

**UFRRJ**  
**INSTITUTO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA**

**DISSERTAÇÃO**

**O conceito de Autonomia em Jürgen Habermas a partir da  
relação discursiva entre direito, moral e política**

**André Guimarães Borges Brandão**

**2019**



**Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro**  
**Instituto de Ciências Humanas e Sociais (ICHS)**  
**Programa de Pós-Graduação em Filosofia (PPGFIL)**

**O CONCEITO DE AUTONOMIA EM JÜRGEN HABERMAS A PARTIR DA  
RELAÇÃO DISCURSIVA ENTRE DIREITO, MORAL E POLÍTICA**

**ANDRÉ GUIMARÃES BORGES BRANDÃO**

*Sob a orientação do Professor*

**Walter Valdevino Oliveira Silva**

Dissertação submetida como requisito parcial para a obtenção do grau **de Mestre em Filosofia** no Curso de Pós-Graduação em Filosofia (PPGFIL), Área de Concentração Filosofia.

Seropédica, RJ  
Agosto de 2019

**Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro**  
**Biblioteca Central / Seção de Processamento Técnico**

**Ficha catalográfica elaborada**  
**com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)**

Brandão, André Guimarães Borges, 1986-

B817c O conceito de Autonomia em Jürgen Habermas a partir da  
relação discursiva entre direito, moral e política / André  
Guimarães Borges Brandão. - Volta Redonda, 2019.

145 f.

Orientador: Walter Valdevino Oliveira Silva.

Dissertação(Mestrado). -- Universidade Federal Ruraldo  
Rio de Janeiro, Pós-Graduação em Filosofia, 2019.

1. Filosofia. 2. Ética. 3. Filosofia Política. 4. Filosofia  
do Direito. I. Valdevino Oliveira Silva, Walter, 1980-,  
orient. II Universidade Federal Ruraldo Rio de Janeiro.  
Pós-Graduação em Filosofia III. Título.

---

**UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO  
INSTITUTO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA**

**ANDRÉ GUIMARÃES BORGES BRANDÃO**

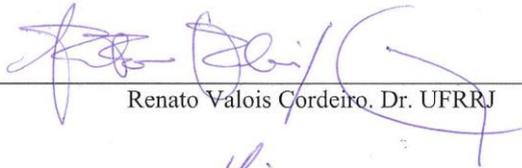
Dissertação submetida como requisito parcial para a obtenção do grau de **Mestre** no Curso de Pós-Graduação em Filosofia, Área de Concentração em Filosofia.

DISSERTAÇÃO APROVADA EM 28/08/2019



---

Walter Valdevino Oliveira Silva. Dr. UFRRJ  
(Presidente)



---

Renato Valois Cordeiro. Dr. UFRRJ



---

Luiz Bernardo Leite Araújo. Dr. UERJ

---

## **AGRADECIMENTOS**

À Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, sobretudo ao Programa de Pós-graduação em Filosofia (PPGFIL/UFRRJ), agradeço a oportunidade, a acolhida e hospitalidade.

Ao meu orientador Walter Valdevino Oliveira Silva que, com seu espírito crítico, sempre me estimulou ao aprofundamento das discussões conceituais. Obrigado pela paciência e dedicação.

À minha família, sobretudo minha mãe, agradeço pela educação recebida e pelo encorajamento frente aos desafios que se apresentavam. Sem vocês não teria vencido mais esse desafio.

Aos amigos que souberam dialogar com minhas angústias e com as problemáticas advindas da pesquisa.

Aos companheiros de caminhada filosófica, minha eterna gratidão.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) – Código de Financiamento 001. Também fica registado e publicado meu agradecimento.

BRANDÃO, André Guimarães Borges. **O conceito de autonomia em Jürgen Habermas a partir da relação discursiva entre direito, moral e política: Seropédica, RJ.** 2019. 141p. Dissertação (Mestrado em Filosofia, Subjetividade, Ética e Política. Instituto de Ciências Humanas e Sociais (ICHS), Programa de Pós-Graduação em Filosofia. Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Seropédica, RJ, 2019.

## RESUMO

Ao menos desde a Modernidade e a ausência de referências externas para fundamentar publicamente as ações políticas – haja vista a perda do ponto de vista cosmológico advindo da Revolução Científica (século XVII) e o conflito permanente quanto ao Criador, intensificado na Reforma Protestante (século XVI) –, o conceito de autonomia assume protagonismo na filosofia política. A Modernidade só pode retirar a legitimidade das normas de ação a partir de si mesma. Sua reflexividade conduz à ideia de que o destinatário das normas também deve figurar como autor. Coerção e liberdade são assim vistas sob o mesmo ângulo a fim de forjar certa imparcialidade das normas, a qual conduziria à fundamentação e estabilidade de um regime político. Ocorre que, na Modernidade, esse conceito, nascido no âmbito de uma comunidade ética ou de uma razão prática, ainda é visto na perspectiva subjetiva e interna de um macro-sujeito situado em determinada comunidade ética ou de um sujeito transcendental pensado em foro íntimo como relação entre arbítrios, o que desconsidera a interação humana via comunicação. Várias críticas se seguiram a esse modelo moderno de autonomia. Uma das principais críticas surge com o filósofo alemão Jürgen Habermas e sua teoria do discurso, a qual pretende substituir a razão prática de enfoque liberal, presa a uma filosofia do sujeito, por uma razão comunicativa de enfoque dialógico relacionada com a *práxis* comunicativa. Com isso, o autor alemão entende o conceito de autonomia em uma relação discursiva entre moral, direito e política. A justificação das normas jurídicas partiria de uma relação procedimental e discursiva entre diferentes discursos práticos, forjando assim uma racionalidade não dependente de uma comunidade ética dada e nem de uma moral abstrata. O presente trabalho pretende investigar mais de perto essa tentativa habermasiana de reabilitar a razão prática a partir de uma nova forma de encarar o conceito de autonomia e sua decorrência em autolegislação. Veremos como a autonomia se relaciona com uma democracia deliberativa pensada como utopia realista para um Estado Democrático de Direito, a partir do momento em que direito e moral são vistos como normas de ação complementares diante da tensão entre facticidade e validade. Por fim, apresentam-se críticas e contra-críticas ao modelo de democracia habermasiano e ao seu conceito de autonomia a partir do comunitarismo de Frank Michelman e de Michael Walzer.

Palavras-chave: moral, direito, política, autonomia, democracia deliberativa

BRANDÃO, André Guimarães Borges. **Jürgen Habermas's concept of autonomy from the discursive relationship between law, morality and politics: Seropédica, RJ.** 2019. 141 p. Dissertation (Master in Philosophy, Subjectivity, Ethics and Politics. Institute of Human and Social Sciences (ICHS), Graduate Program in Philosophy. Federal Rural University of Rio de Janeiro, Seropédica, RJ, 2019.

### **ABSTRACT**

At least since Modernity and the absence of external references to publicly substantiate political action - given the loss of the cosmological point of view arising from the Scientific Revolution (17th century) and the permanent conflict over the Creator, intensified in the Protestant Reformation (16th century) - the concept of autonomy plays a leading role in political philosophy. The Modernity can only derive the legitimacy of the norms of action from itself. Its reflexivity leads to the idea that the recipient of the norms must also figure as its author. Coercion and freedom are thus viewed from the same angle in order to forge a certain impartiality of norms, which would lead to the foundation and stability of a political regime. In Modernity, however, this concept, born within an ethical community or practical reason, is still seen in the subjective and internal perspective of a macro-subject situated in a particular ethical community or of a transcendental subject thought inwardly as standing in a relationship between arbitrators, which disregards human interaction via communication. Several criticisms were made about this modern model of autonomy. One of the main criticisms arises with the German philosopher Jürgen Habermas and his theory of discourse, which intends to replace the practical reason of liberal approach, attached to a philosophy of the subject, by a communicative reason of dialogical approach related to communicative praxis. Therefore, the German author understands the concept of autonomy in a discursive relationship between morality, law and politics. The justification of legal norms would start from a procedural and discursive relationship between different practical discourses, thus forging a rationality not dependent on a given ethical community or abstract morality. The present work intends to investigate more closely this Habermasian attempt to rehabilitate practical reason from a new way of looking at the concept of autonomy and its consequence in self-legislation. We will see how autonomy relates to a deliberative democracy as a realistic utopia for a Democratic Rule of Law, once law and morality are seen as complementary norms of action in the face of the tension between facticity and validity. Finally, criticism and counter-criticism are presented to the Habermasian model of democracy and its concept of autonomy from the communitarianism of Frank Michelman and Michael Walzer.

Keyword: moral, law, politics, autonomy, deliberative democracy

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>08</b>
<b>1. O USO PRÁTICO DA RAZÃO NA TEORIA DO DISCURSO.....</b>	<b>13</b>
1.1 O Teor Normativo da Razão Prática Moderna e a Racionalidade Comunicativa.....	13
1.1.1 A Revolução Copernicana e a Reforma Protestante.....	14
1.1.2 Max Weber e o Desencantamento do Mundo.....	18
1.1.3 Rawls e o Pluralismo das Visões de Mundo.....	20
1.1.4 Rousseau, Kant e o discurso filosófico da modernidade.....	22
1.1.5 Reviravolta Pragmático-Linguística.....	28
1.1.6 Habermas e a Modernidade.....	31
1.2 Relação entre Direito e Moral a partir da Teoria do Discurso e da Tensão entre Facticidade e Validade Facticidade e Validade.....	37
1.3 Relação das Exigências da Moral com o Direito e os Discursos Práticos.....	51
1.3.1 Formas Jurídicas Complementares às Exigências Morais.....	51
1.3.2 Questões e Discursos Práticos frente aos diferentes usos da razão.....	56
<b>2. FUNDAMENTAÇÃO DISCURSIVA DO DIREITO.....</b>	<b>60</b>
2.1 Racionalidade Jurídica e Poder Comunicativo.....	60
2.2 Legitimidade a partir da Legalidade: Complementaridade entre Direito e Moral.....	66
2.3 Racionalidade Jurídica: Além da Complementaridade entre Direito e Moral.....	72
2.3.1 Cooriginariedade e complementaridade recíproca entre Direito e Moral.....	74
2.4 Direitos Fundamentais sob a ótica da Teoria do Discurso.....	80
2.5 Direitos Humanos e Soberania Popular: entre Facticidade e Validade.....	88
2.5.1 Crise do Estado de Direito e do Estado de Bem-Estar Social.....	88
2.5.2 Três concepções de liberdade e três modelos de democracia.....	91
2.6 Teoria Discursiva do Direito e Democracia Deliberativa.....	100
<b>3. DEMOCRACIA DELIBERATIVA EM PERSPECTIVA CRÍTICA.....</b>	<b>107</b>
3.1 Democracia Procedimental.....	107
3.2 Reconstrução interna da tensão entre facticidade e validade no sistema de direitos.....	110
3.3 Críticas à Democracia Deliberativa.....	117
3.3.1 Regresso ao infinito da cooriginariedade em Frank Isaac Michelman.....	117
3.3.2 Michael Walzer e as formas não deliberativas no processo democrático.....	123
3.4 Contracríticas.....	128
3.4.1 Frank Michelman: “pensamento azul” e regresso ao infinito.....	128
3.4.2 Michael Walzer: atividades não deliberativas em processo democrático.....	135
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>138</b>
<b>REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.....</b>	<b>143</b>

## INTRODUÇÃO

A fundamentação da natureza humana tem sido um dos motes dos questionamentos e inquietações filosóficas ao longo da história do pensamento. Muito se discutiu e se discute nesse âmbito, mas as resoluções se encontram em aberto, sobretudo quando cotejadas com a prática desse ser humano. A natureza humana sob o enfoque das escolhas do indivíduo, produto do liberalismo moderno, envolveu estudos empíricos e especulações filosóficas, tanto na modernidade, quanto na contemporaneidade. Contudo, a ação, suas motivações, bem como o modo como estas são entendidas para efeitos normativos, ao menos desde a modernidade, permanecem em um desacordo que parece infundável.

Levando em conta esse cenário, seria mais produtiva para a investigação filosófica, sobretudo a epistemológica e prática, modificar o enfoque na direção da busca das condições de possibilidade do conhecimento e do compartilhamento dos princípios que movimentam a ação. Ao invés de focarmos o estudo na fundamentação substancial do conhecimento e das ações via descrição empírica, que depende de uma definição mais clara da natureza humana, mais interessante seria um olhar pós-metafísico que deslocasse a epistemologia de um vínculo necessário com a ontologia e a filosofia prática de uma íntima relação com certa filosofia do sujeito, que muitas vezes ainda precisa de um direito natural como pressuposto. Ao olharmos para a epistemologia e para nossas ações pela pragmática do uso da linguagem, podemos ter ao menos parâmetros reflexivos compartilhados capazes de lidar com um desacordo razoável advindo de um fato do pluralismo desejável por aqueles que pretendem, livremente, regular suas vidas a partir de um Estado Democrático de Direito. Sem o apego fundacionista quanto à natureza humana a partir de descrições empíricas e sem um normativismo abstrato, podemos pensar de modo pragmático em como lidar com as problemáticas que envolvem as ações humanas. A realidade social não é um dado objetivo que pode ser apreendido ou mapeado, pois se apresenta ou se manifesta em ambiente mediado linguisticamente. Lidamos com a realidade social a partir de uma interação social intersubjetiva, sendo a intersubjetividade não a relação entre sujeitos ou arbítrios, mas a condição de possibilidade do entendimento via comunicação. Nesse âmbito, seria muito mais apropriado falar em participantes da *práxis* comunicativa do que em sujeitos portadores de interesse.

No presente trabalho, deixamos de lado o enfoque pragmático e linguístico no que diz respeito à epistemologia para entrar na possibilidade de justificação racional das normas

jurídicas a partir da releitura discursiva do conceito de autonomia de Kant e Rousseau. Uma reconstrução do sistema de direitos é feita a fim de recolocar a questão da legitimidade da cogência das normas no cenário de uma tensão entre facticidade e validade, que não se limita a descrições empíricas factuais, mas exige um aporte empírico, ao passo que não desconsidera a possibilidade procedimental da justificação da validade das normas. Ao invés de separar fatos e normas como fazem Kant e Weber, pretende-se pensar uma relação tensa entre ambos a partir da linguagem pragmática, que se dá por uma idealização contrafactual em universais pragmáticos que se encontram em todo ato de fala. Trata-se de uma relação tensa entre aquilo que é expresso pela linguagem e sua validade nos jogos de linguagem nos quais aparecem. O direito, quando passa a ser visto como um sistema de ação e saber que incorpora essa tensão entre facticidade e validade embutida na linguagem através da relação ambígua relação entre legalidade e legitimidade, figura como a norma de ação capaz de fazer a integração social. Assim pode proceder, uma vez que se entrelaça com a teoria do discurso, figurando como um *médium* pelo qual o fluxo comunicativo advindo das esferas públicas informais da sociedade tem a possibilidade, mesmo que obliterada muitas vezes, de adentrar ao sistema e combater auto-referencialidades do Estado e da Economia. O direito, visto de maneira discursiva, não precisa ser subordinado à moral, muito menos aparece sob a insígnia da regulação de interesses.

É verdade que na modernidade Kant já havia pensado em fazer certo tribunal da razão a fim de resgatar qualquer possibilidade racional a partir das condições mesmas sob as quais o fenômeno aparece ao sujeito. Contudo, a racionalidade justificadora das normas jurídicas ainda se encontrava subordinada a uma filosofia do sujeito moral que não entende o direito dialogicamente, se entendermos esse dialógico, sobretudo, a partir daquilo que a Reviravolta Pragmático-Linguística da filosofia nos trouxe. A individualidade como produto da modernidade sob a figura de uma relação sujeito e objeto, sobretudo a partir da construção reflexiva do sujeito, ainda obscurece a interação social em Kant, de maneira que este a percebe como coexistência de arbítrios. Em verdade, sob um olhar pragmático, a linguagem faz a mediação de nosso pensamento, sendo que contamos com esse processo quando da interação. Assim, idealizamos a possibilidade de validade daquilo que será exposto na facticidade. Existe uma idealização contrafactual que aqueles que pretendem se entender compartilham. A ideia de individuação pela socialização forja uma interação em que a objetividade vem pelo conceito forjado intersubjetivamente. Não é exatamente isso que Kant tem em mente.

Também, ainda sob um prisma pragmático, é por conta dessa reflexividade em práxis comunicativa que podemos usar expressões no mesmo sentido, forjando jogos de linguagem nos quais o uso da linguagem tem sentidos compartilhados. Por isso, não é possível um relativismo do tipo que faz a discordância permanecer *ad eternum* ou mesmo que impõe a ausência de qualquer referencialidade para dirimir dúvidas, sobretudo quando se trata da filosofia prática. Nem tudo é uma questão de opinião nas ações humanas. Tomamos ações como mais justas ou menos justas, bem como decisões corretas e outras nem tanto. É possível vislumbrar uma reflexividade que faz com que a política não possa ser entendida em sua essência como um lugar de conflito de interesses. A ideia de que a política não passa de relação de forças, afetos, interesses, não subsiste frente a um aperfeiçoamento, a um aprendizado intersubjetivo que movimenta, inclusive, a criação das normas. Como dissemos ao menos na perspectiva linguístico-pragmática, a natureza humana se encontra em aberto e não é possível fundamentar o ser humano como uma bolha de afetos justapostos, pois, se assim fosse, não seria possível identificar de qual afetos e interesses falamos e como esses se relacionam a ponto de identificarmos razoavelmente a justeza e a validade das ações. Sei que meu interesse é esse e não outro e que ele se compara com isso e não com aquilo justamente por que é possível uma reflexividade por trás desses interesses a ponto de forjar uma comunicação que me põe no mundo. Evidente, a razão não pode fundamentar substancialmente a realidade e o conhecimento, nem mesmo fundamentar as normas sem um procedimento, mas ainda é possível se entender e, a partir desse entendimento, forjar normas de conduta tidas como justas pelos participantes de um Estado Democrático de Direito. Enfim, existe uma capacidade conceitual embutida no uso da linguagem que permite o entendimento reflexivo frente a normas de ação. Não se trata de uma faculdade ou uma capacidade de um indivíduo ou sujeito, mas de uma objetividade intersubjetiva e dialógica. Essa intersubjetividade depende de uma interação social que imbrica facticidade e validade no uso da linguagem.

O direito absorve essa tensão que inicialmente se encontra no uso da linguagem. Quando o direito e sua ambiguidade são vistos como capazes de fazer essa integração social discursiva entre mundo da vida e sistema, não precisamos mais isolar o mundo da vida da razão instrumentalizada, mas relacioná-lo de modo a permitir sua penetração a partir de uma razão comunicativa. É dessa forma que o filósofo alemão Jürgen Habermas entende o processo de modernização e o fluxo comunicativo decorrente de seu teor normativo. A modernidade libera um potencial discursivo para a justificação das normas via o conceito de autonomia. Ocorre que essa autonomia não pode mais ser vista como faculdade do sujeito,

tendo que se dobrar por sobre uma *práxis* comunicativa. A razão falível não pode mais fundamentar moralmente a norma jurídica a partir do direito natural, muito menos prescindir de um procedimento que contribua para a formação da opinião e da vontade. Uma razão procedimental é pensada para a filosofia prática tendo por base não o sujeito, mas a intersubjetividade. Ao invés de ter um sujeito com a capacidade de universalizar a máxima de sua ação, temos uma *práxis* comunicativa que forja a universalidade a partir de idealizações contrafactuais embutidas nos atos de fala.

Dessa forma, o conceito de autonomia é pensado levando em conta uma nova forma de entender o direito. A forma jurídica relacionada com a teoria do discurso permite pensar a autonomia e a autolegislação tendo em vista a reconstrução do sistema de direitos através da complementaridade entre direito e moral e da cooriginariedade entre direitos humanos e soberania popular. Com isso em mente, no âmbito da tensão entre facticidade e validade propiciada pela ambiguidade do direito, Habermas correlaciona autonomia privada e pública demonstrando também sua cooriginariedade, o que dissolve discursivamente a oposição tradicional entre liberalismo e republicanismo, dois modelos de democracia consagrados nas discussões filosóficas da modernidade. O filósofo alemão nos convida a perceber a partir de sua Filosofia do Direito e sua Filosofia Política, sobretudo da década de 90, uma relação entre o bem e o justo que não apaga as diferenças vinculando ou desconsiderando interesses. Habermas pensa uma autonomia do cidadão participante de um processo democrático de formação da opinião e da vontade sem uma vinculação epistêmica forte a seus interesses. Por exemplo, na perspectiva da teoria do discurso, quando não se é contemplado por uma decisão, não quer dizer que o interesse ou mesmo a concepção de bem ou valores deva ser modificada, pois equivocada, quer dizer apenas que as argumentações levantadas no procedimento não foram suficientes para forjar o entendimento em outra direção. Assim, o Estado Democrático de Direito lida com interesses ao invés de castrá-los quando forjados a partir de uma razão prática pura ou a partir de uma comunidade ética fechada às diferenças.

A presente dissertação pretende pensar o conceito de autonomia pela teoria do discurso e pelo direito em sua ambiguidade, tal como pensa o filósofo alemão Jürgen Habermas, levando o ímpeto do constitucionalismo, que prepara o terreno para o Estado Democrático de Direito, a sério. Focaremos nas obras habermasianas em torno da década de 90, tendo como fio condutor *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. No bojo da guinada habermasiana ao direito, muitas problematizações e conceitos são importantes para entender a filosofia do direito e a filosofia política do autor, sem embargo daquilo que o autor alemão produziu posteriormente. A comunicação procedimental forja a legitimidade das

normas jurídicas, pois as coloca no enredo de sua própria criação a partir da cooriginariedade entre direitos humanos e soberania popular, e entre autonomia privada e autonomia pública. A democracia é vista de maneira procedimental e discursiva, pois surge a partir de uma relação entre legalidade e legitimidade que não materializa o direito a partir da moral, mas também não o reduz à codificação burocrática. Enfim, uma tensão entre facticidade e validade acompanha o entendimento sobre como lidar com Estado Democrático de Direito, sendo o estado de direito entrelaçado com a democracia.

Iniciamos percorrendo o caminho pelo qual o teor normativo da modernidade se consolida. Eventos históricos, o discurso filosófico da modernidade de Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant, a sociologia de Max Weber sobre o processo de modernização, a Reviravolta Pragmático-Linguística e o fato do pluralismo do filósofo norte-americano John Rawls contribuem para pensar como Habermas entende a modernidade na imbricação de formas jurídicas com exigências morais que forjam discursos práticos e diferentes usos da razão.

O primeiro capítulo do trabalho se destina a situar o leitor quanto à releitura que Habermas procede transformando a razão prática em razão comunicativa, bem como possibilitando uma outra justificação das normas jurídicas tendo em vista a complementaridade entre direito e moral.

No segundo capítulo, pretendemos adentrar de maneira mais decidida a tensão entre facticidade e validade, sobretudo quanto à possibilidade de uma legitimidade a partir da legalidade, ímpeto de Max Weber em resposta à materialização do direito advinda de Kant. Com a complementação entre direito e moral, duas normas de ação da modernidade, se possibilita uma racionalidade jurídica própria, que não se subordina à moral e muito menos vincula interesses. Em verdade, com o direito sob o ângulo discursivo, pensa-se a cooriginariedade e a complementaridade recíproca, muito mais do que uma complementaridade pura, sendo que, além da moral e do direito, temos que pensar os direitos humanos e a soberania popular, bem como a autonomia privada e autonomia pública. Desse enlace surge um modelo de liberdade e de democracia que tenta afastar uma oposição tradicional entre liberalismo e republicanismo, a democracia deliberativa.

No último capítulo, procuramos entender melhor essa democracia deliberativa no enfoque procedimental, fazendo a reconstrução interna ao sistema de direitos da tensão entre facticidade e validade. Só assim é possível entender a cooriginariedade da autonomia privada e pública que pretende a teoria da democracia deliberativa de Habermas. Críticas são apresentadas tanto à cooriginariedade quanto à própria ideia de democracia deliberativa. Frank Michelman e Michael Walzer, dois importantes comunitaristas, são apresentados para

que, a partir de suas críticas, possamos pensar contracríticas – claro que sem o intuito de esgotar o diálogo.

## **1 – DO USO PRÁTICO DA RAZÃO À TEORIA DO DISCURSO**

### **1.1 – O TEOR NORMATIVO DA RAZÃO PRÁTICA MODERNA E A RACIONALIDADE COMUNICATIVA**

Na Modernidade, caso pretendam legitimidade, as normas de ação política não podem mais contar com referências externas ao seu próprio âmbito de ocorrência. Isso significa que na justificativa frente às escolhas políticas que procedemos em esfera pública não é possível reivindicar fundamentos de validade que extrapolem a possibilidade de compartilhamento público reflexivo entre todos os indivíduos. Jürgen Habermas segue na tentativa de reabilitar as possibilidades normativas dessa razão prática moderna, submetendo-a, discursivamente, a um procedimento que permite aferir a imparcialidade das normas sem desconsiderar sua realidade fática, bem como assumindo a falibilidade da razão humana, sobretudo a partir do esgotamento de certo enfoque instrumental típico da modernidade. Portanto, o que está em discussão para o autor alemão é uma questão de filosofia política moderna: a possibilidade de legitimidade da força normativa via coordenação das ações e relações humanas. Na verdade, Habermas pretende investigar a relação da coordenação de ações com a comunicação pensada pela linguagem ordinária e com a normatividade que daí surge. Não admitindo parte das críticas desconstrucionistas da pós-modernidade, o autor pretende conduzir essa questão a partir de uma nova forma de encarar o conceito de razão, a qual resultará na possibilidade de uma democracia deliberativa que conte com a autonomia dos participantes das deliberações públicas em processos democráticos de formação discursiva da opinião e da vontade, e não com uma autonomia advinda da vontade livre de sujeitos racionais vistos sob o enfoque de determinada comunidade ética ou mesmo subordinados a uma perspectiva interna da razão prática que subordina o direito a moral.

A investigação dos conceitos de racionalidade procedimental e racionalidade comunicativa na relação entre moral e direito ocorre, de maneira mais sistemática, na maior parte dos escritos do filósofo alemão dos anos 1980 para frente, sobretudo em 1992, com *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, no que pese conceitos-chave e intuições anteriores.<sup>1</sup> Entretanto, antes de adentrarmos na investigação desses conceitos para melhor

---

<sup>1</sup> Sobre a relação entre direito e moral. Cf. Habermas, Jürgen. “Problemas de Legitimação no Estado Moderno”. In: Habermas, Jürgen. *Para a Reconstrução do Materialismo Histórico*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1983;

relacionar direito e moral a partir da política – sendo esta entendida de modo intersubjetivo e discursivo –, é importante observar de que forma a Modernidade passa a pensar a legitimidade de nossas decisões de maneira reflexiva, ou seja, como advinda do próprio processo racional do qual nasce.

Neste primeiro capítulo, com a intenção de entender a Modernidade e seu teor normativo, bem como preparar o caminho para a teoria do discurso habermasiana, apresentaremos dois fatos constantes dos séculos XVI e XVII. Com esses fatos em mente, tendo em vista o melhor esclarecimento de nosso ponto de partida, mencionaremos brevemente as contribuições da teoria do desencantamento do mundo a partir do processo de modernização em Max Weber, bem como o conceito de Fato do Pluralismo em John Rawls. A seguir, passaremos por uma leitura habermasiana de importantes conceitos abordados pelos filósofos modernos Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant, os quais nos aproximam do contexto e do percurso que serve de base para as críticas proferidas por Jürgen Habermas na direção de reabilitar a razão prática a partir de uma razão comunicativa. Por fim, como pressuposto para a compreensão da relação entre direito e democracia a partir da relação discursiva entre moral, direito e política, que se seguirá ao longo do presente trabalho, apresentamos, também brevemente, a chamada Reviravolta Pragmático-Linguística subscrita por Habermas, bem como seu posicionamento diante dela.

### **1.1.1 – A Revolução Copernicana e a Reforma Protestante**

Desde as descobertas de Nicolau Copérnico no século XIII até a Revolução Científica do século XVII, certa ideia cosmológica foi se arrefecendo, haja vista as múltiplas possibilidades de entendimento sobre o universo. A ordem cósmica que destinava, desde a Grécia Clássica, funções naturais ao ser humano, dando pistas de como este deveria proceder diante do mundo e de si mesmo, é colocada em dúvida por cálculos matemáticos e testes empíricos. Esses testes demonstraram o completo desconhecimento humano sobre o todo em que está inserido, deixando cada vez mais fraca a integração cósmica existente até então. A partir da crítica ao geocentrismo de sua época, Copérnico permite a percepção de que o universo pode não ser finito e que, na verdade, não sabemos até onde vai, bem como não dominamos essa ordem. Mais do que isso, ao longo dos anos pôde-se afirmar que o universo

---

Habermas, Jürgen. “Direito Natural e Revolução”. In: Habermas, Jürgen. *Teoria e Práxis*. São Paulo: Editora Unesp, 2011; Habermas, Jürgen. “Notas Programáticas para a fundamentação de uma Ética do Discurso”. In: Habermas, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

segue em contínua expansão, sem que essa seja perceptível aos olhos humanos. Não somos um microcosmo dentro de um macrocosmo. Não somos apenas partes de um todo, bem como a Terra não é o centro desse todo. Nós é que estamos a nos deslocar e não o Sol, como se pensava anteriormente diante da simples constatação do olhar. Paulatinamente, passamos a nos entender não mais apenas como uma parte que busca se conectar aos fundamentos objetivos já existentes, postos de maneira heterônoma, mas como sujeitos independentes desconectados de qualquer estrutura cósmica prévia que conduza nossas escolhas segundo a natureza.

Enfim, com a Revolução Científica no século XVII constrói-se certa objetividade a partir de categorias do sujeito autônomo. O ser humano sai da passividade da contemplação ou mesmo do ajuste ao *cosmos* e passa à atividade autônoma do pensamento. Isso cria uma necessidade de investigar, para além dos fundamentos objetivos da realidade, as condições de fundamentação de um pensar e de um agir soltos no mundo, portanto, sem qualquer indicação ou direcionamento externo. A chegada da Modernidade nos trouxe a importância reflexiva do fenômeno, portanto daquilo que aparece ao sujeito na investigação das condições a serem preenchidas para que algo possa ser considerado ciência, bem como, de um ponto de vista prático, pautou a ação de um sujeito que não mais tem em vista um fim específico ao agir, mas busca colocar a si mesmo condições e critérios normativos. Não importa mais à Modernidade uma finalidade natural dada desde o início no seio de um lugar que lhe é próprio, mas a possibilidade de se guiar a si mesmo através de normas que possam ter a validade aferida reflexivamente por todo indivíduo dotado de um espaço de ação dado pela razão.

Contudo, mesmo antes de Copérnico, outro fato importante ajuda a explicar o processo de modernização. Ao longo da Idade Média, as relações entre fé e razão levantaram a possibilidade de ajustar nossos pensamentos e escolhas não mais à objetividade do *cosmos*, mas à objetividade dada através da missão revelada pelo Criador desse *cosmos*, o qual seria caótico apenas ao olhar finito dos mortais. Desta forma, por mais que não conectados de maneira cósmica, ao menos desde o século XIII, por mais que não conhecêssemos a ordem do Universo, como afirmado anteriormente a partir de Copérnico, mantínhamos uma referência exterior que conduzia nosso agir a partir de algo superior a nós mesmos. Não se conhecia a ordem, mas se conhecia seu Criador. Uma normatividade heterônoma estava novamente garantida a fim de legitimar nossas ações, dessa vez pela revelação advinda do Criador. Ocorre que, a partir do século XVI, uma confluência de fatores levará o ser humano a questionar – ou mesmo fragmentar e disputar – quem seria esse Criador e qual seria o papel

dos homens diante dele. A Reforma Protestante tem em Martinho Lutero seu maior expoente a partir da crítica à necessidade de um intermediário para a conexão que se estabelecia com o sagrado. Por que apenas aqueles iniciados em latim e representantes do clero podiam ter contato com o Criador? Seria possível um contato direto e pessoal com o Criador ou só alguns privilegiados teriam esse acesso?<sup>2</sup> Não era a intenção de Lutero, mas, com seus questionamentos, diversas seitas e cosmovisões passaram a dividir espaço na busca pela salvação. Logo surgiram os conflitos, pois cada religião salvífica acreditava ter a chave para desvendar a realidade a partir do seu próprio Deus. Uma disputa em torno desse Criador se instalou. Não existia mais uma única concepção de Deus que pudesse oferecer uma conexão que abrangesse toda a comunidade e, dessa maneira, ofertasse uma referência externa única para as ações humanas, forjando assim uma perfeita coesão social. As consequências dessa disputa vieram com as guerras religiosas dos séculos XVI e XVII, as quais só puderam se abrandar com o conceito de tolerância religiosa surgido posteriormente, iniciando o longo processo de acomodação jurídica da possibilidade da liberdade de crença.

Esses dois fatos levam a uma ruptura do indivíduo com algo que lhe superasse e o visse de fora. Com algo que, de cima para baixo, lhe dava as orientações sobre o caminho a seguir para agir bem. O ser humano necessitou investir em outra via na tentativa de justificar suas ações a partir de normas, dessa vez partindo de baixo, da própria possibilidade reflexiva. Se, por um lado, apresentam-se especulações que ousam levantar conclusões a partir de premissas construídas racionalmente pelo próprio sujeito, por outro lado, nossas ações passam a ser cada vez mais baseadas em decisões que levam em conta uma prática mais abrangente diante de um mundo cada vez mais complexo e plural. A moral racional, caso pretenda assumir um ponto de vista imparcial e moral que se quer igualmente bom para todos, não pode mais ser fundamentada a partir da metafísica ou da religião, passando ainda a não ser mais a única ou mesmo a principal diretriz prática:

A dificuldade não é a de que estas questões, que podem ser resolvidas com normas fundadas na religião, envelheceram, mas sim a de que se deve pôr em dúvida a possibilidade de ainda hoje fundamentar, sobretudo religiosamente, normas morais.<sup>3</sup>

Normas de ação que se pretendam universais passam a ter de apresentar justificativas que possam ser refletidas de maneira imanente por todos os concernidos ao ponto de esses

---

<sup>2</sup> Cf. Skinner, Quentin. *As Fundações do Pensamento Político Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, partes IV e V.

<sup>3</sup> Tugendhat, Ernst. *Lições Sobre Ética*. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 13.

serem racionalmente convencidos de sua legitimidade. As sociedades modernas passaram cada vez menos a contar com uma concepção de bem externa pensada ainda sob o ajuste cósmico segundo a função natural ou pelo ajuste à missão revelada pelo Criador. Essa concepção englobante de bem em sociedades tradicionais dava coesão social ao conectar as práticas de todos os participantes em um modelo tradicional e exemplar de vida compartilhado por toda comunidade. Contudo, na modernidade, cada participante tem seu projeto de vida e não precisa, nesse aspecto, estar em perfeita harmonia com o todo social. Portanto, a legitimidade das normas de ação, ao menos aquelas que pretendem assentimento geral, não pode mais advir de fora dos sujeitos participantes, pois a razão prática não está mais vinculada a uma normatividade exterior cosmológica ou divina, mas à própria possibilidade reflexiva autônoma dos participantes. Importante levar em conta que mesmo a organização social em torno da *pólis* necessitava de um ajuste cósmico que conferisse certa competência e atribuição a partir da função que cada cidadão desempenhava segundo a finalidade dada por sua própria natureza.

Vale ressaltar que, na Modernidade, mesmo de um ponto de vista epistemológico, a Revolução Copernicana, com repercussão em diversos âmbitos científicos e filosóficos,<sup>4</sup> colocou o sujeito como protagonista do conhecimento, pois este passou a ser visto, principalmente, sob o potencial de transformar sua própria natureza e construir os objetos que investiga e valida através da reflexividade que pode ser compartilhada por todo ser racional. Bem diferente de épocas anteriores, nas quais o objeto podia apenas ser contemplado pelo sujeito participante do *cosmos* ou revelado pelo Criador desse *cosmos*, com a Modernidade o sujeito retira de si mesmo os critérios para a construção do objeto, sem possuir mais modelos externos e exemplares que pautem a prática científica e social. Enfim, o sujeito se coloca como paradigma seja de um ponto de vista epistemológico, seja de um ponto de vista prático, no que pese a diferenciação entre razão teórica e razão prática.<sup>5</sup>

Assim, passamos a seguir as pegadas de uma filosofia do sujeito na tentativa de conceber certa normatividade. Além disso, tornou-se imperiosa a necessidade de se considerar a liberdade de pensamento do sujeito, sobretudo diante do desacordo entre as concepções de bem advindas da Reforma Protestante. Essa consideração surge com o aparecimento da

---

<sup>4</sup> “O mesmo aconteceu com os primeiros pensamentos de Copérnico que, depois das coisas não quererem andar muito bem com a explicação dos movimentos celestes admitindo-se que todo o universo de astros girava em torno do espectador, tentou ver se não seria mais bem-sucedido se deixasse o espectador mover-se e, em contrapartida, os astros em repouso”. Cf. Kant, I. *Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 39.

<sup>5</sup> Em Kant, o sujeito moral é um agente que, ao invés de submeter sua ação a categorias teóricas, é livre quando deixa sua ação se guiar por princípios racionais. A razão teórica não pode ser aplicada às questões práticas. O sujeito moral em Kant não age a partir das categorias apriorísticas do entendimento.

concepção de tolerância religiosa instituída na Modernidade, logo após as guerras religiosas, como afirmado anteriormente. A liberdade atrelada a um sujeito e vista como livre arbítrio reforça a aposta moderna em uma filosofia do sujeito. Talvez, nesse ponto, seja importante apenas sinalizar de antemão que é exatamente a partir de uma releitura procedimental da razão prática advinda de uma virada linguística e pragmática na teoria da ação – a qual pretende superar os paradigmas da filosofia da consciência ou da filosofia do sujeito, bem como pensar a liberdade não como uma faculdade de um sujeito racional, monológico<sup>6</sup> e isolado ou mesmo preso em dada comunidade ética, mas como uma *práxis* comunicativa<sup>7</sup> – que Habermas se movimenta. Na verdade, Habermas pretende superar uma razão prática dependente de certa subjetividade que diz ser invenção da modernidade:

A modernidade inventou o conceito de razão prática como faculdade subjetiva. Transpondo conceitos aristotélicos para premissas da filosofia do sujeito, ela produziu um desenraizamento da razão prática, desligando-a de suas encarnações nas formas de vida culturais e nas ordens da vida política.<sup>8</sup>

De toda sorte, trata-se de assunto a ser examinado no decorrer do trabalho. Inicialmente, pretende-se apenas destacar sob que pressupostos se levanta a normatividade moderna.

### 1.1.2 – Max Weber e o desencantamento do mundo sob o ângulo habermasiano

---

<sup>6</sup> Parece que, para Habermas, Kant pensaria uma racionalidade mais homogênea que, mesmo do ponto de vista epistemológico, prescindiria da intersubjetividade na relação sujeito-mundo, ao menos tal como Habermas entende essa intersubjetividade. Agora, quanto às relações práticas, o agente, pensando em universalizar sua máxima de ação, relaciona arbítrios de maneira monológica, pois não leva em conta, ao menos não discursivamente, interesses e posições alheias a sua vontade. A universalização se dá por indicação da razão pura e a racionalidade não seria uma mediação de interesses. Isso implica em uma autonomia da vontade e em uma razão prática pura. Habermas quer pensar o conceito de autonomia a partir de outro paradigma.

<sup>7</sup> Habermas está falando de uma razão procedimental em *práxis* comunicativa. É a forma com que o autor pretende continuar certo aspecto de emancipação que a modernidade seguia, não sem antes levar em conta todas as críticas feitas e o novo cenário que se apresenta. A razão é procedimental, pois ciente de sua falibilidade quanto à fundamentação substancial da realidade. A fundamentação ou justificação racional das normas deve levar em conta um conceito de razão que tem em vista seus limites. A *práxis* comunicativa segue essa ideia, pois se apresenta como produtora de decisões abertas, pois sempre modificáveis de um ponto de vista reflexivo. Ora, trata-se de uma teoria crítica da sociedade, cuja interação passa ao largo de modelos substantivos de sociedade: “[d]essa maneira, o modelo crítico habermasiano pretende deslocar de sua perspectiva emancipatória a assunção de qualquer modelo substantivo de sociedade justa ou virtuosa, comprometendo-se com a investigação das condições comunicativas necessárias para que os próprios concernidos possam decidir acerca de sua forma de vida concreta mediante processos de entendimento livres de coerção.” Cf. SILVA, F G. *Liberdades em Disputa: reconstrução da autonomia privada na teoria crítica de Jürgen Habermas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, pp. 44-45.

<sup>8</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 17.

Antes de apresentarmos de maneira mais sistematizada a forma de justificação filosófica da razão prática na modernidade com Rousseau e Kant e, posteriormente, uma releitura a partir de uma razão comunicativa em Jürgen Habermas, é importante, ainda contextualizando nosso ponto de partida, salientar a perspectiva apresentada pelo sociólogo alemão Max Weber no início do século XX, quando da reunião de alguns artigos em uma de suas principais obras: *Ética Protestante e Espírito do Capitalismo*.<sup>9</sup> Sua perspectiva confirma a fragmentação moderna de uma eticidade encantada, portanto de sociedades tradicionais que giravam em torno de um único Bem. Em sociedades tradicionais, os modelos de vida exemplares serviam de parâmetro externo para justificar o comportamento social. No processo de modernização da sociedade, o comportamento social passa a ser justificado de forma diversa. Weber estava a investigar fenômenos específicos da Europa, mas esse mesmo processo modernizante proliferou para boa parte do mundo. Segundo Weber, a Modernidade é um processo de racionalização que ocorre na cultura, na sociedade, bem como nas instituições. A burocracia é o resultado produzido por essa racionalização do mundo da vida. É um desencantamento, pois procura dissipar qualquer justificativa mágica para a organização ou cooperação social. As imagens de mundo não têm mais o fôlego necessário para promover a coesão social através de sua concepção do bem, pois esta passou a ser controversa e posta em disputa com outras concepções de bem igualmente legítimas. A possibilidade de refletir a si mesma sem referências externas, posta pela Modernidade, e ainda, a relação reflexiva que essa passa a ter com a tradição, racionaliza as formas de reprodução cultural da sociedade. As justificativas modernas de nossas ações passam a ter que ser pensadas de forma interna aos seus próprios processos reflexivos. Desde a ciência até a arte, podemos perceber o movimento desse processo. Interpretando-o através do diagnóstico quanto à autocertificação moderna da normatividade, para Jürgen Habermas, Max Weber:

... [d]escreveu como ‘racional’ aquele processo de desencantamento ocorrido na Europa que, ao destruir as imagens religiosas do mundo, criou uma cultura profana. As ciências empíricas modernas, as artes tornadas autônomas e as teorias morais e jurídicas fundamentadas em princípios formaram esferas culturais de valor que possibilitaram processos de aprendizagem de problemas teóricos, estéticos ou prático-morais, segundo suas respectivas legalidades internas.<sup>10</sup>

O que Max Weber não percebeu foi que diagnosticava um fenômeno social a partir de um modo de pensar estratégico. O resultado da teoria só poderia ser uma burocratização

---

<sup>9</sup> Weber, Max. *A Ética Protestante e o “Espírito” do Capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

<sup>10</sup> Habermas, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 4.

racional-legal vista de maneira instrumental, uma vez que só tomada sob o enfoque monológico e teleológico de uma razão com respeito a fins.<sup>11</sup> Vale lembrar que ocorre o mesmo engano quando parte da chamada Pós-Modernidade pretende se despedir de todas as expectativas normativas da Modernidade, bem como da razão e de suas potencialidades limitadas, vendo apenas um lado reificante do conceito de razão. Em verdade, a visão calculista de razão e solipsista de sujeito são apenas partes de um ângulo através do qual podemos discutir o problema do discurso da Modernidade, sendo certo que ainda existem outros ângulos a serem investigados, uma vez que abertos e em produção efetiva de efeitos, sobretudo no que diz respeito à validade das ações. Não podemos simplesmente declarar o fim da Modernidade e de todas as expectativas normativas que esta levantou se seus efeitos ainda estão a modificar o estado de coisas do mundo da vida. Muito menos podemos dispensar a razão se esta tem uma dimensão prática que não compartilha do calculismo e da estratégia diagnosticados. É preciso entender o conceito de razão prática de maneira mais ampla. Contudo, Max Weber ainda pensa a razão de maneira instrumental, acreditando que toda ação tem uma finalidade dada de antemão, um direcionamento apriorístico. Max Weber acerta quando fala de um processo de modernização, mas o pensa dentro de uma racionalidade com respeito a fins:

Weber entende esse processo como a institucionalização de uma ação econômica e administrativa racional com respeito a fins. À medida que o cotidiano foi tomado por esta racionalização cultural e social, dissolveram-se também as *formas de vida* tradicionais, que no início da modernidade se diferenciaram principalmente em função das corporações de ofício. No entanto, a modernização do mundo da vida não foi determinada apenas pelas estruturas da racionalidade com respeito a fins.<sup>12</sup>

### 1.1.3 – Rawls e o pluralismo de visões de mundo

John Rawls, filósofo político norte-americano, também pode nos ajudar a entender este processo de modernização descrito por Weber e intensificado a partir dos dois fatos históricos que descrevemos. Desde sua principal obra *Uma Teoria da Justiça*, escrita em

---

<sup>11</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, pp. 197-198: “Em segundo lugar, Weber fala em racionalidade de fins, quando não se trata mais da aplicação regulada por meios, mas da seleção de fins, tendo em vista valores dados preliminarmente. Sob este aspecto, uma ação pode ser racional na medida em que não for comandada por afetos cegos ou tradições nativas. Para Weber as orientações valorativas são preferências dotadas de conteúdo, que se orientam para valores materiais, procedendo as decisões de sujeitos que agem em termos de racionalidade finalística, não sendo possível fundamentá-las. Um exemplo disso pode ser encontrado nos interesses particulares que os sujeitos do direito privado defendem no intercâmbio econômico”.

<sup>12</sup> Habermas, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade*, 2002, p. 4.

1971, Rawls apresenta uma tese, segundo a qual a legitimidade das normas se dá a partir de princípios de justiça fornecidos por uma teoria da justiça como equidade que se justifica a partir dos conceitos de “posição original” e “equilíbrio reflexivo”. Contudo, só com o advento de *Liberalismo Político* o autor americano passou a encaixar em sua investigação o que ele mesmo chama de Fato do Pluralismo. Após as guerras religiosas dos séculos XVI e XVII, a liberdade subjetiva de religião consagrada em um documento político figurou como saída para acalmar os ânimos mais inflamados. Garantindo a liberdade através de uma Constituição, sobretudo por meio da liberdade de pensamento, protegia-se um espaço livre para a reflexão, no qual não haveria interferências alheias, sobretudo da autoridade formalmente instituída. Diante disso, nada mais natural que o crescimento exponencial das cosmovisões ao longo de toda Modernidade. Segundo Rawls, a proliferação de doutrinas abrangentes com expectativa de verdade é até desejável, pois é a constatação da efetividade da garantia da liberdade de pensamento consagrada em toda democracia constitucional:

O liberalismo político pressupõe que, para propósitos políticos, uma pluralidade de doutrinas abrangentes que são razoáveis, ainda que incompatíveis entre si, é o resultado esperado do exercício da razão humana sob a estrutura de instituições livres de um regime democrático constitucional.<sup>13</sup>

Mais do que uma simples multiplicidade de visões, é possível pensar que nessa aparente *diaphonía*, existem valores políticos comuns compartilhados, os quais, por sua vez, garantem a possibilidade de convivência e reconhecimento das diferenças. Esses valores, ao se ajustarem por um equilíbrio reflexivo aos juízos mais ponderados dos cidadãos de uma sociedade bem ordenada, podem passar a ser entendidos como razoáveis.<sup>14</sup> Cabe notar que se busca um ponto em comum diante da diversidade, mas que esse ponto é o próprio pressuposto da diversidade. Podemos chamar de indícios de uma razão que conduz sem apagar as diferenças, como pensa Habermas,<sup>15</sup>

o qual, lembramos, ratifica o Fato do Pluralismo rawlsiano, mas discorda da forma com que Rawls pretende lidar com isso.<sup>16</sup> De qualquer forma, percebemos ser difícil

<sup>13</sup> Rawls, John. *Liberalismo Político*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. XVII.

<sup>14</sup> Cf. Rawls, John. *Justiça como Equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 40.

<sup>15</sup> “Estou esgaravatando, um pouco aqui, um pouco acolá, à procura dos vestígios de uma razão que reconduza, sem apagar as distâncias, que una, sem reduzir o que é distinto ao mesmo denominador, que entre estranhos torne reconhecível o que é comum, mas deixe ao outro a sua alteridade”. Habermas, Jürgen. *Passado como Futuro*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993, p. 112.

<sup>16</sup> O debate entre Rawls e Habermas foi condensado em obras de ambos os autores. Cf. Rawls, John. “Resposta a Habermas”. In: *O Liberalismo Político*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Cf. Habermas, Jürgen. “Liberalismo

questionar esse diagnóstico de Rawls sem questionar a própria aposta na liberdade, a qual, inclusive, como se afirmou, ajuda a virar a página das guerras religiosas:

Esse pluralismo não é considerado como um desastre, e sim como o produto natural das atividades da razão humana sob duradouras instituições livres. Considerar um desastre o pluralismo razoável é o mesmo que considerar um desastre o exercício da razão em condições de liberdade. Com efeito, o êxito do constitucionalismo liberal foi possível graças à descoberta de uma nova possibilidade social: a possibilidade de uma sociedade pluralista que fosse razoavelmente harmoniosa e estável.<sup>17</sup>

É importante destacar nesse ponto, apenas de passagem, por mais que o intuito do trabalho não seja fazer uma comparação entre as teorias de Rawls e Habermas e nem mesmo entrar no debate entre os dois autores que, mesmo que Rawls ainda esteja em certa perspectiva da filosofia do sujeito criticada por Habermas, uma vez que seus conceitos de razoabilidade e senso de justiça dependam de juízos ponderados advindos de intuições de indivíduos em um certo desenvolvimento psicológico de capacidades cognitivas, evidente que não se trata mais de homogeneização da diferença por uma vontade geral, como quer Rousseau, ou uma identificação de normas racionais a partir de uma razão pura, como quer Kant. Parece que Rawls já tem em vista uma mediação reflexiva das diferenças, ao invés de simplesmente desconsiderá-las em um ambiente ético dado ou em um ambiente formal rigoroso que tem em vista apenas uma coexistência de arbítrios, como veremos mais adiante. O que nos interessa aqui é simplesmente a constatação rawlsiana do fato do pluralismo em direção oposta ao fato da opressão, pois desejável em um ambiente que se pretende livre.

#### **1.1.4 – Rousseau, Kant e o discurso da modernidade**

Após apresentarmos dois importantes fatos que ajudam na compreensão do que hoje chamamos de Modernidade, bem como alguns diagnósticos sociológicos e filosóficos traçados sobre esse período histórico, compomos um cenário para, em seguida, apresentar alguns pressupostos sobre o conteúdo filosófico discutido acerca da razão prática na modernidade.

Ainda no século XVIII, Rousseau e Kant tentaram oferecer uma filosofia prática que desse conta de justificar as normas de ação sem direcionamentos exteriores ao próprio âmbito do sujeito. O direito como norma de ação deve se alimentar da ideia segundo a qual o cidadão

---

Político: uma discussão com Rawls”. In: *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

<sup>17</sup> Rawls, John. *Liberalismo Político*, 2011, p. XXVII.

é autor e destinatário da norma, não necessitando mais de uma referência não-reflexiva para levantar sua legitimidade. O conceito de autonomia, bem como seu sucedâneo, a autolegislação, figuram na Modernidade como possibilidade de justificação reflexiva da cogência, ou seja, da força obrigacional das normas, portanto, de sua efetiva possibilidade de cumprimento.

Rousseau e Kant entendem que a autonomia está vinculada à ideia de liberdade – seja a liberdade de um macro-sujeito chamado povo, a qual se dá através da manifestação da vontade geral homogeneizadora das diferenças, seja a liberdade de um sujeito racional que se move por uma autonomia da vontade. A pretensão é de que o ser humano se faz livre quando se descola da natureza e a transforma, dando a si mesmo sua própria lei de maneira reflexiva. Rousseau se vale de uma vontade livre do povo unido, o qual expressa uma vontade geral e não a vontade de todos, uma vez que levanta a identidade do todo como algo diverso da soma das partes, para afirmar seu conceito de autolegislação. Kant, a fim de apresentar a noção de autonomia, a qual tem como sucedâneo a autolegislação, se apega à vontade livre como uma capacidade de um indivíduo portador de uma consciência, ao passo que, para Rousseau, essa só se revela a partir das virtudes dos cidadãos, as quais são advindas de uma eticidade comunitária. Os cidadãos possuem, a partir de sua faculdade, uma forma compartilhada e pública de uso da razão tendo em vista o bem comum da comunidade, sendo que essa forma de razão pública legitima as normas que lhes são impostas por eles mesmos, uma vez que compartilhadas. Enquanto Kant apresenta a noção de autonomia a partir de uma razão atomizada, no que pese a relação entre arbítrios apresentada no parágrafo 46 de *Doutrina do Direito*,<sup>18</sup> – pois o uso compartilhado é uma capacidade da razão do indivíduo que universaliza sua própria máxima a fim de que esta figure como lei universal a ser aplicada a todos os concernidos – Rousseau defende a autonomia pela soberania popular, sendo que esta

---

<sup>18</sup> “O poder legislador só pode ser o da vontade reunida do povo. Pois, uma vez que dele deve sair todo o direito, esse poder não pode ser injusto com ninguém. No entanto, quando alguém dispõe algo contra um outro, é sempre possível que ele cometa contra esse outro uma injustiça, porém não naquilo que ele dispõe sobre si mesmo (pois *volenti non fit iniuria*). Portanto, somente a vontade unida e consensual de todos pode ser legisladora, na medida em que cada um decide sobre todos e todos sobre cada um, e somente a vontade popular geral unida pode ser legisladora”. Nesta passagem exposta por Habermas, Kant considera a soberania popular na justificação do direito, mas ainda como coexistência entre arbítrios, algo monológico do ponto de vista habermasiano, pois prescinde da intersubjetividade vista pelo ângulo da *práxis* comunicativa, sobretudo por ainda se vincular a uma razão prática vinculada a um estado natural que desconsidera interesses alheios. A *práxis* comunicativa pretende mediar as divergências ao invés de considerar que a interferências de outros interesses é sinal de irracionalidade. A *práxis* comunicativa engloba mais as diferenças do que o modelo kantiano de soberania popular. Habermas libera a motivação dos agentes para agir conforme as normas enquanto que Kant diz que o agir, para ser moral, só pode se dar afastado dos interesses que imprimem a divergência. Cf. Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2, 2012, p. 259.

fornece a lei justa como manifestação de uma vontade geral. Portanto, tanto para um quanto para o outro, a liberdade é vista junto da noção de autonomia, mas Kant pensa uma liberdade a partir da perspectiva individual de um sujeito racional que universaliza sua própria máxima de ação, enquanto Rousseau pensa uma liberdade política, coletiva, advinda da vontade geral de uma comunidade ética determinada.

O direito, norma de ação assim como a moral, institucionaliza um espaço para a liberdade do sujeito apenas na medida em que é fruto dessa mesma liberdade. Tudo o que não está descrito como proibido pode fazer parte do escopo de atuação do sujeito, que atua como membro de uma comunidade jurídica. Na Modernidade, portanto, a razão prática tem apoio em um conceito de direito, o qual tem validade normativa apenas quando produto da liberdade advinda da vontade do sujeito. A coerção e a liberdade, que figuram como características do próprio direito, devem poder se encontrar não como conceitos opostos, mas complementares, uma vez que é a partir da fixação e institucionalização coercitiva que se confere um espaço de liberdade sem possibilidade de interferência alheia, verdadeiro âmbito de atuação do sujeito.

Na Modernidade, portanto, a lei é interpretada tendo em vista a liberdade de um sujeito, sendo que os direitos consagrados de maneira contratual garantem para esse sujeito um espaço de ação sem restrições alheias a sua própria vontade em formação. Vale lembrar que essa forma de pensar a liberdade e a coerção já era seguida desde o surgimento do Constitucionalismo, mas ganha especial relevo na Modernidade: fixar normas jurídicas em um documento político para que este possa salvaguardar a liberdade dos cidadãos membros de certa comunidade jurídica e possibilitar a legitimidade a partir dessas mesmas normas, ao mesmo tempo em que impõe limites ao poder do soberano e às eventuais interferências por parte de outros cidadãos:

Desde Locke, Rousseau e Kant, não apenas na filosofia, mas também pouco a pouco na realidade constitucional das sociedades ocidentais, firmou-se um conceito de direito do qual se espera que preste contas tanto à positividade quanto ao caráter do direito coercitivo como assegurador da liberdade. (...) Dessa maneira cria-se uma relação conceitual entre o caráter coercitivo e a modificabilidade do direito positivo, por um lado, e um modo de estabelecimento do direito capaz de gerar legitimidade, por outro.<sup>19</sup>

Alguns autores afirmam que o ímpeto do Constitucionalismo já estava presente mesmo antes da Modernidade, pois relacionado à necessidade de limitar a atuação do governante, bem como de todos os outros cidadãos participantes de dada comunidade, sendo, portanto, um

---

<sup>19</sup> Habermas, Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*, 2007, pp. 294-295.

ímpeto anterior à passagem da Monarquia Absolutista para o Estado Liberal.<sup>20</sup> A Constituição garante ao arbítrio do sujeito um espaço livre de atuação, sem a restrição de outros arbítrios ou mesmo da autoridade vigente, sendo que isso se dá mesmo antes da ideia de direitos fundamentais ou de direitos humanos. Contudo, evidente que fica ainda mais claro e mais forte quando contamos com um documento político chamado Constituição fixando direitos fundamentais,<sup>21</sup> garantindo assim, após o Absolutismo Monárquico, um espaço de atuação livre de restrições que não passem pela própria vontade do agente. Só mesmo na Modernidade esse movimento ganha um novo contorno que tem por base a reflexividade, pois passa a ser o próprio cidadão aquele responsável por refletir e justificar sua própria existência, sendo compartilhada por ele junto com outros co-cidadãos a tarefa de legitimar as normas de conduta que guiam os comportamentos sociais a partir da Constituição. Ele não tem referências externas para agir, e, portanto, em público, deve conduzir seu comportamento diante daquilo que pode ser reconhecido como válido por qualquer outro cidadão com livre acesso aos documentos políticos expressos, ou seja, precisa justificar-se por razões intersubjetivas, por assim dizer. A aceitação da norma deve ser pública para que possa ser aferida, criticada, assentida por todos aqueles que compartilham da mesma posição de membro de dada comunidade jurídica e política. Nada melhor do que a sistematização pública em documentos políticos para assegurar os direitos do sujeito-cidadão.

Pois bem, a problemática da possibilidade normativa moderna, a qual tenta se afirmar mesmo sem referências externas que possam impor ajustamento às condutas sociais, se manteve como tema filosófico mesmo na Contemporaneidade, pois ainda não se ergueu outra possibilidade de justificação das normas de ação que deixe de lado o conceito de autonomia ou seu correlato (autolegislação), sobretudo quando estamos a falar de sociedades constitucionais complexas e democráticas, marcadas, portanto, pelo fato do pluralismo. A expectativa é de que a crítica da razão seja feita reflexivamente pela própria razão, a qual ergue um Tribunal contra si mesma a fim de aferir sua própria validade perante os concernidos. Agora, de que razão estamos falando: de uma razão finalística e monológica ao estilo de Max Weber quando da caracterização do processo de modernização ou de uma razão que se expressa pela interação advinda do entendimento comunicativo?

Rousseau e Kant, por mais que considerem certo conceito de autonomia como possibilidade legítima para a normatividade, ainda tinham perspectivas parciais sobre a razão

---

<sup>20</sup> Cf. Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. rev., Coimbra: Almedina, 1993, p. 51. Loewenstein, Karl. *Teoría de La Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970, p. 154.

<sup>21</sup> Na História Constitucional Inglesa ao menos dois pactos firmados são considerados como marcos: A Magna Carta de 1215 e o *Petition of Rights* de 1628.

prática, pois a viam apenas sob um ângulo monológico do conceito de liberdade, vinculados, portanto, a uma filosofia do sujeito. Como vimos, Kant pensa a relação entre razões como a coexistência entre arbítrios, portanto seu conceito de autonomia está vinculado à vontade livre de um sujeito racional visto de maneira monológica, o qual, por mais que eleve suas máximas à lei universal, ainda o faz em certo solipsismo. Trata-se de uma autonomia que visa excluir de seu contexto de ação qualquer tipo de interesse, forjando uma razão desenraizada, pois já indica o que é universalizável independente do diálogo a posteriori. Esses são alguns dos problemas que Habermas tentará resolver ao propor uma razão enredada no discurso, portanto uma passagem da máxima pelo diálogo, pelo discurso e não por uma capacidade individual:

Em segundo lugar, a ética do discurso supera o ponto de partida kantiano, meramente interior e monológico, segundo o qual cada indivíduo empreenderia *in foro interno* (“na vida anímica solitária”, como Husserl diz) a avaliação das suas máximas de conduta. No singular da consciência transcendental, os diversos Eus empíricos estão pré-condicionados e desde logo em harmonia. Em contrapartida, a ética do discurso conta com uma conciliação acerca da capacidade de generalização de interesses unicamente enquanto *resultado* de um *discurso público* organizado intersubjetivamente. Apenas os universais do uso lingüístico constituem uma estrutura comum aos indivíduos.<sup>22</sup>

Rousseau, por sua vez, pensa em um uso da razão advindo de um macro-sujeito, o qual, baseado em virtudes cívicas, prioriza a justeza das leis quando advindas da vontade geral e, portanto, da soberania popular. De toda sorte, vale lembrar que, tanto para um autor como para outro, precisamos erguer princípios de justiça que sejam impostos a todos de maneira legítima através de um processo imparcial e impessoal de autolegislação ou autonomia, mas, diferente de Rousseau, segundo Kant, também precisamos nos afastar de sociedades tradicionais que giram em torno de um único bem sem discutir, reflexivamente, a concepção de justiça aceita. Desta forma, principalmente em Kant, mas a partir da ideia de autolegislação também colocada por Rousseau, segue-se o próprio preceito da Modernidade, o qual passa a contar prioritariamente com prescrições justas do que com concepções atrativas do Bem, uma vez que essas estão sujeitas ao desacordo, o qual, muitas vezes, se mostra razoável em uma sociedade que garante a liberdade de pensamento e manifestação. Contudo, nessa tarefa de justificação de princípios, ambos permanecem pensando apenas de um ponto de vista monológico, o que castra, ao invés de lidar com os interesses alheios. A intersubjetividade que consta dos textos modernos desses dois autores ainda é pensada na perspectiva da primeira pessoa, sem uma dialogicidade necessária advinda do entendimento

---

<sup>22</sup> Habermas, Jürgen. *Comentários à Ética do Discurso*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 23.

contrafactual possibilitado por práticas comunicativas factuais. É preciso entender como a linguagem ordinária e seu modo de funcionamento carrega em seu bojo pressupostos comunicacionais, que fazem dos cidadãos participantes de jogos linguísticos que vão além da vontade livre de sujeitos racionais.

Além disso, vale lembrar que Kant e Rousseau ainda se movimentam por uma filosofia que pressupõe um sujeito racional transcendental ou um macro-sujeito dependente de virtudes cívicas de cidadãos de dada comunidade ética. Os sujeitos são pensados como portadores de faculdades, responsáveis pelo processo de conhecimento, portanto construindo o próprio objeto e se descolando de sua natureza.

Talvez falte aos dois autores modernos aquilo que não depende do esforço intelectual ou da produção bibliográfica de cada um deles, uma vez que não viveram para ver o esgotamento das tentativas de investigação epistemológicas limitadas à relação sujeito e objeto levantada pela filosofia analítica tardia, bem como não puderam acompanhar o levante da perspectiva dialógica do participante, ao menos não como pretende a Reviravolta Pragmático-Linguística. Até então, ou se privilegia, como na Antiguidade, o objeto que aparece em toda sua realidade ao sujeito que o contempla, ou, como na Modernidade, se privilegia o sujeito que transforma o objeto a partir de premissas que ele mesmo levanta e avalia. Faltava ainda à Modernidade e àqueles filhos da Modernidade que vinham surgindo mais clareza sobre como se dá a relação entre o sujeito e objeto, ao menos de como ela nos aparece de um ponto de vista pragmático-linguístico. Antes do sujeito contemplar ou construir o objeto, antes do objeto resplandecer ou ser fabricado, pragmaticamente existe a possibilidade de interação não entre sujeitos racionais, mas entre sujeitos capazes de agir e falar, portanto participantes, por assim dizer. Cidadãos não são apenas sujeitos racionais possuidores de uma faculdade que relaciona arbítrios, mas participantes de uma dada comunidade linguística. Um novo paradigma entra em cena para pensarmos o próprio aprendizado cognitivo e seus efeitos práticos para a filosofia, qual seja, o entendimento frente a um mundo compartilhado:

As alternativas falsas caem somente quando há a passagem para um novo paradigma, o do entendimento. Os sujeitos capazes de fala e de ação, que ante o pano de fundo de um mundo comum da vida, entendem-se mutuamente sobre algo no mundo, podem ter frente ao meio de sua linguagem uma atitude tanto dependente como autônoma: eles podem utilizar o sistema de regras gramaticais, que tornam possível sua prática, em proveito próprio. Ambos os momentos são co-originários. De um lado, os sujeitos encontram-se sempre num mundo aberto e estruturado linguisticamente e se nutrem de contextos de sentido gramaticalmente pré-moldados. Nesta medida, a linguagem se faz valer frente aos sujeitos falantes como sendo algo objetivo e processual, como a estrutura que molda as

condições possibilitadoras. De outro lado, o mundo da vida, aberto e estruturado linguisticamente, encontra seu ponto de apoio somente na prática de entendimento de uma comunidade de linguagem.<sup>23</sup>

Vale nesse ponto lembrar que o conceito de entendimento de Habermas é diverso do conceito de entendimento de Kant. E essa diferença se sustenta exatamente na aplicação discursiva e pragmática que Habermas confere ao termo. Nesse sentido, Flávio Beno Siebeneichler, principal tradutor do filósofo alemão para o português, diz que:

é importante atentar para a diferença entre dois conceitos de “entendimento”, isto é, para o conceito de *Verstand*, de Kant, que se situa inteiramente no nível cognitivo da razão, e para o conceito de “entendimento” (*Verstandigung*), que é fundamental no pensamento habermasiano, e cujo sentido não é apenas cognitivo, mas também, comunicativo.<sup>24</sup>

Para adentrar nesse paradigma do entendimento, visto agora desde uma ótica discursiva, é preciso enxergar que nas relações sociais em que se dão nossas práticas cotidianas não existe uma relação entre arbítrios, mas o encontro de participantes na forma de agir comunicativo. Pressupomos um mundo objetivo a partir da linguagem ordinária de um mundo da vida compartilhado comunicativamente:

Essa arquitetônica do ‘mundo da vida’ e do ‘mundo objetivo’ é acompanhada de um dualismo metodológico entre compreender e observar. (...) Enquanto nós, como observadores, nos referimos por assim dizer “do exterior” aos objetos no mundo, as práticas do mundo da vida regidas por regras são acessíveis apenas à compreensão hermenêutica de um participante que adotou uma atitude performativa. (...) De resto, visto que todas estruturas simbólicas do mundo da vida se diferenciam a partir do *médium* da linguagem, a análise do uso lingüístico orientado pelo entendimento mútuo, feita na perspectiva dos participantes, fornece a chave para a rede das práticas do mundo da vida como um todo.<sup>25</sup>

A universalidade das pretensões significa que devem, ao ser erguidas aqui e agora, pressupor que a qualquer momento podem vir a ser questionadas devendo, portanto, ser justificadas através de razões.

### 1.1.5 – Reviravolta Pragmático-Linguística

<sup>23</sup> Habermas, Jürgen. *O Pensamento Pós Metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 52.

<sup>24</sup> Siebeneichler, Flávio Beno. Nota do tradutor, p. 34. In Habermas, Jürgen. *Entre Naturalismo e Religião: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, p. 34.

<sup>25</sup> Habermas, Jürgen. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2004, pp. 24-25.

A partir do século XX, período considerado parte da contemporaneidade, mas que ainda expressa a própria temática da Modernidade tomada sob outro ângulo, certa tendência se apresenta na filosofia, passando a considerar a linguagem não mais como mero instrumento de transmissão daquilo que captamos ou mesmo interpretamos, mas como algo constitutivo do conhecimento humano. A linguagem não serviria apenas de mediadora entre sujeito e objeto, mas teria uma força epistêmica própria. Para entender essa força, precisamos perceber a linguagem como uma prática social imersa na contínua construção e reconstrução de sentidos a partir das interações cotidianas. *Investigações Filosóficas*, obra póstuma do filósofo austríaco Ludwig Wittgenstein, capitaneada pelo conceito de jogos de linguagem, talvez tenha sido a mais importante tentativa de valorizar o uso pragmático da linguagem. Contudo, é importante lembrar que, mesmo antes de Wittgenstein, Charles Sanders Peirce e seu conceito de aceitabilidade racional já conduziam a filosofia na mesma direção. Mais tarde, John Langshaw Austin e John Rogers Searle, com suas respectivas teorias dos atos de fala, sobretudo os ilocucionários, entre outros importantes pesquisadores, também levantam essa tendência. Mais do que nunca, precisamos entender como lidamos pragmaticamente com a interação linguística, pois o uso da fala constitui conhecimento e mobiliza expectativas no mundo da vida. Além do uso sintático e semântico da linguagem que fazemos, os quais conferem um potencial designativo e significativo, respectivamente, precisamos atentar para o uso pragmático da linguagem ordinária em um mundo da vida estruturado simbolicamente. Tal uso é performativo, uma ação de fala, cenário em que Habermas propõe, a partir de Wittgenstein e Austin principalmente, sua razão comunicativa:

A descoberta desta estrutura proposicional-performativa, dupla, por parte de Wittgenstein, Austin e dos autores que os seguiram, constituiu o primeiro passo no caminho de uma integração de componentes pragmáticos no contexto de uma análise formal.<sup>26</sup>

Desta forma, conhecer e agir são questões que se constroem pelos diferentes modos de participar de uma realidade compartilhada. Produzimos sentidos a todo tempo, sendo que esses sentidos dependem do uso comunicativo que se faz dos jogos de linguagem de que participamos. O funcionamento da linguagem ordinária a partir de seu uso pragmático é o que interessa a essa guinada que ocorre na filosofia.

A intersubjetividade, vista pela ótica da dialogicidade, vem marcar os questionamentos da chamada Reviravolta Pragmático-Linguística a partir da crítica a qualquer metafísica ou

---

<sup>26</sup> Habermas, Jürgen. *O Pensamento Pós-Metafísico: estudos filosóficos*, 2007, p. 56.

religião, bem como a uma filosofia da consciência ou filosofia do sujeito que partam de uma objetividade estanque ou de uma subjetividade solipsista para justificar nossas ações. Essa virada não se dá como uma simples temática aberta no campo da filosofia, mas como uma forma de entender o mundo a partir do procedimento em que o sujeito está inserido enquanto participante:

A grande conquista dessa reflexão está na descoberta de que a linguagem mediatiza toda relação significativa entre sujeito e objeto e que ela, mais fundamentalmente ainda, está inevitavelmente presente em toda comunicação humana, a qual implica um ‘entendimento mútuo’ sobre o sentido de todas as palavras usadas e sobre o sentido do ser das coisas mediadas pelos significados das palavras. Isso significa: a linguagem mediatiza todo sentido e validade.<sup>27</sup>

A linguagem está presente nas relações humanas como um verdadeiro paradigma diante do qual nos movemos. Portanto, é a partir da linguagem e do pano de fundo cultural que podemos supor uma realidade objetiva para, em comum, darmos validade às nossas ações. Definitivamente, a linguagem não pode mais ser entendida apenas por seus aspectos indicativos e normativos da sintaxe e da semântica, pois saímos das investigações sobre os modos de ser das coisas e passamos a investigar o funcionamento da linguagem, inclusive seu funcionamento pragmático. Precisamos entender os potenciais sociais da linguagem, sobretudo da linguagem ordinária,<sup>28</sup> mudando assim a própria maneira de fazer filosofia. A fala é performática, portanto sempre leva consigo pretensões de validade que causam expectativas em um mundo da vida compartilhado simbolicamente. Desta forma, a fala é a forma mais típica de ação humana. A maneira mais adequada de pensar o ser humano é a partir de suas relações, que se dão na perspectiva de um participante de uma comunidade linguística, e não de um observador que se coloca ao largo da própria interação e intenção simbólica-pragmática:

Na perspectiva de um observador, nós somos capazes de identificar uma ação; mas não estamos em condições de descrever com segurança a execução de um plano específico de ação; para chegar a isso teríamos que conhecer a respectiva intenção que comanda a ação. Nós podemos inferir essa intenção lançando mão de indicadores, os quais adscrevemos hipoteticamente ao agente; para nos certificarmos da intenção, teríamos que ser capazes de assumir a perspectiva do participante.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> Herrero, Francisco Javier. “Ética do Discurso”. In Oliveira, M. A. *Correntes Fundamentais da Ética Contemporânea*. Petrópolis: Editora Vozes, 2000, p. 166.

<sup>28</sup> Cf. Austin, J. L. *Quando Dizer é Fazer: palavras e ação*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990. Cf. Wittgenstein. *Coleção Os Pensadores: Investigações Filosóficas*, Tradução de José Carlos Bruni, São Paulo: Abril Cultural, 1975.

<sup>29</sup> Habermas, Jürgen. *O Pensamento Pós-Metafísico: estudos filosóficos*, 2002, p. 66.

O enfoque admitido por participantes não mais se resume ao âmbito de um sujeito que se pensa apenas como primeira e segunda pessoas. A reflexividade se dá de modo diferente quando a pensamos nesses diferentes enfoques. Quando o ato de fala se volta ao entendimento na ceira de jogos de linguagem, levanta sentidos que se dão no uso da linguagem ordinária. Esses atos de fala que contam pragmaticamente com o entendimento são chamados ilocucionários:

O componente ilocucionário determina o sentido de aplicação do que é dito, através de uma espécie de comentário pragmático. A idéia de Austin, segundo a qual nós, ao dizermos algo, fazemos algo, implica a recíproca: ao realizarmos uma ação de fala dizemos também o que fazemos. Esse sentido performativo de uma ação de fala só é captado por um ouvinte potencial que assume o enfoque de uma segunda pessoa, abandonando a perspectiva do observador e adotando a do participante. É preciso falar a mesma linguagem e como que entrar no mundo da vida compartilhado intersubjetivamente por uma comunidade lingüística, a fim de poder tirar vantagens da peculiar reflexividade da linguagem natural e poder apoiar a descrição de uma ação executada por palavras sobre a compreensão do auto-comentário implícito nessa ação verbal.<sup>30</sup>

Enfim, a linguagem deixou de ser um simples instrumento representativo, passando a ser entendida como um *médium* responsável pela integração social, segundo a qual as tomadas de posição diante de pretensões de validade levantadas em um mundo da vida compartilhado possibilitam que uma força normativa ilocucionária presente na comunicação ordinária possa ser pressuposta por todo participante. Universais pragmáticos estão presentes nos atos de fala ilocucionários, de maneira que, mesmo quando divergimos sobre conteúdos, mesmo quando o dissenso permanece, mantemos um acordo procedimental provisório que embasa o entendimento e guia a comunicação. Sem isso, sequer poderia ocorrer comunicação simbólica entre seres humanos.

### 1.1.6 – Habermas e a Modernidade

Diante dessa virada na própria forma de filosofar,<sup>31</sup> impulsionada pela filosofia analítica tardia de Wittgenstein em *Investigações Filosóficas*, uma releitura da noção kantiana

<sup>30</sup> Habermas, Jürgen. *O Pensamento Pós-Metafísico: estudos filosóficos*, 2002, p. 67.

<sup>31</sup> Cf. Oliveira, Manfredo. *Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: 2006, p. 12: “Nesse contexto, é muito importante perceber que a ‘virada’ filosófica na direção da linguagem não significa, apenas, nem em primeiro lugar a descoberta de um novo campo de realidade a ser trabalhado

de razão prática ainda vinculada à autonomia da vontade de um sujeito livre se torna não só possível como imperiosa à filosofia prática. É precisamente essa a tentativa de Jürgen Habermas: reabilitar a razão prática a partir de uma leitura dialógica que considere a virada linguística e pragmática na filosofia prática. O que Habermas pretende é, saindo de uma razão instrumental, monológica e estratégica, orientada a fins, demonstrar que o conceito de razão não se esgota em certa perspectiva calculista enfatizada na Modernidade, principalmente se temos em mente as potencialidades interacionais dessa razão. Desta forma, ampliando o escopo da razão prática, Habermas tenta transformá-la em razão comunicativa, resgatando ambições modernas que não podem simplesmente ser deixadas para trás, mas sem deixar de imprimir uma ruptura com certa filosofia do sujeito.

Desde a década de 80, o filósofo alemão ergue uma teoria que tem como alicerce a *práxis* comunicativa. Não que antes disso a mesma temática já não estivesse presente em suas obras, sobretudo no que diz respeito aos diversos aspectos e enfoques que irá adquirir, mas é que sua principal teoria, a teoria do agir comunicativo, só foi sistematizada em 1981 com *Teoria do Agir Comunicativo*. É a partir desse marco que Habermas passa a utilizar a base teórica da ética do discurso para investigar diversos temas filosóficos e sociológicos, sempre retomando as mesmas premissas sob várias roupagens. Poucos anos após a publicação dessa grandiosa obra, em 1985, outra publicação pode ser apresentada como destaque na filosofia desse importante filósofo. *O Discurso Filosófico da Modernidade* apresenta a Modernidade como projeto inacabado, uma vez que suas pretensões não se esgotaram e seus efeitos ainda estão sendo produzidos. Suas expectativas ainda movimentam as ações humanas, bem como grande parte de suas abordagens teóricas e práticas ainda permanecem em aberto. Evidentemente, existem exageros notáveis nesse período histórico, mas não se pode, em razão disso, simplesmente declarar o fim dos potenciais epistêmicos e semânticos que se encontram no bojo da Modernidade. Um exemplo disso é o conceito de razão.

Habermas irá ampliar os potenciais da razão, ao invés de conter seus avanços, uma vez diagnosticada sua reificação, já que o ímpeto da racionalização moderna, inicialmente descrita por Max Weber e, posteriormente, colocado como diagnóstico na mão dos pós-modernos, só leva em consideração uma razão com respeito a fins. Destaca-se um fim que deve balizar toda a perseguição prática. De maneira teleológica, o sujeito agiria articulando os melhores meios para alcançar um fim pré-disposto. O desencantamento do mundo só levaria em conta uma razão individual que age calculando o melhor caminho para seu objetivo. Agir-se-ia de modo

---

filosoficamente, mas, antes de tudo, uma virada da própria filosofia, que vem a significar uma mudança na maneira de entender a própria filosofia e na forma de seu procedimento”.

estratégico, sendo, portanto, parcial a concepção de razão de Max Weber. Habermas segue o caminho weberiano do processo de modernização a importar uma racionalidade própria à modernidade e, portanto, uma legitimidade que decorra da legalidade, contudo vê essa racionalidade de forma bem diversa de Weber.

No que diz respeito às discussões filosóficas da modernidade, já tivemos a oportunidade de mencionar dois autores modernos, mas erigimos novos argumentos a fim de concretizar o enfoque dado. Rousseau depende de sujeitos individuais que estejam enraizados no *êthos* de uma comunidade ao ponto de cultivarem virtudes cívicas que possibilitarão o exercício da vontade geral através da faculdade da razão pública dos cidadãos. Kant vê a ação humana sob o ângulo de uma razão atomizada, sendo que esta se condiciona a partir da estrutura racional monológica dos sujeitos e não de virtudes cívicas cultivadas em uma comunidade ética determinada. Ao contrário de Rousseau, o sujeito de Kant está desenraizado, bem como se pretende desinteressado. Mas, em ambos, uma filosofia da consciência continua aprisionando a interação humana, bem como o conceito de razão. Em Kant, a máxima do agente que deve ser universalizada em imperativo categórico depende de uma visão monológica de sujeito que, por mais que depois seja testada numa comunidade moral da coexistência de arbítrios, ainda não pode ser vista em uma dialogicidade destranscendentalizada, pois resumida a uma relação entre liberdades de sujeitos racionais que afastam os interesses alheios. Em Rousseau, a ideia de vontade geral está vinculada a um macro-sujeito, pois depende das virtudes cívicas possibilitadoras de um uso público da faculdade da razão. Dentro dessas concepções filosóficas, a razão só pode ser vista de maneira unilateral, pois desconsidera – ao menos como um ponto central da filosofia – um importante fator ligado à situação em que o ser humano está inserido: a intersubjetividade dialógica. Enfim, uma razão prática a partir da filosofia do sujeito se reduz a finalidades dadas por consciências individuais ou coletivas, prescindindo de interações simbólicas do ponto de vista de uma *práxis* comunicativa.

Habermas diz que, além dessa razão com respeito a fins, existe, na interação, um uso da razão orientado à compreensão, ao entendimento, uma razão em *práxis* comunicativa. Existe um agir estratégico referente a essa razão com respeito a fins e um agir comunicativo que se relaciona com uma razão que tem em vista a compreensão. Se não fosse assim, sequer poderíamos nos comunicar simbolicamente com a expectativa de troca pública de argumentos tidos como válidos. Por um lado, a razão especulativa falhou na tentativa de encontrar o fundamento último de nosso conhecimento, pois não conseguiu romper a relação sujeito-objeto, uma vez que depende de um sujeito observador que levante as premissas a serem

confirmadas por testes empíricos. Por outro lado, a razão prática se apegou a uma filosofia da consciência presa à perspectiva monológica. Com isso, Habermas assume um conceito falível de razão, uma razão procedimental que sabe seus limites e se mantém em um âmbito pós-metafísico, pois muito mais interessada nas condições e limites do conhecimento do que no seu fundamento substancial. Para o autor alemão, de um ponto de vista prático, existe uma razão ainda pouco explorada em seus potenciais, sobretudo após a Reviravolta Pragmático-Linguística. Essa razão não se dá apenas na perspectiva do observador, não faz parte unicamente da vontade do sujeito, bem como não fundamenta de uma vez por todas nossas ações. Existe um âmbito interacional na razão ainda pouco explorado, pelo qual participantes se comunicam racionalmente através de atos de fala. A razão prática só pode ser reabilitada se passarmos a entendê-la como razão comunicativa:

A razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adstrita a nenhum ator singular nem a um macrossujeito sociopolítico. O que torna a razão comunicativa possível é o *médium* lingüístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam.<sup>32</sup>

Desta forma, uma justificativa normativa que forneça legitimidade à cogência das normas a partir do uso público de uma razão prática não pode mais estar vinculada somente a uma noção de sujeito como aquele que tem consciência de si, e que, através dessa consciência, pode chegar ao fundamento do conhecimento e de nossas escolhas. Habermas pretende afastar essa filosofia do sujeito que já se encontra esgarçada por tantas críticas que sofreu ao longo e após a própria Modernidade:

Quem escolhia a autoconsciência como ponto de partida para a análise da auto-referência do sujeito cognoscente, era levado a discutir, desde a época de Fichte, a seguinte objeção: a autoconsciência não pode ser um fenômeno originário, pois a espontaneidade da vida consciente não consegue assumir a forma de objeto sob a qual ela deveria ser subsumida para que pudesse ser detectada no momento em que o sujeito se debruça sobre si mesmo. Essa pressão fundamental dos conceitos em direção à objetivação e auto-objetivação serve desde os tempos de Nietzsche como alvo para uma crítica ao pensamento objetivador ou à razão instrumental, que se estende aos contextos vitais modernos em geral.<sup>33</sup>

Diante da falibilidade da razão humana na tentativa de encontrar o fundamento último de nosso conhecimento e de nossas ações, sobretudo a partir da subjetividade, bem como

---

<sup>32</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 20.

<sup>33</sup> Habermas, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico: estudos filosóficos*, 2002, pp. 53-54.

diante da linguagem constitutiva de conhecimento, Habermas pretende ampliar e reabilitar o conceito de razão prática para que este figure em um invólucro, ao mesmo tempo, procedimental e comunicativo. Nosso autor, seguindo as pegadas dadas pela Reviravolta Pragmático-Linguística, vai defender que, para haver pretensões de validade seguidas de tomadas de posição, precisamos pressupor uma estrutura compartilhada na qual assumimos contrafactualmente a comunidade linguística em que estamos inseridos. Nessa estrutura compartilhada por atos ilocucionários, existem universais pragmáticos sem os quais não há comunicação, sendo que funcionam como idealizações inevitáveis para todos os participantes que se encontram na tentativa pragmática do entendimento:

Qualquer um que se utilize de uma linguagem natural, a fim de entender-se com um destinatário sobre algo no mundo, vê-se forçado a adotar um enfoque performativo e a aceitar determinados pressupostos. (...) Ou seja, ele é obrigado a empreender idealizações, por exemplo, a atribuir significado idêntico a enunciados, a levantar uma pretensão de validade em relação aos proferimentos e a considerar os destinatários imputáveis, isto é, autônomos e verazes consigo mesmo e com os outros.<sup>34</sup>

Portanto, a transformação da razão prática em razão comunicativa pretende reabilitar um espaço da razão que seja dialógico, que pense nas relações humanas de maneira intersubjetiva e não siga apenas uma perspectiva observacional de primeira pessoa, na qual certa filosofia do sujeito, seja por um sujeito racional monológico ou por um macrossujeito da vontade geral, se movimenta. Habermas pensa uma razão comunicativa em que pressupostos contrafactuais pragmáticos sejam utilizados para entendimento linguístico factual. É importante destacar essa tensão existente entre aquilo que é factual e aquilo que é contrafactual, mas pressuposto normativamente. A complexa relação entre facticidade e validade é a pedra angular de todo o livro de 1992, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, que propõe uma teoria do discurso a partir da qual uma nova relação entre Estado e Sociedade é forjada no âmbito de um Estado Democrático de Direito:

Um leque de idealizações inevitáveis forma a base contrafactual de uma prática de entendimento factual, a qual pode voltar-se criticamente contra seus próprios resultados, ou *transcender-se* a si própria. Deste modo, a tensão entre idéia e realidade irrompe na própria facticidade de formas de vida estruturadas linguisticamente. Os pressupostos idealizadores sobrecarregam, sem dúvida, a prática comunicativa cotidiana; porém, sem

---

<sup>34</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 20.

essa transcendência intramundana, não pode haver processo de aprendizagem.<sup>35</sup>

Vale ressaltar que a idealização em Habermas é um aspecto presente na própria prática social de utilização da linguagem, portanto algo levantado na pragmática da interação social por todo aquele que pretende entendimento frente a pretensões de validade levantadas. São, por assim dizer, idealizações facticamente influentes. Sob pena de contradição performativa, todo aquele que participa da comunicação, ao usar da linguagem, precisa levar em consideração um ambiente contrafáctico idealizado, caso queira fazer valer pretensões de validade levantadas. Aparece como uma tensão existente no próprio bojo da linguagem ordinária. Os cidadãos não podem deixar de reconhecer uma validade no ideal ainda que eles não a cumpram e ainda que saibam que não estão cumprindo. Desta forma, a universalidade de Habermas se dá como ponto de chegada e não como ponto de partida, ou seja, não é um *a priori* embutido nas faculdades de um sujeito transcendental que pensa a si mesmo, mas algo que se constrói na própria interação comunicativa, sem depender propriamente de uma filosofia do sujeito. As pretensões universais de validade estão ligadas, em um primeiro plano, às ações comunicativas, aos atos de fala que pretendem entendimento.<sup>36</sup>

Portanto, a linguagem é vista dentro de uma teoria da ação que pressupõe quatro pretensões universais de validade reconhecidas pelos participantes sob pena de contradição performativa. Primeiramente, temos a pretensões de inteligibilidade. O participante escolhe uma expressão que pretende ser inteligível, portanto contar com a compreensão do interlocutor. A segunda pretensão universal de validade é a verdade. O conteúdo transmitido tem a pretensão de ser verdadeiro. A terceira pretensão universal de validade é a pretensão de sinceridade, a qual versa que a expressão levantada deve poder contar com a confiança do interlocutor. Sem essa pretensão a ação deixa de ser comunicativa e passa a ser estratégica. Por último temos uma quarta pretensão universal de validade embutida na pragmática do uso ordinário da linguagem. Trata-se da correção normativa, a qual impinge que a manifestação interacional se dê a partir daquilo que é tenha força normativa reconhecida. A força normativa não se confunde com mera validade social, pois é possível existirem normas com validade social, mas que ao longo do tempo se mostram incorretas de um ponto de vista normativo.

---

<sup>35</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, pp. 20-21.

<sup>36</sup> Para melhor entendimento sobre o conceito de idealização em Habermas como algo ligado, por um lado, à generalização dos significados, ou seja, ao uso de termos com significados idênticos e, por outro lado, ligado à universalização de pretensões de validade a serem resgatadas a partir de argumentos justificados para todos os participantes da comunicação, Cf. SILVA, F G. *Liberdades em Disputa: reconstrução da autonomia privada na teoria crítica de Jürgen Habermas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 47.

Vale lembrar que todas as pretensões de validade podem vir a ser questionadas, impondo a partir daí um novo âmbito de interação no qual as pretensões devem ser resgatadas discursivamente, ou seja, pela simples troca de argumentos. Portanto, as pretensões de validade são levantadas no aqui e agora, mas podem vir a ser questionadas, exigindo assim a busca discursiva da validação.

Esta tensão entre facticidade e validade que, como vimos, advém da própria integração social feita pela linguagem ordinária entre o contrafactual idealizado e o próprio fato, aparecerá também no *médium* do direito. Isso levará Habermas a reformular o conceito e a função do direito moderno, uma vez que, sob um enfoque discursivo, este deixa de se relacionar com a moral de maneira submissa e passa a figurar como norma de ação de valor epistêmico próprio. Além disso, nos moldes da teoria do discurso, a ambivalência do direito se torna mais evidente, pois além de ser sistematizado ele também é um saber cultural que condensa potenciais comunicativos advindos da formação intersubjetiva da opinião e da vontade em um Estado Democrático de Direito. O direito visto de maneira discursiva pode então dar conta de unir coerção fática e validade legítima, complementando a moral a partir da política. Sob o enfoque discursivo, só a partir da facticidade do direito é possível tematizar sua validade, bem como a facticidade da legalidade deve levar em conta a expectativa de legitimidade da norma jurídica. É o que veremos nas próximas seções.

## **1.2 – RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL A PARTIR DA TEORIA DO DISCURSO E DA TENSÃO ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE**

Ao menos desde a Grécia Antiga é possível observar a tentativa de fazer valer normas jurídicas estabelecidas pelos próprios cidadãos. Exemplos disso são a *isegoria* e a *isonomia*, direitos conferidos aos considerados cidadãos em Atenas. Esses direitos se referem, respectivamente, à participação das decisões da *pólis*, bem como o respeito à mesma lei. Contudo, tanto essas normas jurídicas quanto as normas jurídicas que surgiram na Idade Média com o amparo de leis divinas são formuladas de maneira externa aos próprios cidadãos, portanto sem a consagração da reflexividade como justificativa de obediência às normas que eles mesmos se dão (autonomia), uma vez que, de uma forma ou de outra, é preciso que a melhor forma de agir esteja ajustada a um todo maior, o *cosmos*, ou mesmo à revelação da missão divina dada por aquele que o criou. Sabemos que Atenas antiga consagrou uma forma de democracia direta com a participação discursiva de todos os cidadãos. Contudo, a atribuição do cidadão ainda permanecia dependente de um exercício das virtudes que permita descobrir certa função natural desempenhada no *cosmos*, sendo a ação

correta aquela que se ajusta à função natural dada não pelo próprio indivíduo, mas por sua conexão cósmica com o *êthos* da comunidade.

A racionalidade, antes da Modernidade, não podia pensar a si mesma na intenção de legitimar princípios de justiça, pois se enquadrava e correspondia a um todo maior. A questão da legitimidade ainda era secundária, pois vinculada a uma única doutrina do bem compartilhada, verdadeiro modelo a ser seguido pelos indivíduos. A partir do momento em que se deu a ruptura com o *cosmos* e com o sagrado, a justificação das normas pelos cidadãos modernos só poderia ocorrer em um procedimento que garantisse a liberdade de concepções de bem, haja vista a consagração da pluralidade de caminhos que levam ao sentido último da existência humana. Desta forma, uma vez que não nos encontramos mais em sociedades tradicionais que conectam seus cidadãos a partir de cosmovisões dadas e unívocas, mas em sociedades modernas que permitem a seus cidadãos agirem a partir de concepções que eles mesmos constroem, o direito se vê entre duas forças: a coercibilidade que lhe é própria e a pretensão de validade que agora deve ser reflexiva. A obrigatoriedade (cogência) das normas não pode ser garantida por uma função natural e muito menos por uma missão revelada, pois a disputa em torno de Deus levou às guerras religiosas dos séculos XVI e XVII, bem como a revolução científica esgotou paradigmas cosmológicos desde Copérnico e Galileu.

Na Modernidade, a norma de ação deve se submeter a si mesma a partir da própria razão que a criou e que a endossa, garantindo assim a liberdade de escolha quanto à forma de vida a ser seguida. O destinatário da norma deve poder ser visto como seu coautor, só assim é possível justificar como devemos agir e, ao mesmo tempo, afirmar os valores da liberdade e da igualdade. A razão voltada sobre si mesma percebe a tensão que se dá na própria linguagem entre aquilo que é factual e aquilo que pode ou deve ser normatizado, isto é, considerado válido. A linguagem em seu uso permite perceber que, para além de sua possibilidade designativa, constativa, indicativa, expressa por um observador, se tem a expectativa performática do participante em torno do sentido, portanto da validade de tal proferimento. Só é possível entender a expressão de determinado jogo de linguagem quando se percebe o sentido das questões práticas envolvidas e como cada uma delas suscita formas diferentes de justificação, de validade.

A autonomia, ou seja, a possibilidade de impor uma legislação sobre si mesmo (autolegislação) é o principal ímpeto do direito moderno, pois possibilita uma integração social diante desse paradoxo entre fato e norma, mantendo uma tensão fundamental que mobiliza a filosofia prática e a filosofia do direito a partir da reflexividade posta pela racionalização moderna. Inicialmente, o conceito de autonomia é pensado no bojo do

contratualismo, através do qual o acordo possibilita que o destinatário das normas também seja seu autor. Rousseau e Kant conferem liberdade quando da obediência da norma que se dá a si mesmo. Levando a reflexividade às últimas consequências no âmbito político, é possível pensar a relação entre coerção e liberdade, pois participamos do pacto social criador da norma ao mesmo tempo em que nos submetemos aos seus termos. Em verdade, trata-se dos efeitos da tentativa de conciliação entre liberdade e igualdade, uma vez que com a coercibilidade de uma norma fixada se tem liberdade de ação, mas essa só produz legitimidade quando justificada na medida da igualdade entre todos os cidadãos.<sup>37</sup>

Para Habermas, o problema é que esse ímpeto moderno é parcial, pois tanto Rousseau quanto Kant o impulsionam apenas por um lado da liberdade e da concepção de processo democrático que a acompanha, não conseguindo bem relacionar liberdade e igualdade no âmbito jurídico. A tensão entre facticidade e validade deve sim ser mantida em detrimento da coesão que existia entre esses elementos na antiguidade. Na antiguidade, a facticidade da autoridade externa que impunha a norma era a validade da norma. Facticidade e validade estavam juntas, não eram vistas sob uma relação tensa. Na modernidade, facticidade e validade se separam e se relacionam por uma tensão permanente. Ocorre que essa relação tensa própria da normatividade moderna não é bem explicada pelos autores modernos, segundo Habermas. Existe uma relação interna entre direitos humanos e soberania popular, mas “nem Kant, nem Rousseau conseguem descobrir esse nexos”.<sup>38</sup> Veremos as implicações desse ponto de maneira mais pormenorizada ao longo do trabalho, mas é importante sinalizar de antemão como a influência advinda da Modernidade e suas tentativas de bem relacionar liberdade e igualdade geraram o entendimento segundo o qual liberalismo e republicanismo acabam figurando para as discussões em filosofia política contemporânea como modelos de democracia opostos, os quais conferem, mesmo após a tentativa de conciliação, maior ênfase seja à liberdade, seja à igualdade, sem imbricá-las de maneira a torná-las interdependentes, ou mesmo vê-las como complementares.

É precisamente esse o ímpeto da teoria da Democracia Deliberativa a partir de uma Teoria do Discurso em Habermas.<sup>39</sup> Entender as relações que se fazem presentes nesta tensão existente, levantando uma possível complementaridade a partir da aparente oposição, requer

<sup>37</sup> Mesmo as dimensões ou gerações dos direitos humanos se referem a uma possível complementaridade entre os valores da liberdade e da igualdade a partir da relação entre facticidade e validade. A 1ª geração, constituída dos direitos civis e políticos, se fundamenta através do valor da liberdade, pois se relaciona com a busca de seu projeto de vida dentro daquilo que não é proibido. Já a 2ª geração (direitos sociais, econômicos e culturais), se fundamenta no valor da igualdade, pois pretende equalizar e legitimar distorções advindas do exercício dos direitos de 1ª geração.

<sup>38</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 137.

<sup>39</sup> Habermas, Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2007, pp. 277-292.

um cuidadoso esforço, que o autor alemão não se furtará. Parece mesmo ser a tentativa de encontrar algum potencial reflexivo que possa justificar discursivamente a cogência das normas jurídicas e, ao mesmo tempo, conciliar os principais potenciais normativos de dois modelos de democracia antes vistos em contraposição. A legitimidade das normas jurídicas passa a ser vista como produto discursivo da tensão existente entre fatos e valores presentes em um Estado Democrático de Direito. Enfim, veremos isso mais adiante, o que importa aqui é saber que a conciliação entre a concepção de liberdade e a concepção de igualdade feita por Rousseau e Kant, pelo liberalismo e por aquilo que Habermas chamou de republicanismo, sobretudo no que diz respeito ao conceito de autonomia, não produziu os efeitos desejados, colocando o autor alemão na posição de pretender oferecer um terceiro modelo de democracia que possa entender melhor essa relação tensa entre fatos e normas e entre liberdade e igualdade a partir de uma releitura do conceito de autonomia. Trata-se da democracia deliberativa que veremos mais adiante. Apresentemos, a título de ilustração, mais alguns detalhes quanto à origem dessa contraposição entre dois modelos de democracia, de certo que ao longo da presente pesquisa essa questão será mais bem sistematizada.

Em 1917, o mundo permanece polarizado, ao menos desde a Revolução Francesa, e a luta entre capitalismo e socialismo só deu nova roupagem à cisão que já existia entre liberdade e igualdade, embora saibamos que a igualdade do socialismo tem um cunho mais econômico do que a igualdade do republicanismo, a qual é vista sob a ótica de cidadãos participantes da autonomia política. Mesmo em 1971, com a promissora tentativa do filósofo americano John Rawls em revigorar a razão prática conciliando esses dois valores a partir de princípios de justiça voltados à estrutura básica da sociedade, a relação entre eles permanece em conflito, principalmente por conta da repetição de alguns erros já cometidos pela filosofia política moderna.<sup>40</sup> Contudo, a ideia de Estado Democrático de Direito está cada vez mais consolidada nas principais constituições mundiais.

Com isso, desde então, o conflito entre republicanismo e liberalismo tem pautado os caminhos da filosofia política contemporânea, sendo duas concepções de democracia e de liberdade vistas como opostas e irreconciliáveis. O republicanismo aposta no exercício da razão que se dá através da participação e da comunicação advindas do exercício de uma autonomia pública, sendo que o liberalismo defende um exercício da razão a partir da busca ética do indivíduo através de sua autonomia privada. Pois bem, a tentativa de entender as

---

<sup>40</sup> A guerra fria bipolarizou o mundo entre capitalismo e socialismo. O primeiro representou a liberdade de iniciativa do indivíduo e o segundo, a igualdade de tratamento entre as classes. Na filosofia política, Rawls voltou a seu potencial normativo, não se subsumindo às teorias empíricas da democracia, mas se relacionando com estas e até utilizando algumas de suas premissas.

motivações principais de ambas as concepções de democracia em um conceito ambivalente de autonomia que supere a filosofia do sujeito leva Habermas a considerar o direito como *médium* necessário para assegurar essa autonomia, e, portanto, o processo de legitimidade das normas de ação na conciliação entre liberdade e igualdade. Assim, pretende revigorar algumas ambições do direito moderno, mas sem deixar de levar às últimas consequências sua relação umbilical com a democracia. Habermas resgata uma razão prática que não se relaciona de maneira estreita com a moral e se coloca entre teorias empíricas do poder (que se bastariam com a descrição dos fatos e diagnósticos da dominação) e teorias normativas abstratas (que se descolam da realidade social, operando em um vazio conceitual).<sup>41</sup> Enfim, é exatamente por entender de forma peculiar essa tensão entre facticidade e validade que Habermas se mantém entre a descrição dos fatos sociais feita por certo realismo político, que desconsidera a normatividade e uma preocupação com a validade de normas, que perde a referência com a realidade, um normativismo abstrato.

O que é importante enfatizar, ainda neste ponto, é que a tentativa de conciliação típica da teoria moderna do direito, retomada em um viés discursivo por Habermas, busca preservar, de um lado, a facticidade da coerção, a qual dá um espaço de liberdade ao indivíduo, sendo que aquilo que não é proibido pela Constituição é permitido na busca de seu projeto de vida, e, de outro lado, a legitimidade da norma a partir da validade que lhe é conferida pelo processo de autolegislação, que se dá em igualdade de condições na formação intersubjetiva da opinião e da vontade de todos atingidos: “para mim ‘atingido’ é todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis consequências provocadas pela regulamentação de uma prática geral através de normas.”<sup>42</sup>

O que está em discussão é até que ponto o direito moderno pode retirar sua legitimidade da tensão fundamental entre a facticidade da coerção e do poder empírico e a validade das normas. Nesse sentido, o direito se coloca como ambivalente e dual, pois posto e pressuposto. Fixa normas que, ao serem formuladas, partem de determinado contexto intersubjetivo de troca argumentativa, conduzindo o poder de ação dos indivíduos na construção de seus objetivos de vida em certo espaço delimitado pela Constituição. Ou seja, ao ser posto, o direito permite aos indivíduos um espaço livre de ação, mas tem como pressuposto que sua coercibilidade só se efetivará na medida de sua validade: “esta formulação deixa entrever que existe uma tensão entre facticidade e validade permeando o

---

<sup>41</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2, 2012, p. 10.

<sup>42</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 142.

sistema dos direitos em sua totalidade, característica do modo ambivalente da validade jurídica”.<sup>43</sup>

No entanto, na Modernidade, esse direito, por mais que tensionado entre a facticidade e validade, ainda é baseado nas ideias de contrato e de propriedade, motivo pelo qual não é pensado pelo paradigma intersubjetivo. Trata-se de uma liberdade vista apenas do ponto de vista negativo ao menos no que diz respeito a impedir interferências estranhas ao plano de ação do sujeito racional. A divergência não é satisfatória para fazer coexistir os arbítrios. Os interesses são castrados em nome de uma boa vontade que precisa aparecer como ação desinteressada, visto que a autonomia se dá em certo ambiente puro do sujeito. Desta forma, direitos seriam assegurados por constarem como expressão natural da autodeterminação dos indivíduos ou da comunidade. A autonomia seria uma faculdade do sujeito, e não algo constituído na práxis argumentativa. A concepção de direito positivo acabaria sucedendo a concepção de direito natural, é verdade, mas manteria o mesmo espírito de direitos subjetivos fixados para a proteção do desenvolvimento dos indivíduos na busca da realização de seus próprios projetos de vida ou dos valores compartilhados pelo *ethos* comunitário, no sentido de Rousseau. A razão prática ainda seria vista sob o enfoque restrito da moral, sendo que a liberdade e a igualdade permaneceriam sem uma relação normativa fundamental que as considere interdependentes.

Assim, é possível dizer que ao menos o objeto do Constitucionalismo é cultivado desde a Antiguidade até a Modernidade, qual seja, limitar o poder da autoridade. Mas na Modernidade esse objeto só pode se justificar por ele mesmo, vale dizer, sem recorrer a explicações cósmicas, religiosas, metafísicas ou a qualquer designação externa ao próprio plano de ação dos sujeitos participantes. Ou seja, em sociedades tradicionais, por mais que exista normatização formal, estamos conectados a um plano superior que gira em torno de um bem comum, garantido a partir de designações externas advindas de uma visão cosmológica, religiosa ou metafísica da realidade. O direito moderno passa a se constituir a partir de uma tensão fundamental entre fatos e normas, pois, para que sua legalidade tenha o peso coercitivo factual, deve-se buscar a legitimidade através da validade reflexiva. Ocorre que o plano da ação na Modernidade só é assistido pelo direito em seu âmbito privado, portanto a partir do horizonte de projetos de vida dos indivíduos ou da comunidade em que estão inseridos. A existência do indivíduo não é vista pelo lado da socialização e da aprendizagem via interação, mas pelo ângulo daquele que persegue bens mais adequados ao seu próprio projeto de vida. O

---

<sup>43</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 113.

problema é que se trata de um plano de ação monológico, portanto restrito à perspectiva de um observador que analisa de fora suas ações tendo em vista sua própria busca ética ou moral:

Desde a época de Hobbes, as regras do direito privado, apoiadas na liberdade de contratos e na propriedade, valem como protótipo para o direito em geral. Ao formular sua doutrina do direito, Kant tomara como ponto de partida direitos naturais subjetivos, que concediam a cada pessoa o direito de usar a força quando suas liberdades subjetivas de ação, juridicamente asseguradas, fossem feridas. (...) Esses direitos de defesa protegiam as pessoas privadas contra interferências ilegais do aparelho do Estado na vida, liberdade e propriedade.<sup>44</sup>

Para Habermas, em Kant, a legitimidade jurídica de certa coexistência de arbítrios só faz sentido se tiver como fundamento a validação moral advinda da autonomia, a qual só ocorre quando o sujeito, a partir de sua vontade, se impõe a si mesmo a regra de conduta. Ocorre que essa autonomia da vontade precisa contar não só com uma concepção de liberdade jurídica advinda da legitimidade das normas jurídicas, mas *principalmente* com uma justificação moral. Com isso, Kant acaba exigindo que o direito e sua legitimidade se subordinem a uma concepção de liberdade moral, a qual exige, tendo em vista o imperativo categórico, a universalização da máxima do sujeito racional. Ou seja, Kant tenta aproximar coerção e liberdade a fim de dar legitimidade para as normas jurídicas, mas faz isso utilizando do conceito de autonomia da vontade vinculado a um sujeito racional possuidor dessa vontade. A legitimidade das regras jurídicas em Kant parece depender, ao menos a partir de uma leitura habermasiana, do tipo de validade que se coloca quando da liberdade moral, pois só assim possibilita ao indivíduo universalizar a sua máxima e transformá-la em uma lei universal, cumprindo assim a imparcialidade exigida. Nesta linha habermasiana, Kant subordina o direito à moral a partir da formulação do imperativo categórico e através do conceito de autonomia da vontade e de dignidade da pessoa humana, uma vez que estes se colocam como fundamento de legitimidade das próprias normas jurídicas, as quais só podem ser justificadas, portanto, por razões advindas de uma validação moral. Kant não consegue ver – ao menos não da maneira adequada – o direito como força social integradora complementar ao lado da moral racional, aberta a outras questões práticas e outros tipos de validade que não apenas a moral. Desta forma, Kant entende o direito como excessivamente vinculado à moral, e não como uma norma de ação que pode, inclusive, aliviar um peso excessivo que a moral passou a impor aos indivíduos a partir da modernidade.

---

<sup>44</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 48.

A partir dessa lacuna que acredita constatar na filosofia de Kant, Habermas quer reabilitar a relação entre coerção e liberdade, bem como a tensão entre facticidade e validade no bojo da linguagem, do direito e da democracia, a partir do conceito de autonomia, fazendo com que o destinatário das leis também tenha a liberdade de criá-las, mas pensando esse processo para além do sujeito racional e monológico ou do *êthos* comunitário, dependente de virtudes cívicas. Pretende-se investigar, no seio de um Estado Democrático de Direito, um aspecto da liberdade ainda pouco explorado na Modernidade ao menos sob a ótica discursiva: a liberdade positiva de participação e de comunicação. Habermas, assim, procede tentando escapar de uma vinculação a certa filosofia do sujeito que já tivemos a oportunidade de delinear, bem como tentando superar um modo de pensar monológico, anterior à Reviravolta Pragmático-Linguística e que considera prioritariamente a moral como dimensão prática a justificar a normatividade jurídica. O paradigma do entendimento, alicerce de sua teoria do discurso, dará nova roupagem à relação entre coerção e liberdade para, assim, consagrar, discursivamente, o direito como a ponte entre o saber cultural do mundo da vida e o sistema (Estado e Mercado), bem como considerar outras dimensões práticas nesse percurso. É a partir de uma *práxis* comunicativa voltada ao entendimento que Habermas pretende conciliar liberdade e igualdade:

Na medida em que os direitos de comunicação e de participação política são constitutivos para um processo de legislação eficiente do ponto de vista da legitimação, esses direitos subjetivos não podem ser tidos como de sujeitos jurídicos privados e isolados: eles têm de ser apreendidos no enfoque de participantes orientados pelo entendimento, que se encontram em uma prática intersubjetiva de entendimento.<sup>45</sup>

O conceito de autonomia, como se viu em Kant, se daria, predominantemente, pela via da moral, deixando de lado outras dimensões práticas do agir humano. Este mesmo conceito em Rousseau tem em vista a vontade geral como capacidade pública do cidadão de pensar a norma que, ao ser imposta a si mesmo, está de acordo com a autodeterminação ética expressa pela participação política. Rousseau, para justificar a obrigatoriedade das normas jurídicas impostas, exigia que estas fossem fruto da vontade geral manifestada por certa concepção de liberdade positiva. Ora, percebemos que enquanto Kant vê a autonomia apenas pelo lado da moral, embora ligada à legitimidade das normas jurídicas, Rousseau vê a autonomia apenas pelo lado da ética, pois vinculada à autodeterminação ética e à virtude cívica de determinada comunidade. Também percebemos que, por trás da relação entre as normas de ação e suas

---

<sup>45</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 53.

concepções de liberdade a fim de forjar um conceito de autonomia, se encontra a tensão que já havíamos mencionado entre facticidade e validade. É exatamente seguindo esse caminho que Habermas pretende melhor relacionar direito e moral a partir da própria expectativa normativa moderna.

A conciliação dessa tensão fundamental só pode se dar a partir de uma normatividade que dê conta de formular um conceito mais abrangente de razão prática, o qual entende discursivamente o direito como uma possibilidade de coordenar as ações em uma relação sem submissão com a moral. É certo que o direito deve buscar não contrariar a moral, mas isso não indica que deve se submeter a ela. Habermas resolve esse aparente paradoxo a partir da ideia de um procedimento de criação das normas que mantém um ponto de vista moral, mas que permite outros discursos práticos como argumentos na justificativa da obediência das normas jurídicas. Uma racionalidade própria é pensada para o direito, mas, uma vez que tanto o direito quanto a moral se relacionam como princípio do discurso, a justificação normativa se dá tanto pela aceitabilidade racional – o que impõe o ponto de vista moral que considera o interesse simétrico de todos – quanto pela aceitação concreta dada pela formação discursiva da opinião e da vontade.

Habermas reserva o papel de integrador social para o direito. O direito, sobretudo por condensar em seu conteúdo um aprendizado cultural advindo da sociedade civil, figura como forma jurídica formalmente institucionalizada, e é, além de um saber cultural, um sistema de ação. Ele ganha força normativa própria que vai além da moral, pois amplia o escopo de justificativa do cidadão que precisa fundamentar suas ações no cotidiano, ao mesmo tempo em que, como um *médium*, abraça uma maior pluralidade e complexidade das tramas que se dão nas contemporâneas relações humanas de um Estado Democrático de Direito:

Por ‘direito’ eu entendo o moderno direito normatizado, que se apresenta com a pretensão à fundamentação sistemática, à interpretação obrigatória e à imposição. O direito não representa apenas uma forma do saber cultural, como a moral, pois forma, simultaneamente, um componente importante do sistema de instituições sociais. O direito é um sistema de saber e, ao mesmo tempo, um sistema de ação. Ele tanto pode ser entendido como um texto de proposições e de interpretações normativas, ou como uma instituição, ou seja, como um complexo de reguladores da ação.<sup>46</sup>

Habermas leva até o limite a relação entre coerção e liberdade e a tensão entre facticidade e validade que surge daí, mas, dessa vez, tendo em mente a virada linguística e pragmática da filosofia, bem como um conceito integrador de direito. É que a facticidade da

---

<sup>46</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 110.

coerção da norma jurídica só pode ser tida como válida se bem relacionada a uma concepção de liberdade que, a partir do conceito de autonomia, legitime o direito sem fazê-lo submisso a uma validade apenas moral.

Essa tensão entre facticidade e validade já existe no bojo da própria linguagem, como afirmado anteriormente, tomando o formato das normas de ação erigidas no mundo da vida compartilhado. As normas jurídicas de ação, por sua vez, também reproduzem a mesma tensão, pois só podem ser pensadas a partir de uma estrutura linguística de uma comunidade de fala que busca o entendimento. O direito tem a possibilidade de abrir certa potencialidade que não se encontra formulada de uma vez por todas em seus dispositivos legais. Portanto, ele ajuda na integração social combatendo certa racionalidade estratégica do sistema, pois permite, junto à liberdade comunicativa, a institucionalização das próprias condições da comunicação. Diferente da moral que tem a expectativa de atingir a universalidade dos seres racionais, no sentido daquilo que é igualmente bom para todos, o direito está tanto no mundo da vida, configurando-se como um saber cultural, quanto no sistema e, por isso, abranda a expectativa universal da moral quando se impõe a todos os sujeitos de direito, portanto no limite de dada comunidade jurídica. Cumpre ressaltar o papel de mediação que o direito pode cumprir entre o sistema e o mundo da vida, pois é parte integrante dos dois, o que possibilita um fluxo político-comunicacional que pode combater idiosincrasias sistêmicas:

Todavia, o código do direito não mantém contato apenas com o *médium* da linguagem coloquial ordinária pelo qual passam as realizações de entendimento, socialmente integradoras, do mundo da vida; ele também traz mensagens dessa procedência para uma forma na qual o mundo da vida se torna compreensível para os códigos especiais da administração, dirigida pelo poder, e da economia, dirigida pelo dinheiro. Nesta medida, a linguagem do direito pode funcionar como um transformador na circulação da comunicação entre sistema e mundo da vida, o que não é o caso da comunicação moral, limitada à esfera do mundo da vida.<sup>47</sup>

Portanto, Habermas quer entender o direito de maneira discursiva como uma norma de ação que coordena e integra a sociedade, de maneira a garantir o ímpeto democrático, que se encontra em seu próprio bojo, o que joga a relação tensa entre facticidade e validade também para âmbito democrático. O direito se relaciona com a moral, mas não sob a insígnia da subordinação kantiana. Habermas não consegue pensar o direito sem pensar a democracia, pois assim está mais bem sintonizado com o próprio ímpeto normativo do direito moderno, não desconsiderando dimensões práticas advindas da reconstrução comunicativa, mesmo que

---

<sup>47</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 112.

diferentes da moral. A legitimidade surge da maneira como se entende a legalidade. Teremos oportunidade de entender melhor essa proposta de coesão entre direito e política, mas, antes, vejamos mais de perto a relação entre direito e moral, dois conjuntos de normas complementares, haja vista o direito se relacionar com a moral via política, sem se submeter, pois aberto a outras dimensões de validade da ação humana.

O direito torna a moral efetiva, pois empresta, por assim dizer, seu potencial coercitivo, não dependendo mais da capacidade ou da virtude de sujeitos racionais monológicos ou mesmo de comunidades unívocas para erguer a legitimidade da obediência às normas jurídicas. Não se justifica mais o direito pela moral, pois as ações que o direito cobre se vinculam a outras dimensões práticas que produzem efeitos para além de uma moral convencional. A justificativa das ações leva em conta um cenário que não conta mais com ações conectadas a um único sentido existencial ou que sejam praticadas por uma vontade livre. Agora, a ação é realizada por um participante no cenário de uma práxis argumentativa que vive a tensão entre a aceitabilidade racional da moral e a aceitação concreta advinda de outras dimensões práticas enraizadas em um pano de fundo comunicativo. O direito alivia a moral, pois dissipa o peso de, a cada situação, ter de se pensar no interesse simétrico de todos os sujeitos racionais. Na verdade, para o direito, basta o pensamento em conformidade legal para agir bem frente às expectativas da comunidade jurídica de que se é membro. Portanto, as expectativas da moral são aliviadas em um ambiente procedimental, pós-metafísico e pós-convencional,<sup>48</sup> sendo que nesse ambiente o direito não é subordinado e nem visto como cópia da moral, permitindo outro entendimento sobre o conceito de autonomia:

A través dos componentes de legitimidade da validade jurídica, o direito adquire uma relação com a moral. Entretanto, essa relação não deve levar-nos a subordinar o direito à moral, no sentido de uma hierarquia de normas. A idéia que existe uma hierarquia de leis faz parte do mundo pré-moderno do direito. A moral autônoma e o direito positivo, que depende de fundamentação, encontram-se numa *relação de complementaridade* recíproca.<sup>49</sup>

Habermas pensa a complementaridade entre direito e moral a partir de sua teoria discursiva, pela qual um princípio do discurso abrange ambas as normas de ação. A moral é a norma de ação que tem como pretensão de validade a aceitabilidade racional de seus termos e

---

<sup>48</sup> Sobre a fundamentação pós-convencional. Habermas, Jürgen. *Para a Reconstrução do Materialismo Histórico*, 1983, p. 61: “[n]esse nível, há um claro esforço no sentido de definir os valores e os princípios morais que têm validade e aplicação independentemente da autoridade dos grupos ou das pessoas que os sustentam e do fato de que o próprio indivíduo se identifique ou não com tais grupos.”

<sup>49</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, pp. 140-141.

a aplicação a todos os seres racionais, pois apenas dependeria da reflexividade. O direito é a norma de ação que se legitima a partir de um processo de formação intersubjetiva da opinião e da vontade e se aplica àqueles considerados cidadãos, membros de uma comunidade jurídica determinada que firmam posição a partir da aceitação concreta manifestada nesse processo. Segundo Habermas, o princípio do discurso abrange ambas as normas de ação, pois independe dessas, sendo o princípio moral e o princípio da democracia suas especificações. “D: São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”.<sup>50</sup>

A fundamentação imparcial só é possível por conta desse princípio do discurso que figura como princípio de ação em geral, independente da moral e do direito, sendo essas especificações desse princípio que, como diz Habermas, “coloca em relevo o sentido das exigências de uma fundamentação pós-convencional”.<sup>51</sup> O princípio da moral é o princípio de universalização em que o argumento só pode ser validado tendo em vista o interesse de todos os afetados. O direito, para Habermas, só pode ser visto a partir do princípio de democracia, uma vez que ambivalente e condutor de uma legitimidade advinda da legalidade. Quando se aplica o discurso à forma jurídica, passamos a ter um processo que se retroalimenta, pois se justifica a partir de si mesmo através da comunicação. Desdobrados a partir da comunicação, temos outras dimensões práticas validadas por argumentos não só morais, mas também éticos e pragmáticos:

Pois o princípio moral resulta de uma especificação do princípio geral do discurso para normas de ação que só podem ser justificadas sob o ponto de vista da consideração simétrica dos interesses. O princípio da democracia resulta de uma especificação correspondente para tais normas de ação que surgem na forma do direito e que podem ser justificadas com o auxílio de argumentos pragmáticos, ético-políticos e morais.<sup>52</sup>

Assim, o princípio do discurso está fundado em um reconhecimento recíproco que justifica de maneira imparcial as normas impostas, bem como possibilita que essa justificação seja produto de uma formação intersubjetiva que identifica o cidadão como autor e destinatário do processo democrático de gênese do direito. O direito, visto através da democracia, impulsiona uma integração social que relaciona mundo da vida e sistema. É importante salientar esse papel decisivo e ambivalente do direito no que diz respeito à legitimidade de uma concepção de justiça democrática em sociedades complexas:

<sup>50</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 142.

<sup>51</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 142.

<sup>52</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, pp. 142-143.

Os dois aspectos sob os quais analisamos o princípio da moral e da democracia implicam respectivamente duas tarefas, que o procurado sistema de direitos deve solucionar. Este não deve apenas institucionalizar uma formação da vontade política racional, mas também proporcionar o próprio *médium* no qual essa vontade pode se expressar como vontade comum de membros do direito livremente associados.<sup>53</sup>

Neste sentido, o direito é mais restrito e mais abrangente que a moral, por isso a complementa. É mais abrangente porque alivia o sujeito agente do peso de decisões complexas e chega a âmbitos em que a moral não pode atuar. É mais restrito, pois seu universalismo é tênue, uma vez que se compromete apenas com os sujeitos de direito, membros de uma comunidade jurídica determinada. Como afirmado anteriormente, a moral se compromete com um universalismo forte que pretende a aceitabilidade racional de todos seres racionais, algo demasiadamente abrangente e abstrato para participantes de uma sociedade democrática marcada pelo fato o pluralismo. Na moral, portanto, não existe um escopo de atuação bem delineado, o que provoca diversas incertezas não só aos indivíduos, como em toda comunidade. O direito é mais abrangente, pois não leva em conta aquilo que é igualmente bom para todos, a não ser assumindo a perspectiva procedimental de um ponto de vista moral (*moral point view*), mas também permite práticas pragmáticas, pois no interesse do agente (aquilo que é “bom para meu fim”), e práticas éticas, as quais se conduzem no interesse da comunidade (o que é “bom para nós” ou o que é “bom para mim”). Enfim, o direito entrelaça discursos práticos em sua racionalidade.

Para cada dimensão do agir ou uso da razão prática, existe um tipo de validade que deve ser levada em conta a fim de reconstruir discursivamente a legitimidade das normas de ação. Portanto, a justificação de normas morais passa por argumentos diferentes da justificação de normas jurídicas, sendo que ambos argumentos só podem se relacionar a partir de um princípio do discurso que se refere às normas de ação em geral, abrangendo todas justificativas e argumentos usados na moral e no direito. A moral se justifica tendo em vista apenas questões que levam em conta a simetria do interesse de todos. Contudo, o direito se justifica a partir das diferentes validades suscitadas por questões práticas diversas, sejam morais, éticas ou pragmáticas. Enfim, normas morais diferem de normas jurídicas quanto ao escopo sobre o qual se funda sua validade:

Normas morais regulam relações interpessoais e conflitos entre pessoas naturais, que se reconhecem reciprocamente como membros de uma

<sup>53</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, pp. 146-147.

comunidade concreta e, ao mesmo tempo, como indivíduos insubstituíveis. Eles se dirigem a pessoas individuadas através de sua história de vida. Ao passo que normas jurídicas regulam relações interpessoais e conflitos entre atores que se reconhecem como membros de uma comunidade abstrata, criada através das normas do direito. Também elas se endereçam a sujeitos singulares, os quais, porém, não se individualizam mais através de sua identidade pessoal, formada através de sua história de vida, e sim, através da capacidade de assumir posição de membros sociais típicos de uma comunidade construída juridicamente.<sup>54</sup>

A relação entre direito e moral apresentada por Habermas permite melhor equacionar as relações prático-existenciais contemporâneas, uma vez que se relaciona com a dialogicidade do participante de uma sociedade plural e complexa constituída em Estado Democrático de Direito. O processo de socialização a esse nível não é algo constituído individualmente. Nesse processo, a individuação se dá pela socialização,<sup>55</sup> não existindo consciência de si sem reconhecimento intersubjetivo do outro. A justificação das normas não passa mais apenas por um sujeito racional que se pensa a si mesmo, mas por uma *práxis* comunicativa que bem relaciona aquilo que obriga internamente (moral) com aquilo que obriga externamente (direito). O direito não se submete à moral, mas a complementa com sua estrutura, ao mesmo tempo em que a alivia por constituir mais um saber cultural que engloba outras dimensões práticas:

Uma moral dependente de um substrato de estruturas da personalidade ficaria limitada em sua eficácia, caso não pudesse atingir os motivos dos agentes por um *outro* caminho, que não o da internalização, ou seja, o da institucionalização de um sistema jurídico que *complementa* a moral da razão do ponto de vista da eficácia para a ação. O direito é sistema de saber e, ao mesmo tempo, sistema de ação; ele pode ser entendido como um texto repleto de proposições e interpretações normativas ou como uma instituição, isto é, como um complexo de regulativos da ação. (...) E, como o direito está estabelecido simultaneamente nos níveis da cultura e da sociedade, ele pode *compensar* as fraquezas de uma moral racional que se atualiza primariamente na forma de um saber.<sup>56</sup>

O direito, na visão de Habermas, tem uma relação com os interesses diferente da visão de Kant. Habermas permite a entrada de interesses no direito, sem subordiná-los a uma justificativa apenas moral, uma vez que apenas a reconstrução procedimental do direito deve contar com um ponto de vista moral, portanto, imparcial. O conteúdo das normas jurídicas pode receber, via processo democrático, normas pragmáticas e normas éticas, além de normas

<sup>54</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, pp. 147-148.

<sup>55</sup> Cf. Habermas, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico*, 2002, p. 183.

<sup>56</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, pp. 149-150.

morais. Na ótica do direito é possível agir conforme o dever, guardando a motivação advinda de interesses como um importante elemento do processo democrático e, portanto, da legitimidade das normas. Com isso, o direito, forjado em democracias constitucionais, permite uma integração social, um fluxo de comunicação entre o saber cultural advindo do mundo da vida e o marco regulatório do sistema. A periferia das discussões em um ambiente informal passaria a pressionar o ambiente formal da institucionalização, sendo o poder comunicativo revertido em poder administrativo. Veremos isso mais adiante, contudo passemos à investigação mais pormenorizada da amplitude do conceito de direito habermasiano do ponto de vista das exigências da moral e dos discursos práticos inseridos no direito.

### **1.3 RELAÇÃO DAS EXIGÊNCIAS MORAIS COM O DIREITO E OS DISCURSOS PRÁTICOS**

#### **1.3.1 – Formas jurídicas complementares às exigências morais**

A fala é uma das mais importantes formas de agir do ser humano, sobretudo quando este, na interação cotidiana, pretende se entender acerca de valores e sentidos linguísticos erguidos e reconstruídos pragmaticamente. Todo ato de fala tem um efeito ilocucionário que visa o entendimento e carrega dentro de si universais pragmáticos inevitáveis, os quais, por sua vez, possibilitam uma normatividade capaz de levantar princípios de justiça e reger comportamentos sociais de maneira imparcial. É deste potencial comunicativo do ser humano que nasce a possibilidade de transformar a razão prática kantiana e seu conceito de autonomia em razão comunicativa, sobretudo com um conceito de autonomia advindo da perspectiva discursiva de um Estado Democrático de Direito, e não de um sujeito racional moral.

A práxis comunicativa substitui o sujeito na legitimidade do uso prático da razão. Não se trata mais de um sujeito possuidor de uma vontade que busca, a partir de si mesmo, a melhor forma de agir ou mesmo de articular os fundamentos do conhecimento, mas de participantes capazes de discursivamente se entender a partir de atos de fala ilocucionários e, com isso, darem uns aos outros, reciprocamente, princípios e normas de ação compartilhadas por todos os concernidos. Ao invés de elevarmos nossa máxima à lei universal – como sugere uma das formulações do imperativo categórico kantiano, a partir de uma possibilidade reflexiva individual – devemos submetê-la à formação intersubjetiva da opinião e da vontade, a qual se dá através de argumentos levantados aqui e agora em pretensões de validade e tomadas de posição. O potencial reflexivo que, desde a Modernidade, possibilitou a

legitimidade advinda da autolegislação, agora é visto pela ótica discursiva e dialógica, na qual é a legitimidade que advém da legalidade quando de um novo entendimento discursivo acerca do direito que parte, sobretudo, da centralidade de uma práxis comunicativa ordinária:

A práxis comunicativa cotidiana encontra-se, por assim dizer, refletida em si mesma. No entanto, essa ‘reflexão’ não é mais uma tarefa do sujeito do conhecimento que se refere a si, objetivando-se. Essa reflexão pré-linguística e solitária é substituída pela estratificação do discurso e da ação inserida na ação comunicativa. Com efeito, as pretensões de validade fatualmente levantadas remetem direta ou indiretamente a argumentações nas quais podem ser elaboradas e, se for o caso, cumpridas.<sup>57</sup>

Nesta perspectiva não se pensa mais uma filosofia do direito que se resuma ao âmbito reflexivo individual da moral. A reflexividade, para que possa ser dialógica, deve passar por todo processo de justificação democrática na ótica da teoria do agir comunicativo. Na verdade, Habermas pretende realizar uma reconstrução do direito, portanto, uma “*gênese lógica de direitos*”.<sup>58</sup> Ora, nessa justificação, como dito anteriormente, se exige apenas um ponto de vista moral procedimental, mas se permite outros discursos práticos na fundamentação das ações *conforme o dever*. A partir do *médium* do direito, o uso da razão prática passa a contar não só com discursos morais, mas também com discursos éticos e pragmáticos para justificar as escolhas e ações em esfera pública, bem como a obrigatoriedade normativa.

Assim como já mencionamos – mas é importante ressaltar novamente – o direito é mais restrito e mais amplo que a moral. Mais restrito, pois especifica seu campo de atuação de maneira mais precisa, tratando de sujeitos de direito de determinada comunidade jurídica. Mais amplo, pois abarca outros discursos práticos aliviando o peso excessivo da moral racional em decisões que não precisam mais estar sempre fundamentadas no interesse simétrico de todos.

A moral racional tem exigências práticas que, sobretudo após a guinada pragmático-linguística, restaram-se excessivas demais para a reflexividade de um sujeito racional visto sob o aspecto monológico e sob o enfoque de um observador que pretende validade apenas por justificações morais. Na verdade, com o Estado Democrático de Direito em sociedades complexas, as exigências da moral devem poder ser compensadas a partir de um ponto de vista de sujeitos de direito que agem falando e motivam suas ações tendo em vista os mais

<sup>57</sup> Habermas, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade*, 2002, p. 448.

<sup>58</sup> Cf. Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 158.

diversos discursos práticos. Enfim, as exigências cognitivas, motivacionais e organizatórias levantadas pela moral são agora pensadas em complemento com o direito:

A pessoa que julga e age moralmente tem que se apropriar autonomamente desse saber, elaborá-lo e transpô-lo para a prática. Ela se encontra sob exigências cognitivas, motivacionais e organizatórias inauditas, das quais é *aliviada* quando pessoa jurídica.<sup>59</sup>

Essa abstração da moral acarreta dificuldades quanto a sua aplicação nas situações localizadas. A capacidade reflexiva *in abstracto* do indivíduo simplesmente não abarca as decisões que lhe são exigidas pelo direito. Ora, o direito tem sua fundamentação e sua aplicação delineadas concretamente a partir de uma comunidade jurídica de sujeitos de direito. Com o direito, a formação do juízo dos participantes está intimamente relacionada com o processo democrático visto de forma discursiva. Assim, o direito, através de sua forma jurídica institucionalizada, confere tratamento complementar às exigências cognitivas da moral:

Problemas de fundamentação e de aplicação de questões complexas sobrecarregam freqüentemente a capacidade analítica do indivíduo. E tal *indeterminação cognitiva* é absorvida pela facticidade da normatização do direito. O legislador político decide quais normas valem como direito e os tribunais resolvem, de forma razoável e definitiva para todas as partes, a disputa sobre a aplicação de normas válidas, porém carentes de interpretação. O sistema jurídico tira das pessoas jurídicas, em sua função de destinatárias, o poder de definição dos critérios de julgamento do que é justo e do que é injusto. Sob o ponto de vista da complementaridade entre direito e moral, o processo de legislação parlamentar, a prática de decisão judicial institucionalizada, bem como o trabalho profissional de uma dogmática jurídica, que sistematiza decisões e concretiza regras, significam um alívio para o indivíduo, que não precisa carregar o peso cognitivo da formação do juízo moral próprio.<sup>60</sup>

Além do alívio cognitivo relacionado às decisões de nossas ações, é importante atentarmos para as expectativas daqueles que participam do processo de criação das normas, precisando, portanto, concordar com estas. A forma jurídica enredada na democracia a partir do discurso deixa livre aos agentes os motivos para seu cumprimento. Os motivos referentes à fundamentação das normas podem diferir dos motivos contidos no âmbito de sua aplicação. Desde que sua conduta esteja de acordo com o direito, o destinatário estará agindo de maneira justa, por mais que não tenha em vista orientações imparciais. Por vezes, o cumprimento de uma norma jurídica se dá por interesses do agente sem que isso comprometa a rigidez e a

<sup>59</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 150.

<sup>60</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 151.

cogência das normas jurídicas. Uma vez membro da comunidade jurídica, portanto sujeito de direito, cada um espera que todos sigam normas válidas. A fundamentação do direito é um processo que exige um ponto de vista moral, mas a motivação dos destinatários no momento de aplicação da norma está aberta aos mais diversos interesses:

À indeterminação cognitiva do juízo orientado por princípios deve-se acrescentar a *incerteza motivacional* sobre o agir orientado por princípios conhecidos. Esta é absorvida pela facticidade da imposição do direito. Na medida em que não está ancorada suficientemente nos motivos e enfoques de seus destinatários, uma moral da razão depende de um direito que impõe um agir conforme a normas, deixando livres os motivos e enfoques. O direito coercitivo cobre de tal modo as expectativas normativas com ameaças de sanção, que os destinatários podem limitar-se a considerações orientadas pelas conseqüências.<sup>61</sup>

Por fim, a forma jurídica ainda tende a aliviar o peso normativo excessivo da moral no que diz respeito a organizações institucionais. O direito acaba por reforçar instituições naturais, como a família, pois as consagra em seu bojo, mesmo em se tratando de questões éticas de determinada comunidade. Contudo, além disso, sociedades complexas exigem que os conflitos sejam tratados de modo a manter a convivência em cooperação, sendo que para isso é preciso um procedimento em comum. Max Weber já dizia, como vimos, que a modernização traz a necessidade da burocracia. Ora, a burocracia, portanto, mais do que atrapalhar o andamento da modernização, tem por função acomodar as diferenças. Ocorre que a racionalidade na qual Weber se apóia ainda diz respeito à melhor estratégia para o sucesso teleológico e conduz a um diagnóstico burocrático-racional limitador. Evidente que quando tomamos a razão apenas por esse lado, a burocracia tende a ser um pesar, mas seu potencial organizativo é importante para a acomodação da liberdade que se garantiu e que se pretende continuar garantindo. Por exemplo, é só a partir de certa formalização da interação que podemos estabelecer marcos institucionais na luta pela concretização dos direitos fundamentais fixados na Constituição. Portanto, ao menos do ponto de vista de um Estado Democrático de Direito, a luta é pela institucionalização da soberania popular, o que, por evidente, não pode se dar em um ambiente em que a moral subordina o direito enquanto norma de ação. A moral permanece abstrata e não pode erigir normas hierarquizadas e institucionalizadas publicamente quando desconsidera a gênese lógica de direitos. É salutar o complemento do direito, pois este empresta sua forma jurídica, por exemplo, para organizar de maneira institucional o conteúdo simbólico advindo da formação intersubjetiva da opinião

---

<sup>61</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, pp. 151-152.

e da vontade. Este conteúdo que cruza os fluxos comunicacionais é organizado pelo direito em dispositivos que buscam ampliar a liberdade comunicativa daqueles participantes do processo democrático. Tanto instituições naturais como instituições sociais são reforçadas pela forma jurídica:

Deste modo, as exigências morais, que têm que ser preenchidas através de cadeias de ação anônimas e realizações organizacionais, só encontram destinatários claros no interior de um sistema de regras autoaplicáveis. O direito é *naturalmente* reflexivo; ele contém normas secundárias que servem para a produção de normas primárias da orientação do comportamento. Ele pode determinar competências e fundar organizações, em síntese, um sistema de imputabilidade, que se refere não só as pessoas jurídicas naturais, mas também a sujeitos de direito fictícios, tais como corporações e institutos. (...) O direito não é recomendado apenas para a reconstrução dos complexos de instituições naturais que ameaçam ruir devido à subtração da legitimação. Em virtude da modernização social, surge uma necessidade organizacional de tipo *novo*, que só pode ser satisfeita de modo construtivo. O substrato institucional de áreas de interação tradicionais, tais como a família e a escola, é reformulado através do direito, o qual torna possível a criação de sistemas de ação organizados formalmente, tais como mercados, empresas e administrações. A economia capitalista, orientada pelo dinheiro, e a burocracia estatal, organizada a partir de competências, surgem no *médium* de sua institucionalização jurídica.<sup>62</sup>

Desta forma, percebemos a valorização que o autor alemão confere ao direito. Confia seu projeto de reabilitação da razão prática a partir da comunicação nesse importante fator de integração social e de coordenação das ações. Vale lembrar que a força normativa que o direito adquire em *Direito e Democracia: entre facticidade e validade* demonstra uma mudança interpretativa na típica relação que Habermas traça entre sistema e mundo da vida. Habermas já havia investigado a relação entre direito e moral, bem como já dava pistas de certa inflação da moral em Kant. No início do capítulo, levantamos algumas das intuições anteriores do autor. Contudo, até a obra de 1992, Habermas pensava que, por conta da colonização do mundo da vida proporcionada pelo sistema, era preciso resguardar a liberdade comunicativa de interferências estratégicas, protegendo assim o mundo da vida do sistema. Habermas muda essa ideia de sitiamento do mundo da vida quando entende a importância de sua imbricação com o sistema, pois os fluxos comunicativos devem poder transportar, via política, questões pragmáticas, éticas e morais para o bojo do direito a fim de se fazerem valer como justificação pública de um processo democrático discursivo. Habermas, então, passa a adotar uma concepção que entende de maneira mais complexa a relação entre o sistema e o mundo da vida. O que se chamou de “teoria das eclusas” demonstra uma relação recíproca e

---

<sup>62</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, pp. 152-153.

dinâmica entre a institucionalização do sistema relacionada com os direitos humanos e a soberania popular advinda dos fluxos comunicativos do mundo da vida. Esta questão retornará mais adiante.

Ao direito é conferida, portanto, a possibilidade de relacionar e fazer transitar questões informais do mundo da vida pelo âmbito formal do sistema. Com isso, é possível levantar discursivamente a legitimidade a partir da própria legalidade, típica questão moderna, como dito anteriormente. A ambivalência do direito permite que este seja fio condutor entre a facticidade da coerção e a validade da justificação. O que está em jogo é a mesma questão moderna, só que sob outra roupagem: a relação discursiva entre coerção e liberdade. Vimos que isso se dá, principalmente, por conta da ambiguidade do direito e pelo alívio que proporciona ao indivíduo moral quando confere outro tratamento às exigências cognitivas, motivacionais e organizatórias que deve suportar. Ainda quanto a essa relação entre direito e moral, é importante observar que o direito, diferentemente da moral, permite, com seu processo de gênese lógica, uma fundamentação normativa advinda de diferentes questões e discursos práticos. O direito, por ser sistema e, ao mesmo tempo, um saber cultural, faz o trânsito comunicativo de diversas questões práticas das discussões informais para as discussões formais.

### 1.3.2 – Questões e Discursos Práticos frente a diferentes usos da razão

Para entender a razão prática e como essa se molda em razão comunicativa, deve-se perceber que lhe são requeridas diferentes razões, dependendo do uso que destas se faz. Os diferentes usos práticos da razão resultam em diferentes questões. Para cada questão prática, levanta-se um tipo de discurso prático, bem como uma forma de responder à pergunta “o que devo fazer?”. A teoria do discurso habermasiana se relaciona de forma diferente com cada uma das questões, gerando assim discursos práticos diferentes um do outro. No Capítulo Cinco (“Acerca do uso pragmático, ético e moral da razão prática”) de seu livro *Comentários à Ética do Discurso*, Habermas sintetiza bem essa temática:

Irei inicialmente diferenciar o uso da razão prática, tomando como fio condutor as questões pragmáticas, éticas e morais. À razão prática são requeridas diferentes tarefas de acordo com as perspectivas do Teleológico<sup>63</sup>, do Bom e do Justo. A constelação da razão e da vontade modifica-se

---

<sup>63</sup> É preciso ressaltar que “teleológico” aqui talvez não seja a melhor tradução, pois ainda pode dar a impressão de se referir ao *ethos* de determinada comunidade, sendo que *in casu* se refere à uma ação orientada à fins advinda de uma racionalidade instrumental no uso pragmático da razão prática.

proporcionalmente, à medida que passamos do discurso pragmático para o ético e o moral.<sup>64</sup>

Segundo Habermas, uma questão pragmática se dá na perspectiva intencional do agente, o que exige deste uma escolha racional. O agente busca o sucesso de sua ação através do levantamento dos melhores meios para se alcançar um fim pré-disposto. Como o direito deixa essas questões entrarem em seu bojo, bem como deixa os membros de sua comunidade livres para motivar *conforme o dever* suas ações perante as normas jurídicas, o uso pragmático da razão prática também deve ser levado em conta na busca da fundamentação das normas jurídicas, bem como na sua validação a partir das discussões em esfera pública. Com isso, questões programáticas, objetivas e de preferências passam pelo processo de legitimação de princípios de justiça, uma vez que, apesar de não contarem com conteúdo moral, são utilizadas para justificar as ações conforme o direito. Questões pragmáticas passam a povoar o direito e colaboram no processo de justificação de suas normas por mais que ações estratégicas esvaziadas de conteúdo moral:

As tarefas pragmáticas são informadas a partir da perspectiva de um agente que toma como ponto de partida os seus objectivos e preferências. Deste ponto de vista não se colocam quaisquer problemas morais, porque às outras pessoas é apenas concedido o valor dos meios e condições restritivas para a realização de um plano de acção individual. Na acção estratégica, os intervenientes assumem que cada um decidirá egocentricamente de acordo com seus próprios interesses.<sup>65</sup>

Os discursos pragmáticos passam por uma reflexão prática que se utiliza de uma racionalidade teleológica, a qual, para obter sucesso, pretende erguer os melhores meios de alcançar fins pré-dispostos. A escolha racional feita em questões desse tipo leva em conta um cálculo sobre inclinações e interesses egocêntricos do agente, o que é “bom para meu fim”, sem, necessariamente, levar em conta a comunidade em que está inserido. Neste sentido, a experiência do agente é relevante, mas também as experiências objetivas que podem vir a influenciar o plano estratégico ligado às preferências:

Os discursos pragmáticos em que fundamentamos recomendações técnicas e estratégicas apresentam uma determinada afinidade com os discursos empíricos. Servem para relacionar o conhecimento empírico com a determinação hipotética de fins e preferências e para avaliar as conseqüências de decisões (informadas de modo incompleto) segundo máximas subjacentes.<sup>66</sup>

<sup>64</sup> Habermas, Jürgen. *Comentários à Ética do Discurso*, 1999, p. 102.

<sup>65</sup> Habermas, Jürgen. *Comentários à Ética do Discurso*, 1999, pp. 105-106.

<sup>66</sup> Habermas, Jürgen. *Comentários à Ética do Discurso*, 1999, pp. 110-111.

Além das questões pragmáticas que, como se viu, utilizam uma reflexão relacionada aos interesses do agente, questões ético-existenciais também mobilizam a razão prática. Uma questão prática pode suscitar a pergunta “*o que devo fazer?*” e respondê-la no sentido daquilo que é “bom para nós” ou “bom para mim”. Discursos práticos que pretendem dar conta desse tipo de questão também utilizam a razão teleológica, com respeito a fins. Contudo, diferentemente do que ocorre no discurso pragmático, a reflexividade passa aqui pela auto-realização ética do participante. Seu projeto de vida está enraizado na comunidade em que vive como, por exemplo, em uma comunidade religiosa, segundo a qual algumas condutas são tomadas como boas em detrimentos de outras. A razão prática utilizada nessa comunidade retoma um discurso prático ético. Nessa seara, o indivíduo vê sua identidade nos valores pertencentes da comunidade em que vive:

As valorizações fortes estão enraizadas no contexto de uma dada auto-compreensão. A forma como um indivíduo se compreende a si próprio depende não só da maneira como se caracteriza, mas também dos ideais a que aspira. A identidade individual é determinada simultaneamente pela forma como o indivíduo se vê e gostaria de ser visto – pelo que cada um pensa acerca de si e pelos ideais que servem de modelo à concepção de si próprio e de sua vida.<sup>67</sup>

É importante sinalizar que as questões éticas não rompem com o modelo egocêntrico de ver a vida, mas apenas direcionam seu *télos* tendo em vista a vida partilhada em comunidade. O agir do agente se dá a partir de uma reflexividade vinculada a valores existenciais. A auto-compreensão do agente tem que ver com o projeto que enredou em determinada história de vida. Desta forma, o indivíduo, sujeito de direito, escolhe agir na direção de um conjunto de projetos éticos de vida:

O indivíduo só é capaz de ganhar força reflexiva em relação à sua própria história de vida no interior do horizonte de formas de vida partilhadas com outros e que, por sua vez, constituem o contexto para os vários projectos de vida correspondentes.<sup>68</sup>

Ademais, o direito permite a luta por institucionalização também de questões prático-morais, portanto, questões relacionadas ao interesse simétrico de todos. Os discursos prático-morais que irão mobilizar essas questões práticas devem se distanciar de relações valorativas que se referem a uma racionalidade teleológica. Aqui não está em voga o interesse do agente

<sup>67</sup> Habermas, Jürgen. *Comentários à Ética do Discurso*, 1999, p. 104.

<sup>68</sup> Habermas, Jürgen. *Comentários à Ética do Discurso*, 1999, p. 111.

perante si mesmo e nem perante a comunidade, mas uma reflexividade que leve todos em conta. Questões empíricas vinculadas à escolha racional, bem como a reflexão axiológica, são deixadas de lado. Na verdade, há uma ruptura com os costumes, pois estes se encontram enraizados no egocentrismo. A perspectiva individual e coletiva é contrabalanceada pela perspectiva de todos. Ora, esse tipo de enfoque só é possível com os pressupostos comunicacionais do discurso, os quais, a partir de universais pragmáticos, reconstróem o ponto de vista imparcial da moral levantando aquilo que é “igualmente bom para todos”:

Os discursos prático-morais exigem, em contrapartida, uma fractura com todas as evidências dos costumes concretos e estabelecidos, assim como um distanciamento com relação àqueles contextos práticos com os quais a identidade individual está entretecida de forma inextricável. É unicamente a partir dos pressupostos comunicativos de um discurso de âmbito universal, no qual todos os eventuais indivíduos envolvidos possam tomar parte e assumir uma atitude hipotética e argumentativa face às pretensões de validade de normas e de modos de conduta tornadas problemáticas, que se constitui o nível superior de intersubjectividade da perspectiva individual e cada participante, sem, no entanto, perder a ligação à atitude performativa do participante.<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> Habermas, Jürgen. *Comentários à Ética do Discurso*, 1999, p. 112.

## 2 – FUNDAMENTAÇÃO DISCURSIVA DO DIREITO

### 2.1– RACIONALIDADE JURÍDICA E PODER COMUNICATIVO

O primeiro capítulo da presente dissertação se iniciou com um breve histórico de como e quando, pela leitura habermasiana, o discurso moderno apelou à normatividade de uma razão prática que deve certificar-se a si mesma de maneira reflexiva e se transformar em razão comunicativa, caso queira permanecer como fundamentação prática das normas de ação em um ambiente discursivo pós-metafísico. Passando pela reviravolta pragmático-linguística da filosofia contemporânea e pelo posicionamento de Habermas diante do discurso filosófico da modernidade, o capítulo se encerrou abordando a relação habermasiana entre direito e moral frente às exigências morais do indivíduo e os discursos práticos no uso da razão. Feito isso, podemos, agora, analisar de maneira mais sistemática a fundamentação e o papel de integração social que Habermas confere ao direito em *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*.

A partir desse texto de 1992, Habermas funda uma nova concepção do direito imbricada em uma teoria do discurso. A forma jurídica aplicada ao princípio do discurso<sup>70</sup> leva à ideia de que o próprio procedimento do direito pressupõe direitos fundamentais a serem aplicados em um Estado Democrático de Direito.<sup>71</sup> Nesse âmbito, seria mais exato falar, portanto, de uma teoria do discurso e de uma fundamentação discursiva do direito, do que de uma ética do discurso que mantém o direito como um sistema de ação fora do mundo da vida, justificando-o ainda na perspectiva de uma razão prática, tal como o próprio autor alemão procedia anteriormente. Contudo, primeiro vamos recordar e entender melhor quais são os fundamentos do direito na modernidade, na perspectiva de Habermas. Posteriormente, passaremos ao próprio percurso de Habermas na fundamentação discursiva do direito para um Estado Democrático de Direito em *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, o qual pressupõe entendimento sobre a relação do direito com o conceito de mundo da vida e com a estrutura sistêmica do Estado, bem como sobre a natureza ambígua do direito, permitindo que o direito se coloque como *médium* na tensão entre facticidade e validade advinda da linguagem.

Já dissemos anteriormente que na modernidade o direito não se relaciona mais de perto com uma tradição que possa lhe fornecer de fora, ou seja, factualmente, sua base

<sup>70</sup> Cf. Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 142.

<sup>71</sup> Cf. Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 158.

normativa a fim de integrar a sociedade. O direito racional é aquele que retira sua legitimidade de uma auto-certificação reflexiva, ou seja, de uma justificação que possa ser aceita racionalmente por cada indivíduo, sem referências heterônomas. Portanto, na modernidade, as normas jurídicas não têm mais sua legitimidade fundada fora da reflexividade. Isso permite ver certa racionalidade perpassando o direito. Ocorre que essa reflexividade, do ponto de vista da filosofia da ação, apesar de racional, ainda passa por uma relação de subordinação do direito para com a moral, fazendo com que o direito tenha que se remeter a uma validade que não lhe é própria. Desta forma, o direito é visto sob o ângulo de uma razão prática que, como esfera moral superior, lhe confere imediatamente normatividade. O direito acabava se fundamentando exclusivamente pela moral.

Esse é, por exemplo, o caminho percorrido por Kant, que relaciona direito racional e filosofia do sujeito para que, partindo de leis da razão prática, possa legitimar as liberdades subjetivas de ação dos indivíduos. Sua teoria do direito se submete ao imperativo categórico, do qual se inferem os direitos subjetivos de cada um. O direito que se encontra submetido a imperativos da razão pressupõe, por isso mesmo, um direito natural deduzido aprioristicamente da razão prática. Enfim, uma lei geral da liberdade vigora por sobre as liberdades subjetivas, e é dessa lei geral que se desdobra a legitimidade do direito. O direito natural de Kant não advém de um ambiente metafísico-religioso, tal como ocorre antes da modernidade, mas permanece pensando uma moral racional que submete o direito a uma validade deontológica, a qual, por sua vez, sustenta as relações sociais vividas por pessoas morais como sujeitos de direitos possuidores de um espaço de ação livre de qualquer restrição advinda de outro arbítrio ou mesmo da autoridade constituída. É neste espaço que se encontra a liberdade jurídica, deduzida de uma autorização dada pela lei moral. Portanto, no limite, uma teoria moral superior oferece as diretrizes a serem seguidas pelos destinatários das normas jurídicas, tidos como pessoas morais portadoras de arbítrios que, por vezes, se chocam:

Na sua “Introdução à metafísica dos costumes”, Kant procede diferentemente. Ele parte do conceito fundamental da lei da liberdade moral e extrai dela as leis jurídicas, seguindo o caminho da *redução*. (...) Segundo Kant, o conceito do direito não se refere primariamente à vontade livre, mas ao *arbítrio* dos destinatários; abrange a *relação externas* de uma pessoa com outra.<sup>72</sup>

---

<sup>72</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 140.

A ideia kantiana é que existe um espaço de ação assegurado por um direito natural. Nesse espaço de ação os interesses fluem, sendo apenas limitados de acordo com a lei, uma vez que a coerção pode ser autorizada por acordo originário. O próprio direito moderno surge desse espaço de ação, pois tem em sua base direitos privados, tais como o contrato e a propriedade, que conduzem a uma concepção de direitos subjetivos como limites ao arbítrio de outrem e à atuação da autoridade estabelecida nos limites da lei. É um verdadeiro espaço de liberdade conferido ao indivíduo que levanta a ideia de que tudo o que não é proibido é permitido, sendo que o proibido só pode ser baseado em princípios morais fundamentais.

Esses direitos subjetivos foram endossados pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e mais tarde recebidos como direitos humanos. Ora, com essa concepção restrita de liberdade, qual seja, a liberdade jurídica como espaço livre de ação, o direito não pode pensar uma racionalidade que lhe seja própria, sendo deduzido de uma lei geral determinada pela razão, ou seja, de um direito natural, de uma razão pura prática:

No artigo 4 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, podemos ler o seguinte: “A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica a um outro. O exercício dos direitos naturais de um homem só tem como limites os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo de iguais direitos. Esses limites só podem ser estabelecidos através de leis”. Kant apóia-se neste artigo, ao formular o seu princípio geral do direito, segundo o qual toda ação é equitativa, quando sua máxima permite a convivência entre a liberdade de arbítrio de cada um e a liberdade de todos, conforme uma lei geral.<sup>73</sup>

Enfim, na modernidade, o direito é visto de uma perspectiva instrumental como uma norma de ação secundária, pois submetida e determinada por uma norma de ação superior, a qual lhe confere legitimidade. Na verdade, o direito configura uma cópia da moral, pois se legitima exclusivamente por ela. “Subjaz a essa construção a idéia platônica segundo a qual a ordem jurídica copia e, ao mesmo tempo, concretiza no mundo fenomenal a ordem inteligível de um ‘reino de fins’.”<sup>74</sup>

Várias são as consequências desse modo de pensar o direito, pois sua legitimidade acaba ficando restrita a um conteúdo moral, sendo que este, diante da complexidade cada vez maior das sociedades, e dos vários discursos práticos que fundamentam as pretensões de validade levantadas nessas sociedades – como vimos anteriormente – não pode dar conta sozinho da integração social, uma vez que suas exigências morais são fardos demasiadamente

<sup>73</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, pp. 113-114.

<sup>74</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 140.

pesados para indivíduos vistos como sujeitos racionais solipsistas. Se, por um lado, exigências morais cognitivas, motivacionais e organizacionais pesam sobre sujeitos racionais na modernidade, por outro lado, esses sujeitos se encontram em sociedades plurais cada vez mais complexas, inclusive do ponto de vista procedimental e, por isso, incorporam justificações práticas também complexas para suas ações. A moral não pode mais ser vista como a única fonte para a validade das normas de ação, sem bem considerar uma teoria da sociedade que engloba o direito, sobretudo por conta de seu aspecto dual.

Claro que certa universalidade deve existir, mas a moralização do direito, ou seja, sua materialização, parece não acompanhar o próprio processo de racionalização da modernidade. Ao mesmo tempo em que o direito se afasta da moralidade, precisa dela para obter seu fundamento. Na ótica de Habermas, o direito, ao menos em seu procedimento, não pode violar a moral, o que não significa subordinar-se a ela. É possível ao direito respeitar a moral sem se vincular, mas será que pra isso é preciso descolar o direito da moral, assumindo certa concepção positivista do direito? A complementaridade entre as duas normas de ação não seria exatamente o direito possuir um núcleo procedimental discursivo que mantém um ponto de vista imparcial sem se subordinar à moral? Aceitar a complementaridade entre direito e moral de uma perspectiva discursiva não seria se afastar de uma concepção positivista e assumir uma racionalidade própria ao direito que não contrarie a moral, uma vez que esta permanece em seu bojo via procedimento ou mesmo como um dos discursos práticos institucionalizado?

Max Weber segue o caminho de certa concepção positivista do direito. Contra a tendência moralizante que Kant opera em sua teoria do direito, Weber pretende pensar uma racionalidade jurídica autônoma, portanto, um direito formal. Segundo Weber, o direito se desenvolve desde a revelação, passando pelo direito tradicional, até o direito moderno, visto por ele a partir de uma racionalidade prática sob influência do conceito de técnica. Com seus estudos sobre o processo de modernização a partir da racionalidade, Weber afirma um movimento de desencantamento do mundo e, portanto, de secularização. Nesse movimento, o direito se descola da moralidade e se encaixa no âmbito das ações racionais conforme fins em uma teoria da escolha racional. Toda ação visa um fim. Ocorre que esse fim não é dado desde sempre pela tradição ou por uma ordem moral superior. Weber se coloca contra a materialização do direito, mas restringindo o valor do direito enquanto norma de ação, uma vez que prescinde de qualquer relação com a moral.

Do ponto de vista weberiano, a racionalidade jurídica é diversa da racionalidade moral, pois enquanto esta continua vinculada à tradição, o direito se especializou. Junto de

uma tendência à codificação,<sup>75</sup> a institucionalização das normas de ação em um ordenamento jurídico, bem como de uma visão de Estado que carrega em si o monopólio da força coercitiva, o direito se descola da moral ao ponto de a legalidade prescindir de qualquer ponto de vista deontológico para afirmar sua legitimidade. Ocorre que, justamente quando o direito moderno pretende diferenciar legalidade de moralidade, também passa a precisar justificar de maneira prática as normas legais que antes tinham seu fio condutor na tradição. As pretensões de validade do direito só podem ser consideradas normativas e ostentarem força obrigacional (cogência) quando consideradas legítimas. É neste âmbito que Max Weber vai articular sua teoria contra a materialização do direito, retirando a legitimidade da própria legalidade, no que pese parecer esquecer que um fio condutor moral procedimental ainda é necessário a essa legitimidade.

A racionalização pode ser vista sob o ângulo social ou cultural. Se, de um lado, os sistemas de ação vão se autonomizando, por outro lado, a integração social se vincula ao âmbito da reflexividade. Max Weber entende esse processo e por isso defende que a legitimidade da positividade do direito deva ser racionalmente acordada. A validade jurídica se dá, pois a norma positivada foi acordada racionalmente. Tem uma força advinda de seu objetivo, de seu fim constitutivo, de sua gênese. A imposição da dominação legal, bem como o monopólio da coerção pelo Estado garantem a legitimidade, pois se fundem com a função moderna do direito. Ocorre que, desta forma, o direito passa a dispensar uma validade moral principiológica e é visto apenas da perspectiva burocracional-legal. O direito é pensado a partir de si mesmo, como um sistema auto-referencial, movido por seus próprios fins, sendo que sua estrutura burocrática fornece, ela mesma, a legitimidade de suas normas, prescindindo da moral:

Segundo Weber, o Estado de Direito obtém sua legitimação, em última instância, não da forma democrática da formação política da vontade, mas somente de premissas do exercício da dominação política conforme ao direito – a saber, da estrutura abstrata das regras e leis, da autonomia da jurisdição, bem como da vinculação jurídica e da construção ‘racional’ da administração (continuidade e escrituração dos negócios administrativos, organização dos serviços públicos segundo a competência, hierarquia dos cargos, instrução especializada dos funcionários, separação entre pessoa e cargo, separação entre meios administrativos e pessoal administrativo e etc.).<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2, 2012, p. 123.

<sup>76</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 102.

O clássico sociólogo alemão segue pensando a legitimidade do direito moderno como advindo de uma legalidade que denota força por seu aspecto estrutural burocrático. Seria um processo de modernização que pressupõe a especialização de um sistema burocrático que se pretende racional. Quando pensa a evolução do direito a partir do direito revelado até o direito racional com respeito a fins na modernidade, Weber está sob a ótica de uma racionalidade instrumental, estratégica, que só pode entender o direito como um sistema auto-referencial, portanto fora da sociedade.<sup>77</sup> É neste sentido que interpreta as ordens estatais das sociedades ocidentais modernas a partir de uma racionalidade que tem como parâmetro imediato a “dominação legal”. A legitimidade do direito depende da fé na legalidade do exercício do poder. Um conceito positivista do direito se faz presente a partir daí.

Max Weber interpreta as ordens estatais das sociedades ocidentais modernas como desdobramentos da “dominação legal”, já que sua legitimidade depende da “fé” na legalidade do exercício do poder. Está limitado, portanto, até por conta de sua época – a qual não podia imaginar o impacto da linguagem na leitura do conceito de razão que se deu ao longo de todo século XX –, a uma ótica parcial de racionalidade. Não pode sentir os impactos da linguagem ordinária sobre a comunicação, tendo a enxergar as coisas sob o ponto de vista do objetivo designado. Por exemplo, pareceria mesmo impossível que Weber percebesse uma racionalidade a partir de um poder comunicativo ou uma liberdade comunicativa, conceitos que Habermas pega emprestado de Hannah Arendt e aprofunda.<sup>78</sup> Enfim, essa visão unilateral e monolítica prejudica não só sua sociologia do direito, como também seu conceito de poder político. O poder não pode ser visto apenas como um embate de arbítrios, quando da ótica do indivíduo, nem apenas no formato sistêmico de um ente que levanta os melhores meios para os fins que se coloca, se fazendo valer do aparato judicial e do poder de política via coerção, quando da perspectiva do Estado e do direito. Existe outro lado do poder que deve ser levado em conta para a fundamentação do direito. Nas palavras de Habermas, comentando Hannah Arendt:

Para Hannah Arendt, o fenômeno básico do poder não é, como para Max Weber, a chance de impor, no âmbito de uma relação social, a sua própria vontade contra vontade opostas, e sim, o potencial de uma *vontade comum* formada numa comunicação não coagida. Ela instaura um confronto entre “poder” e “violência”, isto é, entre o poder de uma comunicação voltada ao

<sup>77</sup> Vale lembrar que Habermas inclui o conceito de mundo vida também a fim de demonstrar que o direito, ao menos em um de seus aspectos fundamentais, se relaciona de perto com uma teoria da sociedade e pode, por isso mesmo, fazer a ponte procedimental e discursiva entre sistema e mundo da vida.

<sup>78</sup> Cf. Arendt, Hannah. *Sobre a Violência*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010. Cf. Habermas, Jürgen. “O Conceito de Poder em Hannah Arendt”. In: *Habermas: sociologia*. São Paulo: Ática, 1980, pp. 100-118.

entendimento e a instrumentalização de uma vontade estranha em proveito próprio: “O poder nasce da capacidade humana de agir ou de fazer algo, de se associar com outros e de agir em afinção com eles. (...) Para Hannah Arendt, o poder político não é um potencial para a imposição de interesses próprios ou a realização de fins coletivos, nem um poder administrativo capaz de tomar decisões obrigatórias coletivamente; ele é, ao invés disso, uma força *autorizadora* que se manifesta na criação do direito legítimo e na fundação de instituições.<sup>79</sup>

O direito contém em seu bojo um poder instrumental sistêmico advindo de uma racionalidade com respeito a fins, mas parece não se resumir a isso e muito menos retirar sua legitimidade a partir daí. É a partir desses conceitos de liberdade comunicativa e de poder comunicativo que Habermas pode aprimorar uma teoria da ação crítica à racionalidade estratégica pressuposta por Max Weber, bem como uma teoria do direito que tenha uma racionalidade própria, mas que não dispense a moral, pois a considera quando do procedimento de criação do direito e a permite em seu bojo via institucionalização. Para Habermas, o direito não se subordina à moral, mas também não pode fundamentalmente ser acusado de sua violação, pois mantém em seu procedimento um ponto de vista moral advindo da linguagem ordinária e do princípio do discurso, bem como se vale de argumentos morais positivados. Enfim, o procedimento permite a moral no bojo do direito, a legitimidade vem sim da legalidade, mas não da forma como pensa Weber. O direito tem uma racionalidade própria, mas que não desconsidera a moral na sua justificação, bem como não depende em demasia de aspectos deontológicos para se legitimar.

## **2.2– LEGITIMIDADE A PARTIR DA LEGALIDADE: COMPLEMENTARIDADE ENTRE DIREITO E MORAL**

Habermas oferece uma releitura da tese weberiana de resgate de uma legitimidade a partir da legalidade. Isso ocorre, pois, apesar de compartilhar com o sociólogo alemão da ideia de que a materialização do direito o reduz a uma norma secundária de ação, não é possível dispensar por completo a moral. Ora, uma controvérsia necessita de certos preceitos morais para ter resolução racional válida, por mais que estes sejam vistos em uma perspectiva procedimental ou coabitem o direito junto de outros discursos práticos. Contudo, é preciso preservar as diferenças, as divergências e os interesses alheios em discussão. Castrá-los de modo *a priori* não parece a Habermas a melhor formatação da relação entre direito e moral, nem com Kant, nem com Weber. Vale ressaltar que as críticas de Habermas a Weber na relação direito e moral estão presentes mesmo antes do autor alemão apresentar por completo

---

<sup>79</sup>Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 187.

sua nova concepção discursiva do direito em *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*: a teoria discursiva do direito.

Em 1986, Habermas ofertava aulas fora da Alemanha. Duas dessas aulas foram publicadas e ficaram conhecidas como *Tanner Lectures* ou *Direito e Moral*. Trata-se de uma primeira aula sobre “como é possível a legitimidade através da legalidade?” e uma segunda aula sobre “a idéia de Estado de Direito”.<sup>80</sup> Inicialmente, o autor alemão apresenta criticamente a concepção weberiana do direito, a qual ostenta um conteúdo positivista que dispensa qualquer tipo de relação com a moral, prejudicando assim o entendimento dos conceitos de racionalidade e legitimidade do direito. Habermas procura demonstrar a fragilidade desses conceitos em Weber a partir de uma relação complementar entre direito e moral, a qual se esquia de um direito subordinado a uma moralidade, portanto materializado, por um lado, mas, por outro lado, se recusa a fundamentar o direito sem qualquer referência à moral em um formalismo jurídico que se legitima por si mesmo através da fé na legalidade. A estreiteza dos conceitos weberianos advém da redução da perspectiva do processo de racionalização ao agir estratégico e ao âmbito burocrático da dominação legal. Seguindo a linha crítica que lhe é peculiar, Habermas abre as *Tanner Lectures* demonstrando como Weber entende o direito e sua legitimidade:

Max Weber interpreta as ordens estatais das sociedades ocidentais modernas como desdobramentos da “dominação legal”. Porque a sua legitimidade depende da fé na legalidade do exercício do poder. Segundo ele, a dominação legal adquire um caráter racional, pois a fé na legalidade das ordens prescritas e na competência dos que foram chamados a exercer o poder não se confunde simplesmente com a fé na tradição ou no carisma, uma vez que ela tem a ver com a racionalidade que habita na forma do direito e que legitima o poder exercido nas formas legais. Esta tese desencadeou grande discussão. E, durante seu desenrolar, Max Weber introduziu um conceito positivista do direito, segundo o qual direito é aquilo que o legislador, democraticamente legitimado ou não, estabelece como direito, seguindo um processo institucionalizado juridicamente. Sob essa premissa, a força legitimadora da forma jurídica não deriva de um possível parentesco com a moral. (...) Isso significa, para Weber, que o direito dispõe de uma racionalidade própria que não depende da moral.<sup>81</sup>

Para Habermas, é evidente o exagero em que Weber recai a partir de um correto – mas limitado – diagnóstico do processo de racionalização que afeta o direito. Weber, como já se afirmou, trabalha com um conceito limitado, pois monolítico e estratégico de racionalidade. Para ele, o processo se dá de tal forma que direito e moral se separam totalmente, ao ponto do

<sup>80</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2, 2012, pp. 193-247.

<sup>81</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2, 2012, pp. 193-194.

direito ser apenas um sistema que visa coordenar as ações de maneira auto-referencial e de acordo com seus próprios objetivos. Habermas não só recusa o conceito de racionalidade de Weber por não poder pensar uma razão comunicativa que substitua uma razão prática, o que desconsidera um âmbito prático-moral existente em nossas ações, uma vez que analisadas do ponto de vista da linguagem ordinária, mas também recusa a forma como Weber lida com a relação entre direito e moral e, portanto, como pretende retirar a legitimidade da legalidade.

Segundo o autor, Weber está correto quando afirma que certa materialização do direito figura como um processo a ser levado em consideração para pensar a legitimidade, mas discorda, no entanto, da forma como lida com isso. Essa concepção de razão de Weber é considerada moralmente neutra e pode ser pensada a partir de três significados do termo “racional”, segundo Habermas.<sup>82</sup> Trata-se de uma racionalidade geral e instrumental, uma racionalidade de fins e uma racionalidade quanto aos resultados. O primeiro significado advém do conceito de técnica e dominação da natureza, uma aplicação dos meios levantados. O segundo verifica o fim da ação a partir de valores dados, sendo que o terceiro “considera racionais os resultados do trabalho intelectual de especialistas”.<sup>83</sup>

Com esse conceito de razão neutra no que diz respeito à moral, o qual levanta a autonomia do direito frente ao processo de materialização que vinha sofrendo, Weber descreve o direito formal burguês desconsiderando os valores que se encontram em seu bojo, ao invés de conciliá-los, lhes oferecendo limites a partir de uma razão procedimental. Falta a Weber, na perspectiva de Habermas, um conceito de racionalidade que ultrapasse o positivismo jurídico e demarque com mais precisão as fronteiras entre normas e valores. Só assim é possível pensar a legitimidade do direito reconhecendo certo ponto de vista moral procedimental existente:

Em síntese, podemos constatar que as qualidades formais do direito, pesquisadas por Weber, sob condições sociais especiais, só poderiam ter garantido a legitimidade da legalidade na medida em que se tivessem comprovado como “racionais” num sentido prático-moral. Weber não reconheceu esse núcleo moral do direito formal burguês enquanto tal, por que ele sempre entendeu as ideias morais como orientações valorativas subjetivas; os valores eram tidos como conteúdos não racionalizáveis, inconciliáveis com o caráter formal do direito. Ele não fez distinção entre valores que, no interior de determinadas tradições e formas culturais de vida, se *recomendam* como mais importantes que outros valores, e a validade deontológica de normas que *obrigam* indistintamente todos os destinatários. Ele não introduziu uma linha demarcatória entre os variados conteúdos valorativos concorrentes e o aspecto formal da obrigatoriedade ou validade

<sup>82</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2, 2012, p. 197.

<sup>83</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2, 2012, p. 198.

de normas, a qual não varia com o conteúdo das normas. Numa palavra, ele não levou a sério o formalismo ético.<sup>84</sup>

Ao invés de excluirmos a moral da aferição de legitimidade do direito, por que não pensar um aspecto moral presente nas condições procedimentais da formação da opinião e da vontade? Evidente que o direito não pode ter sua racionalidade subsumida à racionalidade moral, pois tem uma validade diferenciada, a qual se abre para argumentações outras e também se coloca como falível, uma vez que a legislação pode a todo o momento ser modificada. Ocorre que também não pode violar a moral, dispensando um fio condutor procedimental na formação da opinião e da vontade e na institucionalização das condições para essa formação. Quando totalmente ausente um critério moral para fundamentar o direito, simplesmente não podemos estabelecer os limites entre normas e valores. Tudo implica perceber, na perspectiva habermasiana, qual saber está por trás da moral e qual saber está por trás do direito, ao ponto de forjar uma relação em que o direito não viole, mas também não se submeta à moral. A legitimidade do direito implica uma relação complementar do direito com a moral, e não um direito protegido da moral, como se direito ou moral tivessem que ser sitiados um do outro.<sup>85</sup> É preciso entender melhor essa relação a partir de um procedimento que discursivamente legitime a obrigatoriedade das normas.

A produção do direito segue um procedimento institucionalizado de formação da vontade racional. Esse procedimento é considerado racional em um sentido prático-moral, e não instrumental ou conforme fins, como queria Weber. A legitimidade só pode vir pela legalidade se essa legalidade estiver submetida a um procedimento que tem em seu bojo um ponto de vista moral. Isso é possível não só porque existe um ponto de vista moral na linguagem ordinária, mas também por que o direito e seu aspecto dual – o qual figura como sistema de saber e de ação – admite que a moral migre para seu interior via fluxocomunicativo institucionalizado. Desta forma, em seu aspecto dual, o direito flerta tanto com o sistema como com o mundo da vida.<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2, 2012, p. 201.

<sup>85</sup> Alusão à teoria da sociedade tal como Habermas a entendia em *Teoria do Agir Comunicativo*, ou seja, como colonização do mundo da vida, cuja solução passava pelo sitiamento deste em relação ao sistema. Em *Direito e Democracia: entre facticidade e validade* a teoria da sociedade parte da idéia das eclusas para relacionar mundo da vida e sistema.

<sup>86</sup> “No seu conjunto, o mundo da vida forma uma rede de ações comunicativas. Sob o ângulo da coordenação da ação seu componente *social* consiste na totalidade de relações interpessoais ordenadas legitimamente. Ele abrange, além disso, coletividades, associações e organizações especializadas em determinadas funções.” Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2, 2012, p. 86.

Enfim, o direito, como já antecipado no primeiro capítulo, admite uma validade que se relaciona com três tipos de discursos práticos: pragmáticos, éticos e morais. Segundo Habermas, os discursos jurídicos admitem, quando buscam compor sua validade falível, argumentações referentes a esses três tipos de discursos práticos. Nesse sentido, o direito é mais amplo que a moral e alivia suas fortes exigências, pressupondo para sua legitimidade a institucionalização de processos que admitem argumentação moral, não excluindo *in totum* os valores. A racionalidade jurídica é procedimental e o procedimento que se encontra no seu interior visa à justificação de sua obrigatoriedade, sua legitimidade, a qual não pode ser aferida dispensando a moral:

Por conseguinte, se as qualidades formais do direito são encontráveis na dimensão dos processos institucionalizados juridicamente, e se esses processos regulam discursos jurídicos que, por seu turno, são permeáveis à argumentações morais, então pode-se adotar a seguinte hipótese: a legitimidade pode ser obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. A legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece sua própria racionalidade procedimental.<sup>87</sup>

Existe, portanto, ainda nas *Tanner Lectures*, um nexos interno entre direito e moral, o qual permite uma relação complementar na qual o direito, emprestando sua forma jurídica, alivia várias exigências da moral que acometem o indivíduo. O saber que é o direito participa da integração social e tem uma racionalidade própria, a qual se relaciona com a moral de maneira complementar, pois lhe dá limites a partir da institucionalização e tem um sentido prático moral na sua fundamentação. Essa racionalidade jurídica é falível, mas tem um conteúdo moral implícito em seu próprio processo, diferentemente de como pensava Weber:

Em sociedades semelhantes à nossa, a legitimidade configurada através da legalidade implica a fé numa legalidade destituídas das certeza coletivas da religião e da metafísica e apoiada, de certa forma, na “racionalidade do direito”. Todavia, não se confirmou a opinião de Weber, segundo a qual uma racionalidade autônoma e isenta de moral, que habita no interior do direito, constitui o fundamento da força legitimadora da legalidade. Um poder exercido nas formas do direito positivo deve a sua legitimidade a um conteúdo moral implícito nas qualidades formais do direito. Todavia, o formalismo jurídico não pode ser manietado de modo concretista a determinadas características semânticas. Porque a força legitimadora reside em *processos* que institucionalizam o caminho para seu resgate argumentativo.<sup>88</sup>

<sup>87</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2, 2012, p. 203.

<sup>88</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2, 2012, p. 214.

Habermas acredita que a moral, sobretudo diante da Reviravolta Pragmático-Linguística, figura como norma de ação ao lado do direito. A moral seria, segundo Habermas, aquilo que leva em conta o igual interesse de todos. Uma aceitabilidade racional configura a moral como parâmetro igualmente bom para todos. Certa estrutura da razão prática ainda está presente, sendo a imparcialidade seu núcleo. Tanto na fundamentação como na aplicação, temos que dar conta de certa ideia de imparcialidade:

E, para descobrir um núcleo racional – racional no sentido prático moral –, nos processos jurídicos, temos que analisar o modo como a idéia de imparcialidade da fundamentação de normas e da aplicação de regulações obrigatórias cria uma relação constitutiva entre direito vigente, os processos de legislação e os processos de aplicação do direito. Essa idéia de imparcialidade forma o núcleo da razão prática.<sup>89</sup>

Ocorre que, em Habermas, essa racionalidade jurídica, por ser pressuposta de maneira discursiva, leva em conta a aceitabilidade racional junto de uma aceitação concreta advinda do princípio do discurso na forma de princípio da democracia. Um procedimento discursivo compõe a racionalidade jurídica de uma perspectiva moral e, ao mesmo tempo, democrática.

Vários foram os autores que tentaram forjar modelos que explicassem de maneira procedimental a justiça. Segundo Habermas, nessa empreitada, John Rawls adota o modelo contratual, Lawrence Kohlberg adota o modelo de Herbert Mead “da reciprocidade geral das perspectivas entrelaçadas entre si” e Karl-Otto Apel e ele sugerem “tomar a própria argumentação moral como processo adequado para a formação racional da vontade”.<sup>90</sup> Habermas rejeita os dois primeiros modelos, os quais encontram seus limites em suas respectivas ideias de moralidade. Contudo, é importante lembrar neste momento que todas essas tentativas ainda gravitam, de uma forma ou de outra, pelo modelo da razão prática.

Sob a ótica de Habermas, Rawls ainda está preso em uma moral como decisão racional livre de sujeitos com a capacidade de racionalidade, e portanto de escolha de uma concepção de bem dentro de um projeto de vida, e de razoabilidade, ou seja, de senso de justiça, a qual depende de juízos ponderados advindos de intuições racionais, enquanto que Kohlberg acredita na moral como ato de entendimento empático no modelo de assunção de papéis. Nenhum deles pode sequer conceber uma *práxis* comunicativa, que pressuponha participantes que levantam pretensões de validade e que, diante delas, tomam posição. Em toda argumentação, idealizações inevitáveis são levantadas, mas isso ocorre em um sentido

<sup>89</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2, 2012, p. 214.

<sup>90</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2, 2012, p. 215.

pragmático. Como já enfatizado anteriormente, vale lembrar que, aqui, é preciso entender a natureza dessas idealizações para não submetê-las a desenvolvimentos próprios de determinada psicologia moral. As idealizações aqui se referem à atitude contrafactual que todo participante de discursos realiza no ambiente factual de entendimento pragmático:

Ora, o exame de pretensões de validade hipotéticas representa esse processo, pois todo aquele que deseja argumentar seriamente tem que entrar em contato com as suposições idealizadoras de uma forma de comunicação exigente.<sup>91</sup>

Enfim, o autor alemão acredita que, a partir da positivação de normas jurídicas, uma fundamentação passa a ser exigida para a legitimidade. A legitimidade do direito advém da institucionalização de processos de decisão jurídica que se relacionam com discursos morais. A imparcialidade das normas se manifesta como um ponto de vista moral contido no procedimento que conduz a formação discursiva da opinião e da vontade e a institucionalização de maneira conjunta. Moral e direito se complementam, pois o direito alivia a moral e suas fortes exigências, e a moral pode migrar para o direito via política. Nesse ponto já é possível compreender melhor a tensão entre facticidade e validade advinda da ambiguidade do direito, sobretudo diante de uma leitura discursiva.

### **2.3– RACIONALIDADE JURÍDICA: ALÉM DA COMPLEMENTARIDADE ENTRE DIREITO E MORAL**

A teoria do direito de Habermas vai se aperfeiçoando junto do melhor entendimento sobre a relação discursiva entre direito e moral. Antes de 1992, o conceito de direito em Habermas, por mais que já relacionado de forma complementar à moral, ainda tem sua normatividade vinculada a uma validade deontológica. Ainda existia uma esfera superior que refletia no direito um sentido prático-moral. Por mais que Habermas já levantasse uma relação complementar e, portanto, de não-subordinação entre direito e moral, essa complementaridade se dava na medida em que o direito era imediatamente informado por uma instância normativa. Na verdade, o direito conta com uma referência que lhe é externa, ainda carece do conceito de mundo da vida. Ora, o mesmo modelo da razão prática ainda está presente nessa complementaridade. A justificação das pretensões de validade vistas sob a ótica de uma

---

<sup>91</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2, 2012, p. 215.

racionalidade jurídica que trabalha com três tipos diferentes de discursos práticos ainda não está completa. A questão aqui cinge-se em pensar como o direito pode obter força normativa sem um vínculo tão estreito com a moral. Será que a complementaridade é suficiente? E o procedimento está sendo visto sob o ângulo correto? Habermas vai além de uma complementaridade em 1992.

Habermas se apóia em uma teoria procedimental do direito, fundamentada em uma racionalidade que contém em seu bojo diversos discursos práticos, inclusive discursos prático-morais, mas não se vincula a esses, pois se relaciona com um princípio do discurso que é neutro. Para isso, demonstra como a forma jurídica pode aliviar fortes exigências morais que recaem sobre os indivíduos, os quais interagem em sociedades cada vez mais complexas. Contudo, a proposta de Habermas ainda parece moralizante demais. Parece demasiadamente normativista a ideia de simples complementaridade entre direito e moral. A moral ainda tem certo conteúdo metafísico e não pode habitar o direito positivo via fluxos comunicativos da política. A racionalidade procedimental parece não estar bem construída.

O autor alemão percebe os limites de sua própria teoria e as consequências de o direito assumir um vínculo maior que o necessário com a moral, mesmo diante de uma relação complementar. Com isso, passa a distinguir a racionalidade de uma teoria procedimental da justiça da racionalidade de uma teoria procedimental do direito. Isso é necessário, uma vez que a racionalidade moral está incompleta diante do processo de modernização, sobretudo por não ter critérios objetivos para julgamento. Contudo, ao passo que a racionalidade moral demonstra seus limites, a racionalidade procedimental pressuposta pelo direito e sua validade falível se realiza por completo, pois tem critérios objetivos e pode contar com a obediência às regras estabelecidas.

Desta forma, o direito e a racionalidade jurídica se colocam ainda mais em evidência na integração social, sobretudo quando se trata de justificar a cogência ou obrigatoriedade das normas e entender seu procedimento. O direito passa, então, a ser visto por Habermas não apenas como um sistema de ação fora da sociedade, mas também como um saber cultural, portanto um componente social que faz parte do mundo da vida,<sup>92</sup> podendo assim fazer a

---

<sup>92</sup> O conceito de mundo da vida vem se modificando ao longo da obra de Habermas, sobretudo em sua relação com o sistema. Na década de 80, sobretudo em *Teoria do Agir Comunicativo*, era visto como um horizonte cultural de fundo que deveria ser protegido das interferências do sistema. Surge a ideia de colonização do mundo da vida, que impunha um agir estratégico e estagnava as possibilidades do agir comunicativo. Com a guinada ao direito nos anos 90, Habermas entende o mundo da vida imbricado no sistema, sobretudo por conta de o direito agora ser visto em sua ambiguidade, portanto não só como um sistema, mas também como parte integrante do mundo da vida. De qualquer forma, destacamos algumas definições dadas pelo próprio autor alemão em *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*: “Não há necessidade de expor aqui a análise pragmático-formal deste mundo da vida, tampouco o lugar teórico do agir comunicativo, situado entre discurso e mundo da vida. O

ponte por sobre um fluxo comunicativo entre o sistema e o saber. O mercado e a administração (Estado) utilizam do direito para fazer valer certa obrigatoriedade de suas decisões. Também são sistemas de ação, mas por se afastarem do mundo da vida, são limitados pelo *médium* do direito, pois este prevê a organização do Estado, fixa direitos fundamentais e recebe via política outros discursos práticos. Assim, o direito, ao permitir a integração social via solidariedade, passa a contrabalancear o agir estratégico de sistemas auto-referenciais por seu contato procedimental com o agir comunicativo advindo das esferas públicas formais e informais de formação discursiva da opinião e da vontade em um Estado Democrático de Direito. A racionalidade jurídica pode ser vista como procedimental, ou seja, tem um ponto de vista moral, mas esse se dá em um procedimento discursivo, o qual garante a legitimidade da obrigatoriedade das normas. Vale lembrar que nas sociedades contemporâneas, cada vez mais, o direito tem assumido o protagonismo da integração social, uma vez que, com a pressuposição da busca de legitimidade no seio do próprio processo de institucionalização, passa a figurar como *médium* entre sistema e mundo da vida.

O direito permite que, via discussão política pública, valores do mundo da vida penetrem nas normas positivadas, de modo a garantir um reconhecimento normativo legítimo, garantidor do exercício da liberdade comunicativa. A normatividade se dá mediatamente, ou seja, apenas a partir do reconhecimento discursivo da pressuposição de racionalidade do processo democrático de produção de direitos. O formalismo jurídico passa a não ser indiferente aos discursos pragmáticos e éticos.

### **2.3.1 – Cooriginariedade e complementaridade recíproca entre direito e moral**

A partir de 1992, Habermas pensa uma validade jurídica diferente da validade moral, mas que guarda com esta uma relação próxima. Essa complexa relação entre direito e moral denota que uma associação secular entre direito e moral, que era vista pelo autor alemão como complementar, dá lugar a uma relação que assume duas vias, a cooriginariedade e a complementaridade recíproca via procedimento.

A força normativa do direito não vem da moral, mas de um procedimento que não viola e nem se subordina a ela. Para se aferir a normatividade jurídica, portanto, não se apela

---

mundo da vida forma o horizonte para situações de fala e constitui, ao mesmo tempo, a fonte das interpretações, reproduzindo-se somente através de ações comunicativas. (...) Durante o agir comunicativo o mundo da vida nos envolve no modo de uma certeza imediata, a partir da qual nós vivemos e falamos diretamente. (...) O mundo da vida, do qual as instituições são uma parte, manifesta-se como um complexo de tradições entrelaçadas, de ordens legítimas e de identidades pessoais – tudo reproduzido pelo agir comunicativo.” Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 40-42.

mais para uma correspondência entre direito positivo e direito natural racional e nem para uma validade deontológica em sentido prático-moral. Se antes, com o próprio Habermas, podia-se pensar que só eram legítimas normas jurídicas que obrigavam a todos de um ponto de vista moral deôntico, agora, a validade e, portanto, a legitimidade das normas jurídicas, não se desdobra de uma norma moral superior de estrutura equivalente à razão prática. A legitimidade vem da legalidade, sendo essa entendida como resultado de um processo discursivo de formação da opinião e da vontade que tem no direito – saber cultural e norma de ação – o *médium* de onde surge a autonomia. Veremos isso mais à frente.

Em julho de 1992, no prefácio de *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, Habermas marca a diferença e o aprimoramento de sua teoria do direito, sobretudo no que se refere à relação direito e moral: “[c]onvém notar, todavia, que atualmente eu não determino mais a relação complementar entre moral e direito seguindo a linha traçada nas *Tanner Lectures*”.<sup>93</sup> Ao invés de falar apenas em relação de complementaridade entre direito e moral, o autor alemão cunha os termos cooriginariedade e complementaridade recíproca para se referir, por um lado, à simultaneidade de nascimento, por outro lado, à complementaridade no procedimento entre direito e moral.

Afirmar que direito e moral são cooriginários quer dizer que nenhuma das duas normas de ação deve servir de legisladora para a outra. A origem simultânea dessas duas normas de ação extirpa de uma vez por todas a ideia de subordinação. O fundamento da normatividade de uma norma de ação não é buscado em outra norma de ação. Não existe uma esfera normativa que informa imediatamente a esfera do direito. Saímos de uma relação secular – uma relação que pretende bem demarcar a separação apesar da complementaridade entre direito e moral – para uma relação discursiva, pós-secular, segundo a qual o direito permite que, via institucionalização da liberdade comunicativa, levante-se uma normatividade mediata a partir de uma validade que mistura discursos práticos, mas não perde de vista um ponto de vista moral procedimental. Ou seja, a normatividade não é informada imediatamente ao direito, mas passa pela mediação discursiva, que se dá a partir do princípio do discurso transformado em princípio da democracia quando misturado à forma jurídica.

O princípio do discurso de Habermas abrange, como normas de ação, tanto a moral, quanto o direito, vistos de um ponto de vista genético: “D: São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”.<sup>94</sup> Este princípio é visto, por Habermas, como neutro de

<sup>93</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 10.

<sup>94</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 142.

um ponto de vista deontológico, não assumindo uma feição exclusivamente moral, nem exclusivamente jurídica, motivo pelo qual pode imbricar as duas normas de ação sem precisar retirar de cada uma delas o fundamento para a outra. É como se a imparcialidade requerida por uma aceitabilidade racional de um ponto de vista moral simétrico de todos necessitasse, geneticamente – por isso a relação é cooriginária –, de uma aceitação concreta advinda da formação discursiva da opinião e da vontade, sendo que ambas se colocam no ambiente de discursos racionais com validade pressuposta pelo princípio do discurso. Com isso, o princípio do discurso se transforma em princípio da democracia e forja a legitimidade do direito a partir da institucionalização das condições comunicativas para a criação jurídica. Quando o discurso se mistura com o direito, este passa a ser visto sob o viés democrático, sendo a validade requerida a partir de um processo de criação do direito que Habermas pretende reconstruir em uma “gênese lógica”.

Enfim, o direito é cooriginário em relação à moral, pois se mantém em um âmbito independente de normatividade, aberto à moral via institucionalização. O processo legislativo permite que razões morais não só sejam levadas em consideração pelo direito como também fundamentem o direito de um ponto de vista procedimental. O princípio do discurso abrange tanto um princípio moral que visa à aceitabilidade racional, como um princípio da democracia, o qual, através da discussão, promove a aceitação concreta das pretensões de validade. A moral se refere aos seres racionais naturais vistos simetricamente como iguais e possuidores de um espaço de ação livre de restrições arbitrárias, sendo que o direito se refere aos participantes de uma comunidade jurídica reconhecidos reciprocamente como cidadãos-membros. Enfim, tanto a moral como direito podem ser vistos sob o ângulo discursivo, sendo que, como normas de ação, assumem validades diversas, mas figuram juntas e simultâneas no processo de produção do direito legítimo. É neste sentido que Habermas fala em cooriginaridade: “[a] gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código de direito e o mecanismo para produção do direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de *modo cooriginário*”.<sup>95</sup> Vale lembrar que essa cooriginariedade é ressaltada quando entendemos melhor outras duas relações: autonomia privada e autonomia pública, direitos humanos e soberania popular, o que veremos mais adiante.

A complementaridade recíproca mencionada por Habermas em *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*<sup>96</sup> é a outra via pela qual se forja essa nova concepção discursiva do direito e sua relação com a moral. O direito assegura à moral uma aplicação procedimental

<sup>95</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 158.

<sup>96</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 141.

para além de seus limites evidenciados no discurso filosófico da modernidade. A moral na modernidade é um saber cultural que carece de um aparato institucional para fazer valer como obrigatórias suas normas. Ora, o direito, com seu caráter ambíguo e duplo, que o caracteriza como saber cultural ou sistema de saber, pertencente ao mundo da vida, portanto em contato com uma cultura de fundo, é uma instituição ordenada que pode complementar uma moral restrita a aspectos da pessoa ou do indivíduo:

Uma moral dependente de um substrato de estruturas da personalidade ficaria limitada em sua eficácia, caso não pudesse atingir os motivos dos agentes por um *outro* caminho, que não o da internalização, ou seja, o da institucionalização de um sistema jurídico que *complementa* a moral da razão do ponto de vista da eficácia para a ação. O direito é sistema de saber e, ao mesmo tempo, sistema de ação; ele pode ser entendido como um texto repleto de proposições e interpretações normativas ou como uma instituição, isto é, como um complexo de regulativos da ação.<sup>97</sup>

É nesse sentido que o direito é visto com “eficácia imediata para a ação”, aliviando o peso das exigências cognitivas, motivacionais e organizatórias, já abordadas anteriormente. A pessoa moral agora é vista como um membro de uma comunidade jurídica que dispensa o peso das decisões exclusivamente individuais. O participante está enredado em uma *práxis comunicativa* que exige tomada de posição frente ao levantamento de pretensões de validade na formação discursiva da opinião e da vontade. Já vimos que, embutidas nas pretensões de validade, se encontram condições comunicativas dos atos de fala relacionadas ao entendimento, ou seja, a interação social se dá a partir de universais pragmáticos constantes dos atos de fala ilocucionários. A pretensão de validade levantada deve ser confirmada ou não diante da tomada de posição dos interlocutores. Habermas acredita existir na própria linguagem uma tensão entre facticidade e validade, pois toda linguagem expressa só pode se tornar válida se levar em consideração o reconhecimento intersubjetivo advindo da interação social.

Na interação social proporcionada a partir do *médium* da linguagem, o direito faz a integração social, pois ao manter seu caráter dual e ambíguo, incorpora a tensão entre facticidade e validade que estava até então apenas na linguagem. O direito é visto pela perspectiva da legitimidade que surge da própria legalidade, pois tem uma racionalidade procedimental que recorre a um procedimento pelo qual se institucionalizam as condições

---

<sup>97</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, pp. 149-150.

para a liberdade comunicativa. O direito é pensando pela teoria do discurso como o *médium* que pode bem relacionar os sistemas e o mundo da vida, fazendo a ponte entre o fluxo comunicativo informal e as instâncias formais institucionalizadas. Ou seja, o direito pertence ao mundo da vida, recebendo a moral por institucionalização via discussão política. Enquanto a moral permanece apenas no mundo da vida, o direito pode fazer esse diálogo, pois pertence ao mundo da vida ao mesmo tempo em que figura como sistema de ação:

Todavia, o código do direito não mantém contato apenas com o *médium* da linguagem coloquial ordinária pelo qual passam as realizações de entendimento, socialmente integradoras, do mundo da vida; ele também traz mensagens dessa procedência para uma forma na qual o mundo da vida se torna compreensível para os códigos especiais da administração, dirigida pelo poder, e da economia, dirigida pelo dinheiro. Nesta medida, a linguagem do direito pode funcionar como um transformador na circulação da comunicação entre sistema e mundo da vida, o que não é o caso da comunicação moral, limitada à esfera do mundo da vida.<sup>98</sup>

Em verdade, a tensão existente entre facticidade e validade se apresenta agora na relação de complementaridade recíproca entre direito e moral, uma vez que o direito se apresenta como imposição factual que mitiga o peso das decisões morais, bem como levanta discursivamente sua validade a partir de uma racionalidade que lhe própria, mas que não se subordina e nem contraria a racionalidade da moral, tendo em vista que, por ser ambíguo, pode se relacionar, a partir de um procedimento visto sob o ângulo do princípio do discurso, tanto com o sistema quanto com o mundo da vida. Os co-cidadãos passam a se entender como participantes de um processo que tem no direito o canalizador dos fluxos comunicativos que podem aproximar Estado, Mercado e Sociedade Civil. Os cidadãos se vêem como participantes, via direito, das regras de cooperação social.

Enfim, importa entender nesse momento que, nesse âmbito discursivo, não cabe falar de uma pessoa moral enquanto sujeito ou indivíduo que tem a faculdade ou capacidade de agir dentro de um espaço de ação, mas de um membro de uma comunidade jurídica que participa de uma *práxis comunicativa*.

O âmbito da moral e o âmbito do direito são diversos: duas normas de ação com validações específicas, de acordo com uma racionalidade procedimental própria, que no caso do direito se abre para discursos práticos pragmáticos, éticos e morais, mas se refere a uma comunidade jurídica bem delineada. Diferentes tipos de argumentos fazem parte da legitimidade da legalidade. Neste aspecto, o direito é mais extenso que a moral. No entanto, o

---

<sup>98</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 112.

direito também é mais restrito que a moral, pois se aplica aos participantes de discursos racionais enredados no procedimento de uma comunidade jurídica determinada. A validade do direito abrange membros bem delineados de dada comunidade jurídica:

O universo moral, que não possui fronteiras sociais ou históricas, abrange *todas* as pessoas naturais, em toda sua complexidade histórica e vital; deste modo a proteção moral refere-se à integridade de sujeito completamente individuados. Ao passo que uma *comunidade jurídica*, localizada no espaço e no tempo, protege a integridade de seus membros, porém, somente na medida em que eles assumem o *status* de portadores de direitos subjetivos.<sup>99</sup>

Apesar dessas diferenças, existe um elo discursivo e procedimental entre as duas esferas, e vimos que esse elo as coloca em relação cooriginária e complementar. A cooriginaridade denota simultaneidade no nascimento, já a complementaridade se refere ao procedimento e é entendida como recíproca, pois pressupõe cidadãos que reservam uns aos outros direitos e obrigações, pois se entendem como membros co-autores de uma comunidade jurídica de cooperação. É um duplo aspecto da relação direito e moral que, por um lado, consagra uma racionalidade jurídica independente da moral, pois apresenta um princípio do discurso neutro, ou seja, não comprometido em demasia com um ponto de vista deontológico, e, por outro lado, garante à moral uma relação mais próxima com a forma jurídica, haja vista a possibilidade de discursos morais migrarem para o direito positivo. Em verdade, existe um processo pelo qual se originam os direitos em um Estado Democrático de Direito, sendo que esse processo só é legítimo se puder entender a relação entre moral e direito a partir de um princípio do discurso que abrange ambas as normas de ação. Esse princípio do discurso, ao se relacionar com a forma jurídica e se institucionalizar, se transforma em princípio da democracia, conferindo legitimidade ao processo que leva à normatividade.

Habermas, com seu conhecido método de reconstrução, procede ao que ele denomina de “gênese lógica dos direitos”, demonstrando que, ao ver o direito sob a ótica discursiva, a institucionalização das condições para o exercício da liberdade comunicativa e da autonomia se coloca como legitimidade:

A idéia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma *gênese lógica dos direitos*, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a

<sup>99</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2, 2012, p. 312, Posfácio.

institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica.<sup>100</sup>

Desta forma, no fim das contas, a preocupação de Habermas é com a possibilidade de institucionalização das condições para o exercício da autonomia. Essa institucionalização e esse exercício se dão a partir do *médium* do direito, que interliga a autonomia privada e a autonomia pública, os direitos humanos e a soberania popular, sendo um elemento mutuamente pressuposto pelo outro. Ora, assim, a cooriginariedade também se dá em outras relações desdobradas da relação cooriginária e complementar entre direito e moral em um âmbito pós-tradicional e um ímpeto do discurso filosófico da modernidade.<sup>101</sup>

Entretanto, antes de entrar mais a fundo nessa relação direito e moral a partir de outras relações desdobradas no seio de um Estado Democrático de Direito, precisamos entender como direitos fundamentais já se constituem a partir da aplicação da teoria do discurso à forma jurídica no âmbito da tensão entre facticidade e validade.

#### **2.4– DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A ÓTICA DA TEORIA DO DISCURSO E DA RELAÇÃO ENTRE AUTONOMIA PRIVADA E AUTONOMIA PÚBLICA**

Como adiantamos, a relação do princípio do discurso com a forma jurídica forja um princípio da democracia. A forma jurídica, pensada discursivamente, implica direitos fundamentais para todos que pretendem regular a convivência por leis positivadas: “[o]ra, tal sistema deve conter precisamente os direitos que os cidadãos são obrigados a atribuir-se reciprocamente, caso queiram regular legitimamente sua convivência com os meios do direito positivo”.<sup>102</sup>

<sup>100</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 158.

<sup>101</sup> Para Habermas, a modernidade é marcada por sociedades que se despedem, ao menos de um ponto de vista normativo, de tradicionalismos compartilhados naturalmente em uma mesma cosmovisão. Uma única concepção de bem não pode mais prevalecer em um ambiente que se quer livre, sobretudo diante da ideia dos direitos subjetivos como espaços livres de ação: “[s]ão especificamente modernas: a consciência histórica que rompe com o tradicionalismo de continuidades tidas como naturais; a compreensão da prática política que se coloca à luz da autodeterminação e da autorrealização; e a confiança no discurso racional, pelo qual passa a legitimação de todo o poder político.” Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2, 2012, p. 253. Felipe Gonçalves Silva conceitua sociedades pós-tradicionais junto da modernização social na forma com que Habermas relê o conceito de autonomia: “[é] verdade que esse primeiro passo reconstrutivo já faz uso de elementos norteadores de sua teoria da modernização social – os quais enxergam no advento histórico de sociedades pós-tradicionais a liberação dos potenciais comunicativos necessários às diferentes modalidades de autonomia jurídica – e que a gênese dos conceitos normativos fundamentais, entre eles o de autonomia privada, é realizada em atenção à facticidade de uma forma jurídica observada na maior parte das modernas codificações de direitos.” SILVA, F G. *Liberdades em Disputa: reconstrução da autonomia privada na teoria crítica de Jürgen Habermas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 37.

<sup>102</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 158.

A legitimidade das normas de ação é pensada pelo princípio do discurso, sendo que a legitimidade do direito – um tipo de norma de ação com suas especificidades próprias – deve vir a partir da transformação deste princípio do discurso em princípio da democracia. A legitimidade de um Estado Democrático de Direito, ou seja, a justificação da força obrigatória das normas jurídicas em sociedades complexas e democráticas advém de um procedimento de produção dessas normas que, levando em conta a formação discursiva da opinião e da vontade de sujeitos de direito, membros de uma comunidade jurídica, permite a institucionalização das próprias condições para exercício comunicativo da liberdade. Isso se dá uma vez que o filósofo alemão pensa a interação social como uma *práxis comunicativa*, sendo as condições institucionalizadas referentes ao exercício de uma liberdade comunicativa em um Estado Democrático de Direito. Um procedimento discursivo garante a positivação, a sistematização, de discursos práticos que antes se encontravam apenas no mundo da vida. Aliás, é assim que a moral pode ser complementada pela forma jurídica, como vimos anteriormente.

Segundo Habermas, dessa relação entre direito e princípio do discurso é possível deduzir cinco direitos fundamentais que devem estar presentes em todo processo democrático que se pretende legítimo. São direitos fundamentais que abrangem os cidadãos, ao mesmo tempo, como destinatários e autores das normas jurídicas em um processo discursivo de formação da opinião e da vontade. No fundo, trata-se de uma releitura do conceito de autonomia e autolegislação de Rousseau e Kant sob a ótica da teoria do discurso aplicada à forma jurídica, notadamente aos direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito. Ou seja, a autonomia se coloca em um ponto de tensão situado no seio do direito, não dependendo apenas da moral para se constituir, mas de um procedimento de produção discursiva da opinião e da vontade que leva em conta discursos práticos diversos e não apenas discursos morais. Não se trata mais de uma autonomia da vontade de indivíduos portadores de uma faculdade da razão prática que se relacionam em uma coexistência de arbítrios, mas de uma autonomia de cidadãos participantes de uma *práxis comunicativa*:

A idéia de autolegislação de cidadãos não pode, pois, ser deduzida de uma autolegislação *moral* de pessoas *singulares*. A autonomia tem que ser entendida de modo mais geral e neutro. Por isso introduzi um princípio do discurso, que é indiferente em relação a moral e ao direito.<sup>103</sup>

Essa releitura discursiva do conceito de autonomia e, de seu correlato, a autolegislação, possibilita destacar cinco direitos fundamentais básicos para todo cidadão

---

<sup>103</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p.

pertencente a um Estado Democrático de Direito, sendo os três primeiros referentes ao cidadão visto como destinatário e os dois últimos ao cidadão visto como co-autor das normas jurídicas. Vale lembrar que, no mesmo sentido, os três primeiros se referem a direitos advindos da proteção a liberdades subjetivas, enquanto os dois últimos se referem a direitos relacionados à igualdade. São eles: (1) direitos fundamentais à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas, (2) direitos fundamentais que estabelecem o *status* de membro de uma comunidade jurídica, (3) direitos fundamentais como possibilidade do ajuizamento de ações judiciais que visam proteger o espaço de liberdade do indivíduo, (4) direitos fundamentais à participação, nas mesmas condições, dos processos de formação da opinião e da vontade e (5) direitos fundamentais como condições para a melhor concretização dos direitos elencados anteriormente.

Esses direitos fundamentais figuram como condições para que, em um Estado Democrático de Direito, a liberdade comunicativa seja assegurada em lei por um procedimento legítimo e o cidadão seja visto como um participante de um processo discursivo de formação da opinião e da vontade. A liberdade comunicativa abrange tanto a liberdade subjetiva, como espaço de ação, quanto a liberdade política de participação das decisões. A liberdade em seu aspecto subjetivo, advinda da restrição a qualquer intervenção em um espaço consagrado em lei, garante uma autonomia privada e, portanto, se refere ao cidadão que se reconhece reciprocamente como destinatário das leis. Já o cidadão visto como co-autor das normas jurídicas é aquele que participa do processo de decisão e criação do direito, portanto aquele que exercita uma liberdade política, uma autonomia política pública, por assim dizer.

Segundo Habermas, em nome da proteção dos cidadãos como destinatários da lei, ou seja, no âmbito de sua autonomia privada, é que se exige, como direitos fundamentais de um Estado Democrático de Direito: (1) a maior medida de iguais liberdades, (2) a posição de membro de uma comunidade jurídica e (3) a possibilidade de postulação judicial para proteger seus direitos subjetivos. Vale lembrar que, na perspectiva habermasiana, cidadãos membros são aqueles que podem, reciprocamente, conferir direitos e deveres uns aos outros para o reconhecimento mútuo de sua posição:

E esses direitos fundamentais garantem a autonomia *privada* de sujeitos jurídicos somente na medida em que esses sujeitos se reconhecem mutuamente em seu papel de *destinatários* de leis, erigindo destarte um *status* que lhes possibilita a pretensão de obter direitos e de fazê-los valer reciprocamente.<sup>104</sup>

---

<sup>104</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 159.

Na sequência, os outros dois direitos fundamentais são precisamente delineados:

- (4) Direitos Fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo. (...)  
 (5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) a (4).<sup>105</sup>

O primeiro desses direitos fundamentais se refere ao espaço livre de ação constituído desde o início da modernidade quando da formação dos direitos privados. Na verdade, como antecipado no primeiro capítulo da presente dissertação, o próprio contitucionalismo nasceu desse limite imposto a vontades concorrentes, bem como à autoridade estabelecida. Esse espaço garante liberdades subjetivas de ação aos cidadãos que podem compor seus projetos de vida e seus interesses por atuações não mencionadas como proibidas pelo direito. Ou seja, tudo aquilo que não é proibido é permitido. Bem delineada ficam as fronteiras a serem respeitadas pelo cidadão na persecução de seu fim.

Em segundo lugar, estão os direitos fundamentais que garantem ao cidadão a participação na comunidade jurídica como parceiros de direitos que reciprocamente atribuem-se direitos e deveres. Os cidadãos devem ganhar um *status* que permita sua identificação como um membro livre e igual de uma comunidade jurídica que se pretende cooperativa. Aqui, temos o reconhecimento do cidadão como participante de um Estado Democrático de Direito, com as vantagens e desvantagens daí decorrentes. É importante ao cidadão ter por certo que outros cidadãos são considerados da mesma forma, perseguindo seus objetivos pelo mesmo caminho garantido em lei. Com isso, é possível saber com mais precisão quem são aqueles afetados pelos efeitos das decisões que estão sendo tomadas e pelos direitos e obrigações que estão sendo institucionalizados. O campo de validade do direito se coloca mais bem traçado, pois adstrito àqueles que são parceiros de direito de dada comunidade jurídica:

Normas jurídicas originam-se das decisões de um legislador histórico, referindo-se a um universo jurídico geograficamente delimitado e uma coletividade de parceiros jurídicos delimitável socialmente, e, com isso, a um âmbito de validade especial.<sup>106</sup>

<sup>105</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, pp. 159-160.

<sup>106</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, pp. 160-161.

Na sequência, um terceiro tipo de direito fundamental deve existir como condição para um Estado Democrático de Direito pensado pela via de um princípio do discurso que, ao se relacionar com a forma jurídica, adquire o formato de princípio da democracia. Trata-se do direito daquele que se sente lesado quando recorre ao ajuizamento de demanda judicial na pretensão de ser compensado pelos danos sofridos. Trata-se do acesso ao direito que todo cidadão deve ter para efetivar reclamação de qualquer natureza, perante a autoridade estabelecida. O Estado, uma vez que tem o monopólio da força e não pode permitir a vingança privada de outrora, deve oferecer uma proteção jurídica ao indivíduo que se sente constrangido. Essa proteção se estabelece quando se garante o acesso a tribunais que possam fazer valer a força do Estado contra eventuais injustiças. É um direito subjetivo de acessar a autoridade estabelecida na busca de provimento judicial que venha a reparar danos sofridos pelo indivíduo.

Outro direito fundamental que deve ser conferido ao cidadão de uma sociedade que se quer democrática é a participação, com igualdade de chances, nos processos de formação da opinião e da vontade. Trata-se, portanto, de um quarto direito fundamental elencado como condição discursiva do Estado Democrático de Direito. Não estamos mais no âmbito de uma autonomia privada que gira em torno de liberdades subjetivas negativas e positivas, mas que se relaciona discursivamente com uma autonomia política. Ou seja, agora, sob a ótica discursiva, estamos diante de uma autolegislação que se constitui a partir do cidadão participante do processo democrático de produção das leis. É o cidadão co-autor do direito, aquele que exercita uma liberdade positiva de participar da elaboração jurídica. Um sujeito de direito que só se vê como autônomo ao agir como autor dos direitos que lhe afetam também como destinatário. Habermas está, a partir deste quarto direito fundamental, possibilitando uma relação próxima de autor e destinatário, portanto seguindo a tendência de releitura do conceito de autolegislação empreendido por Rousseau e Kant. Quando os cidadãos se entendem assim uns aos outros, ou seja, quando assumem reciprocamente direitos e obrigações forjadas em processo em que se pode participar em igualdade de chances, podemos dizer que o cidadão é tido como livre e igual. Liberdade e igualdade se vêem entrelaçadas a partir da ideia de destinatário e autor, ideia tipicamente moderna.

Habermas acredita que esse direito fundamental de participação política é necessário para que o cidadão que se vê como civil possa aplicar o princípio do discurso por ele mesmo.

---

Assim, o princípio do discurso, quando transformado em princípio da democracia, faz com que os cidadãos possam, discursivamente, participar da imposição jurídica de modo a avaliar o direito que estão criando. A autonomia do cidadão só pode advir do direito como *médium* de integração social, pois é o direito que permite que o próprio cidadão aplique os princípios do discurso:

É preciso, no entanto, empreender uma mudança de perspectivas, a fim de que os civis possam aplicar por si mesmos o princípio do discurso. Pois, *enquanto sujeitos de direito*, eles só conseguirão autonomia se se entenderem e agirem como autores dos direitos aos quais desejam submeter-se como destinatários. Enquanto *sujeitos do direito*, eles não podem mais escolher o *médium* no qual desejam realizar sua autonomia. Eles não podem mais dispor da linguagem: O código do direito é dado preliminarmente aos sujeitos de direito como a única linguagem na qual podem exprimir a sua autonomia.<sup>107</sup>

A autolegislação é pensada diante de um conceito discursivo de direito que permite ao cidadão, ele mesmo, avaliar discursivamente a legitimidade do direito que está criando. Sua autonomia se depreende do direito e não mais de uma faculdade da razão prática. De maneira mais precisa, agora, pode-se dizer com mais razão que a legitimidade da força obrigacional das normas vem da institucionalização das condições para o processo democrático pensado pela ótica da liberdade comunicativa:

A idéia de autolegislação tem que adquirir por si mesma validade no *médium* do direito. Por isso, têm que ser garantidas pelo direito as condições sob as quais os cidadãos podem avaliar, à luz do princípio do discurso, se o direito que estão criando é legítimo. Para isso servem os direitos fundamentais legítimos à participação nos processos de formação da opinião e da vontade do legislador.<sup>108</sup>

O cidadão exercita uma liberdade de tomada de decisão e posição diante do levantamento discursivo de pretensões de validade criticáveis. Não só como membro, mas participante de um Estado Democrático de Direito, o cidadão deve poder se imiscuir em todo processo de deliberação e decisão para que o procedimento possa ser considerado legítimo. Se o princípio do discurso fala de participantes de discursos racionais, o princípio da democracia fala em participantes da formação democrática da opinião e da vontade que garante a liberdade comunicativa e, portanto, legitima o direito:

<sup>107</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 163.

<sup>108</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 163.

De acordo com o princípio do discurso, podem pretender validade as normas que poderiam encontrar o assentimento de todos os potencialmente atingidos, na medida em que estes participam de discursos racionais. 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 a que a liberdade comunicativa de cada um possa vir simetricamente à tona, ou seja, a liberdade de tomar posição em relação a pretensões de validade criticáveis.<sup>109</sup>

A compreensão do cidadão como destinatário, mas, ao mesmo tempo, co-autor das normas jurídicas, forja uma relação que permite entendermos a autonomia tanto por seu âmbito privado, como também por seu âmbito político e público apenas quando passamos a ter as normas como aceitas diante de um procedimento discursivo legítimo. A partir daí e sempre com a teoria do discurso em mente, Habermas pode imbricar ainda mais moral e direito. Isto se dá porque é a partir de um espaço de ação em que posso me entender e entender os outros como membros da mesma comunidade, conferindo reciprocamente direitos e deveres, que posso atuar no processo de deliberação e decisão da formação discursiva da opinião e da vontade em sociedades democráticas. Só a partir de um marco que me consagra cidadão é que posso participar politicamente da formação pública da opinião e da vontade. Sem a consagração de uma liberdade de atuação não seria possível participar com qualidade do processo de criação das normas. Por outro lado, é participando politicamente que se institucionaliza, se aprimora, se confirma, o espaço livre de atuação dos cidadãos. Ora, a ideia de cidadão como destinatário pressupõe a ideia de cidadão como co-autor e vice-versa, pois, discursivamente, um necessita do outro no mesmo procedimento para se efetivar. Desta forma, a liberdade comunicativa é vista sob esses dois ângulos, da autonomia privada e da autonomia política, sendo que sua institucionalização garante a legitimidade de todo processo, pois exige iguais direitos políticos fundamentais para os cidadãos. Vale dizer que esses dois ângulos são vistos de maneira simultânea, sendo que um pressupõe o outro. Autonomia privada e política se pressupõem, mas não só, pois neste mesmo sentido podemos relacionar direitos humanos e soberania popular, estado de direito e democracia:

Iguais direitos políticos fundamentais para cada um resultam, pois, de uma juridificação simétrica da liberdade comunicativa de todos os membros do direito; e esta *exige*, por seu turno, uma formação discursiva da opinião e da vontade que possibilita um exercício da autonomia política através da assunção dos direitos dos cidadãos. Quando introduzimos o sistema de

---

<sup>109</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 164.

direitos desta maneira, torna-se compreensível a interligação entre soberania do povo e direitos humanos, portanto a cooriginariedade da autonomia política e da privada.<sup>110</sup>

Portanto, o sistema de direito é reconstruído por Habermas como aquele que avoca a tensão entre facticidade e validade presente no bojo da linguagem e depois no direito a partir do processo de institucionalização das condições para o exercício de uma liberdade comunicativa, a qual atravessa tanto uma autonomia privada como uma autonomia pública, tanto os direitos humanos como a soberania popular. Enfim, trata-se de uma legitimidade advinda de uma relação entre direito e moral que, se bem entendida, exige a institucionalização em direitos humanos da própria soberania popular.

Segundo Habermas, assim se compreende melhor o Estado Democrático de Direito, pois a imbricação entre o Estado de Direito e a própria ideia de democracia é vista por ele, claro, de um ângulo discursivo. A relação entre direito e moral pensada desde a ótica discursiva coloca, a partir da tensão entre facticidade e validade, que o direito avoca, a cooriginariedade entre autonomia privada e pública e entre direitos humanos e soberania popular, de um ponto de vista da autolegislação. A autonomia vista no bojo do direito a partir da teoria do discurso se divide em autonomia privada e autonomia pública, sendo a autonomia privada referente ao cidadão destinatário portador dos três primeiros direitos fundamentais básicos, e a autonomia pública referente ao cidadão como autor, portanto ao cidadão como participante de um processo de formação da opinião e da vontade dentro de um procedimento de institucionalização das condições para o exercício da liberdade comunicativa.

A autonomia privada pode ser vista pelo ângulo da liberdade própria à modernidade, portanto uma liberdade como espaço de ação garantido ao sujeito para construir seu próprio projeto de vida. Contudo, essa construção não pode ser alheia a outros interesses, levantando possibilidade desinteressadas ou mesmo forjando modelos de pensamento que se afastem de interferências do mundo. Em uma sociedade complexa marcada como Estado Democrático de Direito, não cabe ao cidadão se pensar em uma coexistência de arbítrios, mas em uma cooperação recíproca a partir do reconhecimento dos cidadãos como sujeitos de direito. Isso só é possível de se fazer em ambiente discursivo, segundo Habermas.

Esse reconhecimento recíproco dos cidadãos como sujeitos de direito só se concretiza com a autonomia pública. Para que a autonomia privada se efetive é necessário um canal discursivo que garanta que o espaço de ação protegido é limitado de forma legítima. Só mesmo um espaço de ação garantido legitimamente, portanto a partir de uma fundamentação

---

<sup>110</sup>Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 164.

discursiva do direito, pode bem embasar a atuação dos sujeitos de direito. Por outro lado, a formação discursiva da opinião e da vontade deve poder contar com a interação de sujeitos que se reconhecem reciprocamente como portadores de um espaço de ação livre de restrições ilegítimas. Autonomia privada e pública se pressupõem mutuamente, são cooriginárias e complementares quando vistas pela lente da teoria do discurso, sobretudo em um ambiente de Estado Democrático de Direito, no qual, vale dizer, também se relacionam discursivamente direitos humanos e soberania popular.

## **2.5– RELAÇÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E SOBERANIA POPULAR A PARTIR DA AUTOLEGISLAÇÃO EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

### **2.5.1– Crise do Estado de Direito e do Estado de Bem-Estar Social**

Com a modernidade, vimos o surgimento de Estados-Nação que monopolizavam a força assumindo ou um aspecto de Estado Absoluto,<sup>111</sup> ou um aspecto de Estado de Direito. Com a Revolução Francesa, a ideia de Estado de Direito avança. Um documento jurídico público é destinado à França logo após a Revolução de 1789, mas logo repercute por vários outros países que pretendem regular os conflitos através de direitos positivados. Trata-se da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de agosto de 1789. Esta Declaração, ainda sob os auspícios de um direito natural, afirma que os homens nascem livres e iguais em direito. Ora, uma das influências consideradas para a Revolução Francesa se encontra em Rousseau, que já havia tentado conciliar liberdade e igualdade. Posteriormente, Kant também pretendeu compatibilizar esses dois conceitos. Ambos autores, nessa tentativa, levantam a ideia de autonomia ou autolegislação, que possibilita que certa ideia de democracia ganhe cada vez mais relevo. De um Estado de Direito, aos poucos passamos a pensar um Estado Democrático de Direito que tenta compatibilizar a liberdade – pois enquanto o Estado de Direito fixa normas que denotam um espaço livre de ação a salvo de restrições, ideia que, como vimos, vem desde o nascimento do Constitucionalismo –, com a igualdade, sendo esta buscada de forma democrática. A construção do conceito de Estado Democrático de Direito passa pela relação de Estado de Direito com a ideia de democracia, advinda, sobretudo, do conceito de autolegislação de Rousseau e Kant:

---

<sup>111</sup> Cf. HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins fontes, 2008.

Parece que restou um único candidato capaz de afirmar a atualidade da Revolução Francesa: trata-se do Estado democrático de direito. A democracia e os direitos formam um núcleo universalista do Estado constitucional, que resultou das múltiplas variantes da Revolução Americana e Francesa.<sup>112</sup>

Os direitos consagrados pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão ganham mais destaque quando do término da Segunda Guerra Mundial e da criação da ONU. A Declaração Universal dos Direitos Humanos pretendia não só dispor de um documento jurídico, mas também indicar um órgão responsável pela fiscalização dos direitos no mundo, os quais agora são chamados de direitos humanos. Em verdade, percebe-se que a mera declaração em documento jurídico público não garante, por si só, a legitimidade do direito. Para a legitimidade, pensamos não só a facticidade do documento, mas também sua validade. Contudo, o Estado de Direito não consegue dar conta das expectativas que nele eram depositadas, muito menos a ONU pode garantir, por si só, o cumprimento e menos ainda a legitimidade dos direitos humanos.

A crise do Estado de Direito, advindo do direito formal burguês, acontece a partir do momento que um paradigma do direito privado baseado em liberdades subjetivas, como, por exemplo, a liberdade de contratar, se esgarça, pois não pode se legitimar a si mesmo e muito menos depender exclusivamente da moral para isso. O direito formal burguês, que tem seu germe na criação dos direitos privados, não consegue garantir a proteção jurídica de um espaço de liberdade, sobretudo no pós-guerra, pois precisa validar aquilo que fixou, sendo que simplesmente copiar uma normatividade prático-moral não garante a obediência das normas por parte dos cidadãos.

As demandas por direitos sociais explodem no pós-guerra. Neste momento, para suprir um *déficit* do Estado de Direito, bem como os estragos realizados pela guerra, surge o Estado social. É preciso ter em mente essa passagem se queremos entender o Estado Democrático de Direito diante de uma teoria procedimental do direito, proposta por Habermas. Vale ressaltar que o próprio Estado Social advindo da política de *Welfare State* no pós-guerra também mereceu e ainda hoje merece suas críticas.

O diagnóstico de Max Weber quanto à materialização do direito advinda de Kant, tido como filósofo burguês, bem como a reação a essa tendência, ficam agora mais claros. Max Weber, como já fora dito, para combater certa moralização do direito, o afasta de qualquer relação com a moral. O direito é assim visto como um sistema autoreferencial, pois se

---

<sup>112</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2, 2012, p. 252.

justifica a si mesmo sem qualquer aporte moral. O direito é esvaziado de qualquer normatividade, passando a recorrer à fé na legalidade e na força que o Estado monopoliza. Enfim, a legitimidade do direito se dá apenas como sistema.

Com o Estado Social, a situação piora e o direito tem sua compreensão reduzida a instrumento, portanto à mera regulação política, sem qualquer capacidade normativa advinda de uma tensão entre facticidade e validade vista de maneira procedimental. A facticidade aqui prepondera e apaga a relação entre direito e moral que poderia forjar sua validade. O direito se confunde com a política. O Estado Social advindo da política de *Welfare State* mantém uma concepção restrita de direito.<sup>113</sup>

O direito perde uma racionalidade própria que pudesse erguer certa normatividade. Vira um sistema autorreferencial completamente descolado de validades deônticas, mas também afastado da realidade social. Certo positivismo é produto da reação à materialização do direito de Kant. Diante desse esvaziamento que o direito sofre, Habermas pretende, com seu procedimento discursivo, resgatar as forças de uma autonomia que não venha mais de um sujeito possuidor de uma vontade, mas do bojo do direito, o qual também não se relaciona com a moral de maneira a se subordinar, mas complementando-a e sendo entendida como cooriginária. Nessa direção, uma nova concepção de direito dá diretrizes para o aprimoramento do entendimento sobre o Estado Democrático de Direito. A teoria do discurso e a razão comunicativa ajudam na empreitada habermasiana de uma teoria discursiva e procedimental do direito. Ao final de *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, quando trata da crise do Estado de Direito e da compreensão procedimentalista do direito, Habermas assevera:

Até aqui, discuti o paradigma procedimental do direito tendo em vista a realização de certos direitos; no entanto, a nova compreensão do direito atinge também, inclusive em primeira linha, o problema relativo à construção do Estado democrático de direito em sociedades complexas. Pudemos averiguar que a passagem para o modelo do Estado social se impôs, porque os direitos subjetivos podem ser lesados, não somente através de intervenções ilegais.<sup>114</sup>

Com o Estado Social, o direito passa a ser instrumentalizado, pois a sistematização e a fé na legalidade tornam o sistema administrativo independente, no que pese isso ocorrer no

---

<sup>114</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2, 2012, p. 170.

mesmo momento em que se ampliam as tarefas do Estado e os fins políticos do direito. Rapidamente o direito passa a ser visto apenas pela perspectiva funcional, ao passo que as instâncias estatais e outros sistemas parasitam o direito a partir de parcerias espúrias:

A partir desse momento, o direito *instrumentalizado* para fins políticos, é açambarcado por um sistema administrativo independente e degradado à condição de meio entre outros meios aptos a resolver unicamente problemas de integração funcional. (...) As instâncias estatais que instrumentalizam direitos para realizar fins coletivos tornam-se autônomas, entrando numa parceria com seus clientes mais poderosos e formando uma administração de bens coletivos, sem subordinar a escolha dos fins ao projeto de realização de direito inalienáveis.<sup>115</sup>

Direitos fundamentais são desconsiderados ou reduzidos nesse ambiente de fraqueza normativa que o Estado Social impõe. As ideias do Estado de Direito começam a ser deixadas de lado em nome de um Estado Paternalista. Ora, tendo em vista a melhor compreensão do Estado Democrático de Direito, Habermas acredita ser apenas uma questão de compreender uma nova concepção do direito que passa a entender de maneira discursiva a crise do Estado de Direito advinda da tendência à materialização do direito, bem como sua reação, que gera o Estado Social. Isso não quer dizer abandonar o Estado de Direito, mas reinterpretá-lo sob outro prisma a partir das críticas recebidas e da crise do próprio *Welfare State*:

Pois a força de integração social do direito só seria superada estruturalmente, caso a crise do Estado de direito se revelasse *sem saída*. No meu entender, os que sugerem que ela é sem saída têm uma compreensão preconcebida do direito, fixada da atividade do Estado.<sup>116</sup>

## 2.5.2– Três concepções de liberdade e três modelos de democracia

Diante da crise tanto do Estado de Direito quanto do Estado Social, duas concepções de liberdade, assumidas por modelos de democracia diversos, passam a se contrapor. As chamadas “liberdade dos antigos” e a “liberdade dos modernos” passam a ser paradigmas de entendimento na tentativa de conciliar igualdade e liberdade – pleito da Revolução Francesa. A modernidade pensa a liberdade do indivíduo, um direito privado que garante um espaço de ação, sendo que os antigos se relacionam intimamente com o projeto comunitário da *pólis*, pensando a liberdade de participação política nas decisões que afetam os cidadãos. Trata-se

<sup>115</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2, 2012, pp. 172-173.

<sup>116</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2, 2012, p. 178.

de, por um lado, preservar a liberdade através de uma autonomia privada e, por outro lado, proteger a igualdade através de uma autonomia vista sob a ótica pública.

Por mais que Rousseau e Kant tenham tentado conciliar ambos aspectos da liberdade, o conceito de autonomia de ambos pesa mais para um dos lados. A autolegislação é vista de maneira unilateral, pois, com Rousseau, a ênfase se encontra em uma autonomia pública. A capacidade de vontade geral, portanto, a própria soberania popular, se relaciona com o *êthos* de uma comunidade na qual os cidadãos exercitam virtudes políticas. E, em Kant, se enfatiza a autonomia privada de um sujeito que dispõe da liberdade advinda de uma regra moral da razão, sendo a dignidade da pessoa humana consagrada no âmbito dos direitos humanos. Em verdade, o que está de fundo nessa discussão, é a forma como se entende o direito e a relação deste com a moral, a qual é pensada a essa altura a partir da relação entre direitos humanos e soberania popular. Ocorre que essa relação não é bem delineada pelos autores modernos, o que resulta em uma querela que se estende até hoje entre uma visão liberal e uma visão republicana de democracia.

Rousseau e Kant tentaram relacionar direitos humanos com soberania popular, para mitigar os efeitos dessa querela, mas não conseguiram, pois ainda presos em certa filosofia da consciência que não entende o sujeito como participante discursivo de uma *práxis comunicativa*. Kant pensa o cidadão em termos morais, enquanto Rousseau o entende em termos ético-políticos. Existe aqui uma seletividade dos discursos práticos considerados. O que não está no horizonte desses filósofos modernos é o entrelaçamento discursivo entre discursos práticos diversos, exigência para a legitimidade do Estado Democrático de Direito, segundo Habermas. Esse entrelaçamento possibilita uma democracia deliberativa que concilie, mas, mais que isso, entenda como cooriginários os direitos humanos e a soberania popular, desfazendo a aparente oposição entre liberalismo e republicanismo a partir de um novo modelo de democracia.

Kant pensa um momento pré-político, segundo o qual a moral fornece a normatividade ao direito. Rousseau, por seu turno, pensa um ambiente ético-político de autorrealização, no qual os cidadãos contribuem mutuamente para um certo projeto de vida. Kant encarna o liberalismo e Rousseau, o republicanismo:

Os liberais evocam o perigo de uma “tirania da maioria”, postulam o primado de direitos humanos que garantem as liberdades pré-políticas do indivíduo e colocam barreiras à vontade soberana do legislador político. Ao passo que os representantes de um humanismo republicano dão destaque ao valor próprio, não-instrumentalizável, da auto-organização dos cidadãos, de tal modo que, aos olhos de uma comunidade naturalmente política, os

direitos humanos só se tornam obrigatórios enquanto elementos de sua própria tradição, assumida conscientemente. Na visão liberal, os direitos humanos impõem-se ao saber moral como algo dado, ancorado em um estado natural fictício; ao passo que na interpretação republicana a vontade ético-política de uma coletividade que está se autorrealizando não pode reconhecer nada que não corresponda ao projeto de vida autêntico.<sup>117</sup>

Existe um nexó interno entre Estado de Direito e Democracia, entre autonomia privada e autonomia pública, direitos humanos e soberania popular, o qual confere o melhor entendimento ao Estado Democrático de Direito. Esse nexó vem sim de um conceito de autonomia. Contudo, Kant e Rousseau não conseguiram perceber esse nexó, pois presos em uma filosofia do sujeito, a qual confere autonomia à vontade de um sujeito ou de um macro-sujeito. Habermas, por sua vez, pretende pensar uma autonomia advinda de um procedimento discursivo de formação da opinião e da vontade:

O visado nexó 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. Nem Kant, nem Rousseau conseguem descobrir esse nexó. Sob premissas da filosofia da consciência, é possível aproximar a razão e a vontade no conceito de autonomia – porém essa capacidade da autodeterminação é atribuída a um sujeito – seja ao eu da “Crítica da razão prática”, seja ao povo do “Contrato Social”.<sup>118</sup>

Para Habermas, existe uma relação de cooriginariedade entre moral e direito, a qual permite entender direitos humanos e soberania popular também como cooriginários. Trata-se, em verdade, do conceito de autonomia visto sob o ângulo da teoria do discurso e de uma concepção procedimental e discursiva do direito. A legitimidade do direito vem de uma autonomia que é vista dentro do próprio *médium* do direito e que possibilita, portanto, a institucionalização, no formado de direitos humanos, das condições para o exercício da soberania popular:

A cooriginariedade 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 direitos. A substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume a figura jurídica.<sup>119</sup>

<sup>117</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 134.

<sup>118</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 137.

<sup>119</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 139.

Vejamos mais de perto esses modelos de democracia que, segundo Habermas, se contrapõem frontalmente desde a modernidade, sendo que o liberalismo deita raízes em Locke e Kant, e o Republicanismo em Aristóteles e, posteriormente, em Rousseau e Hegel. É a conhecida querela entre “liberdade dos modernos” e “liberdade dos antigos”, a qual é colocada nesses termos por Benjamin Constant, embora esse demonstrasse apreço pela defesa da liberdade dos modernos contra possíveis exageros de líderes da República Jacobina.<sup>120</sup>

O Estado Democrático de Direito, em busca de sua legitimidade, é pensado a partir de alguns modelos de democracia, sobretudo após a guinada pós-guerra do Estado Social. É que os resultados da guerra criaram a necessidade de compensação dos danos e das desigualdades via direito sociais, sendo que o Estado de Direito sozinho já não conseguia amenizar esses impactos. O *Welfare State* ou Estado de Bem-Estar Social entra em cena influenciando não apenas o Estado de Direito, mas também a concepção de Estado Democrático de Direito, a qual já tinha seu germe na modernidade, mas continua tentando forjar o melhor entendimento acerca da relação entre liberdade e igualdade. Contudo, o próprio *Welfare State* entra em crise.

Tendo esse cenário em mente, modelos de democracia se opõem em busca da melhor leitura sobre a legitimidade exigida por um Estado Democrático de Direito. Esses modelos são vistos como inconciliáveis, pois ao longo da história do pensamento, por mais que se tentasse a conciliação, enfatizaram mais o lado da liberdade ou o lado da igualdade ou mais uma concepção de liberdade em detrimento de outra. Com premissas reconhecidas, seja pelo Estado de Direito ou pela crítica advinda de sua crise, liberalismo e republicanismo são modelos tradicionais de democracia que dividem espaço nas discussões de filosofia política contemporânea. Vale lembrar que essa discussão marca o debate entre comunitaristas e liberais nos Estados Unidos. Suas principais diferenças estão marcadas nos conceitos de razão prática, de Estado, de sociedade, de cidadão, de direito, de política, de processo democrático, que fazem parte da argumentação em torno da qual se mantém uma interpretação de oposição entre os dois modelos de democracia. Essa oposição é mantida em detrimento de um melhor entendimento sobre o que venha a ser um Estado Democrático de Direito a partir da relação discursiva entre Estado de Direito e Democracia, autonomia privada e autonomia pública, e direitos humanos e soberania popular. O liberalismo parece dar mais atenção a uma

---

<sup>120</sup> Cf. pronunciamento de Benjamin Constant em Athéneé Royal Paris em 1819. Cf. CONSTANT, Benjamin. *Liberdade dos Antigos comparada à dos Modernos*. Filosofia Política, n. 2. 1985. ([http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant\\_liberdade.pdf](http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf). acessado em 23 de Julho de 2019) Cf. SILVA, F. G. *Liberdades em Disputa: reconstrução da autonomia privada na teoria crítica de Jürgen Habermas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 23.

autonomia privada relacionada aos direitos humanos e o republicanismo a uma autonomia pública advinda da soberania popular.

Levando em conta as definições habermasianas contidas em *Direito e Democracia: entre facticidade e validade* e em *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*, tentaremos abordar as principais diferenças entre esses conceitos mais gerais mencionados, bem como propor um terceiro modelo de democracia que leve em conta a teoria do discurso e esteja fundado em uma liberdade comunicativa, qual seja, a democracia deliberativa ou política deliberativa. A ideia de Habermas é propor uma conciliação entre liberalismo e republicanismo a partir de uma leitura discursiva que abrange e até subscreve os principais argumentos de ambas as teorias, mas pensa a cooriginariedade entre direitos humanos e soberania popular, entrelaçando de forma discursiva autonomia privada e pública. Com isso, a ideia de um Estado Democrático de Direito pode ser revigorada em sua justificativa e legitimidade a partir de um conceito de autonomia advindo do *médium* do direito. Enfim, a oposição entre os modelos de democracia pode ser apaziguada.

Tanto o liberalismo como o republicanismo se movem por uma filosofia do sujeito que pensa uma normatividade advinda de uma razão prática<sup>121</sup> que se constitui ou a partir de direitos humanos universais, ou a partir do *êthos* de determinada comunidade, portanto, de sua vontade geral. Pensa-se um sujeito solipsista, atomizado ou um macro-sujeito portador de uma vontade coletiva. Diante dessa visão normativista da razão prática, outros conceitos se desdobram.

Na tradição liberal, que remonta a Locke e Kant, o Estado é visto como instrumento da administração a regular uma sociedade de mercado, ou seja, uma sociedade em que as pessoas são vistas como indivíduos que perseguem interesses, sujeitos possuidores de uma vontade. O Estado garante os direitos humanos quando os institucionaliza. A função do Estado, portanto, se limita a garantir as liberdades subjetivas dos cidadãos como um espaço de atuação pelo qual se assegura interesses de um projeto de vida particular:

Na concepção “liberal” esse processo cumpre a tarefa de programar o Estado para que se volte ao interesse da sociedade: imagina-se o Estado como aparato da administração pública, e a sociedade como sistema de circulação de pessoas em particular e do trabalho social dessas pessoas, estruturado segundo leis de mercado.<sup>122</sup>

<sup>121</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2, 2012, p. 19.

<sup>122</sup> Habermas, Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*, 2007, pp. 277-278.

Portanto, a separação entre Estado e sociedade se mantém no liberalismo, cabendo ao Estado resguardar uma sociedade econômica, segundo a qual os cidadãos são membros possuidores de direitos subjetivos que visam satisfazer seus interesses e preferências em equivalência com as leis de mercado.

De maneira diversa, a concepção republicana defende a fusão entre Estado e sociedade civil, uma vez que o próprio Estado é resultado da formação da opinião e da vontade. Ao invés de ser objetivo do Estado promover interesses em um espaço de ação, este deve proteger a formação da opinião e da vontade, bem como guardar para que seja inclusiva. O Estado visa empoderar a sociedade política, sendo assim visto como uma comunidade ética que busca o bem comum. Proteger a vontade comum é o limite e o objetivo do Estado. Na verdade, o objetivo do Estado é construído a partir de um acordo quanto a interesses comuns:

A justificação existencial do Estado não reside primeiramente na defesa dos mesmos direitos subjetivos, mas sim na garantia de um processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, em que cidadãos livres e iguais chegam ao acordo mútuo quanto a quais devem ser os objetivos e normas que correspondam ao interesse comum.<sup>123</sup>

Nessa concepção, ou o Estado é incorporado à sociedade e visto como comunidade ética – como se argumentou – ou o Estado é visto como um estorvo que atrapalha a integração social espontânea que se dá no *êthos* de uma comunidade, surgindo uma ideia deletéria de luta contra o Estado. A sociedade, por sua vez, é uma totalidade política, pois é política por si mesma, sem depender do Estado para tanto. Através da vontade coletiva, a sociedade toma consciência de si mesma e produz seus próprios efeitos políticos. Enfim, a sociedade se auto-determina politicamente tendo em vista a deliberação na formação da opinião e da vontade:

Na visão republicana, a formação política da opinião e da vontade das pessoas privadas constitui o *médiun*, através do qual a sociedade se constitui como um todo estruturado politicamente. A sociedade é por si mesma sociedade política – *societas civilis*; pois, na prática de autodeterminação política dos sujeitos privados, a comunidade como que toma consciência de si mesma, produzindo efeitos sobre si mesma, através da vontade coletiva dos sujeitos privados.<sup>124</sup>

Diante dos conceitos de razão prática, Estado e sociedade dos dois modelos de democracia investigados, o conceito de cidadão ganha suas particularidades. Na visão liberal, o cidadão segue sua orientação de interesses, ou seja, persegue seu projeto de vida de maneira

<sup>123</sup> Habermas, Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*, 2007, pp. 280-281.

<sup>124</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2, 2012, pp. 19-20.

estratégica, sem ter obstáculos externos que interfiram em certo plano de ação estabelecido pela Constituição, ao menos no sentido de lhe ser conferido um espaço de ação livre de interferências alheias a sua vontade por parte da autoridade ou de outros arbítrios. Tudo o que não é proibido é permitido, sendo que o proibido, para ser legítimo, deve passar pela vontade do destinatário. Esse cidadão, portanto, tem interesses pré-políticos que são levados em conta pelo Estado, o qual procura agregá-los. O Estado oferece proteção jurídica aos direitos individuais dos cidadãos. Desta forma, o cidadão é tido como portador de direitos subjetivos: “[s]egundo a concepção liberal, determina-se o status dos cidadãos conforme a medida dos direitos individuais de que eles dispõem em face do Estado e dos demais cidadãos.”<sup>125</sup>

Em contraposição, na concepção republicana de democracia, o cidadão submete seus interesses ao interesse comum. Não é visto apenas como um portador de direitos, mas como aquele que, a partir de virtudes políticas, adéqua seu interesse ao interesse geral da vontade coletiva. Seu *status* advém de direitos positivos, quais sejam, direito de participação e comunicação política. O cidadão é um participante de uma *práxis* em comum, de uma formação da opinião e da vontade que se refere ao *êthos* comunitário. Em verdade, é “um ator coletivo que reflete a totalidade e age em função dela”.<sup>126</sup>

Com isso, temos que os direitos protegidos com mais ênfase pelo Estado no liberalismo são os direitos negativos, sendo que os direitos que constituem a sociedade política no republicanismo são os direitos positivos da participação e da comunicação política, nos quais o republicanismo coloca mais peso. O direito visto de maneira liberal é como uma autorização dada pelo Estado para agir dentro dos limites do espaço livre de ação. É um direito subjetivo que quer garantir a busca de fins privados pré-políticos. Assim, um direito superior de cunho moral individual é a base dos direitos. Sob a ótica do liberalismo, o direito não depende de uma vontade política.

O direito, do ponto de vista republicano, é visto como integração social que garante uma convivência equilibrada de acordo com os valores da comunidade. É uma ordem jurídica objetiva, cuja legitimidade apela para o processo democrático. As liberdades subjetivas são vistas no mesmo patamar do reconhecimento comunitário:

Na verdade, o projeto republicano vai ao encontro de um conceito de direito que atribui pesos iguais de um lado à integridade do indivíduo e suas liberdades subjetivas, e de outro lado à integridade da comunidade em que os

<sup>125</sup> Habermas, Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*, 2007, p. 279.

<sup>126</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2, 2012, p. 21.

indivíduos podem se reconhecer uns aos outros como seus membros e como indivíduos.<sup>127</sup>

Tratemos agora da política e de seu processo sob o ângulo dos dois modelos de democracia apontados. A visão liberal de política perpassa por um Estado de Direito, que pretende harmonizar os interesses pré-políticos dos cidadãos. O Estado tem como objetivo efetivar esses interesses a partir de uma mediação entre Estado e sociedade. Se, por um lado, os cidadãos perseguem seus interesses, por outro lado, elegem representantes que vão concorrer por posições dentro do Estado. Ambas as coisas ocorrem tendo em vista um agir estratégico. O Estado é visto como topo da sociedade, no qual fins coletivos são negociados por parlamentares eleitos. A política é, portanto, vinculada ao Estado, sendo que seu processo se orienta pelo *output* de uma avaliação dos resultados obtidos pela atividade estatal, ao invés de se preocupar com a discussão política pública:

Essa *compreensão da política*, centrada no Estado, pode prescindir da idéia aparentemente pouco realista de uma cidadania eficaz em termos de coletividade. Ela não se orienta pelo *input* de uma formação política racional da vontade, e sim pelo *output* de uma avaliação bem-sucedida das realizações da atividade do Estado.<sup>128</sup>

No republicanismo, a política não se resume ao Estado, sendo que seu processo não ocupa o topo do poder administrativo, mas o centro da sociedade. Saímos de uma visão vertical para uma visão horizontal da vontade política. É por isso que muitas vezes a política é coloca em oposição ao Estado, como se este constituísse empecilho para a integração social. Em verdade, a cidadania toma conta do Estado, pois a política constitui a coletivização social e, ao mesmo tempo, reflete os valores da comunidade ética. A força da política não vem da Constituição, como no caso do liberalismo, portanto de um poder administrativo, mas de um poder gerado de maneira comunicativa. A formação política da opinião e da vontade configura o *médium* de entendimento mútuo, segundo o qual se harmonizam os interesses particulares com o interesse comum de todos. O processo político é visto sob a ótica da interlocução e não do mercado. Em verdade, o poder comunicativo através do processo democrático confere os limites do poder administrativo e da lei.

O processo democrático, segundo a perspectiva liberal, não passa de acertos firmados em torno de interesses representados, verdadeira negociação estratégica. Os direitos individuais do voto e da composição representativa dão o tom de como o Estado deve

<sup>127</sup> Habermas, Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*, 2007, p. 281.

<sup>128</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2, 2012, p. 20.

preservar interesses pré-políticos, sendo o processo democrático apenas mais um dos elementos constitucionais. Direitos individuais são assegurados por princípios constitucionais liberais que legitimam o poder político:

Na perspectiva liberal, o processo democrático se realiza exclusivamente na forma de compromissos de interesses. E as regras da formação do compromisso, que devem assegurar a equidade dos resultados, e que passam pelo direito igual e geral ao voto, pela composição representativa das corporações parlamentares, pelo modo de decisão, pela ordem dos negócios, etc., são fundamentadas, em última instância, nos direitos fundamentais liberais.<sup>129</sup>

Já a visão republicana entende o processo democrático de maneira diferente. O processo democrático é o auto-entendimento comunitário entre os cidadãos. A deliberação é exercitada, pois parte de um consenso de fundo via cultura, não sendo apenas um elemento constitucional. Em verdade, a constituição e a eleição têm sua validade na rememoração da fundação da República.<sup>130</sup> A formação democrática não apenas legitima o poder político, mas constitui a sociedade como uma coletividade que busca adequar interesses particulares à vontade coletiva:

Segundo a concepção republicana, por outro lado, a formação democrática da vontade cumpre-se sob a forma de um auto-entendimento ético; nesse caso, a deliberação pode se apoiar quanto ao conteúdo em um consenso a que os cidadãos chegam por via cultural e que se renova na rememoração ritualizada de um ato republicano de fundação.<sup>131</sup>

Diante do exposto, percebemos que a tradição liberal enfatiza mais um lado do conceito de autonomia, a autonomia privada, enquanto que a tradição republicana enfatiza mais outro lado, a autonomia pública. Ora, nenhum dos dois modelos consegue entender a autonomia de maneira a abarcar ambos os lados, pois ainda presos em paradigmas da filosofia do sujeito que carecem de uma visão discursiva e procedimental do direito. Direitos humanos e soberania popular, na visão desses modelos de democracia apresentados, não são dois lados da mesma moeda, pois enquanto os direitos humanos protegem um espaço livre para o exercício de liberdades subjetivas, uma autonomia privada, a soberania popular resguarda uma autonomia pública advinda de uma vontade geral.

<sup>129</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2, 2012, p. 19.

<sup>130</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2, 2012, p. 19.

<sup>131</sup> Habermas, Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*, 2007, p. 286.

Após passarmos brevemente pelos principais conceitos desses dois modelos de democracia, segundo a apresentação de Habermas, podemos investigar uma nova concepção de democracia, dessa vez discursiva e procedimental, através da qual se compreende melhor o Estado Democrático de Direito e um conceito de autonomia que vem do próprio direito e não mais de sujeitos éticos ou morais. Afasta-se a tradicional oposição entre liberalismo e republicanismo que impede uma saudável conciliação da liberdade com a igualdade em nome da cooriginariedade entre direitos humanos e soberania popular.

## **2.6– TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO E DEMOCRACIA DELIBERATIVA**

Uma teoria discursiva do direito o entende sob um enfoque intersubjetivo relacionado ao processo democrático, tendo em vista uma releitura crítica da ideia weberiana de legitimidade advinda da legalidade, como vimos anteriormente. O direito posto pressupõe a justificativa de sua imposição. Ocorre que essa justificativa não pode mais ser buscada numa confiança moral, no caso da subordinação do direito a um modelo de normatividade, nem numa confiança legal, no caso da fé no aparato do poder administrativo.

A justificativa que confere legitimidade à norma é levantada de forma procedimental, portanto tendo em vista todo o procedimento pelo qual passa a criação do direito, desde a formação da opinião e da vontade até o processo legislativo que confere vigência à norma jurídica. Nesta perspectiva, o direito é o *médium* através do qual surge, no interior do processo de sua criação, a autonomia que justifica racionalmente a cogência das normas, ou seja, sua obrigatoriedade. A autonomia não é mais da vontade, mas da formação discursiva da vontade, que passa por um procedimento de deliberação e tomada de decisão no seio de um Estado Democrático de Direito. Enfim, trata-se de uma autonomia vista pelo ângulo do entendimento intersubjetivo, não vinculado a uma subjetividade de um indivíduo em convivência de arbítrios, nem à determinada comunidade ética.

Desta forma, por se relacionarem de perto com o direito e sua dualidade, a autonomia e a autolegislação adquirem uma ambivalência que permeia tanto uma autonomia privada como uma autonomia pública. Isso por que, uma vez que nasce do direito, leva em conta tanto um espaço de ação fixado pela norma, que deixa livre tanto a composição do projeto privado de vida de cada um, desde que este não esbarre nos ditames lei, quanto a participação pública como cidadão no processo de criação da norma. O cidadão destinatário da norma tem a liberdade constituída por esta, sendo que, participando dessa constituição, também é seu autor. Liberdade e igualdade são garantidas conjuntamente. Liberalismo e republicanismo não

precisam ser mais vistos como concepções de democracia e de liberdade opostas, mas como concepções que se complementam mutuamente, pois ambas contêm elementos fundamentais que se entrelaçam discursivamente. São unilaterais, mas, a partir de uma compreensão discursiva e procedimental do Estado Democrático de Direito, ajudam a compor o cenário de um novo modelo de democracia: a democracia deliberativa. Segundo Habermas, ambos os modelos de democracia possuem vantagens e desvantagens que são absorvidos de maneira discursiva por seu novo modelo.

A vantagem do modelo republicano é seu “sentido radicalmente democrático”, o qual pressupõe uma “auto-organização” da sociedade via comunicação. A formação da opinião e da vontade não só é levada em conta, como permanece no centro da legitimidade do direito. Aposta-se na solidariedade como uma força diversa das forças do mercado (economia) e da administração pública (Estado). A comunicação pública que visa o entendimento mútuo forja a força normativa. Apesar disso, Habermas ressalta que o republicanismo é bastante idealista, pois tem a desvantagem de tornar o processo democrático dependente de virtudes cívicas de cidadãos que buscam o bem comum como membros de uma comunidade ética. Ora, apenas discursos éticos não podem dar conta de questões de justiça, as quais exigem validação geral e, portanto, alguma relação com um princípio moral. Para sua legitimidade, discursos políticos exigem mais do que o auto-entendimento ético de cidadãos vistos como macro-sujeitos guiados pela razoabilidade de uma razão prática como vontade geral:<sup>132</sup>

O conceito de uma política deliberativa só ganha referência empírica quando fazemos jus à diversidade das formas comunicativas na qual se constitui uma vontade comum, não apenas por um *auto-entendimento mútuo de caráter ético*, mas também pela busca de equilíbrio entre interesses divergentes e do estabelecimento de *acordos*, da checagem da coerência *jurídica*, de uma escolha de instrumentos *racional e voltada a um fim específico* e por meio, enfim, de uma fundamentação *moral*.<sup>133</sup>

Por outro lado, o liberalismo teria como vantagem a importância que confere à institucionalização como marco para a legitimidade da obrigatoriedade normativa, afinal um espaço livre de ação é necessário para a própria formação política do cidadão. No entanto, sua desvantagem estaria em acreditar ser o processo democrático mais um mandamento constitucional que exige do Estado compromisso com determinados interesses. A política seria entendida como um arranjo de interesses que, ao invés de entendê-los, os coloca em contraposição. Além disso, ao passo que considera um princípio moral que garante a simetria

<sup>132</sup> Habermas, Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*, 2007, p. 284.

<sup>133</sup> Habermas, Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*, 2007, p. 285.

do interesse de todos, não consegue prescindir de um direito moral superior através do diálogo com outros discursos práticos, pois ainda sob a égide da razão prática que subordina o direito à moral.

A teoria do discurso pretende não só conciliar as vantagens e desvantagens do liberalismo e do republicanismo em uma nova concepção de democracia, uma vez que incorpora aspectos de ambos modelos, mas também inovar ao forjar a normatividade do direito a partir de uma razão comunicativa presente nas condições de possibilidade de criação do direito. A força normativa do direito vem de uma leitura discursiva de seu processo de criação, o qual absorve a tensão entre facticidade e validade localizada primitivamente na linguagem ordinária. Vale lembrar que a linguagem ordinária contém em seu bojo universais pragmáticos que, sob pena de contradição performativa, devem ser levados em conta quando do entendimento discursivo. Portanto, não se trata mais de uma razão prática a fornecer o modelo de normatividade, mas de uma normatividade advinda de regras contidas nas próprias condições de comunicação em um cenário de Estado Democrático de Direito. A normatividade se coloca no momento em que se levantam pretensões de validade a partir de argumentos pragmáticos, éticos ou mesmo morais em esfera pública. Enfim, esse é o conceito procedimental de democracia ou política deliberativa:

Tudo depende, portanto, das condições de comunicação e procedimento que conferem força legitimadora à formação institucionalizada da opinião e da vontade. O terceiro modelo de democracia que me permito sugerir baseia-se nas condições de comunicação sob as quais o processo político supõe-se capaz de alcançar resultados racionais, justamente por cumprir-se, em todo seu alcance, de modo deliberativo.<sup>134</sup>

O processo democrático, do ponto de vista da política deliberativa, considera diferentes discursos práticos que podem, inclusive, ser institucionalizados em um processo racional que entende a relação entre direitos humanos e soberania popular não apenas sob o ângulo de uma razão prática. É o que Habermas assevera quando discute os modelos de democracia aqui abordados:

Ora, a teoria do discurso assimila elementos de ambos os lados, integrando-os no conceito de um procedimento ideal para a deliberação e a tomada de decisão. Esse processo democrático estabelece um nexos interno entre considerações pragmáticas, compromissos, discursos de autoentendimento e discursos da justiça, fundamentando a suposição de que é possível chegar a resultados racionais e equitativos. Nesta linha, a razão prática passa dos direitos humanos universais ou da eticidade concreta de uma determinada

---

<sup>134</sup> Habermas, Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*, 2007, pp. 285-286.

comunidade para as regras do discurso e as formas de argumentação, que extraem seu conteúdo normativo da base de validade do agir orientado pelo entendimento e, em última instância, da estrutura da comunicação linguística e da ordem insubstituível da socialização comunicativa.<sup>135</sup>

Criticando os dois modelos de democracia que ainda pensam a autonomia de maneira unilateral e subjetiva, Habermas afirma a cooriginariedade entre direitos humanos e soberania popular a partir de uma perspectiva intersubjetiva do direito advinda de sua teoria do discurso. É que a soberania popular só é garantida se institucionalizada pelo direito de forma discursiva. Em verdade, ao invés da exigência de virtudes cívicas para os cidadãos – tal como pensa o republicanismo – é a institucionalização das condições comunicativas para o exercício da soberania popular que garante a legitimidade do processo democrático de criação dos direitos, sobretudo quando esta institucionalização adentra a esfera dos direitos humanos. As condições discursivas para a formação da opinião e da vontade devem ser fixados como direitos humanos. Enfim, a soberania popular é reinterpretada, não dependendo mais de virtudes cívicas dos cidadãos, mas de sua própria institucionalização diante de um procedimento discursivo. Trata-se de um poder comunicativo destituído de sujeito, pois advindo de um processo democrático, que ganha validade e publicidade pela forma jurídica junto da teoria do discurso:

Com isso, não se desmente a intuição que se encontra na base da idéia de soberania popular: ela simplesmente passa a ser interpretada de modo intersubjetivista. A soberania do povo retira-se para o anonimato dos processos democráticos e para a implementação jurídica de seus pressupostos comunicativos pretensiosos para fazer-se valer como poder produzido comunicativamente.<sup>136</sup>

Habermas quer se livrar de uma filosofia da consciência demonstrando que a concretização da ideia de autonomia só pode vir de uma compreensão procedimental do direito, que, para se formar, necessariamente passa por um processo democrático. Por um lado, só com direitos subjetivos institucionalizados como direitos humanos, ou seja, só com liberdades subjetivas garantidas pela lei, podemos exercitar a participação política na formação da opinião e da vontade. Contudo, por outro lado, esses direitos subjetivos só são concretizados com a suposição de que o processo democrático é racional. A autonomia pública só é possível se garantida a autonomia privada, sendo que essa também, para produzir efeitos considerados legítimos, deve pressupor um poder comunicativo advindo da autonomia

---

<sup>135</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2, 2012, p. 19.

<sup>136</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2, 2012, p. 24.

pública. Enfim, a autonomia vista pelo ângulo da teoria do discurso não tem como base nem a faculdade de um sujeito, nem virtudes cívicas de um macro-sujeito possuidor de uma vontade geral, mas um processo democrático formador do direito, segundo o qual os cidadãos figuram seja como destinatários, seja como autores:

Os sujeitos que desejam regular sua convivência com os meios do direito positivo não podem mais escolher o *médium* para concretizar sua autonomia. Pois, na produção do direito, eles participam na qualidade de *sujeitos de direito*; (...) O nexos interno entre “direitos humanos” e soberania popular, que buscamos aqui, reside, pois, no fato de que a exigência de institucionalizar a autolegislação em termos de direito tem que ser preenchida com o auxílio de um código, o qual implica, *ao mesmo tempo*, a garantia de liberdades subjetivas de ação e de reclamação. Inversamente, a repartição igualitária desses direitos subjetivos (e de seu “valor equitativo”) só pode ser satisfeita através de um processo democrático que justifica a suposição de que os resultados da formação política da opinião e da vontade são racionais. Desse modo, a autonomia privada e a pública pressupõem-se mutuamente, sem que uma possa reivindicar o primado sobre a outra.<sup>137</sup>

Habermas reinterpreta a autonomia a partir de uma *práxis comunicativa* e de um direito ambíguo que relaciona autonomia privada e pública em seu processo discursivo de criação, pois realiza em outro âmbito a tensão entre facticidade e validade própria da linguagem, bem como pressupõe a cooriginariedade entre direitos humanos e soberania popular. Com isso, a legitimidade do direito passa a ser pensada diante de um ambiente em que fica afastada a concepção de sujeito, seja de um sujeito transcendental racional, seja de um macro-sujeito chamado povo. Diante da teoria do discurso, a soberania popular se enlaça aos direitos humanos a partir de um procedimento intersubjetivo e dialógico de formação discursiva da opinião e da vontade. A autodeterminação se dá procedimentalmente e não se refere a sujeitos, de maneira que a soberania popular se relaciona intimamente com um processo democrático que pressupõe a institucionalização das condições de comunicação. Na verdade, o próprio conceito de soberania se transforma, pois em ambiente discursivo não pode mais se reduzir ao povo ou a atribuições constitucionais:

Quando se sacrifica a formação de conceito ligada à filosofia do sujeito, a soberania não precisa se concentrar no povo de forma concretista, nem exilar-se na anonimidade de competências atribuídas pelo direito constitucional. O *si-mesmo* da comunidade jurídica que se organiza desaparece em formas de comunicação isentas de sujeitos, as quais regulam o fluxo da formação discursiva da opinião e da vontade de modo que seus resultados falíveis guardem para si a suposição de racionalidade. Com isso, a

---

<sup>137</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2, 2012, p. 316, Posfácio.

intuição vinculada à idéia de soberania popular não é desmentida, mas interpretada de maneira intersubjetivista. Em soberania popular, mesmo que se tenha tornado anônima, só se abriga no processo democrático e na implementação jurídica de seus pressupostos comunicacionais, bastante exigentes por sinal, caso tenha por finalidade conferir validação a si mesma como poder gerado por via comunicativa.<sup>138</sup>

Enfim, Habermas está concebendo um conceito de soberania procedimentalizado, pois visto a partir de um arcabouço jurídico discursivo que forja o conceito de autolegislação sem precisar recorrer a um sujeito. A autonomia não é da vontade e a soberania também é vista de modo diferente, pois articulada com a formação discursiva da vontade em esfera pública:<sup>139</sup>

Ou seja, uma soberania popular que se tornou sem sujeito, anônima e diluída de modo intersubjetivista, se retira para os procedimentos democráticos e para os pressupostos comunicacionais pretensiosos de sua implementação. Ela se sublima, assumindo a forma de interações herméticas que se estabelecem entre uma formação da vontade institucionalizada juridicamente e esferas públicas mobilizadas culturalmente. A soberania diluída comunicativamente vem à tona no poder dos discursos públicos, o qual resulta de esferas públicas autônomas,<sup>140</sup>

A positividade de um direito visto de maneira discursiva implica necessariamente que a autonomia sofra uma cisão. Para dar conta da tensão entre facticidade e validade, que agora se encontra na ambiguidade do direito, a autolegislação só pode ser pensada não evitando qualquer tipo de conflito causado pelo dissenso. Não se pode exigir um consenso antecipado formado aprioristicamente na consciência de cidadãos enraizados em dada comunidade ética. Tampouco podemos entender que interesses e divergências se encontrem em ambiente irracional que deve ser extirpado de qualquer possibilidade de entendimento sobre a justificação das normas jurídicas. A autonomia através do *médium* do direito só pode ver direitos subjetivos como dependentes da formação discursiva da opinião e da vontade para sua efetivação. Pela ótica da autolegislação, as três primeiras categorias básicas de direitos fundamentais formadas pela relação entre forma jurídica e princípio do discurso, as quais apontam para os destinatários dos direitos e sua autonomia privada, devem receber complementação advinda do exercício da liberdade política. Essa complementação interpretativa vem por outras duas formulações de direitos fundamentais básicos, dessa vez referentes ao autor do direito, portanto à autonomia pública. Assim, apenas quando da enunciação da autonomia privada, precisamos pensar na autonomia pública como sua

<sup>138</sup>Habermas, Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*, 2007, p. 291.

<sup>139</sup> Conceito de esfera pública. Presente desde as primeiras obras de Habermas.

<sup>140</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2, 2012, p. 273.

efetivação. Por outro lado, a autonomia pública só pode ser enunciada em um ambiente que pressupõe-se os cidadãos como membros dos mesmos direitos e deveres de outros cidadãos. Desta forma, conta com a ideia de portadores de direitos subjetivos que consagram um espaço livre de ação. Só aquele que entende a si mesmo como um membro de uma comunidade jurídica em cooperação pode participar discursivamente da formação da opinião e da vontade. Vale ressaltar que a formação da opinião e da vontade é discursiva, pois somente através do discurso é possível bem relacionar razão e vontade sem cair em uma filosofia do sujeito. Não se pressupõe uma vontade de sujeitos por uma ideia de coletividade amarrada em um conceito eticamente carregado de povo. Também não se pode pensar uma vontade de um sujeito que eleva sua máxima de ação à legislação universal, sem que isso seja necessariamente conduzido à discussão intersubjetiva, pois a autodeterminação moral impõe um juízo próprio. Enfim, autonomia privada e autonomia pública, direitos humanos e soberania popular têm um fundamento comum no discurso e, por isso, se pressupõe mutuamente. Essa é a relação de cooriginariedade entre autonomia privada e autonomia pública, direitos humanos e soberania popular.

### 3– DEMOCRACIA DELIBERATIVA EM PERSPECTIVA CRÍTICA

#### 3.1– DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL

A democracia deliberativa é um modelo de democracia que tem uma concepção de liberdade diferente das concepções dos modelos liberal e republicano, tal como Habermas os entende. A liberdade comunicativa faz interagir a concepção de liberdade dos modernos com a concepção de liberdade dos antigos, apresentadas por Benjamin Constant no âmbito procedimental da produção do direito. A liberdade comunicativa é a possibilidade de tomada ou não de posição inscrita no próprio discurso diante de pretensões de validade levantadas.<sup>141</sup> Por isso, diante dessa concepção de liberdade pensada pela *práxis* comunicativa, a autonomia da democracia deliberativa se reparte em privada e pública no *médium* de um direito visto a partir de sua gênese democrática. O direito não é apenas aquilo que é fixado e descrito em um documento político-jurídico, mas também a possibilidade de validação do que é expresso através da formação discursiva da opinião e da vontade. Essa é uma forma procedimental de entender a democracia não apenas como uma auto-organização política, uma vez que esse entendimento leva à ideia de luta contra o sistema, sobretudo contra o Estado – haja vista Rousseau e suas ideias contra a representação da soberania popular<sup>142</sup> - mas também não apenas como um modelo destinado a sociedades econômicas, uma vez que isso leva ao entendimento do processo democrático apenas como compromissos de interesses.

A teoria do discurso permite a esse modelo procedimental de democracia justificar sua força normativa a partir de processos de entendimento realizados através de procedimentos democráticos. A formação discursiva da opinião e da vontade está no centro da democracia deliberativa, mas isso se dá em relação aproximada com a constituição do Estado de Direito. A força normativa da democracia deliberativa relaciona em fluxo comunicativo deliberações

---

<sup>141</sup> Vale lembrar que Klaus Günter acrescenta à liberdade comunicativa de Habermas algo que se pressupõe na própria teoria: sair da prática comunicativa: “[a] explicação da ‘liberdade comunicativa’ não seria suficiente se não contivesse a liberdade de se retirar da comunicação enquanto tal, quer dizer, de se ‘colocar fora’ das obrigações ilocucionárias mútuas. Sem essa terceira possibilidade de escolher ‘exit’ ao invés de ‘voice’ ou ‘loyalty’, a liberdade comunicativa não seria de fato um tipo de liberdade. A decisão de comunicar deve ser livre. Ela é constitutiva tanto da liberdade do falante de levantar uma pretensão de validade, quanto da liberdade do ouvinte de tomar a seu respeito uma posição positiva ou negativa. Qualquer coerção violaria a condição de sinceridade necessária ao sucesso ilocucionário de um ato de fala”. SILVA, F G. *Liberdades em Disputa: reconstrução da autonomia privada na teoria crítica de Jürgen Habermas*, 2016, p. 115. [GÜNTHER, Klaus. “Communicative Freedom, Communicative Power, and Jurisgenesis”, in ROSENFELD, M.; ARATO, A. (eds.). *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*. Berkeley: University of California Press, 1998, p. 238.]

<sup>142</sup> “Afirmo, pois, que a soberania não sendo senão o exercício da vontade geral, jamais pode alienar-se, e que o soberano, que nada é senão um ser coletivo, só pode ser representado por si mesmo. O poder pode transmitir-se, não, porém, a vontade.” ROUSSEAU, J. -J. *Do Contrato Social*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 49-50.

institucionalizadas e opiniões públicas que se formam com o pano de fundo do mundo da vida. Ou seja, é um modelo de democracia que conjuga procedimentos de institucionalização com contextos do mundo da vida.<sup>143</sup>

Em verdade, a teoria do discurso pretende entrelaçar direitos humanos e soberania popular entendendo o primeiro como direitos fundamentais positivados a partir da relação entre forma jurídica e princípio do discurso (como vimos no capítulo anterior) e o segundo como auto-organização de uma comunidade de participantes tidos como portadores de direitos, se afastando, portanto, de uma autonomia da vontade dos cidadãos. A soberania popular se encontra em um âmbito intersubjetivo de interação social.

Para nossos propósitos, basta entender o modelo de democracia proposto pelo autor alemão nessa perspectiva intersubjetivista e procedimental do direito. O próprio direito é entendido pelo processo democrático, o qual, por sua vez, é visto pelo ângulo discursivo. Assim, podemos perceber a releitura crítica que Habermas faz da razão prática, transformando-a em razão comunicativa, a qual não contrapõe direitos humanos e soberania popular, pendendo ou para a moral universal ou para a ética, mas os coloca como cooriginários em uma interação linguisticamente mediada da produção do direito:

Nesta linha, a razão prática passa dos direitos humanos universais ou da eticidade concreta de uma determinada comunidade para a regras do discurso e as formas de argumentação, que extraem seu conteúdo normativo da base de validade do agir orientado pelo entendimento e, em última instância, da estrutura da comunicação lingüística e da ordem insubstituível da socialização comunicativa.<sup>144</sup>

Além disso, a democracia deliberativa deve ser entendida como um modelo de democracia na perspectiva do participante e não do observador. Assim, além de possibilitar a conciliação da oposição tradicional entre liberalismo e republicanism, a democracia deliberativa se coloca entre um realismo político que descreve a democracia apenas do ponto de vista do observador e um normativismo abstrato, que se dispensa de qualquer aporte empírico. Quando consagra o entendimento advindo de pressupostos universais pragmáticos contidos em atos de fala junto de um direito visto como integrador social de sua gênese democrática que leva fluxos comunicativos da periferia para o centro na institucionalização da formação discursiva da opinião e da vontade, a democracia deliberativa se coloca entre um

---

<sup>143</sup> Cf. Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2, 2012, p. 25.

<sup>144</sup> Cf. Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2, 2012, p. 19.

modelo puramente empírico de democracia e um modelo normativo abstrato. A compreensão procedimental do direito o enreda na democracia a partir da teoria do discurso e da perspectiva do participante, pois o princípio do discurso, neutro ao direito e à moral, quando se defronta com a forma jurídica, se transforma em princípio da democracia de cidadãos portadores de direitos e participantes da formação discursiva da opinião e da vontade, como já explicamos anteriormente. O princípio do discurso, ou seja, a ideia de que “toda norma de ação deve poder encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos enquanto participantes de discursos racionais”<sup>145</sup> é o ponto de vista imparcial necessário à legitimidade da cogência de normas jurídicas. Com esse princípio neutro, que enlaça moral e direito com normas de ação complementares, Habermas se afasta da concepção de direitos naturais ou de normas jurídicas como indicativos de discursos morais.

Portanto, levantamos que a teoria da democracia deliberativa não se trata de uma narrativa concentrada na descrição de fatos sociais ou mesmo da realidade social, mas também não é apenas um modelo normativo ideal de forma de governo a ser aplicado sem mais nas democracias contemporâneas mundo a fora. Aqui, também precisamos pensar na tensão entre fatos e normas que movimenta toda a teoria do direito habermasiana. A normatividade da democracia deliberativa tem que ser vista como advinda da perspectiva intersubjetiva do participante, e não como algo que surge do poder social. A validade não pode vir do simples assentimento a fatos sociais, mas precisa estar entrelaçada com uma aceitação concreta que dispensa uma relação íntima com a vontade dos sujeitos. Só entendendo a tensão permanente entre facticidade e validade é possível legitimar as normas jurídicas em novo conceito de autonomia. Para entender essa tensão de modo a pensar a legitimidade discursiva do direito, precisamos pensar na perspectiva do participante e não do observador, como querem alguns modelos empíricos.<sup>146</sup>

Na perspectiva empirista do observador, nem a pretensão de legitimidade do direito, que se comunica ao poder político através da forma do direito, nem a necessidade de legitimação, a ser preenchida através do recurso a determinadas medidas de validade, são descritas na perspectiva do

---

<sup>145</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 142.

<sup>146</sup> Habermas cita o modelo empirista de Becker, que não cabe aqui delinear: “Becker utiliza-se de elementos empiristas para construir uma teoria normativa da democracia, isto é, delineada para fins de justificação. Assim como o poder em geral se manifesta na superioridade empírica do interesse do mais forte, o poder do Estado se manifesta na estabilidade da ordem por ele mantida. E estabilidade vale como medida para a legitimidade. Pois a legitimidade do Estado mede-se objetivamente no reconhecimento fático por parte dos que estão submetidos a sua autoridade. (...) Qualquer legitimação é aceita, contanto que contribua eficazmente para a estabilização da autoridade política.” (Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2, 2012, p. 12).

participante, ou seja, nessa perspectiva as condições da aceitabilidade do direito e da dominação política transformam-se em condições de aceitação, e as condições de legitimidade, em condições para a estabilidade de uma fé da maioria na legitimidade da dominação.<sup>147</sup>

Ademais, é por conta dessas considerações que o conceito de autonomia é reconstruído por Habermas em uma práxis comunicativa sem sujeitos, nas qual os participantes atuam como portadores de direitos em formação discursiva da opinião e da vontade. Ou seja, só o engate discursivo e procedimental permite que os cidadãos sejam autores e destinatários das normas jurídicas e, portanto, reconheçam a legitimidade da produção do direito. O princípio do discurso permite que a racionalidade de procedimentos democráticos dêem a legitimidade das normas jurídicas. Essa racionalidade própria ao direito, que é liberada junto com fluxos comunicativos na modernidade, entende sua legitimidade e justificação em termos mais complexos que conjuga discursos práticos diversos em um procedimento com ponto de vista moral.

### **3.2– RECONSTRUÇÃO INTERNA DA TENSÃO ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE NO SISTEMA DE DIREITOS**

Até aqui, neste recorte que foi feito por algumas obras habermasianas das décadas de 80 e 90, tivemos a oportunidade de acompanhar o percurso que leva nosso autor ao melhor entendimento sobre o conceito de autonomia e seu correlato autolegislação em um Estado Democrático de Direito. A partir das exigências e do potencial reflexivo liberado pelo teor normativo moderno, Habermas pretendeu dar nova roupagem a esses conceitos, tais como apresentados primordialmente por Rousseau e Kant. Tendo como engate o processo de racionalização weberiano, Habermas entende a modernidade como um projeto inacabado que, ao invés de jogar fora o potencial desses conceitos, os conduz a uma releitura crítica, haja vista a continuidade da produção de efeitos sobre suas premissas. A crítica a certa filosofia do sujeito junto da passagem pela virada pragmático-linguística, que entende a interação humana a partir do entendimento linguisticamente mediado, permite a Habermas pensar criticamente esses conceitos, afastando-os de uma interpretação relacionada com a realização ética de um povo ou com certa subjetividade constante da razão prática. É como se Rousseau se

---

<sup>147</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2, 2012, p. 11.

aproximasse demasiadamente da ética e Kant, da moral na tentativa de justificar as normas jurídicas a partir dos conceitos de autonomia e autolegislação.

Rousseau entende a autonomia a partir de virtudes cívicas de um povo que já estabeleceu um consenso antecipado sobre orientações valorativas graças à coesão social da coletividade a que pertence. A deliberação se dá dentro de pessoas discriminadas segundo valores pertencentes ao *êthos*. Portanto, as decisões são expressões da vontade geral antecipadas na consciência de cada parte da coletividade, a qual é entendida como um macrosujeito chamado povo. Kant, por sua vez, como vimos, fundamenta o direito em princípios morais. Concorde com Rousseau que a lei pública é um ato da vontade pública, mas parte da determinação interior da vontade livre. Desta forma, a perspectiva ainda é monológica e dependente de certa visão de direitos naturais que restringem o exercício da autonomia pública. Enfim, tanto Rousseau quanto Kant tentam conciliar autonomia privada e pública, mas carecem de um entendimento que supere certa filosofia do sujeito.

Habermas pretende ver a autonomia junto de um procedimento que permite discursos práticos outros. A teoria do discurso insere um olhar procedimental que permite ver a normatividade em outra perspectiva, pois não brota sem mais do direito e nem vem de cima para baixo da moral ou da ética. Para entender os cidadãos como autores e destinatários das leis, precisamos inseri-los em um procedimento que assegure não apenas discursos morais ou éticos na justificação das normas jurídicas, mas que forje uma racionalidade que entenda direito e moral como complementares. Com isso, pretende-se resolver o problema que levou Weber ao positivismo jurídico quando da tentativa de resolução da materialização kantiana do direito. É certo que o direito, em busca de sua legitimidade, não pode mais se subordinar à moral, sobretudo tendo em vista sociedades democráticas complexas. Contudo, isso não quer dizer que possa prescindir de um ponto de vista moral procedimental em que a autonomia ou a autolegislação se fazem presentes diante de uma *práxis* comunicativa mediada pelo direito. Pensa-se o direito como norma de ação ao lado da moral, mas não ao ponto de se subordinar a ela e muito menos contrariando seus preceitos. Algum ponto de vista moral é necessário ao procedimento de criação das normas jurídicas, mas a justificação da obrigatoriedade destas não passa só por uma aceitabilidade racional que tem em vista uma universalização a partir do interesse simétrico de todos, mas também por uma aceitação concreta advinda da formação discursiva da opinião e da vontade em um ambiente democrático. A legitimidade das normas jurídicas leva em conta uma racionalidade no direito, a qual engloba discursos práticos diversos a partir do princípio do discurso sem perder seu compromisso com aquilo que é igualmente bom para todos, pois pensada a partir de um procedimento democrático. Talvez

seja exatamente isso que falte ao universalismo kantiano. Enfim, o direito não é fundamentado moralmente, muito embora leve sim em conta, para sua legitimidade, um procedimento que considera a imparcialidade e a formação da vontade política.

Em verdade, Habermas pensa a autonomia a partir da tensão existente entre facticidade e validade. Já existe um potencial comunicativo inscrito na vida social, segundo o qual condições ideais de validade são pensadas na facticidade da comunicação. Uma primeira relação tensa entre facticidade e validade na linguagem se incorpora ao direito, o qual, por sua ambivalência, se abre para interações comunicativas ao mesmo tempo em que figura como sistema de ação a impor a cogência das normas, diferentemente do que ocorre no modelo substantivo de sociedades tradicionais, nas quais facticidade e validade se juntam pela força dos fatos.

Uma racionalidade procedimental, ciente de sua falibilidade, uma vez que não pode fundamentar substancialmente a realidade, mas que se defronta com o fenômeno que se apresenta intersubjetivamente em sociedades complexas, só poderia pensar a legitimidade das normas jurídicas a partir de um conceito de autonomia ou autolegislação presente no seio de um procedimento que permite a criação discursiva dessas normas jurídicas. A autonomia não pode mais ser pensada como característica de uma faculdade ou capacidade do sujeito, mas sim como instância decorrente de um exercício discursivo em um procedimento de produção de normas, o qual permite a institucionalização das próprias condições para o exercício da liberdade comunicativa. A justificação pública do direito pensa a imbricação entre direito e democracia na tensão entre facticidade e validade, tensão esta que, a partir de uma teoria do discurso permite o melhor entendimento sobre a cooriginariedade entre moral e direito, autonomia privada e pública, e direitos humanos e soberania popular. Enfim, trata-se do mesmo projeto moderno de conciliação, mas pensado em releitura crítica e sob outros paradigmas. Agora, o princípio do discurso figura como neutro com relação tanto a moral, quanto à forma jurídica, fazendo com que a racionalidade do direito esteja procedimentalmente relacionada com outros discursos práticos. Com o direito, o princípio do discurso pode se transformar em princípio da democracia e forjar a normatividade que fundamenta a cogência das normas jurídicas.

Tendo em vista todo esse percurso habermasiano, agora podemos entender melhor do que se trata um Estado Democrático de Direito e o conceito de autonomia que o sustenta, pois, ao perceber a forma jurídica a partir de um princípio do discurso que se transforma em princípio da democracia, forjamos um procedimento segundo o qual tanto a garantia de um espaço livre de ação quanto a participação pública na formação da opinião e da vontade são

pressupostos mutuamente. Direitos humanos e soberania popular se imbricam demonstrando a simultaneidade ou mesmo cooriginariedade entre autonomia privada e autonomia pública. Essa é a maneira discursiva e procedimental pela qual Habermas entende o direito em 1992. Por um lado, Direitos humanos representam o Estado de Direito, portanto o espaço que se pretende garantir quando da fixação de normas de ação em um ordenamento jurídico. O participante tem a ação garantida via autonomia privada. Os direitos humanos são tomados como direitos fundamentais positivados<sup>148</sup> em que o cidadão é entendido discursivamente como destinatário, portanto portador daqueles três primeiros direitos fundamentais que tratamos no capítulo anterior, que decorriam exatamente da relação entre forma jurídica e princípio do discurso. Por outro lado, acrescenta-se a soberania popular, a qual demarca a democracia radical no uso discursivo da autonomia pública pelos participantes entendidos agora como autores das normas jurídicas. Assim, representam-se os dois últimos direitos fundamentais decorrentes da relação entre forma jurídica e princípio do discurso que tratamos no segundo capítulo.

Enfim, pensamos na justificação da cogência das normas jurídicas, portanto sua legitimidade, de maneira discursiva, fazendo com que modelos de democracia e concepções de liberdade, antes tidas como rivais ou opostas, agora possam articular suas potencialidades em um novo modelo de democracia. Trata-se de entender o Estado Democrático de Direito à luz da relação Estado de Direito e Democracia a partir de uma teoria do discurso e de um novo modelo de democracia que daí surge: a democracia deliberativa.

Já vimos as vantagens e desvantagens que a democracia deliberativa aproveita de ambos modelos tradicionais de democracia a partir da releitura crítica-discursiva do conceito de autonomia, portanto da cooriginariedade entre autonomia privada e pública e entre direitos humanos e soberania popular. Agora, cumpre apenas esclarecer tratar-se do movimento de reconstrução interna ao sistema de direitos feita pelo autor alemão. A tensa relação entre facticidade e validade que se encontra no próprio bojo da linguagem ordinária, como vimos

---

<sup>148</sup> Sem entrar propriamente na crítica feita à Habermas nesse ponto, até por que se trata mais de uma crítica direcionada ao âmbito internacional da teoria habermasiana, vale lembrar ser exatamente dessa forma que Otfried Höffe entende o conceito de direitos humanos em Habermas e inicia sua crítica, a qual, ao menos nesse aspecto, não é afastada pela contra crítica oferecida pelo próprio Habermas. Felipe Gonçalves Pinto bem sintetiza a querela: “[c]om essas considerações, portanto, Habermas procura especificar o significado aplicado à expressão ‘direitos humanos’ ao longo de *Direito e Democracia*: trata-se sim de direitos fundamentais constitucionalmente positivados, ainda que o sentido universalista da expressão não se perca com essa delimitação de seu ângulo de incidência – e sem que para isso seja necessária uma fundamentação de tipo antropológico. (...) Para o que segue nesta obra, vale mesmo a primeira resposta dada a Höffe, que desde o início tinha razão em dizer: ao se ler ‘direitos humanos’ na obra de 1992, entenda-se ‘direitos fundamentais’.” SILVA, F G. *Liberdades em Disputa: reconstrução da autonomia privada na teoria crítica de Jürgen Habermas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, pp. 137-140.

anteriormente, passa ao direito, uma vez que este é um sistema de ação ligado ao mundo dos fatos sociais, tendo em vista sociedades complexas em que os indivíduos são socializados linguisticamente. Ocorre que essa tensão no direito pode ser reconstruída em uma perspectiva interna e em uma perspectiva externa ao direito, ou seja, pela filosofia política, filosofia do direito e dogmática jurídica ou pelos problemas que a esfera pública enfrenta quanto à possibilidade de institucionalização do fluxo comunicativo levantado informalmente.

Segundo a perspectiva interna ao sistema de direitos, esta tensão se torna presente diante da própria reflexividade do sistema de direitos. Os direitos subjetivos só podem ser justificados quando entendemos o direito de maneira intersubjetiva e, portanto, em ambiente democrático. A legitimidade do direito moderno depende de pensarmos sua reflexividade a partir de uma autorrealização prático-política. A relação entre legalidade e legitimidade está na própria raiz de um Estado Democrático de Direito. Desta forma, Habermas parte da tensão entre facticidade e validade interna ao direito, reconstruindo a força normativa advinda da compreensão discursiva do direito.

Uma segunda forma de abordar a tensão entre facticidade e validade no direito é a partir da perspectiva externa ao sistema de direitos. Essa perspectiva foca no próprio funcionamento de democracias contemporâneas e até que ponto estas estão abertas aos fluxos comunicativos advindos da periferia do mundo da vida que passa a habitar o centro do sistema, transformando o poder comunicativo em poder administrativo. A primeira reconstrução de Habermas tem a ver com o modo pelo qual se entende o direito e a segunda se relaciona mais com a teoria da sociedade em dois níveis, portanto com as implicações da colonização do mundo da vida pelo sistema (por mais que esses elementos sejam vistos sob a teoria das eclusas), as quais impactam na ampliação da esfera pública. São duas reconstruções que marcam a forma como Habermas apresenta o direito em *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*:

Delineia-se, neste ponto, a divisão de duas abordagens teóricas que irão marcar a estrutura de *Direito e democracia*. De um lado, a abordagem interna da tensão entre facticidade e validade, traduzida como uma tensão entre positividade e legitimidade a permear os códigos jurídicos e a organização interna do Estado Democrático de Direito (em suas funções de criação legislativa e de aplicação administrativo-jurisdicional). De outro lado, a abordagem externa, focada na tensão juridicamente mediada entre as pretensões sociais geradas comunicativamente e o funcionamento dos sistemas funcionais de ação.<sup>149</sup>

---

<sup>149</sup> SILVA, F G. *Liberdades em Disputa: reconstrução da autonomia privada na teoria crítica de Jürgen Habermas*, 2016, pp. 59-60.

Esse presente trabalho teve até aqui um foco especial na primeira reconstrução, a reconstrução interna. Embora não tenha sido feito um estudo pormenorizado da dogmática jurídica dos direitos privados, na qual se discute uma prevalência normativa para direitos subjetivos em detrimento dos direitos objetivos, e de sua construção sociológica,<sup>150</sup> pretendeu-se apresentar como, mudando a forma de pensar o direito no âmbito da filosofia política e da filosofia do direito, um novo conceito de autonomia nos ajuda a entender a relação entre moral, direito e política em um Estado Democrático de Direito. A segunda reconstrução demandaria uma atenção ao conceito de paradigma jurídico de modo a apresentar diagnósticos sobre a qualificação da esfera pública. Deixamos essa abordagem da dogmática jurídica da reconstrução interna e a reconstrução externa ao sistema de direitos de fora da presente dissertação para focar na relação de cooriginariedade entre autonomia privada e pública, a qual permite entrelaçar direitos humanos e soberania popular para melhor entender o Estado Democrático de Direito pelo modelo da democracia deliberativa. Só assim é possível, segundo Habermas, justificar racionalmente a normatividade que permite aferir a legitimidade da cogência das normas.

Habermas está mesmo interessado em melhor entender a tensão entre facticidade e validade que se encontra primordialmente no uso da linguagem voltado ao entendimento segundo seu conceito de idealização, o qual, como já vimos, é pressuposto contrafactualmente, mas levantado aqui e agora. Esta tensão é incorporada pelo direito moderno e seu teor normativo a partir do momento em que potenciais comunicativos são liberados com a diluição de sociedades tradicionais. Em verdade, a partir da liberação desses potenciais comunicativos, o direito moderno reflexivo, visto em sua ambiguidade sob o ponto de vista intersubjetivo, assume o papel de mantê-los livres, permitindo que os cidadãos sejam aliviados do peso normativo de ter que apresentar a todo instante os motivos pelos quais cumprem as normas jurídicas. É só quando o direito passa a ser compreendido pelo ângulo da intersubjetividade que podemos fazer surgir a legitimidade da própria legalidade – pretensão originária de Max Weber – sem esvaziar o direito de uma força normativa advinda de algum compromisso procedimental com um ponto de vista moral. Em outras palavras, trata-se de compreender a ambiguidade do direito em um ambiente comunicativo a partir de uma

---

<sup>150</sup> Para entender a cooriginariedade entre autonomia privada e autonomia pública, bem como entre direitos humanos e soberania popular através da dogmática jurídica Cf. Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1, 2012, p. 116.

reconstrução da tensão entre facticidade e validade interna ao direito. Habermas está a reler a relação entre coerção e liberdade outrora apresentada por Kant, bem como o conceito de autolegislação que Rousseau e Kant apresentam como sendo a simultaneidade entre destinatário e autor das normas jurídicas:

Para Habermas, pois, a maneira com que o direito moderno incorpora a tensão entre facticidade e validade explica por que ele pode ser considerado um instrumento capaz de aliviar os sobrecarregados processos de entendimento das tarefas de integração social sem anular, em princípio, a liberação dos mecanismos comunicativos: de um lado, a *positividade* do direito estabiliza expectativas de conduta por meio de coerções impostas faticamente a seus destinatários, sendo tal imposição considerada não uma expressão de mandamentos sagrados ou de leis naturais imutáveis (...). De outro lado, é a pretensão de *legitimidade* que ‘empresta duração a determinadas normas para que se oponham à possibilidade presente de virem a ser declaradas sem efeito’, sendo tal pretensão alojada na expectativa de terem sido criadas pelos próprios destinatários segundo um livre acordo motivado pelos melhores argumentos.<sup>151</sup>

O direito e sua ambiguidade pode se abrir para os fluxos comunicativos que vão da periferia ao centro através de discursos práticos diversos, bem como regular através da institucionalização desses discursos outros sistemas instrumentais que pretendem tolher a liberdade comunicativa:

De um lado, o direito se mantém ligado às fontes de integração comunicativa principalmente através dos processos de formação democrática da vontade, abertos às contribuições (argumentos, informações, problematizações etc.) de todos os eventuais interessados. De outro, as instituições do direito privado e público possibilitam o estabelecimento de mercados e a organização de um poder do Estado, ‘pois as operações do sistema administrativo e econômico (...) completam-se nas formas do direito’.<sup>152</sup>

Assim, Habermas reconstrói a tensão entre facticidade e validade em uma perspectiva interna ao direito a partir do conceito de *práxis* comunicativa, pois trata a autonomia em um âmbito que pretende afastar certa concepção de pessoa a colocar em concorrência direitos humanos e soberania popular. A normatividade deve vir da própria tensão vista por um ângulo

---

<sup>151</sup> SILVA, F G. *Liberdades em Disputa: reconstrução da autonomia privada na teoria crítica de Jürgen Habermas* 2016, pp. 56-57.

<sup>152</sup> SILVA, F G. *Liberdades em Disputa: reconstrução da autonomia privada na teoria crítica de Jürgen Habermas* 2016, p. 57.

discursivo, e não por discursos éticos-políticos fechados em si mesmos ou por discursos morais assentados em direitos pré-políticos.

Segundo Habermas, a democracia deliberativa permite relacionar autonomia privada e autonomia pública exatamente por que o princípio do discurso envolve, ao mesmo tempo em que se mantém distante, tanto a moral quanto o direito, sendo que, quando relacionado com a forma jurídica, se apresenta como princípio da democracia. A democracia deliberativa vem de uma forma de encarar o direito segundo sua gênese democrática. O direito, pelo ângulo da teoria do discurso, implica uma visão procedimental que garante em seu bojo tanto a autonomia privada quanto a autonomia pública. Foi o que vimos com os cinco direitos fundamentais básicos decorrentes da relação forma jurídica e princípio do discurso, apresentados no capítulo anterior. Ou seja, a cooriginariedade da autonomia privada e pública só pode ser compreendida diante de uma democracia deliberativa que aposte no valor procedimental e reflexivo da justificação pública.

Contudo, críticas a essa cooriginariedade entre autonomia privada e pública e entre direitos humanos e soberania popular, presente na reconstrução interna da tensão entre facticidade e validade no direito, bem como críticas a esse novo modo de entender a democracia, multiplicaram-se entre os autores contemporâneos. Apresentaremos no presente trabalho duas críticas à teoria de Habermas, uma direta e outra indireta, uma contra a ideia de cooriginariedade entre autonomia privada e autonomia pública, direitos humanos e soberania popular, e outra relacionada à própria ideia de deliberação da democracia deliberativa. Trata-se das críticas feitas à cooriginariedade por Frank Isaac Michelman em seu artigo intitulado “Como as pessoas podem criar as leis? Uma crítica a democracia deliberativa”<sup>153</sup> e das críticas de Michael Walzer em “Deliberação, e o que mais?”<sup>154</sup> Posteriormente, no intuito de continuar o diálogo em futuras investigações, levantaremos as devidas contra-críticas, bem como os complementos necessários e apontamentos críticos à teoria de Habermas, ao menos quanto aos aspectos aqui colocados.

### 3.3. CRÍTICAS À DEMOCRACIA DELIBERATIVA

#### 3.3.1– Regresso ao infinito da cooriginariedade em Frank Isaac Michelman

---

<sup>153</sup> MICHELMAN, F. “Como as pessoas podem criar leis? Uma crítica a democracia deliberativa”, in WERLE, D; MELO, R. S. (orgs.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Singular, 2007, p. 195.

<sup>154</sup> WALZER, Michael. “Deliberação, e o que mais?”, in WERLE, D; MELO, R. S. (orgs.). *Democracia deliberativa*, São Paulo: Singular, 2007, p. 299.

Michelman escreve seu artigo “Como as pessoas podem criar as leis? Uma crítica a democracia deliberativa”<sup>155</sup> problematizando as seguintes ideias gerais: a democracia deliberativa é um objetivo alcançável na prática? Qual a estrutura e coerência desse ideal prático? O que é um ideal democrático deliberativo e qual papel exerce?<sup>156</sup>

Para atravessar esses questionamentos, Michelman forja uma caracterização chamada de “partido azul” ou “pensamento azul”, que defende que a democracia deliberativa deveria ser instituída em favor de uma justiça política. Ou seja, segundo o autor, o “pensamento azul” almeja a instituição da democracia por razões morais, tendo em vista critérios para se saber quando isso ocorre:

Nós, os “azuis”, somos provavelmente apenas um partido entre outros defendendo a idéia de que o governo de um país deve ser democrático por razões morais. Os “azuis” têm um conjunto particular de razões para defender a proposta democrática, e ele também têm um conjunto particular de padrões para decidir quando a proposta é satisfeita na prática. Os “azuis”, em outras palavras, têm uma concepção particular do que a democracia política é.<sup>157</sup>

Vale lembrar inicialmente que a crítica ao “pensamento azul” perpassa todo o ensaio, sendo uma proposta demasiadamente normativa, com uma exigência muito forte que, por isso mesmo, coloca a perseguição pelos ideais da democracia deliberativa como sendo de realização improvável na prática.

A junção entre democracia e deliberação ajuda a entender esse programa. Democracia seria para tal “pensamento azul” o ideal do “governo dos governados”. As pessoas devem ser “autores das leis que constituem sua política”, sendo as leis aquelas que “fixam os elementos constitucionais essenciais do país”.<sup>158</sup> Trata-se de um autogoverno praticado pelo povo no projeto de criação de direitos fundamentais de um país por parte das pessoas desse país.

---

<sup>155</sup> É importante destacar que a presente dissertação preferiu deixar de lado toda a discussão que Habermas tem com Michelmann, apresentada, sobretudo a partir das críticas que o autor alemão realiza no capítulo V de *Era das transições*. “O Estado Democrático de Direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?” é um ensaio destinado a essa discussão. O recorte da dissertação pretende apresentar através de suas próprias premissas as contracríticas a Michelmann. Cf. Habermas, Jürgen. *Era das Transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 153.

<sup>156</sup> MICHELMAN, F. “Como as pessoas podem criar leis? Uma crítica a democracia deliberativa”, in WERLE, D; MELO, R. S. (orgs.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Singular, 2007, p. 195.

<sup>157</sup> MICHELMAN, F. “Como as pessoas podem criar leis? Uma crítica a democracia deliberativa”, in WERLE, D; MELO, R. S. (orgs.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Singular, 2007, pp. 195-196.

<sup>158</sup> MICHELMAN, F. “Como as pessoas podem criar leis? Uma crítica a democracia deliberativa”, in WERLE, D; MELO, R. S. (orgs.). *Democracia deliberativa*, 2007, p. 196.

Antes de adentrar propriamente na deliberação, Michelman identifica como usa determinados termos. Segundo ele, a “validade” é aquela que se demonstra no procedimento de criação de direitos fundamentais que insere uma confiança suficiente para se chamar o regime de justo. Por outro lado, “justiça” se referiria a direitos fundamentais e constaria como um padrão de perfeição. Por fim, justiça se refere ao regime político tal como este moralmente deveria ser. Para Michelman, o conteúdo da justiça não pode se identificar com as contingências de um processo político, devendo ser uma noção pré-processual, julgada sem referência alguma à validade.

Alguns elementos da deliberação são listados pelo autor como características motivacionais ou discursivas, sobre as quais paira a dúvida quanto a serem observadas na prática: espírito público, reciprocidade, expectativa de sinceridade, disposição epistêmica, comprometimento com o oferecimento de razões e com as regras do discurso, características institucionais e organizacionais, características constituídas como direitos básicos de pessoas tidas como livres e iguais e esfera pública juridicamente protegida.

Pois bem, o “pensamento azul” entende que somente na utilização do procedimento é possível produzir leis válidas, sendo que essa produção não precisa gerar leis perfeitamente justas. Desta forma, a deliberação conteria exigências procedimentais para a criação do direito, sendo que a ideia de povo é substituída pela ideia de todos os governados, o que para Michelman é uma questão abstrata demais. Na democracia deliberativa, para Michelman, se tem um ideal procedimental que é análogo a uma demanda fundamentalmente moral de auto-governo político exercido por todos, sendo que a qualidade dos resultados produzidos é tida como corretamente aprovada por todos os concernidos. Trata-se do exercício de produção de direitos por um critério deliberativo.<sup>159</sup>

O problema da democracia deliberativa, para Michelman, é que, segundo o “pensamento azul”, esta ocupa a condição de possibilidade da justiça política, o que seria uma posição transcendental. Ora, talvez o ideal prático desse projeto seja mesmo algo impossível de se perseguir na prática, sendo questionável sua própria possibilidade conceitual. É necessária outra definição, pois a busca desse ideal “sempre falhará em obter sucesso”.<sup>160</sup> A ideia de Michelman é que o próprio “pensamento azul” faz da busca de seu ideal prático algo conceitualmente impossível:

---

<sup>159</sup> MICHELMAN, F. “Como as pessoas podem criar leis? Uma crítica a democracia deliberativa”, in WERLE, D; MELO, R. S. (orgs.). *Democracia deliberativa*, 2007, p. 200.

<sup>160</sup> MICHELMAN, F. “Como as pessoas podem criar leis? Uma crítica a democracia deliberativa”, in WERLE, D; MELO, R. S. (orgs.). *Democracia deliberativa*, 2007, p. 201.

Antes, minha preocupação é a de que o pensamento “azul” pudesse estar construindo algo em sua noção de democracia deliberativa que faria a busca dedicada e deliberada pela realização de seu ideal uma impossibilidade conceitual.<sup>161</sup>

Ainda nesse ponto, Michelman adianta sua principal objeção, de interesse especial da presente dissertação, embora não deixemos de lado outras críticas feitas. A crítica central é mesmo a ideia de que o conceito de cooriginariedade estabeleceria um regresso infinito de imperativos, de tal modo que não poderia ser realizado na prática e, pior, não poderia sequer ser imaginada como um programa que se pode iniciar, pois “recursivo” e “auto-referencial”. Tratar-se-ia, por exemplo, de um livro em que todo capítulo começa com a última frase do capítulo anterior, sendo, portanto, o problema não de acabar o livro, mas sim começá-lo:

O que tenho em mente é o seguinte: uma idéia prática pode ser moldada ou estruturada à medida que estabelece um regresso infinito de imperativos, de tal forma que não apenas seria uma idéia que nunca poderia – literal e absolutamente – ser realizada, mas poderia ser uma idéia para a busca daquilo que nunca poderia ser imaginado como um programa a que pudéssemos dar início. (...) Se alguém te disse para escrever um livro em que todo capítulo começa com a frase final de um capítulo imediatamente precedente, seu problema não seria a impossibilidade de terminar o trabalho, mas antes a impossibilidade de começá-lo.<sup>162</sup>

A ideia suscitada por Michelman é de que tal “pensamento azul” entende o procedimento democrático como sendo “condição de validade para argumentação político-moral ou mesmo para a autoridade”, sendo liberal, pois “apenas os indivíduos, e não qualquer entidade supra-individual, tal como o povo e a maioria, figuram como as fontes auto-autenticadoras de pretensões, na perspectiva a partir da qual são derivadas as pretensões de justiça para os regimes políticos.”<sup>163</sup> A partir desse ponto, o autor identifica o “pensamento azul” com uma ideia deontológico-liberal. Isso ocorre pois os liberais que defendem a democracia deliberativa vêem o “mundo social como povoados de ‘pessoas’ ou ‘sujeitos’ individuais, conscientes e atenciosos consigo mesmo”. Para Michelman, isso “significa então que observamos a nós mesmos e aos outros como indivíduos diversamente possuidores de sua própria consciência (...)”.<sup>164</sup> Desta forma, as ideias de autonomia e subjetividade se

<sup>161</sup> MICHELMAN, F. “Como as pessoas podem criar leis? Uma crítica a democracia deliberativa”, in WERLE, D; MELO, R. S. (orgs.). *Democracia deliberativa*, 2007, pp. 201-202.

<sup>162</sup> MICHELMAN, F. “Como as pessoas podem criar leis? Uma crítica a democracia deliberativa”, in WERLE, D; MELO, R. S. (orgs.). *Democracia deliberativa*, 2007, p. 202.

<sup>163</sup> MICHELMAN, F. “Como as pessoas podem criar leis? Uma crítica a democracia deliberativa”, in WERLE, D; MELO, R. S. (orgs.). *Democracia deliberativa*, 2007, pp. 202-203.

<sup>164</sup> MICHELMAN, F. “Como as pessoas podem criar leis? Uma crítica a democracia deliberativa”, in WERLE, D; MELO, R. S. (orgs.). *Democracia deliberativa*, 2007, p. 205.

encontram presentes na forma como Michelman vê o pensamento político deontológico-liberal, sendo assim as pessoas consideradas portadores de interesses capazes de ação autônoma, ou seja, capazes de “contemplar seus próprios interesses” e, a partir daí, “apresentar para si mesmos razões correspondentes para a ação.”<sup>165</sup>

A questão deontológica da democracia deliberativa é que se exige ter em vista o consentimento de todos os atingidos quanto à razoabilidade da decisão. Todas as pessoas teriam boas razões para consentir com os direitos fundamentais. Seria um acordo de amplitude nacional entre o interesse de todos, o que teria a possibilidade extremamente mitigada diante de condições desfavoráveis da modernidade:

As condições desfavoráveis são fatos da modernidade: imensidão, complexidade e anonimato social combinados com pluralidade e conflito irreduzíveis sobre as opiniões políticas consideradas. Esses fatos evidentemente impedem a possibilidade de um acordo com amplitude nacional sobre o mérito político de todos – a utilidade prática, apropriadamente ética e responsável do interesse de todos –, escolhas jurídico-políticas compromissadas que o governo deve tomar todos os dias. (...) acordo com amplitude nacional ou acordo em princípio (...) sobre os méritos políticos, incluindo a consonância equitativamente debatida entre os interesses de todos, ao menos no que diz respeito as regras e padrões fundamentais.<sup>166</sup>

Após colocar dessa maneira as questões, Michelman diz que a deontologia político-liberal estaria mais ligada a uma visão jurídica fundacionalista da justiça na política, e não a uma democracia profunda, pois considera de antemão uma forma de razão justa imbricada em um procedimento democrático. Para o autor, esse é o problema, pois as exigências de justiça, ou seja, argumentar de forma justa, seria algo que deve vir de determinações de uma razão justa em processos independentes e separados de qualquer processo democrático:

Nós ainda não partilhamos da visão de justiça na política que torna a possibilidade de se fazer o que é correto depender da possibilidade da perseguição ou da realização da democracia deliberativa. (...) Assim como a justiça política deve ser concebida para ser, em princípio, apurada pela razão que se baseia somente em processos independentes, tal justiça tem que permanecer possível, ainda que aquele que argumenta a partir de processos independentes possa julgar a possibilidade da democracia deliberativa ou qualquer outro processo social.<sup>167</sup>

---

<sup>165</sup> MICHELMAN, F. “Como as pessoas podem criar leis? Uma crítica a democracia deliberativa”, in WERLE, D; MELO, R. S. (orgs.). *Democracia deliberativa*, 2007, p. 205.

<sup>166</sup> MICHELMAN, F. “Como as pessoas podem criar leis? Uma crítica a democracia deliberativa”, in WERLE, D; MELO, R. S. (orgs.). *Democracia deliberativa*, 2007, pp. 206-207.

<sup>167</sup> MICHELMAN, F. “Como as pessoas podem criar leis? Uma crítica a democracia deliberativa”, in WERLE, D; MELO, R. S. (orgs.). *Democracia deliberativa*, 2007, pp. 208-209.

Seguindo o texto de Michelman, percebemos que este passa a adentrar nas deficiências que a ideia de autonomia plena de Rawls e a cooriginariedade da autonomia privada e pública de Habermas teriam, nesse sentido que ele expõe. Deixaremos de lado a abordagem sobre Rawls para focalizar o pensamento do autor sobre a ideia de cooriginariedade. Essa cooriginariedade forjada por Habermas sempre pressupõe, segundo Michelman, “indivíduos constituídos pela lei como livres e iguais”, sendo os direitos fundamentais resultados da deliberação conduzida racional e equitativamente. A exigência deliberativa demandaria a aprovação racional dada por todos a partir de seus respectivos interesses. Todos devem se considerar reciprocamente como sujeitos de direitos autores e destinatários das normas jurídicas. Em verdade, a teoria discursiva do direito de Habermas impinge a institucionalização das condições comunicacionais necessárias para a formação discursiva da opinião e da vontade. Só assim pode-se dar a criação legítima do direito. Na visão de Michelman isso já seria um fundacionalismo jurídico, pois certo direito de cidadania é colocado como um direito universal a priori. Habermas estaria misturando um vínculo irrestrito a processos democráticos com um comprometimento universalista com a igualdade. Em outras palavras, seria uma adaptação da justiça política a um procedimento democrático, algo que certamente traz problemas à teoria.<sup>168</sup>

A democracia deliberativa de Habermas faria parte do “pensamento azul” e seria uma concepção epistêmica fortemente normativa que pressupõe uma cooriginariedade difícil de ser aferida na prática. Além disso, a justiça política em Habermas está vinculada à validação advinda do processo político democrático:

Estou dizendo que Habermas permanece, entre outras coisas, um verdadeiro liberal deontológico “azul” quando se trata da questão da justiça política. Todavia, seu pensamento – que considero representativo com relação ao pensamento “azul” – torna a justiça política dependente desde o começo, ou dependente até o fim, da validação que supunha ser obtida apenas por meio da constante avaliação do processo político democrático, amplamente participativo, para corrigir qualquer questão sobre direito fundamental.<sup>169</sup>

A legitimidade do direito vem através do procedimento democrático para a criação do direito. Essa é a fonte pós-metafísica de legitimidade das normas jurídicas para a democracia

---

<sup>168</sup> MICHELMAN, F. “Como as pessoas podem criar leis? Uma crítica a democracia deliberativa”, in WERLE, D; MELO, R. S. (orgs.). *Democracia deliberativa*, 2007, p. 213.

<sup>169</sup> MICHELMAN, F. “Como as pessoas podem criar leis? Uma crítica a democracia deliberativa”, in WERLE, D; MELO, R. S. (orgs.). *Democracia deliberativa*, 2007, p. 213.

deliberativa. A legitimidade vem da capacidade dos consorciados de examinar se uma norma duvidosa poderia contar com o consentimento de todos possíveis atingidos.<sup>170</sup> Segundo Michelman, para Habermas, a omissão de procedimentos democráticos discursivos falha em produzir leis válidas. Desta forma, Habermas estaria, como já afirmado anteriormente, juntando justiça e validade, ou seja, razão politicamente justa e processo democrático. Contudo, essa combinação é problemática, pois o procedimento é ao mesmo tempo fonte de validade e algo que abriga certa obrigatoriedade moral. Isso leva a um regresso infinito no qual direitos que moldam a produção procedimental de direitos fundamentais válidos devem eles mesmos serem produtos de um passo procedimental, o qual foi moldado por direitos que devem ter sido concebidos a partir de um passo procedimental, e assim por diante.<sup>171</sup>

Ademais, segundo Michelman, a validade para o pensamento “azul” diz que a justiça na política é apostar honestamente em um procedimento de criação dos direitos fundamentais que pode ser visto como algo que tende à “justiça”<sup>172</sup>. A validade, para os “azuis”, seria a chave para a justiça, uma verdade política, mas não abrangente.<sup>173</sup>

### 3.3.2– Formas não-deliberativas no processo democrático segundo Michael Walzer

Em “Deliberação, e o que mais?”, Michael Walzer pretende apresentar uma crítica construtiva direcionada à ascensão das publicações sobre democracia deliberativa que pôde perceber. Em verdade, a preocupação de Walzer é que, uma vez que poucas objeções se abrem ao projeto de democracia deliberativa em ascensão, a própria ideia se torne um “lugar-comum estéril”.<sup>174</sup> A intenção é apresentar uma lista de atividades não-deliberativas em processos político-democráticos que venha a contribuir para que a democracia deliberativa passe a considerar seus limites mais de perto. Complementos à teoria da democracia deliberativa tenderiam a torná-la mais forte e dinâmica. Desta forma, a lista se segue sem negar a importância da deliberação ou mesmo achar que autores da deliberação desconsideram tais temáticas.

<sup>170</sup> MICHELMAN, F. “Como as pessoas podem criar leis? Uma crítica a democracia deliberativa”, in WERLE, D; MELO, R. S. (orgs.). *Democracia deliberativa*, 2007, p. 216.

<sup>171</sup> MICHELMAN, F. “Como as pessoas podem criar leis? Uma crítica a democracia deliberativa”, in WERLE, D; MELO, R. S. (orgs.). *Democracia deliberativa*, 2007, p. 218-219.

<sup>172</sup> MICHELMAN, F. “Como as pessoas podem criar leis? Uma crítica a democracia deliberativa”, in WERLE, D; MELO, R. S. (orgs.). *Democracia deliberativa*, 2007, p. 220.

<sup>173</sup> MICHELMAN, F. “Como as pessoas podem criar leis? Uma crítica a democracia deliberativa”, in WERLE, D; MELO, R. S. (orgs.). *Democracia deliberativa*, 2007, p. 221.

<sup>174</sup> WALZER, Michael. “Deliberação, e o que mais?”, in WERLE, D; MELO, R. S. (orgs.). *Democracia deliberativa*, São Paulo: Singular, 2007, p. 299.

A deliberação, segundo Walzer, é “um modo particular de pensar; sossegado, reflexivo, aberto a um conjunto amplo de evidências, respeitoso com as diferentes visões”.<sup>175</sup> Analisa-se as alternativas e se escolhe a melhor política. Ocorre que este processo muitas vezes se relaciona intimamente com atividades não-deliberativas e isso quando não depende delas. Outros valores são cultivados na política, tais como paixões, compromissos, negociações, interesses, solidariedade, coragem, competitividade etc. Ora, precisamos entender qual o lugar da democracia deliberativa. Onde a deliberação se encaixa em um processo político amplamente não deliberativo, tendo em vista a lista apresentada por Walzer? Enfim, passemos brevemente pela lista.

Inicialmente, Walzer apresenta a educação política sob o ângulo do aprendizado, da formação da identidade política a partir da escola, de partidos, movimentos, sindicatos, grupos de interesse e família. Em todos esses âmbitos, a formação reflete valores doutrinários a serem defendidos no âmbito da formação de uma militância.<sup>176</sup>

O segundo item da lista é a organização, é estimulada pela democracia deliberativa. Contudo, a educação política leva as pessoas a aceitar determinada organização ou disciplina mesmo quando não participam da constituição dessa organização ou disciplina. As associações não podem ser fortes sem uma deliberação constante a cada atividade:

Mas a própria organização é uma atividade muito específica, que envolve induzir realmente as pessoas a aderir, a ter uma carteirinha, a aceitar uma disciplina, a cumprir suas obrigações e aprender a agir de acordo com um roteiro que elas mesmas não escreveram.<sup>177</sup>

Seguindo a lista, a mobilização vem complementar a organização, uma vez se tratar de uma exigência mais forte para os membros de determinada comunidade. É a mobilização que vincula interesses e faz com que as pessoas defendam bandeiras e slogans. Inicialmente, se apresenta como algo antidemocrático, mas tem ajudado bastante as demandas por democracia na contemporaneidade. Toda mobilização democrática precisa demonstrar sua mensagem. Ou seja, precisa “demonstrar intensidade pessoal, força numérica e convicção doutrinária – todas críticas ao poder popular.” Segundo Walzer, a democracia deliberativa tem a tendência de

---

<sup>175</sup> WALZER, Michael. “Deliberação, e o que mais?”, in WERLE, D; MELO, R. S. (orgs.). *Democracia deliberativa*, São Paulo: Singular, 2007, p. 299.

<sup>176</sup> WALZER, Michael. “Deliberação, e o que mais?”, in WERLE, D; MELO, R. S. (orgs.). *Democracia deliberativa*, 2007, p. 300.

<sup>177</sup> WALZER, Michael. “Deliberação, e o que mais?”, in WERLE, D; MELO, R. S. (orgs.). *Democracia deliberativa*, 2007, p. 301.

omitir a demonstração, “a gritaria dos participantes”, a força dos interesses e compromissos.<sup>178</sup>

A intenção da demonstração é a declaração. Trata-se da publicação da mensagem indicando os interesses e compromissos firmados. Frequentemente aparece no formato de declarações a favor e contra que marcam posição. Contudo, o conjunto de declarações não forma a deliberação democrática. De declarações e contradeciações surge o debate. A intenção do debate não seria chegar a um acordo e sim vencer os rivais. A ideia seria persuadir rivais e não participantes de que uma posição é melhor que outra. É assim que surgiria a barganha, a qual advém de negociação, e não de deliberação. Muitas vezes, não se trataria de ponderar argumentos, pois as pessoas estão comprometidas. Mesmo o programa de governo teria sua gênese em negociações, sendo que o resultado é mais próximo da negociação do que da deliberação:

Algumas vezes, as posições defendidas nesta ou naquela demonstração, manifesto ou debate foram objeto de deliberação, mas muitas vezes são produtos de negociação longa e complicada entre indivíduos interessados, bem como dogmáticos. Isso significa que não representam a idéia de alguém na melhor posição; estão comprometidos com o que ninguém está inteiramente satisfeito, refletem o equilíbrio de forças, não a ponderação de argumentos. (...) E o programa de ação governamental, numa democracia, é frequentemente o resultado de um processo de negociação desse tipo, em vez de resultar de um processo deliberativo. A melhor política é a que acomoda precisamente aqueles interesses que são capazes de afirmarem-se a si próprios politicamente (por isso a importância da mobilização e negociação).<sup>179</sup>

Walzer continua sua lista de atividades não-deliberativas em processo democrático falando do *lobby*, da campanha, da eleição e da angariação de fundos. O *lobby* é uma relação mais aproximada entre partidos políticos e funcionários públicos, sendo que, para se concretizar em maior medida, necessita de relações pessoais próximas. A campanha que o autor aqui levanta é a campanha eleitoral que, invariavelmente, se vincula a líderes, rostos, história de vida. Dos eleitores não se espera a mesma coisa que se espera de um corpo de jurados, evidentemente. Na eleição, o cidadão também não pode ser comparado com uma comissão de pesquisa. As pessoas divergem na motivação sobre o que qualifica um candidato. Em grande parte das vezes, a escolha do candidato se dá por compromissos ideológicos. Os cidadãos escolhem e se debruçam sobre questões muitas das vezes por conta de paixões e

---

<sup>178</sup> WALZER, Michael. “Deliberação, e o que mais?”, in WERLE, D; MELO, R. S. (orgs.). *Democracia deliberativa*, 2007, p. 302.

<sup>179</sup> WALZER, Michael. “Deliberação, e o que mais?”, in WERLE, D; MELO, R. S. (orgs.). *Democracia deliberativa*, 2007, p. 304.

interesses. Na angariação de fundos, é importante observar que aqueles que contribuem financeiramente com algum projeto tendem a ser mais leais à causa do que aqueles que só se vinculam a esta por conta de razões.<sup>180</sup>

No fim da listagem aparecem a corrupção, o trabalho rotineiro e a governança. Quanto à corrupção, basta afirmar que “a razão e a reflexão imparcial não tenham desempenhado nenhum papel em sua produção”.<sup>181</sup> O trabalho rotineiro é aquele trabalho repetitivo essencial para o sucesso das organizações e campanhas. Um trabalho que não requer muita reflexão, sendo que o comprometimento vale mais que razões refletidas. Este seria o fim vulgar da política, segundo Walzer. O fim nobre da política seria governar, muito mais do que ser governado. Walzer menciona que, para Aristóteles, cidadania em uma democracia é governar e ser governado alternadamente, mas sublinha o prazer causado pela governança. Ora, esses prazeres advindos do comando não são completamente racionais, sendo que governar é uma atividade deliberativa, mesmo que em muitos momentos não se deseje um governante deliberativo.<sup>182</sup>

Para concluir este ensaio que apresentamos em breves considerações, Michael Walzer passa a pensar qual lugar a deliberação poderia ocupar na lista que destacou. Reflete na hipótese de que talvez não tenha lugar “se assumirmos como um modelo de processo deliberativo o que os jurados fazem”.<sup>183</sup> Novamente, Walzer enfatiza que as decisões políticas são bem diferentes do trabalho feito pelos jurados, uma vez que se espera que estes afastem as ponderações políticas para decidir, sendo que a decisão deve perseguir o único resultado justo para aquele julgamento. Na vida política é diferente. São raras as decisões permanentes na política.

Tendo que interesses e compromissos ideológicos são irreconciliáveis, Walzer pensa a política como o retorno infinito às divergências e conflitos, bem como na perspectiva de uma luta para administrar e até contê-los. Nesta linha, aponta como vencer em uma democracia:

O modo democrático de vencer é educar, organizar, mobilizar... mais pessoas do que as que o outro lado tem. “Mais” é o que torna a vitória legítima, e embora a legitimidade seja fortalecida quando bons argumentos

---

<sup>180</sup> WALZER, Michael. “Deliberação, e o que mais?”, in WERLE, D; MELO, R. S. (orgs.). *Democracia deliberativa*, 2007, p. 305-306.

<sup>181</sup> WALZER, Michael. “Deliberação, e o que mais?”, in WERLE, D; MELO, R. S. (orgs.). *Democracia deliberativa*, 2007, p. 307.

<sup>182</sup> WALZER, Michael. “Deliberação, e o que mais?”, in WERLE, D; MELO, R. S. (orgs.). *Democracia deliberativa*, 2007, p. 308.

<sup>183</sup> WALZER, Michael. “Deliberação, e o que mais?”, in WERLE, D; MELO, R. S. (orgs.). *Democracia deliberativa*, 2007, p. 308.

podem ser formulados sobre as questões substantivas em jogo, a vitória é raramente alcançada pela formulação de bons argumentos.<sup>184</sup>

Em verdade, a divergência insistente e a desigualdade que predomina explicam por que a deliberação está ausente da lista. Assim, a história política seria, ao menos na maior parte das vezes, consolidação de poder e riqueza através da qual pessoas disputam a melhor posição em uma espécie de luta de classes:

Mas não é somente a permanência do conflito que explica a omissão da deliberação de minha lista, mas também, mais particularmente, o predomínio da desigualdade. A história política, quando não assume uma forma ideológica, é na maioria das vezes a narrativa da criação lenta ou a consolidação de hierarquias de riqueza e poder. As pessoas disputam seu caminho para o topo dessas hierarquias e, então, tramam da melhor maneira possível como manter sua posição. A “classe dominante” pode ser muito menos coerente do que a teoria marxista sugere; todavia, algo como ela existe, com mais ou menos autoconsciência, e pretende manter a si própria.<sup>185</sup>

A principal crítica que Walzer faz é àqueles que querem solucionar essa problemática substituindo essas lutas pelo modelo deliberativo. Segundo o autor, um processo deliberativo que desconsidera interesses e os coloca encobertos por um véu de ignorância é algo não realizável na prática, utópico. Substituir diferenças pela deliberação leva à antipolítica. Walzer volta a sua comparação com o júri:

A deliberação tem um lugar, de fato um lugar importante, na política democrática, mas não acho que tenha um lugar independente – ou, por assim dizer, próprio. Não há configuração no mundo política que se assemelhe a uma sala de júri, na qual não desejamos que as pessoas façam outra coisa *exceto* deliberar.<sup>186</sup>

Certo de que a deliberação necessita de outras atividades que ela mesma não controla, o ensaio termina com a ideia de que a deliberação que não leva em conta preferências admitidas publicamente pela maioria das pessoas pode até ser melhor, mas não é a política

---

<sup>184</sup> WALZER, Michael. “Deliberação, e o que mais?”, in WERLE, D; MELO, R. S. (orgs.). *Democracia deliberativa*, 2007, p. 309.

<sup>185</sup> WALZER, Michael. “Deliberação, e o que mais?”, in WERLE, D; MELO, R. S. (orgs.). *Democracia deliberativa*, 2007, pp. 309-310.

<sup>186</sup> WALZER, Michael. “Deliberação, e o que mais?”, in WERLE, D; MELO, R. S. (orgs.). *Democracia deliberativa*, 2007, pp. 310-311.

correta para um governo democrático. Qualquer novo arranjo deliberativo proposto não poderia substituir aquilo que a lista apontou.

### 3.4. CONTRACRÍTICAS

Passemos agora a apresentar possíveis respostas às provocações feitas por Michelman e Walzer no que diz respeito à democracia deliberativa. Como vimos, Michelman apresenta uma crítica à democracia deliberativa tendo em vista aquilo que chama de “pensamento azul”, bem como destaca um possível regresso infinito na teoria da cooriginariedade entre autonomia privada e autonomia pública, direitos humanos e soberania popular. Já Walzer segue a linha de uma crítica construtiva que pretende complementar a teoria da deliberação em sociedades democráticas, a qual acaba, invariavelmente, desconsiderando atividades não-deliberativas. Evidente que não se pretende esgotar as críticas feitas, muito menos respondê-las em definitivo. Trata-se de um possível diálogo em processo, segundo o qual as possibilidades reconstrutivas contidas nas premissas das problemáticas levantadas permanecem em aberto. Apenas cotejamos parte das críticas feitas nos textos dos dois autores levando em conta aquilo que foi exposto até aqui e aquilo que se seguirá no presente trabalho. É importante ressaltar que muitas das contracríticas apresentadas se comunicam com as críticas dos dois autores, até porque ambas contêm abordagens relacionadas às críticas à democracia deliberativa como um todo, motivo pelo qual são aqui expostas com certa generalidade. Contudo, seguiremos as críticas na ordem de apresentação. Começamos por Michelman, dividindo suas objeções em duas partes, sendo a primeira referente ao próprio ideal da democracia deliberativa e a segunda referente ao regresso infinito.

#### 3.4.1– Frank Michelman: “pensamento azul” e o regresso ao infinito

Logo no início de seu ensaio, Michelman deixa clara sua intenção: quer saber o quanto o ideal da democracia deliberativa pode se colocar como alcançável na prática. Acredita que, por ser demasiadamente normativo, esse ideal não pode ser perseguido, sobretudo por conta de a legitimidade das normas jurídicas carecer de um fundamento moral independente do procedimento de criação dos direitos fundamentais. Para sustentar tal ideal de maneira mais coerente, que, para Michelman, é advindo de um cenário deontológico-liberal – como expressa ao longo do ensaio –, a validade das normas deveria se apoiar em um conteúdo de justiça anterior ao processo político. A deliberação exige certos comprometimentos que não

seriam observados na prática. Características motivacionais e discursivas não estariam presentes em uma democracia deliberativa tida como uma condição de possibilidade da justiça política.

Pois bem, tais críticas passam por importantes conceitos que já tivemos oportunidade de brevemente abordar e outros a serem introduzidos nesse momento. Precisamos, inicialmente, ter em mente o que Habermas pretende com sua teoria da democracia deliberativa, bem como saber como concebe esse ideal. A partir do conceito de idealização em Habermas, poderemos entender a forma de seu universalismo, a tensão existente na linguagem e no direito entre facticidade e validade e o projeto de encarar os direitos humanos como uma utopia realista. Desta forma, após entender o que Habermas quer dizer com ideal, podemos pensar a democracia deliberativa como um ideal prático, seguindo a crítica de Michelman, mas sem o considerar a partir de um direito de cidadania em uma estrutura universal a priori, portanto, transcendental. Michelman pensa que Habermas concebe sujeitos que colocam seus interesses em acordo, sendo a racionalidade advinda de pessoas tidas como portadores de interesses, por isso se apressa em identificar Habermas com certas teorias liberais deontológicas.

A democracia deliberativa é um modelo de democracia com certa concepção de liberdade. Esse modelo de democracia se encontra em um projeto que pretende um olhar pragmático sobre direitos humanos, entendendo-os como uma utopia realista em reação ao diagnóstico apressado de esgotamento das potencialidades da modernidade, o qual, diante da oposição entre liberalismo e republicanismo, pretendeu reduzir cada vez mais a confiança na razão para justificar normas jurídicas de maneira reflexiva. Quando olhamos para os direitos humanos de uma forma discursiva e procedimental, não é possível desassociá-lo do cenário da democracia. Desta forma, a democracia deliberativa é um modelo de democracia pensado na tensão entre facticidade e validade, o que quer dizer que pretende se manter entre um realismo político que entende o poder (a política), a moral e o direito, principalmente, a partir de teorias empíricas, descrevendo os fenômenos sociais, mas se descuidando da normatividade justificadora da cogência das normas jurídicas, e um normativismo abstrato pensado fora do mundo da vida, portanto sem qualquer aporte empírico, nem mesmo pragmático. A democracia deliberativa, portanto, ocupa esse “entre”, pois prevê sim um modelo normativo com certo conceito de idealização em seu bojo, mas esse conceito de idealização se vincula ao movimento pragmático e linguístico feito por Habermas, sendo assim um ideal que ocorre na facticidade do levante comunicativo de pretensões de validade e tomadas de posição em esferas públicas de sociedade democráticas marcadas pelo fato do pluralismo rawlsiano.

Esse ideal prático, portanto, deve ser entendido no âmbito da linguagem e da pragmática. Nesse modelo de democracia, visto sob o ângulo procedimental e discursivo, os participantes assumem a figura de sujeitos de direitos, a qual não se confunde em nada com os diversos conceitos de sujeito advindos da filosofia da consciência, tão combatida por Habermas, ou mesmo com sujeitos como portadores de interesses, da mesma forma que a ideia deontológico-liberal pensa. É pela ideia de *práxis comunicativa* que Habermas pode pensar o ideal da democracia a partir de participantes de jogos linguísticos. A idealização dessa utopia realista se dá na prática do uso ordinário da linguagem. O procedimento mesmo do uso da linguagem contém universais pragmáticos sem os quais não é possível haver entendimento. Aliás, como já apresentado, a tentativa de negar tal ideal leva a uma contradição performativa, uma vez que, para essa negação, se usa da atividade simbólica contrafactual. O potencial reflexivo e normativo advém da possibilidade de se imaginar aqui e agora possíveis interlocutores que tomarão posição tendo em vista o resgate discursivo das razões oferecidas. Ora, negar isso é negar a possibilidade do diálogo, no sentido de troca de razões. Michelman não chega a tanto, mas precisa observar que é dentro desse âmbito, desse registro pragmático e discursivo, que o projeto da democracia deliberativa deve ser entendido. Não se trata simplesmente de um autogoverno, como pensa Michelman, muito menos de algo a ser aplicado, sem mais, em um mundo povoado por pessoas entendidas como conjuntos de interesses que coexistem. A releitura da autonomia sob a forma de autolegislação que a teoria do discurso propicia fornece o engate para entender a democracia deliberativa como um modelo de democracia que leva em conta a cooriginariedade entre direitos humanos e soberania popular em um procedimento sem sujeitos. O conceito de indivíduo se expande para entender sujeitos de direito como participantes de uma *práxis comunicativa*, a qual permite a criação de direitos fundamentais em um procedimento discursivo, sendo a autonomia e a autolegislação não atreladas à vontade do sujeito ou ao seu arbítrio. Com isso, é no mínimo apressado identificar a democracia deliberativa, chamada por Michelman de “pensamento azul”, com um projeto deontológico-liberal. Habermas pensa uma intersubjetividade e não uma subjetividade liberal que entende aceitabilidade racional como harmonização de interesses. Interesses estão em desacordo e é desejável que assim permaneçam. Quando se chega a um consenso, não se desconsidera os interesses, mas também não os espreme até que se chegue a bom termo.

Esse potencial reflexivo apresentado inicialmente no procedimento linguístico entre a expressão da linguagem e sua possível validade passa para o direito quando este é pensado discursivamente. Isso ocorre pois o princípio do discurso abrange tanto um ponto de vista

moral da aceitabilidade racional, quanto uma aceitação concreta advinda da democracia. O direito é justificado a partir de um procedimento discursivo que engloba um ponto de vista moral junto da formação da opinião e da vontade.

Com esses novos conceitos de autonomia e autolegislação advindos de um conceito procedimental de razão, de uma teoria da ação vista pelo ângulo linguístico-pragmático e de uma teoria da sociedade em dois níveis por conta da ambiguidade do direito agora visto como coordenador da ação responsável pela integração social ao lado da moral, os interesses passam a não ser considerados e vistos como irracionalidades em conflito, algo muito mais condizente com sociedades democráticas complexas marcadas pelo fato do pluralismo. Ao invés de isolarmos sujeitos, seja em uma concepção normativista abstrata ou em uma concepção ética, de modo a consagrar apenas interesses não alheios à vontade ou a interesses fechados em uma comunidade local, pensamos cidadãos que se engajam e levam seus interesses para um processo discursivo de formação da opinião e da vontade. A divergência de interesses não é vista como irracionalidade e a decisão não pressupõe mudança de interesse. A autonomia se dá em uma *práxis* comunicativa que permite que os interesses façam parte da justificação dada por cada cidadão frente às normas jurídicas.

O direito visto pelo ângulo discursivo e intersubjetivo permite que os participantes sejam aliviados do peso de uma justificação moral ou fiquem dependentes de virtudes comunitárias, podendo usar diversos discursos práticos para embasar suas condutas. Desde que no seio de um procedimento discursivo, ao cidadão não é exigido se despir de seus interesses na esfera pública. Muito menos quando se perde uma votação, por exemplo, deve-se mudar os interesses porque esses estariam equivocados. Habermas pensa uma mediação entre as diferenças e não uma coexistência forçada de arbítrios. A liberdade não se dá em detrimento dos interesses, mas por permitir que os interesses e as diferenças permaneçam em conflito, sem serem forçados a se harmonizarem por um princípio moral ou por virtudes cívicas. A autonomia é uma participação, um engajamento em determinada prática social de produção de normas jurídicas. A autonomia não é da vontade, e sim da formação discursiva da vontade. A força da legalidade não se subordina a uma legitimidade moral apriorística ou a um dever racional, mas também não se descola de um ponto de vista moral procedimental que permanece pensando a liberdade de todos. Nós nos reconhecemos enquanto cidadãos engajados nessa prática. Desde o nascimento, ou mesmo desde a expectativa de nascimento, já somos considerados cidadãos de um Estado Democrático de Direito. Isso nos coloca em nossas relações sob a égide da integração social do direito que permite a institucionalização da liberdade comunicativa frente às forças do Estado e do Mercado. As relações pessoais

parecem ser aliviadas de justificações que exigiam motivações a considerar o interesse simétrico de todos para embasar boas ações. O direito visto como integração social embasa as ações humanas “conforme o dever” e não “por dever”, sem deixar de respeitar, ao menos do ponto de vista procedimental, um ponto de vista moral.

Isso explica a guinada que Habermas dá na direção do direito em 1992. O amadurecimento da relação entre direito, moral e política ao longo da década de 80 chega na década de 90 enfatizando certo potencial epistêmico da democracia.<sup>187</sup> Há uma racionalidade no bojo do direito, permitindo a justificação da ação legítima por parte dos cidadãos, não só a partir de discursos práticos morais, mas também de discursos práticos pragmáticos e éticos. Além disso, o direito passa a permitir que discursos não-morais sejam institucionalizados como direitos fundamentais advindos da formação discursiva da opinião e da vontade. Não mais castramos interesses, mas permitimos que estes lutem por se constituir na justificação das ações e na institucionalização das condições para o exercício da liberdade em um Estado Democrático de Direito. Os interesses em conflito não resultam em irracionalidade, mas em produção compartilhada e discursiva da racionalidade. Consenso não significa uniformidade de interesses, mas a possibilidade reflexiva que existe por entre os interesses. Não existem interesses justapostos, o que levaria ao pensamento segundo o qual só afastando alguns interesses agiríamos em nome da justiça. Existem interesses, mas estes, quando não castrados, demandam a possibilidade de entendimento reflexivo que ocorre “entre” esses interesses. Não há necessidade de vincularmos as motivações dos indivíduos, pois os interesses não advogam uns contra os outros, mas se contrapõem na busca do melhor argumento. Na *práxis* comunicativa os interesses fazem parte do reconhecimento dos cidadãos como portadores de direitos, pois não são mantidos fora das possibilidades discursivas que levantam pretensões de validade e estimulam tomadas de posição.

Enfim, neste sentido, o ideal pensado por Habermas na tensão entre facticidade e validade, reconstruído tanto na linguagem como no direito, não só é alcançável como já se apresenta em toda sociedade democraticamente organizada, pois a validade jurídica só pode ser aferida tendo em vista o consenso procedimental, uma vez que sua racionalidade passa por

---

<sup>187</sup> A legitimidade de uma decisão ou escolha democrática tem em vista o valor epistêmico da democracia, por mais que atrelado ao procedimento. Cf. ESTLUND, David M. *Democratic Authority: a philosophical framework*. Princeton: Princeton University Press, 2008. A qualidade epistêmica de uma democracia é o quanto permite aos cidadãos diferenciar decisões melhores e piores, mais justas e menos justas. Este valor epistêmico varia dependendo do procedimentalismo imparcial que se adota.

diversos discursos práticos que não só os morais e tem como base universais pragmáticos contidos nos atos de fala que visam entendimento. Esse consenso não afasta interesses, pelo contrário, os libera, bem como não desconsidera a permanência do dissenso, mas entende a divergência não como irracional. Libera interesses, pois, de um ponto de vista moral. Esses interesses não estão vinculados à legitimidade, sendo o princípio do discurso aplicado em consideração a todos os participantes (aceitabilidade racional), mas também levando em conta a formação discursiva da opinião e da vontade (aceitação concreta). De um ponto de vista do direito, também não se afastam interesses, pois estes podem constar das justificações racionais dadas pelos membros da comunidade jurídica quando da obediência das leis, bem como podem adentrar ao direito via fluxo comunicativo da periferia ao centro das instituições formais na formação discursiva da opinião e da vontade. É por isso que contamos com normas jurídicas programáticas que definem metas a serem alcançadas. Sem a possibilidade de os interesses advindos de discursos pragmáticos e éticos poderem coabitar o direito, desde que passem pelo procedimento de discussão com ponto de vista moral, a própria luta por reconhecimento através da concretização de direitos estaria ameaçada. Habermas permite que os cidadãos justifiquem suas ações sem o peso excessivo da moral, bem como se sintam participantes de um procedimento discursivo que pode institucionalizar as condições da liberdade comunicativa.

O que Michelman precisa entender é que este ideal prático é advindo de um modo pragmático de pensar, portanto leva em conta uma razão procedimental que não pretende simplesmente fundamentar moralmente o direito, pois isso seria subordiná-lo à moral. O direito se relaciona com a moral a partir de um ponto de vista inserido no discurso, que permite entender a imbricação entre aceitabilidade racional e aceitação concreta. Aquele caráter deôntico forte que o direito necessitava para se justificar é substituído por uma racionalidade jurídica própria que mescla diferentes discursos racionais práticos. A forma jurídica vista desde o discurso não precisa se relacionar com um procedimento fundamentalmente moral, mas basta, para ser aferida sua legitimidade, certa confiabilidade de que o procedimento pode ser tido como justo por aqueles que participam do discurso. Desta forma, a validade jurídica é aferida na relação entre os discursos práticos que ocorrem tendo em vista o procedimento. Em outras palavras: a validade das normas jurídicas só pode ser aferida em processo democrático reconstruído pelo discurso.

Considerando a razão procedimental, não é possível aceitar que algumas alternativas sejam objetivamente mais justas que outras, de maneira independente do procedimento. A validade a ser levada em conta para a correção normativa não se vincula a algo fora da relação

procedimental intersubjetiva. A validade jurídica não se explica apenas por uma imposição fática, muito menos apenas por uma potencialidade advinda de entidades moralmente superiores. A validade jurídica está em um cenário pragmático-discursivo que coloca a interação social no âmbito de um Estado Democrático de Direito. Normas não precisam se conformar a realidades, mas também não podem se descolar por completo de algum aporte que lhes dê sustentação concreta.

É exatamente por, pragmaticamente, já nos encontrarmos como participantes de uma comunidade jurídica em ambiente democrático que a crítica do regresso infinito da teoria da cooriginariedade não se põe.

Habermas pretende uma reconstrução a ser pensada no bojo de ordenamentos jurídicos existentes, portanto no cenário de um Estado Democrático de Direito. Não é possível pensar em direitos válidos positivados antes de um procedimento que garanta a formação discursiva da opinião e da vontade, pois a validade está atrelada a esse procedimento. A cooriginariedade tem um sentido lógico e não cronológico, como quer entender Michelman:

Ou, ainda, que a cooriginariedade entre autonomia privada e pública não representa um modelo completo para a instauração de programas normativos futuros, mas sim uma reconstrução generalizadora *ex poste* do núcleo normativo dos códigos de direitos existentes.<sup>188</sup>

Habermas não adapta a validade à justeza, mas a pensa em um terreno procedimental, uma vez ser a razão falível quanto ao levantamento de fundamentos morais do direito. Em sociedade pós-metafísicas marcadas pelo desacordo razoável de concepções de bem, não cabe exigir legitimidade de normas jurídicas por fora de um procedimento democrático. A correção das normas não é aferida por um valor epistêmico não atrelado ao procedimento democrático. A norma legítima é aquela que leva em conta seu processo de criação. A cooriginariedade entre autonomia pública e privada e entre direitos humanos e soberania popular se encontra na própria prática de um Estado Democrático de direito:

Nesse sentido, a relação necessária entre autonomia pública e privada deixará de ser tratada nos simples termos de uma “pressuposição conceitual” e passará a ser investigada como elementos constitutivos de uma práxis política efetivamente democrática. (...) Em segundo lugar, muito antes que um “círculo prático *inevitável*, o fortalecimento recíproco das autonomias pública e privada será tomado como resultado da política deliberativa, constantemente ameaçada pelas estruturas de funcionamento burocratizantes

---

<sup>188</sup> SILVA, F G. *Liberdades em Disputa: reconstrução da autonomia privada na teoria crítica de Jürgen Habermas* 2016, p. 133.

da política oficial e pelas pressões anônimas de um modo de integração linguisticamente empobrecido.<sup>189</sup>

### 3.4.2– Michael Walzer: atividades não-deliberativas em processo democrático

Muitas das contracríticas apresentadas às ideias de Michelman servirão na tentativa de responder as complementações de Walzer à democracia deliberativa. Isso ocorre porque parece que o entendimento do autor sobre a tensão mesma entre facticidade e validade que coloca outra relação entre direito e moral a partir de um novo conceito de racionalidade que leva e conta discursos práticos diversos, é unilateral. Certo que Walzer não nega a importância da deliberação, bem como não acredita que aqueles que defendem a deliberação negariam a importância da análise que faz. Contudo, mesmo assim, não parece ser a melhor forma de entender o processo democrático e a deliberação, ao menos não como Habermas as entende.

Antes de apresentar a listagem com catorze itens de atividades não-deliberativas, Walzer coloca a deliberação como algo sossegado. Ora, o fato do pluralismo rawlsiano, ratificado por Habermas, coloca um desacordo razoável que não só mantém o conflito como diz que todo acordo se dá diante na permanência de dissensos mais profundos, os quais, são, inclusive, relacionados com concepções de bem irreconciliáveis. Além disso, a maneira procedimental pela qual Habermas entende a razão se justifica exatamente por conta dessa impossibilidade de conciliar interesses. Aliás, é por conta disso que Habermas irá liberar os interesses em esfera pública, como já dito anteriormente. A motivação dos concernidos não é vinculada ao acordo. Ou seja, não se pensa em interesses em comum, ou em uma harmonização de interesses, mas em um acordo procedimental.

Evidente que Habermas está ciente da presença das atividades não-deliberativas no processo de deliberação. A questão é saber se existem apenas disputas de interesses não-deliberativos ou se é possível uma troca comunicativa por trás desses interesses. Tanto Habermas considera outros valores cultivados na política, tais como compromissos e interesses, que não dispensa o agir estratégico ou mesmo a negociação tendo em vista fins, mas os relaciona com um agir comunicativo que tem em vista a compreensão. Existe o poder estratégico que coloniza o mundo da vida e disputa interesses, mas isso não dispensa um

---

<sup>189</sup> SILVA, F G. *Liberdades em Disputa: reconstrução da autonomia privada na teoria crítica de Jürgen Habermas* 2016, pp. 134-135.

poder comunicativo que pode trocar razões, tal como Hannah Arendt apresenta. Não é que a democracia deliberativa tenha a tendência de evitar a divergência ou afastar a força dos interesses, pelo contrário até, pois entende a divergência como racional e os interesses como irreconciliáveis. A divergência sobre as motivações não só é um fato como estas se encontram não vinculadas ao acordo procedimental que se pretende. O debate não tem a intenção de chegar a um acordo entre interesses, mas de levantar a possibilidade reflexiva de se aceitar um acordo procedimental.

É preciso também levar em conta que a deliberação não pode ser comparada ao exercício de um corpo de jurados em julgamento, como Walzer tenta deixar entender em mais de uma oportunidade no texto. Parece que, nesse ponto, Walzer não diferencia criação e fundamentação de leis de aplicação destas. A imparcialidade que se requer de um jurado não é, nem de longe, o que se exige de um cidadão em democracia deliberativa. Jurados devem afastar ponderações políticas, compromissos ideológicos e interesses, cidadãos não. Jurados perseguem um único resultado justo para o julgamento, sendo que nas decisões em democracia deliberativa não se tem apenas um resultado considerado justo e a alternativa que prevalece não é considerada a melhor ao ponto de aqueles que não forem contemplados terem que se entender como equivocados e mudar de interesse.

Também na democracia deliberativa não se está em um jogo de vitória ou derrota, muito menos levando em conta apenas um aspecto quantitativo, no qual se ganha quando se mobiliza, se organiza ou se educa mais pessoas, como quer Walzer. Na democracia deliberativa não é apenas o sucesso que se tem em vista, e mais vale a qualidade do que se está debatendo do que a quantidade de convencimento que se produziu. Devemos levar em conta o aprendizado que se dá em um processo democrático, que não se reduz apenas às disputas. Existe uma troca reflexiva procedimental por entre os interesses, uma vez que sem essa troca não seria possível saber sobre qual interesse os participantes discutem, muito menos entender os limites desses interesses. É preciso compreender que o ser humano não é um conjunto de interesses justapostos, com apenas interesses em comum denotam acordo.

Enfim, no final do ensaio Walzer afirma que a insistência da divergência e o predomínio da desigualdade explicariam a ausência da deliberação em sua lista. Ora, já dissemos que a insistência da divergência faz parte do processo de deliberação e que não aponta para algo irracional, pelo contrário até. A desigualdade também faz parte, se pensarmos que o seu combate se dá pela uniformização das diferenças. A democracia deliberativa não quer substituir as diferenças pela deliberação. Tanto é verdade que seu potencial epistêmico está atrelado ao processo democrático, fazendo com que uma derrota nas

urnas (e não na democracia, pois como já afirmamos isso não é possível), por exemplo, não imponha a ideia de que aqueles que perderam uma eleição estavam errados ou mesmo devam mudar seus interesses e motivações. Evidente que algo parecido com a luta de classes existe, mas isso não coloca a ideia de que a história política é apenas consolidação de poder. Ela é também consolidação de poder, claro, mas existe uma troca discursiva que não deve ser desconsiderada.

## CONCLUSÃO

A identidade daqueles que participam de debates, decisões e deliberações em *práxis* comunicativa não se resume à ideia de indivíduo membro, pela qual o liberalismo pensa a democracia em verdadeiro compromisso de interesses. Muito menos podemos pensá-los como cidadãos de uma comunidade ética fechada que traça a homogeneização dos interesses, como quer o republicanismo. Diante do fato do pluralismo entre visões de bem desde a modernidade e de uma perspectiva pragmático-linguística, a individuação se dá pelo enfoque da socialização. O uso da linguagem faz a mediação a partir do entendimento. Desta forma, a própria realidade social não é vista como um dado objetivo, factual, longe das discussões sobre a validade, mas como algo em processo social que imbrica mundo objetivo, mundo subjetivo e mundo social. A natureza humana, sobretudo quando relacionada à prática, não pode ser simplesmente mapeada ou mesmo desvendada, mas deve ser tensionada com a justificação pela qual os participantes a entendem. É algo que permanece em aberto, e a razão é falível quanto a sua descrição, pois não pode apresentar argumentos categóricos que a fundamentem de uma vez por todas. Neste cenário, sobretudo tendo em vista a legitimidade do direito a partir da modernidade, o que se pode compartilhar é um procedimento intersubjetivo que garanta a confiabilidade na cogência das normas jurídicas. A normatividade liberada na modernidade não se baseia em enunciados descritivos que pretendem verdade teórica, mas em enunciados normativos que demandam validade prática. Portanto, a validade jurídica não pode se apresentar por uma racionalidade advinda apenas de uma imposição fática, mas também não pode dispensar qualquer aporte empírico ou pragmático. O ímpeto mesmo da explicação se encontra junto com o da justificação quando pensamos as interações sociais. Sem uma linguagem comum, não conseguimos entender a integração social. Fatos e normas não podem ser vistos fora de uma imbricação permanente. A interação social via discurso coloca a coletividade como aquela que produz discursivamente a objetividade na forma de conceitos. Desta forma, a universalidade é pensada a partir de um procedimento que se mantém na tensão entre facticidade e validade, não tendo em vista uma construção apriorística, pois se encontra, procedimentalmente, no entendimento intersubjetivo. Uma permanente reconstrução de sentidos se dá a partir das interações advindas da linguagem ordinária, sendo esse o modo de participação compartilhada na realidade social.

Sendo assim, a justificação de normas jurídicas tem em vista uma racionalidade própria que entrelaça discursos práticos. Não mais se justifica moralmente as normas jurídicas com um valor deôntico superior, mas a partir de um procedimento discursivo. Uma razão

comunicativa se faz presente como potencial reflexivo que se expressa de forma intersubjetiva. É na interação social a partir do uso da linguagem que se apresentam universais pragmáticos a serem levados em conta por todo aquele que pretende entendimento. São idealizações que todo participante discursivo é obrigado a fazer se tem em vista o entendimento. Quando se argumenta que essa idealização é como as outras apresentadas na tradição filosófica ou mesmo que não tem em vista nada de empírico ou pragmático, imediatamente se cai em contradição performativa, pois se assim fosse sequer poderia se fazer compreender criando expectativas sobre o que se faz. Essa idealização se relaciona com a teoria dos atos de fala e com a tensão entre facticidade e validade que passa da linguagem para o direito, como apontado ao longo da pesquisa. A interação social se relaciona com uma teoria da ação advinda de investigações sobre o uso da linguagem. Entre fatos e normas se posiciona uma linguagem comum não-especializada, a qual não entende interesses como entidades fixas e muito menos os desconsidera. Graças ao princípio do discurso e ao conceito de autonomia, essa posição entre fatos e normas pode passar ao direito.

A presente dissertação tentou apresentar, de maneira breve, o conceito de autonomia dentro do Estado Democrático de Direito, portanto na relação entre moral, direito e política. Pelo olhar habermasiano, essa relação se dá discursivamente, pois o princípio do discurso se entrelaça tanto com a aceitabilidade racional da moral como com a aceitação concreta advinda da formação democrática. Direitos Humanos e Soberania Popular, bem como autonomia pública e privada se pressupõem mutuamente a partir do conceito habermasiano de cooriginariedade. Assim, o direito mantém elementos de indisponibilidade desconsiderados pelo positivismo jurídico, os quais podem garantir uma racionalidade própria para forjar a validade, mas entendendo que os interesses recebem sentidos diversos ao longo do tempo e, portanto, permanecem em conflito. Mesmo podendo ser transformados no procedimento, devem permanecer livres para se constituírem dentro dos limites do processo de criação das normas em um Estado Democrático de Direito. Não cabe cortar interesses ou mesmo definir o processo democrático como um compromisso de interesses, muito embora ainda permaneça a possibilidade de negociação. Em verdade, o próprio conceito de poder não é mais visto como um embate de interesses, afetos, arbítrios ou compromissos. Existe um poder comunicativo que forja um reconhecimento recíproco no bojo da autonomia política. Esse reconhecimento recíproco nada tem que ver com a livre disposição de vontade de sujeitos e seus arbítrios, mas com uma *práxis* comunicativa compartilhada. As normas jurídicas não são obedecidas tendo em vista, principalmente, os motivos de um sujeito que, a partir de juízo próprio e imparcial, os submete a discursos morais.

O conceito de autonomia habermasiano é interpretado na reconstrução interna do sistema de direitos. Não depende apenas de um conceito de indivíduo, pois se dá no núcleo do direito tendo em vista sua ambiguidade. Muito menos se conduz a partir da ideia de interesses de sujeitos com capacidades ou faculdades advindas de uma estrutura da personalidade. É por isso que não se pretende tolher ou vincular interesses com decisões, sendo que esses ainda podem participar da luta discursiva para adentrar ao direito via justificação em discursos práticos éticos ou mesmo pragmáticos. Tendo em vista o pluralismo de visões de mundo, o justo não pode vincular o bem, mas liberá-lo para participar discursivamente da justificação do direito.

A tensão entre fatos e normas permite que a legitimidade possa vir da legalidade quando se entende o direito de modo discursivo. Fatos e normas não se encontram assimilados como em sociedades tradicionais e muito menos separados, como em Kant, mas em constante relação, uma vez que a racionalidade que justifica as normas jurídicas entrelaça diversos discursos práticos. Moral, direito e política são complementares, portanto um não se subordina ao outros, mas se retroalimentam em um procedimento discursivo de justificação das normas jurídicas. Assim, o direito não só não se submete à moral como também não a isola, pois admite um ponto de vista moral em seu procedimento, deixando uma indisponibilidade ao direito, mas não deixa de dialogar com diferentes outros discursos práticos que não morais. A política permite que o direito institucionalize discursos práticos diversos advindos de fluxos comunicativos em esfera pública informal. Pensa-se uma racionalidade que não só não vincula interesses como também permite que estes adentrem o direito. As normas programáticas, por exemplo, têm o caráter de discurso pragmático, que intenciona cumprir determinado objetivo. Enfim, Habermas entende a Constituição como um projeto inacabado. Permanece a luta pela concretização dos direitos fundamentais a partir dessa tensão entre facticidade e validade interior ao Estado Democrático de Direito. A luta, portanto, é por direitos e não contra direitos, sendo a guinada ao direito dada por Habermas em *Direito e Democracia: entre facticidade e validade* um passo importante para entender essa relação entre sistema e mundo da vida.

Assim, Habermas propõe que não fiquemos na letargia daqueles que permanecem querendo entender a democracia a partir de certo funcionamento que se concebe apenas diante de descrições empíricas, ou mesmo daqueles que pretendem propor uma normatividade, mas não têm como aporte questões empíricas ou pragmáticas. Entre realismo político e normativismo abstrato se encontra a democracia deliberativa com seu conceito de autonomia advindo não da moral, mas do direito entrelaçado com o princípio do discurso. Importante

perceber também que o direito não é compreendido pelo ângulo positivista ou jusnaturalista, mas pós-positivista. O direito e seu procedimento garantem sua própria legitimidade quando vistos sob o prisma discursivo, sem precisar de uma razão abstrata que tolha interesses e diferenças. Pensar o Estado Democrático de Direito em um procedimentalismo deliberativo-racional implica pensar a autoridade democrática com uma força capaz de manter a liberdade quanto aos interesses e motivos da ação sem deixar de demarcar a correção normativa. A objetividade das decisões para que a possamos considerá-las mais justas e menos justas, mais corretas e menos corretas está imbricada com a justificação advinda da formação discursiva da opinião e da vontade. A força epistêmica da democracia deliberativa não vincula interesse, mas marca a norma correta a partir do processo de sua criação. Habermas não é realista moral, portanto não compara fatos com normas. Se existe um mundo objetivo na perspectiva dos participantes do discurso, é um mundo forjado intersubjetivamente para que o entendimento ocorra. Habermas prefere o pragmatismo linguístico para lidar com a interação social. Só a partir da troca de razões em diálogo é possível lidar com os interesses sem tolhê-los. Se assim fizermos, podemos ressignificar o conceito de autonomia para justificar as normas jurídicas a partir de uma racionalidade comunicativa que se relaciona com discursos morais, éticos e pragmáticos. Os usos práticos da razão entrelaçados de modo discursivo na justificação do direito resgatam o conceito de autonomia. Talvez assim se tenha um melhor esclarecimento sobre o Estado Democrático de Direito, bem como sobre a relação entre direito, moral e política na teoria de Jürgen Habermas, pois a autonomia não é da vontade, mas de uma *práxis* comunicativa situada no procedimento de criação de direitos. Não é possível pensar o direito sem pensar sua gênese democrática. Certo que existem obstáculos ao fluxo comunicativo que devem, a partir das discussões em esfera pública informal, ou seja, a partir do mundo da vida, alimentar o Estado de Direito, contudo não é possível desconsiderar as resistências a esses obstáculos. O realismo político que entende a democracia apenas como uma arena de disputa de interesses não pode perceber que, a partir da ambiguidade do direito e da reconstrução interna da tensão entre facticidade e validade que lhe é própria, os sistemas, uma vez que institucionalizadas suas estruturas de funcionamento, se vinculam à legitimidade exigida pela gênese democrática. Essa ligação entre o poder político e o *médium* do direito resiste ao fechamento total do sistema aos fluxos comunicativos, portanto a sua autoprogramação.

Pensando a autonomia em uma relação discursiva entre moral, direito e política, a presente dissertação pretendeu conceituar discursivamente a democracia. A soberania interpretada intersubjetivamente não se isola em competências jurídico-constitucionais, mas também não se reduz à natureza ética de um povo. As formas de comunicação nos processos

democráticos são destituídas de sujeito e a política não se restringe a decisões factuais, mas incorpora processos discursivos para sua legitimidade. A relação entre norma e realidade não se resolve por pesquisas empíricas que apontam para a auto-referencialidade ou autoprogramação do sistema, mas também não se submete a generalizações que mantêm expectativas normativas exigentes demais. Modelos empíricos que têm em vista a política como uma arena de conflito de interesses não conseguem entender como os participantes podem consolidar relações sociais que identificam decisões e normas justas e injustas, corretas ou incorretas. O valor epistêmico da autoridade da democracia perpassa o procedimento de formação discursiva da opinião e da vontade. Enfim, não é possível identificar esse valor epistêmico da democracia fora de um procedimento que busca o consenso, como quer Michelman. Também não é possível, com Walzer, entender a democracia deliberativa e sua fundamentação como um ambiente no qual se tem uma discussão “sossegada” longe de interesses, como aquela que ocorre em um corpo de jurados na aplicação da norma como quer Walzer.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- ARENDDT, Hannah. *Sobre a Violência*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.
- AUSTIN, J. L. *Quando Dizer é Fazer: palavras e ação*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990. Cf. Wittgenstein. *Coleção Os Pensadores: Investigações Filosóficas*, Tradução de José Carlos Bruni, São Paulo: Abril Cultural, 1975.
- CONSTANT, Benjamin. “Liberdade dos Antigos comparada à dos Modernos”. Tradução de Loura Silveira. In *Filosofia Política*, n 2, 1985.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. rev., Coimbra: Almedina, 1993.
- ESTLUND, David M. *Democratic Authority: a philosophical framework*. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- GÜNTHER, Klaus. “Communicative Freedom, Communicative Power, and Jurisgenesis”, in ROSENFELD, M.; ARATO, A. (eds.). *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*. Berkeley: University of California Press, 1998
- HABERMAS, J. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade (v. I)*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade (v. II)*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.
- \_\_\_\_\_. *A inclusão do Outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2007.
- \_\_\_\_\_. *A Nova intransparência: a Crise do Estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas*. Tradução Carlos Alberto Marques Novaes. Revista Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 18, p. 103-114, set. 1987.
- \_\_\_\_\_. *Entre Naturalismo e Religião: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2004.
- \_\_\_\_\_. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Pensamento Pós-Metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- \_\_\_\_\_. *Passado como Futuro*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Comentário a Ética do Discurso*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

\_\_\_\_\_. *Para a Reconstrução do Materialismo Histórico*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

\_\_\_\_\_. *Era das Transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria e Práxis*. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

\_\_\_\_\_. “O Conceito de Poder em Hannah Arendt”. In: *Habermas: sociologia*. São Paulo: Ática, 1980.

HERRERO, Francisco Javier. “Ética do Discurso”. In. OLIVEIRA, M. A. *Correntes Fundamentais da Ética Contemporânea*. Petrópolis: Editora Vozes, 2000.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins fontes, 2008.

OLIVEIRA, Manfredo de Oliveira. *Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

KANT, I. *Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Coleção Os Pensadores).

\_\_\_\_\_. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Coimbra: Edições 70, 1960.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970.

MICHELMAN, F. “Como as pessoas podem criar leis? Uma crítica a democracia deliberativa”, in WERLE, D; MELO, R. S. (orgs.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Singular, 2007.

RAWLS, J. *Conferências sobre a História da Filosofia Política*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

\_\_\_\_\_. *O Liberalismo Político*. Edição Ampliada. São Paulo, Martins Fontes, 2011

\_\_\_\_\_. *Uma Teoria da Justiça*. Edição Revista. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

\_\_\_\_\_. *Justiça como Equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROUSSEAU, J. -J. *Do Contrato Social*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Coleção Os Pensadores).

SILVA, F G. *Liberdades em Disputa: reconstrução da autonomia privada na teoria crítica de Jürgen Habermas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2016

SKINNER, Quentin. *As Fundações do Pensamento Político Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999

TUGENDHAT, Ernst. *Lições Sobre Ética*. Petrópolis: Vozes, 1997.

WALZER, Michael. “Deliberação, e o que mais?”, in WERLE, D; MELO, R. S. (orgs.). *Democracia deliberativa*, São Paulo: Singular, 2007.

WEBER, Max. *A Ética Protestante e o “Espírito” do Capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

WITTGENSTEIN. *Coleção Os Pensadores: Investigações Filosóficas*, Tradução de José Carlos Bruni, São Paulo: Abril Cultural, 1975.