição, os direitos fundamentais políticos e liberais, é mais condizente com a realidade – representada pelo mundo da vida – proporcionando, em última análise uma forma ideal sob a perspectiva da ética e da justiça, de se conduzir o complexo mundo das sociedades pluralistas, multiculturais e midiáticas.

4.3.1. O direito em Habermas.

A discussão levantada por Habermas⁸³ é abordada tendo como pano de fundo a tradição jurídica de seu país e a anglo-saxônica. Habermas trata a questão por um prisma metodológico pluralista como exigência da sociedade contemporânea, considerando perspectivas da teoria, filosofia, sociologia e história do direito, assim como da teoria moral e da teoria da sociedade, na construção de uma teoria do direito sustentada na teoria do discurso.

A transição de uma sociedade cujas instituições se apresentavam de forma autoritariamente inabaláveis, onde as expectativas normativas se solidificam com as cognitivas formando um complexo indiviso de convicções axiológicas, para uma sociedade cuja complexidade permitiu a pluralização de formas de vida e a individualização de suas histórias, ocasionando uma decomposição das convicções sacralizadas e desamarrando o laço estreito das instituições fortes,

⁸² HABERMAS, Jürgen. *O cisma do século XXI*. In: Mais! Suplemento da Folha de São Paulo. p. 4-6. Em 24 de abril de 2005.

⁸³ Cf. HABERMAS, J. *Op. Cit.* p. 26.

acarretou em uma indagação que atinge o âmago do direito moderno, na qual Habermas aponta como a tensão entre a facticidade e a validade.

As sociedades arcaicas validavam suas normas por tradições e convicções sustentadas em bases míticas ou sacralizadas, um “complexo cristalizado de convicções” que “afirma um tipo de validade revestida com o poder do factual”, ou seja, ocorre uma fusão entre a validade e a facticidade por meio de uma impositiva autoridade ambivalente que se caracteriza pelo misto de veneração e pavor que os objetos sagrados causam em seus contempladores.⁸⁴

Diferentemente, as sociedades modernas se estruturam em um sistema de normas positivas e garantidoras das liberdades dos indivíduos, onde as características formais da obrigação e da positividade estão associadas a uma pretensão de legitimidade das normas.

A questão suscitada encontra, através da dupla face decorrente da validade do direito revelada a seus destinatários, duas dimensões mutuamente excludentes. De um lado, os atores podem se orientar pelo sucesso, à luz de suas próprias preferências, buscando estrategicamente burlar as ordens que limitam seu campo de ação; de outro, podem assumir um enfoque performativo, oriundo do entendimento dos atores, de uma situação negociada em comum e reconhecida intersubjetivamente, onde as normas são consideradas mandamentos válidos obedecidos por respeito à lei.

A validade de uma norma jurídica é dada sobre dois enfoques: quando o Estado consegue garantir a sua obediência, ainda que coercitivamente, para a maioria dos cidadãos; e, quando o Estado, através de pressupostos institucionais, garante o surgimento legítimo da norma de forma que ela “possa ser seguida a qualquer momento por respeito à lei”.

Considerando a superação da base de validade de um direito natural fundado na religião ou na metafísica, perde-se a ancora de fundamentação de legitimidade onde regras podem ser modificadas indeterminadamente pelo legislador político.

Diante dessa questão Habermas enxerga o processo democrático de produção do direito como fonte essencial, pós-metafísica, da sua legitimidade, sobretudo, quanto à liberdade de informações e de argumentos, de temas e de contribuições dentro de um sistema discursivo da formação política da vontade,

⁸⁴ Cf. Ibid., p. 43.

ou seja, da suposição da aceitabilidade racional das normas estatuídas. Em outras palavras, através do agir comunicativo e sustentado pela teoria do discurso.

Habermas afirma:

pois, sem um respaldo religioso ou metafísico, o direito coercitivo, talhado conforme o comportamento legal, só consegue garantir sua força integradora se a totalidade de seus destinatários singulares das normas jurídicas puder considerar-se autora racional dessas normas. Nesta medida, o direito moderno nutre-se de uma solidariedade concentrada no papel do cidadão que surge, em última instância, do agir comunicativo.⁸⁵

Primeiramente, partindo de uma teoria da sociedade, a perspectiva do direito, “associado ao sistema político” e configurado através de constituições, exerce funções fundamentais de integração social. Considerando outros elementos da integração social como o poder administrativo, o dinheiro (poder econômico) e a solidariedade, Habermas concebe este último como indiretamente provido do direito, uma vez que ele garante, partindo de uma idéia de direito consensual, relações simétricas de reconhecimento recíproco entre titulares abstratos de direitos subjetivos, sob a premissa de estabilização de expectativas de comportamento.

Na perspectiva de Habermas,

o direito funciona como uma espécie de transformador, o qual impede, em primeiro lugar, que a rede geral da comunicação, socialmente integradora se rompa. Mensagens normativas só conseguem circular em toda amplitude da sociedade através da linguagem do direito; sem a tradução para o código do direito, que é complexo, porém aberto tanto ao mundo da vida como ao sistema, estes não encontrariam eco nos universos de ação dirigidos por meios.⁸⁶

Desta forma Habermas aponta semelhanças estruturais entre o direito e o agir comunicativo fundamentadas no papel constitutivo que este exerce na produção e no emprego de normas do direito.

A segunda sustentação se dá no ponto de vista da teoria do direito. A idéia que os destinatários do direito devem poder se entender a todo tempo como autores desse direito – autodeterminação – sustenta a legitimação dos ordenamentos jurídicos modernos.

⁸⁵ Ibid., p. 49.

⁸⁶ Ibid., p. 82.

Sob a perspectiva contratualista essa autodeterminação dos sujeitos se configura como “o arbítrio privado de partes que celebram um contrato”. A busca de fundamentação para a ordem jurídico-social, partindo de decisões racionais, ocasionadas por indivíduos autônomos, leva a premissa de um estado original de sujeitos transcendentais, não contingenciados, de capacidade “genuinamente moral”. A proposta kantiana e posteriormente de Rawls com a “*original position*”, de uma moral deontológica fundada no contrato, é reinterpretada por Habermas a partir do modelo do discurso. Desta forma a comunidade jurídica não se constitui através de um contrato social, mas na base de um entendimento obtido através do discurso. Proposta que Habermas concebe como mais condizente com a realidade.

4.3.2. A democracia em Habermas.

O princípio da democracia segundo Habermas destina-se a estabelecer procedimentos de normatização legítima do direito. Tal princípio significa, com efeito, 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. O princípio da Democracia explica em outros termos, o sentido performativo da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente. O princípio da Democracia pressupõe preliminarmente a possibilidade da decisão racional de questões práticas mais precisamente, a possibilidade de todas as fundamentações a serem realizadas em discursos (e negociações reguladas pelo procedimento) das quais depende a legitimidade das leis do Estado de direito.

A explicitação da concepção habermasiana de Democracia emerge explicitamente no interior da exposição sobre a relação existente entre direito e moral, na qual se afirma a co-originariade sob o ponto de vista normativo da autonomia moral e política, tendo em vista que o princípio democrático explicita o sentido da imparcialidade dos juízos práticos, porém num nível de abstração já que se refere a normas de ação em geral.

O que Habermas procura mostrar é como, com a passagem para o nível da fundamentação pós-convencional, a consciência moral se desliga da prática tradicional. A forma jurídica se faz necessária, exatamente por causa da decomposição da eticidade tradicional, para suprir os déficits resultantes de uma sociedade global onde o *ethos* torna-se simples convenção costume, direito consuetudinário. No moderno mundo pós-metafísico, a relação entre moral autônoma e pós convencional se articula numa relação de complementação recíproca, onde ambos carecem de fundamentação racional. Embora no nível do saber cultural, diz Habermas:

as questões jurídicas separam-se das morais e éticas. No nível institucional, o direito positivo separa-se dos usos e costumes, desvalorizados como simples convenções. É certo, que as questões morais e jurídicas referem-se aos mesmo problemas: como é possível ordenar legitimamente relações interpessoais e coordenar entre si ações servindo-se de normas justificadas? Como é possível solucionar consensualmente conflitos de ação na base de regras e princípios normativos reconhecidos intersubjetivamente? No entanto, elas referem-se aos mesmos problemas, a partir de ângulos distintos⁸⁷.

Todavia, mesmo tendo pontos em comum, a moral e o direito distinguem-se porque a moral pós-tradicional representa apenas uma forma do saber cultural, ao passo que o direito adquire obrigatoriedade também no nível institucional. Assim, o direito não é apenas um sistema de símbolos, mas também um sistema de ação.⁸⁸

4.3.2.1. A democracia como princípio.

A reformulação da ética do discurso no que diz respeito ao princípio democrático, que introduz uma distinção entre o princípio moral e o princípio da Democracia objetiva uma fundamentação do direito a partir da teoria do discurso. O princípio da Democracia, segundo Habermas:

⁸⁷ HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v.1, p. 150.

⁸⁸ Cf. *Ibid.*, p. 150.

(...) destina-se a amarrar procedimentos de normatização legítima do direito. Ele significa, com efeito, 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. O princípio da Democracia explica noutros termos, o sentido performativo da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente (...) O princípio da Democracia pressupõe preliminarmente a possibilidade da decisão racional de questões práticas, mais precisamente, a possibilidade de todas as fundamentações, a serem realizadas em discursos (e negociações reguladas pelo procedimento), das quais depende a legitimidade das leis.⁸⁹

Pressupondo que é possível uma formação política racional da opinião e da vontade, o princípio da Democracia afirma como através de um sistema de direitos garantidor da simetria de participação de todos em processos de normatização jurídica, condição anteriormente estabelecida pelos pressupostos comunicativos implicados nesta mesma normatização jurídica, pode ser institucionalizado.

Efetivamente, temos aqui a possibilidade da decisão racional de questões práticas, ou seja, a possibilidade de todas as fundamentações, passíveis de realização discursiva (e negociáveis procedimentalmente), de onde dependerá a legitimidade das leis. O que mostra a dimensão performativa da prática da autodeterminação dos membros da comunidade de direito, os quais, reconhecendo-se mutuamente como iguais e livres numa associação livremente estabelecida, podem conferir o assentimento necessário à validação legítima das leis. Dessa forma, o princípio da Democracia não apenas estabelece em processo legítimos de normatização, como também orienta a produção do próprio *medium* do direito.

Portanto, diante da questão “O que torna legítima a autoridade legal?”, Habermas responde: “Certamente a fonte de toda a legitimidade está no processo democrático da legiferação; e esta apela, por seu turno, para o princípio da soberania do povo”⁹⁰ A idéia é mostrar que a legitimidade da lei é baseada na racionalidade imanente à própria lei, que por sua vez é dependente e aberta para as dimensões de uma racionalidade comunicativa subjacente ao *medium* do direito, de tal forma que, nas sociedades modernas, a lei possa cumprir o papel de estabilização de expectativas pela preservação de uma conexão interna com as

⁸⁹ Ibid. v.2, p. 242.

⁹⁰ Ibid. p. 98

forças socialmente integradoras da ação comunicativa. O princípio da Democracia diz Habermas:

(...) resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu velo esse entrelaçamento como uma gênese lógica de direitos, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito de liberdade subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica. Por isso, o princípio da Democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da Democracia, se constituem de modo co-originário⁹¹.

Habermas pretende haver reconciliado Democracia e direitos individuais de tal forma que nenhum dos dois se subordine ao outro. O sistema de direitos não pode ser reduzido nem a uma perspectiva moral dos direitos humanos, nem a uma perspectiva ética da soberania popular porque a autonomia privada dos cidadãos não deve ser posta nem acima nem subordinada à sua autonomia política. A co-originariedade do sistema de direitos e do princípio da Democracia reflete a mútua pressuposição da autonomia pública e privada dos cidadãos, que por sua vez é derivada da interpenetração da forma legal e do princípio do discurso que deve acontecer se os cidadãos regulam sua vida em comum pelos meios do direito positivo.

Conclusivamente, pode-se dizer que Habermas pretende a condição de universalidade para este sistema de direitos no sentido de apresentar um esquema geral pressuposto pelas matérias legais, sem contudo afirmar um conjunto pré-estabelecido de direitos naturais. O sistema de direitos deve ser desenvolvido de forma politicamente autônoma pelos cidadãos no contexto de suas próprias e particulares tradições e história. Os direitos que garantem a autonomia pública, como aqueles que garantem a autonomia privada, devem assumir a forma de liberdades individuais do sujeito. Isto significa que repousa sobre os próprios cidadãos a escolha sobre o exercício de sua liberdade comunicativa. Há de se observar que a juridificação da liberdade comunicativa revela o fato de que a liberdade legal não está garantida pela forma da lei sozinha, mas depende das fontes sob o seu controle, isto é, a realização de processos de formação racional da opinião pública e da vontade no seio da esfera pública autônoma.

⁹¹ Ibid. p. 107.

4.3.2.2. A democracia estabelecida comunicativamente.

Esse modelo de Democracia baseia-se nas condições de comunicação sob os quais o processo político supõe-se capaz de alcançar resultados racionais, justamente por cumprir-se, em todo seu alcance, de modo deliberativo.

Quando se faz do conceito procedimental da política deliberativa o cerne normativamente consistente da teoria sobre a Democracia, resultam daí diferenças tanto em relação à concepção republicana do Estado como uma comunidade ética, quanto em relação à concepção liberal do Estado como defensor de uma sociedade econômica.

Segundo a concepção liberal, esse processo apenas tem resultado sob a forma de arranjos de interesses. As regras de formação e acordos desse tipo – às quais cabe assegurar a justiça e honestidade dos resultados através de direitos iguais e universais ao voto e da composição representativa das corporações parlamentares, suas leis orgânicas etc. – são fundamentalmente a partir de princípios constitucionais liberais. Segundo a concepção republicana, por outro lado, a formação democrática da vontade cumpre-se sob forma de um auto-entendimento ético; nesse caso, a deliberação pode se apoiar quanto ao conteúdo em um consenso a que os cidadãos chegam por via cultural e que se renova na rememoração ritualizada de um ato republicano de fundação.⁹²

A teoria do discurso, comunicativamente, acolhe elementos de ambos os lados e os integra no conceito de um procedimento ideal de ambos os lados e os integra no conceito de um procedimento ideal para o aconselhamento e tomada de decisões.

Segundo Habermas,

esse procedimento democrático cria uma coesão interna entre negociações, discursos de auto-entendimento e discursos sobre a justiça, além de fundamentar a suposição de que sob tais condições se almejam resultados ora racionais, ora justos e honestos⁹³.

Com isso, a razão prática desloca-se dos direitos universais do homem ou da eticidade concreta de uma determinada comunidade e restringe-se a regras discursivas e formas argumentativas que extraem seu teor normativo da base

⁹² Ibid., p.278.

⁹³ Ibid., p.279.

validativa da ação que se orienta ao estabelecimento de uma acordo mútuo, isto é, da estrutura da comunicação lingüística.⁹⁴

A teoria do discurso, que obriga ao processo democrático com conotações mais fortemente normativas do que o modelo liberal, mas menos fortemente normativas do que o modelo republicano, assume por sua vez elementos de ambas as partes e os combina de uma maneira nova. Em consonância com o republicanismo, ele reserva uma posição central para o processo político de formação da opinião e da vontade, sem, no entanto, entender a constituição jurídico-estatal como algo secundário; mais que isso, a teoria do discurso concebe os direitos fundamentais e princípios do Estado de direito como uma resposta conseqüente à pergunta sobre como institucionalizar as exigentes condições de comunicação do procedimento democrático⁹⁵. A teoria do discurso não torna a efetivação de uma política deliberativa dependente de um conjunto de cidadãos coletivamente capazes de agir, mas sim da institucionalização dos procedimentos que lhe digam respeito. Ela não opera por muito tempo com o conceito de um todo social centrado no Estado e que se imagina em linhas gerais como um sujeito racional orientado por seu objetivo. Tampouco situa o todo em um sistema de normas constitucionais que inconscientemente regram o equilíbrio do poder e de interesses diversos de acordo como modelo de funcionamento do mercado. Ela se despede de todas as figuras de pensamento que surgiram atribuir a práxis de autodeterminação dos cidadãos a um sujeito social totalizante, ou que sugiram referir o domínio anônimo das leis a sujeitos individuais concorrentes entre si.⁹⁶

Na primeira possibilidade o conjunto de cidadãos é abordado como um agente coletivo que reflete o todo e age em seu favor, na segunda, os agentes individuais funcionam como variáveis dependentes em meio a processos de poder que se cumprem cegamente, já que para além de atos eletivos individuais não poderia haver quaisquer decisões coletivas cumpridas de forma consciente (a não ser em um sentido meramente metafórico).⁹⁷

Em face disso, a teoria do discurso conta com a intersubjetividade mais avançada presente em processo de entendimento mútuo que se cumprem, por um lado, na forma institucionalizada de aconselhamentos em corporações

⁹⁴ Ibid., p. 278.

⁹⁵ Ibid., p.279.

⁹⁶ Ibid., p.280.

⁹⁷ Ibid., p.280.

parlamentares bem como, por outro lado, na rede de comunicação formada pela opinião pública de cunho político.

Essas comunicações sem sujeito, internas e externas às corporações políticas e programadas para tomar decisões, formam arenas nas quais pode ocorrer a formação mais ou menos racional da opinião e da vontade acerca de temas relevantes para o todo social e sobre matérias carentes de regulamentação. A formação de opinião que se dá de maneira informal desemboca em decisões eletivas institucionalizadas e em resoluções legislativas pelas quais o poder criado por via comunicativa é transformado em poder administrativamente aplicável. Como no modelo liberal, respeita-se o limite entre Estado e sociedade, aqui, porém, a sociedade civil, como fundamento social das opiniões públicas autônomas, distingue-se tanto dos sistemas econômicos de ação quanto da administração pública.

Dessa compreensão democrática, resulta por via normativa a exigência de um deslocamento dos pesos que se aplicam a cada um dos elementos na relação entre os três recursos a partir dos quais as sociedades modernas satisfazem sua carência de integração e direcionamento, a saber: o dinheiro, o poder administrativo e a solidariedade. As implicações normativas são evidentes:

(...) o poder socialmente integrativo da solidariedade, que não se pode mais tirar apenas das fontes da ação comunicativa, precisa desdobrar-se sobre opiniões públicas autônomas a amplamente espraiadas, e sobre procedimentos institucionalizados por via jurídico-estatal para a formação democrática da opinião e da vontade; além disso, ele precisa também ser capaz de afirmar-se e contrapor-se aos dois outros poderes, ou seja, ao dinheiro e ao poder administrativo.⁹⁸

Nesse sentido, a leitura da Democracia feita segundo a teoria do discurso vincula-se a uma abordagem distanciada, própria às ciências sociais, e para a qual o sistema político não é nem o topo nem o centro da sociedade, nem muito menos o modelo que determina sua marca estrutural, mas sim um sistema de ação ao lado de outros. Como a política consiste em uma espécie de lastro reserva na solução de problemas que ameacem a integração, ela certamente tem de poder se comunicar pelo *medium* do direito com todos os demais campos de ação legitimamente ordenados, seja qual for a maneira como eles se estruturam ou direcionem. Se o sistema político, no entanto, depende de outros desempenhos do

⁹⁸ Ibid., p. 281.

sistema – como o desempenho fiscal do sistema econômico, por exemplo -, isso não se dá em um sentido meramente trivial; ao contrário, a política deliberativa, realizada ou em conformidade com os procedimentos convencionais da formação institucionalizada da opinião e da vontade, ou informalmente, nas redes da opinião pública, mantém uma relação interna com os contextos de um universo de vida cooperativo e racionalizado.

Justamente os processos comunicativos de cunho político que passam pelo filtro deliberativo de recursos do universo vital – da cultura política libertadora, de uma socialização política esclarecida e, sobretudo, das iniciativas de associações formadoras de opinião – recursos que se formam de maneira espontânea ou que, em todo caso, só podem ser atingidos com grande dificuldade, caso o caminho escolhido para se tentar alcançá-los seja a do direcionamento político.