

3

PARTE II – Direito e Liberdade

3.1

Introdução

Foi dito que a liberdade republicana se atualiza como não-dominação e não como mera não-interferência. Assim, para que se possa atestar a ausência de liberdade, do ponto de vista republicano, há de existir uma relação de dominação, em outras palavras, deve haver a possibilidade de um agente exercer uma interferência arbitrária nas eleições de um indivíduo.

Antes de se pensar sobre que mecanismos garantem a não-dominação, há de se esclarecer o que significa para um indivíduo ser dominado. Assim, uma teorização sobre o significado político da dominação funciona como premissa necessária à construção de um ideal de liberdade que se aperfeiçoa não como não-interferência, mas como não-interferência arbitrária.

Se foi afirmado que, diferentemente do liberalismo, para o republicanismo a lei não significa perda necessária de liberdade, então deve ser possível imaginar uma convivência entre direito e liberdade, entre interferência e liberdade. Nesse sentido, uma clara definição do ideal de não-dominação funciona como um parâmetro para a construção de um direito que promova a liberdade ao invés de aniquilá-la.

Então, uma vez ultrapassada a discussão sobre o sentido da liberdade na teoria política moderna, cabe agora primeiro definir o significado do termo não-dominação, para a seguir se defender um modelo de direito que promova a não-dominação. Ainda, nesta segunda parte desta dissertação será proposta, a partir do significado dado por Pettit à liberdade republicana, a tese de que entre os modelos de democracia e de direito presentes no debate da teoria política contemporânea –

liberais, comunitários e deliberativos – é justamente o modelo habermasiano que melhor realiza o ideal de liberdade presente na tradição republicana.

3.2

A Liberdade Republicana

3.2.1

O significado da não-dominação

Sujeitos

Primeiramente, para um correto entendimento da idéia de não-dominação, deve-se estabelecer quem pode ser sujeito de uma relação de dominação. Neste sentido, Pettit esclarece que um agente domina o outro quando tem certo poder sobre esse, e, em particular, um poder de interferência arbitrariamente fundado. Em outros termos, a dominação ocorre quando um sujeito está sob a potesta de um agente, e esse poder se exerce de forma arbitrária¹, sabendo-se que esse agente, responsável pela dominação, pode se apresentar tanto como um agente individual quanto como um agente coletivo (Estados, partidos, grupos políticos etc).

Se é verdade que a dominação pode ser exercida tanto por um único indivíduo (um tirano, por exemplo), quanto por um agente coletivo, no que se refere ao pólo passivo da dominação, esse é sempre um indivíduo ou indivíduos; ou seja, a dominação pode ser exercida por um agente individual ou por um agente coletivo, mas será exercida sempre contra indivíduos.²

Ressalta-se, todavia, que ainda que a dominação seja exercida sobre indivíduos, não se pode negar que essa possa ter como alvo certos grupos. Nesses casos, ocorrerá a dominação de pessoas individuais, mas pessoas com uma

¹ PETTIT, Philip. “*Republicanism – una teoria sobre la libertad y el gobierno...*”, p. 78.

² Ibid.

identidade ou aspiração coletiva.³ Portanto, ainda que o alvo declarado seja o grupo, estarão dominados, em última análise, os indivíduos pertencentes ao grupo.

Aqui fica latente uma característica da tradição republicana: o individualismo. Neste sentido, ao afirmar que a dominação será sofrida sempre por um indivíduo, Pettit deixa clara uma posição individualista em seu pensamento. Porém, ao afirmar que essa mesma dominação, embora seja sofrida em última instância pelo indivíduo, possa ter como alvo um grupo social, ou seja, um grupo de indivíduos que compartilham uma identidade, fica clara, na mesma medida, um traço diferenciador do individualismo republicano. O republicanismo de fato apresenta uma tradição fortemente individualista, contudo o individualismo republicano não pensa o indivíduo isolado, supervalorizando a vida privada ou a consciência de si mesmo⁴: antes o pensa como um sujeito inserido, necessariamente⁵, em uma sociedade. Há no republicanismo uma dialética entre individualidade e coletividade, que não se trata de uma dialética de opostos que se sobrepõem, mas antes de uma dialética de complementaridade.

Pressupostos

Assim, já estando claro quem pode exercer a dominação e sobre quem a mesma pode ser exercida, cabe agora um melhor entendimento sobre o significado, propriamente dito, da não-dominação. Para tanto, Pettit vai enumerar os aspectos - ou pressupostos - para que se configure a dominação. Nestes termos, pode-se afirmar que alguém tem poder de dominação sobre outro quando (a) tem a capacidade de interferir (b) de um modo arbitrário (c) em algumas eleições que o outro poderia realizar⁶. Então, ocorre a dominação quando um agente pode interferir de forma arbitrária no campo das eleições de um indivíduo. Logo, deve-

³ PETTIT, Philip. “*Republicanism – una teoria sobre la libertad y el gobierno...*”, p. 78.

⁴ BERTEN, Andre. “*Republicanism e Motivação Política...*”, p. 23.

⁵ Embora o termo “necessário” recomende um uso com cautela - pois necessidade pode denotar a idéia de uma essência - aqui o termo é assim utilizado em razão da defesa republicana de uma natureza humana. Nesse sentido, quando questionado sobre qual a concepção de ser humano é pressuposta pelo republicanismo, Pettit respondeu que “Las doctrinas políticas siempre se comprometen con una determinada imagen de la naturaleza humana. O republicanismo pone el énfasis en la indepedência em las relaciones entre los individuos. Al mismo tiempo presupone que los seres humanos son esencialmente sociales”. Entrevista concedida ao jornal “La Vanguardia” e publicada com o título “Pettit: No hay política sin diálogo”, em 4 de agosto de 2004. Disponível em <http://www.alcoberro.info/republica5.htm> e capturado em 13.12.2004.

⁶ PETTIT, Philip. “*Republicanism – una teoria sobre la libertad y el gobierno...*”, p. 78.

se compreender no que consiste uma interferência, quando essa pode ser qualificada como arbitrária e, por último, sobre que eleições essa deve recair para que se ateste a não-liberdade de um indivíduo.

(a) “Interferência”

Primeiramente, no que se refere ao termo interferência, deve ficar destacado que só há perda da liberdade diante de uma interferência intencional, ou melhor, a interferência aqui tratada, a interferência que pode ferir a liberdade de um indivíduo, será sempre um movimento intencional. Embora o convívio entre indivíduos possa levar a obstruções não-intencionais ou provenientes do acaso entre os mesmos, a liberdade republicana, enquanto valor social, visa a garantir a segurança contra interferências intencionais.

Então, de que modo um agente interfere de maneira intencional nas eleições de um indivíduo? Sobre essa questão afirma Pettit:

Mas a interferência, segundo meu entendimento, ainda é compatível com um ampla série de condutas possíveis. Inclui a coerção física corporal, como nos casos da restrição ou da obstrução; a coerção da vontade, como no caso do castigo ou da ameaça de um castigo; e, para acrescentar uma categoria desatendida em tempos passados: a manipulação: esta é normalmente encoberta, e pode consistir em coisas tais como a predeterminação da agenda política, a formação, ou enganosa ou não racional, das crenças e dos desejos das pessoas⁷.

Assim, num primeiro momento, importa para a liberdade de um agente a quantidade de opções disponíveis, os benefícios esperados atribuídos a cada uma das opções e os benefícios reais, ou seja, o resultado da decisão tomada. Desse modo, a obstrução física e a predeterminação da agenda política afetam a quantidade de opções disponíveis; a ameaça de castigo e a formação não-racional das crenças e dos desejos afetam a avaliação dos benefícios esperados, e o castigo

⁷ Tradução livre. No original: Pero la interferencia, según y oía entiendo, aún es compatible con un amplio abanico de conductas posibles. Incluye la coerción física corporal, como en caso de la restricción o de la obstrucción; la coerción de la voluntad, como em caso del castigo o de la amenaza de castigo; y, para añadir una categoría desatendida en los siglos anteriores, la manipulación: ésta es normalmente encubierta, y puede consistir em cosas tales como la predeterminación de la agenda política, la formación, o enganosa o no-racional, de las creencias y los deseos de la gente, o el amaño de las consecuencias de las acciones de las personas. (PETTIT, Philip. “*Republicanism – una teoría sobre la libertad y el gobierno...*”, p. 79.)

imposto em razão de uma escolha afeta os benefícios reais provenientes da eleição⁸.

Então, a liberdade de agir se desdobra em três momentos: na quantidade de opções disponíveis, nas conseqüências esperadas e atribuídas a cada uma das opções e na conseqüência real atingida em razão da opção escolhida. Desta feita, a interferência pode se dar em cada um desses momentos, seja diminuindo as opções disponíveis, seja prejudicando a avaliação das possíveis conseqüências e até mesmo modificando o resultado que seria alcançado.

Por último, a capacidade de interferência tem que ser real e não uma capacidade potencial ou virtual. A capacidade tem que ser uma capacidade pronta a ser exercida. Não há que se falar em dominação sem uma capacidade real (atual) de interferir nas eleições de um sujeito⁹.

Se, por um lado, essa capacidade de intervir deve ser real, a interferência propriamente dita não precisa ser efetiva para que se configure a dominação. Em outras palavras, para que haja dominação, o que deve ser real é a possibilidade de interferir.

Em síntese, a interferência ocorre diante de uma capacidade real de intencionalmente modificar as opções disponíveis ao agir, a avaliação dos possíveis resultados decorrentes de cada opção ou os resultados provenientes da escolha.

(b) “Modo arbitrário”

Porém, a dominação não é apenas interferência, mas antes interferência arbitrária. Ora, “para os cidadãos a serem protegidos pela lei, a liberdade compreende, igualmente, as interferências dos outros cidadãos”: se a interferência é um pressuposto para a liberdade, então há que se combater não a interferência, que é “um fato social que pode ser positivo ou negativo”, mas sim a interferência arbitrária¹⁰.

⁸ PETTIT, Philip. *Republicanism – una teoria sobre la libertad y el gobierno...*, pp. 79-80.

⁹ PETTIT, Philip. *Republicanism – una teoria sobre la libertad y el gobierno...*, p. 81.

¹⁰ BERTEN, Andre. *Republicanism e Motivação Política...*, p. 23.

Assim, cabe entender o que qualifica uma interferência como arbitrária. Pode-se afirmar que uma interferência é arbitrária quando está sujeita unicamente à vontade do agente que interfere. Como destaca Pettit:

Quando dizemos que um ato de interferência foi perpetrado de modo arbitrário, a implicação é que, como qualquer outro ato arbitrário, foi escolhido, ou não, segundo a satisfação do agente. E em particular, posto que estamos falando de interferência na vida dos outros, implica que o ato foi escolhido, ou não, sem atender o interesse e a opinião dos afetados¹¹ (grifou-se).

A arbitrariedade não está na simples feita de interferir, mas sim no ato de interferência que não leva em conta a opinião do afetado pelo mesmo. Destaque-se ainda que um ato de interferência pode ser arbitrário no sentido procedimental, sem que seja arbitrário no sentido substantivo de que de fato seja contrário ao interesse do sujeito afetado; logo a ilegitimidade do ato permanece ainda que o mesmo traga benefícios ao atingido. A arbitrariedade aqui utilizada está na falta de controle na execução do ato e não propriamente nas conseqüências advindas pela adoção do mesmo¹².

Então, uma interferência é arbitrária quando não leva em conta a opinião do afetado pela mesma. Essa afirmação deve servir de princípio norteador para as decisões do poder público em uma República.

A República tem como finalidade o bem comum, de modo que os atos de governo devem ter em conta não o interesse e a opinião dos detentores do poder, mas o bem estar e a visão de mundo dos possíveis afetados pelas decisões. Há no republicanismo um repúdio à idéia de facções, de modo que os assuntos de governo não podem estar controlados por facções que se utilizam da coisa pública em razão de seus interesses. Desse modo, os atos de interferência do Estado devem seguir os interesses compartilhados pela associação política.

A questão então está em como se pode garantir que um interesse é compartilhado? Como se pode garantir que uma determinada interpretação não é

¹¹ Tradução livre. No original: Cuando decimos que un acto de interferencia há sido perpetrado de modo arbitrário, la implicacion es que, como cualquier otro acto arbitrário, há sido elegido, o no, según le plazca ao agente. Y en particular, puesto que estamos hablando de interferencia en la vida de otros, implica que e lacto es elegido, o no, sin atender a los intereses o lãs opiniones de los afectados. (PETTIT, Philip. “*Republicanism – una teoria sobre la libertad y el gobierno...*”, p. 82).

¹² Ibid.

própria de uma facção, mas ao contrário, é compartilhada por todos, servindo portanto como guia de uma determinada ação de estado? Pettit afirma que o único meio possível é o recurso a uma discussão pública onde os indivíduos falem por si mesmos ou pelos grupos aos quais pertençam¹³. Existe aqui na tese de Pettit uma defesa clara da discussão pública como mecanismo capaz de garantir a não-arbitrariedade das tomadas de decisão do poder público.

(c) “Algumas eleições”

Por último, a dominação se caracteriza com a possibilidade de interferência real e arbitrária em algumas eleições do indivíduo. Disso pode-se afirmar que, para que exista dominação, para que esteja configurada a dominação no campo das relações sociais entre os indivíduos, não se faz necessário que um agente domine todos os campos da vida de outro indivíduo. Assim, mesmo que o indivíduo permaneça livre em certas áreas e aspectos de sua vida, ainda há que se falar em dominação quando certas áreas estão dominadas¹⁴.

3.2.2

A dominação como mera possibilidade de interferência arbitrária

Como dito, a dominação aqui tratada não ocorre apenas quando a interferência é efetiva, ou seja, quando, de fato, interfere-se arbitrariamente nas eleições de um indivíduo. Mas, além disso, ainda que a interferência não ocorra de fato, existirá uma relação de dominação diante da simples possibilidade de interferência arbitrária, mesmo que esta não esteja ocorrendo. Ou seja, ainda que não se sofra interferência de fato, ainda que o detentor do poder para interferir não possua inclinação para dominar, a dominação já estará configurada com a simples possibilidade de interferência arbitrária, mesmo que esta não ocorra. Logo, a dominação não é a interferência arbitrária, mas a possibilidade de interferência arbitrária.

¹³ PETTIT, Philip. “*Republicanism – una teoria sobre la libertad y el gobierno...*”, p. 85.

¹⁴ Ibid.

Ora, a República constitui uma associação política de cidadãos livres e iguais. Neste sentido, os direitos, os esquemas de liberdade compartilhados não devem ser entendidos como fruto de direitos inatos - o que poderia levar à idéia de uma liberdade antes da lei. A liberdade não pré-existe à lei¹⁵ - e se é assim, só se pode falar em direitos construídos e reconhecidos pelos integrantes da comunidade de parceiros de direitos. Essa idéia de construção e reconhecimento mútuo de direitos faz com que os republicanos rejeitem a idéia de boa-vontade de um indivíduo para com o outro. Se um indivíduo pode se afirmar como portador de certo direito, assim ocorre não por ato de boa-vontade de outros, mas pela construção e reconhecimento mútuo de certos direitos.

Importa para a liberdade republicana que, enquanto sujeito de direitos, seja de conhecimento comum que um indivíduo é livre e igual a todos os outros. E se é verdadeira a idéia de que os direitos não são dados, mas construídos e reconhecidos por todos, então não há que se falar em liberdade onde existe a possibilidade de interferência arbitrária, ainda que essa não ocorra. E por que é assim? Se existe a possibilidade de interferência arbitrária, ou seja, se um agente tem o poder de interferir sem levar em conta a opinião do afetado, ainda que o mesmo não deseje interferir, ainda que não seja de seu gosto interferir, a ausência de interferência arbitrária deve-se unicamente a sua boa vontade. Isto vale dizer que o indivíduo que está sob esse arbítrio só não sofrerá interferência na medida em que o detentor do poder de dominar não deseje interferir. Assim, a liberdade desse indivíduo é ato de boa-vontade e não de reconhecimento.

A liberdade republicana pressupõe um sentido de igualdade¹⁶ ou, de outra forma, a liberdade se constrói na igualdade. Nesse sentido, Maquiavel é enfático ao afirmar os benefícios de se viver em uma República, pois nela pode-se gozar de seus bens e de sua vida em segurança¹⁷. Ora, em uma comunidade onde a liberdade de um existe em razão da boa vontade de outro, não há que se falar em segurança no gozo da liberdade, pois seria difícil a defesa da tese de que a boa-vontade proporciona uma sensação de segurança. Do mesmo modo, seria possível se falar em uma relação entre iguais onde um tem a possibilidade de interferir de

¹⁵ BERTEN, Andre. *Republicanism e Motivação Política...*, p. 25.

¹⁶ BERTEN, Andre. *Republicanism e Motivação Política...*, p. 26.

¹⁷ MAQUIAVEL, Nicolau. *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio...*, p. 70.

forma arbitrária nas eleições do outro e se assim não procede não o faz por ato de boa-vontade? Como a liberdade republicana exige a igualdade e exige a segurança no exercício da mesma, então não há que se falar em liberdade onde, ainda que não exista interferência arbitrária, esta possa vir a existir. Em suma, pode-se perfeitamente falar em dominação mesmo na ausência real de interferência.

Se por um lado existe a possibilidade de haver dominação sem que haja interferência de fato, do mesmo modo, também é possível afirmar a possibilidade de interferência sem dominação ou, em outras palavras, é possível interferir sem dominar. Neste sentido, é justamente esse o papel do direito: possibilitar a interferência sem dominação. Ao partir da idéia de um indivíduo social, ou seja, de um indivíduo inserido num campo de relações intersubjetivas, o republicanismo trabalha com a idéia de interferência, mas a vantagem de se viver em uma República é que nela a interferência ocorre – como em todas as outras formas de associação – mas nela há a garantia de que essa interferência não significará dominação.

No republicanismo o direito deixa de representar uma limitação, ainda que necessária como quer o liberalismo, à liberdade dos indivíduos, mas em certa medida ao garantir aos indivíduos que esses não poderão ser dominados, o direito funciona como matriz de liberdade. Neste sentido:

Com a noção de dominação desenvolvida até aqui, deveria estar claro que o direito não representa por si mesmo uma forma de dominação, e que a relação entre o direito e a liberdade não tem que se representar em termos hobesianos ou benthamianos. Ao menos em princípio, devem existir sistemas jurídicos factíveis que, sendo de todo modo compatíveis com a liberdade, não sejam, em absoluto, dominantes: que não apenas reduzam os potenciais dominadores e reduzam a não-liberdade, mas ainda que não se convertam eles mesmos em formas de dominação¹⁸.

É fácil perceber que o direito enquanto conjunto de normas de ação que alcançam obrigatoriedade do ponto de vista institucional constitui ele mesmo uma forma de interferência. Ao definir a liberdade como não-interferência, o liberalismo institui uma oposição entre lei e liberdade. Já o republicanismo, ao trabalhar com um ideal de liberdade que se atualiza na não-dominação (interferência arbitrária), supera essa oposição possibilitando a construção de um

¹⁸ PETTIT, Philip. *Republicanism – una teoria sobre la libertad y el gobierno...*, p. 95.

direito que não signifique perda necessária de liberdade, mas que pode existir em plena compatibilidade com a mesma e, mais do que isso, que pode funcionar como meio necessário para a produção da liberdade.

O direito, objetivo e coercível, funciona como interferência, mas essa interferência não precisa ser necessariamente arbitrária, ou seja, ilegítima. Não importa por ora saber que modelo de produção das normas jurídicas garantem a sua legitimidade, mas importa agora, e este é um ponto fundamental no pensamento republicano, compreender que o direito não precisa significar perda de liberdade, mas, pelo contrário, pode significar produção de liberdade.

Em uma República, em uma associação de parceiros de direitos livres e iguais, talvez somente o direito possa funcionar como intermediador de uma intersubjetividade sem dominação. Ao proporcionar a segurança de que não existirá a dominação, ao garantir simultaneamente a participação nas tomadas de decisão e espaços na busca pessoal pela liberdade o direito cria liberdade para os seus destinatários. De fato, esses destinatários deverão ser também produtores das normas para que esse ciclo de reprodução legítimo do direito possa ser garantido. Deste modo, o direito, na perspectiva republicana, assume um papel vital na construção e manutenção das liberdades dos membros de uma República.

A não-dominação, como já dito, ocorre quando não há a possibilidade de interferência arbitrária. Esta não-dominação pode ocorrer na presença ou na ausência de outros indivíduos. Importa, todavia, para o republicanismo, a fruição da não-dominação na presença de outros indivíduos, uma vez que se parte da idéia de um indivíduo inserido sempre em uma comunidade. Logo, se se vive sempre na presença de outros, a não-dominação deve ser algo a ser fruído também na presença de outros, de modo que ao falar de liberdade o republicanismo estará sempre falando em uma liberdade social, cívica.

A liberdade republicana é a liberdade da cidade. A não-dominação é a posição que desfruta alguém que vive na presença de outros, mas que, em razão de um determinado desenho social, não é dominado por ninguém¹⁹. Dessa forma, a liberdade assume um caráter de status social e afirmar esse caráter social da

¹⁹PETTIT, Philip. *Republicanism – una teoria sobre la libertad y el gobierno...*, p. 96.

liberdade implica para Berten defender uma dupla tese: a do reconhecimento e da igualdade²⁰.

3.2.3

Reconhecimento e igualdade – a liberdade como bem-comum

Com a tese do reconhecimento se pretende afirmar a idéia da liberdade como um status social que só pode ser usufruído na medida em que é reconhecido pelos outros membros do grupo. A fruição da liberdade exige consciência da liberdade e, mais do que isso, exige que essa consciência seja partilhada por outros indivíduos²¹. Se é livre, portanto, quando se tem a consciência da liberdade e quando essa liberdade, na medida em que é um status social, é reconhecida pelos outros.

A não-dominação enquanto status social vai apresentar um significado subjetivo e intersubjetivo. O ideal de não-dominação vincula-se com a capacidade de “olhar o outro de frente”, com segurança de que não se exerce a liberdade com a vênia de outros, mas sim como direito publicamente reconhecido²². A liberdade republicana se constrói na presença de outros e ainda só é possível em razão de um reconhecimento comum. Em suma, a liberdade aqui tem um caráter público, social ou em outras palavras, a liberdade republicana supõe a idéia de “concidadania”²³.

A segunda tese é a da igualdade, de acordo com a qual existe na tradição republicana - a partir da idéia de uma República como uma associação que proporciona um tratamento jurídico igualitário - um compromisso com o ideal de igualdade²⁴. Esse compromisso com a igualdade parece decorrer do sentido público dado à liberdade, uma vez que sendo a liberdade um ideal construído na presença de outros e que necessariamente precisa ser reconhecido por estes,

²⁰ BERTEN, Andre. *Republicanismo e Motivação Política...*, p. 24.

²¹ Ibid.

²² PETTIT, Philip. *Republicanismo – una teoria sobre la libertad y el gobierno...*, p. 96.

²³ BERTEN, Andre. *Republicanismo e Motivação Política...*, p. 24.

²⁴ Para uma discussão mais apurada sobre o sentido de igualdade associado à liberdade republicana conferir PETTIT, Philip. Op. Cit., pp. 153-161.

decorre daí uma idéia de cidadania e igualdade perante a lei. Se se pensa uma República como uma associação de parceiros que se reconhecem mutuamente certos direitos, então a igualdade funciona como pressuposto dessa associação.

A igualdade não decorre da liberdade porque os indivíduos seriam naturalmente livres como pensam os liberais; antes existe igualdade na liberdade porque os membros de uma República decidem construir e reconhecer o igual direito a não ser dominado por parte de todos os membros do grupo. Ora, se a liberdade consiste na segurança em face da possibilidade de dominação, ou seja, se se é livre na medida em que se tem a garantia que não existe a possibilidade de sofrer interferências arbitrárias no campo de suas eleições, então em uma sociedade onde apenas um indivíduo é dominado não há que se falar em liberdade. E por que não?

Na medida em que existe um único indivíduo dominado significa que aquela associação política permite - ainda que isso não atinja todos os indivíduos - interferências arbitrárias, e se é assim, o que pode garantir aos demais indivíduos que essa tolerância à dominação não se voltará contra eles? O que pode garantir a um indivíduo que vive em uma comunidade onde outros são dominados que ele mesmo não será dominado se porventura a fortuna se mostrar desfavorável?

Importa para a liberdade republicana a garantia do gozo de direitos livres de dominação, e parece ser evidente que se existem indivíduos dominados, então, por mais improvável que essa possa ser, existe a possibilidade de que qualquer indivíduo seja dominado. Deste modo, ainda que de fato não se sofra dominação, a mera possibilidade de que essa possa se atualizar já funciona como antítese à segurança que a liberdade republicana requer. Só existirá perfeita garantia contra a dominação em uma associação política que rejeite por completo a possibilidade de interferências arbitrárias contra qualquer um de seus membros e se é assim, se se faz necessário que todos gozem de liberdade na mesma medida, então existe no republicanismo não uma oposição, mas uma pressuposição entre liberdade e igualdade.

No debate político contemporâneo a tensão entre liberdade e igualdade é tratada de modo distinto por liberais e comunitários. Os liberais – ideal de não-

interferência – valorizam as liberdades individuais clássicas e o comunitarismo valoriza o ideal de pertencimento a uma comunidade. Disso decorrem propostas de estados distintas. De um lado o estado liberal neutro que, apesar de diferenças socioculturais que possam existir, tem como regra um tratamento uniforme dos indivíduos. Em contrapartida, os comunitários não desejam neutralidade, mas sim compromisso por parte do estado, compromisso esse com o desenvolvimento e a proteção dos diferentes grupos culturais, ainda que isso custe a neutralidade das ações estatais²⁵.

O republicanismo também deseja, de certa forma, um estado neutro, não comprometido com nenhuma concepção particular de bem, e nisso se aproxima do liberalismo. Porém o ideal de não-dominação se apresenta como um bem social e como um bem-comum, o que o aproxima dos comunitários. Sobre o sentido de bem-comum:

Um bem será comum na medida em que não possa ser aumentado (ou diminuído) para nenhum membro do grupo sem ser ao mesmo tempo aumentado (ou diminuído) para outros membros do grupo(...). Será um bem parcialmente comum na medida em que não possa ser aumentado para um sem ser aumentado para alguns, e será um bem perfeitamente comum na medida em que não possa ser aumentado para um sem ser aumentado para todos²⁶.

Embora sejam inegáveis certos pontos comuns entre o republicanismo aqui tratado e o liberalismo mais progressista, Pettit defende a tese de que o ideal de não-dominação pode ser bastante atraente para a perspectiva comunitária. Desfrutar de não-dominação significa estar em uma posição onde os demais indivíduos são incapazes de interferir arbitrariamente no campo de suas eleições. Assim, ninguém terá a possibilidade de dominar as eleições de um indivíduo na medida em que não é possível dominar as eleições de todos os indivíduos que estejam sob as mesmas condições. Os indivíduos que compartilham de certas características, compartilham também, para Pettit, de pontos de vulnerabilidade

²⁵ PETTIT, Philip. “*Republicanism – una teoria sobre la libertad y el gobierno...*”, p. 162.

²⁶ Tradução livre. No original: Um bien será común, en la medida en que no pueda ser incrementado (o decrementado) para ningún miembro del grupo relevante, sin ser al mismo tiempo incrementado (o decrementado) para otros miembros del grupo (...). Será un bien parcialmente común, en la medida en que no pueda ser incrementado para uno, sin ser incrementado para algunos; y será un bien perfectamente común, en la medida en que no pueda ser incrementado para uno, sin ser incrementado para todos. PETTIT, Philip. “*Republicanism – una teoria sobre la libertad y el gobierno...*”, p. 162.

comuns²⁷. Desta feita, desfruta-se da não-dominação na medida em que esta é desfrutada por todos aqueles que estão submetidos à mesma classe de vulnerabilidade.

Um membro de um grupo, portanto, ainda que não sofra a dominação diretamente, sempre estará sujeito à dominação em uma sociedade onde outros membros de seu grupo sofram dominação, o que leva à tese de que a melhor forma de se atingir a não-dominação é com a eliminação da mesma em favor de todos os membros de uma mesma classe. Não importa o grupo do qual se faça parte - negros, mulheres, indígenas etc: ainda que não se sofra dominação, ainda que um negro, uma mulher ou um indígena não sofram interferências arbitrárias no campo de suas eleições, esses só serão livres quando não existir a possibilidade de dominação contra todos os membros dos respectivos grupos, pois se um indivíduo que faça parte do mesmo grupo de vulnerabilidade está sofrendo interferências arbitrárias, então nada pode garantir que outros membros do mesmo grupo também não virão a sofrê-las.

Logo, no que concerne à liberdade republicana, o destino de um negro está ligado ao destino de todos os negros, de uma mulher ao destino de todas as mulheres, de um judeu ao destino de todos os judeus, em suma, o destino de um membro do grupo está ligado ao destino de todos os membros do grupo. Ora, fica latente o sentido de bem-comum que a liberdade republicana alcança para o grupo.

Imaginando uma mulher que viva em uma sociedade onde as mulheres não estão protegidas contra a violência de seus maridos, ainda que essa tenha um marido que não exerça nenhum tipo de violência contra ela, não é possível afirmar que ela goze de liberdade em relação a isto. A mesma está dominada na medida em que existe a capacidade por parte de seu marido de exercer interferências arbitrárias sobre ela. A partir do momento em que a dominação for uma possibilidade acessível ao seu marido, a mulher estará dominada. Para o republicanismo, por mais improvável que seja nesse caso a efetivação de tal violência, a mulher não deixa de estar dominada pelo marido, e não haverá outro

²⁷ PETTIT, Philip. *Republicanism – una teoria sobre la libertad y el gobierno...*, p. 162.

modo de eliminar a dominação sem que seja alterado o status de todas as mulheres²⁸.

A partir do exemplo, pode-se defender mais uma distinção entre os ideais republicanos e liberais sobre a liberdade. Ao associar a liberdade à mera interferência, um liberal seria levado a afirmar que no caso citado, a mulher gozava de liberdade, na medida em que não sofria interferência e a mesma se mostrava bastante improvável. O republicanismo reclama não a ausência de mera interferência, mas a segurança contra atos arbitrários, ou em outras palavras, existe liberdade onde inexiste a possibilidade de dominação. No caso em tela, ainda que a interferência de fato não ocorresse, não há que se falar em liberdade, pois a interferência arbitrária era uma opção aberta ao marido.

Aqui afirma-se mais uma vez a conexão necessária entre democracia e liberdade para o republicanismo, uma vez que em um regime autoritário, ainda que o tirano não exerça a dominação sobre alguns indivíduos, essa será sempre uma possibilidade aberta ao mesmo. A participação política –democracia – é, portanto, condição para o exercício da liberdade.

A liberdade republicana enquanto bem-comum pode servir como ideal norteador de políticas comprometidas com a eliminação da dominação sofrida por grupos especialmente vulneráveis em razão do gênero, da etnia, da religião, das preferências sexuais etc. Ideal esse que pode ser bastante simpático à perspectiva comunitária, já que parte de um ideal de liberdade que pressupõe a intersubjetividade, ou seja, que apesar de suas preocupações com o indivíduo não imagina o mesmo fora do grupo. No dizer de Pettit:

Se nós aderimos à promoção da não-domação em qualquer sociedade contemporânea, uma das primeiras coisas que temos que reconhecer é que a política adequada a essa tarefa não pode consistir em um projeto atomístico; terá que articular-se no plano dos grupos e afirmações comuns, o mesmo que no plano dos indivíduos enquanto tais²⁹.

²⁸ PETTIT, Philip. *Republicanism – una teoria sobre la libertad y el gobierno...*, p. 165.

²⁹ Tradução livre. No original: Si nos adherimos a la promoción de la no-domação em cualquier sociedad contemporânea, una de las primeras cosas que tenemos que reconocer es que la política adecuada a esa tarea no puede consistir en un proyecto atomístico; tendrá que articularse en el plano de los grupos de agravios y afirmaciones comunes, lo mismo que en el plano de los individuos como tales individuos. PETTIT, Philip. “*Republicanism – una teoria sobre la libertad y el gobierno...*”, p. 166.

Assim, a liberdade assume a forma de um ideal mais ou menos igualitário, exigindo para sua promoção uma distribuição mais ou menos igual³⁰. A causa da liberdade tem, em uma perspectiva republicana, a dimensão de uma causa social e comum, e é justamente por isso que Harrington se refere à “liberdade dos florentinos como a liberdade de Florença”³¹. E, neste sentido, só se pode falar na liberdade dos florentinos nos mesmos termos da liberdade de Florença se se separa o ideal de liberdade da concepção atomista que o liberalismo tem da mesma. Ao rejeitar esse sentido atomista dado à liberdade, o republicanismo trabalha com um ideal que é individual, mas que tem no grupo necessariamente o seu local de realização. Em poucas palavras, só se é livre quando inserido em um grupo de indivíduos igualmente livres.

Corroborando essa tese, Pettit ainda irá afirmar que o lema da Revolução Francesa - Liberdade, Igualdade e Fraternidade - era nada mais do que a reafirmação do tradicional ideal republicano de liberdade, uma vez que a liberdade como não-dominação pressupõe a idéia de igualdade e também (na medida em que o sucesso da liberdade de um indivíduo está ligado ao sucesso da liberdade de todos aqueles inseridos no mesmo grupo de vulnerabilidade) um dever de solidariedade. Sendo assim, a liberdade como não-dominação pressupõe tanto igualdade quanto fraternidade.

Até aqui foi apresentada a tese de que a liberdade republicana corresponde à segurança em face da possibilidade de dominação. Segurança essa que só existe no seio de uma comunidade de parceiros de direito que se reconhecem mutuamente o igual direito a não ser escravizados, ou seja, a não sofrer interferências arbitrárias no campo de suas eleições. Foi defendida também a tese de que o direito não precisa significar sempre uma oposição à liberdade, podendo inclusive servir como matriz de liberdade.

Resta agora saber como se opera a relação entre direito e liberdade em uma democracia pluralista. Se é verdade que o direito não precisa significar sempre perda de liberdade, como então deve ser produzido o direito para que o mesmo não signifique perda de liberdade, mas antes produção de liberdade?

³⁰ Ibid., p. 167.

³¹ HARRINGTON, James. *The Commonwealth of Oceana and A system of Politics*. Tradução: J. G. A. Pocock. Cambridge: Cambridge University Press, 1992, p. 8.

Não há que se questionar que o direito, coercível e objetivo, funciona como interferência. Mas, diante desse fato, da obrigatoriedade institucional do direito, resta saber que modelo de produção normativa é necessário para prevenir que esse direito não ultrapasse os limites de mera interferência e passe a constituir uma interferência arbitrária, assumindo, portanto, a forma de instrumento de dominação.

Do mesmo modo, também será questionado sobre qual o papel que pode ser desempenhado pelo direito na luta contra a dominação. Nas sociedades pluralistas contemporâneas - onde indivíduos e grupos divergem acerca de concepções sobre o bem e sobre uma vida digna - qual seria o papel do direito positivo na regulação legítima da interação entre esses indivíduos e grupos? Existiria a possibilidade da construção de um direito capaz de permitir uma convivência política livre de dominação entre esses indivíduos e grupos?

3.3

Direito e Democracia

3.3.1.

O desafio do pluralismo

Os traços fundamentais das sociedades democráticas contemporâneas são “a diferença e o desacordo” ao invés da “homogeneidade e da similitude”³². As sociedades complexas contemporâneas estão caracterizadas pela “multiplicidade de valores culturais, visões religiosas do mundo, compromissos morais e concepções sobre a vida digna”³³. Nesse cenário, não se pode pretender que uma

³² CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva – Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 78

³³ Ibid.

política de cooperação democrática surja a partir da imagem do outro representado como um competidor ou inimigo³⁴.

No terreno da filosofia política contemporânea por vezes se associa o pluralismo às diversas concepções individuais acerca do bem³⁵ – liberais – enquanto outras vezes o pluralismo é associado à diversidade de identidades sociais³⁶ – comunitários.

Desse modo, o pluralismo na visão liberal está associado à autonomia privada e à concepção da liberdade como não-interferência. Cabe ao Estado liberal, nas democracias pluralistas contemporâneas, proteger espaços dentro dos quais os indivíduos podem perseguir livremente suas felicidades da maneira que a concebem.

Por outro lado, ao trabalhar com uma idéia de pluralismo associado às diversas identidades sociais, culturais e religiosas³⁷, os comunitários trabalham com um ideal positivo de liberdade, dando ênfase à participação política – autonomia pública.

Na perspectiva liberal a ênfase está no indivíduo e na promoção das grandes liberdades individuais. Já na perspectiva comunitária a ênfase está na comunidade e na promoção da igualdade e dos valores sociais compartilhados pelo grupo. Enquanto os liberais trabalham com a idéia de pluralismo, os comunitários preferem a temática da tolerância³⁸. A dicotomia presente no debate entre as teses liberais e comunitárias – autonomia privada e autonomia pública – reproduz em certa medida a clássica dicotomia sobre a liberdade presente nos trabalhos de Berlin e Constant. De um lado estaria a liberdade como não-interferência – liberal – e de outro a liberdade como participação democrática – comunitária.

Durante esse trabalho, com base nas teses de Pettit, Skinner e Berten, tentou-se demonstrar a existência de um ideal alternativo à dicotomia sustentada

³⁴ Ibid., p. 76.

³⁵ Ibid., pp. 78-85.

³⁶ Ibid., p. 85.

³⁷ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva...*, pp. 85-86.

³⁸ Ibid., p. 87.

por Berlin. Ideal esse presente na tradição republicana e que define a liberdade como a ausência de dominação (interferência arbitrária).

A liberdade como não-interferência corresponde aos anseios da tese liberal na medida em que esta trabalha com a idéia de um pluralismo associado ao indivíduo e que imagina a possibilidade de se encontrarem “princípios de associação política que expressem certos valores morais fundamentais, sobre os quais não há desacordo possível”³⁹. Sendo assim, a liberdade como não-interferência constrói um espaço dentro do qual, em razão de certos valores compartilhados, nem o Estado nem o grupo podem interferir.

A crença liberal na possibilidade de que os “cidadãos são capazes de compartilhar princípios de associação política”⁴⁰ funciona bem com o ideal de liberdade que se realiza em uma declaração de certos direitos invioláveis. Neste sentido, só é possível se pensar a liberdade como não-interferência na medida em que se aceita a possibilidade de princípios substantivos serem compartilhados apesar do pluralismo.

Os comunitários entendem, por sua vez, ser o “consenso definitivo inalcançável”, de modo que “é a tolerância política que faz da política democrática uma atividade permanente”⁴¹. Se é assim, o comunitarismo trabalha com um ideal de liberdade positivo que se aperfeiçoa na participação democrática. Se não há a possibilidade da existência de “princípios que possam ser por todos aceitos independentemente da diversidade dos mundos plurais”⁴², então não há como se construir um ideal de liberdade como uma esfera de direitos não suscetíveis de interferência e com validade universal. Em suma, a imparcialidade presente no ideal de não-interferência liberal não é possível no particularismo comunitário.

A liberdade republicana - a liberdade como não-dominação - se aproxima do liberalismo por ser um ideal negativo (já que existe na ausência de algo) e por ser marcada por uma noção de individualismo e imparcialidade. Por outro lado, se

³⁹ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva...*, p. 84.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid., pp. 88-89.

⁴² Ibid., p. 89.

aproxima do comunitarismo porque não imagina o indivíduo de forma atomista, mas antes sempre inserido em um grupo e mais do que isso, ao afirmar o caráter social e de bem-comum da liberdade, a liberdade republicana abarca uma idéia de igualdade tão cara aos comunitários.

A liberdade republicana não é liberal porque não significa a mera ausência de interferência, mas, trabalhando com a idéia de que a interferência é um fato que pode ser positivo ou negativo, a liberdade republicana está na ausência de interferência arbitrária. Da mesma forma a liberdade republicana não é comunitária porque não entende a liberdade como a participação política, mas esta funciona como pressuposto daquela, ou seja, a liberdade não significa participação política, porém não existe a possibilidade de perfeita fruição da liberdade sem a participação democrática.

O liberalismo trabalha com o pluralismo com ênfase no indivíduo e o comunitarismo com ênfase na comunidade. Existe, todavia, uma maneira alternativa de se trabalhar com o pluralismo? De acordo com Cittadino:

As duas dimensões do pluralismo, ou seja, as concepções individuais sobre o bem e as formas de vida pluralistas, estão presentes na sociedade contemporânea e não há como, segundo Habermas, optar por uma em detrimento da outra⁴³.

Assim:

É a concepção de moralidade pós-convencional em Habermas o que lhe permite incluir em sua ética discursiva as duas dimensões do pluralismo, na medida em que, face à sociedade moderna, tanto as concepções individuais sobre a vida digna quanto os valores, costumes e tradições de uma forma específica de vida se deparam com uma exigência: estão obrigados a apresentar razões que sustentem a sua validade social, na medida em que não podem ser, como no passado, justificados apenas por si próprios⁴⁴.

Ao incluir as duas dimensões do pluralismo, Habermas propõe uma ética que fixa a moralidade de suas normas a partir de um exercício público de discussão comunicativa através de uma “formação racional da vontade”⁴⁵. A ética discursiva habermasiana, além de universalista, é formalista, pois tenta regular um

⁴³ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva...*, p. 90.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 90.

⁴⁵ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva...*, p. 93.

“procedimento de resolução imparcial dos conflitos”⁴⁶. A questão que se apresenta é se um procedimento é suficiente para assegurar a legitimidade de ações estatais? Neste sentido, Tyler e Mitchell, citados por Pettit, afirmam que “segundo pesquisas, a equidade procedimental é o fator-chave que afeta a legitimidade reconhecida de autoridades. A correção procedimental foi considerada mais importante que a favorabilidade do resultado, ou seja, mais importante do que ganhar ou perder é a equidade nos procedimentos”⁴⁷.

Ora, como é possível garantir a não-dominação em sociedades plurais sem que seja necessário dar primazia à autonomia privada ou à autonomia pública? Em termos específicos do direito, como seria possível construir um conjunto de normas jurídicas sem que ficassem com isso dominados os indivíduos ou grupos sociais?

A ética discursiva habermasiana “recorre ao modelo de um amplo e irrestrito diálogo, no qual todos os participantes têm igual acesso e onde prevalece a força do melhor argumento”⁴⁸. Assim, diante do fato pluralismo, diante da perda da eticidade tradicional, Habermas sugere que apenas a prática de um amplo debate na esfera pública pode servir como mecanismo garantidor da legitimidade das normas de ação. Ora, a ética procedimental de Habermas tenta conciliar tanto as concepções morais individuais quanto as concepções éticas dos grupos, na medida em que prescreve um procedimento. Procedimento este que vincula a validade das normas ao acordo de todos os afetados⁴⁹.

A ética discursiva habermasiana, universalista, requer uma certa “correspondência com mundos culturais cujas instituições políticas e sociais já incorporaram representações pós-convencionais de moralidade”⁵⁰. Logo, apesar de sua dimensão universalista, a ética procedimental a todo momento tenta trabalhar com os aspectos éticos e culturais que compõem os diversos grupos sociais. O

⁴⁶ Ibid., p. 94.

⁴⁷ TYLER, Tom R. et Michell, G. “Legitimacy and the Empowerment of Discretionary Legal Authority: The United States Supreme Court and Abortion Rights”. *Duke Law Journal*, n. 43, 1994, p. 703-815, especialmente p. 746. Apude in PETTIT, Philip. “Democracia e Contestabilidade”, in: *Direito e Legitimidade*. Organizadores: Jean-Christophe Merl e Luiz Moreira, São Paulo, Landy Livraria Editora, 2003, pp. 370-384, p. 382.

⁴⁸ CITTADINO, Gisele. *Op. Cit.*, p. 110-111.

⁴⁹ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva...*, p. 111.

⁵⁰ Ibid., p. 114.

universalismo procedimental de Habermas, ancorado num processo discursivo argumentativo, permite que se enfrente dois pontos fundamentais: como diante do pluralismo se pode construir uma associação política com base em certos princípios, ou, em outras palavras, como se estabelecer um acordo sobre normas de ação em um mundo marcado pela diversidade? E, ainda, como se pode trabalhar com a diversidade cultural, ética e religiosa, num exercício de tolerância, sem que isso signifique a admissão de todo tipo de prática social (principalmente aquelas mais atentatórias aos direitos humanos)?

O primeiro passo para o enfrentamento dessas questões é se estabelecer de que lado se está: do universalismo ou do particularismo. Habermas parece estar do lado universalista, mas trabalha com um universalismo que ao ser mais procedimental que substantivo permite a idéia de um amplo diálogo com o diverso.

O liberalismo, por partir de uma idéia de direitos inatos, pensa um universalismo ancorado num grande rol de direitos fundamentais inalienáveis, direitos esses que correspondem à idéia de liberdade como não interferência. Desse modo, a liberdade estará assegurada na medida em que aquele rol de direitos humanos inatos esteja livre de interferência de qualquer espécie.

O republicanismo, por sua vez, trabalha com a idéia de direitos construídos no grupo, com a idéia de uma liberdade que nasce com a lei. Por isso, o republicanismo consegue trabalhar com uma diversidade cultural, na medida em que não está apoiado num rol extensivo de direitos humanos inatos e universais.

Existe um universalismo no republicanismo? Sim, existe e esse universalismo aparece no próprio sentido dado à liberdade. Logo, a escravidão é rejeitada pelo republicanismo de modo universal e, mais do que isso, a idéia de democracia também assume um aspecto universalista no republicanismo.

Agora, diferente do liberalismo, o republicanismo não prescreve um rol extenso de direitos inatos que promoveriam sua concepção de liberdade. É evidente que a própria idéia de não-dominação já é em si um valor substantivo, mas o republicanismo não tem uma dimensão substantiva tão forte quanto o

liberalismo, uma vez que não é a mera interferência, mas a interferência-arbitrária que ofende a liberdade.

Ora, mas é o procedimento, e não propriamente o conteúdo, que estabelecerá a arbitrariedade de um ato de interferência. Um ato é arbitrário quando não leva em conta a opinião do afetado. Nisso, em verdade, está presente uma dimensão substantiva, mas não uma dimensão substantiva tão forte que inviabilize o republicanismo para diversas culturas.

A ética habermasiana também apresenta uma dimensão substantiva, uma vez que imparcialidade e racionalidade são valores substantivos. Ocorre que a ética do discurso apresenta uma substância mínima necessária para a prática discursiva. Da mesma forma, o republicanismo também trabalha com uma substância mínima necessária para a promoção da liberdade. Porém, o que deve ficar claro é que tanto na ética do discurso quanto no republicanismo a normatividade é construída pelos membros da comunidade num processo de debate público. Então, em um mundo plural, onde uma comunidade de princípios substantivos pode não mais ser a regra, deve-se recorrer a princípios que guardem certa dimensão substantiva, mas que sejam abertos a uma reconstrução constante no diálogo produzido pelos grupos e indivíduos.

A grande questão do particularismo comunitário, por sua vez, é que ao desacreditar qualquer possibilidade de julgamento racional de práticas por parte de um observador externo, pode acabar por permitir práticas atentatórias a certos direitos tidos como “universais”. Ora, a questão é que o republicanismo trabalha com uma dimensão universalista mínima necessária à própria idéia de uma República. Da mesma forma que a democracia deve ser plural o suficiente para admitir tudo menos aquilo que é antidemocrático, o republicanismo deve ser tolerante o suficiente para admitir tudo menos o que inviabilize a República.

A República é uma associação política que tem como marco a defesa do ideal de liberdade como não-dominação. O grande benefício de uma República é que a mesma garante a todos os seus membros que estes não estarão debaixo do poder de ninguém que não eles próprios e que, em razão disso, não sofrerão interferências que não levem em conta suas opiniões e anseios. Ora, as Repúblicas

contemporâneas não são mais Repúblicas de homens, brancos, protestantes e proprietários. Atualmente, qualquer tentativa de construção de uma República deve estar calcada na diversidade de seus membros.

Uma República se traduz em uma associação política baseada em certos valores políticos, e não em certos valores culturais ou religiosos. Diante do fato pluralismo deve se buscar a construção de uma *res publica* calcada em valores políticos discutidos racionalmente por seus membros, e não uma República baseada em certos valores culturais ou num exercício retórico que apele para um sentimento de tradições comuns.⁵¹ Em um mundo marcado por uma diversidade cultural tão grande, onde em um mesmo Estado convivem grupos com tradições culturais, éticas e religiosas tão distintas, parece não ser o apelo a uma tradição comum o melhor caminho.

Mas como construir uma República diante de um pluralismo tão forte? Como já foi dito, o republicanismo não pode trabalhar com uma tolerância tal que permita, na esfera pública, práticas sociais que inviabilizem a construção da República. Neste sentido, tem-se que estar ciente que um “consenso baseado em convicções não pode ser obtido”⁵², e se é assim, ou se estabelece na esfera pública mediante a um processo discursivo um consenso político sobre certos valores republicanos ou não há república possível.

Com isso quer-se defender a tese de que certas práticas sociais, por mais que estejam recheadas de significado cultural ou religioso, precisam ser debatidas para que a república não seja dominada por facções ou por um fundamentalismo. Se a república se aperfeiçoa com a não-dominação, ou seja, se não se admitem escravos ou, em outras palavras, indivíduos sujeitos a atos de arbitrariedade, todos os grupos e indivíduos precisam submeter certas práticas ao crivo do debate, onde os mesmos poderão justificar suas práticas mediante uma argumentação racional capaz de convencer os outros membros da república. Em suma, o assentimento do

⁵¹ Existem sem dúvida dentro do republicanismo aqueles que preferem trabalhar com a idéia de um apelo racional, como Habermas e Pettit, e de outro lado autores, como Maurizio Viroli, que estão mais atentos às temáticas da retórica e das paixões. Cf. in BERTEN, Andre. *Republicanism e Motivação Política*, pp. 31-33.

⁵² HABERMAS HABERMAS, Jurgen. Sobre a Legitimação pelos Direitos Humanos. In: *Direito e Legitimidade*, Organizadores: Jean-Christophe Merl e Luiz Moreira, São Paulo, Landy Livraria Editora, 2003, p. 82.

afetado é condição de legitimidade para qualquer ato de interferência, senão o mesmo estará sendo dominado.

Neste sentido, há que se questionar até que ponto, por exemplo, práticas atentatórias à integridade física de crianças ou práticas que esmagam grupos minoritários como mulheres e negros podem ser toleradas. Ora, é verdade que a discussão sobre a competência discursiva por parte dos afetados para dar assentimento a essas práticas mereceria todo um novo trabalho, mas o fato é que certas práticas ferem tudo aquilo que se poderia racionalmente justificar. E, além disso, deve-se deixar claro que uma prática particularista ao extremo, que entende não ser possível uma valoração por um não-membro de um grupo das práticas sociais adotadas por esse grupo, pode levar à conclusão de que se tudo é certo, nada é errado.

Entre o particularismo comunitário e o universalismo substantivo liberal, o “objetivo da ética discursiva habermasiana é (...) permitir que normas racionalmente justificadas possam ser aplicadas a situações concretas que, por sua vez, são interpretadas à luz de valores culturais específicos”⁵³. Então, não se trata de negar o multiculturalismo ou mesmo de negar a dificuldade de se estabelecer uma valoração sobre práticas culturais quando não se está inserido naquela cultura, mas, ao mesmo tempo, não se pode negar o horror causado por certas práticas sociais. Habermas, com sua ética discursiva, tenta “conciliar” um certo universalismo com a necessidade de promoção das práticas de vida dos diversos grupos culturais.

Como já dito, a grande questão para os republicanos é lutar contra a dominação e, no mesmo sentido, o projeto de democracia habermasiano acredita que “apenas através de uma confrontação permanente no interior de um espaço público baseado na reciprocidade e no respeito mútuo é possível estabelecer normas e instituições através das quais a dominação possa ser enfrentada, limitada e discutida”⁵⁴(grifou-se).

⁵³ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva...*, p. 114.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 116.

3.3.2

A autolegislação - O direito como matriz de liberdade

Evitar a dominação é construir liberdade. Agora, só é possível a construção da liberdade através de uma legítima construção do direito. Se já foi dito que possibilitar a intersubjetividade sem dominação constitui o papel fundamental do direito, então, o direito pode funcionar como matriz de liberdade. Agora, só é possível que o direito positivo funcione como matriz de liberdade e não como ato de dominação se o mesmo for construído de um modo não arbitrário. E a não arbitrariedade está necessariamente ligada ao fato do direito ser construído de acordo com a opinião dos afetados por suas normas.

Assim, o direito republicano é aquele que é construído de modo legítimo, funcionando então como matriz de liberdade republicana. Sendo assim, cabe agora discutir a legitimidade do direito ou, de outra forma, que direitos “os cidadãos têm que atribuir uns aos outros, caso queiram regular legitimamente sua convivência com meios de direito positivo”⁵⁵. Nesta formulação de Habermas fica evidente um sentido republicano nessa formulação de Habermas, pois o mesmo está tratando de direitos que os cidadãos se atribuem, ou seja, direitos construídos politicamente e não direitos como verdades metafísicas reveladas ou descobertas pela razão.

Habermas inicia sua reconstrução do direito afirmando que o direito moderno está apoiado na lógica dos direitos subjetivos que estabeleceriam “os limites no interior dos quais um sujeito está justificado a empregar livremente a sua vontade”⁵⁶, com isso o direito moderno retiraria o fardo das normas morais e o transferiria para as leis que garantiriam a compatibilidade das liberdades de ação⁵⁷. Essa lógica dos direitos subjetivos serviria às necessidades de uma sociedade econômica que funciona a partir da idéia de indivíduos descentralizados “orientados pelo sucesso próprio”⁵⁸. Habermas critica essa lógica afirmando que o

⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*. Volume I. 2ª ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 113.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibid., p. 114.

⁵⁸ Ibid.

direito não pode apenas servir aos interesses funcionais dessas sociedades complexas. Neste sentido:

Porém o direito não pode apenas satisfazer às exigências funcionais de uma sociedade complexa, devendo levar em conta também as condições precárias de uma integração social que se realiza, em última instância, através das realizações de entendimento de sujeitos que agem comunicativamente, isto é, através da aceitabilidade de pretensões de validade⁵⁹.

A legitimidade do direito vai além da simples funcionalidade que esse possa ter em razão do sistema de produção. A legitimidade do direito está apoiada, no direito moderno, num processo legislativo, mas esse processo legislativo “democrático precisa confrontar seus participantes com as expectativas normativas das orientações do bem da comunidade”⁶⁰.

Habermas quer explicar o aparecimento da legitimidade na legalidade⁶¹ a partir da superação do nexo problemático entre as liberdades privadas subjetivas e a autonomia do cidadão⁶² (autonomias privada e pública), ou seja, Habermas quer explicar a legitimidade do direito propondo uma terceira via em relação às teses liberais – autonomia privada – e comunitárias – autonomia pública. Ao propor um nexo interno entre as autonomias privada e pública Habermas tenta superar o “paradoxo do aparecimento da legitimidade na legalidade”⁶³, deixando claro que esse “nexo problemático” é consequência de uma compreensão metafísica e subjetivista do direito⁶⁴.

Habermas, por sua vez, “ao deslocar o eixo da filosofia da razão prática para a razão comunicativa – apresentando uma concepção intersubjetiva e comunicativa do Direito – pretende superar essas dificuldades postas pela tradição metafísica e subjetivista do Direito e, com isso, explicar adequadamente o nexo interno entre autonomia privada e pública e, por conseguinte, o surgimento da

⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade...*, p. 114.

⁶⁰ Aqui se deseja chamar a atenção para o fato da expressão “bem da comunidade”, utilizada por Habermas, se aproximar muito da idéia de “bem comum”, tão cara aos republicanos. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*, p. 115.

⁶¹ COSTA, Reginaldo da, Discurso, Direito e Democracia em Habermas. In: *Direito e Legitimidade*, Organizadores: Jean-Christophe Merl e Luiz Moreira, São Paulo, Landy Livraria Editora, 2003, pp. 37-52, p. 38.

⁶² HABERMAS, Jürgen. Op. Cit., p. 115.

⁶³ Ibid., p. 114.

⁶⁴ COSTA, Reginaldo da, *Op. Cit.*, p. 38.

legitimidade na legalidade do Direito”⁶⁵. Essa tentativa de superação da tensão entre autonomias privada e pública tem como objetivo fundamental uma construção legítima do direito capaz de conciliar as visões individuais e de grupos acerca do bem.

Se não existe opção entre o pluralismo ligado ao indivíduo ou ao relacionado aos grupos, se ambos são um fato com o qual qualquer projeto de democracia deve trabalhar, então se deve imaginar um projeto de democracia e direito que conciliem direitos humanos e soberania popular. Habermas percebe essa necessidade e tenta superá-la com uma visão não metafísica do direito. E só é possível essa reconstrução do direito com um entendimento intersubjetivista do direito, em detrimento de uma visão subjetivista do mesmo.

O direito moderno está apoiado na noção de direitos subjetivos que “seriam direitos negativos que protegem os espaços da ação individual, na medida em que fundamentam pretensões, reclamáveis judicialmente, contra intervenções ilícitas na liberdade, na vida e na propriedade”⁶⁶. Observe-se que essa conceituação de direito subjetivo é construída a partir do ideal de liberdade como não-interferência. Assim, os direitos subjetivos construiriam a esfera mínima de liberdade, ou seja, desenhariam os limites dentro dos quais nenhuma interferência se justificaria. Habermas não se volta contra a idéia propriamente de direitos subjetivos, mas sim contra “um modo de ler individualista”⁶⁷ desses direitos. Neste sentido:

Os direitos subjetivos apóiam-se no reconhecimento recíproco de sujeitos do direito eu cooperam. A suposição dos direitos subjetivos não implica necessariamente o isolamento dos parceiros do direito (...). Direitos subjetivos não estão referidos, de acordo com seu conceito, a indivíduos atomizados e alienados, que se entesam possessivamente uns contra os outros. Como elementos da ordem jurídica, eles pressupõem a colaboração de sujeitos, que se reconhecem reciprocamente em seus direitos e deveres, reciprocamente referidos uns aos outros, como membros livres e iguais do direito (...). Neste sentido, os direitos subjetivos são co-originários com o direito objetivo; pois este resulta dos direitos que os sujeitos se atribuem reciprocamente.

Essa passagem deixa clara uma necessidade de releitura dos direitos de modo que se destaque o caráter intersubjetivo dos mesmos. A problemática

⁶⁵ COSTA, Reginaldo da, Discurso, Direito e Democracia em Habermas..., pp. 38-39.

⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade...*, p. 116.

⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade...*, p. 120.

presente na leitura dos direitos subjetivos é que ora os mesmos se justificam em razão de concepções metafísicas – direito natural – ora se justificam “na subordinação abstrata dos direitos subjetivos sob o direito objetivo, sendo que a legitimidade deles se esgota, no final de tudo, na legalidade de uma dominação política”⁶⁸ – positivismo jurídico. Mas a questão continua sendo: de onde o direito positivo obtém sua legitimidade?⁶⁹ Tanto a concepção metafísica do jusnaturalismo quanto a subordinação do direito subjetivo ao direito objetivo do positivismo jurídico não esclarecem de forma satisfatória a relação entre as autonomias privada e pública⁷⁰.

A tentativa de reconstrução do direito proposta por Habermas claramente assume contornos republicanos. E por que republicanos? Habermas a todo o momento está tentando ligar a legitimidade do direito à co-originariedade entre os direitos humanos e a soberania popular. Com isso, trabalha-se com uma noção de individualidade que deve ser preservada - e daí a valorização dos direitos humanos - e com um senso de coletividade que em igual medida deve ser promovida - daí a valorização da soberania popular. Então, da mesma forma que o republicanismo procede ao defender a liberdade como não-dominação, Habermas trabalha com um individualismo, mas não com a idéia de sujeitos atomizados, mas antes com sujeitos que constroem sua própria subjetividade na intersubjetividade.

A idéia de indivíduos inseridos em uma comunidade de tal forma que o bem da comunidade é o bem do próprio indivíduo é republicana, e quando o republicanismo afirma a liberdade como não-interferência arbitrária o que se defende é que se a intersubjetividade é um fato então a interferência é inevitável, restando combater a interferência arbitrária: a dominação. Ao lutar contra a dominação o republicanismo assume uma postura de proteção do indivíduo – direitos humanos – mas ao afirmar que a dominação só ocorre mediante interferências arbitrárias, ou seja, aquelas que não levam em conta a opinião do afetado, o republicanismo assume uma postura de valorização da participação democrática – soberania popular.

⁶⁸ Ibid., p. 122.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Ibid.

Não se discute que o direito coercitivo é uma forma de interferência, mas esse direito pode ser arbitrário ou não. A não-arbitrariedade do direito estará ligada a um procedimento de participação democrática na elaboração das leis e essa participação terá como fim a garantia de que não existirá dominação na república. A liberdade republicana engloba tanto os direitos humanos – garantia de que não existirão indivíduos dominados – quanto à soberania popular – que é o que garante a não-arbitrariedade do direito. Em Habermas se procede da mesma forma.

Então a proposta de reconstrução do direito passa por uma tentativa de conciliação da individualidade com a intersubjetividade e, segundo Habermas, nem em Rousseau nem em Kant essa relação é bem explicada, pois existiria uma “não-confessada relação entre os direitos humanos, fundamentados moralmente, e o princípio da soberania do povo”⁷¹. Uma correta explicação da relação entre direitos humanos e soberania popular é fundamental para uma explicação sobre a legitimidade do direito.

E sobre a necessidade de legitimação do direito:

A irrupção da reflexão em histórias de vida e tradições culturais promove o individualismo dos projetos de vida individuais e um pluralismo de formas de vida coletivas (...). Com a distinção entre ações autônomas e heterônomas revoluciona-se a consciência normativa. Ao mesmo tempo, cresce a necessidade de legitimação, a qual, sob condições do pensamento pós-metafísico, só pode ser satisfeita através de discursos morais (...). Sob o ponto de vista moral do igual respeito por cada um e da consideração simétrica dos interesses de todos, as pretensões normativas de relações interpessoais legitimamente reguladas passam a ser problematizadas⁷².

Essa passagem deixa clara a impossibilidade de opção entre o pluralismo ligado ao indivíduo ou o pluralismo ligado aos grupos sociais. Mais do que isso, fica destacado que em sociedades pós-metafísicas, a perda do elemento “sagrado” acaba por gerar uma necessidade de reflexão sobre a legitimidade das normas de ação. Ora, em razão das premissas de “igual respeito por cada um” e “da consideração simétrica dos interesses de todos” há de se buscar um critério capaz de aferir a legitimidade do direito. Habermas destaca que “sem a retaguarda de cosmovisões metafísicas ou religiosas, imunes à crítica, as orientações práticas só

⁷¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*, p. 128.

⁷² *Ibid*, p. 131.

podem ser obtidas, em última instância, através de argumentações, isto é, através de formas de reflexão do próprio agir comunicativo⁷³. E, diante disto, cresce a importância do direito: “a sociedade, enquanto totalidade de ordens legítimas, concentra-se, conforme vimos, cada vez mais no sistema jurídico, na medida em que assume funções de integração da sociedade em sua totalidade”⁷⁴.

Conforme crescem as pressões para que concepções morais individuais e éticas de grupos apresentem razões que as justifiquem na esfera pública, cresce em importância o papel do direito como instrumento de integração social. A partir do momento em que indivíduos e grupos com as mais diversas concepções sobre o bem passam a compartilhar o mesmo espaço, cresce em importância o papel de uma ordem jurídica legítima. Diante do pluralismo que marca as sociedades pós-convencionais, cabe indagar que outro instrumento teria a capacidade de possibilitar um relacionamento entre indivíduos e grupos sem que existisse a dominação?

Diante do pluralismo, a democracia exige o reconhecimento do outro como alguém digno de respeito e se é assim, somente através do diálogo será possível a construção de uma convivência política livre de dominação. Como é possível uma convivência política livre de dominação levando-se em conta não ser possível um acordo com base em convicções tradicionais? Somente o direito positivo, livre de um fardo metafísico, pode servir de instrumento de combate à dominação nas sociedades complexas.

As teses liberais podem levar a uma supervalorização do indivíduo, o que enfraquece o vínculo social; as teses comunitárias podem levar à ocorrência de práticas sociais criticáveis do ponto de vista de certos valores tidos como universais. Uma premissa deve ficar clara: a democracia é o único caminho aqui admitido. Então, dentro de um cenário democrático, como é possível a não-dominação? Como é possível a construção de uma ordem jurídica que possibilite a intersubjetividade sem que haja dominação? Como é possível explicar o aparecimento da legitimidade na legalidade?

⁷³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*, p. 132.

⁷⁴ *Ibid.*

Segundo Habermas, “os direitos humanos e o princípio da soberania do povo formam as idéias em cuja luz ainda é possível justificar o direito moderno”⁷⁵. Ocorre que esses conceitos vêm sendo tratados de forma concorrente e não complementar⁷⁶ pelas teses liberais e comunitárias⁷⁷. Os liberais postulam a primazia dos “direitos humanos que garantem as liberdades pré-políticas do indivíduo e colocam barreiras à vontade soberana do legislador político”.⁷⁸ Os comunitários dão primazia à vontade popular e os “direitos humanos só se tornam obrigatórios enquanto elementos de sua própria tradição, assumida conscientemente”.⁷⁹ No caso liberal prevalece o “momento moral-cognitivo”; no caso comunitário, o “momento ético-voluntário”.⁸⁰

Opondo-se a essa linha, Rousseau e Kant tomaram como objetivo pensar a união prática e a vontade soberana no conceito de autonomia, de tal modo que a idéia dos direitos humanos e o princípio da soberania do povo se interpretassem mutuamente. Mesmo assim, eles não conseguiram entrelaçar simetricamente os dois conceitos. De um ponto de vista geral, Kant sugeriu um modo de ler a autonomia política que se aproxima mais do liberal, ao passo que Rousseau se aproximou mais do republicano⁸¹.

Então, para Habermas, tanto em Kant como em Rousseau, a tensão entre as autonomias privada e pública não fica solucionada, uma vez que para o primeiro existe a primazia dos direitos humanos enquanto para o segundo

⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*, p. 133.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Habermas por vezes denomina as teses comunitárias como “republicanas”. Porém, por tudo que foi apresentado nesse trabalho sobre o republicanismo, aqui se preferiu evitar essa associação.

⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. Op. Cit., p. 134.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Ibid. Habermas apresenta nas páginas 135-137 as razões pelas quais nem em Kant nem em Rousseau a tensão entre direitos humanos e soberania popular é bem explicada. De acordo com o autor, em Kant a autonomia privada se legitima “a partir de princípios morais, portanto, não depende da autonomia política dos cidadãos (...). Por conseguinte, os princípios do direito privado já valem como direitos morais no estado natural; e nesta medida também os direitos naturais que protegem a autonomia privada dos homens, precedem a vontade do legislador soberano (...). Kant não interpretou a ligação da soberania popular aos direitos humanos como restrição, porque ele partiu do princípio de que ninguém, no exercício de sua autonomia como cidadão, poderia dar a sua adesão a leis que pecam contra a sua autonomia privada garantida pelo direito natural”.

Rousseau, por sua vez, “parte da constituição da autonomia do cidadão e introduz *a fortiori* um nexos interno entre a soberania popular e os direitos humanos. No entanto, como a vontade soberana do povo somente pode exprimir-se na linguagem de leis abstratas e gerais, está inscrito naturalmente nela o direito de iguais liberdades subjetivas, (...). Por isso, em Rousseau, o exercício da política não está mais sob a reserva de direitos naturais; o conteúdo normativo dos direitos humanos dissolve-se no modo de realização da soberania popular. Através do *medium* de leis gerais e abstratas, a vontade unificada dos cidadãos está ligada a um processo de legislação democrática que exclui *per se* todos os interesses não-universalizáveis, permitindo-se apenas regulamentações que garantem a todos as mesmas liberdades subjetivas. De acordo com esta idéia, o exercício da soberania do povo, conforme ao procedimento, garante também a substância do direito humano originário, delineado por Kant.

prevalece a primazia da soberania popular. Partindo dessas observações, Habermas tenta solucionar a citada tensão e para tanto afirma que “o visado nexo interno entre soberania do povo e direitos humanos reside no conteúdo normativo de um *modo de exercício da autonomia política*, que é assegurado através da formação discursiva da opinião e da vontade, não através da forma das leis gerais”⁸².

Se não se pode nas sociedades complexas amarrar a legitimidade do direito nem a uma primazia dos direitos humanos nem a uma prevalência da soberania popular, então a descoberta do nexo interno entre as autonomias privada e pública é fundamental para uma reconstrução legítima da ordem normativa. Então, como é possível explicar esse nexo e onde se apóia a legitimidade do direito? “A legitimidade do direito apóia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos”.

Lembre-se que a discussão sobre a legitimidade do direito importa nessa dissertação em razão do sentido dado pelos republicanos ao valor liberdade. A partir do momento em que a liberdade é definida como a ausência de interferência arbitrária, cabe descobrir o que qualifica uma interferência como arbitrária e, ainda, que instrumentos podem ser utilizados para impedir a existência de interferências arbitrárias em uma república.

Como já destacado, uma interferência é arbitrária quando é levada a cabo sem levar em conta a opinião do afetado pelo ato de interferência. Neste sentido, o direito positivo obrigatório é ele mesmo um ato de interferência, mas não necessariamente um ato de dominação. O direito positivo constituirá um ato de dominação quando for produzido sem levar em conta a opinião dos possíveis atingidos por suas normas e, *contrario sensu*, será legítimo e, portanto, não arbitrário quando for produzido a partir de um procedimento discursivo argumentativo onde prevalecerá a força do melhor argumento.

⁸² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*, p. 137.

É inegável a existência de uma substância mínima nessa construção, mas apesar disso, acredita-se que a mesma possa ser universal sem ferir modos de vida concretos. A liberdade como não-interferência – modelo liberal – pressupõe uma esfera individual, ainda que mínima, onde o sujeito estará livre para agir sem a necessidade de justificação de sua ação. Essa esfera constitui ela própria a liberdade, liberdade essa que não é fruto de nenhuma construção política, mas já no estado de natureza pertencia individualmente a cada homem. Então, a liberdade é natural e antecede a lei. Ao ingressar na sociedade, os indivíduos abrem mão de parte da liberdade natural em troca de outros ganhos, como a segurança no gozo da vida e da propriedade e garantia do cumprimento dos contratos.

Ora quando o contrato social é firmado, é declarado (e não construído) um catálogo substantivo de direitos que constituiriam a essência das liberdades individuais. Esses direitos constituiriam aqueles direitos que nem mesmo os sujeitos de direito poderiam dispor e funcionariam como limites materiais ao exercício da soberania popular. Embora não se negue o papel revolucionário que as declarações de direito produzidas com as revoluções burguesas tiveram, existe aqui uma problemática nessa construção a partir desse conceito de liberdade como não-interferência. E qual seria esse problema? A grande questão é que o modelo liberal de democracia - e aqui só se trabalha com a idéia de liberalismo democrático (embora tenha sido demonstrado na parte I dessa dissertação que a construção liberal da liberdade permite, em última análise, a construção de um estado não democrático e que ainda assim respeite as liberdades individuais) - funciona bem em sociedades onde indivíduos e grupos não compartilham mais princípios substantivos de justiça.

O multiculturalismo demonstrou que o catálogo de direitos humanos tidos como universais, na realidade, poderia apenas expressar os anseios e os valores do Ocidente. Neste sentido, as migrações do Sul para o Norte e do Oriente para o Ocidente, bem como o avanço do mercado global, levaram para debaixo da mesma ordem jurídica grupos sociais e indivíduos que não compartilham certos valores substantivos tidos como fundamentais para a construção de um rol de liberdades individuais. Com isso, ainda que com a justificativa da imparcialidade, o que se observou foi um choque cultural onde a aplicação do direito estatal

sofreu fortes questionamentos por parte de grupos que não compartilhavam premissas básicas que constituem determinadas ordens jurídicas. Exemplo disso foi a tão comentada “Lei do véu”⁸³ produzida na França onde se evidenciou um conflito entre uma forte tradição religiosa e uma tradição secular de um Estado liberal.

Se talvez atualmente seja impossível um consenso sobre fortes valores substantivos, como assegurar a legitimidade de uma ordem jurídica? Aqui, embora não se negue o valor das grandes declarações de direito, tem-se que admitir que a fórmula liberal de democracia apoiada no ideal de liberdade como não-interferência não é capaz de lidar com esses conflitos culturais. Porque se a liberdade é encarada como um conteúdo substantivo e fixo de certos valores, então, se cada grupo tem os seus valores e conseqüentemente sua forma específica de desenhar a liberdade, uma lei que produza um choque entre valores distintos necessariamente ferirá a liberdade de um dos grupos em questão.

Então, como seria possível, apesar do multiculturalismo, não abrir mão de certo grau de imparcialidade e universalismo? Sim, porque se é verdade que as teses liberais estão limitadas pelo pluralismo, adotar um particularismo que não admite qualquer possibilidade de consenso sobre certos valores também não parece ser a solução mais atraente. E por que não? Desde o século XVIII as revoluções liberais tiveram o mérito de produzir declarações de direito que possibilitaram um avanço inegável no campo das relações humanas. Seria de difícil sustentação a tese de que, do ponto de vista estritamente jurídico, a dignidade dos indivíduos ficou menos protegida após a produção das grandes declarações de direitos humanos. E isso significa que apontar os limites das teses liberais não pode implicar o não reconhecimento dos avanços produzidos pelo universalismo liberal.

Se o multiculturalismo tem se mostrado um desafio de difícil transposição pela estado liberal, da mesma forma adotar uma conduta por demais particularista não é a tese mais indicada. Afirmar uma irracionalidade absoluta dos

⁸³ Alcinha da lei francesa que proíbe a utilização de símbolos religiosos nas escolas públicas francesas: “Loi no. 2004-228, du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics”

juízos morais e jurídicos pode “culminar num relativismo que afirma o pluralismo dos valores últimos, que não passam de atos de crença, resignando-se em aceitar a possibilidade de um rompimento destes pluralismos através de atos de violência ou de imposição violenta que não pode ser racionalmente contraditada, tendo de ser admitida como um fato”⁸⁴.

Se é verdade que o multiculturalismo vem desafiando a tradição jurídica liberal, do mesmo modo, o convívio entre culturas distintas tem produzido choques em razão da não aceitação de modos de vida distintos. E qual deve ser a postura frente ao choque cultural? Qual deveria ser a postura de um estado democrático que tem que lidar com práticas sociais com forte significação cultural, mas que ferem os princípios jurídicos básicos do direito vigente? Ser democrático significa tolerância absoluta? A afirmação de um universalismo significaria necessariamente uma imposição cultural?

A questão se constrói a partir da assunção da possibilidade ou não da formação de juízos racionais acerca de questões práticas: como a moral, o direito e a política. A afirmação da impossibilidade de um universalismo, ainda que mínimo, significa a abertura para que certas práticas sociais se legitimem. E, embora não se pretenda negar o caráter democrático das teses comunitárias, o que se defende aqui é uma coerência com certas premissas.

Se uma república é uma associação de indivíduos livres e iguais que politicamente se reconhecem certos direitos, para que com isso possam viver longe da possibilidade de serem escravos, então, cabe questionar até que ponto uma república está obrigada a admitir o florescimento e a manutenção, na esfera pública, de valores anti-republicanos? Se a não-dominação significa a garantia de que não existirá a possibilidade de interferências arbitrárias, então até que ponto pode subsistir uma república onde, em nome do multiculturalismo, indivíduos estão sujeitos a atos de dominação? Não se trata de afirmar *a priori* a ilegitimidade de qualquer prática social, mas sim de afirmar que em uma república, todos os atos de interferência devem apresentar razões que os justifiquem, sob pena de serem caracterizados como arbitrários.

⁸⁴ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. A legitimidade pragmática dos sistemas normativos. In: *Direito e Legitimidade*, Organizadores: Jean-Christophe Merl e Luiz Moreira, São Paulo, Landy Livraria Editora, 2003, pp. 288-297, p. 289.

Diante destas questões, faz-se necessário buscar modelos de direito positivo e de democracia que trabalhem com certo grau de universalismo e imparcialidade, ao mesmo tempo que trabalhem com a possibilidade de reconstrução de valores de acordo com cada cultura específica. Ao afirmar a liberdade como não-dominação, embora fique explícito certo grau de substância, esta não é suficiente para inviabilizar esse valor para diferentes culturas. Então um procedimento que garanta a legitimidade do direito tem que trabalhar com as duas dimensões do pluralismo. Assim:

O almejado nexos interno entre soberania popular e direitos humanos só se estabelecerá, se o sistema dos direitos apresentar as condições exatas sob as quais as formas de comunicação – necessárias para uma legislação política autônoma – podem ser institucionalizadas juridicamente (...). A co-originariedade da autonomia privada e pública somente se mostra, quando conseguimos decifrar o modelo da autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos⁸⁵.

A tentativa de construção de uma ordem jurídica legítima deve responder às seguintes questões: “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?”⁸⁶ Para dar resposta a essas problemáticas, Habermas recorre ao princípio do discurso, o “qual simplesmente coloca em relevo o sentido das exigências de uma fundamentação pós-convencional”. É a seguinte a formulação do princípio do discurso:

D: São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais⁸⁷.

Então, nos discursos de fundamentação moral, “nos quais a humanidade é considerada como sistema de referência, o princípio do discurso assume a forma

⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*, pp. 138-139.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 141.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 142. Habermas esclarece os conceitos presentes nesta formulação: “o predicado válidas refere-se a normas de ação e a proposições normativas gerais correspondentes; ele expressa um sentido não-específico de validade normativa, ainda indiferente em relação à distinção entre moralidade e legitimidade. Eu entendo por normas de ação expectativas de comportamento generalizadas temporal, social e objetivamente. Para mim, atingido é todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis consequências provocadas pela regulamentação de uma prática geral através de normas. E discurso racional é toda a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições de comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias.”

de um princípio moral de universalização, enquanto nos discursos jurídicos, nos quais a comunidade político-jurídica é considerada o sistema de referência, o princípio do discurso assume a forma do princípio da democracia”⁸⁸. Aqui, nesta dissertação, importa a especificação do princípio do discurso enquanto princípio da democracia e, mais do que isso, importa demonstrar como o modelo de reconstrução do direito proposto por Habermas pode ser lido através de uma lente republicana.

O princípio da democracia “destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito”, mas para que se trabalhe com o mesmo alguns pontos de partida precisam ser reconhecidos: a) que “é possível fundamentar imparcialmente normas de ação”, uma vez que se parte da idéia que o próprio princípio está fundado nas condições simétricas de reconhecimento de formas de vida estruturadas comunicativamente e b) “que questões práticas em geral podem ser julgadas imparcialmente e decididas racionalmente”⁸⁹. Habermas aposta nesta capacidade comunicativa e racional dos indivíduos.

A partir do princípio da democracia deve se fundamentar um “sistema de direitos fundamentais que faça jus à autonomia privada e pública”⁹⁰. Sistema esse que deve conter os direitos que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo. Em função do princípio da democracia pode-se afirmar que “somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros de direito, num processo jurídico de normatização discursiva”⁹¹.

Se a dominação significa uma interferência arbitrária, e a arbitrariedade ocorre quando não se leva em conta a opinião dos atingidos pelo ato de interferência, então a partir do momento em que o princípio da democracia exige o assentimento dos parceiros de direito para que uma norma jurídica seja válida, então o princípio da democracia serve de parâmetro para se aferir se uma determinada norma jurídica é ou não arbitrária. Não sendo arbitrária (válida), uma

⁸⁸ COSTA, Reginaldo da, Discurso, Direito e Democracia em Habermas..., p. 42.

⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*, pp. 143-144.

⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*, p. 154.

⁹¹ *Ibid.*

norma jurídica, apesar de interferir, não domina, pois foi produzida mediante razões capazes de ter o assentimento dos atingidos pela norma.

É na idéia de autolegislação de civis, que “exige que os que estão submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, possam entender-se também enquanto autores do direito”⁹², que se encontra a chave para a legitimidade do direito. Quando Habermas defende a idéia de autolegislação de civis ou, em outras palavras, a idéia de uma “normatização política autônoma” como requisito para que os destinatários do direito possam ter uma correta compreensão da ordem jurídica, o mesmo vai ao encontro da tradição republicana que sempre associou a idéia de democracia e participação política como requisitos necessários para que a liberdade republicana se realize. Em suma, até aqui já se pode afirmar que tanto para a tradição republicana quanto para Habermas não há opção à democracia.

O princípio da democracia decorre “da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica”. Esse entrelaçamento é visto como uma gênese lógica de direitos que tem início com a aplicação do princípio do discurso ao direito e “termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada”. Assim, a gênese lógica desses direitos – que têm no princípio da democracia o seu núcleo – 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-originário”⁹³.

Logo, os indivíduos só irão à esfera pública na medida em que tenham a garantia de que não serão esmagados em sua autonomia privada e, da mesma

⁹² Ibid., p. 157.

⁹³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*, p. 158. Habermas introduz *in abstracto* cinco categorias de “direitos que geram o próprio código jurídico, uma vez que determinam o *status* das pessoas de direito: (1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*; (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito; (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos 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, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* 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 o aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4)”.

forma, só terão a garantia de que sua autonomia privada não será esmagada se, enquanto cidadãos, forem à esfera pública. É evidente que para participar de um processo discursivo argumentativo alguns direitos devem estar assegurados, como por exemplo o direito de participar ou de não sofrer violência, mas, na medida em que esses direitos não são naturais, mas políticos, na medida em que não devem ser entendidos apenas como declarações de certos direitos inatos, mas construções políticas que os membros de uma associação política se atribuem e reconhecem, as autonomias privada e pública são co-originárias.

Para que os indivíduos possam se atribuir certos direitos humanos que garantam sua autonomia privada precisam os mesmos ir à esfera pública e na qualidade de cidadãos construir esses direitos, mas só farão uso de sua autonomia pública - para construir os direitos humanos - na medida em que já tenham assegurada sua autonomia privada. Na dicotomia entre homem e cidadão, é preciso que seja reconhecido o direito de ser homem para que se possa ser cidadão e, de igual modo, só se terá o direito de ser homem reconhecido se se for cidadão.

A liberdade republicana não antecede a lei, uma vez que é a própria lei que garante o igual direito de todos a não ser dominados. Porém a lei só garantirá o igual de direitos de todos a não ser dominados se, em razão do direito de liberdade (o direito de não sofrer interferência arbitrária), for produzida por todos. A lei cria liberdade, mas só cria liberdade se for elaborada a partir do direito de liberdade. A liberdade republicana não é só autonomia privada porque não é mera não-interferência, também não é só autonomia pública porque não é participação democrática, mas a liberdade republicana é não-interferência arbitrária, o que significa a existência de um direito a não ser dominado que se constrói a partir da participação política. Desse modo, pensa-se que é a na co-originariade das autonomias pública e privada que a liberdade republicana se atualiza e na autolegislação de civis – que tem como núcleo o princípio da democracia – que o direito republicano se transforma em matriz de liberdade.

A afirmação de Habermas - de que os sujeitos de direito só conseguem autonomia se se entendem e agem como autores das leis que desejam submeter-se

como destinatários⁹⁴ - é perfeitamente compatível com a tradição republicana que afirma que os indivíduos só são livres na medida em que participam democraticamente, ou seja, quando não estão sujeitos a interferências arbitrárias por parte do poder público. Sendo assim, “a idéia de autolegislação tem que adquirir por si mesma validade no *medium* do direito. Por isso, tem que ser garantidas pelo direito as condições sob as quais os cidadãos podem avaliar, à luz do princípio do discurso, se o direito que estão criando é legítimo”⁹⁵.

Então o princípio do discurso tem que assumir a forma de um princípio da democracia e isso significa dizer que “os direitos políticos procurados têm que garantir, por isso, a participação em todos os processos de deliberação e de decisão relevantes para a legislação, de modo que a liberdade comunicativa de cada um possa vir simetricamente à tona”⁹⁶. Assim:

Temos que lançar mão do *medium* jurídico, caso queiramos implementar no processo de legislação – com o auxílio de iguais direitos de comunicação e de participação – o princípio do discurso como princípio da democracia. Entretanto, o estabelecimento do código jurídico enquanto tal já implica direitos de liberdade, que criam o *status* de pessoas de direito, garantido sua integridade. No entanto, esses direitos são condições necessárias que apenas *possibilitam* o exercício da autonomia política; como condições possibilitadoras, eles não podem *circumscrever* a soberania do legislador, mesmo que estejam à sua disposição. Condições possibilitadoras não impõem limitações àquilo que constituem⁹⁷.

Posto desta forma, fica compreensível o nexos interno entre autonomias público e privada. A liberdade enquanto direito construído politicamente é, ao mesmo tempo, ponto de partida e ponto de chegada de um procedimento que apoiado no princípio do discurso garante a produção de um direito legítimo. A liberdade é ponto de partida porque se parte da idéia de não escravidão para se defender uma produção radicalmente democrática das leis e ponto de chegada porque só uma gênese democrática das leis pode garantir a não escravidão.

Em razão do pluralismo esse modelo de produção normativa não pode se apoiar em convicções ou argumentos metafísicos, mas antes em um procedimento discursivo racional onde vale a força do melhor argumento. Com a autolegislação

⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*, p. 163.

⁹⁵ *Ibid.*, pp. 163-164.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 164.

⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade...*, p. 165.

de civis, onde os destinatários das normas são também autores das mesmas, fica explicado o nexa entre autonomias público e privada e resolvido o “paradoxo” do aparecimento da legitimidade na legalidade.

Direito legítimo e liberdade se ligam na medida em que esta funciona como condição para a existência do primeiro e só a partir da existência de um direito legítimo é que a liberdade pode ser alcançada.

Habermas vai destacar que “o Direito não somente exige aceitação; não apenas solicita de seus endereçados reconhecimento de fato, mas também pleiteia *merecer* reconhecimento.”⁹⁸ Assim, “deve ser possível cumprir normas jurídicas não porque obrigam, mas porque são legítimas”⁹⁹.

Fica evidente que Habermas compartilha das mesmas preocupações da tradição republicana e – mais do que isso – fica evidente que o pensamento habermasiano pode ser inserido de modo coerente dentro de uma leitura republicana. Aqui, sem dúvida o adjetivo republicano pode ser empregado ao modelo de direito proposto por Habermas. De todos os modelos de democracia defendidos na teoria política contemporânea, acredita-se que o modelo de direito habermasiano é aquele que melhor dá conta da promoção da liberdade e da construção de uma *res publica* em mundo marcado pela diferença. Diante das tragédias e dos confrontos sócio-culturais que marcam a nossa contemporaneidade, ou se opta por uma crença na capacidade de entendimento entre os indivíduos e os grupos, ou se assiste o colapso que, por vezes, parece inevitável.

⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. Sobre a Legitimação pelos Direitos Humanos..., p. 68.

⁹⁹ Idem, p. 69.