

André Luiz Souza Coelho

**A GÊNESE LÓGICA DO SISTEMA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS EM HABERMAS**

Dissertação submetida ao Programa de
Pós-Graduação em Filosofia da
Universidade Federal de Santa
Catarina para a obtenção do Grau de
Mestre em Filosofia.

Orientador: Prof. Dr. Delamar José
Volpato Dutra

Florianópolis
2012

André Luiz Souza Coelho

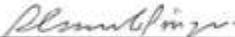
A GÊNESE LÓGICA DO SISTEMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM HABERMAS

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Filosofia e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal de Santa Catarina.



Prof. Dr. Alessandro Pinzani
Coordenador do Programa de
Pós-Graduação em Filosofia da UFSC

Banca Examinadora:



Prof. Dr. Alessandro Pinzani
Presidente – UFSC

Prof. Dr. Delamar José Volpato Dutra
Orientador – UFSC



Prof. Dr. Dentilson Luis Werle
Membro – UFSC



Prof. Dr. Milene Consenso Fontello
Membro – UFSC



Prof. Dr. Raciun Soares de Melo
Membro – UNFESP

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Coelho, André Luiz Souza
A Gênese Lógica do Sistema de Direitos Fundamentais em
Habermas [dissertação] / André Luiz Souza Coelho ;
orientador, Delamar José Volpato Dutra - Florianópolis, SC,
2012.
160 p. ; 21cm

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Programa
de Pós-Graduação em Filosofia.

Inclui referências

1. Filosofia. 2. Jürgen Habermas. 3. Direitos
Fundamentais. 4. Direito e Moral. 5. Teoria Crítica. I.
Dutra, Delamar José Volpato. II. Universidade Federal de
Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Filosofia. III.
Titulo.

Este trabalho é dedicado a todos que, direta ou indiretamente, contribuem diariamente para o esclarecimento e a emancipação da humanidade.

AGRADECIMENTOS

Primeiro, alguns agradecimentos de ordem pessoal. Meus pais, claro, porque me deram o sustento, a educação escolar e a formação moral que me permitiram chegar até aqui. Toda uma cadeia de professores e colegas que vão da escola até a pós-graduação e que contribuíram em medida maior ou menor para o meu aprendizado. Meus amigos, sobretudo Alessandra Genú, Débora Aymoré, Fernanda Costa, Gisele Gato, Davi Silva e Loiane Verbicaro, que têm sido como irmãos para mim ao longo desta vida e aos quais terei sempre alguma medida em que agradecer por esta e por todas as conquistas que obtiver.

Agora, alguns agradecimentos de ordem mais acadêmica. Em primeiro lugar, professores. Começamos a ter contato com Habermas na experiência do mestrado em Direito (que não chegamos a concluir) na Universidade Federal do Pará, onde a orientação sempre firme, presente, generosa e esclarecedora da Profa. Dra. Ângela Maroja contribuiu para formar uma compreensão da teoria ética, política e jurídica de Habermas à luz de uma reinterpretação democrática e intersubjetivista de Kant que ainda hoje informa nossa leitura dos dois autores. Sem as sessões de estudo dos textos que ela proporcionava aos orientandos no espaço de sua casa e sem sua fiscalização de nossos desvios de compreensão, não teríamos sido capazes de apreender um autor tão prolífico e complexo.

Já na experiência do mestrado em Filosofia na Universidade Federal de Santa Catarina, os Profs. Drs. Delamar Dutra, Alessandro Pinzani e Denílson Werle foram influências constantes e interlocutores essenciais para o amadurecimento de nossa compreensão de Habermas. Não pode haver agradecimento bastante para a disponibilidade de tempo e para os inúmeros auxílios teóricos, bibliográficos e acadêmicos que estes professores nos prestaram e que nos ajudaram a chegar ao fim desta etapa de nossa jornada intelectual. Enquanto o Prof. Delamar nos fez ver a teoria do direito de Habermas em constante diálogo com Kant, Rawls e com a filosofia do direito, os Profs. Alessandro e Denílson sempre fizeram questão de situar o autor no quadro da tradição da Teoria Crítica, dualidade que claramente se reflete em nosso modo de ler os textos de Habermas. No caso dos Profs. Delamar e Alessandro, inclusive, gostaríamos de reforçar que, se as referências contidas na dissertação aos textos que eles escreveram são praticamente todas críticas, é porque as divergências de nossa compreensão em relação a deles são em número contável e pontuável, enquanto as convergências são tantas a ponto de ser impossível sequer assinalá-las.

Em segundo lugar, alguns colegas. Ainda durante a experiência do mestrado em Direito, devo muito do refinamento de minha compreensão de Habermas ao diálogo sempre inspirador, consistente e revigorante com a amiga Profa. Ms. Gisele Fontes, sempre preocupada com questões políticas, sociais e jurídicas concretas que me forçavam a aprimorar os argumentos no nível abstrato e normativo. Depois disso, o diálogo também sempre constante e desafiador com o amigo Prof. Ms. Davi Silva, desde quando fomos professores da mesma instituição na Faculdade de Castanhal (FCAT) até hoje, quando somos colegas de pós-graduação na Universidade Federal de Santa Catarina, sempre me chamou atenção para aspectos não percebidos dos textos e para direções e interpretações possíveis dos argumentos.

Também nesta mesma lista devem ser inclusos os participantes do Grupo de Estudos Habermas e Teoria Crítica, grupo de estudos que reúne professores e alunos interessados no pensamento de Habermas, que começamos em Belém ainda em 2009 e que dura até hoje, com reuniões parte presenciais, parte virtuais. O grupo conta desde sua formação com a participação do Prof. Ms. Davi Silva, da Profa. Ms. Alessandra Genu, e da Bel. Fernanda Costa, reforçada pela entrada mais recente da Profa. Dra. Maria Eugênia Bunchaft e da Dra. Dilneia Couto. Os estudos que as reuniões deste grupo proporcionaram, em especial da Teoria da Ação Comunicativa, de Habermas, foram fundamentais para aprofundar nossa compreensão do autor. Da mesma forma, é importante mencionar o outro Grupo de Estudos de Habermas, que iniciamos em 2010 em Florianópolis, com participação de colegas da graduação e da pós-graduação e intervenções pontuais dos professores do programa. Tais experiências em grupo foram também essenciais para a jornada que tem aqui, na conclusão desta dissertação, um marco importante.

Por fim, também importante foi nossa experiência como professor de Filosofia do Direito no Centro Universitário do Pará (CESUPA), de que somos ainda membro do quadro docente, apenas que temporariamente licenciado. A interlocução sempre amistosa com os colegas Profs. Drs. Sandro Alex Simões, Bárbara Dias, Paulo Klautau Filho, Loiane Verbicaro e Jean Carlos Dias, bem como a oportunidade de aprendizado que foi a orientação de alunos como Sérgio Mendes Filho, Diego Mascarenhas, Cleyton Belmiro e Fernanda Costa sempre serviram de incentivo à continuidade e ao aprofundamento dos estudos não apenas em Habermas, mas inclusive em Habermas. Daí que queira estender essa menção também a estas pessoas.

O colapso do socialismo de Estado e o final da “guerra civil mundial” colocaram em evidência a falha teórica do partido fracassado: descobriu-se que ele confundira o projeto socialista com o esboço – e a imposição forçada – de uma forma de vida concreta. Todavia, se entendermos “socialismo” como protótipo de condições necessárias para formas de vida emancipadas, sobre as quais os *próprios* participantes precisam entender-se preliminarmente, não é difícil verificar que a auto-organização democrática de uma comunidade jurídica forma o núcleo normativo deste projeto.

(Jürgen Habermas, 1992)

RESUMO

O trabalho explica os vários elementos envolvidos no argumento da gênese lógica do sistema de direitos fundamentais, no Capítulo III da obra *Direito e Democracia* (1992), de Habermas. Dedicando-se à reconstrução da autocompreensão normativa das ordens jurídicas modernas, Habermas trata do tema do sistema de direitos fundamentais, usando dos conceitos e meios da teoria do discurso para fornecer uma concepção dos direitos fundamentais que integre, em primeiro lugar, direitos subjetivos e direito objetivo, em segundo lugar, autonomia privada e autonomia pública e, em terceiro lugar, direitos humanos e soberania popular. Após a Introdução no Capítulo 1, o Capítulo 2 do trabalho sumariza os vários pontos daquele capítulo da obra, na ordem e com os argumentos com que se encontra no texto. Em seguida, do Capítulo 3 ao Capítulo 7, trata do que identifica como sendo as quatro principais linhas argumentativas do texto de Habermas, a saber, a forma jurídica (Capítulo 3), a concepção de direitos e de legislação (Capítulo 4), a relação entre direito e moral (Capítulos 5 e 6) e o argumento propriamente da gênese lógica do sistema de direitos fundamentais (Capítulo 7). O Capítulo 8 compara este argumento de *Direito e Democracia* com alguns textos posteriores em que a temática volta a ser tratada e o Capítulo 9 apresenta uma breve conclusão ao trabalho.

Palavras-chave: Jürgen Habermas. Direitos Fundamentais. Direito. Moral. Teoria do Discurso. Reconstrução Racional. Gênese Lógica.

ABSTRACT

This work explains the various elements involved in Habermas's argument of the logical genesis of a system of basic rights in Chapter III of *Between Facts and Norms* (1992). On dealing with the reconstruction of the normative self-understanding of modern legal orders, Habermas addresses the issue of the system of basic rights, working with concepts and means of his discourse theory in order to provide a conception of basic rights capable of integrate, first, subjective rights and objective law, second, private and public autonomy and, third, human rights and popular sovereignty. After the Introduction in Chapter 1, Chapter 2 of this work summarizes various points of that chapter of the book, in the same sequence and with the same arguments one can find in the very text. Next, from Chapter 3 to Chapter 7, it develops what it identifies as the main four argumentative lines of Habermas's text, namely: the legal form (Chapter 3), the conceptions of right and law (Chapter 4), the relation of law and morality (Chapter 5 and 6) and the very argument of the logical genesis of a system of basic rights (Chapter 7). Chapter 8 compares that argument in *Between Facts and Norms* with some more recent texts where the issue is addressed again, and Chapter 9 presents a short conclusion to the whole work.

Keywords: Jürgen Habermas. Basic Rights. Law. Morality. Rational Reconstruction. Logical Genesis.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	19
1.1 Referencial Teórico	19
1.2 Tema	20
1.3 Problematização	22
1.4 Hipóteses	23
1.5 Objetivos	23
1.6 Metodologia	24
2 EXAME DO CAPÍTULO III DE <i>DIREITO E</i>	
<i>DEMOCRACIA</i>	27
3 PRIMEIRA LINHA ARGUMENTATIVA:	
FORMA JURÍDICA	37
3.1 Forma Jurídica em Kant e Habermas	37
3.2 Forma Jurídica e Relação com Mundo	
da Vida e Sistemas.....	45
3.3 Funções do Conceito de Forma Jurídica	49
4 SEGUNDA LINHA ARGUMENTATIVA: CARÁTER	
INTERSUBJETIVO DOS DIREITOS E COMUNICATIVO	
DA LEGISLAÇÃO	55
4.1 Direito Subjetivo	55
4.2 Direitos Humanos e Soberania Popular	58
4.3 Relação com a Filosofia da Consciência	61
5 TERCEIRA LINHA ARGUMENTATIVA: RELAÇÃO	
ENTRE DIREITO E MORAL (I) –	
ASPECTOS NORMATIVOS.....	65
5.1 Primeira Peça	65
5.2 Segunda Peça	73
5.3 Terceira Peça	76
5.4 Quarta Peça	83
6 TERCEIRA LINHA ARGUMENTATIVA: RELAÇÃO	
ENTRE DIREITO E MORAL (II) –	
ASPECTOS SOCIOLÓGICOS	89
6.1 Quinta Peça	89
6.2 Sexta Peça	97
6.3 Conclusão da Terceira Linha Argumentativa,	
Relativa à Relação entre Direito e Moral	110
7 QUARTA LINHA ARGUMENTATIVA: A GÊNESE	
LÓGICA DO SISTEMA DE DIREITOS A PARTIR	
DA TEORIA DO DISCURSO	113

7.1 A Conjunção entre Princípio do Discurso e Forma Jurídica	116
7.2 Os Grupos de Direitos Básicos	121
7.2.1 1º Grupo: Iguais Liberdades	121
7.2.2 2º Grupo: Status de Membro	122
7.2.3 3º Grupo: Postulação Judicial e Proteção Jurídica	124
7.2.4 4º Grupo: Participação Política	126
7.2.5 5º Grupo: Garantias Sociais, Técnicas e Ecológicas	127
7.3 Articulando as Quatro Linhas Argumentativas	130
8 COTEJO DO ARGUMENTO DE <i>DIREITO E DEMOCRACIA</i> COM TEXTOS POSTERIORES	133
8.1 Consideração Preliminar	134
8.2 “A Ideia Kantiana de Paz Perpétua – À Distância Histórica de 200 Anos”	139
8.3 “Sobre a Legitimação Através dos Direitos Humanos”	145
8.4 “O Conceito de Dignidade Humana e a Utopia Realista dos Direitos Humanos”	148
8.5 Conclusão do Capítulo	152
9 CONCLUSÃO	155
REFERÊNCIAS	159

1 INTRODUÇÃO

1.1. Referencial Teórico

O trabalho se situa no interior das concepções recentes de Jürgen Habermas a respeito do direito moderno e de seu nexos interno com a democracia. Habermas desenvolve estas ideias de modo mais sistemático na obra *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*, publicada em 1992. Nesta obra, Habermas dá prosseguimento à sua abordagem da sociedade moderna e da democracia do ponto de vista de uma teoria crítica que é também teoria do agir comunicativo, com o diferencial, em relação às obras anteriores, de servir-se desta vez do direito moderno como elemento central a partir do qual conduzir sua investigação. Habermas concebe o direito, à semelhança da linguagem, como ao mesmo tempo sempre situado contextualmente e carregado de pretensões que extrapolam todos os contextos concretos, o que cria para ele uma situação dialética que Habermas caracteriza em termos de uma tensão entre facticidade e validade. Esta concepção do direito, da tensão entre facticidade e validade e da metodologia que uma teoria crítica que é também teoria do agir comunicativo precisa assumir frente ao direito ocupa os dois primeiros capítulos da obra.

Esta tensão, por sua vez, se apresenta sob duas formas: uma tensão interna e uma tensão externa ao direito. A tensão interna é tensão entre elementos que compõem a própria estrutura do direito moderno (a chamada “forma jurídica”, ver mais abaixo), o que faz com que mesmo a reconstrução da autocompreensão normativa de ordens jurídicas modernas não possa tomar senão a forma de um esclarecimento adequado destas tensões internas. O primeiro aspecto da tensão interna, relativo ao conteúdo das normas jurídicas, é que tais normas devem ser ao mesmo tempo protetoras da liberdade e autorizadas da coerção. Na medida em que se verifica que a liberdade é protegida apenas pela coerção e a coerção é autorizada apenas para proteger a liberdade, chega-se a uma apreciação adequada deste primeiro aspecto da tensão interna. O segundo aspecto da tensão interna, relativo ao processo de produção do direito moderno, é que ele deve ser ao mesmo tempo direito positivo, isto é, criado e modificável pela vontade do legislador político, e direito legítimo, isto é, com a pretensão de ser racionalmente aceitável à luz de razões para agir. Na medida em que se verifica que apenas um procedimento democrático de positivização das leis pode liberar os agentes para obedecerem às normas seja do ponto de vista

performativo (por respeito às leis) seja do ponto de vista estratégico (para evitar a sanção), chega-se a uma apreciação adequada deste segundo aspecto da tensão interna. A reconstrução da autocompreensão normativa de ordens jurídicas modernas a partir deste duplo aspecto da tensão interna entre facticidade e validade ocupa os capítulos de III a VI da obra.

Já o aspecto externo da tensão entre facticidade e validade consiste na tensão, em nível teórico e metodológico, entre autocompreensão normativa de ordens jurídicas modernas e as teorias empíricas da democracia. Estas últimas apresentam uma imagem cética e cínica do processo democrático, como simples arena de conflito e negociação de interesses com vista à conquista, manutenção e ampliação de poder. Como uma teoria crítica tem compromisso com potenciais emancipatórios que estejam inscritos nas próprias estruturas sociais empíricas, sob pena de abraçar um ideal normativo utópico meramente especulativo, a reconstrução da autocompreensão normativa de ordens jurídicas modernas a partir do princípio do direito e da forma jurídica deve provar-se capaz de articular-se com pontos de vista empíricos e indicar motivos responsáveis para ainda acreditar no potencial emancipatório da democracia. Esta abordagem da tensão externa entre facticidade e validade no interior de uma teoria discursiva mais ampla da democracia ocupa os capítulos finais, de VII a IX, da obra.

1.2. Tema

O tema deste trabalho é a gênese lógica do sistema de direitos fundamentais no Capítulo III da obra *Direito e Democracia*, de Habermas. A gênese lógica é apresentada por Habermas como reconstrução racional das competências pelas quais os membros de uma associação de parceiros de direito, ao instaurarem uma prática de autolegislação pela qual regulem as condutas uns dos outros de modo legítimo com os meios do direito positivo, se atribuem certos direitos básicos sem os quais a faceta pública e privada da autonomia jurídica não poderia ser institucionalizada.

Os pontos de partida da gênese lógica do sistema de direitos são dois, um deles normativo e outro empírico. O ponto de partida normativo é o princípio do discurso, segundo o qual só podem pretender validade as normas que, num discurso racional, possam obter o assentimento de todos os afetados. Este princípio é visto como implícito nas práticas que visam ao entendimento recíproco entre os envolvidos,

as quais assumem importância especial no contexto de mundos da vida modernos, seculares, pós-tradicionais e racionalizados, em que a dissolução de um pano de fundo ético comum cria uma enorme demanda por legitimação discursiva dos arranjos e decisões que afetem a coordenação da ação entre indivíduos que buscam a realização de seus próprios planos de vida. Do ponto de vista de uma teoria reconstrutiva, apenas as práticas em que as competências dos atores possam ser racionalmente reconstruídas com vista a se conformarem ao princípio do discurso podem ser consideradas pela teoria como constituindo práticas sociais legítimas. Isto quer dizer que a própria ordem social, para ser ordem legítima, teria que ser pensada como uma prática de autolegislação entre parceiros livres e iguais.

Por sua vez, o ponto de partida empírico é a chamada forma jurídica, um rol de características formais típicas do direito moderno, que este desenvolveu em resposta às condições típicas de sociedades com fortes demandas tanto da parte dos mundos da vida racionalizados quanto da parte dos domínios de ação estratégica nos sistemas sociais funcionalizados. A forma jurídica do direito moderno o apresenta como sendo: (a) distribuído na forma de direitos subjetivos; (b) positivo; (c) coercitivo; e (d) carente de legitimação, do ponto de vista de sua aceitabilidade racional. Como o direito moderno assume o papel de medium de integração social e código de institucionalização de todas as componentes de uma ordem social legítima. Isto quer dizer que, além de ser uma prática de autolegislação entre parceiros livres e iguais, a ordem social teria que ser uma prática de autolegislação submetida ao medium do direito moderno, assumindo, assim, todas as feições derivadas da submissão à forma jurídica. Portanto, tornando-se uma prática de autolegislação numa associação de parceiros de direito, que se governam democraticamente com os meios do direito positivo.

Da conjugação entre princípio do discurso e forma jurídica Habermas pretende extrair, como condição para a legitimidade da prática de autolegislação numa associação de parceiros de direito, uma lista de direitos básicos insaturados que contemple tanto a proteção da autonomia privada quanto o exercício da autonomia pública. Tais direitos insaturados teriam que sofrer uma configuração concreta por obra dos cidadãos reunidos na forma de legislador político histórico. Esta lista de direitos básicos insaturados seria o resultado do autoesclarecimento entre os cidadãos sobre as implicações de se servirem da linguagem dos direitos subjetivos, linguagem esta a que nenhuma realização concreta do princípio do discurso pode renunciar,

sob pena de não estar enraizada nas condições sociais concretas de sociedades modernas. Já a configuração concreta destes direitos resultaria nos diversos sistemas de direitos fundamentais que funcionam como espinhas dorsais dos ordenamentos jurídicos modernos.

1.3. Problematização

São problemas a serem abordados por este trabalho:

- A fundamentação dos direitos básicos: Mesmo sendo o principal tema do Cap. III de *Direito e Democracia*, pode ainda restar dúvida quanto a qual é o fundamento dos direitos básicos em Habermas. Como o argumento da gênese lógica é na verdade uma reconstrução racional, a questão deixa de ser qual o fundamento e passa a ser quais os elementos a partir dos quais uma abordagem reconstrutiva do sistema de direitos pode sustentar sua legitimidade;

- A relação entre direito e moral: Habermas diferencia o direito da moral em aspectos tanto normativos quanto sociológicos, e estabelece uma relação entre ambos de complementaridade em sentido funcional e substantivo. Isto cria um cenário obscuro em que é necessário sustentar qual é, afinal, de contas a relação entre direito e moral que de fato resulta do Cap. III de *Direito e Democracia*;

- A relação do argumento da gênese lógica dos direitos com as demais questões abordadas no Cap. III de *Direito e Democracia*: Habermas antecede o argumento da gênese lógica da discussão de vários outros tópicos, como a relação entre direito subjetivo e objetivo na dogmática civil, a relação entre direitos humanos e soberania popular na tradição do direito racional, a separação entre questões de autodeterminação e de autorrealização e a relação entre direito e moral em sociedades modernas, havendo também certa obscuridade sobre o modo como todos estes temas se articulam.

- A comparação entre o argumento da gênese lógica dos direitos de *Direito e Democracia* com abordagens dos direitos humanos em obras posteriores de Habermas: O modo como Habermas, nos textos sobre direitos humanos em nível internacional, não se socorre novamente do argumento da gênese lógica e aproxima muito mais os direitos humanos da moral, embora mantendo-os jurídicos, gera certa dúvida sobre se direitos fundamentais no âmbito interno e direitos humanos no âmbito externo são ou não a mesma e se o argumento da gênese lógica não teria sido substituído por fundamentações mais abertamente morais na obra mais recente de Habermas.

1.4. Hipóteses

São hipóteses levantadas para resolver os problemas referidos:

- Que, devidamente conjugados entre si, o princípio do discurso e a forma jurídica são os elementos a partir dos quais uma abordagem reconstrutiva do sistema de direitos pode sustentar sua legitimidade;

- Que a relação entre direito e moral que de fato resulta do Cap. III de *Direito e Democracia* é uma em que a diferenciação sociológica entre sistema de símbolos e sistema de ação implica a complementação funcional do direito em relação à moral, assim como a diferenciação normativa entre moral universalista e direito positivo implica a complementação substantiva da moral para a formação do direito legítimo.

- Que o argumento da gênese lógica do sistema de direitos exige antes um esclarecimento de como os recursos da teoria do discurso podem superar as aporias a que levavam a herança do jusnaturalismo e as premissas da filosofia da consciência, redimensionando a relação entre direito e democracia de um lado e entre direito e moral de outro, de modo a mostrar que o sistema de direitos resulta da própria compreensão discursiva de uma prática de autolegislação com os meios do direito positivo.

- Que direitos fundamentais e direitos humanos são os mesmos direitos, apenas com condições de sua institucionalização nos âmbitos interno e internacional, e que as aproximações dos direitos com a moral jamais ocorrem no contexto de argumentos de fundamentação dos direitos, e sim de ênfase em seu conteúdo universalista ou em sua capacidade de dar cabimento a um aprendizado com as injustiças.

1.5. Objetivos

São objetivos deste trabalho:

- Destacar o papel central desempenhado pelo princípio do discurso e pela forma jurídica na reconstrução racional da legitimidade do sistema de direitos à luz de uma teoria crítica que adota o ponto de vista de uma teoria do agir comunicativo;

- Destacar os múltiplos aspectos de diferenciação e de complementaridade entre direito e moral no que se refere aos direitos fundamentais;

- Esclarecer o argumento da gênese lógica do sistema de direitos no Capítulo III de *Direito e Democracia* a partir de sua articulação com as outras linhas argumentativas desenvolvidas por Habermas no mesmo capítulo;

- Contrastar o argumento da gênese lógica do sistema de direitos no Capítulo III de *Direito e Democracia* com abordagens dos direitos humanos em obras posteriores de Habermas.

1.6. Metodologia

A pesquisa empreendida foi de tipo bibliográfico, consistindo numa exegese do texto de Habermas em interação com seus comentadores. O resultado da pesquisa ficou disposto da seguinte maneira.

O segundo capítulo é uma exposição de natureza puramente descritiva e sumária dos conteúdos abordados em cada uma das partes do Capítulo III de *Direito e Democracia*. Esse resumo de tópicos tem dois propósitos. O primeiro é expositivo: trata-se de colocar na mesa as peças do quebra-cabeça com que vamos lidar de então em diante, com a ordem e o conteúdo com que aparecem no texto. Nesta comparação, os cinco capítulos seguintes de nossa dissertação, ou seja, os capítulos de 3 a 7, seriam a montagem dessas peças segundo as linhas de debate que tomamos como mais relevantes para o argumento central. O segundo propósito do resumo de tópicos que colocamos no segundo capítulo da dissertação é de descarga argumentativa: Ele dá alguma presença no texto da dissertação a temas a que, embora compondo o elenco de teses do Capítulo III de *Direito e Democracia*, não daremos igual atenção e tratamento nos capítulos seguintes da dissertação. Como os tomamos como não sendo importantes o bastante para merecerem um tratamento à parte, mas os consideramos não desimportantes o bastante para serem simplesmente omitidos sem nenhuma explicação, seu lugar natural em nosso texto passa a ser esse grande resumo que se encontra em nosso segundo capítulo.

Os capítulos de 3 a 7 da dissertação são seu núcleo temático. São cinco capítulos ao longo dos quais expomos o que consideramos serem as quatro linhas argumentativas principais do Capítulo III de *Direito e Democracia*: No Capítulo 3, expomos a primeira linha argumentativa, relativa à forma jurídica; no Capítulo 4, a segunda linha argumentativa, relativa aos problemas de compreensão dos direitos subjetivos na dogmática jurídica civilista alemã e de compreensão da relação entre

direitos humanos e soberania popular na tradição do direito racional; a terceira linha argumentativa, relativa à relação entre direito e moral, ocupa dois capítulos: no Capítulo 5, tratamos da primeira parte da relação entre direito e moral, concentrando-nos em aspectos normativos, enquanto, no Capítulo 6, tratamos da segunda parte daquela relação, concentrando-nos, agora, nos aspectos sociológicos; finalmente, no Capítulo 7, para o qual tudo antes era preparatório, expomos a gênese lógica do sistema de direitos, que tomamos como a quarta linha argumentativa do Capítulo III de *Direito e Democracia* (e usamos também um texto da coletânea Era de Transições como explicação complementar).

No Capítulo 8 fazemos um cotejo da reconstrução racional do sistema de direitos em *Direito e Democracia* com abordagens dos direitos humanos que se encontram em textos posteriores de Habermas, a fim de mostrar que, apesar das novidades e acréscimos destes textos e apesar das frequentes tensões que suas afirmações criam com o argumento de *Direito e Democracia*, este último permanece intacto como a posição ainda atual de Habermas acerca da natureza e da fundamentação dos direitos humanos. Reservamos ao Capítulo 9, como era de esperar por ser o último, uma breve conclusão do trabalho.

2 EXAME DO CAPÍTULO III DE *DIREITO E DEMOCRACIA*

Ganhemos primeiro uma visão geral do terreno a ser explorado, mediante um resumo descritivo dos assuntos contidos em cada item do texto. O referido Capítulo III é formado de oito partes, a saber:

(0) **Introdução:**

Anuncia que, após as considerações propedêuticas dos dois primeiros capítulos, quando pôde introduzir a categoria do Direito moderno pelo ponto de vista da teoria do agir comunicativo, se dedicará, nos quatro capítulos seguintes, incluindo este, a reconstruir a autocompreensão das ordens jurídicas modernas, começando por sua primeira característica formal, ou seja, serem distribuídas na forma de direitos subjetivos. Desse modo, justifica começar essa reconstrução pelo chamado “sistema de direitos”, quer dizer, os direitos que os cidadãos têm que atribuir uns aos outros caso queiram regular legitimamente sua convivência com os meios do direito positivo.

Explica que, conforme se viu no primeiro capítulo, o conceito de direito subjetivo é central para o Direito moderno, pois corresponde ao conceito de liberdade de ação subjetiva e define liberdades de ação iguais para todos os sujeitos de direito. O próprio conceito de lei geral e abstrata, na medida em que garante a todos as mesmas liberdades de ação, apenas explicita a ideia do igual tratamento que já está contida no conceito de direito subjetivo.

Do ponto de vista das exigências funcionais de uma sociedade complexa (aspecto sistêmico), tal característica explica por que o Direito moderno se presta bem à integração social de sociedades econômicas que dependem de decisões estratégicas e descentralizadas de agentes individuais. Mas, do ponto de vista das condições precárias de integração social por meio do entendimento (aspecto simbólico), tais direitos precisam de legitimação racional. Se o Direito moderno estabelece um sistema de direitos por meio das leis e se estas obtêm legitimidade a partir de processos de autolegislação democrática, então, os direitos que garantem aos cidadãos o exercício de sua autonomia política devem explicar o paradoxo do surgimento da legitimidade a partir da legalidade. Ou seja, a legitimidade dos direitos subjetivos deve poder ser explicada pela soberania popular.

Mas essa relação sempre foi problemática, tanto na dogmática jurídica, incapaz de articular adequadamente direito subjetivo e direito objetivo, quanto na tradição do direito racional, incapaz de encontrar o

nexo entre direitos humanos e soberania popular. Em ambos os casos, o problema se explica tanto pela fundamentação em premissas da filosofia da consciência quanto pela influência da herança metafísica do direito natural, ou seja, pela subordinação do direito positivo ao direito natural ou moral.

(I.1) Retrospectiva sobre o conceito de direito subjetivo:

Toma a história da dogmática civilista alemã como fio condutor para a demonstração das dificuldades recorrentes dos juristas de articular direito subjetivo e objetivo adequadamente.

Começa por Savigny e Puchta, os quais, sob influência da filosofia do direito idealista, quer dizer, das doutrinas do Direito herdeiras de Kant, concebem o direito subjetivo como espaço de dominação independente da vontade e dão a ele uma legitimação pré-jurídica, isto é, moral. Nesse caso, os direitos subjetivos são direitos negativos que protegem espaços de ação individual contra intervenções indevidas na liberdade, na vida e na propriedade.

Mas, quando a filosofia idealista perde crédito e se rompe o laço entre autonomia privada do sujeito de direito e autonomia moral da pessoa, o conceito de direito subjetivo cai na malha do positivismo jurídico e passa a ser, em vez de legitimado prejudicialmente pela moral, assegurado faticamente pela força da sanção estatal. Windscheidt e Ihering seriam duas etapas de uma progressiva naturalização positivista do conceito de direito subjetivo que atinge sua culminância com Kelsen, que não apenas o reduz a determinações do direito objetivo como também dissolve o próprio conceito de pessoa natural numa pura ficção do Direito, dando a ambos uma interpretação puramente funcionalista.

Essa alternativa entre legitimação moral dependente da filosofia idealista e ausência de legitimação numa interpretação funcionalista dos direitos apresenta os polos entre os quais oscila o pêndulo da dogmática jurídica.

A única tentativa de escapar daquela alternativa, representada pela concepção de direitos subjetivos em Raiser, parte da intuição adequada de que é preciso dar a tais direitos uma dimensão intersubjetiva, mas, ao associar essa intuição com a ideia de conceber tais direitos como sendo também associativos e prestacionais, não alcança o nível necessário de abstração e acaba por tomar como novo conceito de direito subjetivo o que no fundo é apenas a nova interpretação dos direitos sob o paradigma do Estado social.

(I.2) Exposição sobre o nexó problemático entre princípio do direito e princípio da democracia em Kant:

Caracteriza o projeto kantiano como reação ao fracasso do projeto de Hobbes. Para Kant, Hobbes era antes o teorizador de um estado constitucional burguês sem democracia que um apologista do absolutismo desenfreado. Hobbes quis encontrar uma legitimação para o Estado não do ponto de vista interno a uma ordem jurídica constituída (a partir de direitos subjetivos e processos democráticos), mas a partir do processo de constituição do Estado, tornando-o legítimo de um só golpe em razão dos motivos de seu surgimento. Ao representar a dominação constituída juridicamente como manutenção de um sistema de egoísmo ordenado preferido por todos, o problema da legitimação do Estado se resolveria, na medida em que desapareceria.

Se bastasse a prova *ex post*, Hobbes poderia recorrer à experiência de cidadãos já acostumados a ter seus interesses protegidos por uma ordem jurídica constituída. Mas a decisão pela implantação de uma tal ordem precisa poder ser explicada também do ponto de vista dos indivíduos não socializados do estado de natureza. Assim, Hobbes recorre à figura do contrato pelo qual os indivíduos renunciam às liberdades naturais em nome de liberdades civis, constituindo uma pessoa ou conjunto de pessoas como guardião absoluto da ordem civil que mantém essas liberdades.

Haveria, contudo, dois problemas nesse recurso. A perspectiva da primeira pessoa, única de que indivíduos não socializados egoístas poderiam se servir, não permitiria nem que se colocassem uns no lugar dos outros para entender a relação contratual, nem que fossem capazes de visualizar o que seria do igual interesse de todos. Para isso, precisariam ser dotados de razão prática e capazes de assumir perspectiva moral uns em relação aos outros.

Kant reage ao fracasso daquele projeto de três formas distintas: munindo os sujeitos contratantes de razão prática, procurando uma legitimação no interior da ordem jurídica constituída e reformando a ideia de contrato de modo a criar um nexó entre princípio do direito e princípio da democracia. Concebe o contrato social como um tipo *sui generis* de contrato, um tipo que não tem conteúdo especial, mas apenas estipula as condições sob as quais uma ordem legítima pode obter validade, isto é, assegura a todos o direito humano, único e primordial, a iguais liberdades de ação subjetiva.

Contudo, tal direito precisa se diferenciar num sistema de direitos, a ser configurado por leis públicas, que só podem pretender legitimidade enquanto atos da vontade pública dos cidadãos autônomos e unidos. Haveria, assim, um nexos entre princípio da moral (que, partindo da autonomia moral de cada indivíduo, assegura o direito humano primordial a iguais liberdades), princípio do direito (o direito humano primordial, fundamentado moralmente, que precisa se diferenciar nos termos de um sistema de direitos) e princípio da democracia (que fornece os processos de legislação que configuram legitimamente esse sistema de direitos). Mas a relação entre princípio do direito e princípio da democracia permanece não esclarecida, pois o primeiro parece ser apenas outra face do segundo.

(I.3) Excurso sobre a especialização de questões de autodeterminação e de autorrealização nas sociedades modernas:

Parte do cenário medieval do jusnaturalismo aristotélico-tomista cristão e mostra como sua dissolução levou à separação entre, de um lado, discursos de autorrealização, seja na dimensão histórico-biográfica individual seja na histórico-cultural coletiva, e, de outro lado, discursos de autodeterminação, seja na dimensão individual da moral universalista seja na política da soberania popular.

A visão de mundo fundada no jusnaturalismo aristotélico-tomista cristão teria inspirado um ethos da sociedade global capaz de manter por muito tempo a unidade tanto no nível vertical dos componentes do mundo da vida (o saber cultural no plano da *cultura*, as instituições sociais no plano da *sociedade* e os motivos e orientações da ação no plano da *personalidade*) quanto no nível horizontal das ordens legítimas (ética, política e direito) das sociedades tradicionais.

Contudo, sob a pressão do processo de racionalização do mundo da vida, rompe-se esse nexos abrangente e cada um daqueles elementos passa a ser submetido à reflexão e problematização, gerando em resposta tipos distintos de discurso, ocupados com tipos distintos de problemas. De um lado, as preocupações com autenticidade e vida não fracassada no aspecto individual, bem como com a continuidade ou ruptura com tradições e formas de vida coletivas, são tratadas a partir de discursos de autorrealização. De outro lado, as preocupações com orientações universalistas capazes de manter as bases normativas da convivência, mesmo diante dos desafios do individualismo dos projetos de vida individuais e do pluralismo de formas de vida coletivas, são tratadas por discursos de autodeterminação, especializados na forma de

moral universalista de princípios no aspecto individual e de autolegislação democrática no aspecto coletivo.

Isso implica, no escalão superior da *cultura*, uma concorrência entre o ideal de sociedade solidária com tradições reflexivas e o ideal de sociedade justa com tratamento igualitário e, no escalão inferior da *personalidade*, entre o ideal expressivista de autorrealização e a ideia dentológica de *liberdade*, concorrências ambas que pressionam o escalão intermediário da sociedade, especialmente a ordem jurídica, a ser capaz de promover justiça sem comprometer solidariedade e igualdade sem comprometer liberdade.

(I.4) Exposição das deficiências complementares entre as abordagens de Kant e de Rousseau da cooriginariedade entre autonomia pública e autonomia privada:

Ressalta que os direitos humanos e a soberania do povo são os dois conceitos nos quais as ordens jurídicas e políticas das sociedades modernas ainda podem buscar legitimação. Faz referência brevemente ao debate recente (à época) entre liberais e republicanos nos EUA, mostrando que ali tanto um lado quanto o outro tendem a conceber os direitos humanos em termos de autodeterminação moral e a soberania popular em termos de autorrealização ética. Nesse caso, os dois conceitos são pensados como concorrentes. Pretende, contudo, tratar de Kant e Rousseau exatamente na medida em que nestes dois autores se tenta atingir o sentido de complementariedade e cooriginariedade entre direitos humanos e soberania popular.

Tenta-se, mas, segundo explica, não se consegue. Kant, apesar da anteriormente citada referência à necessidade de que o direito humano único e primordial seja desenvolvido na forma de um sistema de direitos por obra de uma legislação pública, acaba por desenvolver um sistema de direitos privados subjetivos de base moral pré-política e sem qualquer conexão com o processo de autolegislação dos cidadãos. Para Kant, isso não entrava em concorrência com a soberania do povo, porque aqueles direitos eram tais que seria de esperar que ninguém jamais quisesse usar de leis gerais e abstratas para subtraí-los, pois isso significaria privar-se a si mesmo de parte substantiva de sua liberdade exterior.

Rousseau, por sua vez, sobrecarregou a comunidade política de exigências éticas, sem, no entanto, fornecer-lhe nenhum verdadeiro ponto de vista moral com o qual julgar entre posições éticas concorrentes, e dissolveu o indivíduo num macro-sujeito povo, sem lhe

assegurar seu espaço de independência e liberdade em relação à comunidade como um todo e em especial à soberania do povo. Para Rousseau, isso não entrava em concorrência com os direitos humanos, porque, sendo as leis gerais e abstratas, esta sua gramática funcionaria, sozinha, como proteção suficiente contra possíveis danos da comunidade ao indivíduo, pois o dano que se infligisse a um se infligiria a todos, isto é, se infligiria a si mesmo. Percebe-se, assim, que Kant acaba dando ao seu projeto um tom mais liberal, enquanto Rousseau dá ao seu um tom mais republicano.

Primeiro esclarece que a ideia de igualdade entre os cidadãos é intuída, mas apenas intuída, na ideia rousseauiana de leis gerais e abstratas, pois na verdade nada se pode inferir sobre o conteúdo de uma norma a partir do seu caráter lógico-semântico, apenas a partir de sua aceitabilidade racional dum ponto de vista estritamente pragmático. Depois, atribui as falhas de ambas as teorias em seu enraizamento na filosofia da consciência, a qual fornece um marco conceitual em que o micro-sujeito indivíduo ou o macro-sujeito povo são as únicas duas bases concretas a que se pode atribuir processos de autodeterminação, autorrealização e aprendizado. O mesmo não se daria se se partisse, em vez, da ideia de discurso e do potencial racionalizador das idealizações contidas nas pretensões de validade da linguagem.

(2.1) Explicação da diferenciação discursiva entre moral e direito, a partir de duas versões diferentes e especializadas do princípio do discurso:

Propõe que, no nível pós-metafísico de fundamentação, normas morais e normas jurídicas se diferenciam a partir da eticidade tradicional. Kant havia tentado obter a obrigação jurídica a partir da obrigação moral por via de uma redução, mas assim ainda se perpetua a imagem platônica de uma ordem jurídica duplicada em natural e positiva.

Para uma abordagem satisfatória da diferença entre direito e moral, é preciso recorrer a uma formulação extremamente abstrata e ainda moralmente neutra do princípio do discurso, anterior à sua especialização para o discurso moral e para o jurídico, capaz de assegurar apenas o sentido de imparcialidade nas questões práticas em geral. Essa formulação, chamada princípio D, apenas prevê que normas são válidas na medida em que possam receber assentimento de todos os afetados num discurso racional.

O princípio de universalização, ou princípio U, seria uma especialização do princípio D ao nível de sua constituição interna, pois fixaria um tipo específico de argumentação (a saber, aquele em que todas as consequências previsíveis da obediência geral a uma norma para os interesses de cada um dos afetados são levadas em conta e aprovadas por todos), enquanto o princípio da democracia, ou princípio De, seria uma especialização do princípio D ao nível de sua institucionalização externa, pois fixaria um esquema institucional através do qual o discurso racional teria que se realizar (a saber, através de um processo jurídico de normatização discursiva).

(2.2) Proposta da tese da complementação funcional que o direito positivo oferece à moral racional:

Faz novamente uma referência à definição do Direito em contraste com a moral que se encontra em Kant e afirma que se afasta dessa estratégia em dois sentidos: na medida em que não considera que a forma do Direito possa ser fundamentada normativamente, mas apenas explicada de um ponto de vista sociológico e funcional; e na medida em que vê as diferenças entre o direito positivo e a moral racional não em termos de redução desta última ao nível de legalidade e exterioridade do primeiro, mas sim em termos de complementação dos déficits funcionais da última por parte do primeiro.

Aponta três déficits da moral racional: o cognitivo, o motivacional e o organizativo. O déficit cognitivo consiste na verdade em dois déficits distintos: o primeiro é que a moral racional, sendo uma moral de princípios, e não um catálogo detalhado e exaustivo de regras, não é capaz de fornecer ao indivíduo orientação concreta sobre como agir em conflitos de ação que ultrapassam os limites da conduta cotidiana e já padronizada, casos em que o direito positivo, na medida em que se desdobra numa legislação pormenorizada e sistemática, se mostra superior na capacidade de informar ao indivíduo sobre qual curso de ação tomar; o segundo déficit contido no déficit cognitivo é que a aplicação adequada de princípios abstratos a casos concretos frequentemente exige um levantamento e avaliação exaustiva das circunstâncias de fato, bem como um exame das possíveis consequências da adoção de normas alternativas de decisão, tarefa para a qual o direito positivo, na medida em que dispõe de uma dogmática jurídica especializada e de um aparelho judiciário organizado, está em posição muito mais favorável que o indivíduo que se orienta por princípios da moral racional.

O déficit motivacional também se desdobra em dois déficits distintos: o primeiro consiste no fato de que a moral racional, sendo um sistema de símbolos, mas não um sistema de ação, não se encontra no caso padrão devidamente ancorada nos motivos de personalidade de indivíduos que se tornaram fortemente orientados em função do sucesso dos próprios planos de vida, circunstância em relação à qual o direito positivo apresenta a vantagem de liberar o indivíduo de motivações especiais, na medida em que se concentra na simples conformidade da conduta à norma, e de ser não apenas um sistema de símbolos situado no nível do saber cultural, mas também um sistema de ação situado no nível das instituições dotadas de poder de coerção, o qual compensa possíveis déficits de motivação dos indivíduos para agirem em conformidade com o direito na medida em que permite que eles adotem em relação às normas não apenas a perspectiva performativa de quem as obedece por serem legítimas, mas também a perspectiva estratégica de quem as obedece para evitar a aplicação de sanções; o segundo déficit em que o déficit motivacional se desdobra diz respeito ao elemento da imputabilidade, pois a moral racional, na medida em que supõe um compromisso que todos os indivíduos assumem ao mesmo tempo com normas universais, se vê numa situação desfavorável para cobrar de cada indivíduo que ele cumpra com deveres que não estejam sendo observados também por boa parte dos outros indivíduos, dificuldade que não existe para o direito positivo, na medida em que este assegura o mínimo de eficácia necessário para a imputabilidade de cada ação desviante.

Finalmente, o déficit organizativo se apresenta sempre que o indivíduo, inspirado por princípios da moral racional, se vê diante de deveres que ultrapassam a capacidade de resolução de sua ação concreta individual, como a eliminação da miséria ou a preservação do ambiente, casos em que apenas o direito positivo, que é, como sistema de ação, capaz de criar e mobilizar as instituições e orientar ações coletivas de grande escala, oferece alternativas genuínas de solução dos problemas.

(3) Explicação da fundamentação discursiva dos direitos humanos e do papel do sistema de direitos para solução do paradoxo do surgimento da legitimidade a partir da legalidade:

Explica que, uma vez que a legitimidade das normas jurídicas depende de sua conexão com um tipo de soberania popular que realiza o princípio do discurso por meio do princípio da democracia e uma vez que o princípio da democracia implica necessariamente o uso da forma

do direito como *medium* do processo de autolegislação, disso resulta que uma comunidade que queira se autogovernar democraticamente tem que assegurar certas condições sem as quais seria impossível o uso da forma do direito.

A comunidade que se autogoverna tem que se converter num juriconsórcio de cidadãos livres e iguais, o que implica, entre outras coisas, responder à questão, que deriva da própria forma do direito, sobre quais são os direitos que os cidadãos precisam necessariamente se atribuir uns aos outros se quiserem regular legitimamente a sua convivência por meio do direito positivo.

Propõe uma lista de quatro grupos principais e um grupo complementar de direitos em estado insaturado, isto é, ainda não devidamente concretizados, preenchidos e limitados na forma de normas positivas de um legislador político. Cada um dos quatro grupos principais de direitos resulta de uma das características formais do direito moderno: Do fato de que o direito moderno se distribui na forma de direitos subjetivos que asseguram um espaço de iguais liberdades de ação resulta o primeiro grupo de direitos, que consiste no direito ao maior sistema possível de liberdades iguais para todos os cidadãos; do fato de que o direito moderno é positivo e, por conseguinte, válido nos limites de uma comunidade concreta localizada no tempo e no espaço, resulta o segundo grupo de direitos, que consiste no direito à pertença como membro a certo Estado; do fato de que o direito moderno é coercivo e, por conseguinte, pode ser aplicado contra resistência ou desobediência por meio da força estatal organizada, resulta o terceiro grupo de direitos, que consiste no direito a recorrer a uma instância judiciária organizada para fazer valer os direitos reconhecidos na ordem jurídica, bem como de se ver devidamente protegido contra possíveis aplicações arbitrárias da coerção; nos três primeiros grupos de direitos, os cidadãos levam em conta os direitos que têm que se atribuir uns aos outros na perspectiva de destinatários das normas jurídicas, enquanto a perspectiva de autores das normas é exatamente aquela que mais é levada em conta pelo quarto grupo de direitos, que consiste no direito de participação nos processos de formação da opinião e da vontade através dos quais o legislador político levará à saturação os demais grupos de direitos básicos, direito com o qual passa a estar previsto um tipo de exercício da soberania popular que é claramente complementar ao sistema de direitos, em vez de ser concorrente com ele; finalmente, é também previsto um quinto grupo de direitos, que consiste no direito de acesso a condições concretas de natureza social, econômica, cultural e

ambiental na medida em que tal acesso seja necessário para o gozo efetivo dos outros direitos elencados.

Na medida em que o quarto grupo de direitos abre caminho para a saturação dos demais grupos por obra do legislador político, impõe-se um limite para a tarefa do filósofo, que pode apenas listar grupos insaturados de direitos sem os quais o juriconsórcio entre cidadãos livres e iguais não é possível, mas não pode avançar nessa tarefa e definir também o preciso conteúdo e limite desses direitos em sua realização concreta, pois esta última responsabilidade não cabe a ele, e sim aos cidadãos mesmos, na medida em que tomem nas mãos o exercício de sua autonomia pública e a proteção de sua autonomia privada, apropriando-se à sua maneira do processo constitucional enquanto projeto histórico concreto.

Voltando ao tema do paradoxo do surgimento da legitimidade a partir da legalidade, conclui mostrando que, dada a necessidade de assumir a forma do direito como *medium* de institucionalização do sistema de direitos em geral, os direitos de participação também precisam assumir a forma de direitos subjetivos, o que implica que não podem exigir de seus destinatários um modo particular de uso desses direitos (por exemplo, com vista ao bem comum), mesmo que a conexão desses direitos com a ideia de soberania popular e de autolegislação democrática sugira aquele modo particular de uso; isso também mostra como o potencial normativo mais amplo do sistema de direitos é também depende das estruturas sociais de uma sociedade liberal acostumada à liberdade e disposta a assumir as rédeas de seu próprio destino enquanto comunidade.

3 PRIMEIRA LINHA ARGUMENTATIVA: FORMA JURÍDICA

Agora que já expusemos, na mesma forma e sequência em que Habermas os apresenta, os itens do Capítulo III de *Direito e Democracia*, com seus respectivos conteúdos resumidos, podemos nos dedicar à tarefa interpretativa de trazer à luz as linhas argumentativas que, de modo descontínuo e às vezes obscuro, são desenvolvidas ao longo daquele capítulo. Em nossa interpretação, essas linhas argumentativas são basicamente quatro: a) a primeira diz respeito à compreensão da forma jurídica e do seu papel no sistema de direitos (ponto que abordaremos no presente Capítulo 3 da dissertação); b) a segunda diz respeito à compreensão do caráter intersubjetivo dos direitos e do caráter comunicativo da legislação (ponto que abordaremos no Capítulo 4); c) a terceira diz respeito à compreensão inadequada da relação entre direito e moral, tanto de um ponto de vista normativo (ponto que abordaremos no Capítulo 5) quanto de um ponto de vista sociológico (Capítulo 6); e, por fim, d) a quarta diz respeito à compreensão inadequada da relação entre o sistema de direitos e a soberania popular (ponto que abordaremos no Capítulo 7).

3.1. Forma Jurídica em Kant e Habermas

Habermas chama *forma do direito* ou *forma jurídica* (*Rechtsform*) a um rol de características formais que atribui ao direito moderno e que, segundo ele, o distinguem tanto, no eixo horizontal sincrônico, das ordens sociais e normativas não jurídicas do próprio mundo moderno quanto, no eixo vertical diacrônico, das outras configurações típicas que o direito assumiu no passado pré-moderno. BAXTER (2011, p. 69, tradução nossa) explica que:

A outra ferramenta conceitual que Habermas introduz é a ideia da ‘forma jurídica’. Habermas parece se referir com este termo às características formais das normas jurídicas que fazem delas especificamente jurídicas, em vez de morais.

Essa tarefa de distinguir o direito moderno ao mesmo tempo de seus correlatos não jurídicos contemporâneos e de seus antecessores jurídicos pré-modernos representa o que chamaremos de *função definicional* da forma do direito, pela qual ela faz às vezes de um *conceito de direito* historicamente limitado e situado, que abarque

completamente o direito moderno, e apenas ele. Como veremos depois, a função definicional está longe de ser a única ou mesmo a principal das funções da categoria “forma do direito” ao longo de toda a exposição de Habermas, mas é sem dúvida a função pela qual a explicação desse constructo teórico tem que começar obrigatoriamente.

A estratégia teórica de definir o direito a partir de um rol de características formais não é, claro, uma invenção de Habermas. O uso dessa estratégia data pelo menos de Kant e sua *Metafísica dos Costumes*, aos quais Habermas fará constantes referências, tanto para reconhecer continuidade quanto para marcar rupturas¹. Por ora, devemos apontar qual era a razão que justificava uma definição formal do direito em Kant e de que modo essa razão se modifica no uso da mesma estratégia na obra de Habermas.

Quando Kant definiu o direito como “o conjunto das condições sob as quais o arbítrio de cada um pode conciliar-se com o arbítrio de outrem segundo uma lei universal de liberdade” (MC, 230), dando a ele uma definição paradigmaticamente formal, o fez com três propósitos em vista. Em primeiro lugar, tal conceito de direito é formal para ser *universal*, isto é, não pretende estar preso a uma ordem jurídica positiva, e sim valer para todas as ordens jurídicas possíveis. Em segundo lugar, tal conceito de direito é formal para ser *normativo*, isto é, não se limita ao nível empírico da constatação do que uma ordem jurídica estabelece como jurídico em certo tempo e espaço, mas alcança também o nível normativo da avaliação de se aquilo que se põe como legal é também justo. Finalmente, aquele conceito de direito é formal para ser *delimitativo* em relação à moral, pois entre deveres morais e deveres jurídicos não é na matéria, mas na forma da obrigação que residem as diferenças fundamentais. As duas primeiras razões (conceito formal para ser *abstrato* e *normativo*) são de ordem metodológica e se conectam intimamente com as pretensões teóricas da doutrina kantiana do direito enquanto projeto filosófico, e não jurídico. Mas a terceira e última razão (conceito formal para ser *delimitativo* em relação à moral) é de ordem teórica substantiva e está fortemente ligada à distinção kantiana entre legalidade e moralidade.

Tal distinção já tinha sido feita por Kant na *Introdução à Metafísica dos Costumes*, onde enuncia que:

¹ Chama particularmente a atenção o número de diferentes versões que Habermas fornece da tentativa de Kant de delimitar a forma do direito. Mas isso veremos mais tarde em detalhe.

Estas leis da liberdade chamam-se morais, em contraposição às leis da natureza. Na medida em que estas leis morais se referem a acções meramente externas e à sua normatividade, denominam-se jurídicas; mas se exigem, além disso, que elas próprias (as leis) constituam o fundamento determinante das acções são leis éticas e então diz-se que a conformidade com as leis jurídicas é a *legalidade* da acção e a conformidade com as leis éticas a *moralidade*. A liberdade a que as primeiras se referem é a liberdade tanto no exercício externo como interno do arbítrio, sempre que este se encontra determinado pelas leis da razão. (MC, 214)

Nesta distinção já se encontra o elemento de *exterioridade* que caracteriza tanto as leis jurídicas quanto a liberdade jurídica e do qual se pode dizer que as três determinações formais do direito posteriormente apontadas são como que o desdobramento conceitual. Mais adiante, já na *Introdução à Doutrina do Direito*, Kant faz uma distinção entre obrigações morais e obrigações jurídicas em termos de três diferenças formais:

O conceito de Direito, na medida em que se refere a uma obrigação que lhe corresponde (quer dizer, o conceito moral de Direito), diz respeito, em primeiro lugar, apenas à relação externa e, precisamente, prática de uma pessoa com a outra, na medida em que as suas acções possam, como *facta*, ter influência (directa ou indirectamente) umas sobre as outras. Mas, em segundo lugar, não significa a relação do arbítrio com o desejo do outro (portanto, com a simples necessidade) como, por exemplo, no caso das acções beneficentes ou cruéis, mas, pura e simplesmente, com o arbítrio do outro. Em terceiro lugar, nesta relação recíproca dos arbítrios não se atende, de todo em todo, à matéria do arbítrio, quer dizer, ao fim que cada qual se propõe com o objeto que quer; por exemplo, não se pergunta se alguém pode ou não retirar benefícios da mercadoria que me compra para o seu próprio negócio, mas se pergunta apenas pela forma na relação entre os arbítrios de ambas as partes, na medida em que

eles são considerados simplesmente como livres, e se, como isso, a acção de cada um se pode conciliar com a liberdade do outro segundo uma lei universal (MC, 230).

É importante ressaltar quais são, exatamente, as três diferenças formais que, para Kant, distinguem a obrigação jurídica da obrigação moral, pois Habermas fornecerá duas vezes no texto (2003a, p. 140 e 147)² listas tríplexes, atribuídas a Kant, que são não apenas distintas da lista clássica da *Metafísica dos Costumes*, mas são também, curiosamente, distintas entre si. A primeira diferença formal é que a obrigação jurídica se restringe às ações externas. A segunda é que ela se restringe à relação do arbítrio de um com o arbítrio de outro. A terceira é que ela se restringe à forma da relação entre os arbítrios, a saber, se restringe a garantir que a relação entre os arbítrios assuma forma tal que os torne compatíveis sob uma lei universal.

As três diferenças formais são, portanto, “restrições”, aspectos em que a obrigação jurídica é menos extensa que a obrigação moral.

² Na p. 140, a lista fornecida por Habermas é essa: “Segundo Kant, o conceito do direito não se refere primariamente à vontade livre, mas ao *arbítrio* dos destinatários; abrange a *relação externa* de uma pessoa com a outra; e recebe a *autorização para a coerção*, que um está autorizado a usar contra o outro, em caso de abuso. O princípio do direito limita o princípio da moral sob esses três pontos de vista”. Já na p. 147, a lista fornecida é a que segue: “Kant caracterizara a legalidade de modos de agir, servindo-se de três abstrações que se referem aos destinatários, não aos autores do direito. Em primeiro lugar, o direito não leva em conta a capacidade dos destinatários em ligar a sua vontade, contando apenas com sua *arbitrariedade*. Além disso, o direito abstrai da complexidade dos planos de ação ao nível do mundo da vida, limitando-se à relação externa da atuação interativa e recíproca de determinados agentes sociais típicos. Finalmente, o direito não considera, conforme vimos, o tipo de motivação, contentando-se em enfatizar o agir sob o ponto de vista de sua conformidade à regra”. Embora fique bem claro que Habermas fornece a cada vez a listagem que convém para os temas que quer debater em seguida, chama a atenção que nenhuma das duas listas coincida plenamente com a lista original de Kant e é ainda mais surpreendente que, com distância de apenas algumas páginas, as duas listas sequer coincidam entre si. Enquanto os dois primeiros itens das duas listas guardam certa semelhança (mas não exata correspondência) com os da lista de Kant, o terceiro item da primeira (autorização para coerção) e o terceiro item da segunda (liberação da motivação) são características que de fato Kant atribui ao direito, mas não em sua lista da forma jurídica, e sim noutros pontos da *Metafísica dos Costumes* (MC, 231 e 214, respectivamente).

Aparentemente, no texto de Kant, tudo se passa como se a obrigação jurídica fosse uma obrigação moral de escopo mais modesto, como se obrigações jurídicas não fossem senão obrigações morais sujeitas aos limites do tipo de exterioridade que caracteriza a legalidade. É isso que leva Habermas a descrever a estratégia através da qual Kant obtém a forma do direito como uma estratégia de redução (*Verschränkung*) a partir da moral. Habermas descreve: “Ele [Kant] parte do conceito fundamental da lei da liberdade moral e extrai dela as leis jurídicas, seguindo o caminho da redução” (2003a, p. 140). Esse é, aliás, o primeiro ponto que Habermas criticará nessa estratégia, recorrendo à rejeição da ideia de “hierarquia de normas” entre direito positivo e direito natural, nos seguintes termos:

A partir dessa limitação, a legislação moral reflete-se na jurídica, a moralidade na legalidade, os deveres éticos nos deveres jurídicos, etc. Subjaz a essa construção a ideia platônica segundo a qual a ordem jurídica copia e, ao mesmo tempo, concretiza no mundo fenomenal a ordem inteligível de um “reino dos fins”. Mesmo que não se leve em conta a metafísica kantiana, é evidente que na reduplicação do direito em direito natural e positivo perdura uma herança platônica, a saber, a intuição segundo a qual a comunidade ideal dos sujeitos moralmente imputáveis – a comunidade de comunicação ilimitada de Josiah Royce até Apel – entra no tempo histórico e no espaço social, passando pelo *medium* do direito, adquirindo uma figura concreta, localizada no espaço e no tempo, enquanto comunidade de direito. Esta intuição não é de todo falsa, pois uma ordem jurídica só pode ser legítima, quando não contrariar princípios morais. Através dos componentes de legitimidade da validade jurídica, o direito adquire uma relação com a moral. Entretanto, essa relação não deve levar-nos a subordinar o direito à moral, no sentido de uma hierarquia de normas. A ideia de que existe uma hierarquia de leis faz parte do mundo pré-moderno do direito. A moral autônoma e o direito positivo,

que depende de fundamentação, encontram-se numa *relação de complementação* recíproca. (2003a, p. 140-1)

Há dois elementos a destacar nessa crítica. O primeiro se refere à intuição de que a comunidade de direito dá à comunidade moral uma figura concreta no tempo e no espaço. É a esse primeiro elemento que Habermas atribui o caráter de “ideia platônica”, da qual, aliás, não discorda³. O segundo se refere à subordinação do direito à moral no sentido de uma hierarquia de normas entre direito positivo e direito natural. É esse segundo elemento que Habermas associa com o mundo pré-moderno do direito e afirma não ser mais admissível. A nosso ver, Habermas concorda parcialmente com o primeiro elemento, mas discorda de que o segundo se siga como implicação necessária do primeiro. Ou melhor, Habermas admite que o segundo elemento (a

³ Dutra (2005) interpreta de modo diverso a referida passagem e atribui a “ideia platônica” ao segundo elemento, isto é, à hierarquia de normas. Assim se expressa a respeito: “Embora esteja suficientemente claro o sentido do termo platonismo aqui usado, **ou seja, como hierarquia de normas**, é necessário, porém, esclarecer que o ajuizamento da ética kantiana como um certo platonismo, de forma alguma implica na concepção substancial do bem” [grifo nosso] (p. 214, n. 105). A nosso ver, essa não é a melhor interpretação por dois motivos. Primeiro porque, até onde sabemos, Platão jamais foi um defensor explícito da hierarquia entre direito positivo e direito natural. Esta hierarquização de normas foi, na história das ideias, antes obra dos aristotélicos medievais que dos platônicos ou neoplatônicos. Segundo porque, na dita passagem de Habermas, o trecho em que se mencionam a “ideia platônica” e a “herança platônica” é o trecho em que Habermas se refere à intuição de que o direito realiza a moral no tempo e no espaço, trecho que se encerra com a observação concessiva que começa dizendo que “esta intuição não é de todo falsa” (*Diese Intuition ist nicht in jeder Hinsicht falsch*). O trecho seguinte, que se abre com “entretanto” (*aber*) e enuncia a consequência que Habermas não considera que se siga da primeira intuição, não contém, por sua vez, nenhuma referência ao platonismo, dando a entender, em nossa opinião, que a hierarquia de normas foi uma configuração que aquela intuição platônica assumiu no mundo pré-moderno do direito, mais precisamente no mundo medieval, mas que hoje não nos serve mais e deve ser substituída por outra configuração da mesma intuição, a saber, aquela em que “através dos componentes de legitimidade da validade jurídica, o direito adquire uma relação com a moral”, sendo ambos, direito e moral, então, antes complementares um ao outro que um subordinado ao outro.

hierarquia de normas) foi uma configuração daquela “ideia platônica” apropriada ao mundo pré-moderno do direito, mas incapaz de captar a relação que o direito positivo e a moral racional desenvolvem no mundo moderno, a qual é mais bem descrita em termos de complementação que de subordinação.

Não é claro se Habermas atribui a Kant a tese da subordinação do direito positivo ao direito natural no sentido estrito de uma hierarquia de normas. Tal acusação, de resto, seria difícil de sustentar, caso se tenha em mente um modelo de hierarquia de normas em que, para cada norma particular do direito positivo, existe pelo menos uma norma do direito natural que lhe serve de modelo ou inspiração, levando, nesse caso, a uma verdadeira reduplicação do direito em real e ideal. O que se encontra, de fato, nos escritos de Kant, sobretudo, claro, na *Metafísica dos Costumes*, são referências a um direito natural objetivo e à necessidade de o direito positivo respeitar suas determinações, mas disso não resulta o tipo de hierarquia e reduplicação de que se falou, pois o direito natural concebido por Kant não esgota o conteúdo do que o direito positivo deve regular, e o direito positivo é menos uma cópia do conteúdo do direito natural que uma configuração concreta do direito natural a partir do exercício da soberania dos cidadãos.

Por isso, talvez seja cauteloso interpretar que Habermas está acusando, na verdade, a estratégia kantiana de caracterização do direito a partir de uma redução da moral não de conter, mas de *sugerir* um tipo de relação entre direito e moral do qual se pode *equivocadamente* inferir uma subordinação do direito positivo a um direito natural preexistente, que não captaria adequadamente como esses dois sucedâneos da eticidade tradicional se relacionam entre si no mundo *moderno*. Tal afirmação, aliás, abriria caminho para a inversão de estratégia que Habermas realizará com sua tese da complementação funcional da moral racional pelo direito positivo (a qual teremos oportunidade de explicar no Capítulo 6), que mostra o direito como um “a mais” sociológico – em vez de como um “a menos” normativo – em relação à moral.

Habermas não obtém sua “forma do direito” a partir da mesma estratégia de redução que critica em Kant. Em vez disso, ele a extrai da dupla expressão da chamada tensão interna entre facticidade e validade, que havia abordado nos Capítulos I e II de *Direito e Democracia*. Ali Habermas se refere à tese kantiana das leis jurídicas como sendo ao mesmo tempo leis de liberdade e leis de coerção para disso inferir a primeira linha da tensão interna entre facticidade e validade, entre, de

um lado, um sistema de direitos subjetivos e, de outro, a coercibilidade da imposição jurídica (2003a, p. 48-9).

Ao variar da perspectiva filosófica da teoria kantiana do direito para a perspectiva sociológica de uma teoria da ação, Habermas reelabora os elementos de coerção e liberdade em termos de duas perspectivas, estratégica e performativa, que o destinatário pode assumir diante das normas jurídicas (2003a, p. 50-1). Como a perspectiva performativa implica a crença na legitimidade das normas, Habermas explica que “é por isso que o conceito de direito moderno (...) absorve o pensamento democrático, desenvolvido por Kant e Rousseau” (2003a, p. 53), no sentido de que a legitimidade das normas adviria do processo democrático de legislação. Dessa forma, compensar-se-ia o elemento de positividade do direito, que seria criação humana, mas não heterônoma e autoritária, e sim autônoma e democrática (2003a, p. 54).

Esses dois novos elementos, legitimidade e positividade, compõem os polos da segunda linha da tensão interna entre facticidade e validade. Dessa forma, o direito moderno seria marcado por quatro características formais: ele é um direito (1) *distribuído na forma de direitos subjetivos que asseguram liberdades*, (2) *coercitivo*, (3) *positivo* e (4) *que reclama legitimização através de processos democráticos*. Portanto, ele é um direito que precisa ser simultaneamente de coerção por meio de sanções e de proteção da liberdade e que precisa se elaborar simultaneamente com a positividade do legislador político e com a legitimidade dos processos democráticos. Juntas e tensionadas, essas características compõem, na obra de Habermas, a “forma jurídica” do Direito moderno⁴.

⁴ Noutros textos Habermas mantém a mesma concepção do direito moderno. No Posfácio a *Direito e Democracia*, de 1994, Habermas escreve: “O direito moderno estrutura-se a partir de um sistema de normas positivas e impositivas que pretendem garantir a liberdade. Por isso, as características formais da obrigação e da positividade vêm associadas a uma pretensão de legitimidade (...)” (2003b, p. 307). Em “Sobre a Coesão Interna entre Estado de *Direito e Democracia*”, na coletânea “A Inclusão do Outro” (1996), Habermas escreve: “Desde Locke, Rousseau e Kant (...) firmou-se um conceito de direito do qual se espera que preste contas tanto à positividade quanto ao caráter de direito coercivo como assegurador da liberdade. (...) e para que se atenda essa exigência [de legitimização das normas], o procedimento democrático legislativo deve ser suficiente” (2004, p. 294). Em “O Estado Democrático de Direito – Uma Amarração Paradoxal de Princípios Contraditórios?”, na coletânea “Era de Transições” (2001), Habermas diz: “A compreensão moderna da democracia distingue-se da clássica por se relacionar com um tipo de direito dotado de três

3.2. Forma Jurídica e Relação com Mundo da Vida e Sistemas

Explicuemos um pouco mais sobre cada uma dessas características da forma jurídica do Direito moderno. Primeiro, a distribuição na forma de direitos subjetivos, que é das quatro a característica que exige uma explicação mais longa de seu conteúdo e mais detalhada de suas consequências. Os direitos subjetivos são espaços de liberdade individual, isto é, espécies de regiões jurídicas em que o indivíduo está autorizado a agir sob enfoque estratégico (2003a, p. 52) e está desobrigado da liberdade comunicativa, isto é, do ônus de prestar contas e de apresentar argumentos publicamente aceitáveis para seus planos de ação (2003a, p. 155-6). Ao mesmo tempo, tal espaço de liberdade individual tem que ser simetricamente garantido a todos os sujeitos de direito (2003a, p. 113), porque está, na verdade, embutido na própria ideia de sujeito de direito. Por outras palavras, começar a empregar o *medium* do direito, transferindo para as normas e procedimentos os ônus da racionalidade da ação, implica converter os indivíduos em sujeitos de direito, liberando os motivos de sua conformidade de conduta, autorizando o enfoque estratégico e estabelecendo um tratamento igualitário.

Isso quer dizer que converter os indivíduos em sujeitos de direito não implica tratá-los desde o princípio como um “povo de demônios” (pois sujeitos de direito, ao contrário de demônios, são capazes de compreender as normas e suas obrigações também sob enfoque performativo, capacidade sem a qual, aliás, não surgiria a demanda de legitimação do direito), mas implica, sim, renunciar desde o princípio a toda abordagem que carregue o indivíduo com ônus éticos de virtude e de procura do bem comum (como Habermas frequentemente acusa ser o caso com a tradição republicana) que não se compatibilizem com a liberação do enfoque estratégico e com a saída da liberdade comunicativa. A conversão dos indivíduos em sujeitos de direito, além disso, implica a distribuição simétrica de espaços de liberdade individual a todos eles, pois faz desde o princípio abstração de todas as possíveis diferenças individuais em favor do tratamento de cada um segundo a figura artificial do sujeito jurídico, que traz consigo a reivindicação de liberdade igual e compatível com a de todos os demais.

características principais: o direito moderno é positivo, cogente e estruturado individualisticamente” (2003c, p. 153).

Ora, para Habermas o direito moderno, diferentemente da moral, não se orienta prioritariamente a partir de deveres e, diferentemente do direito antigo e medieval de matriz romana, não se orienta prioritariamente a partir da ideia de lei. Pelo contrário, de um lado, no direito moderno é a prioridade dos direitos subjetivos que explica os deveres jurídicos, os quais surgem como resultados das limitações desses direitos uns pelos outros. O direito estabelece a lógica segundo a qual cada um está autorizado a fazer tudo que a lei não proíba explicitamente, mas a lei, por sua vez, só está autorizada a proibir aquilo em que a liberdade de um possa ameaçar a do outro. Do outro lado, é a prioridade dos direitos subjetivos que explica também o primado da lei sobre as outras formas de normatização jurídica, pois os atributos de abstração e generalidade da lei surgem como realização da ideia, já contida no conceito moderno de direitos subjetivos, de igual distribuição dos espaços de liberdade entre todos os sujeitos de direito (2003a, p. 114).

Essa primeira característica explica “por que o direito moderno se adequa especialmente à integração social de sociedades econômicas que, em domínios de ação neutralizados do ponto de vista ético, dependem de decisões descentralizadas de sujeitos singulares orientados pelo sucesso próprio”. Isso quer dizer que em sociedades econômicas capitalistas os espaços de liberdade de escolha e de ação autointeressadas que caracterizam as esferas da produção, da circulação e do consumo são garantidos juridicamente na forma dos espaços de liberdade que os direitos subjetivos proporcionam aos sujeitos de direito. Esse é, por assim dizer, o engate funcional do sistema de direitos com o sistema econômico, na medida em que satisfaz “às exigências funcionais de uma sociedade complexa”. Mas, uma vez que tais direitos também precisam levar em conta “as condições precárias de uma integração social que se realiza, em última instância, através de realizações de entendimento de sujeitos que agem comunicativamente”, precisam também, como veremos depois, de uma legitimação do ponto de vista simbólico do mundo da vida⁵ (2003a, p. 114).

⁵ Mundo da vida e sistemas são conceitos extraídos da Teoria da Ação Comunicativa de Habermas. Habermas concebe as sociedades modernas como divididas em dois âmbitos: por um lado, existem os sistemas, nomeadamente o sistema econômico e o sistema político, que são âmbitos especializados de ação racional com vista a fins, funcionando segundo códigos fechados e cegos para valores, movidos por propósitos unitários (lucro e poder, respectivamente) e responsáveis pela reprodução material da sociedade; por outro lado, existe o

A segunda característica do direito moderno é a positividade, a qual reúne, num só conceito, as ideias de artificialidade, voluntariedade e modificabilidade. O direito moderno é produto das decisões modificáveis de um legislador político. Não é, portanto, nem direito divino (apoiado na autoridade inquestionável do ser ou dos seres sobrenaturais que o tivessem revelado aos homens), nem direito natural (que resultasse de uma configuração inescapável da natureza, entendida seja como natureza cósmica, seja como natureza humana), nem direito puramente tradicional (cuja longa existência e pervasividade nas instituições de uma comunidade o pusesse fora do espaço de problematização possível aos olhos de seus membros). Pelo contrário, o direito moderno é reconhecidamente uma obra humana, um direito artificial, produto de uma vontade legislativa criadora e disponível para uma vontade legislativa modificadora. Isso, por um lado, o torna extremamente plástico e útil para a instituição de programas de ação coletivos que se adaptem às necessidades de sociedades cujas condições e circunstâncias são constantemente cambiantes. Este é, por assim dizer, o seu engate funcional com o sistema político. Por outro lado, a perda de qualquer fundamento extramundano ou extracotidiano inflaciona a necessidade de legitimação, “pois, sem o respaldo religioso ou metafísico, o direito coercitivo, talhado conforme o comportamento legal, só consegue garantir sua força integradora se a totalidade dos destinatários singulares das normas jurídicas puder considerar-se autora racional dessas normas” (2003a, p. 54), demanda de que trataremos quanto à última característica.

A terceira característica do direito moderno é que ele é coercitivo, isto é, vem sempre acompanhado da ameaça do uso da sanção, pode sempre ser imposto contra o comportamento desviante mediante o uso da força. Não é, portanto, um direito com caráter meramente aconselhatório (como eram alguns ordenamento medievais dirigidos aos príncipes), nem com caráter arbitral e conciliatório (em que a força das

mundo da vida (em sentido sociológico), a esfera de ação cotidiana que abarca os saberes, valores e ações compartilhadas entre os indivíduos, formado e mantido a partir de interações simbólicas mediadas pela linguagem e responsável pela reprodução simbólica da sociedade, tanto enquanto unidade de cultura como enquanto comunidade solidária. Uma das dificuldades de comunicação entre sistemas e mundo da vida é que ambos não dispõem de uma linguagem comum, sendo o direito particularmente útil enquanto medium de comunicação exatamente por ser igualmente aberto às demandas de um e de outro e conseguir converter os elementos de um para a linguagem do outro.

normas dependia do prévio compromisso dos envolvidos de se orientarem por elas), nem com caráter meramente consuetudinário⁶ (em que as sanções sociais como vergonha e condenação públicas da conduta desviante já atuam como elementos dissuasivos substitutivos das sanções jurídicas). O direito moderno tem sempre, à sua disposição, o braço armado do Estado, na forma de poder administrativo. Uma vez que a eficácia das normas vigentes interessa tanto ao sistema econômico quanto ao sistema político, a coerção tem direto engate funcional nos dois sistemas. Por outro lado, na medida em que os indivíduos modernos se tornaram independentes das orientações éticas das grandes cosmovisões pré-modernas, a coerção das normas representa também um preenchimento do déficit motivacional destes indivíduos em relação à obediência às normas, sendo, portanto, também uma característica que vem ao encontro de uma demanda do mundo da vida moderno. A necessidade, contudo, de que o poder administrativo esteja domesticado pelo poder comunicativo leva novamente à exigência de que a coerção seja apenas a manifestação exterior da legitimidade das normas, que é a característica que falta abordar.

A demanda de legitimação é a quarta característica do direito moderno, que está vinculada a todas as demais. Senão, vejamos. Por um lado, a distribuição do direito moderno na forma de direitos subjetivos implica liberação dos motivos e do enfoque estratégico dos agentes, transferindo o ônus da racionalidade da ação dos indivíduos para as leis. Estas, por outro lado, têm que extrair a presunção de sua racionalidade não dos indivíduos que as produziram, mas dos procedimentos a partir dos quais foram produzidas. A demanda por essa legitimação procedimental conecta as normas jurídicas instituidoras de direitos subjetivos com a formação democrática da opinião e da vontade em instituições políticas (2003a, p. 114-5). Dessa forma, mostra-se um nexo entre direitos subjetivos e legitimidade democrática. Algo semelhante se pode dizer tanto da positividade quanto da coerção. No caso da positividade, por um lado, a liberação das normas de fundamentos religiosos e metafísicos as torna disponíveis para criação e modificação segundo as cambiantes necessidades de sociedades complexas. Por outro

⁶ Não quer dizer que, mesmo em ordenamentos jurídicos modernos, o costume não tenha ainda seu lugar como fonte de cognição do direito, mas apenas que não se confia mais ao costume a garantia da eficácia das normas jurídicas, nem mesmo daquelas que o próprio costume institui. Em ordens jurídicas modernas, o costume, quando é fonte do direito, tem sua eficácia também assegurada pela possibilidade de recurso à coerção do Estado.

lado, sobrecarrega essas normas com a necessidade de, sob enfoque performativo, se justificarem perante seus destinatários, os quais, na ausência de tal justificação, adotariam exclusivamente um enfoque estratégico e, envolvidos na realização de seus próprios planos de vida, não veriam nas normas senão obstáculos à sua ação. Já no caso da coerção, por um lado, ela é o complemento necessário do espaço de liberdade proporcionado pelos direitos subjetivos, pois o enfoque estratégico e a isenção da liberdade comunicativa só são possíveis na medida em que a eficácia das normas vigentes para todos é assegurada pelo uso ou possibilidade do uso de sanções. Por outro lado, a coerção, como toda manifestação do poder administrativo, está carregada do risco de extrapolação dos limites da proteção da liberdade e ameaça converter o direito em simples instrumento de dominação baseado na violência. A absorção reiterada desse risco sempre novamente presente implica na domesticação do poder administrativo pelo poder comunicativo, o qual é gerado, exatamente, nas fontes democráticas do exercício da soberania do povo. Como se vê, em todos os casos, as três outras características formais do direito moderno desaguardam na necessidade de legitimação por via de processos democráticos de legislação. Essa demanda de legitimação, que Habermas ora expõe como um dos constituintes da forma jurídica, ora explica como complemento necessário da forma jurídica (nesse caso, integrada apenas pelas outras três componentes), não tem, ao contrário das outras características, nenhum tipo de engate funcional com os sistemas, mas responde inteiramente a uma necessidade do mundo da vida, a saber, a necessidade de justificação racional das formas de coordenação dos planos de ação individuais.

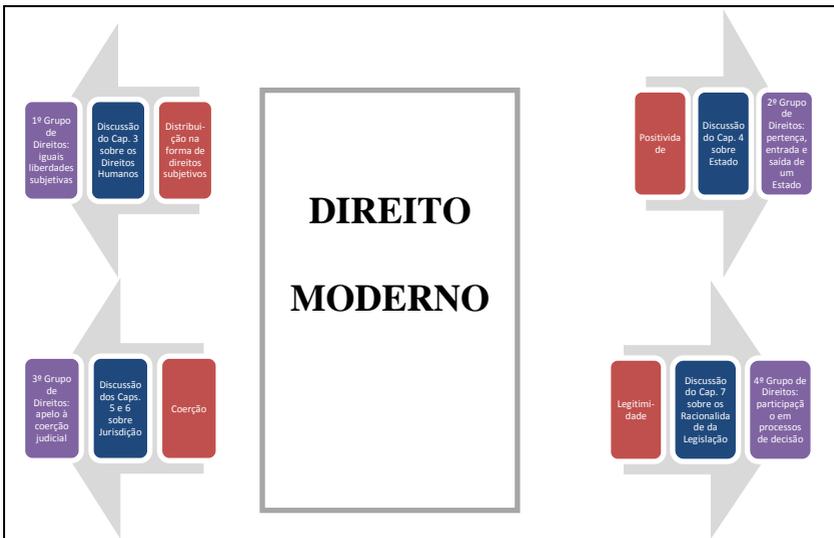
3.3. Funções do Conceito de Forma Jurídica

Após essa explicação das componentes da forma jurídica, podemos voltar ao exame das funções que esse conceito desempenha ao longo dos argumentos de Habermas. Tal explicação também será de especial importância para nosso futuro argumento a respeito dos perigos da transposição direta do conteúdo de normas morais em para normas jurídicas nos discursos de aplicação dos direitos humanos. Mas, por ora, nos limitemos às funções da forma jurídica no Capítulo III.

Habermas afirma textualmente que “a forma jurídica não é um princípio que possa ser ‘fundamentado’ epistêmica ou normativamente” (2003a, p. 147) e que, a partir de uma perspectiva sociológico-funcional,

“a constituição da forma jurídica torna-se necessária, a fim de compensar déficits que resultam da decomposição da eticidade tradicional” (2003a, p. 148). Disso se deve concluir que a forma do direito ou forma jurídica é, não um princípio normativo que o filósofo viria propor, mas algo assim como um fato histórico-sociológico que o filósofo teria que aceitar e do qual teria que partir para não afastar-se da realidade. Esse “fato” definidor se torna tão importante e central para a argumentação de Habermas que passa a orientar a sucessão dos capítulos de *Direito e Democracia* e inclusive a lista dos grupos de direitos insaturados com que se encerra o Capítulo III. O Esquema 1 (abaixo) ilustra como funciona essa influência na obra.

Esquema 1



Esquema 1, mostrando o quanto a forma do direito é uma chave de leitura importante para *Direito e Democracia*. Em vermelho, as quatro características formais do direito moderno. Em azul escuro, o capítulo em que é discutida a questão correspondente do ponto de vista da autocompreensão das ordens jurídicas modernas. Finalmente, em roxo, os quatro grupos de direitos humanos básicos que resultam do uso da forma do direito.

Como se pode ver, há uma relação das quatro características formais com os capítulos de 3 a 7 de *Direito e Democracia* e com os quatro primeiros grupos de direitos insaturados do final do Capítulo III.

A relação com os capítulos e os grupos de direitos pode ser explicada como segue. No início do Capítulo III, Habermas anuncia que quer “reconstruir, nos próximos capítulos, a autocompreensão destas ordens jurídicas modernas” (2003a, p. 113). No começo do parágrafo seguinte, escreve: “Como vimos no primeiro capítulo, o conceito do direito subjetivo desempenha um papel central na moderna compreensão do direito”. Ora, isso cria a expectativa de que, se o Capítulo III se dedica ao exame da primeira característica formal do Direito moderno (a qual está fortemente associada às liberdades iguais do primeiro grupo de direitos insaturados), as demais características também sejam examinadas nos capítulos posteriores. Essa expectativa se reforça quando, na explicação do segundo grupo de direitos insaturados (2003a, p. 161), Habermas relaciona esse grupo de direitos à característica da positividade e, algumas linhas depois, à pertença a um Estado. Ora, o Estado é precisamente o assunto do Capítulo IV e, uma vez que Habermas já mostrou a conexão entre positividade no tempo e no espaço e Estado, já sabemos por que o capítulo seguinte se ocupará desse tema. Novamente, na explicação do terceiro grupo de direitos insaturados (2003a, p. 162), Habermas relaciona esse grupo de direitos com o exercício da coerção e fala da imposição da coerção mediante exercício racional da jurisdição. Isso anuncia precisamente o tema de que se ocuparão os Capítulos V e VI da obra. Finalmente, resulta muito evidente a ligação entre a demanda de legitimação das normas (quarta característica formal do direito moderno), os direitos de participação em processos de formação da opinião e da vontade (quarto grupo de direitos) e o processo de legislação (tema do Capítulo VII de *Direito e Democracia*).

Essa explicação do papel orientador desempenhado pela forma do direito quanto aos grupos de direitos e quanto aos capítulos da obra nos remete às outras funções desempenhadas pela forma do direito em Habermas. No começo deste item, dissemos que a forma do direito tinha, em primeiro lugar, uma função definicional, fornecendo um conceito de direito moderno com que uma teoria discursiva do direito pudesse trabalhar. Dissemos também que essa não era nem a única nem a principal função da forma jurídica. À luz das explicações anteriores, podemos apontar agora pelos menos outras três funções que esse constructo teórico desempenha na obra de Habermas.

A segunda função da forma jurídica é a manutenção da tensão entre facticidade e validade e da comunicação do direito tanto com o mundo da vida quanto com os sistemas. Podemos chamar essa de *função*

social-integradora. É isso que dá ao direito a capacidade de ser ao mesmo tempo um sistema de símbolos e um sistema de ação, de ter ao mesmo tempo poder realizativo funcional e poder legitimador comunicativo. É o que confere ao direito o políglotismo social necessário para ser o *medium* de integração por excelência de sociedades que perderam o pano de fundo das grandes tradições e cosmovisões e se tornaram profundamente secularizadas e pluralistas.

A terceira função explica sua influência sobre a sequência de capítulos da obra. Ao adotar a lista de características da forma jurídica como roteiro de sua reconstrução da autocompreensão normativa do direito moderno, Habermas parece sugerir que a forma do direito *estrutura a autocompreensão normativa* interna das ordens jurídicas modernas, ou seja, estrutura (no sentido de que forma e orienta) o tipo de demandas e interpretações normativas com que os participantes das ordens jurídicas modernas as acessam do ponto de vista interno. Podemos chamar esta de *função normativo-estruturante* da forma jurídica.

A quarta função explica sua influência sobre a lista dos grupos de direitos insaturados do Capítulo III (e, como veremos, também no princípio da democracia). Habermas defende que a forma do direito também reestrutura (agora no sentido de que transforma e limita) qualquer demanda normativa que se expresse ou se realize pelo *medium* do direito. Trata-se, por assim dizer, de uma *função código-estruturante* da forma jurídica. Assim, para que a comunidade política de cidadãos livres e iguais estabeleça seu processo de autolegislação, tem que fazê-lo por meio do direito positivo moderno, mas, ao adotar esse *medium* de integração, se compromete imediatamente com o estabelecimento de um sistema de direitos que conecte o projeto da comunidade política que se autogoverna com cada uma das características formais do direito. Da mesma forma, a democracia clássica (como está sugerido na passagem citada na nota 3), com todos os seus ônus de virtude e plena participação, ao se realizar na modernidade através do *medium* do direito moderno, precisa se realizar por meio de direitos subjetivos de participação que, como direitos subjetivos que são, isto é, espaços de liberdade que admitem tanto o enfoque performativo quanto o estratégico, precisam aliviar os sujeitos dos ônus éticos excessivos e transferi-los cada vez mais para as leis e para os procedimentos, que passam a ser os verdadeiros guardiães da racionalidade dos resultados alcançados. Conforme veremos no item “c” desta exposição, o mesmo

acontece com o princípio do discurso quando submetido ao código do direito.

Essa “conversão necessária” para os caracteres do código jurídico não precisa, contudo, ser vista apenas como restritiva e negativa, mas pode também ser vista como potencializadora e seletiva em sentido positivo. Na medida em que a forma do direito moderno o mantém constantemente na tensão entre facticidade e validade e em comunicação tanto com as demandas funcionais dos sistemas quanto com as demandas simbólicas do mundo da vida, assumir a forma dada pelo *medium* do direito é também reunir em si características de realizabilidade funcional sem perder a abertura crítica a processos de legitimação. É tornar-se, por assim dizer, uma “utopia realista”, para usar a expressão que Habermas emprega em seu artigo de 2010 sobre os direitos humanos.

A partir desses esclarecimentos também se torna mais fácil compreender o que Habermas quer dizer exatamente quando acusa Kant de não ter deixado claro o bastante como interagem reciprocamente o princípio do direito e o princípio da democracia (2003a, 127-8). À luz das múltiplas funções que Habermas atribui à forma jurídica, o que ele esperaria de Kant é que este mostrasse de que modo as características definidoras da legalidade, particularmente o princípio segundo o qual os arbítrios deviam ser compatibilizados segundo uma lei geral de liberdade, eram tais que só se realizariam por meio da democracia e eram ao mesmo tempo condições de possibilidade de realização da democracia. Mas, como vimos, a forma jurídica em Kant não desempenha todos os mesmos papéis que desempenha em Habermas, e Kant, embora visualize a função código-estruturante da forma do direito quanto à limitação à exterioridade da relação formal entre arbítrios, não chega a extrair disso nenhuma consequência para o tipo de sistema de direitos a ser instaurado pela vontade dos cidadãos unidos, exceto pelo fato de ser um sistema formado de liberdades iguais para todos. É a transição de ferramenta analítica para fato histórico-sociológico estruturante (como tal, ao mesmo tempo dependente da legitimação dada pela democracia e estruturante das condições em que a democracia pode se realizar) que dá à forma jurídica habermasiana um poder de conexão entre sistema de direitos e soberania do povo que o princípio do direito não tinha em Kant. Seu deflacionamento normativo aumenta seu poder explicativo sem comprometer, segundo Habermas, seu potencial de legitimação.

4 SEGUNDA LINHA ARGUMENTATIVA: CARÁTER INTERSUBJETIVO DOS DIREITOS E COMUNICATIVO DA LEGISLAÇÃO

Ao longo do item I do Capítulo III de *Direito e Democracia*, Habermas se dedica longamente a uma tentativa de demonstrar as insuficiências da concepção de direito subjetivo na dogmática civilista alemã (2003a, p. 116-22) e da concepção da relação entre direitos humanos e soberania do povo na tradição contratualista (2003a, p. 122-39), especialmente em Kant e Rousseau. O propósito que Habermas tem em vista com isso se revela ao final do subitem 1 (2003a, p. 121-2) e ao final do subitem 4 (2003a, p. 137-9), quando, retomando a linha de conclusão que ele já havia anunciado no início do capítulo (2003a, p. 115), ele associa os problemas da concepção de direito subjetivo a uma herança da tradição jusnaturalista (a subordinação do direito à moral) e os problemas da concepção de legislação a premissas da filosofia da consciência (a dicotomia entre o micro-sujeito indivíduo e o macro-sujeito povo). Tomaremos, então, essas conclusões finais como fios condutores da explicação das posições que Habermas defende ao longo de todo aquele item do capítulo.

4.1. Direito Subjetivo

Com relação à concepção de direito subjetivo na dogmática civilista alemã, Habermas faz um histórico das concepções dos juristas ao longo dos séculos XIX e XX, deixando fixada na mente do leitor a imagem de um espectro no qual as concepções mais enfáticas da legitimidade dos direitos subjetivos eram as fundadas na herança jusnaturalista do idealismo alemão e, quando este perdeu credibilidade, a haste se inclinou completamente para o polo oposto, no qual se encontram as concepções positivistas e funcionalistas que, segundo Habermas, não fornecem aos direitos subjetivos qualquer legitimação.

No entanto, o século XIX veio mostrar que o direito privado somente poderia legitimar-se por si mesmo durante o tempo em que a autonomia privada do sujeito do direito estivesse apoiada na autonomia moral da pessoa. No momento em que o direito em geral perdeu sua fundamentação idealista, especialmente a retaguarda da teoria moral kantiana, o invólucro do “poder de

dominação individual” perdeu o núcleo normativo de uma legítima liberdade da vontade, naturalmente necessitada de proteção. Somente tivera força legitimadora o laço que Kant, com o auxílio do princípio do direito, estabelecera entre a liberdade de arbítrio e a vontade autônoma da pessoa. Depois que esse laço foi rompido, o direito passou a afirmar-se, segundo a interpretação positivista, como a forma de reveste determinadas decisões e competências com a força da obrigatoriedade fática. (2003a, p. 117).

Conforme vimos, a doutrina do direito subjetivo começa quando os direitos morais subjetivos se tornam independentes, os quais pretendem uma legitimidade maior que a do processo de legislação política. (...) A isso se contrapõe um desenvolvimento que culmina na subordinação abstrata dos direitos subjetivos sob o direito objetivo, sendo que a legitimidade deles se esgota, no final de tudo, na legalidade de uma dominação política, interpretada em termos de um positivismo do direito. (2003a, p.122).

Como se pode ver, os dois polos seriam, de um lado, a doutrina dos direitos subjetivos como direitos morais, fundada no idealismo alemão, e, do outro lado, a doutrina dos direitos subjetivos como meras autorizações atribuídas pelo direito objetivo, fundada no positivismo jurídico. A deficiência que ambos têm em comum é a incapacidade de associar adequadamente a legitimidade dos direitos subjetivos ao processo de autolegislação democrática. Essa deficiência se revela na doutrina idealista na medida em que a legitimidade que reclama para os direitos subjetivos tem base moral e, como tal, pré-política. Já no positivismo jurídico tal deficiência se revela na medida em que os direitos subjetivos, agora concebidos como nada além de autorizações do direito objetivo, não teriam outra legitimidade que não aquela que esta concepção atribui às normas em geral, a qual é dependente da imposição de sanções e, como tal, se funda na mera facticidade da força. Assim, seja quando concebidos como direitos morais pré-políticos, seja quando concebidos como autorizações fundadas na força da sanção, os direitos subjetivos perdem seu nexos com a soberania do povo e, dessa

forma, perdem em potencial de legitimação nas condições típicas da forma do direito moderno.

Aliás, a forma jurídica pode servir aqui novamente de referencial útil e fornecer um quadro bastante instrutivo com o qual explicar o problema daquela dicotomia. Por um lado, a doutrina idealista põe ênfase nas liberdades subjetivas (primeira característica do direito moderno), mas, ao pretender para eles outra legitimidade que não a do processo de autolegislação (quarta característica), perde também a conexão com os elementos da positividade e da coerção (segunda e terceira características), pois os direitos subjetivos já não seriam produtos da decisão do legislador democrático nem poderiam reclamar para si o tipo de força coerciva que apenas as leis positivadas democraticamente podem pretender. Por outro lado, o positivismo jurídico transfere a ênfase para a positividade (segunda característica do direito moderno), mas, ao pretender para os direitos subjetivos uma legitimidade que se esgota na possibilidade do emprego da coerção (terceira característica), não apenas se afasta do tipo de legitimação democrática típico do direito moderno (quarta característica), mas também retira dos direitos subjetivos mesmos o status prioritário de que deveriam gozar (primeira característica). Ambas as doutrinas falham em ler os direitos subjetivos à luz do tipo de positividade e legitimação típicos do código jurídico moderno.

Para encerrar a parte relativa às concepções jurídico-dogmáticas dos direitos, devemos ainda dizer algo sobre o “sentido intersubjetivo de liberdades de ação subjetivas estruturadas juridicamente” (2003a, p. 122). Ao dizer que nenhum dos dois polos do referido espectro dogmático consegue alcançar este sentido intersubjetivo dos direitos, Habermas parece se referir primariamente ao nexos entre direitos subjetivos e soberania do povo, o que inclusive cria a ocasião para a crítica das teorias contratualistas a que ele começará a se dedicar na sequência. Contudo, há ainda outro aspecto em que o sentido intersubjetivo dos direitos não é alcançado nem pela doutrina idealista nem pelo positivismo jurídico. Trata-se do aspecto segundo o qual direitos denotam em si mesmos relações de atribuição ou reconhecimento entre sujeitos de direito. Isso quer dizer que direitos não são o tipo de coisa que simplesmente se tem ou é imposta, e sim o tipo de coisa que um sujeito tem apenas na medida em que outros sujeitos lhe atribuam ou reconheçam. No caso de direitos jurídicos, esta atribuição precisa passar pela positividade e o reconhecimento precisa trazer consigo a carga da legitimidade democrática. Daí que conceber os

direitos subjetivos jurídicos como direitos morais anteriores à positivação jurídica ou como autorizações do direito objetivo meramente fundadas na força das sanções também deixe de captar o tipo de relações de atribuição e reconhecimento que direitos jurídicos deveriam necessariamente conter.

4.2. Direitos Humanos e Soberania Popular

Com relação à concepção do nexa entre direitos humanos e soberania popular na tradição contratualista, Habermas começa sua abordagem do assunto tentando explicar o emprego da perspectiva moral para fundamentação do princípio do direito em Kant⁷. Habermas atribui esse traço da teoria kantiana a uma reação ao fracasso do projeto hobbesiano. Em Hobbes, o Estado estaria justificado se se pudesse explicar a escolha livre por ele em detrimento do estado de natureza por parte de indivíduos não socializados a partir unicamente de considerações de tipo instrumental e na forma de um contrato de sociedade. Como, porém, tal escolha dependeria de sentidos de reciprocidade e solidariedade inacessíveis para indivíduos que decidem e agem apenas a partir da perspectiva da primeira pessoa, a estratégia teórica da justificação completa e prévia do Estado a partir de uma perspectiva moralmente neutra estaria vedada como alternativa possível de fundamentação. Em reação a isso, Kant teria dotado desde o princípio suas partes contratantes de razão prática, capaz de examinar moralmente as normas do contrato de sociedade e de aderir à institucionalização jurídica do direito natural (único) a iguais liberdades de ação subjetiva (2003a, p. 122-6).

Por outro lado, como tudo que o contrato social kantiano estabelece é o direito natural único e como este precisaria ser desenvolvido num sistema positivo de direitos, seriam necessárias leis cuja legitimidade se fundaria em serem atos da vontade pública dos cidadãos autônomos e unidos. Sendo assim, o princípio do direito (o direito natural) e o princípio da democracia (que é como Habermas chama a exigência kantiana de uma legislação pública dos cidadãos para

⁷ É importante não confundir isso com a derivação, reconhecidamente impossível, do princípio do direito (analítico) a partir do princípio moral ou imperativo categórico (sintético). Habermas trata, ao contrário, de por que Kant pensou que seria necessário prover os indivíduos de uma perspectiva moral para justificar sua adesão ao contrato de sociedade e sua saída do estado de liberdades inseguras.

converter o direito natural num sistema de direitos) teriam um nexo recíproco pelo qual o princípio do direito só adquire figura positiva através do princípio da democracia, e o princípio da democracia, por sua vez, extrai sua legitimidade do respeito e da realização do princípio do direito (2003a, p. 127).

Apesar disso, Habermas ainda se mostra insatisfeito com a demonstração em Kant desse nexo entre princípio do direito e princípio da democracia. Ele diz que “não está suficientemente claro como esses dois princípios se comportam reciprocamente” (2003a, p. 127). Mas o problema, a nosso ver, está longe de ser de *clareza* da relação, sendo, em vez disso, de *autarquia* teórica do princípio do direito para sustentar-se de pé sem o amparo do princípio da moral. Com efeito, como dissemos acima, os motivos pelos quais as partes contratantes aceitam o direito natural único não têm a ver com as características formais do direito em si mesmo, e sim com considerações morais acerca do respeito pela autonomia de cada indivíduo. Não é como se o princípio do direito fosse uma determinação sem a qual nenhuma sociedade jurídica seria possível, e sim uma consideração normativa de caráter moral que apenas sujeitos dotados de razão prática legisladora aceitariam no contrato de sociedade. Sendo assim, o que Kant não teria conseguido fazer é mostrar que o princípio da democracia precisa conectar-se com o princípio do direito por alguma razão interna ao próprio *medium* do direito, em vez de pela força emprestada do princípio moral. O problema reside justamente naquilo que, em Kant, seria a virtude do princípio do direito, ou seja, que ele “parece realizar uma mediação entre o princípio da moral e o da democracia” (2003a, p. 127).

Aqui importa entender o que Habermas reivindica da teoria contratualista. Daremos, agora, nossa interpretação do relativamente obscuro argumento de Habermas. Não se trata de defender a tentativa hobbesiana de fundar o contrato em considerações inteiramente instrumentais, mas sim de demonstrar que existe entre princípio do direito e princípio da democracia um nexo interno que não precisa recorrer a considerações inerentemente morais. Uma vez que adotar o *medium* do direito implica converter indivíduos em sujeitos de direito, com a conseqüente liberação dos motivos da conduta e do enfoque estratégico, exigir de sujeitos de direito (em que os indivíduos se converteram após o contrato) a manutenção do compromisso com o princípio do direito que só se justifica do ponto de vista de sujeitos morais teria a deficiência teórica de produzir uma inconsistência entre aquilo que os sujeitos de direito são e aquilo que deles se exige. A

liberação dos motivos da conduta e do enfoque estratégico que o direito produz é incompatível com uma fundamentação inteiramente moral do princípio do direito, se esta fundamentação for tomada ao mesmo tempo como motivo da obediência ao contrato por parte dos sujeitos de direito. Outro argumento mais elaborado para rejeitar essa possibilidade deriva da distinção entre direito e moral nos termos que abordaremos no próximo item.

Antes, porém, gostaríamos de tratar de como o papel da forma jurídica na institucionalização do princípio da democracia é, segundo Habermas, ao mesmo tempo antecipado intuitivamente, mas mal compreendido conceitualmente, no papel que Rousseau atribui à gramática das normas jurídicas. Neste autor, o fato de que as leis são gerais, aplicando-se ao mesmo tempo a todos os cidadãos, atuaria como controle prático de possíveis injustiças da lei, seja porque, aplicando-se a lei também a quem a produz, se cria a expectativa prática razoável de que por meio dela não se fará a outro o mal que não se queira para si, seja porque, confundindo-se na mesma pessoa autor e destinatário da lei, se aplica a impossibilidade conceitual de fazer-se injustiça contra si mesmo. Habermas lança contra essa ideia a crítica de que a igualdade entre os sujeitos de direito só pode enraizar-se no nível pragmático da aceitação da norma por todos os destinatários, e não no nível semântico da gramática geral das normas. Em seus termos:

Rousseau presente o conteúdo normativo do princípio do direito nas propriedades logico-semânticas daquilo que é querido; esse princípio só poderia ser vislumbrado nas condições pragmáticas que determinam *como* se forma a vontade política” (2003a, p. 137).

O vínculo entre a crítica à teoria política de Rousseau e a crítica à influência de premissas da filosofia da consciência pode ser constatado noutro ponto da explicação de Habermas, a saber, na sua crítica ao modo como Rousseau concebe a deliberação política, pois esta não apenas pressupõe um cidadão sobrecarregado eticamente com deveres de virtude que, para Habermas, excedem o que as estruturas de personalidade dos indivíduos modernos podem suportar, mas também trata a deliberação como um processo decisório entre indivíduos que já partilham da mesma tradição ética, em vez de terem que construir um ponto de vista convergente a partir de concepções éticas diferentes e concorrentes. Se Rousseau tivesse lidado seriamente com a proteção da

autonomia privada e com a elevação da autonomia pública a um nível superior à pluralidade ética concorrente, teria tido, segundo Habermas, que recorrer a um verdadeiro ponto de vista moral, capaz de proteger a integridade do sujeito e apreciar imparcialmente as visões e interesses concorrentes de cada um (HABERMAS, 2003a, p. 136-7).

Nesse sentido, Habermas diz, a ênfase de Rousseau na autonomia cívica estabelece “uma conexão interna entre soberania popular e direitos humanos”. Mas Rousseau fixa precondições exigentes para o exercício dessa autonomia cívica. Se a ordem jurídica não deve ser coerciva, a comunidade política deve ser pequena e já integrada através de uma tradição cultural compartilhada, e seus membros devem possuir extraordinária virtude cívica. Na visão de Habermas, contudo, essas condições implicam uma negação da problemática básica do direito moderno: a diferenciação das posições de interesse, a pluralização dos grupos e concepções de bem e a crescente importância da ação auto-interessada. E assim, segundo Habermas, a prometida reconciliação da autonomia privada e da cívica permanece fictícia – pelo menos com respeito a uma sociedade reconhecidamente moderna (BAXTER, 2011, p. 65, tradução nossa).

4.3. Relação com a Filosofia da Consciência

Mas isso ainda não esclarece a relação com a filosofia da consciência, o que vamos deixar mais claro agora. Ambos os problemas – a sobrecarga ética, sem proteção da autonomia privada, e a concepção não pluralista do pano de fundo ético da deliberação – estão ligados, para Habermas, à influência que a teoria de Rousseau sofre das premissas da filosofia da consciência, pois ambos dependem de um esquema segundo o qual o processo de deliberação envolve um micro-sujeito indivíduo e um macro-sujeito povo, sendo necessário, para a afirmação do primado do macro-sujeito sobre o micro, mitigar drasticamente a proteção da autonomia privada e conceber falsamente o cenário ético de uma coletividade política moderna como marcado (ou podendo ser marcado) por uma unidade fundamental. Rousseau não tinha à sua disposição os elementos de uma filosofia da linguagem, com

a qual pudesse contar para conceber a deliberação como fundada, ao contrário, numa intersubjetividade de processos de entendimento entre indivíduos com visões distintas, mas com vista à formação de consensos comunicativos mais elevados.

Já a crítica que liga Kant à filosofia da consciência segue pela via oposta complementar do mesmo caminho. Ela começa pela denúncia do uso dos direitos subjetivos naturais privados, obtidos a partir da aplicação do único direito natural ao “meu e teu exterior”, como imposição prévia ao legislador político, no estilo tipicamente liberal de restrição da soberania popular por direitos humanos pré-políticos. Trata-se, contudo, de uma restrição que Kant se recusa a interpretar como tal, porque “ele partiu do princípio de que ninguém, no exercício de sua autonomia como cidadão, poderia dar a sua adesão a leis que pecam contra sua autonomia privada garantida pelo direito natural” (2003a, p. 135).

A diferença é que, em Kant, como o acento posto na conexão dos direitos com a soberania popular é predominantemente moral, e não, como em Rousseau, político, destaca-se o elemento da autonomia privada individual como sendo tal que a soberania popular jamais desautorizaria, mas não se mostra, em troca, de que forma os direitos da autonomia privada precisam verdadeiramente do nexos com a soberania popular. Pelo contrário, o que se mostra é que não precisam, pois, se podem ser obtidos, pela via da reflexão moral, a partir da aplicação do único direito natural ao “meu e teu” exterior, é que preexistem à comunidade político-jurídica dos cidadãos e dela só podem obter, quando muito, a ratificação política de sua validade moral previamente assegurada. Esta ratificação política, por sua vez, além de ocorrer, não pela via positiva da aceitação, mas apenas pela via negativa da não rejeição, não consiste sequer numa não rejeição de fato, mas numa impossibilidade lógico-jurídica de rejeição: como matéria de fato, poderia ser o caso de que os cidadãos renunciassem aos seus direitos de autonomia privada de base moral, mas, se o fizessem, tal renúncia seria inválida intrinsecamente, sob o argumento de que, se é preciso ser livre para contratar validamente, então, nenhum contrato pode ser tal que consista numa renúncia à própria liberdade que o torna válido. Isto quer dizer que até mesmo a mínima participação da soberania popular na validade dos direitos de autonomia privada que se poderia conceber em Kant não existe, pois a soberania popular está não menos que obrigada, por necessidades lógico-jurídicas, a aceitar (no sentido de não poder rejeitar) tais direitos de matriz moral.

Por fim, em Kant Habermas encontra tanto a noção de autonomia política como uma ênfase sobre as liberdades privadas individuais. O fundamento para esses direitos privados é, tal como na dogmática civil alemã, uma noção moral e o reconhecimento mútuo de direitos entre iguais. Esses direitos particulares são para Kant a especificação de um direito mais geral a iguais liberdades. A exigência de que esses direitos sejam especificados no direito positivo parece ligar o sistema de direitos de Kant com a ideia de soberania popular. Mas, segundo Habermas, o status desses direitos individuais como direitos naturais pré-políticos cria uma “competição não reconhecida entre direitos humanos fundados moralmente e o princípio da soberania popular”. O sistema de direitos fundado moralmente opera como um limite à legislação democrática. Assim, em vez de reconciliar a ideia de direitos humanos com o princípio da soberania popular, afirma Habermas, Kant subordina o último ao primeiro (BAXTER, 2011, p. 65, tradução nossa).

Está claro que, da perspectiva de Habermas, comprometida com uma ideia de dependência recíproca entre autonomia privada e autonomia pública, as teses acima representam a indicação de um sério problema na teoria contratualista de Kant. Contudo, a relação dessa particularidade da teoria kantiana com a filosofia da consciência precisa de uma explicação. Em princípio, ela estaria mais ligada à ideia, que Habermas já apontou na dogmática civilista alemã e na estratégia de obtenção da forma jurídica em Kant, de uma subordinação do direito à moral. Mas podemos supor que, para Habermas, aquela limitação da teoria kantiana provém também da associação entre a necessidade que Kant percebia de proteger a integridade do indivíduo dentro da relação de soberania política e a impossibilidade de conceber essa relação senão como relação entre um micro-sujeito indivíduo e um macro-sujeito povo. Dessa forma, a proteção da liberdade do indivíduo seria o tipo de tarefa que não poderia ser confiada à soberania política porque nesta a figura do micro-sujeito indivíduo desaparece na medida em que se subsume à figura do macro-sujeito povo. Noutras palavras, a importância da integridade do indivíduo precisaria vir previamente assegurada em termos morais porque, uma vez que tenha início a

atuação da soberania popular, esta integridade de cada um perderia relevância no contexto da consideração do igual interesse de todos. Uma vez que, no marco da filosofia da consciência, pelo menos da maneira limitada com que Habermas concebe este marco, Kant também não poderia pensar nos direitos individuais como direitos que os cidadãos se atribuem uns aos outros, mas apenas como direitos que os indivíduos já têm consigo, o recurso ao elemento de uma proteção moral prévia da liberdade se torna compreensível para evitar o tipo de absorção do indivíduo no sujeito macro dimensionado do povo que Kant teria identificado como resultante na abordagem de Rousseau.

Quer dizer, tanto a aposta de Rousseau na proteção da integridade dos indivíduos a partir da generalidade das leis quanto a aposta de Kant na proteção da autonomia privada por direitos assegurados previamente em nível moral só teriam sido necessárias em vista do receio da falsa ameaça da completa submissão do indivíduo à vontade da comunidade, que resulta de uma concepção deficiente do processo de legislação, uma abordagem, como dirá Habermas, não comunicativa deste processo. Uma abordagem que seja capaz de conceber outras entidades nos processos políticos que não sujeitos micro ou macro dimensionados e de transferir o ônus dos ganhos de racionalidade dos sujeitos para processos de entendimento através dos quais os sujeitos criam uma comunidade jurídica que se autogoverna poderia encontrar na tessitura da intersubjetividade comunicativa os elementos necessários para que o processo de autolegislação implique e forneça a proteção necessária à autonomia privada de seus membros participantes. Voltaremos a falar sobre isso no item d. Antes, porém, precisamos deixar mais clara a forma que o Capítulo III de *Direito e Democracia* propõe para a relação entre direito e moral.

5 TERCEIRA LINHA ARGUMENTATIVA: A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL (I) – ASPECTOS NORMATIVOS

O tema da relação entre direito positivo e moral racional, que é da maior importância para o tema de nosso trabalho, atravessa todo o Capítulo III de *Direito e Democracia* (e é bastante complementado pelo que diz a respeito o *Posfácio* de 1994). Dar uma visão abrangente da concepção de Habermas a esse respeito implica recolher em diferentes partes do texto as peças do quebra-cabeça e tentar montá-lo de uma forma mais completa e coerente.

5.1. Primeira Peça: O direito positivo e a moral racional possuem estruturas internas diferentes

Em Kant, o projeto de fixar a diferença entre direito e moral e o projeto de obter a forma jurídica são um projeto unitário: a realização do primeiro é também a do segundo. Em Habermas, são dois projetos distintos. Como já se disse, Habermas não obtém sua concepção da forma jurídica a partir da distinção entre direito e moral, e sim a partir das duas linhas de tensão entre facticidade e validade do direito moderno. Disso resulta uma forma jurídica composta de quatro características que mostram a relação do direito moderno com os âmbitos sistêmicos e com o mundo da vida social e o situam histórico-sociologicamente em relação aos seus correlatos modernos e a seus antecessores pré-modernos. Isso não quer dizer que Habermas não se dedique também à distinção entre direito e moral do ponto de vista de suas características internas; quer dizer apenas que não é desta distinção que Habermas espera extrair a forma jurídica.

No que se refere à distinção entre direito e moral quanto à sua estrutura interna, Habermas salienta as seguintes diferenças: a) quanto aos sujeitos a que um e outro se referem (chamaremos esse aspecto da distinção de *referente subjetivo*), a moral se refere a todos os sujeitos e os considera do ponto de vista material de sujeitos completamente individuados; o direito se refere apenas aos membros de uma comunidade jurídica concreta e os considera do ponto de vista formal de sujeitos de direito (um aspecto em que o direito é mais restrito que a moral); b) quanto às matérias que um e outro regulam (chamaremos esse aspecto da distinção de *referente objetivo*), Habermas diz que a moral pode legislar também sobre a cogitação e a intenção, enquanto o direito precisa se restringir à ação exterior, única que pode ser imposta

coercivamente (outro aspecto em que o direito é mais restrito que a moral), mas, por outro lado, a moral se restringe à regulação de conflitos interpessoais, enquanto o direito se ocupa também da imposição de programas e objetivos coletivos, dotados ou não de peso moral, sob forma obrigatória (um aspecto em que o direito é mais amplo que a moral).

Acerca da distinção quanto ao referente *subjético*, Habermas explica no *Posfácio* que:

O universo *moral*, que não possui fronteiras sociais ou históricas, abrange *todas* as pessoas naturais, em toda a sua complexidade histórica e vital; desse modo, a proteção moral refere-se à integridade de sujeitos completamente individuados. Ao passo que uma *comunidade jurídica*, localizada no espaço e no tempo, protege a integridade de seus membros, porém, apenas na medida em que eles assumem o *status* de portadores de direitos subjetivos (2003b, p. 312).

Há, portanto, na distinção do referentes subjético, duas distinções: uma qualitativa-quantitativa, relativa a *quais* são os sujeitos abarcados; outra modal, relativa a *como* estes sujeitos são considerados. No que se refere à primeira, os sujeitos levados em conta pela moral são todos os sujeitos, sem limitações nem de tempo nem de espaço. Não são, portanto, como no direito, apenas os sujeitos atualmente vivos⁸ e pertencentes a certa comunidade jurídica concreta. Já no que se refere à segunda, os sujeitos a que se refere a moral são levados em conta como sujeitos completamente individuados, isto é, são considerados “em toda a sua complexidade histórica e vital”. No direito, diversamente, eles são levados em conta enquanto sujeitos de direito, isto é, enquanto indivíduos que ocupam um lugar jurídico determinado, que lhes confere um conjunto também determinado de direitos e obrigações, não em função de quem eles são biograficamente, mas em função apenas deste status jurídico que têm no direito vigente que os abarca.

⁸ O direito pode, claro, se referir a sujeitos não vivos, mas só por exceção: por exemplo, aos mortos, no que se refere a seu espólio, seus atos de vontade, seu nome, sua honra etc., ou aos nascituros, no que se refere à proteção de sua vida intrauterina e a suas expectativas de direitos, ou ainda às gerações futuras, no que se refere a questões de revisão constitucional ou preservação ambiental.

Alguns ganhos analíticos importantes para nosso trabalho resultariam de examinar se Habermas tem razão quanto à existência dessas diferenças entre direito e moral. Suponhamos que certo indivíduo tem uma propriedade legítima e que, como tal, tem direito moral a não ser privado contra sua vontade desta propriedade que lhe pertence. Ora, esse direito moral não teria nenhuma das duas características que Habermas atribuiu às normas morais. Ele não seria um direito que se estende a todos os sujeitos, mas apenas aos sujeitos que têm propriedade. E não é um direito que leve em conta as particularidades biográficas de seu titular, mas apenas leva em conta que se trata de um sujeito moral e que este tem uma propriedade legítima. Qualquer outro indivíduo, não importa o quão diversa fosse sua biografia, desde que se qualificasse como sujeito moral e tivesse propriedade legítima, seria titular do mesmo direito moral que o indivíduo de nosso exemplo.

Se contra isso se argumentasse que esta norma moral de fato não se refere a todos os sujeitos (apenas àqueles que têm propriedades legítimas), mas nem por isso se iguala nesse aspecto à norma jurídica, porque a restrição com que trabalha (ter uma propriedade legítima) tem a ver com o fundamento daquele direito e não com a contingência espaço-temporal de pertencer a esta ou àquela comunidade jurídica concreta, esta objeção teria razão, mas obrigaria a reformular a distinção que Habermas traçou. Ter-se-ia que dizer agora, não que as normas morais não fixam restrições subjetivas e sempre se referem a todos os sujeitos morais, e sim que as normas morais não fixam restrições subjetivas estranhas àquelas que são relevantes para a determinação de direitos e obrigações morais.

Ocorre que o mesmo se poderia dizer das normas jurídicas: elas também não estabelecem restrições subjetivas estranhas àquelas que são relevantes para a determinação de direitos e obrigações jurídicas. Apenas é o caso que para direitos e obrigações jurídicas a pertença a uma comunidade jurídica concreta é uma restrição subjetiva relevante. Isso nos levaria a outra reformulação da distinção: Agora diríamos que a diferença está em que para direitos e obrigações morais a pertença a certa comunidade concreta nunca é uma restrição subjetiva relevante, enquanto para direitos e obrigações jurídicas tal pertença é sempre uma restrição subjetiva relevante. Noutras palavras: Dada a característica formal da positividade, a pertença a certa comunidade concreta, mesmo quando não relacionada com a justificação racional de direitos e

obrigações⁹, é sempre uma restrição subjetiva relevante para normas jurídicas, mas nunca para normas morais. Esta seria uma formulação mais exata da diferença para a qual Habermas quer chamar a atenção.

Voltando ao exemplo dado acima, o direito moral de não ser privado de sua propriedade legítima não levaria em conta a biografia de seu titular, mas apenas sua qualificação como sujeito moral e como possuidor de uma propriedade legítima. A isso se poderia objetar que foram exatamente certos fatos de sua biografia (por exemplo, ter comprado aquela propriedade com dinheiro extraído de seu trabalho, ter herdado legitimamente aquela propriedade de seu pai, ter ganho a propriedade num jogo justo e jogado honestamente etc.) que o tornaram possuidor de uma propriedade legítima e, assim, titular daquele direito.

Tal objeção, contudo, poderia ter a seguinte resposta. Mesmo deixando de lado que elementos jurídicos (compra, herança e jogo autorizado) estão contidos nos fatos biográficos listados, a explicação fracassa em distinguir entre normas morais e normas jurídicas porque tais “fatos biográficos” também seriam levados em conta pela maioria das normas jurídicas relativas a direito de propriedade. Nas ordens jurídicas conhecidas, um indivíduo não se torna proprietário legítimo apenas por ser um sujeito de direito, sem que certos fatos biográficos o liguem à propriedade da coisa em questão. Além disso, não são os “fatos biográficos” em si que são importantes, e sim se eles se subsomem em certos *esquemas* de aquisição de propriedade legítima que, na moral ou no direito, regulam os juízos sobre quem possui legitimamente o quê.

Mesmo assumindo que isto estivesse correto, restaria uma importante nuance de diferença a apontar entre uma norma de direito moral e uma norma de direito jurídico à propriedade legítima: embora as duas estabeleçam na verdade esquemas de aquisição de propriedade

⁹ Essa restrição é importante, pois se poderia imaginar várias situações em que a pertença a certa comunidade concreta fosse importante para a justificação racional de direitos e obrigações. Por exemplo, se considerarmos que existe algo como uma obrigação moral de pagar impostos ou uma obrigação moral de ir à guerra, tais obrigações terão a pertença a certa comunidade concreta, em vez de outra, como parte da justificação racional para ter aquela obrigação e para cumpri-la apenas em relação a certo Estado, mas não a outro. Essas situações, contudo, não seriam exceção à regra que formulamos, porque, nestes casos, a pertença a certa comunidade concreta só tem peso moral porque é parte da justificação racional das obrigações em questão. Já ser brasileiro não é, por sua vez, parte da justificação racional do direito a um 13º salário, mas ainda assim é condição para tê-lo.

legítima, só levando em conta fatos biográficos na medida em que se subsomem nestes esquemas, os esquemas da norma moral devem necessariamente ter uma relação com a justificação racional da propriedade, enquanto os esquemas da norma jurídica podem ser quaisquer esquemas impostos pelo legislador político. Esta seria de fato uma diferença relevante porque, mesmo que se assuma que, nas mãos de um legislador razoável, haveria uma satisfatória coincidência entre os esquemas da norma jurídica e os da norma moral, tal coincidência não apenas não seria necessária como também não seria o fundamento da obrigatoriedade dos esquemas da norma jurídica. Aqui de novo é a característica formal da positividade que vincula as normas jurídicas a esquemas formais impostos por um legislador e variáveis por novas decisões dele.

Se reunirmos as conclusões acima, teremos que: a) a pertença a certa comunidade concreta, mesmo quando não relacionada com a justificação racional de direitos e obrigações, é sempre uma restrição subjetiva relevante para normas jurídicas, mas nunca para normas morais; b) os esquemas a partir dos quais os fatos biográficos dos sujeitos são levados em conta em normas morais têm necessariamente uma relação com a justificação racional de direitos e obrigações, enquanto os esquemas levados em conta por normas jurídicas são produto da decisão artificial e variável de um legislador político.

Queremos ressaltar que tais diferenças tornariam praticamente impossível uma transposição *stricto sensu* de conteúdos de normas morais para normas jurídicas. Limitar o referente subjetivo a indivíduos que pertencem a certa comunidade jurídica concreta localizada no tempo e no espaço é submeter o conteúdo da norma a restrições subjetivas não relacionadas com a justificação racional de direitos e obrigações, o que é característica apenas das normas jurídicas, e não das normas morais. Da mesma maneira, submeter um conteúdo moral a certos esquemas de juízo apenas porque tais esquemas foram postos por um legislador político é romper a relação necessária entre esquemas de juízo e justificação racional de direitos e obrigações, típico de normas morais, e substituí-la pela relação entre esquemas de juízo e positividade, típica das normas jurídicas. Como veremos no próximo capítulo, isto quer dizer que só é possível falar de *transposição* de conteúdo de normas morais para normas jurídicas num sentido bastante amplo e pouco exigente.

Já acerca da distinção quanto ao referente *objetivo*, Habermas explica no *Posfácio* que:

Além disso, existem diferenças quanto à extensão. As matérias passíveis de uma regulamentação jurídica ou carentes dela são mais limitadas e, ao mesmo tempo, mais amplas que as questões morais: mais limitadas porque somente o comportamento externo, que pode ser imposto, é acessível às regulamentações jurídicas, mais amplas, porque o direito, enquanto meio de organização da autoridade política, pode conferir uma forma impositiva a programas e objetivos coletivos, *não se esgotando*, pois, na regulamentação de conflitos interpessoais (2003b, p. 312)

Aqui também temos uma distinção que se desdobra em duas. De um lado, o direito se restringe a ações externas, enquanto a moral pode avançar também para intenções e cogitações. De outro lado, a moral se restringe à regulação de conflitos interpessoais, enquanto o direito pode avançar também para a imposição de programas e objetivos coletivos, não importa o peso moral que tenham.

Novamente nestes pontos cremos que as formulações usadas por Habermas pecam um pouco por imprecisão. É exagerado dizer que o direito se limita à regulação de ações exteriores. O direito também regula omissões, por exemplo, mas estas podem ser tomadas como parte do conceito de ação *lato sensu*. Mais difícil (a ponto de exigir longos exercícios de ginástica argumentativa) é classificar normas de organização, de competência, de autorização, de validação, de anulação etc. como regulando ações exteriores. Mas estas são, para usar os termos de Hart, regras jurídicas secundárias, de um tipo que não valeria a pena comparar com a moral, porque nela não encontram qualquer correspondente, e Habermas parece, para fins desta comparação com a moral, dar ênfase às regras jurídicas primárias, que regulam o comportamento dos indivíduos. Teria sido, no entanto, mais preciso dizer: No que se refere às regras primárias, único tipo que se pode encontrar tanto no direito quanto na moral, as regras primárias jurídicas não podem regular intenções e cogitações, enquanto as regras primárias morais podem.

Outra questão a considerar é se normas morais de fato regulam outra coisa que não comportamento exterior. Mesmo que recorramos à distinção kantiana entre a ação conforme o dever e a ação por dever e consideremos esta última como tendo, além do componente objetivo da ação, também o componente subjetivo da intenção, seria impreciso dizer

que a norma moral *regula* a intenção (não se pode ser obrigado a ter certa intenção), pois ela na verdade apenas *leva em conta* a intenção no julgamento da moralidade da ação. Ora, mas se é isso, também existem situações em que o direito *leva em conta* a intenção dos agentes para julgar da legalidade ou ilegalidade de sua conduta. A presença ou ausência de boa fé é um requisito relevante para decidir sobre as consequências de vícios contratuais, a culpabilidade é um requisito importante para decidir sobre a punibilidade de uma conduta criminosa e o conhecimento de um ato ou de uma decisão jurídica pode em muitos casos ser central para decidir se uma conduta desviante foi antijurídica. A chamada responsabilidade objetiva, que leva em conta apenas a ocorrência ou não do comportamento exterior (indo às vezes além e levando em conta apenas o resultado, independentemente do comportamento), é antes a exceção que a regra geral na aplicação de normas jurídicas.

Uma forma mais precisa de enunciar a real diferença entre normas morais e normas jurídicas quanto a este ponto, e que se encontra em Habermas em diversos pontos do texto (e.g. 2003a, p. 51-2), é dizer que, embora tanto umas quanto as outras regulem a conduta exterior, as normas jurídicas, no que se referem aos motivos da obediência, se abrem tanto para a perspectiva performativa quanto para a estratégica, enquanto as normas morais exigem a primeira perspectiva. Quando se diz que “no direito, o que importa é a conformidade da conduta, e não seus motivos”, o que se quer na verdade dizer não é que em direito os motivos nunca importam, e sim que não importa se estes motivos estão fundados na perspectiva performativa ou na perspectiva estratégica do agente¹⁰. Se um funcionário público deixa de cumprir uma ordem que lhe foi enviada por carta de seu superior porque esta se extraviou e ele jamais a recebeu, é claro que para o direito esse motivo importa. Mas se ele cumpriu a ordem apenas porque, do contrário, sofreria sanções, e

¹⁰ Neste ponto, cabe comentarmos novamente que esta distinção entre normas morais e normas jurídicas torna o fenômeno da transposição de conteúdo de umas para outras algo que jamais pode ocorrer *stricto sensu*, mas apenas num sentido aproximado ou analógico. Se quiser se qualificar como conduta moralmente correta, a obediência à norma moral que proíbe matar precisa ter uma associação motivacional necessária com o respeito pela vida humana que, para se qualificar como juridicamente correta, a obediência à norma jurídica que proíbe a mesma conduta não tem que ter. Dizer que as duas têm o mesmo conteúdo seria excluir do conteúdo da norma moral o elemento do motivo, que é seu componente necessário.

não por realmente concordar com seu conteúdo ou respeitar a autoridade de seu superior, ou seja, por motivos fundados em perspectiva meramente estratégica, isso, sim, não importa para o direito.

Em relação à possibilidade de o direito, indo além da regulação de conflitos interpessoais, se estender também para a imposição de programas e objetivos coletivos, trata-se claramente de outro ponto em que normas morais e normas jurídicas não podem coincidir entre si. Embora existam programas e objetivos coletivos impostos por normas jurídicas que poderiam encontrar justificção em princípios morais, mesmo em tais casos a não coincidência se confirma, pois a moral racional pode fornecer apenas os princípios que inspiram tais programas e objetivos, mas não pode, para a realização de tais princípios, apontar certos programas e objetivos em detrimento de outros. Além disso, nem todos os programas e objetivos coletivos estão fundados em princípios morais, pois há também aqueles que se inspiram em autoprojeções éticas (como, por exemplo, a mudança da consciência e da conduta ambiental) ou em metas simplesmente pragmáticas (como, por exemplo, a proteção da indústria nacional mediante o desincentivo a importações).

Gostaríamos, contudo, de ressaltar que os “programas e objetivos coletivos” (a versão habermasiana do conceito dworkiniano de “políticas” em *Levando os Direitos a Sério*), cuja presença no direito Habermas explica, na imediata continuação da passagem que citamos (2003b, p. 312), pela influência de outros argumentos que não os morais, não são os únicos conteúdos jurídicos para os quais argumentos empíricos, pragmáticos e éticos (além de negociações justas) são importantes. Não é como se Habermas estivesse dizendo que a regulação de conflitos interpessoais no direito é dirigida por argumentos morais, mas a imposição de programas e objetivos coletivos sofre influência também de outros argumentos. Na verdade, os conteúdos jurídicos em geral, incluindo nisso a regulação de conflitos interpessoais e, mais especialmente, incluindo os direitos, não apenas sofrem, como também precisam sofrer, influência de todos estes tipos de argumento. Deixaremos isso mais claro quando falarmos do duplo papel dos argumentos morais no discurso jurídico de legislação (cf. item 5.4 dessa dissertação), pois argumentos morais desempenham seu papel positivo (indicando escolhas) ao lado de outros tipos de argumento e seu papel negativo (limitando escolhas) controlando a compatibilidade dos demais tipos de argumentos com o ponto de vista moral. Embora se possa dizer que todas as normas jurídicas devem ser compatíveis com princípios morais, não se pode dizer, pois, que todas tenham conteúdo moral.

5.2 Segunda Peça: Direito positivo e moral racional se regulam por duas diferentes versões do princípio do discurso

À altura do texto em que enuncia essa tese, Habermas já pressupõe considera ter mostrado que a melhor abordagem da moral racional moderna e do direito positivo moderno é uma que os conceba a partir da teoria do agir comunicativo, isto é, por um viés discursivo. Agora, a teoria do discurso precisa se demonstrar capaz de indicar, ao nível do saber cultural, a distinção que se deve traçar entre direito e moral, mostrando que tal distinção pode ser apreendida mais adequadamente por meio dos recursos que a teoria do discurso nos coloca à disposição.

Desde pelo menos *Consciência Moral e Agir Comunicativo*, Habermas já havia dado à moral um tratamento discursivo comprometido com uma concepção cognitivista, deontológica, formal e universalista (1999, p. 15-8). Incorporando não tanto a formulação em si do imperativo categórico kantiano, mas sim a intuição contida nele, a saber, a exigência de submissão de candidatas a normas morais a um teste de universalização, e dando a esta intuição uma versão discursiva e intersubjetivista, Habermas propôs o *princípio U*, ou *princípio de universalização* (2003d, p. 86), segundo o qual toda norma válida deve satisfazer a condição de:

que as conseqüências e efeitos colaterais, que (previsivelmente) resultarem para a satisfação dos interesses de *cada* um dos indivíduos do fato de ser ela *universalmente* seguida, possam ser aceitos por *todos* os concernidos (e preferidos a todas as conseqüências das possibilidades alternativas e conhecidas de regagem).

Naquela ocasião, Habermas já considerava que a fundamentação do princípio U exigia a referência a um princípio mais abstrato, chamado princípio D, ou princípio do discurso, de acordo com o qual “uma norma só deve pretender validade quando todos os que possam ser concernidos por ela cheguem (ou possam chegar), enquanto *participantes de um Discurso prático*, a um acordo quanto à validade dessa norma” (2003d, p. 86). Portanto, a referência ao princípio U (em versão relativamente mais fraca que a do texto citado, pois agora exclui a parte da comparação com todas as demais alternativas conhecidas) e

ao princípio D não são a novidade do texto de *Direito e Democracia* quanto a este assunto. As verdadeiras novidades ficam por conta da atribuição ao princípio D de um nível de abstração logicamente *anterior* ao da moralidade e à introdução, para tratar do discurso jurídico, de um novo princípio, o *princípio da democracia*, que aqui chamaremos de *princípio De*¹¹.

O primeiro ponto é extremamente controverso. No Capítulo III de *Direito e Democracia*, Habermas diz que:

Esse princípio – como o próprio nível pós-convencional de fundamentação no qual a eticidade substancial se dissolve em seus componentes – tem, certamente, um conteúdo normativo, uma vez que explicita o sentido de imparcialidade de juízos práticos. Porém ele se encontra num nível de abstração, o qual, apesar desse conteúdo moral, *ainda é neutro* em relação ao direito e à moral; pois ele se refere a normas de ação em geral (2003a, p. 142).

Dessa forma, devemos entender a “neutralidade” do princípio D em relação ao direito e à moral não como ausência de elementos morais em sua formulação, mas sim como explicitação de um sentido de imparcialidade que é igualmente informativo da legitimidade de todas as normas de ação, sem tomar partido ainda pela consideração de normas jurídicas ou morais. A questão sobre se faz sentido pensar um compromisso com a imparcialidade da parte de um falante que ainda não tenha adotado ponto de vista moral abre caminho para o interessante e sofisticado debate que a este respeito Apel travou com Habermas, a que, contudo, não nos dedicaremos aqui¹².

Aquilo a que, sim, nos dedicaremos é a formulação do princípio De e sua distinção em relação ao princípio U. O princípio U exige que as normas examinadas possam ser aceitas por todos os concernidos levando em conta as consequências previsíveis de sua observância geral para a satisfação dos interesses de cada um. Sendo assim, o que o princípio U adiciona ao princípio D é uma “regra de argumentação para

¹¹ Usando a abreviação proposta por ARAÚJO, 2003, p. 12.

¹² A respeito do debate, v. MOREIRA, 2004, Caps. III e VI (textos de Apel) e Cap. IV (artigo do Prof. Manfredo Araújo de Oliveira sobre a discussão), bem como DUTRA, 2005, Cap. 5 e DUTRA, 2010.

a decisão racional de questões morais” (2003a, p. 145), neste caso, uma indicação de *como* os participantes devem levar em conta as normas discutidas e de *quais* argumentos contam como válidos para sua aceitação ou rejeição. Por isso, Habermas afirma que o princípio U “opera no nível da constituição *interna* [ou seja, do modo de argumentar] de um determinado jogo de argumentação” (2003a, p. 146), no caso, do jogo de argumentação moral.

Já o princípio De, o qual “se destina a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito” (2003a, p. 145), exige que as normas possam ser aceitas por todos os concernidos em discursos racionais que se desenvolvam por meio de instituições democráticas e assumindo o *medium* do direito. Nos termos de Habermas, ele exige que “somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva” (2003a, p. 145). Como o direito se abre para vários tipos de argumentos práticos (pragmáticos, éticos, morais e negociações justas), o princípio De não pode determinar de antemão uma regra de argumentação com que questões políticas devam ser solucionadas, mas estabelece, em vez disso, a forma institucional que os discursos racionais de normatização legítima precisam assumir necessariamente. Por isso, Habermas afirma que o princípio De, em vez de operar, como o princípio U, ao nível da constituição interna do jogo argumentativo da política:

se refere ao nível da institucionalização externa e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo direito (2003a, p. 146).

A afirmação, feita do ponto de vista normativo, de que a fundamentação tanto do princípio U quanto do princípio De remete ao mais abstrato princípio D reflete o fato, afirmado por Habermas do ponto de vista sociológico (2004, p. 55-6), de que o elemento da antiga eticidade substancial que sobrevive ao processo de racionalização e que pode ser usado como recurso comum pela moral racional e pelo direito positivo é uma disposição para o acordo não violento por meio da linguagem. O ethos da sociedade global (cf. item 6.1 dessa dissertação) haveria legado uma disposição para o diálogo como procura da solução para conflitos de ação que é incorporada do ponto de vista normativo

pelo princípio D e se faz presente, por meio dele, nos princípios U e De, ou seja, na moral e no direito.

Voltando ao ponto de vista normativo, contudo, podemos dizer que o fato de os princípios U e De operarem em níveis diferentes de diferenciação do princípio D (constituição interna e institucionalização externa) tem como consequência não apenas que o princípio U limita o discurso moral a apenas um tipo de argumento e o princípio De abre o discurso jurídico para todos os tipos de argumento prático, mas também que o princípio U abre o discurso moral para qualquer configuração espaço-temporal e qualquer arranjo institucional, enquanto o princípio De limita o discurso jurídico a uma comunidade concreta (a comunidade jurídica particular a que pertencem os falantes), a um sistema político-institucional (uma democracia realizada em instituições que proporcionam uma participação simétrica dos membros na formação discursiva da opinião e da vontade) e a um *medium* linguístico específico (o direito positivo moderno, com todas as implicações já abordadas da assunção da forma jurídica).

5.3 Terceira Peça: A autonomia moral é unitária, enquanto a autonomia jurídica se biparte em autonomia pública e autonomia privada

Uma terceira diferenciação, ainda no âmbito normativo, entre moral racional e direito positivo se refere ao exercício da autonomia. No *Pósfacio*, Habermas afirma que:

A moral e o direito servem para regular conflitos interpessoais; ambos devem proteger, de forma simétrica, todos os participantes e afetados. O curioso é que a positividade do direito força uma divisão da autonomia, que não possui equivalente no campo da moral. A autodeterminação moral constitui um conceito unitário, segundo o qual cada um segue exatamente as normas que ele, de acordo com um juízo próprio e imparcial, tem como obrigatórias; ao passo que a autodeterminação do cidadão apresenta uma dupla feição: ela se apresenta como autonomia pública e privada. Por isso, a autonomia jurídica não coincide com a liberdade em sentido moral. Além disso, ela assume em si mesma dois momentos: o da liberdade de arbítrio do ator que decide

racionalmente e o da liberdade da pessoa que decide eticamente (2003b, p. 310-11).

Segundo a explicação de Habermas, pois, a autonomia moral é, por assim dizer, monolítica, enquanto a autonomia jurídica é bipartida em autonomia pública e autonomia privada. O que isso quer dizer é que a autonomia moral só se exerce de uma forma, a saber, como sujeito racional que se atribui e aceita normas na medida em que elas sejam igualmente boas para todos, enquanto a autonomia jurídica é autonomia dupla, exercida ao mesmo tempo como gozo de um espaço de liberdade do arbítrio para persecução de seu projeto de vida (autonomia privada, mais identificada com a perspectiva do destinatário das normas) e como possibilidade de participação em processos públicos de formação da opinião e da vontade política (autonomia pública, mais identificada com a perspectiva do autor das normas). Quanto a esta diferença, devemos examinar, em primeiro lugar, o motivo por que ela existe; como se verá, diremos que, para Habermas, esse motivo é que a autonomia jurídica precisa dar conta de um cenário sociológico marcado pelo pluralismo e pelo individualismo, o que se reflete no uso da forma jurídica. Em seguida, devemos responder de que modo Habermas procura integrar as duas faces da autonomia sem atribuir a nenhuma delas o tipo de prioridade problemática sobre a outra que ele acredita encontrar nas tradições liberal e republicana.

Em ambos os casos, tanto no que se refere à autonomia moral quanto no que se refere à autonomia jurídica, devemos entender por autonomia uma situação na qual o sujeito se encontra submetido apenas às normas que ele próprio se deu (ou com as quais poderia ter assentido racionalmente), em que tem “a liberdade que permite a cada indivíduo ser seu próprio senhor, garantindo que a determinação de sua vontade e de sua conduta dependa apenas de si mesmo e não de forças externas de qualquer tipo” (SILVA, *in*: NOBRE; TERRA, 2008, p. 91). Contrasta, nesse caso, com a heteronomia do sujeito submetido a normas impostas por outro, próprias de uma tradição com a qual não concorda ou criadas por um processo em que seus interesses não foram levados em conta.

No caso da autonomia moral, o sujeito é autônomo na medida em que as normas morais a que se considera submetido como destinatário são também normas que ele, como sujeito racional que examina e critica candidatas a normas, reconhece como legítimas, no sentido de serem igualmente boas para todos. Não apenas não há diferença alguma entre a perspectiva do destinatário e do autor das normas, como também o tipo

de consideração a ser levada em conta (a correção moral) não tem limite espaciotemporal nem precisa ser conciliado com nenhuma outra coisa¹³:

[A] autonomia moral é constituída por uma única peça, pois nos discursos morais de fundamentação das normas, os participantes buscam chegar a um consenso racionalmente motivado acerca do que pode ser do interesse simétrico de todos os implicados, o que permite que a força dos melhores argumentos os convença da validade da lei, o que caracteriza a conexão entre razão prática e vontade soberana (DURÃO, 2006, p. 114).

Já no caso da autonomia jurídica, o sujeito é autônomo na medida em que, em primeiro lugar, como indivíduo singular, dotado de uma biografia irrepetível e comprometido com um projeto de vida pessoal e autêntico, tem assegurado o espaço de liberdade de arbítrio para fazer suas escolhas próprias e, em segundo lugar, como cidadão participante de uma comunidade jurídica, tem assegurada sua possibilidade de tomar parte e ser ouvido nos processos de formação da opinião e da vontade política. Agora, em comparação, há certa diferença entre a perspectiva

¹³ Temos dúvidas sobre a procedência dos motivos fornecidos por Habermas para o caráter monolítico da autonomia moral. Afinal, assumindo que a moral racional de que se fala é discursiva e se regula de modo intersubjetivista pelo Princípio U, disso resulta que o exame do que é igualmente bom para todos deve levar em conta as possíveis satisfações ou sacrifícios do interesse de cada um, o que, num espaço de pluralismo das formas de vida e individualismo dos projetos de vida, significa que também as normas morais precisam fixar o que é igualmente bom para todos de modo tal que os sacrifícios individuais exigidos não sejam excessivos e que a possibilidade de cada um fazer suas próprias escolhas de vida não seja eliminada. Prova de que essa dimensão da liberdade do arbítrio privado é levada em conta está em certas modalidades da distinção entre deveres obrigatórios e exigências supererogatórias. O motivo por que exigências como as de arriscar a vida em nome da denúncia de injustiças ou dedicar-se integralmente a obras de caridade seriam supererogatórias não é que ultrapassam as forças normais do indivíduo, e sim que não se compatibilizam com a perseguição dos projetos de vida de cada um. Ao que nos parece, disso resultaria que também a autonomia moral fosse bipartida em, de um lado, a autonomia do sujeito que tem liberdade individual de arbítrio e, do outro, a autonomia do legislador moral que fixa o que é do igual interesse de todos. Se tivermos razão quanto a isto, não seria mais claro por que esta concorrência entre privado e público não surgiria também no domínio moral.

do autor das normas, que legisla com vista ao bem comum (autonomia pública como oportunidade) e para quem a autonomia privada, própria e dos demais, é um limite ao tipo de exigência legal que pode ser criado (autonomia privada como limite), e a perspectiva do destinatário das normas, que busca a realização de seu projeto de vida (autonomia privada como proteção) e para quem a legislação pública é um limite de extensão de seu espaço de arbítrio (autonomia pública como limite). As normas precisam ao mesmo tempo ser criadas mediante o exercício da autonomia pública e com a devida proteção da autonomia privada. A este respeito, SILVA (2008, p. 91-2) explica que:

Entretanto, a autonomia dos sujeitos de direito mostrou-se necessária em diferentes âmbitos da vida social. A liberdade para a participação na vida pública, na qual são decididos os fins a serem coletivamente perseguidos e os padrões de justiça a serem impostos a toda a comunidade, mostrou-se não coincidir com a liberdade necessária a uma orientação independente da vida privada, concernente à formação autônoma das identidades individuais e de comportamentos reservados à esfera íntima. Nesse sentido, os desenvolvimentos do pensamento jurídico-filosófico moderno produziram uma cisão do conceito de autonomia jurídica a fim de alcançar tanto a liberdade para os cidadãos decidirem sobre as normas que regulam o comportamento de todos os membros de suas respectivas comunidades, como também a liberdade para decidir sobre a orientação que darão a suas próprias vidas individuais. Nos termos de Habermas, a autonomia jurídica distingue-se na modernidade em autonomia pública e privada para referir-se a esferas da vida social distintas, mas igualmente carentes de proteção.

O motivo sociológico dessa bipartição da autonomia jurídica é o processo de racionalização do mundo da vida, com a consequente dissolução do ethos abrangente, pluralização das formas de vida e individualização dos projetos de vida (cf. adiante, item 6.1), fenômenos que, juntos, tornaram impossível uma coincidência completa entre as orientações de bem comum típicas da legislação pública e a busca do bem individual na vida privada. Isso se reflete claramente no uso da

forma jurídica. Se esta nasce, como já explicamos (cf. Cap. 3 desta dissertação), a partir das duas linhas da tensão interna entre facticidade e validade, os polos da validade são respectivamente ocupados num caso pela liberdade individual, na forma de direitos subjetivos, e no outro pela participação política, na forma de procedimentos inclusivos de formação discursiva da opinião e da vontade. Ou seja, os polos da validade estão diretamente ligados à autonomia privada e à autonomia pública respectivamente.

Pode-se ainda acrescentar outro motivo para a diferença entre o exercício da autonomia moral e da autonomia jurídica. DURÃO (2006, p. 108) sugere uma relação entre a bipartição da autonomia jurídica em pública e privada e a abertura simultânea do direito, no que se refere aos motivos da obediência dos destinatários às normas, para as perspectivas performativa e estratégica:

Em consequência, ao contrário da auto-legislação moral, cujo conceito de autonomia exige o respeito à lei, na auto-legislação jurídica, a autonomia se divide em duas, pois os cidadãos dispõem tanto da autonomia privada, que lhes permite lançar mão de suas liberdades subjetivas de ação, a qual garante para cada indivíduo uma esfera isenta de interferências externas e lhe permite escolher os motivos pelo qual pode obedecer à lei, contanto que seu comportamento externo seja o prescrito pela lei, inclusive o de perseguir interesses privados inspirados exclusivamente pela facticidade, quanto da autonomia pública, uma vez que possuem a liberdade comunicativa, que lhes exige buscar um entendimento com os demais capaz de formar um consenso racionalmente motivado, que lhes obrigue a obedecer à lei a partir do reconhecimento da sua validade.

Habermas aponta como um dos problemas principais a serem resolvidos, tanto no âmbito das concepções da dogmática jurídica sobre direitos subjetivos quanto no âmbito das teorias do direito racional sobre legislação, o esclarecimento do vínculo entre o sistema de direitos e a soberania popular, ou seja, nos termos do item que agora estamos abordando, do vínculo entre as duas faces da autonomia jurídica. As chamadas concepções liberais e republicanas de democracia, estilizadas

como polos concorrentes para representar o modo como estavam caracterizadas no debate norte-americano que se iniciou nos anos 70 e que ainda era contemporâneo da publicação de *Direito e Democracia*, haviam tradicionalmente dado inteira prioridade ora à autonomia privada sobre a pública (concepção liberal, com ênfase em direitos individuais pré-políticos que limitam a soberania popular), ora à autonomia pública sobre a privada (concepção republicana, com ênfase numa comunidade ética autolegisladora em que os direitos estão à disposição da soberania popular). Sobre a concorrência entre as duas autonomias nas tradições liberal e republicana, DURÃO (2006, p. 111) explica que:

Dentro da tradição do direito natural racional, o liberalismo privilegiou a autonomia privada dos indivíduos, pois os direitos subjetivos representam direitos humanos inalienáveis da pessoa humana e, conseqüentemente, exigem a salvaguarda das liberdades individuais frente às intromissões do estado; isso origina a idéia de império da lei na medida em que os direitos fundamentais da pessoa humana devem ser blindados na constituição contra a possibilidade de alterações promovidas pela arbitrariedade dos governantes ou a tirania das maiorias inconstitucionais. Enquanto o republicanismo, por outro lado, valorizou a autonomia pública, pois considera que, através do exercício da soberania popular, qualquer um que legisle em nome de outro, pode cometer uma injustiça contra ele, mas o povo unido não pode cometer injustiças contra si mesmo, ainda que somente se possa esperar o exercício da soberania popular dos cidadãos como um auto-entendimento ético dos valores ancorados na homogeneidade de costumes e na solidariedade espontânea fomentada por leis antigas que também já se tornaram costumes.

Não nos dedicaremos nesta seção do capítulo a uma descrição detalhada das características das concepções liberal e republicana de democracia. Queremos apenas enfatizar o modo como, em ambas as concepções, autonomia pública e autonomia privada assumem a figura de reivindicações normativas concorrentes.

Desfazer essa concorrência em termos de complementaridade é a tarefa que Habermas toma para si e de que se desincumbe ao lançar mão da ideia de que tanto a proteção dos direitos típicos da autonomia privada como o exercício da participação típica da autonomia pública só se podem dar, pelo menos nas condições pós-convencionais e pluralistas de sociedades modernas, através do medium do direito. Sendo assim, ambas as faces da autonomia serão, por assim dizer, reestruturadas segundo a forma jurídica. A autonomia privada têm que assumir a forma de direitos subjetivos a iguais espaços de liberdade e, para ser protegida, precisa de uma legislação pública que lhe dê figura concreta. A autonomia pública precisa se converter em processo de legislação e, para ser protegida, tem de assumir a forma de direitos subjetivos de participação na formação da opinião e da vontade. Em ambos os casos, a forma jurídica exige também que os membros da comunidade de jurisconsortes sejam tratados como sujeitos de direito (o que requer o asseguramento da autonomia privada) e que a legislação (inclusive a que protege os direitos da autonomia privada) esteja legitimada por processos democráticos de formação da vontade política (o que requer exercício da autonomia pública).

Veremos mais tarde, ao falarmos em detalhes sobre os grupos de direitos básicos, que a conjunção entre o princípio do discurso e a forma jurídica é capaz de justificar a necessidade de grupos de direitos relativos à proteção da autonomia privada, mas não é capaz de dar um passo a mais e elaborar uma lista completa de direitos, com seus respectivos conteúdos e limites. Apenas o processo de autolegislação dos cidadãos pode “saturar” estes direitos, dando-lhe figura concreta no direito positivo. Isso ilustra mais uma forma como autonomia privada e autonomia pública são interdependentes: para serem sujeitos de direito plenamente capazes de exercer sua autonomia pública, os membros do jurisconsórcio precisam ter assegurada sua autonomia privada; contudo, para “saturar” o conteúdo em que consistem os direitos da autonomia privada, é preciso um processo de autolegislação mediante o exercício da autonomia pública. Trata-se, pois, de um círculo, que Habermas toma como virtuoso, na medida em que elimina a concorrência e explicita a complementaridade entre ambas as faces de autonomia jurídica.

5.4 Quarta peça: Através dos componentes de legitimidade da validade jurídica, o direito positivo adquire uma relação com a moral racional

Pois as matérias a serem reguladas pelo direito não visam apenas a questões morais, uma vez que abordam, não somente aspectos empíricos, pragmáticos e éticos, mas também o ajuste equitativo entre interesses que podem ser tema de um compromisso. Por isso, a formação da opinião e da vontade do legislador democrático depende de uma vasta rede de discursos e de negociações – e não apenas de discursos morais. E a pretensão de legitimidade que acompanha as normas do direito e a prática legislativa, ao contrário da pretensão de validade normativa de mandamentos morais, que é claramente delineada, apóia-se em tipos diferentes de argumentos (2003b, p. 312).

Por fim, a relação entre direito e moral em Habermas só se deixa compreender de modo definitivo (ao menos, em seus aspectos normativos) quando integramos à discussão do Capítulo III, relativa ao sistema de direitos, também as considerações do Capítulo IV, relativas ao Estado de direito, de *Direito e Democracia*. Em relação à complementaridade entre os dois capítulos, permitimo-nos aqui uma longa mas esclarecedora citação de BAXTER (2011, p. 63):

A estrutura dos capítulos em *Direito e Democracia* reflete essa arquitetônica. Após os dois primeiros capítulos, que esboçam os conceitos básicos na obra anterior de Habermas e introduzem a distinção facticidade/validade, os Capítulos Três e Quatro apresentam o núcleo da teoria do discurso propriamente – o lado da “validade” da divisão mais ampla facticidade/validade (...). No Capítulo Três, Habermas trata, primeiro, do que ele chama de “o sistema de direitos”, com o que ele se refere às categorias de direitos básicos (cinco, de acordo com Habermas) que qualquer sistema moderno de direito deve reconhecer para contar como legítimo. Volta-se então no Capítulo Quatro para uma explicação dos “princípios do estado constitucional”, tratando dos mecanismos e procedimentos institucionais requeridos para implementar os direitos básicos que delineou abstratamente, sob o título de “sistema de direitos”, como condições da legitimidade de qualquer sistema jurídico. A

explicação do sistema de direitos parece, assim, seguir o lado da “validade” da distinção básica de Habermas, enquanto a explicação do estado constitucional desenvolve a dimensão institucional e positiva do direito que Habermas conecta com a “facticidade”. Mas o argumento de Habermas – um argumento presente em toda a sua obra sobre direito e democracia – será de que os dois momentos, distinguíveis analiticamente, se pressupõem e se completam reciprocamente [tradução nossa].

No que tange à relação entre direito e moral, a mesma observação sobre a complementaridade entre os Capítulos III e IV pode ser reformulada como segue: Enquanto o Capítulo III mostra de que modo o direito contribui, no aspecto funcional, para a superação de déficits da moral, o Capítulo IV mostra de que modo a moral contribui, no aspecto normativo, para assegurar legitimidade às normas jurídicas. Outro modo de dizer a mesma coisa é chamar a atenção para o fato de que, no Capítulo III, dedicado, como disse Baxter, ao lado da “validade”, Habermas mostra como o direito positivo acrescenta em facticidade à moral racional, enquanto, no Capítulo IV, dedicado, como disse Baxter, ao lado da “facticidade”, mostra como a moral racional acrescenta em validade ao direito positivo. Esse não é, certamente, o tema principal do Capítulo IV, que trata dedicadamente da questão do poder legítimo, por meio da transformação de poder comunicativo (poder como acordo das vontades) em poder administrativo (poder como comando). Mas, ao falar sobre a formação do poder comunicativo, Habermas esboça um modelo da estrutura argumentativa do discurso jurídico de legislação, modelo no qual os argumentos morais desempenham um papel especial e privilegiado, como explicaremos a seguir.

O modelo proposto por Habermas conta com a divisão entre três tipos de argumentos racionais práticos (pragmáticos, éticos e morais) e o acréscimo, que figura como benvinda concessão realista, das chamadas negociações justas. Neste modelo podemos destacar dois papéis para os argumentos morais: o primeiro, como fonte positiva de conteúdos para as normas relativas à integridade física e moral da pessoa, à justiça distributiva e às chances de vida e de felicidade em geral; o segundo, como controle negativo dos resultados de argumentações pragmáticas e éticas e das condições procedimentais de negociações justas.

São *argumentos pragmáticos* aqueles relativos à seleção de meios para fins dados ou, havendo divergência sobre os fins, relativos à hierarquização entre fins concorrentes em conformidade com padrões já existentes e compartilhados de valoração. São *argumentos éticos* (do tipo que importa para o processo de legislação) os relativos à formação, desenvolvida na primeira pessoa do plural, de autocompreensões e autoprojeções coletivas, em que uma comunidade decide sobre o tipo de continuidade ou ruptura que quer ter em relação a suas tradições fortes e sobre o tipo de futuro social que ambiciona para si. São *argumentos morais* aqueles relativos não a fins carregados valorativamente, e sim a deveres requeridos pela justiça e pelo igual respeito a cada um, neste caso, não no interior de uma comunidade particular, e sim com vista à universalidade dos sujeitos racionais.

Por fim, ao lado dos argumentos racionais aptos a conduzir a um consenso discursivo, estão também as chamadas negociações. Devemos entender por *negociação* a interação, bastante comum na política empírica, em que partidos com posições e interesses rivais, lançando mão de promessas ou ameaças, tentam exercer influência um sobre o outro, a fim de alcançar uma solução com que todos concordem, ainda que por motivos distintos e não discursivos. É, pois, uma modalidade de ação estratégica. Contudo, a negociação pode ser reconciliada com a ação comunicativa se, como veremos adiante, em primeiro lugar, ocorrer segundo condições procedimentais que a qualifiquem como “negociação justa” e se, em segundo lugar, estiver regida, mesmo que indiretamente, pelo princípio do discurso.

O modelo proposto por Habermas de estrutura argumentativa do discurso jurídico de legislação funciona do modo seguinte. Num *primeiro estágio*, a discussão começa com questões pragmáticas, para cuja solução contribuem saberes empíricos confiáveis e determinações precisas da situação; à medida em que as discussões se deslocam da seleção de meios para a determinação dentre fins concorrentes, torna-se necessário, num *segundo estágio*, uma transição para outra modalidade de processo decisório, e três opções se apresentam: a transição para discursos morais, a transição para discursos éticos ou a transição para negociações justas. Nos dois primeiros casos, o que dispara a transição é o tipo de questão que está sendo tematizada: se se trata de questões que envolvem a proteção da integridade física ou moral das pessoas ou a consideração igualitária dos interesses e projetos de vida, então, a transição esperada será para o discurso moral; se, por outro lado, se trata de questões que envolvem a autocompreensão e autoprojeção coletiva

ou a continuidade ou ruptura com tradições fortes compartilhadas, a transição esperada será para o discurso ético. Contudo, em sociedades complexas, é comum a situação em que se verifica impossível encontrar um interesse universalizável que proporcione um consenso moral ou um valor inequivocamente prioritário que proporcione um consenso ético. Nessas situações, resta aos partidos concorrentes a transição para uma modalidade não discursiva de decisão, a saber, as negociações justas. No caso das últimas, em vez de consenso, se alcança um compromisso entre as partes, o qual será legítimo conforme as condições procedimentais da negociação (Para a exposição do modelo, cf. HABERMAS, 2003a, p. 205-8; para um comentário, cf. BAXTER, 2011, p.).

Assim, a moral, ou melhor, o discurso moral, desempenha um duplo papel no modelo do discurso jurídico de legislação. Primeiro, um papel positivo, fornecendo argumentos com que se possa chegar a um consenso quando for possível encontrar um interesse universalizável em questões como:

questões de direito penal relativas ao aborto ou à prescrição, ou do direito do processo penal referentes à proibição de certos métodos de levantamento de provas, ou ainda de questões da política social, do direito tributário, da organização do sistema educacional e da saúde, que dizem respeito à distribuição da riqueza social, das chances de viver e sobreviver em geral (2003a, p. 206).

Em segundo lugar, o discurso moral desempenhará um papel de controle negativo sobre argumentações ético-políticas e sobre as condições procedimentais de negociações justas. Quando assinalamos à moral racional o papel de controle negativo de argumentações ético-políticas, estamos nos referindo à prioridade argumentativa que Habermas atribui aos argumentos morais sobre os argumentos éticos, prioridade que, por sua vez, se manifesta na fiscalização contra argumentos éticos que, embora aceitáveis sob o ponto de vista de tradições compartilhadas, não passam pelo teste da consideração universal e imparcial dos interesses dos afetados.

Mutatis mutandis [o controle negativo dos discursos morais] vale também para discursos ético-políticos. Pois seus resultados têm de ser pelo menos compatíveis com princípios morais.

Uma autocompreensão fundamentalista privilegiária, por exemplo, decisões valorativas, em cuja luz são preferidas regulamentações não igualitárias. Somente nas condições do pensamento pós-metafísico os discursos ético-políticos podem levar a regulamentações que são *per se* do interesse simétrico de todos os membros. Por conseguinte, para que o princípio do discurso seja levado em conta por todos sem exceção, é preciso supor a combinabilidade de todos os programas negociados ou obtidos discursivamente com aquilo que pode ser justificado moralmente (2003a, p. 209).

Não se trata, pois, de uma prioridade argumentativa que faria com que, quando confrontados entre si, conteúdos ético-políticos positivos sempre cedessem diante de conteúdos morais positivos, e sim de uma prioridade que exige que conteúdos ético-políticos positivos sejam sempre compatíveis com um ponto de vista moral, estando, dessa forma, sujeitos a um controle negativo de argumentos morais.

Um papel semelhante, de controle negativo, a moral racional desempenha também em relação às negociações justas, embora agora não se trate de um controle sobre os resultados dessas negociações, e sim sobre as condições procedimentais em que elas ocorrem. Como vimos, a negociação deve ser considerada uma modalidade de ação estratégica, que pode, porém, ser reconciliada com a ação comunicativa se, em primeiro lugar, ocorrer segundo condições procedimentais que a qualifiquem como “negociação justa” e se, em segundo lugar, estiver regida, mesmo que indiretamente, pelo princípio do discurso. Quanto ao primeiro requisito, Habermas, seguindo Elster, estabelece três condições para uma negociação ser justa, as quais exigem que as partes cheguem a um compromisso “a) [que é] vantajoso para todos; b) que excluem pingentes que se retiram da cooperação; c) [que] exclui explorados que investem na cooperação mais do que ganham com ela” (HABERMAS, 2003a, p. 207).

Quanto ao segundo requisito para a reconciliação da negociação com a ação comunicativa, aliás, controverso, trata-se da exigência de que as condições procedimentais da negociação sejam regidas, ao menos indiretamente, pelo princípio do discurso, pois “a corrente discursiva de uma formação racional da vontade romperia com o elo de um tal compromisso, caso o princípio do discurso não pudesse valer, ao menos indiretamente, em tais negociações” (2003a, p. 207). Habermas explica

que a influência do princípio do discurso não pode se dar diretamente sobre as negociações, pois nestas as partes estão autorizadas e inclinadas a um uso estratégico da linguagem, em função apenas de seus efeitos performativos, mas pode se dar indiretamente, a saber, na regulação das negociações sob pontos de vista de imparcialidade, sob condições de simetria e paridade de chances de influência. Sob tais condições, mesmo que, nesse caso, por combinação, e não por entendimento, entre as partes, poder-se-ia supor que os compromissos alcançados sejam conformes à equidade¹⁴.

É nesse ponto que Habermas indica ao discurso moral seu papel de controle negativo das condições procedimentais das negociações justas, explicitado em dois momentos: Em primeiro lugar, no que se refere à simetria de chances, é no discurso moral que serão justificados os pontos de vista de imparcialidade que informam a suposição de equidade dos compromissos alcançados; em segundo lugar, no que se refere à limitação das negociações às situações em que estão em jogo interesses particulares, não generalizáveis, é no discurso moral que pode ser feita a distinção de quando este é ou não o caso. Dada a necessidade do discurso moral para justificar a simetria de chances nas negociações e o caráter privado, não generalizável, dos interesses em jogo, Habermas conclui que “negociações equitativas não destroem, pois, o princípio do discurso, uma vez que o pressupõem” (2003a, p. 209).

Em conclusão, podemos dizer que, através do discurso jurídico de legislação, a moral racional desempenha o papel legitimador em relação ao direito positivo que representa a contrapartida do papel funcional que o direito positivo desempenha em relação aos déficits da moral racional. O discurso moral, além de prover argumentos positivos para a discussão de certos tipos de temas, faz um controle negativo da generalizabilidade dos pontos de vista alcançados por argumentações ético-políticas e das condições procedimentais de negociações justas, tornando todas essas expressões do discurso jurídico de legislação legítimas, na medida em que convergentes com as exigências do princípio do discurso.

¹⁴ Cf. BAXTER, 2011, p. 92-4 para ver uma crítica à questão da negociação em Habermas em geral e, mais especificamente, à relação indireta da negociação com o princípio do discurso. Baxter ataca principalmente a ideia de que a exigência de simetria de chances entre as partes negociantes, a qual é garantida por normas jurídicas, poderia levar a uma vinculação com o discurso moral. Para Baxter, a relação com o discurso moral é débil, se limitando ao tipo de relação que qualquer norma jurídica terá com aquele gênero de discurso.

6 TERCEIRA LINHA ARGUMENTATIVA: A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL (II) – ASPECTOS SOCIOLÓGICOS

6.1. Quinta Peça: Do ponto de vista sociológico, o direito positivo e a moral racional resultam de duas diferenciações de uma mesma eticidade tradicional em decomposição

Quando, no texto do Capítulo III de *Direito e Democracia*, Habermas começa a fazer a explicação da distinção empírica entre moral racional e direito positivo, é o momento de trocar as lentes de estudo, transitando de um ponto de vista que tinha sido até então normativo para um ponto de vista que pretende ser de então em diante sociológico. Este novo ponto de vista, contudo, exige uma contextualização prévia. Dentro do quadro evolucionista com que Habermas costuma lidar em seus textos, as condições da racionalidade moderna, incluindo a racionalidade prática da moral e do direito modernos, se afirmaram em ruptura e contraste com um pano de fundo anterior, ao qual ele se refere com vários nomes, como “ethos abrangente”, “cosmovisão religiosa”, “visão de mundo católica”, “eticidade tradicional” ou “ethos da sociedade global”. Como Habermas se refere a este pano de fundo ético pré-moderno quase sempre apenas para ressaltar as diferenças em relação à situação moderna, essa “eticidade tradicional” costuma assumir o papel de um topos específico, para cujo êxito argumentativo é importante uma caracterização esquemática, simplista e redutiva, que pinta a pré-modernidade ética como um quadro unitário, consensual e harmônico em que uma única concepção de bem, assimilada e perseguida por todos os indivíduos e instituições, interligava, ao mesmo tempo, no eixo vertical, cultura, sociedade e personalidade e, no eixo horizontal, eticidade, política e direito. É o que percebe na seguinte passagem:

Nas doutrinas do direito natural clássico, especialmente o aristotélico, vigente até o Séc. XIX, e do direito natural cristão, transformado por Tomás, ainda se reflete um ethos da sociedade global que perpassa as camadas da população, interligando as diferentes ordens sociais. Na dimensão vertical dos componentes do mundo da vida, esse ethos fizera com que padrões de valores culturais e instituições recobrissem, de modo

satisfatório, os motivos e orientações da ação, cristalizadas nas estruturas da personalidade. No nível horizontal das ordens legítimas, ele tinha interligado os membros normativos da eticidade, da política e do direito (2003a, p. 129)¹⁵.

A interligação que Habermas afirma que o ethos da sociedade global fazia entre os níveis da cultura, da sociedade e da personalidade no eixo vertical e entre as ordens normativas da eticidade, da política e do direito no eixo horizontal só era possível porque naquela eticidade tradicional havia, ao mesmo tempo, uma concepção unitária de bem e formas diferenciadas como ela envolvia cada elemento social e institucional e lhe atribuía lugar e papel dentro de uma visão abrangente do cosmos. Podemos neste ponto, para ampliar e clarificar esta explicação, recorrer a uma descrição do ethos abrangente pré-moderno que Habermas fornece em *A Inclusão do Outro*, em que a justificação dos mandamentos divinos é ligada ao mesmo tempo com a natureza de deus criador (fundamentos ontoteológicos) e de deus salvador (fundamentos soteriológicos) daquele que emite tais mandamentos:

¹⁵ Evidentemente, esta não é uma caracterização satisfatoriamente realista da situação ética do medievo pré-Reforma. Passa por cima dos conflitos entre visões distintas sobre a cristandade, a Igreja, a relação entre Igreja e Estado, o papel do príncipe cristão, o status moral da guerra, do trabalho, da propriedade e da riqueza, os fundamentos religiosos, morais e políticos da divisão do trabalho social etc., ignora totalmente os conflitos, tensos e às vezes inclusive violentos, entre ordens jurídicas laicas e religiosas, entre estatutos religiosos do clero secular e regular, entre autocompreensão secular e religiosa de várias ordens sociais etc. É bastante problemático até que ponto isso se concilia com a concepção de teoria crítica, se não com a classicamente afirmada por Horkheimer e seus seguidores, pelo menos com aquela com que Habermas havia explicitamente se comprometido no Capítulo II de *Direito e Democracia*, mas é a avaliação mais realista do modo simplista com que Habermas lida com o assunto. A nosso ver, a caracterização que Habermas fornece da pré-modernidade ética só pode de fato ser levada em conta se assumirmos que se trata de um quadro contramoderno retroprojetado, que desempenha papel no topos argumentativo do contraste pré-moderno versus moderno. Adotando este ponto de vista, podemos agora falar dos vários elementos da descrição da eticidade tradicional não com ênfase em seu ajustamento (sempre problemático) com as múltiplas e complexas imagens que os estudos históricos genuínos nos relevam daquele período, mas com ênfase apenas na função que tais elementos da descrição desempenham no argumento filosófico com que Habermas trabalha.

A justificação ontoteológica recorre a uma instalação do mundo devido à sábia legislação do deus criador. Ela confere ao homem e à comunidade humana um status destacado em meio à criação e, com isso, seu “destino”. Junto com a metafísica da criação entra em jogo a conceptualidade do direito natural das éticas cosmologicamente fundamentadas (...). Aquilo que as coisas são por sua essência tem um conteúdo teleológico. Também o homem é parte de tal ordem essencial; é nela que ele pode ler quem ele é e quem deve ser. O conteúdo racional das leis morais obtém assim uma legitimação ontológica a partir da instalação razoável de tudo que é (HABERMAS, 2004, p. 19-20).

Assim, a concepção católica de mundo podia atribuir a cada coisa seu telos próprio, ligado a sua essência, porque dispunha de uma história da criação por parte de um deus onisciente e perfeito. O telos a ser perseguido, que consiste na excelência e perfeita realização de cada coisa, depende da natureza e do lugar na criação que deus atribuiu a ela, e isso no que se refere não apenas a anjos, homens, animais etc., mas também, se levarmos adiante a história da criação, ao trabalho, ao sofrimento e à dominação masculina, no episódio da Queda, à relação de confiança entre deus e homens no episódio do Dilúvio, à vida humana, à fé e ao povo eleito na relação com Abraão, ao culto de deus, ao respeito ao outro, ao poder político, à guerra, aos rituais etc., no episódio do Êxodo etc. Esse fundamento ontoteológico não vale apenas para os mandamentos divinos, mas sim para toda a visão de mundo e de sociedade que aquela concepção encarnava.

Uma vez que as instituições políticas e sociais da Idade Média contrastavam, amiúde vivamente, com os princípios de uma eticidade judaico-cristã, pode aparecer estranha a afirmação de que a cosmovisão religiosa perpassava e legitimava as ordens institucionais existentes. Contudo, neste ponto devemos lembrar que, no interior dessa mesma cosmovisão, se gerou uma série de esquemas, metáforas, símbolos e argumentos a respeito da natureza decaída do homem, da condição deste mundo como “vale de lágrimas”, da distinção entre justiça mundana e justiça divina, da predestinação divina e do “pesado fardo” do poder que se abate sobre os que governam, do papel do príncipe como mantenedor de uma ordem social mundana que exige trabalho, impostos, leis e castigos, do dever de obediência do cristão às ordens políticas

estabelecidas etc. Sendo assim, o ethos da sociedade global não legitimava as instituições apenas de modo direto, na medida em que elas se inspirassem nos princípios de sua ética de fé, amor e caridade, mas também de modo indireto, na medida em que sua dureza e brutalidade eram caracterizadas como necessárias e apropriadas a homens pecadores e a um mundo transitório de tentações e sofrimentos. Também aqui atuava a força justificadora da explicação ontoteológica, ligando as crenças simbólicas do plano da cultura, de um lado, com as ordens institucionais do nível da sociedade, que com isso ganhavam uma legitimação religiosa que não teriam como ter no plano estritamente mundano, e, de outro, com os motivos de conduta no plano da personalidade, criando disposição para aceitação, trabalho e obediência a ordens institucionais que, no plano estritamente mundano, não se ajustavam aos interesses da maioria dos envolvidos.

Já no que se refere à justificação soteriológica, Habermas explica que:

A justificação soteriológica dos mandamentos morais recorre, por outro lado, à justiça e à bondade de um deus salvador, que no fim dos tempos irá resgatar sua promessa de salvação, condicionada por uma vida moral e obediente às leis. Ele é juiz e salvador numa mesma pessoa. À luz de seus mandamentos, deus julga o modo como cada pessoa conduziu sua vida, de acordo com seus méritos. Ao mesmo tempo, seu espírito de justiça garante uma sentença apropriada para as histórias de vida de cada indivíduo, incomparáveis entre si, enquanto sua bondade leva em consideração simultaneamente a falibilidade do espírito humano e o caráter pecaminoso da natureza humana. Os mandamentos morais adquirem um sentido sensato através dos dois: pelo fato de indicarem o caminho para a salvação pessoal, e também por serem aplicados de modo imparcial (HABERMAS, 2004, p. 20).

A justificação soteriológica faz, por assim dizer, o papel de complemento normativo da justificação ontoteológica, porque, enquanto esta se refere à garantia de perfeição do conteúdo dos mandamentos morais, aquela se refere à garantia de perfeição do julgamento dos indivíduos com base naqueles mandamentos. Para cada indivíduo, esta

complementação representa ao mesmo tempo uma necessária justificação religiosa e um profundo alívio psicológico. Do ponto de vista religioso, a severidade da figura do deus julgador dos homens e vingador do mal é suavizada e complementada pela figura do deus salvador, que expulsa o homem do paraíso e o obriga a viver decaído no mundo, mas também celebra um pacto com seu povo eleito e depois, mediante a vinda e o sacrifício de seu próprio filho, o amplia para toda a humanidade. Dessa forma, deus deixa de ser apenas aquele que criou o cenário mais propício possível para a danação das almas, mas passa a ser aquele que, reconhecendo a dificuldade da tarefa que impõe às suas criaturas, se compadece delas e toma iniciativas, oferece oportunidades, realiza sacrifícios para tornar sua salvação não apenas possível mas também mais acessível. Do ponto de vista psicológico, trata-se de saber que, embora se esteja submetido à sobrecarga psicológica do dever de viver conforme uma ética vigilante, perscrutadora, altruísta e ascética, esta sobrecarga sofre, em primeiro lugar, alívio periódico com a oportunidade de perdão dos pecados e retomada do pacto com deus na confissão e na comunhão e sofre, em segundo lugar, alívio constante com a promessa de que, no julgamento final das almas, a generalidade da natureza decaída do homem e a particularidade dos desafios e reveses da biografia de cada indivíduo serão levadas em conta no julgamento de sua conduta efetiva no mundo.

No aspecto que mais nos importa, que é sua repercussão sociológica, as promessas de justiça imparcial de um deus onisciente e de bondade salvadora de um deus ao mesmo tempo onipotente e misericordioso temperam as exigências institucionais, ao mesmo tempo em que ajudam a conectá-las com os motivos da personalidade. O trabalho, a injustiça, o sofrimento, a doença, a velhice e a morte já não são apenas o justo castigo imposto a uma humanidade que, por ingenuidade e fraqueza, se revoltou, na figura de seus pais ancestrais, contra a autoridade de deus, mas passam a ser também provações e oportunidades através das quais deus avalia o merecimento de cada alma para a salvação. A submissão aos poderes existentes e a paciência, tolerância e resignação perante as injustiças do mundo já não se apoiam apenas na exigente atitude estoica de aceitação do mundo temporal como ele é, mas também numa promessa de salvação da alma e de igual misericórdia para com seus pecados por parte de um deus que sabe bem pelo que teve que passar e o que teve que suportar cada indivíduo. O que a justificação ontoteológica pudesse gerar de sentimento de injustiça e revolta perante a ordem do mundo, a justificação soteriológica converte

em sentimento de esperança e potencial motivador para a conduta cotidiana.

Se, no contexto do argumento em questão em *A Inclusão do Outro*, essa explicação da justificação ontoteológica e soteriológica dos mandamentos divinos serve para destacar quais são os pontos de partida das teorias morais seculares no mundo moderno – resultando na necessidade de justificação racional discursiva como substituto da justificação ontoteológica e na integração entre pontos de vista de justiça e solidariedade como substitutos da justificação soteriológica –, aqui esta mesma explicação pode ajudar a compreender como a eticidade tradicional era capaz de interligar cultura, sociedade e personalidade no eixo vertical e eticidade, política e direito no eixo horizontal. Num resumo simples: as ordens normativas do plano da sociedade obtinham, via justificação ontoteológica, seu encaixe com a cosmovisão religiosa no plano do saber cultural e, via justificação soteriológica, seu encaixe com os motivos e as orientações de conduta no plano da personalidade.

Contudo, tal situação de partida se desfez com o processo de secularização e racionalização da modernidade:

No impulso do desenvolvimento, que eu interpreto como racionalização do mundo da vida, esse engate é rompido. As tradições culturais e os processos de socialização são os primeiros a caírem sob a pressão da reflexão, de tal modo que eles gradativamente passam a ser temas dos próprios atores. Em igual medida, diferenciam-se as práticas consuetudinárias e se transformam em simples convenção os padrões de interpretação de uma eticidade de decisões práticas, as quais passam pelo filtro da reflexão e da formação autônoma do juízo (2003a, p. 129).

Mais adiante no texto, falando da moral e do direito, explica que:

Do ponto de vista sociológico, ambos [direito positivo e moral racional] se diferenciaram simultaneamente do ethos da sociedade global, no qual o direito tradicional e a ética da lei ainda estavam entrelaçados entre si. Como o abalo dos fundamentos sagrados desse tecido de moral, têm início processos de diferenciação. No nível do

saber cultural, as questões jurídicas separaram-se das morais e éticas. No nível institucional, o direito positivo separa-se dos usos e costumes, desvalorizados como simples convenções (2003a, p. 141).

Então, vejamos. Com a secularização, perdem credibilidade as justificações ontoteológicas e soteriológicas e, assim, sob impulso da racionalização, as ordens sociais tradicionais, que antes estavam justificadas no plano do saber cultural e bem ajustadas com as estruturas de personalidade, passam a ser objeto de reflexão e problematização do ponto de vista normativo e a sofrer de déficits funcionais do ponto de vista sociológico. Como Habermas tentará mostrar em seguida, a moral racional moderna se elabora como um sistema de símbolos e resolve o problema de sua justificação no plano do saber cultural, mas o direito positivo moderno consegue se elaborar tanto como um sistema de símbolos que se justifica ao nível da cultura como um sistema de ação que organiza ordens coercitivas ao nível da sociedade e se engata com motivos de ação ao nível da personalidade.

É certo que as questões morais e jurídicas referem-se aos mesmos problemas: como é possível ordenar legitimamente relações interpessoais e coordenar entre si ações servindo-se de normas justificadas? Como é possível solucionar consensualmente os conflitos de ação na base de regras e princípios normativos reconhecidos intersubjetivamente? No entanto, elas referem-se aos mesmos problemas, a partir de ângulos distintos. Todavia, mesmo tendo pontos em comum, a moral e o direito distinguem-se *prima facie*, porque a moral pós-tradicional representa apenas uma forma de saber cultural, ao passo que o direito adquire obrigatoriedade também no nível institucional. O direito não é apenas um sistema de símbolos, mas também um sistema de ação (2003a, p. 141).

A diferença entre um sistema de símbolos (ou um saber cultural) e um sistema de ação (ou ordem institucional) pode ser explicada da seguinte maneira. Um sistema de símbolos é um conjunto de crenças teóricas e/ou de orientações práticas que, partindo de princípios

aceitáveis e se desenvolvendo a partir de conceitos e argumentos racionais, consegue se autojustificar (na modernidade, sempre de maneira parcial e falível) como suficientemente bem estabelecido para merecer a adesão racional dos sujeitos que tomam conhecimento deles. Este êxito relativo no plano do saber cultural não quer dizer, contudo, que, no nível da sociedade, ordens sociais coercitivas serão organizadas em função do sistema de símbolos em questão nem quer dizer que, ao nível da personalidade, ele será capaz de verdadeiramente informar os motivos de conduta dos membros agentes da sociedade. Estes outros dois êxitos sociológicos dependem de que o sistema de símbolos em questão tenha um ajuste adequado com as configurações empíricas e históricas da sociedade e de seus indivíduos. Se ele for bem sucedido também nisso, será, além de um sistema de símbolos, também um sistema de ação.

O motivo por que, com a dissolução do ethos da sociedade global, moral racional e direito positivo tiveram destinos distintos pode ser esclarecido com auxílio de uma descrição das complexas novas condições do cenário moderno. Por um lado, com a perda de credibilidade da ética tradicional, que integrava tanto o plano da autorrealização individual de cada um quanto o da autodeterminação de cada um relação com todos os demais, estes dois planos, autorrealização e autodeterminação, se especializaram em tipos diferentes de discurso, a saber, um discurso ético marcado pela busca individual da vida autêntica e um discurso moral ocupado da coordenação coletiva de planos de ação profundamente individualizados. Conforme o pluralismo das formas de vida coletivas e o individualismo dos planos de vida dos agentes forçavam a moral a tomar feição cada vez mais abstrata, deontológica, formal e universalista, aquilo que por um lado ela ganhava em justificação racional, ela por outro lado perdia em engate funcional com as ordens normativas da sociedade e com os motivos de conduta da personalidade. As ordens normativas da sociedade se tornaram cada vez mais influenciadas pelos domínios de ação estratégica dos sistemas sociais, enquanto os motivos de conduta da personalidade se foram dirigindo cada vez mais para o ganho individual e o bem-estar material e econômico. A moral racional teve que subir ao ponto mais alto das ordens normativas para ganhar perspectiva crítica e coordenadora, mas dessa forma se refugiou inteiramente no plano da cultura e perdeu conexão mais íntima os níveis da sociedade e da personalidade. Por isso mesmo, tornou-se indispensável como elemento do saber cultural responsável pela avaliação e legitimação de todas as orientações

práticas; mas, ao mesmo tempo, se tornou largamente acontextual e impotente no plano da ação concreta, precisando servir-se do veículo de outras ordens sociais para esperar alguma eficácia no mundo.

Por outro lado, o direito positivo assumiu sua feição moderna, a qual Habermas aborda recorrendo à ideia de forma jurídica. Ora, ao assumir a forma jurídica, o direito moderno consegue atender ao mesmo tempo a demandas funcionais dos sistemas econômico e político e a demandas simbólicas do mundo da vida dos agentes envolvidos. Consegue também elaborar-se na forma de uma dogmática jurídica que se justifica ao nível do saber cultural; de um ordenamento jurídico que estrutura as ordens coercitivas no plano da sociedade; e de um comportamento legal, obtido a partir do ajuste da forma jurídica com os motivos de conduta dos indivíduos modernos. É por isso que o direito positivo consegue ser não apenas um sistema de símbolos, mas também um sistema de ação.

Essa diferenciação entre moral e direito a partir da dissolução da eticidade tradicional, assumindo um a forma de um sistema de símbolos e outro a forma de um sistema de símbolos e de um sistema de ação, é fundamental para entender o ponto a que nos dedicamos em seguida. Pois os déficits funcionais da moral racional se devem todos ao fato de ela estar confinada ao plano do saber cultural e precisar, para descer ao plano da ação, de veículos alheios, isto é, do direito positivo. Da mesma forma, a capacidade do direito positivo de complementar tais déficits se deve sempre à sua manifestação enquanto código normativo, enquanto ordem coercitiva e enquanto estrutura institucional, noutras palavras, se deve sempre ao seu caráter de ser ao mesmo tempo sistema de saber e de ação.

6.2. Sexta peça: O direito positivo complementa alguns déficits funcionais da moral racional

O item que se dedica a este ponto deve ser examinado com cuidado, pois é fácil perder-se da linha principal e entender equivocadamente a tese que é sustentada. Habermas defende que o direito positivo, na medida em que é também um sistema de ação, e não apenas um sistema de saber, provê uma complementação funcional à moral racional. Para entendermos corretamente o que Habermas quer dizer, devemos primeiro fixar alguns pressupostos que, a nosso ver, estão apenas *implícitos* no texto, e depois comentar em detalhe cada um dos déficits funcionais da moral racional e seu respectivo modo de complementação pelo direito positivo.

O *primeiro pressuposto* diz respeito à definição da chamada “moral racional”. Habermas atribui esse nome a duas coisas: a) um “procedimento para avaliação imparcial de questões controversas” (2003a, p. 150), o qual se confunde com os princípios D e U; e b) certo número de princípios (“princípios que transformam em dever o igual respeito por cada um”) abstratos, baseados numa visão secular, racional, deontológica e universalista, que conseguem justificar-se à luz daquele procedimento e formam um núcleo não problemático de normas morais capazes de obter consenso entre indivíduos modernos. Entre tais normas não problemáticas Habermas cita “a justiça distributiva, a benevolência com os necessitados de ajuda, a lealdade, a sinceridade” (2003a, p. 150), mas podemos razoavelmente supor que também integram este quadro o respeito pela vida humana, a inviolabilidade de sua integridade corporal, a solução pacífica dos conflitos, a não instrumentalização do indivíduo para fins individuais egoístas ou mesmo para fins sociais, o respeito pela liberdade e pela autonomia, a não discriminação arbitrária etc.

Esse núcleo de normas morais consensuais consegue operar tanto no plano do saber quanto no plano da ação. No plano do saber cultural, fornece um *saber compartilhado* com base no qual é possível *justificar* a escolha de certos cursos de ação em detrimento de outros. Se uma empresa justifica a escolha por produzir um modelo mais caro de automóvel em detrimento de um mais barato com base na razão de que o modelo mais barato colocaria em risco a vida de seus usuários, esse recurso a um princípio moral abstrato consensual (o respeito pela vida humana) funciona como justificação moral daquela escolha, capaz de facilmente reunir em torno dela o consenso de debatedores racionais. Já no plano da ação, fornece um conjunto de *orientações práticas* com base nas quais é possível para o indivíduo decidir-se por certo curso de ação em vez de outro. Se, entre duas formas de pagar um dívida, uma delas implicaria a quebra de uma promessa ou a traição de um amigo, enquanto a outra não, tal circunstância atua como critério prático que aponta ao indivíduo que é preferível que ele tome a segunda alternativa.

O *segundo pressuposto* é que os déficits que Habermas atribuirá à moral racional são insuficiências no plano funcional, que se referem à sua incapacidade de informar suficientemente ao indivíduo o que ele deve fazer, de motivá-lo suficientemente a fazer o que deve, de realizar suficientemente as condições nas quais o indivíduo pode ser considerado responsável por seus desvios morais e de pôr à disposição do indivíduo meios suficientes de cumprir certos deveres positivos de larga escala. Estas insuficiências são tais que, para a sua solução, seria necessário que

a moral racional fosse não apenas um sistema de saber, mas também um sistema de ação, e dispusesse, no plano da sociedade, de uma ordem institucional organizada e legítima com base na qual conseguisse regrar situações em abstrato, decidir casos em concreto e mobilizar recursos para a solução de problemas de larga escala, bem como dispusesse, no plano da personalidade, de um engate adequado com os motivos de ação de indivíduos modernos normais com base no qual conseguisse motivar os indivíduos a agir em conformidade com o dever e pelo dever e produzisse o cenário de eficácia generalizada de suas normas para que o indivíduo pudesse ser de fato responsável por suas ações desviantes. É aquela ordem institucional e este engate com os motivos da personalidade que o direito positivo terá, sendo, por isso, capaz de complementar aquelas insuficiências da moral racional.

O *terceiro pressuposto* é que, ao falar dos déficits da moral racional, Habermas toma como referencial não apenas o indivíduo (e não, por exemplo, uma comunidade moral), mas mais especificamente o indivíduo moderno normal (e não, por exemplo, o filósofo, o virtuoso, o rico filantropo etc.), que não possua recursos cognitivos, motivacionais ou materiais extraordinários, muito superiores à média dos outros indivíduos, e que só possa extrair da moral as mesmas informações, motivos e meios também disponíveis a todos os demais. Um indivíduo que dispusesse de recursos cognitivos superiores (em nosso exemplo, o filósofo) poderia chegar à conclusão sobre a orientação prática que decorre dos princípios abstratos da moral racional mesmo numa situação que fugisse aos contextos consuetudinários de ação e poderia, se dispusesse das informações necessárias sobre cada caso concreto, examinar as características relevantes da situação até o ponto em que soubesse como julgá-la e o que fazer a respeito dela. A ele não se aplicaria, ou se aplicaria apenas muito mitigadamente, o problema do déficit cognitivo. Da mesma forma, um indivíduo que dispusesse de recursos motivacionais superiores (em nosso exemplo, o virtuoso) encontraria no puro dever moral motivo suficiente para sua ação e parâmetro suficiente para sua responsabilização em caso de conduta desviante. A ele não se aplicaria, mesmo mitigadamente, o problema do déficit motivacional. Finalmente, algo semelhante sucederia com um indivíduo que dispusesse de recursos materiais superiores (em nosso exemplo, o rico filantropo), o qual, sendo capaz de fundar organizações, de dirigir ações e alcançar resultados de larga escala, não sofreria, ou sofreria apenas mitigadamente, do problema do déficit organizativo.

O *quarto pressuposto* é que, em nossa opinião, Habermas, quando fala de uma “complementação” da moral racional pelo direito positivo, usa esse termo em dois sentidos diferentes. Num primeiro sentido, sem dúvida o mais explícito no texto, Habermas se refere à tese de que, através do direito, particularmente através de um sistema de direitos com o qual a moral mantém um vínculo interno, a moral “pode irradiar-se a todos os campos de ação (...), atingindo inclusive as esferas sistemicamente autonomizadas das interações dirigidas por meios que aliviam os atores de todas exigências morais, com uma única exceção: a da obediência geral ao direito” (2003a, p. 154). Dessa forma, o direito complementa a moral na medida em que fornece a ela um veículo ou medium de irradiação para contextos muito mais amplos e variados de ação. Contudo, a nosso ver, esse primeiro sentido da “complementação” não esgota o sentido da ideia e pode levar a interpretações enganosas. Como a forma jurídica impõe às normas morais uma ressignificação e reestruturação marcantes, não se pode falar com precisão, nem mesmo no caso das normas jurídicas mais intimamente relacionadas a normas morais, numa continuidade da moral pelo direito, como a tese da “complementação” parece sugerir. A “complementação” de que Habermas fala é, nesse sentido, muito mais funcional do que substantiva, muito mais uma posse de meios adicionais de determinação da ação concreta do que exatamente uma disponibilização desses meios pelo direito para normas que seguissem sendo morais em essência. Por essa razão, a tese da complementação teria o segundo sentido de que, na determinação da ação, o direito positivo vai além do ponto em que os recursos funcionais da moral racional se veem esgotados. Em outras palavras, no tocante aos recursos funcionais necessários para de fato determinar a conduta individual, o direito positivo “complementa” a moral racional no sentido de que a supera, de que não tem os mesmos limites que ela, de que tem, nos aspectos cognitivo, motivacional e organizativo, um potencial maior que o dela. A tese da complementação da moral pelo direito deve, então, ser entendida ora como a tese de que através do direito a moral se irradia para contextos concretos de ação, ora como a tese de que, na determinação da conduta dos indivíduos, o direito goza de uma superioridade funcional em relação à moral, não para dar efetividade por meios jurídicos a normas morais, e sim para dar efetividade por meios jurídicos a normas que, por mais que mantenham certo vínculo interno com normas morais, são, contudo, estrutural e substantivamente, normas jurídicas. Para contemplar a ideia de

“complementação” nesse duplo sentido que aqui sugerimos, usaremos sempre o termo entre aspas no restante do texto.

Firmados estes quatro pressupostos, podemos agora examinar cada um dos três déficits funcionais da moral racional aos quais o direito positivo é capaz de fornecer uma complementação. No caso de cada um dos três, mostraremos em que consiste, quais características da moral racional dão causa a ele e de que maneira o direito positivo poderia dar a ele algum tipo de complementação.

a) Complementação funcional do déficit cognitivo

Foi dito que a moral racional é tanto um procedimento quanto um núcleo de normas morais consensuais que, no plano do saber cultural, fornece um *saber compartilhado* com base no qual é possível justificar a escolha de certos cursos de ação em detrimento de outros e, no plano da ação, fornece um conjunto de *orientações práticas* com base nas quais é possível decidir o curso de ação a tomar. Contudo, a influência da moral racional como meio de justificação no plano do saber e de orientação prática no plano da ação é limitada, pois opera apenas quando estão em jogo contextos consuetudinários de ação. Estes seriam os contextos familiares e reiterados de ação, em que já se tem acordo bastante sobre quais princípios contam naquele tipo de caso, o que se espera que cada pessoa leve em conta ao enfrentar a situação, quais cuidados ou sacrifícios são devidos e quais são deficientes ou excessivos, quais características da situação são relevantes para a decisão e quais não são etc. A adesão do indivíduo a uma práxis cotidiana informada por certos tipos constantes de cenários práticos acaba por treiná-lo habilmente para cada um deles, na medida em que incorpora ao seu comportamento cotidiano, como uma espécie de “segunda natureza”, que flui de suas ações sem esforço, uma configuração variada e relativamente complexa de julgamentos e escolhas. Trata-se de um know-how ou competência moral mínima que se espera encontrar em todo indivíduo normal socializado em certa práxis cotidiana compartilhada.

Contudo, quanto mais as situações práticas a serem enfrentadas se afastem desses contextos cotidianos de ação, tanto mais problemática e duvidosa será a justificação ou orientação que aqueles princípios consensuais muito abstratos poderão efetivamente fornecer. As dúvidas aparecerão tanto no que se refere aos próprios princípios em jogo, quanto no que se refere às situações a que deveriam ser aplicados. No que se refere aos próprios princípios, alguns precisarão de redefinição

para serem aplicados a situações novas (por exemplo, definir o que conta como respeito à liberdade no caso de intervenções genéticas), outros levantarão dúvidas quanto à sua aplicabilidade ao não à situação (por exemplo, se o respeito pela vida se aplicaria ou não ao caso de fetos anencefálicos), outros entrarão em conflito aparente uns com os outros (por exemplo, respeito pela vida e respeito à liberdade no caso da eutanásia). No que se refere às situações a que os princípios teriam que ser aplicados, como a práxis cotidiana ainda não as incorporou ao seu repertório moral, haverá dúvidas sobre as características relevantes de cada situação, podendo diferentes relatos e enfoques da mesma situação (por exemplo, os discursos pró vida e pró escolha em tono do aborto e da eutanásia) atribuir pesos diferentes aos princípios envolvidos e justificar ou orientar escolhas diferentes e incompatíveis entre si.

A moral da razão configura apenas um procedimento para a avaliação imparcial de questões controversas. Ela não tem condições de elaborar um catálogo de deveres, nem ao menos uma série de normas hierarquizadas: ela exige apenas que os sujeitos formem o seu próprio juízo. De mais a mais, sua liberdade comunicativa, desencadeada em discursos morais, leva a opiniões falíveis no conflito de interpretações. Os problemas mais difíceis não são, em primeira linha, os da fundamentação de normas. Pois o que se questiona normalmente não são os princípios que transformam em dever o igual respeito por cada um, a saber, a justiça distributiva, a benevolência com os necessitados de ajuda, a lealdade, a sinceridade etc. No entanto, o caráter abstrato dessas normas universalizadas levanta problemas de aplicação, tão logo um conflito ultrapassa os limites de interações exercitadas e embutidas em contextos consuetudinários. A decisão de tal caso concreto, de difícil avaliação, exige operações complexas. De um lado, as características relevantes da situação precisam ser descobertas e descritas à luz de normas possíveis, porém ainda indeterminadas; de outro lado, a norma apropriada deve ser escolhida, interpretada e aplicada de uma descrição possivelmente completa da situação. Problemas de fundamentação e de aplicação de

questões complexas sobrecarregam frequentemente a capacidade analítica do indivíduo. E tal indeterminação cognitiva é absorvida pela facticidade da normatização do direito. (2003a, p. 150-1).

Gostaríamos de destacar que, embora Habermas não trate dessa possibilidade, o que foi dito acima não quer dizer que não seja possível alcançar um novo consenso, mais elevado e reflexivo, sobre os princípios envolvidos e as situações problemáticas. Mas tal consenso é exatamente do tipo que requereria da moral racional uma estrutura institucional que ela não possui. Se uma situação extra cotidiana como a eutanásia surge e requer uma decisão, seria possível reunir representantes dos diversos pontos de vista a respeito e fazê-los, mediante argumentação racional, chegarem a um acordo legítimo sobre como esse tipo de situação deve ser enfrentado. Mas isso exigiria dispor de um arranjo institucional capaz de eleger e reunir esses representantes, de um procedimento institucional capaz de promover uma decisão consensual do problema em questão, de peritos e especialistas capazes de informar adequadamente sobre as características de cada situação concreta e de órgãos capazes de garantir que, de então por diante, o acordo obtido será respeitado pelos indivíduos. Essa estrutura institucional de fato existe e encontra sua materialização no poder legislativo e judiciário de cada comunidade. Mas é uma estrutura jurídica, e não moral. É o direito, e não a moral, que é capaz de obter esse tipo mais exigente e coercivo de consenso para situações que, por ultrapassarem as fronteiras da práxis cotidiana, produzem perplexidade e dissenso moral inicial entre os indivíduos.

É nesse sentido que Habermas fala do direito positivo como provendo à moral racional, em primeiro lugar, um complemento funcional de seu *déficit cognitivo*. Por déficit cognitivo se deve entender duas coisas: (a) a incapacidade da moral racional, por ser apenas um conjunto de princípios abstratos, e não um catálogo de regras concretas, de fornecer orientação prática em contextos não consuetudinários de ação; e (b) a incapacidade da moral racional, por ser apenas um sistema de saber, e não um sistema de ação, de examinar em cada caso todas as circunstâncias relevantes da situação e fornecer para o caso em especial, levadas todas as coisas em conta, a solução adequada.

O déficit cognitivo da moral racional seria “complementado” pelo direito positivo, portanto, de duas maneiras distintas, correspondentes aos dois aspectos do déficit em questão: (a) o direito positivo pode,

lançando mão tanto de um ordenamento extensivo de normas quanto de sua estrutura institucional de *legislação*, fornecer um catálogo concreto de regras que se aplique inclusive a situações novas, que fogem dos contextos consuetudinários de ação; e (b) o direito positivo também pode, lançando mão tanto dos conceitos e esquemas previamente fixados por um sistema de dogmática jurídica quanto de sua estrutura institucional de *jurisdição*, apreciar cada caso concreto segundo as circunstâncias relevantes e formular uma solução adequada para ele. Assim, o que permitiria ao direito positivo prover uma complementação funcional aos déficits da moral seriam, por um lado, elementos que o direito possui no plano do saber cultural e, por outro, elementos que ele possui no plano da sociedade. No plano do saber cultural, seriam a elaboração sistemática do ordenamento jurídico e o saber sistemático da dogmática jurídica; já no plano da sociedade seriam as estruturas institucionais de legislação e de jurisdição. Portanto, trata-se tanto de ser um sistema de saber mais sistemático que a moral racional quanto de ser, além de um sistema de saber, também um sistema de ação:

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 (2003a, p. 151).

b) Complementação funcional do déficit motivacional

O primeiro déficit (cognitivo) da moral racional se referia a informar o indivíduo moderno normal sobre o que dele deve fazer. Já o segundo déficit (motivacional) se refere, por um lado, a motivar tal

indivíduo a agir em conformidade com as normas e, por outro, a torná-lo responsável por sua conduta desviante. Como veremos, existe uma clara conexão entre estes dois elementos: na medida em que não consegue motivar os indivíduos a agirem em conformidade com suas normas, a moral racional não pode garantir o nível de obediência generalizada necessário para que cada indivíduo seja considerado responsável por sua conduta desviante. Vejamos em detalhe por que cada um destes dois aspectos do déficit motivacional da moral racional se manifesta e como o direito positivo seria capaz de complementar tais déficits.

Em primeiro lugar, o déficit motivacional da moral racional é um déficit de – como o nome claramente sugere – *motivação*, isto é, se manifesta como uma incapacidade de *motivar* os indivíduos a agirem em conformidade com suas normas. O tema da motivação prática dos indivíduos é abordado por Habermas segundo o padrão do seu habitual duplo enfoque analítico e sociológico: do ponto de vista analítico, recorre a uma teoria da racionalidade instrumental e, sempre que envolva a interação com outros indivíduos e a previsão de suas escolhas, também estratégica; já do ponto de vista sociológico, trata-se de um diagnóstico de época segundo o qual os indivíduos modernos se libertaram do cativo absoluto da tradição e dos papéis sociais e desenvolveram um plano de autorrealização ética e busca do ganho individual que exige a adoção de uma perspectiva estratégica. Como a capacidade que as normas têm de motivar os indivíduos a obedecê-las depende do ajuste material entre o conteúdo destas normas e os motivos de conduta que se enraízam nas estruturas de personalidade dos indivíduos destinatários, normas que obrigam os indivíduos a superarem pontos de vista autocentrados e sacrificarem interesses próprios e que não os autorizam a adotarem o ponto de vista estratégico não conseguem se engatar e colocar em movimento as engrenagens de motivação dos indivíduos modernos normais e só podem esperar plena obediência dos poucos indivíduos virtuosos para quem o esquema deontológico do “dever pelo dever” se apresenta como razão motivadora suficiente.

Este primeiro aspecto do déficit motivacional da moral racional é “complementado” pelo direito positivo de dois modos distintos: (1) na medida em que, atribuindo direitos subjetivos, protege os espaços de ação livre dos indivíduos, o direito positivo lhes abre a possibilidade do agir estratégico conforme o direito; (2) na medida em que, mesmo quando legítimo, se serve da coerção, o direito libera os agentes para adotarem em relação às suas normas, no que se refere aos motivos para obedecê-las, tanto uma perspectiva performativa de respeito pela lei

quanto uma perspectiva estratégica de evitamento da sanção. Isso faz com que o direito não dependa, para sua eficácia, da generalização e força motivadora de uma “consciência jurídica”, da mesma maneira como a moral depende de uma consciência moral. Faz também com que ele se ajuste melhor às referidas estruturas de personalidade dos indivíduos modernos.

A moral da razão não sobrecarrega o indivíduo apenas com o problema da decisão de conflitos de ação, mas também com expectativas em relação à sua força de vontade. Com relação ao primeiro problema, ele deve estar preparado para, em situações de conflito, procurar uma solução consensual, isto é, entrar em discursos ou repetilos de modo advocatício. Com relação às expectativas, ele deve conseguir a força para agir segundo intuições morais, inclusive contra seus próprios interesses, a fim de harmonizar o dever e a obrigação. Enquanto autor, o ator deve concordar consigo mesmo, por ser destinatário de mandamentos. 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 consequências (2003a, p. 151-2).

Em segundo lugar, o déficit motivacional da moral racional é um déficit de *imputabilidade*, isto é, se manifesta como uma incapacidade de *responsabilizar* os indivíduos por suas condutas desviantes. Neste ponto, Habermas recorre novamente a uma explicação que é, por um lado, analítica e, por outro lado, sociológica. Do ponto de vista analítico, recorre à ideia, típica de certas teorias contratualistas, de que a obediência de cada um às normas válidas para todos está condicionada à

obediência de todos os demais às mesmas normas¹⁶. Nesse esquema do “contrato de obediência”, cujas cláusulas mantêm sua obrigatoriedade apenas enquanto gozem de eficácia generalizada, as normas morais, na medida em que – devido ao já explicado primeiro aspecto do déficit motivacional – não podem garantir tal eficácia para suas normas, não podem também *imputar* aos indivíduos sua violação das normas, porque a desobediência de cada um sempre poderia se escusar indicando a igual desobediência de todos os demais. Do ponto de vista sociológico, à luz do qual o termo “conduta desviante” se aplica mais adequadamente, a eficácia generalizada de uma norma produz um tipo de “pressão social” para a convergência da conduta que predispõe motivacionalmente o indivíduo à obediência, e não à violação. Numa sociedade em que todos obedecem às normas, o indivíduo desobediente assume o ônus social de seu desvio, enquanto, numa sociedade de desobedientes, é o indivíduo de conduta correta que assume o ônus social de sua obediência. Daí que uma comunidade em que a ineficácia generalizada das normas morais onerasse socialmente a obediência, em vez da violação, estaria mitigada a imputação aos agentes por sua conduta desviante.

Este segundo aspecto do déficit motivacional é “complementado” pelo direito positivo como consequência direta do tipo de eficácia generalizada que consegue para suas normas. Numa comunidade em que a obediência às normas jurídicas é a regra geral, nem a escusa normativa da desobediência dos demais nem a escusa sociológica da sobrecarga da conduta conforme estão à disposição do agente, de modo que este pode ser inteiramente responsabilizado pelos atos de desobediência às normas vigentes. Trata-se aqui, evidentemente, de apresentar um tipo de imputação adequadamente ajustado aos motivos de ação dos indivíduos

¹⁶ O expediente argumentativo de recorrer à ideia da imputabilidade do agente condicionada à eficácia generalizada, que é controversa até mesmo em teorias morais contratualistas, tem valor teórico-normativo, se não nulo, no mínimo bastante restrito, uma vez que, tanto no grande tronco das teorias morais kantianas, quanto no grande tronco das consequencialistas, a imputabilidade do agente está ligada ou à intenção que o moveu a agir ou à previsibilidade dos resultados de sua ação, e não à obediência generalizada dos demais. Não há clara referência ao tema da imputabilidade na ética do discurso, mas, cremos, a posição mais coerente com as premissas desta teoria seria ligar a imputabilidade do agente à razoabilidade da suposição de ter agido contra uma norma que obteria o consenso de todos os afetados num possível discurso racional prático. Habermas parece querer associar indevidamente a condição hipotética de obediência geral à norma, que entra na sua avaliação no discurso racional, com uma condição fática de sua imputabilidade.

modernos normais, e não de, ao nível positivo, condicionar a imputação jurídica propriamente dita à obediência generalizada da norma violada, a qual é, na quase totalidade dos ordenamentos jurídicos modernos, pouco ou nada relevante para questões de imputação.

Além disso, o problema da fraqueza da vontade acarreta o da imputabilidade. De acordo com uma moral da razão, os indivíduos singulares examinam a validade de normas, pressupondo que estas são seguidas faticamente por cada um. E, se a validade das normas implica o assentimento moralmente motivado de todos os atingidos, sob a condição de uma prática de obediência geral a normas, então, não pode ser exigido de ninguém que se atenha a normas válidas, enquanto a condição citada não estiver preenchida. Cada um deve poder esperar que todos sigam as normas válidas. Normas válidas só são imputáveis quando puderem ser impostas faticamente contra um comportamento desviante (2003a, p. 152).

c) Complementação funcional do déficit organizativo

O terceiro e último déficit funcional que Habermas atribui à moral racional é o déficit *organizativo*. Tal como os dois anteriores, este déficit também é duplo: por um lado, trata-se da incapacidade da moral racional para prover ao indivíduo os *meios* necessários para a realização de certos deveres positivos que lhe concernem; por outro lado, ligado ao primeiro, é a impossibilidade de imputar ao indivíduo *responsabilidade* pelo não cumprimento desses deveres para os quais lhe faltam os meios de realização. Vejamos estes dois aspectos do déficit organizativo e como o direito positivo consegue superá-los.

Antes de tudo, é importante ressaltar que o déficit organizativo, ao contrário dos outros dois, não se manifesta em relação a todos os deveres, mas apenas em relação a certo tipo de deveres positivos, isto é, de deveres que reclamam ação, e não omissão. Trata-se especialmente dos deveres positivos cuja realização razoavelmente eficaz requer um volume tal de recursos e um grau tal de organização da ação coletiva que superam amplamente os meios de que dispõe o indivíduo moderno normal. Alguns desses deveres compõem a pauta principal dos debates éticos contemporâneos em nível nacional e global, como o combate à

fome, a eliminação da miséria, da corrupção, da tortura, da exploração sexual, do tráfico humano, a preservação do meio-ambiente etc. Em relação a estes deveres positivos, a moral racional, na medida em que é apenas um sistema de símbolos, mas não um sistema de ação, não pode mobilizar os recursos e órgãos necessários para uma ação eficaz, não deixando ao indivíduo senão a modesta possibilidade de contribuir com apoio moral, atos isolados, doações e voluntariado. Isto restringe, pois, em primeiro lugar, o que o indivíduo pode fazer.

Isso também restringe, em segundo lugar, o que se pode cobrar dele. Um vez que a moral racional não deixa à disposição do indivíduo moderno normal os meios necessários para a realização desses deveres positivos em níveis aceitáveis de eficácia, fica prejudicada a imputação àquele indivíduo do não cumprimento desses deveres para além dos modestos limites da ação individual. Ambos os aspectos do déficit organizativo (tanto a impossibilidade de cumprir tais deveres quanto a consequente impossibilidade de ser imputado por seu descumprimento) podem, mais uma vez, ser apreciados pelo ponto de vista analítico e pelo sociológico: analiticamente, trata-se do conhecido *modus tollens* pelo qual, se *dever* implica *poder* (não no sentido de *estar autorizado a*, e sim de *ter capacidade de*), então, *não poder* implica *não dever*; já do ponto de vista sociológico, trata-se de um desajuste entre o tipo de dever requerido dos indivíduos no plano do saber cultural e o tipo de meios institucionais postos à disposição deles no plano das ordens sociais legítimas, desajuste que se repete entre a expectativa ideal de imputação gerada pelo dever e a impossibilidade real de imputação gerada pela ausência dos meios sociais necessários.

Ambos os aspectos do déficit organizativo da moral racional são “complementados” pelo direito positivo da mesma forma: Uma vez que o direito pode levantar grandes volumes de recursos mobilizados para objetivos coletivos e uma vez que ele não se refere apenas a pessoas naturais, mas também a pessoas jurídicas, entidades artificiais que podem ser criadas, modificadas e direcionadas conforme os propósitos que tenha em vista o legislador político, o direito está em condições de criar uma estrutura institucional eficaz de realização dos mais exigentes deveres positivos. Dessa forma, seria capaz tanto de prover ao indivíduo moderno normal os meios para o cumprimento de seus deveres positivos quanto, na mesma medida, de imputá-lo pelo descumprimento desses deveres, uma vez que a escusa da impossibilidade organizativa não está mais à sua disposição.

Um terceiro problema, resultante do caráter universalista da moral da razão, é dado pela imputabilidade de obrigações, especialmente com relação aos deveres positivos, os quais exigem frequentemente, especialmente nas sociedades complexas, esforços cooperativos ou realizações organizacionais (...). 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 auto-aplicáveis [isto é, reflexivas]. O direito é naturalmente reflexivo; pois 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 a pessoas jurídicas naturais, mas também a sujeitos de direito fictícios, tais como corporações e institutos (1996, p. 116-7).

6.3. Conclusão da Terceira Linha Argumentativa, Relativa à Relação entre Direito e Moral

Desse modo, encerramos a parte relativa à relação entre direito positivo e moral racional em Habermas, motivo por que convém que façamos um apanhado conclusivo dos itens vistos ao longo do capítulo anterior e do capítulo presente. Como dissemos, acreditamos que a compreensão da relação entre direito e moral em *Direito e Democracia* consiste num quebra-cabeça de seis peças, quatro delas dedicadas à relação entre direito e moral do ponto de vista normativo e duas delas dedicadas à mesma relação do ponto de vista sociológico. Diremos agora como pensamos que estas peças se encaixam entre si.

Como julgamos que as peças do lado sociológico fornecem o pano de fundo explicativo das peças do lado normativo, começaremos pelo lado sociológico, mais especificamente pela mais explicativa de todas, a quinta peça, segundo a qual direito positivo e moral racional são diferenciações resultantes da mesma eticidade tradicional decomposta. Ora, o ethos da sociedade global atravessava, no eixo vertical, os níveis da cultura, da sociedade e da personalidade e integrava, no eixo

horizontal, as ordens da ética, do direito e da política. Com sua dissolução, surgiu uma pluralidade de formas de vida coletivas e de planos de vida individual, pluralidade em relação à qual se tornou necessário um ponto de vista meta-individual e meta-contextual, ou seja, imparcial e universalista, função que acabou sendo assumida pela moral racional. Isso explica as características da estrutura das normas da moral racional (primeira peça) e da versão do princípio do discurso que se aplica a ela (segunda peça). Contudo, exatamente porque a moral teve que se especializar em questões de justiça do ponto de vista imparcial e universalista, ela se tornou acentuadamente abstrata e formal (o que explica o déficit cognitivo), confinada ao plano do saber cultural, isto é, tomando a forma de sistema de símbolos, mas não de sistema de ação (o que explica os déficits motivacional e organizativo). Logo, a quinta peça se torna o pano de fundo explicativo da primeira, da segunda e da sexta.

Por outro lado, com a dissolução do *ethos* abrangente tradicional, as ordens normativas do nível da sociedade passaram a sofrer pressão do pluralismo de visões de mundo no nível da cultura e do individualismo dos motivos de conduta no nível da personalidade. Para ser capaz de dar conta de tais pressões, o direito moderno deu à imparcialidade e universalidade dos argumentos morais um papel destacado na formação dos conteúdos jurídicos (quarta peça), liberou os motivos de obediência para admitir tanto a perspectiva performativa quanto a estratégica e duplicou a ideia de autonomia em pública e privada (quarta peça). Dessa forma, conseguiu tornar-se não apenas um sistema de símbolos, mas também um sistema de ação (sexta peça). Através de sua organização legislativa e judiciária, superou o déficit cognitivo da moral; através de sua estrutura de coerção, superou o déficit motivacional da moral; e através de sua reflexividade de regras sobre regras, podendo criar pessoas jurídicas artificiais para mobilizar recursos e ações coletivas, superou o déficit organizativo da moral.

Podemos dizer, em resumo, que, montado o quebra-cabeças, a relação entre direito e moral se mostra assim: o lado normativo da relação mostra a distinção interna entre direito e moral e o papel que argumentos morais têm no asseguramento da legitimidade da formação das normas jurídicas; já o lado sociológico explica a diferenciação entre direito e moral como resultante de um processo de racionalização do mundo da vida moderno e mostra a complementação funcional do direito em relação à moral, que permite que, através de sua conexão com os direitos básicos, a moral se irradie para todos os domínios da vida social, inclusive os marcados pelo amplo predomínio do agir estratégico.

7 QUARTA LINHA ARGUMENTATIVA: A GÊNESE LÓGICA DO SISTEMA DE DIREITOS A PARTIR DA TEORIA DO DISCURSO

Muito do que explicamos nos capítulos anteriores ajudará a tornar menos complexa a tarefa desse capítulo final sobre a gênese lógica do sistema de direitos em *Direito e Democracia*. Para que tenhamos estas importantes informações em mente, devemos, primeiro, destacar pontos do desenvolvimento precedente necessários para a compreensão do argumento desse capítulo:

a) **Forma jurídica:** Rol de características formais que o direito moderno desenvolveu em reação às demandas de sociedades complexas e racionalizadas de que precisava dar conta. Pode ser conhecida a partir das duas linhas de tensão interna entre facticidade e validade no direito moderno: tensão entre liberdade e coerção de um lado e entre positividade e legitimidade do outro. Consiste nas características de distribuição na forma de direitos subjetivos, positividade, coerção e legitimidade.

b) **Princípio do discurso:** É o princípio que regula as condições de discussões racionais comprometidas com a inclusão e com a ausência de coerção e que queiram reclamar para seus resultados consensuais a pretensão de legitimidade. O princípio é descoberto mediante uma reconstrução racional dos pressupostos implícitos nas práticas de justificação típicas de sociedades pós-convencionais. Fixa que só podem ser consideradas válidas as normas que possam obter o assentimento de todos os afetados em um discurso racional. Embora faça uma demanda normativa, não tem natureza moral, pois apenas fixa condições de tratamento imparcial das controvérsias, sejam elas morais, jurídicas ou de outro tipo. Quando aplicado ao direito, o princípio do discurso assume a forma do princípio da democracia, o qual opera ao nível não da constituição interna (que permanece aberta para vários tipos de argumentos), mas da institucionalização externa do princípio do discurso, vinculando as formações de consenso no discurso jurídico a comunidades concretas situadas no tempo e no espaço, a instituições democráticas que permitam a participação ampla e simétrica dos afetados e ao medium do direito como estruturante da prática discursiva e de seus resultados.

c) **Direito subjetivo e direito objetivo:** O desenvolvimento das concepções de direito subjetivo na história da dogmática civilista alemã revela uma notável dificuldade de conciliar a ideia de direitos subjetivos com a ideia de legislação pública (direito objetivo) através da qual estes direitos ganham figura positiva. As concepções variam entre, de um lado, na tradição do idealismo alemão, o tratamento dos direitos subjetivos privados como direitos morais pré-políticos e, de outro lado, na tradição do positivismo jurídico, a completa submissão dos direitos a um direito objetivo que se afirma exclusivamente a partir da coerção. A gênese lógica do sistema de direitos têm que ser capaz de reconciliar as noções de direito subjetivo e direito objetivo de modo mais paritário e cooriginário que isto.

d) **Direitos humanos e soberania popular:** São as duas únicas ideias que podem justificar o direito moderno, mas as tradições políticas modernas reiteradamente falham em conciliá-las entre si sem submeter uma à outra. Nas tradições (estilizadas) liberais e republicanas, conferiu-se peso excessivo a um em detrimento quase completo do outro. Em Kant e Rousseau, que se dedicaram a conciliá-los, sua cooriginariedade também não foi alcançada. Em Kant, o direito natural a iguais liberdades, que assumiria figura positiva apenas por meio da legislação pública, acaba dando nascimento a uma série de direitos naturais pré-políticos, fundados moralmente, que funcionam como verdadeiros limites à soberania popular. Em Rousseau, a legislação pública, que distribuiria direitos simetricamente a partir da linguagem geral das leis, acaba refém de uma concepção ética de comunidade e de uma sobrecarga de virtude dos cidadãos que não se coadunam com as circunstâncias de pluralismo e individualismo típicas de sociedades modernas. A gênese lógica do sistema de direitos tem que ser capaz de fornecer uma abordagem mais satisfatória e mais convincente sobre a cooriginariedade entre direitos humanos e soberania popular em sociedades modernas, o que implica que ela não pode cair na tentação de fundamentar moralmente os direitos humanos ou eticamente a soberania popular, tampouco de impor ao medium do direito algum conteúdo ou limite que não decorra simplesmente do emprego do princípio do discurso.

e) **Autonomia privada e autonomia pública:** São as duas faces da autonomia jurídica, uma que assegura ao indivíduo espaços livres de interferência nos quais ele está dispensado da liberdade comunicativa (de justificar suas asserções, escolhas e ações), livre para adotar uma perspectiva individualista e estratégica e para buscar a realização de seus projetos de vida; a outra que assegura a cada membros da comunidade a possibilidade de participação em igualdade de condições nos processos de formação da opinião e da vontade política. A relação da autonomia privada com a ideia de direitos subjetivos e com os direitos humanos e da autonomia pública com a ideia de lei e com a soberania popular faz com que a autonomia privada e a autonomia pública sejam normalmente concebidas como concorrentes, em vez de complementares entre si. A gênese lógica do sistema de direitos tem que ser capaz de expor essa complementaridade sem deixar de assegurar a cada uma das faces da autonomia sua dignidade própria.

Os itens a) e b) mostram as ferramentas que se têm à disposição para realizar as tarefas que os itens c), d) e e) especificam. Vejamos agora como Habermas pretende dar conta desse desafio no que ele anuncia como sendo uma reconstrução racional da gênese lógica dos direitos, isto é, do modo como tais direitos surgem como exigências inevitáveis de qualquer processo de autolegislação legítima por meio do direito positivo. No item 7.1, faremos uma exposição da reconstrução racional do sistema de direitos, com cada uma de suas etapas desde o ponto de partida. Nesta parte, faremos referências a um texto posterior de Habermas, contido na coletânea Era de Transições, que consideramos conter importantes explicações complementares ao processo da gênese lógica dos direitos. No item 7.2, cobriremos estes déficits exegéticos e interpretativos, examinando grupo por grupo de direitos da lista de Habermas, com atenção ao modo como cada um pode ser fundamentado, aos detalhes da linguagem em que cada um está formulado e ao tipo de conteúdo que cada um requer. Falaremos, por fim, da afirmação de Habermas sobre ver cada um dos sistemas constitucionais concretos como uma expressão particular deste mesmo sistema abstrato de direitos.

7.1. A Conjunção entre Princípio do Discurso e Forma Jurídica

Os membros de uma comunidade política decidem regular sua conduta por meio do direito positivo, tornando-se, assim, jurisconsortes uns em relação aos outros. Para criar normas que sejam legítimas, eles não têm outra alternativa que não justificá-las por meio do único princípio de justificação disponível em sociedades pós-convencionais, isto é, o princípio do discurso. As normas serão válidas, então, na medida em que possam contar com o assentimento de todos os afetados em discursos racionais. Mas o princípio do discurso é demasiado abstrato para a tarefa a que querem se dedicar, ou seja, a tarefa de autolegislação. Para esta tarefa, precisam da versão especializada do princípio do discurso na forma de princípio da democracia. Sendo assim, terão que criar formas institucionais de formação da opinião e da vontade por meio de instituições democráticas e através do medium do direito. Não lhes resta outro regime de formação da opinião e da vontade que não a democracia, nem outro medium de institucionalização que não o direito moderno, o que implica dizer também a forma jurídica.

A primeira tarefa que se coloca para jurisconsortes que assumem a forma jurídica como *medium* de institucionalização de suas práticas e decisões é converter cada um dos membros da comunidade num sujeito de direito. Contudo, implícita na condição de sujeito de direito já está a posse de direitos subjetivos que assegurem a autonomia privada. Os jurisconsortes, se quiserem se tratar uns aos outros como sujeitos de direito, têm que atribuir-se reciprocamente os direitos subjetivos da autonomia privada. Mas resta a questão: quais seriam esses direitos?

A questão precisa ser apreciada com cautela. É importante lembrar que, apesar da aparência, nada disso é experimento mental, no estilo naufragos numa ilha ou sujeitos racionais sob o véu de ignorância. Habermas diz que a teoria do discurso parte de uma “simulação” na qual os indivíduos quisessem dar início a uma convivência regulada pelos meios do direito positivo. Tal “simulação”, contudo, tem apenas o objetivo de explicitar as condições que precisam ser preenchidas para que possa ter início uma autolegislação realizada juridicamente:

A teoria do discurso, do mesmo modo que as teorias precursoras apoiadas no contrato social, simula um estado inicial que serve de ponto de partida: neste estado, pessoas em qualquer número resolvem entrar, por si mesmas, numa prática constituinte (...). Além disso [a saber, além da

liberdade de arbítrio], os participantes têm que preencher mais três condições: em primeiro lugar, eles se reúnem na mesma decisão de regular legitimamente sua convivência futura com os meios do direito positivo. Em segundo lugar, eles estão dispostos a participar de discursos práticos, portanto a preencher os pressupostos pragmáticos exigentes de uma prática de argumentação. (...) Finalmente, a entrada na prática constituinte exige a disposição de traduzir o sentido desta prática num tema explícito (2003c, p. 168).

Trata-se, em vez de puro experimento mental, de reconstrução racional das condições discursivas sob as quais se encontra qualquer comunidade política que queria regular legitimamente a conduta de seus membros por meio do direito positivo. Habermas explica que se deve fazer a diferença entre dois níveis de acesso à prática de autolegislação, um em que se explica a linguagem dos direitos subjetivos e outro em que se realiza essa prática por meio da soberania popular:

Temos, portanto, que fazer cuidadosa distinção entre dois níveis: em primeiro lugar, existe o nível da explicação da linguagem dos direitos subjetivos, na qual a prática comum de uma associação de parceiros jurídicos livres e iguais, que se determinam a si mesmos, pode manifestar-se, e na qual o princípio da soberania popular pode se incorporar. Em segundo lugar, deve-se focalizar o nível da realização desse princípio através do exercício, da realização fática dessa prática (2003c, p. 170-1).

Tal reconstrução racional, se quer ser satisfatória, precisa evitar os erros das concepções anteriores, objeto da longa apreciação crítica que o Capítulo III de *Direito e Democracia* desenvolveu. Por isso mesmo, não pode propor nesse passo uma lista de direitos substantivos que recorra seja a normas morais relativas ao respeito pela pessoa – alternativa que teria os problemas da concepção kantiana – seja a valores éticos de uma tradição compartilhada – alternativa que teria os problemas da concepção rousseauiana. É preciso obter uma resposta sobre o sistema de direitos a ser instaurado contando exclusivamente com elementos que possam ser extraídos do princípio do discurso (na

forma princípio da democracia) como esquema de justificação e da forma jurídica como esquema de institucionalização.

Sendo assim, voltamos ao ponto em que estávamos: Quais direitos devem os jurisconsortes se atribuir reciprocamente se querem tratar-se uns aos outros como sujeitos de direito? Como já dissemos, devem ser, em primeiro lugar, os direitos que asseguram a autonomia privada. Uma vez que o conceito de pessoa jurídica já traz implícito em si a ideia do direito a iguais espaços de liberdade, é este em primeiro lugar o direito a ser assegurado. Mas, como a simples previsão deste direito não é bastante para assegurá-lo, é preciso assinalar também *quem* está encarregado de assegurar a cada sujeito de direito, contra violações e por meio da coerção, tal direito a iguais liberdades e *como* é possível para cada sujeito de direito recorrer a esta instância pedindo o emprego da coerção, tanto quanto como será possível para cada sujeito de direito estar protegido contra o uso arbitrário desta coerção. Disso resultam os dois outros direitos, a saber, o direito de pertença a certa comunidade política concreta situada no tempo e no espaço capaz de assegurar mediante coerção os seus direitos de liberdade e o direito de invocar a aplicação da coerção e de estar protegido contra seu emprego arbitrário.

Podemos perceber que, nesta reconstrução racional, os direitos a que se chega são bastante abstratos e passíveis de várias concretizações diferentes no direito positivo de cada comunidade. Tais direitos são, nos dizeres de Habermas, “insaturados”, espécies de guardadores de lugar para os futuros direitos concretos, molduras a serem preenchidas pela legislação pública positiva. Para que tenham efetividade, precisam receber conteúdo, mas nisso se encontra o limite que a reconstrução racional não pode ultrapassar. Para dar conteúdo aos direitos, ela teria que recorrer a pontos de vista morais ou éticos que comprometeriam o êxito da reconstrução racional, tornando-a passível da mesma crítica de ter extraído os direitos de fontes extrajurídicas não disponíveis para a autolegislação e, assim, ter criado uma concorrência entre direitos humanos e soberania popular. Se, por outro lado, não der conteúdo aos direitos, nem prever algum modo viável e legítimo como tal conteúdo lhes pode ser fornecido, então, como direitos insaturados não são aptos a proteger coisa alguma, a reconstrução racional terá falhado na tarefa de reconstruir um sistema de direitos que seja de fato capaz de proteger a autonomia privada dos jurisconsortes.

Para superar este limite, é preciso recorrer à outra face da autonomia jurídica, a saber, à autonomia pública. Porque a única forma legítima que a reconstrução pode prever para o preenchimento do

conteúdo dos direitos insaturados resultantes da forma jurídica é uma que esteja em conformidade com o princípio do discurso e, portanto, que parta de consensos racionais obtidos pelos próprios agentes afetados pelas normas. O único elemento legítimo fornecedor de conteúdo para os direitos é, então, a soberania popular. Se os jurisconsortes quiserem realmente proteger sua autonomia privada, precisam assegurar alguma forma de realização de sua autonomia pública.

É preciso, então, assegurar a participação de todos os possíveis afetados na formação destes conteúdos. Contudo, como o único medium de institucionalização de que os jurisconsortes dispõem é o direito, esta tarefa de assegurar a participação de todos em igualdades de chances tem também que assumir a forma jurídica, o que significa que tem que se traduzir num tipo particular de direitos subjetivos, a saber, os direitos de participação política. Se a única solução satisfatória para a saturação dos direitos da autonomia privada é recorrer às decisões da soberania popular e se esta precisa ser institucionalizada segundo a forma jurídica, é preciso, então, que os jurisconsortes se atribuam uns aos outros um quarto e novo direito: o direito de participação dos processos de formação da opinião e da vontade política.

Já seria isso proteção efetiva da autonomia privada dos sujeitos de direito? Eles têm (a) espaços iguais de liberdade, (b) pertença a uma comunidade política, (c) formas de recorrer ao seu poder coercivo para protegerem aquela liberdade e (d) participação na formação da vontade política para darem àquela liberdade conteúdo concreto. Mas falta levar em conta a questão pragmática. Os direitos, assegurados juridicamente, se não contarem com meios efetivos de gozo e realização, serão meros direitos formais, previsões vazias carentes de realidade. É preciso, então, garantir a estes jurisconsortes um novo direito, a saber, o direito ao (e) acesso a meios econômicos, culturais, ambientais etc., não porque o direito a tais meios derive diretamente da conjugação entre princípio do discurso e forma jurídica, mas sim apenas na medida em que se mostrem necessários, num cenário empírico e pragmático concreto, para o efetivo gozo e realização dos direitos anteriores. Assim, seria possível reconstruir racionalmente o sistema de direitos de maneira inteiramente compatível e complementar com a soberania popular.

Há, contudo, um problema aparente com esta exposição. É que ela começou pelos direitos de liberdade típicos da autonomia privada e seguiu adiante com a lista de direitos necessários para dar à autonomia privada verdadeira proteção e efetividade. Pareceria, então, que o sistema de direitos gira em torno da autonomia privada ou só pode ser

reconstruído tomando a necessidade de proteção da autonomia privada como seu ponto de partida. Mas essa é uma impressão falsa. O sistema poderia ser igualmente reconstruído partindo da autonomia pública.

Senão, vejamos. Digamos que os jurisconsortes, tendo assumido que sua tarefa de autolegislação deve se pautar pelo princípio da democracia, se concentrassem num ponto diferente deste princípio: em vez de se concentrassem nas condições de instauração do medium do direito (conversão em sujeitos de direito, espaços de liberdade etc.), como na já mostrada primeira versão da reconstrução racional, eles se concentrariam, dessa vez, na instauração de instituições democráticas de formação da opinião e da vontade. Ora, para instaurar as condições de uma autolegislação democrática por meio do medium do direito, é preciso assegurar a todos os jurisconsortes aquele direito de participação que surgiu como quarto direito na primeira versão da reconstrução. Mas não é possível atribuir direitos a quem não é sujeito de direito e não é possível atribuir a alguém a condição de sujeito de direito sem lhe atribuir espaços de liberdade subjetivas, pertença a uma comunidade, acesso a tribunais, meios de realização etc., recomçando o curso de reconstrução dos direitos na ordem que vimos na primeira versão.

No que se refere aos centros gravitacionais igualmente importantes da autonomia privada e da autonomia pública, a reconstrução assume a forma de um circuito fechado, sem ponto de entrada nem ponto de saída previamente assinaladas. Estabelecido o circuito, não importa se se entra nele pela autonomia privada ou pela autonomia pública, pois uma autonomia reconduzirá à outra e o sistema de direitos resultante, num caso ou noutro, será sempre o mesmo.

Desta forma, a reconstrução racional teria não apenas dado conta de reconstruir todo o sistema de direitos a partir do princípio do discurso e da forma jurídica, ou, o que é o mesmo, da ideia de membros de uma comunidade política que querem regular reciprocamente suas condutas de modo legítimo (o que implica o princípio do discurso) e por meio do direito positivo (o que implica a forma jurídica); a reconstrução teria também conseguido mostrar como estão indissociavelmente implicados o direito subjetivo e o objetivo, os direitos humanos e a soberania popular e a autonomia privada e a pública. Seria, pois, a representação mais adequada da autocompreensão normativa das ordens jurídicas modernas em termos das condições de sua legitimidade.

7.2. Os Grupos de Direitos Básicos

Examinemos cada um dos grupos de direitos obtidos mediante a reconstrução racional de Habermas, na ordem em que ele os anuncia:

7.2.1. 1º Grupo: Iguais Liberdades

Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação

Esse é o direito em relação ao qual há menos para comentar. Habermas afirma que este direito¹⁷ resulta da aplicação do princípio do discurso ao medium do direito, pois determina o status de sujeitos de direito. Como já dissemos, o uso da forma jurídica implica a conversão dos indivíduos em sujeitos de direito, e a ideia de sujeito de direito já pressupõe a de liberdade subjetiva de ação. Com a conversão de todos os membros em sujeitos de direito e a impossibilidade de que qualquer assimetria das liberdades pudesse receber assentimento nos termos do princípio do discurso, resulta que as liberdades subjetivas têm que ser distribuídas numa medida igual. Provavelmente, Habermas também acredita que nenhuma medida das liberdades iguais que não a máxima possível passaria pelo princípio do discurso¹⁸. A característica da forma jurídica a que este grupo de direitos está ligado é, obviamente, a primeira: a distribuição na forma de direitos subjetivos.

¹⁷ Faremos referência, nas explicações, ora a um “grupo de direitos”, ora a um “direito” singular. É que cada grupo prevê futuros direitos saturados, resultantes da configuração politicamente autônoma de um direito insaturado. O direito insaturado é que resulta da aplicação do princípio do discurso ao medium do direito, enquanto os direitos saturados já resultam da configuração politicamente autônoma desse direito insaturado por obra do legislador político.

¹⁸ Isso é problemático. Habermas parece não notar que a formulação que deu ao primeiro direito é passível da mesma crítica que Hart dirigiu contra a formulação do primeiro princípio de justiça de Rawls na primeira edição de *Uma Teoria da Justiça* (cf. HART, 2010): os cidadãos poderiam escolher ter uma medida de liberdade menor que a máxima se entendessem que assim outros bens seriam favorecidos; os únicos cidadãos que escolheriam a máxima medida de liberdade sobre qualquer outra vantagem seriam cidadãos que tomassem a liberdade não como questão de justiça, mas como ideal ético. Não vemos por que pensar que uma medida das liberdades menor que a máxima possível estaria automaticamente descartada pelo princípio do discurso.

7.2.2. 2º Grupo: Status de Membro

Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito

O segundo grupo de direitos deriva da aplicação do princípio do discurso à segunda característica da forma jurídica: a positividade. Para Habermas, o fato de normas jurídicas regularem a conduta de membros de uma comunidade particular, situada no tempo e no espaço, “deriva do próprio conceito de positividade do direito, isto é, da facticidade da normatização e da imposição do direito” (2003a, p. 161). Normas morais ou normas de um direito natural poderiam regular a conduta dos indivíduos independentemente de sua pertença ou vinculação a uma comunidade particular, simplesmente por serem homens ou sujeitos falantes e racionais. Mas normas de direito positivo são criadas pelos membros de uma comunidade jurídica para valerem para estes membros ou para todos os que se tornarem membros dela depois deles.

Desta forma, sem estar vinculado a uma comunidade particular, o indivíduo não pode estar sob a égide de suas normas, por conseguinte, não pode ser tomado como um sujeito de direitos na ordem jurídica que ali vige. Se o vínculo a uma comunidade jurídica é assim tão importante para sua condição de sujeito de direito, faz sentido que o próprio vínculo, isto é, o status de membro da comunidade, seja protegido na forma de um direito. Habermas relaciona esta necessidade à questão da renúncia pelo indivíduo ao direito de empregar a força, o qual é cedido a uma comunidade jurídica determinada no tempo e no espaço – uma “entidade finita” sobre o mundo –, que monopoliza o emprego legítimo da violência no território que lhe serve de referência.

Da aplicação do princípio do discurso sobre o status de membro de uma comunidade jurídica – ou seja, quando se submete o tratamento jurídico a ser dispensado ao status de membro ao critério do que poderia ser objeto de assentimento de todos os afetados – se chega a pelo menos quatro determinações, duas das quais (a nosso ver, pelo menos) podem ser enunciadas antes mesmo da legislação que lhes dê figura positiva: a determinação de que todo indivíduo tenha o status de membro de alguma comunidade jurídica (determinação de que Habermas não fala, mas que, a nosso ver, decorre da ideia de que, sem vínculo comunitário, o indivíduo não tem qualquer proteção jurídica); e a determinação de

que todo membro possa, quando for da sua vontade, deixar de ter vínculo com sua comunidade jurídica. Pois não seriam objeto de assentimento de todos os afetados determinações que deixassem algum indivíduo ao desabrigo de qualquer ordem jurídica ou que o impedissem de romper seus vínculos com sua comunidade de origem quando esta for a sua vontade. As outras duas determinações dependem da configuração politicamente autônoma a ser dada pelo legislador político: a determinação das condições para adquirir o status de membro (seja como cidadão nato, seja como imigrante naturalizado) e a determinação de proteções à manutenção do status de membro enquanto for da vontade do indivíduo.

A influência do princípio do discurso se faz sentir novamente no modo como a questão da emigração e da imigração recebem tratamento distinto em função da variação do âmbito dos que seriam afetados por uma normatização a respeito¹⁹. No caso da emigração, em que os afetados pela normatização a respeito são apenas os membros da comunidade jurídica em questão, o teórico pode presumir que seria do igual interesse de todos os afetados terem a possibilidade de escolher,

¹⁹ Aqui Habermas propõe uma interpretação da expressão “todos os afetados”, contida no princípio do discurso, que a nosso ver levanta toda uma nova série de problemas sobre a teorização dos direitos básicos. Pois seria de esperar que o princípio do discurso, ao ser institucionalizado através do medium do direito, sofresse da parte deste a restrição de aplicar sua exigência de consideração dos interesses de todos os afetados apenas aos afetados que estão sob a autoridade das normas jurídicas da comunidade em questão, ou seja, apenas aos membros. Nesta questão da emigração, porém, ao dar uma interpretação metacomunitária ao termo “afetados”, que leva em conta também os não membros, Habermas abre, sem dar-se conta, a mesma possibilidade de interpretação para todos os demais direitos. Isso se acentua quando ele fala, no *Posfácio*, em resposta a Höffe, do “sentido humano” dos direitos básicos (2003b, p. 316-7), que se aplicam não apenas aos cidadãos, mas a todos os seres humanos que fiquem sob sua jurisdição. Ora, se é assim, então, direitos como a liberdade de ir e vir, a liberdade de expressão ou a liberdade de culto não afetam apenas os membros da comunidade em questão, mas todos os seres humanos que venham a ficar, mesmo que temporariamente, sob sua jurisdição. Se assim for, então, poder-se-ia concluir que a única forma de, na configuração politicamente autônoma de cada direito básico, realizar a exigência de consideração dos interesses de todos os afetados seria por meio de uma legislação global, e nunca nacional. A legislação nacional estaria sempre submetendo a consideração do interesse de todos os afetados (a humanidade) a apenas parte dos afetados (os membros da comunidade jurídica), o que sempre violaria as condições de legitimidade do princípio do discurso.

quando assim quisessem, abandonar o vínculo com sua comunidade de origem. Pois, como “a pertença a uma associação deve repousar sobre um ato de aceitação por parte do sócio (pelo menos suposto)” (2003a, p. 161), só a garantia da possibilidade constantemente aberta a cada membro de abandonar sua comunidade tornaria a permanência nela um ato tácito de aceitação de seus termos.

Entretanto, no caso da imigração, em que os afetados pela normatização a respeito não seriam apenas os membros da comunidade jurídica em questão, mas também todos os não membros que tivessem interesse de obter vínculo com ela, o teórico não pode presumir que seria do igual interesse de todos os afetados nem terem a possibilidade de escolher, quando quisessem, adquirir vínculo com a comunidade jurídica, nem não terem essa possibilidade de forma alguma, pois, por um lado, numa ordem global marcada por desigualdades de riqueza e de oportunidades, a autorização irrestrita da imigração poderia afetar de modo tal os interesses dos já membros da comunidade jurídica em questão que não passaria pelo princípio do discurso e, por outro lado, uma restrição quase total da imigração poderia afetar de modo tal os interesses dos que queriam tornar-se membros da comunidade jurídica em questão que também não passaria pelo princípio do discurso. Daí que Habermas fale de “uma regulamentação que seja do interesse simétrico tanto dos membros quanto dos candidatos” (2003a, p. 161).

7.2.3. 3º Grupo: Postulação Judicial e Proteção Jurídica

Direitos fundamentais que resultam imediatamente²⁰ da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual

O terceiro grupo de direitos deriva da aplicação do princípio do discurso à terceira característica da forma jurídica: a coerção. Para que os direitos elencados tenham eficácia, é preciso que o sujeito de direito

²⁰ Na formulação de *Direito e Democracia*, Habermas fala de direitos que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e outros que resultam da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual. Já em *Era de Transições*, Habermas não distingue tais duas possibilidades, remetendo todos os direitos do terceiro grupo à “configuração politicamente autônoma do igual direito de proteção individual, portanto da reclamabilidade de direitos subjetivos” (2003c, p. 169).

possa invocar o emprego da coerção (“mobilizar as autorizações ao uso da força”, 2003a, p. 162) toda vez que eles forem violados ou estiverem ameaçados de violação; ao mesmo tempo, para que este emprego da coerção seja inteiramente compatível com a liberdade, é preciso não apenas que aquele *em favor* do qual ele é deflagrado o requeira para proteção de sua liberdade, mas é preciso também que aquele contra o qual ele é deflagrado esteja devidamente protegido *contra* o emprego *arbitrário* da coerção. Para eficácia dos direitos por meio da invocação da coerção, chega-se à possibilidade de postulação judicial; já para a conciliação da coerção com a liberdade de ambos os polos da relação judicial, chega-se à proteção jurídica dos sujeitos. Os direitos que integram o terceiro grupo resultam da aplicação do princípio do discurso sobre a postulação judicial e sobre a proteção jurídica.

Como os membros da comunidade jurídica abriram mão, em favor da comunidade, do direito individual ao uso da força, não está aberta a possibilidade de que, em casos ordinários (a legítima defesa seria talvez uma exceção), o sujeito de direito se sirva da autotutela, isto é, se coloque a si mesmo na condição de protetor de seu direito violado ou ameaçado e aplique a força sobre o violador ou ameaçador. Tal limitação não deriva apenas da ausência de poder para coagir por parte do indivíduo, mas também, no outro polo, da vulnerabilidade em que se encontra o outro indivíduo, que também abriu mão do uso da força em favor da comunidade e não se encontra preparado para proteger-se contra as investidas da autotutela do primeiro. Em vista disso, seria necessário apreciar cada conflito de forma a preservar a simetria dos direitos e a imparcialidade do juízo, exigências que, para Habermas, só se satisfazem com a criação de órgãos judiciários e procedimentos jurídicos²¹ pelos quais os casos sejam examinados e decididos de acordo com a lei e respeitando os direitos de todos os envolvidos.

²¹ Esta é, a nosso ver, uma consequência extraordinariamente substantiva para uma reconstrução racional que pretende operar naquele nível tão abstrato em que os cidadãos se atribuem direitos uns aos outros sem contarem ainda com um poder estatal estabelecido. Embora esteja claro para nós que o interesse de Habermas é reconstruir racionalmente, em função dos direitos, as condições de organização do poder político que já se encontram em sociedades modernas concretas, continua nos parecendo que teria sido mais adequado propor no rol de direitos insaturados apenas uma possibilidade de postulação *política* (e não ainda judicial) e de proteção jurídica de cada membro, deixando para o Capítulo IV a tarefa de introduzir a figura dos tribunais e procedimentos judiciais no

7.2.4. 4º Grupo: Participação Política

Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os cidadãos exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo

Os grupos anteriores de direitos ainda estão à espera, para sua concretização, da configuração politicamente autônoma dos direitos insaturados que eles preveem. Como esta configuração não pode ser tarefa do teórico se substituindo aos cidadãos, mas só pode ocorrer pelos meios institucionais da democracia e pelo exercício da soberania popular, é preciso introduzir um novo grupo de direitos, relativos agora justamente à possibilidade de participação de cada um, em condições simétricas a todos os demais, nos processos de formação da opinião e da vontade. Para citar Habermas (2003a, p. 163):

Até agora nós aplicamos o princípio do discurso à forma jurídica como que a partir de fora, na perspectiva de um teórico. O teórico *diz* para os civis [cidadãos] quais são os direitos que eles *teriam que* reconhecer reciprocamente, caso desejassem regular legitimamente sua convivência com os meios do direito positivo. Isso explica a natureza abstrata das categorias jurídicas abordadas. É preciso, no entanto, empreender uma mudança de perspectivas, a fim de que os civis [cidadãos] possam aplicar por si mesmos o princípio do discurso. Pois, *enquanto* sujeitos do direito, eles só conseguirão autonomia se se entenderem e agirem como autores dos direitos aos quais desejam submeter-se como destinatários.

Claramente, então, este grupo de direitos resulta da aplicação do princípio do discurso à quarta característica da forma jurídica, ou seja, à legitimidade. Pois, se a legitimidade das normas jurídicas advém dos processos democráticos de formação da opinião e da vontade a partir

momento de mostrar qual seria o arranjo organizacional do Estado compatível com a realização daquele direito insaturado.

dos quais elas foram produzidas, então, submetendo esta formação democrática da opinião e da vontade ao princípio do discurso, resultam pelo menos as seguintes determinações: a extensão de direitos de participação em procedimentos formais de formação da vontade política a todos os afetados, neste caso, a todos os membros da comunidade jurídica, ainda que pela via indireta da representação parlamentar; a institucionalização de condições de simetria da participação dos membros e da consideração de suas contribuições para o debate de questões que sejam do interesse de todos; e, ainda, o asseguramento de direitos de livre associação, reunião, expressão, informação, pensamento e convicção, sem os quais a esfera pública em geral, e sua infraestrutura de sociedade civil em particular, não poderão desempenhar o papel de caixa de ressonância das demandas individuais e coletivas (Capítulo VIII) nem de fonte de contribuições à formação do poder comunicativo na esfera parlamentar (Capítulo IV).

O fato de que os direitos dos três primeiros grupos, referidos pelo próprio Habermas à proteção da autonomia privada, só possam proteger de fato o espaço de escolhas livres de cada indivíduo se configurados com conteúdos e limites concretos e de que tal configuração, por sua vez, ultrapassando a tarefa que o teórico crítico pode pretender numa reconstrução racional, tenha que ser confiada aos próprios cidadãos, no exercício de sua autonomia pública, completa a tarefa teórica que Habermas havia assumido para si, isto é, de mostrar que as duas faces da autonomia jurídica se pressupõem e se completam reciprocamente. Para ter autonomia privada, é preciso estar protegido por aqueles direitos que apenas a autonomia pública pode configurar; mas, para ter autonomia pública, é preciso institucionalizá-la pelo medium do direito, que exige a proteção da autonomia privada de cada membro do jurisconsórcio. As faces da autonomia se dobram uma sobre a outra formando um círculo autorreferente.

7.2.5. 5º Grupo: Garantias Sociais, Técnicas e Ecológicas

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)

Este é o grupo de direitos em relação ao qual Habermas diz que a reconstrução racional pode fornecer uma fundamentação, não absoluta,

como a dos grupos anteriores, mas apenas relativa²². Por fundamentação relativa, a nosso ver, Habermas quer dizer duas coisas: A primeira é que tais direitos só estão fundamentados condicionalmente, a saber, são exigências normativas do jurisconsórcio apenas quando se constatarem necessários para aproveitamento em igualdade de chances dos direitos elencados nos grupos anteriores; a segunda coisa que Habermas quer dizer com fundamentação relativa é que não apenas a medida maior ou menor em que estes direitos estarão assegurados, mas inclusive sua previsão positiva nas ordens jurídicas variará de contexto para contexto²³.

²² Cf. a respeito do assunto, TONETTO, 2005, e TONETTO, 2010, p. 217-28.

²³ Na ideia de fundamentação relativa dos direitos do quinto grupo há, a nosso ver, dois problemas. (1) O primeiro é que Habermas mitiga o valor destes direitos, embora não, como os críticos apontam, em sua relevância, e sim em seu status deontico. Quanto à relevância, sendo a configuração destes direitos dependente da legislação pública e seu asseguramento tanto mais necessário quanto mais as circunstâncias sociais de aproveitamento dos demais direitos o requeiram, é esperável que o caráter condicional que Habermas atribuiu a eles os eleve à condição de preocupação jurídica centralíssima nas comunidades políticas em que tais condições sociais sejam desfavoráveis. Contudo, sua dignidade fica comprometida na medida em que direitos como educação e saúde de qualidade e meio-ambiente ecologicamente equilibrado se tornam apenas direitos-meios para os direitos-fins dos quatro primeiros grupos. Pareceria que o jurisconsortes não têm direito, por exemplo, à educação por si mesma, mas sim direito à educação na medida em que ela seja necessária para, por exemplo, realizar seus projetos de vida ou para participar da vida cívica. Ora, se direitos como propriedade, proibição de confisco, liberdade de ir e vir, liberdade de expressão, direito de reunião etc. são, apesar de sua contribuição para a fruição de outros direitos, considerados no grupo dos direitos-fim, porque o mesmo não sucederia à educação, à saúde, ao transporte, ao meio-ambiente etc.? (2) O segundo problema é que Habermas novamente parece não ser fiel à proposta de expor os direitos em abstrato, numa situação social ainda carente de Estado. Ora, onde ainda não há Estado, ainda não há uma separação entre quais direitos serão realizados mediante políticas do Estado e quais serão realizados mediante esforços privados dos próprios cidadãos. Traçar já na reconstrução racional em abstrato uma separação entre direitos básicos de fundamentação absoluta e de fundamentação relativa parece atribuir ao teórico uma decisão que caberia na verdade à configuração politicamente autônoma destes direitos pelos cidadãos. Com qual argumento se prova que um direito, por exemplo, ao acesso universal à saúde não passaria pelo princípio do discurso? Parece-nos claro que passaria, restando, contudo, ao legislador político, já na etapa de “saturação” desse direito básico, configurar de que modo o Estado atuará em relação a ele: se apenas

Enquanto os quatro primeiros grupos de direitos tocam na temática da conciliação entre autonomia privada e autonomia pública e representam os clássicos direitos civis e políticos da primeira onda de constitucionalização moderna, os direitos do quinto grupo tocam noutra temática, a saber, a da igualdade material e da transição do paradigma liberal para o paradigma social, bem como representam, agora, os novos direitos sociais, econômicos, culturais, ambientais etc., afirmados na segunda metade do Século XX e típicos do Estado de bem-estar.

Em países como os EUA, em que a conquista dos meios sociais necessários para a fruição material dos direitos foi tradicionalmente confiada aos mecanismos da economia de mercado, tais direitos não gozam de status constitucional – não há qualquer referência a eles na Constituição americana –, aparecendo, antes, como previsão normativa em políticas governamentais pontuais, modificáveis e intermitentes conforme os ventos de crise econômica ou otimismo de mercado. Já na maioria dos Estados europeus, estão definitivamente incorporados aos textos constitucionais e têm o mesmo status dos demais direitos básicos, enquanto, por fim, na América Latina e noutros contextos periféricos e emergentes, assumem papel central na própria definição das promessas da Carta constitucional em relação a seus destinatários. As variáveis de cultura política, cultura econômica e condições materiais concretas, bem como o tipo de concepção do Estado social que se afirmou em cada um destes contextos tende a ter um peso decisivo no conteúdo e no papel que se atribuem a estes direitos em cada ordem constitucional.

Habermas parece haver revisto esta posição no texto de *Era de Transições*. Pouco antes da já referida passagem (cf. p. 107, *supra*) em que distingue dois níveis da realização da autolegislação, Habermas faz referência a um “véu de ignorância do não-saber empírico” (2003c, p. 170) que estaria agindo sobre os participantes durante o primeiro nível, isto é, durante o momento da explicitação da linguagem dos direitos em que será executada a prática da autolegislação. Sob este tipo de “véu de ignorância”, eles ainda não podem saber quais direitos particulares seriam a melhor realização dos direitos insaturados que consideraram indispensáveis à prática a que se dedicarão em seguida:

fiscalizando o acesso à saúde que as hospitais e planos de saúde privados proporcionam, se dando incentivos financeiros e fiscais a estes hospitais e planos de saúde ou se tendo um sistema estatal de saúde que garanta o acesso universal com recursos públicos.

Somente a partir do momento em que as características relevantes do mundo ambiente lançarem luz sobre os nossos interesses, tornar-se-á claro que necessitamos dos direitos que conhecemos (...) para configurar nossa vida pessoal e nossa vida política (2003c, p. 170).

Ora, se é assim, fica claro o motivo por que neste texto posterior Habermas já não prevê o quinto grupo de direitos, nem mesmo por via de uma fundamentação relativa: A conclusão de que certos “meios” seriam necessários à realização dos demais direitos também faz parte do saber empírico a que os participantes só recorrem, não no primeiro momento, da reconstrução racional das condições da autolegislação, e sim no segundo momento, da realização concreta da autolegislação por via do exercício da soberania popular.

7.3. Articulando as Quatro Linhas Argumentativas

Havendo concluído a exposição das quatro linhas argumentativas principais que identificamos no Capítulo III de *Direito e Democracia*, podemos agora tentar integrar as referidas linhas numa visão geral, que sirva de conclusão a esta parte da dissertação antes de começarmos, no capítulo seguinte, a fazer o cotejo com as novas abordagens do sistema dos direitos nas obras posteriores de Habermas.

A primeira linha argumentativa, a que nos dedicamos no Capítulo 3 desta dissertação, se dedicou à forma jurídica. O rol de caracteres formais (distribuição de direitos subjetivos, positividade, coerção e legitimidade) do direito moderno mantém a tensão entre facticidade e validade, o torna bem ajustado à linguagem do mundo da vida e dos sistemas e lhe dá o status de medium por excelência da integração social em sociedades desencantadas e complexas. Tudo que se institucionaliza através da forma jurídica precisa incorporar estes caracteres.

A segunda linha argumentativa, a que nos dedicamos no Capítulo 4, se dedicou aos direitos subjetivos e à legislação pública. Quanto aos direitos subjetivos, Habermas mostrou que a dogmática civilista alemã não conseguiu fugir da alternativa entre uma ordem de direitos morais pré-políticos de um lado e uma ordem de direitos subjetivos esvaziados de centralidade e puramente baseados na coerção do outro. No que se refere à legislação, a desejada cooriginariedade entre autonomia pública e autonomia privada não chegou a ser alcançada nem na filosofia política de Kant, que vinculou os direitos a uma fundamentação moral,

nem na filosofia política de Rousseau, que, segundo Habermas, vinculou a autolegislação a um contexto ético compartilhado. Para superar estes equívocos, é preciso abandonar as premissas da filosofia da consciência, que tendem a conceber a legislação como relação entre um micro-sujeito indivíduo e macro-sujeito povo, e partir para uma concepção discursiva da prática de autolegislação.

A terceira linha argumentativa, a que nos dedicamos nos Capítulos 5 e 6 desta dissertação, se dedicou à relação entre direito positivo e moral racional nas sociedades modernas. Na modernidade, entre a moral racional e o direito positivo se monta uma relação em que ambos, embora bastante diferenciados do ponto de vista normativo e sociológico, se complementam reciprocamente: a moral racional contribui, na formação do direito positivo, para o asseguramento de sua legitimidade; já o direito positivo complementa déficits funcionais da moral racional, contribuindo para que, através do medium do direito, a moral consiga irradiar-se para todos os domínios da vida social, inclusive aqueles marcados pelo agir estratégico

Finalmente, a quarta linha argumentativa, a que nos dedicamos no presente Capítulo 7 desta dissertação, se dedicou à gênese lógica dos direitos. A prática de autolegislação, uma vez que se compromete com o princípio do discurso e com a forma jurídica, precisa comprometer-se também com certos grupos de direitos fundamentais que resultam da aplicação do princípio do discurso sobre a forma jurídica. Desta forma, a reconstrução racional da linguagem do prática de autolegislação extrai três grupos de direitos insaturados que visam assegurar a autonomia privada, um grupo que visa tornar possível o exercício da autonomia pública e (pelo menos em *Direito e Democracia*) um grupo que visa propiciar acesso aos meios sociais, técnicos e ecológicos necessários para o gozo dos demais direitos. Tais direitos não entram em conflito com a soberania popular porque, por um lado, proporcionam o código jurídico sem o qual a soberania popular não é possível e, por outro lado, só se tornam inteiramente concretos e efetivos a partir da configuração que lhes seja dada pela soberania popular.

Agora, eis o modo como pensamos que podem ser integradas entre si as quatro linhas argumentativas. Duas delas (a segunda e a terceira) dizem respeito ao problema: Os direitos humanos foram tradicionalmente concebidos como direitos morais que o direito positivo apenas incorporava, mas isso (segunda linha argumentativa) leva aos problemas de integração entre direito subjetivo e objetivo que se veem na dogmática jurídica e entre direitos humanos e soberania popular que

se veem na tradição do direito racional, bem como (terceira linha argumentativa) corresponde a uma modelo de subordinação do direito à moral que, na modernidade, tanto do ponto de vista normativo quanto do sociológico, deve ser substituído por um modelo de complementaridade entre um e outro. Já as outras duas linhas argumentativas (a primeira e a quarta) dizem respeito à solução do problema: aplicando o princípio do discurso na versão princípio da democracia às características da forma jurídica é possível fundamentar os direitos humanos como condições incontornáveis de qualquer prática de autolegislação que se realize pelo medium do direito positivo. Dessa forma, esclarece-se o vínculo entre direito subjetivo e direito objetivo e se desfaz a concorrência entre direitos humanos e soberania popular.

Esperamos que a análise que fizemos das linhas argumentativas do texto de Habermas tenha contribuído para a visualização destas relações entre elas no espírito geral de uma unidade do argumento do Capítulo III. Desta forma, poderemos agora nos dedicar aos textos de Habermas posteriores a *Direito e Democracia* e verificar em que medida tais textos modificam ou acrescentam ao argumento que tentamos reconstituir ao longo da dissertação até aqui.

8 COTEJO DO ARGUMENTO DE *DIREITO E DEMOCRACIA* COM TEXTOS POSTERIORES

Embora seja a mais extensa e completa, a versão da gênese lógica do sistema de direitos que se encontra no Capítulo III de *Direito e Democracia* não é, contudo, a versão definitiva do tratamento deste tema na obra de Habermas. Depois dela, ele retomou o tema várias vezes, introduzindo elementos novos que ora brindam o intérprete de sua obra com aspectos adicionais para a compreensão do que ele pretendia já desde 1992, ora desafiam a habilidade deste intérprete de conjugar o que Habermas disse antes com a forma como se reformulou mais tarde quanto às mesmas coisas. Neste capítulo do trabalho, dedicaremos atenção a estes textos posteriores em que a temática dos direitos básicos volta a ser abordada, particularmente a três deles: “A ideia kantiana de paz perpétua – à distância histórica de 200 anos”, integrante da coletânea *A Inclusão do Outro*, de 1996; “Sobre a legitimação através dos direitos humanos”, integrante da coletânea *A Constelação Pós-Nacional*, de 1998; e, por fim, o artigo “O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos”, publicado no periódico *Metaphilosophy*, em julho de 2010 e agora integrante da coletânea *Para a Constitucionalização da Europa*, de 2012.

Contudo, diferentemente do que fizemos em relação ao Capítulo III de *Direito e Democracia*, no caso destes textos posteriores não faremos um exame detalhado de todo o seu conteúdo, explicando teses principais e argumentos, mas, ao contrário, daremos atenção apenas ao que têm a dizer acerca dos direitos básicos e, mais particularmente, ao quanto acrescentam ou modificam em relação ao que Habermas havia dito antes sobre o mesmo tema. Acima de tudo, devemos advertir que não nos dedicaremos aos temas do pluralismo, do patriotismo constitucional, da constelação pós-nacional e da sociedade mundial politicamente constituída sem governo mundial, típicas de boa parte destes textos. Um exame mais detalhado destes assuntos não apenas nos afastaria muito de nosso tema principal, como também tomaria tempo e extensão demasiadas para este trabalho. Nossa opção metodológica foi, assim, a de nos restringirmos ao exame do quanto o argumento relativo aos direitos humanos do Capítulo III de *Direito e Democracia* sofreu acréscimos ou modificações naqueles textos posteriores.

Sendo assim, seguiremos, para o exame de cada um deles, sempre o mesmo padrão: Começaremos enunciando, em linhas muito gerais, do que trata o texto e em que momento dele intervém algum argumento

relativo aos direitos básicos; depois, veremos em que consiste o argumento e em que ele acrescenta ou modifica em relação às teses de *Direito e Democracia*. O exame dos textos será, contudo, precedido de uma discussão preliminar sobre a relação, na obra de Habermas, entre os conceitos de direitos básicos no âmbito interno e direitos humanos no âmbito internacional. O final do capítulo, por sua vez, depois do exame de cada um dos textos posteriores acima listados, enunciará algumas conclusões resultantes do cotejo dos textos com *Direito e Democracia*.

8.1. Consideração Preliminar

Faremos agora o exame de três textos posteriores a *Direito e Democracia* nos quais o tema dos direitos humanos volta a ser tratado e sofre importantes acréscimos ou revisões, a saber:

(1) “A ideia kantiana de paz perpétua – à distância histórica de 200 anos” (*A Inclusão do Outro*, 1996)

(2) “Sobre a legitimação através dos direitos humanos” (*A Constelação Pós-Nacional*, 1998)

(3) “O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos” (*Para a Constitucionalização da Europa*, 2012).

Trata-se, portanto, de textos que devem ser considerados partes integrantes da obra de Habermas dedicada ao cosmopolitismo e ao direito internacional, obra na qual se verifica uma importante mudança: Os direitos humanos abandonam a posição que tinham tido até então, a saber, de *res non legitimata et legitimanda*, isto é, aquilo que ainda deve ser legitimado no quadro de uma ordem jurídica nacional, e assumem uma nova posição, a saber, de *res legitimata et legitimans*, isto é, aquilo que, já sendo em si mesmo legítimo, deve agora dar legitimação a uma ordem jurídica internacional em construção. Esta mudança é plena de consequências para o intérprete que, como nós, queira identificar nesta abordagem dos direitos humanos pontos de continuidade ou de revisão em relação à abordagem do mesmo tema em *Direito e Democracia*.

A primeira destas consequências é que o modo como os direitos humanos serão tratados agora reforçará constantemente sua validade e seu sentido *incontroverso*. Quando Habermas tratava do âmbito interno, ao falar de direitos humanos carentes de uma legitimação que integrasse autonomia pública e autonomia privada, os dois momentos da gênese lógica dos direitos cumpriram o papel de mostrar que grupos de direitos insaturados podem surgir da reconstrução racional como pressuposições necessárias da prática de autolegislação, mas direitos saturados e

exigíveis só podem surgir do efetivo exercício da soberania popular. Agora, quando Habermas trata do âmbito externo, os direitos humanos emergirão como núcleo moral e jurídico incontroverso numa sociedade mundial cuja ordem jurídica legítima está em processo de formação. Os direitos serão mencionados e empregados, pois, sempre como objeto de um consenso moral e jurídico mundial.

Uma segunda consequência é que a problematização dos direitos humanos deixará de ser quanto à sua relação com a soberania popular e passará a ser quanto à sua relação com a sociedade mundial politicamente constituída. Trata-se, pois, de um gênero de discussão cujo paralelo em *Direito e Democracia* não deveria ser buscado tanto na reconstrução racional dos direitos proposta no Capítulo III, e sim na possibilidade de legitimação discursiva do poder explicada no Capítulo IV. Neste último, Habermas aborda a transformação do poder comunicativo em poder administrativo, apontando como fonte do poder comunicativo um processo discursivo de formação do direito que seja sensível aos influxos de uma esfera pública ativa e crítica. Já nos textos posteriores, a sociedade mundial politicamente constituída é pensada também como poder administrativo carente de legitimação por um poder comunicativo, mas este agora não é gerado nos intercâmbios entre parlamento e esfera pública, e sim na positivação de direitos humanos jurídicos incontroversos, cuja efetivação no âmbito de cada ordem nacional requer o desenvolvimento das estruturas existentes de administração e a criação de outras adicionais.

Uma terceira consequência é que a suspeita a ser afastada dos direitos humanos deixa de ser a de serem direitos morais pré-políticos que impõem limites ilegítimos à soberania popular e passa a ser a de serem uma autocompreensão ética particular alçada precipitadamente à condição de consenso moral da humanidade e passível de servir de retórica de legitimação para exercícios arbitrários e unilaterais da força nos assuntos internacionais. Daí o deslocamento do foco do discurso de Habermas do modo como, no âmbito interno, participantes de um jurisconsórcio teriam que assumir os direitos humanos como exigência discursiva incontornável da prática de autolegislação para o modo como, no âmbito externo, os direitos humanos são na verdade direitos jurídicos (e não morais) a serem aplicados por uma ordem jurídica mundial multilateral com ampla sensibilidade para as diferenças contextuais.

Por fim, uma quarta consequência é que, uma vez que a relação com a soberania popular deixa de ser o foco da controvérsia, a ênfase no caráter moral da fundamentação dos direitos humanos adquire valor

estratégico no argumento de Habermas. É que a contribuição que a teoria do discurso pode dar para a solução dos problemas relativos aos direitos humanos são diferentes no âmbito interno e no âmbito externo. No âmbito interno, quando o problema que se está enfrentando é o da fundamentação dos direitos humanos, a contribuição que a teoria do discurso pode dar consiste na reconstrução racional da prática de autolegislação para mostrar como o princípio do discurso e a forma jurídica tornam os direitos humanos exigências incontornáveis daquela prática. Nesta tarefa, afastar os direitos humanos de uma fundamentação moral é importante para desfazer a concorrência entre estes direitos e a soberania popular. Porém, no âmbito externo, em que o problema a ser resolvido não é esta última concorrência, a aceitação do fundamento moral dos direitos humanos deixa de ser problemática. Como o problema a ser resolvido agora é o da legitimação de uma sociedade mundial politicamente constituída, a contribuição que a teoria do discurso pode dar é outra: não mais afastar uma fundamentação moral controversa para desfazer a concorrência com a soberania popular, mas apoiar-se numa fundamentação moral incontroversa para desfazer a suspeita de imposição etnocêntrica e de instrumentalidade imperialista. Trazer à discussão internacional a fundamentação discursiva dos direitos equivaleria, neste caso, a abrir duplo frente de controvérsia: o problema da legitimação dos direitos humanos à luz do potencial legitimador do discurso, somado ao problema do potencial legitimador dos direitos humanos em relação a uma ordem jurídica internacional.

Ora, todas estas considerações expõem a reconstrução racional do sistema de direitos em *Direito e Democracia* à interpretação segundo a qual seu valor fica restrito aos direitos fundamentais que podem ser assegurados aos cidadãos de um Estado particular (*Grundrechte*), mas não abarca os direitos humanos (*Menchenrechte*), que caberiam a todos independentemente de vínculos com Estados particulares. Já em 1993, Otfried Höffe chamou a atenção para este limite na resenha de *Direito e Democracia* que escreveu para o *Rechtshistorisches Journal*, publicada em 2000 em inglês na *Mind*:

Embora lide também com direitos humanos, ele justifica apenas direitos que não tem a pretensão de serem igualmente fundamentais: os “direitos básicos”. Entendidos como direitos “que os cidadãos devem atribuir uns aos outros se quiserem regular sua coexistência legitimamente por meio do direito existente”, direitos básicos são

válidos somente no interior de uma comunidade enquanto direitos humanos são, no que se refere ao seu modo de legitimação, mais basicamente válidos. Eles são uma das razões por que uma sociedade deve se organizar com base em estruturas jurídicas. Porém, Habermas considera impossível fundamentar a estrutura jurídica quer epistemicamente quer normativamente (HÖFFE, 2000, p. 612, tradução nossa).

A propósito desta interpretação, Habermas deu a seguinte resposta no seu *Posfácio* de 1994:

Esse pensamento inclui uma ponta de crítica ao liberalismo, que chegou a assustar os defensores do primado dos direitos humanos. Otfried Höffe, por exemplo, reage contra a degradação dos direitos *humanos* (cujas validade universal ele pretende fundamentar antropologicamente), os quais passariam a ser simples direitos *fundamentais*. No entanto, quando pretendemos falar do direito apenas no sentido do direito positivo, temos que fazer uma distinção entre direitos *humanos* enquanto normas de ação justificadas moralmente e *direitos* humanos enquanto normas constitucionais positivamente válidas. O status de tais direitos fundamentais não é o mesmo que o das normas morais – que possivelmente têm o mesmo significado. Na forma de direitos constitucionais normatizados e de reclamações, eles encontram abrigo no campo de validade de determinada comunidade política. Todavia, esse *status* não contradiz o sentido universalista dos direitos de liberdade clássicos, que incluem todas as pessoas em geral e não somente todos os que pertencem a um Estado. Enquanto direitos fundamentais, eles se estendem a todas as pessoas, na medida em que se detêm no campo de validade da ordem do direito: nesta medida, todos gozam da proteção da constituição. O *sentido* humano e jurídico amplo desses direitos fundamentais fez com que, na República Federal da Alemanha, por exemplo, a situação jurídica de estrangeiros, refugiados e apátridas não se

diferenciasse muito daquela em que se encontram os cidadãos em sentido pleno; de acordo com o teor da lei, eles gozam da mesma proteção do direito, têm deveres semelhantes e direitos a prestações. (2003b, p. 316-7).

Então, vejamos. Höffe acusou Habermas de haver dedicado sua reconstrução racional não aos direitos humanos em sentido amplo, e sim apenas aos direitos fundamentais, assegurados no interior de uma comunidade política concreta. Ora, essa acusação pode ser entendida com duplo viés. Por um lado, ela levanta a suspeita de que, no próprio âmbito interno, aquela reconstrução racional não consiga explicar o sentido universalista de direitos fundamentais que se estendem para todos os seres humanos, e não apenas para os cidadãos locais. Por outro lado, ela levanta outra suspeita, a saber, sobre a limitação da validade teórica daquela reconstrução racional aos direitos fundamentais no âmbito interno, não sendo capaz de se estender igualmente para os direitos humanos em âmbito internacional. Feita esta distinção entre dois vieses da crítica de Höffe, fica claro que a resposta de Habermas, pondo ênfase no fato de que os direitos fundamentais se aplicam a todos que estejam sob sua jurisdição, e não apenas aos cidadãos, afasta a primeira suspeita, mas não a segunda. Habermas teria, assim, mostrado que, no âmbito interno, os direitos fundamentais, a despeito de sua fundamentação se referir apenas aos cidadãos, podem valer inclusive para não cidadãos, mas não teria mostrado como aquela fundamentação os autoriza a valerem também para além dos limites de uma comunidade política concreta, deixando, assim, a impressão de que, se existem direitos humanos no contexto de uma comunidade internacional, tais direitos exigem nova fundamentação teórica, distinta daquela oferecida em *Direito e Democracia*. Se assim fosse, teríamos que aceitar que:

A reconstrução da gênese lógica do sistema dos direitos de Habermas vale, expressamente, só para os grupos de direitos fundamentais que os membros de uma determinada comunidade jurídica devem atribuir-se reciprocamente, mas não para os direitos subjetivos dos homens enquanto homens, isto é, para os direitos humanos (PINZANI, 2009, p. 154).

O que, a essa altura, parece a conclusão mais consequente com a distinção que fizemos do lugar que ocupam e papel que desempenham

os direitos humanos em *Direito e Democracia* e nos textos posteriores dedicados ao direito internacional. No entanto, não é a posição que defendemos. Não consideramos que existe uma dicotomia entre direitos fundamentais no âmbito interno e direitos humanos no âmbito externo enquanto conceitos distintos com fundamentações distintas. Em vez disso, consideramos que direitos fundamentais e direitos humanos são o mesmo conceito, mas precisam de fundamentações distintas nos âmbitos interno e externo porque pretendem solucionar problemas distintos de legitimação num âmbito e no outro. Trata-se de uma distinção relativa não à diversidade dos conceitos envolvidos, mas sim dos contextos histórico-sociais que servem de ponto de partida para a reconstrução racional e dos déficits de legitimação que o mesmo conceito tem que ser capaz de preencher em cada caso. Nossa posição é, assim, a de que existe entre direitos fundamentais no âmbito interno e direitos humanos no âmbito externo uma unidade crítico-teórica de conceito, com diversidade crítico-pragmática de reconstruções e aplicações.

Fixadas aquelas diferenças entre o lugar que ocupam e o papel que desempenham os direitos humanos em *Direito e Democracia* e nos textos posteriores dedicados ao direito internacional e tornada explícita nossa posição sobre a dicotomia entre direitos fundamentais e direitos humanos, podemos agora nos dedicar a cada um dos textos em que Habermas retoma a temática dos direitos humanos, mesmo que com as referidas particularidades dos debates internacionalistas, e verificar em que medida as novidades trazidas por estes textos nos obrigam a rever ou reavaliar o que Habermas dissera no já examinado Capítulo III.

8.2. “A Ideia Kantiana de Paz Perpétua – À Distância Histórica de 200 Anos” (1995; *A Inclusão do Outro*, 1996)

O texto de Habermas a propósito do bicentenário de *À Paz Perpétua*, de Kant, se dedica a (1) fixar as linhas principais da proposta kantiana de um direito cosmopolita capaz de proscrever definitivamente a guerra, a (2) avaliar criticamente esta proposta à luz dos ganhos cognitivos que a história nos proporcionou nos duzentos anos que nos separam de sua publicação e a (3) visualizar perspectivas e propor reformas no cenário existente das Nações Unidas, dos direitos humanos e do direito internacional com vista a dotar de atualidade e efetividade o ideal normativo que inspirou a proposta kantiana.

No curso do texto, o momento em que a temática dos direitos humanos aparece é quando Habermas se dedica a afastar duas suspeitas complementares a respeito das políticas de intervenção humanitária:

As duas asserções decisivas afirmam o seguinte: primeiro, a política dos direitos humanos ocasiona guerras que – disfarçadas de ações policiais – assumem qualidade moral; segundo, a moralização classifica opositores como inimigos, de modo que essa criminalização dá rédeas largas à desumanidade (2004, p. 220).

Para afastar esta suspeita, a estratégia de Habermas será primeiro demonstrar que os direitos humanos são direitos jurídicos, e não direitos morais, e depois que, sendo direitos jurídicos, as políticas de intervenção que em nome deles se fazem não suscitam a conversão dos adversários em inimigos por meio de uma criminalização desumanizadora. A segunda parte da resposta de Habermas interessa de modo mais direto à discussão internacionalista, especialmente à discussão da legitimidade das intervenções humanitárias em face da famosa acusação elaborada por Carl Schmitt. Nosso interesse, em vez disso, se concentrará sobre a primeira parte da resposta. Nela surge uma afirmação que nos interessa mais agudamente: a de que os direitos humanos são direitos jurídicos, mas dotados da particularidade de serem fundamentados exclusivamente com argumentos morais. Diz Habermas a este respeito:

É essa validação [validade] universal, voltada a seres humanos como tais, que os direitos fundamentais têm em comum com as normas morais. (...) E isso remete a um segundo aspecto, ainda mais importante. Direitos fundamentais estão investidos de tal anseio [pretensão] de validação [validade] universal porque só podem, *exclusivamente*, ser fundamentados sob um ponto de vista moral. É certo que as outras normas jurídicas *também* são fundamentadas com o auxílio de argumentos morais, mas em geral a fundamentação se dá igualmente com pontos de vista ético-políticos e pragmáticos (...). Os direitos fundamentais, ao contrário, regulam matérias de tal generalidade que *bastam os argumentos morais para sua fundamentação* (2004, p. 223, grifos no original, colchetes nossos).

Uma afirmação das mais surpreendentes para quem, ao longo de todo o Capítulo III de *Direito e Democracia*, disse tão reiteradamente que as tentativas, na dogmática jurídica e na tradição do direito racional, de atribuir aos direitos humanos fundamento moral eram, ao lado das concepções não comunicativas da legislação, as principais responsáveis pela concorrência não resolvida entre as duas principais fontes de legitimidade das ordens políticas modernas, isto é, entre os direitos humanos e a soberania popular. Para sanar esta aparente contradição entre os dois textos, existem, a nosso ver, duas vias.

(1) A primeira seria distinguir entre, de um lado, fundamentação da legitimidade dos direitos humanos (enquanto direitos insaturados ou guardadores de lugar) e fundamentação do conteúdo dos direitos humanos (enquanto direitos saturados ou configurados de modo politicamente autônomo). Feita a distinção, poder-se-ia dizer que, para Habermas, a fundamentação da legitimidade dos direitos humanos enquanto guardadores de lugar só pode ser obtida por meio da teoria do discurso, mediante uma reconstrução racional da prática de autolegislação que chegue aos direitos humanos a partir da aplicação do princípio do discurso aos caracteres da forma jurídica; porém, a fundamentação do conteúdo dos direitos humanos enquanto direitos saturados, configurados de modo politicamente autônomo, não apenas poderia recorrer a argumentos morais, como, segundo a passagem acima indicaria, não poderia, em razão do grau de generalidade das matérias que tais direitos visam regular, recorrer a nenhum outro tipo de argumento prático que não os argumentos morais. Inclusive, a referência às “matérias” que os direitos humanos visam regular reforçaria a versão segundo a qual na referida passagem Habermas trata de fundamentação do conteúdo, e não de fundamentação da legitimidade, ou, para recorrer à distinção que ele traçou, trata do segundo momento de apropriação dos direitos humanos por parte dos cidadãos, quando eles dão a estes direitos figura concreta a partir do exercício da soberania popular.

Uma variante desta interpretação seria distinguir entre conteúdo moral formal (o *ponto de vista moral*) e conteúdo moral substantivo. Habermas frequentemente emprega a expressão *conteúdo moral* para se referir aos direitos humanos, mas nunca com o sentido de um conteúdo substantivo, isto é, de um conteúdo determinado pela moral racional que o direito positivo cuidaria apenas de recepcionar e dotar de efetividade. Pelo contrário, Habermas a usa sempre com o sentido de um conteúdo a que se chega ao usar, no procedimento de formação do direito, o ponto de vista do que é igualmente bom para todos.

Tal interpretação, contudo, não seria de todo não problemática. Ela, em primeiro lugar, excluiria o quinto grupo de direitos básicos, os direitos aos meios sociais, técnicos e ecológicos, do rol dos direitos humanos de que Habermas trata na referida passagem. Isto porque, dada sua fundamentação relativa, tais direitos teriam que levar em conta, de modo obrigatório, as condições empíricas, as orientações pragmáticas e as tradições éticas compartilhadas. Mas, como já vimos este grupo de direitos ser excluído no texto de *Era de Transições*, o fato de a referida interpretação levar a esta consequência não seria problemático bastante.

Mais problemático é que tal interpretação tornaria difícil sustentar a afirmação, que se encontra no Capítulo III de *Direito e Democracia*, de que as várias ordens constitucionais positivas poderiam ser vistas como diferentes versões históricas do sistema de direitos insaturados que Habermas havia exposto (2003a, p. 165-6). Ora, a exclusão completa de argumentos pragmáticos e ético-políticos, que variam significativamente de acordo com os contextos concretos em questão, criaria a expectativa razoável de que o conteúdo dado aos direitos básicos nas várias ordens constitucionais – visto que inteiramente fundado em argumentos morais nos quais “todos os contextos fáticos se retraem” (2003a, p. 205) – fosse inteiramente idêntico ou próximo disto. Mas, quando comparamos as constituições positivas, o que vemos são conteúdos muito distintos serem atribuídos a direitos nominalmente idênticos (vida, privacidade, expressão, associação, voto etc.). E o que é mais grave e problemático para esta tese: Tais variações de conteúdo não estão ligadas apenas a distintos resultados de discursos morais, mas também à influência bastante evidente de valorações éticas fortes e de orientações pragmáticas. A ideia de que a fundamentação do conteúdo dos direitos humanos se dá apenas com base em argumentos morais pareceria, neste caso, histórica e empiricamente pouco plausível.

(2) A segunda via de interpretação da passagem citada acima, que não remete a fundamentação dos direitos humanos a nenhum outro tipo de argumento prático que não os argumentos morais, seria considerar que Habermas, tanto naquela passagem como no Capítulo III de *Direito e Democracia*, trata da mesma fundamentação, isto é, da fundamentação da legitimidade dos direitos humanos (e não da fundamentação de seu conteúdo), mas que, para tornar as teses do texto anterior e do posterior compatíveis entre si, seria necessário distinguir entre a fundamentação da legitimidade dos direitos humanos no âmbito interno (nacional) e no âmbito externo (internacional). Esta tese interpretativa – que é, aliás, a que abraçamos – exigirá um pouco mais de explicação de nossa parte.

Como, na *Consideração Preliminar* (item 8.1, *supra*), já nos manifestamos em desfavor da tese de que em Habermas direitos fundamentais e direitos humanos sejam dois conceitos distintos, não é isso, naturalmente, que queremos sugerir com o que dissemos acima. Ao contrário, reafirmamos o que declaramos naquela seção: Trata-se, para nós, do mesmo conceito, com duas fundamentações distintas, uma para o âmbito interno e outra para o externo.

No âmbito interno, os direitos humanos requerem da teoria uma fundamentação que seja capaz de preservar a cooriginariedade entre autonomia pública e autonomia privada, ou seja, que consiga reconciliá-los com a ideia de soberania popular. O afastamento de seu caráter moral e a exposição de sua gênese lógica por via de reconstrução racional da prática de autolegislação foram estratégias reconstrutivas necessárias para fazer ver os direitos humanos como ao mesmo tempo surgindo da soberania popular e a tornando possível. Já no âmbito externo, os direitos humanos requerem da teoria uma fundamentação que seja capaz de afastar a suspeita de imposição etnocêntrica e de instrumentalização imperialista. Agora, o elemento que se tencionava com a fundamentação moral, que era a soberania popular, não é mais o polo com que os direitos humanos precisam ser reconciliados, motivo por que tal fundamentação não precisa ser problematizada. Pelo contrário, se se puder mostrar que os direitos humanos representam o núcleo de um consenso moral mínimo da humanidade, mas, a despeito disso, são direitos que já ganharam forma jurídica, será possível usar seu ponto de vista moral para mostrar sua capacidade de incluir todas as vozes e permanecer neutro em relação a todas as tradições éticas particulares, afastando, assim, a suspeita de imposição etnocêntrica, ao mesmo tempo em que se mostra sua forma jurídica como passível de estipulação, controle e fiscalização racional, afastando, assim, a suspeita de instrumentalização imperialista. A oscilação entre moral e jurídico desempenha na discussão internacionalista um papel reconciliador, ao contrário do papel problemático que desempenhava no âmbito interno, quando alimentava uma concorrência não resolvida com a soberania popular. A reconstrução racional, quando se ocupa de direitos humanos a serem reconciliados com a soberania popular, precisa afastar a fundamentação moral; já quando se ocupa com direitos humanos sob suspeita de imposição etnocêntrica e de instrumentalização imperialista, precisa trazer de volta a fundamentação moral.

Esta dualidade poderia ser acusada de oportunista. Parece, então, que os direitos humanos podem ter ou não ter uma fundamentação moral

conforme as conveniências da argumentação em cada caso. Parece que Habermas, se quisesse se manter fiel aos resultados de sua reconstrução racional do sistema de direitos a partir da teoria do discurso, deveria dizer, também nos textos internacionalistas, que os direitos humanos surgem da autointerpretação dos cidadãos em relação aos pressupostos de sua prática de autolegislação. Isso o levaria, no passo seguinte, para continuar sendo consequente, a rejeitar um sistema de direitos humanos em nível mundial que não tenha sido produto do exercício da soberania popular em nível igualmente mundial. Por conseguinte, no que se refere ao atual sistema internacional de direitos humanos, construído a partir de tratados e convenções assinados por chefes de Estado em nome dos Estados nacionais que representam, e não dos cidadãos, não restaria alternativa senão denunciá-lo como ilegítimo e como mera farsa de um verdadeiro sistema de direitos humanos ainda por ser construído.

Mas, a nosso ver, é possível interpretar a dualidade de estratégias argumentativas como mais que um recurso oportunista. É possível vê-la como resultante, na verdade, do compromisso de Habermas com uma teoria social crítica e com certo tipo de pragmatismo no uso dos conceitos: Com a teoria social crítica, porque esta, tal como Habermas a defende, trabalha com a reconstrução racional das intuições e dos pressupostos presentes nas práticas historicamente constituídas, não sendo nada impossível que, em duas práticas distintas (por exemplo, a prática constitucional interna e a internacionalista externa), o mesmo conceito (por exemplo, o de direitos humanos) esteja relacionado com intuições e pressupostos diversos, levando, com efeito, a formulações e fundamentações distintas do mesmo conceito (por exemplo, uma fundamentação discursiva e outra moral); ao mesmo tempo com certo tipo de pragmatismo no uso dos conceitos, porque estes passam a ser tratados como ferramentas de solução de problemas e passam a ser vistos não de modo estático e essencialista, mas, ao contrário, como devendo ser formulados e reformulados em função dos problemas que visam resolver em cada caso²⁴.

Dito de outra maneira, a teoria crítica só tem vida e interesse se for permanentemente reformulada e repensada em vista de novas condições históricas.

²⁴ Reconhecemos que o argumento levantado requer maior desenvolvimento, mas isto, na medida em que exigiria uma discussão sobre o programa da teoria crítica e o tipo particular de pragmatismo presente em Habermas, ultrapassaria, infelizmente, o escopo de nosso trabalho.

Nesse sentido, cada reformulação de cada pensadora ou pensador, em cada uma das fases de sua obra, constitui um modelo crítico autônomo, ainda que pertencente a um campo teórico comum. (NOBRE, 2008, p.19)

De qualquer maneira, o que mais importa para nós é que aquela afirmação de Habermas certamente não deve ser lida como nenhuma reformulação do que ele havia dito em *Direito e Democracia*. Afinal, a arquitetura conceitual do Capítulo III deixa claro que admitir para os direitos humanos uma fundamentação moral no âmbito interno é seguir as pegadas teóricas das concepções que deixaram de captar o caráter cooriginário da relação entre direitos humanos e soberania popular. A argumentação de Habermas em relação à distinção entre normas morais e normas jurídicas e em relação à impossibilidade de conceber a relação entre direito e moral em termos de uma subordinação hierárquica já foi suficientemente incisiva acerca da inadmissibilidade de uma teoria dos direitos fundamentais que os suponha em primeiro lugar como direitos cuja fundamentação é moral. Sendo assim, quer se suponha que a fundamentação moral de que Habermas fala na passagem supra citada é fundamentação de conteúdo, e não de legitimidade, quer se suponha que, mesmo sendo de legitimidade, responde a necessidades próprias da discussão internacionalista, permanece intacta a conclusão de que ela não modifica a concepção de direitos fundamentais no plano interno.

8.3. “Sobre a Legitimação Através dos Direitos Humanos” (A Constelação Pós-Nacional, 1998)

A relação dos direitos humanos com os chamados “valores orientais” no quadro mais amplo do debate acerca do multiculturalismo no âmbito interno e externo é o tema do segundo texto de Habermas posterior a *Direito e Democracia* para o qual gostaríamos de chamar a atenção. O texto se divide em duas partes, uma na qual Habermas volta à ideia de uma fundamentação dos direitos humanos a partir da prática de autolegislação dos cidadãos, sem deixar de atribuir a eles, contudo, o mesmo tipo de ponto de vista universal que distingue as normas morais; e uma segunda parte, em que Habermas lança mão da ideia de que tais direitos surgiram de um processo de aprendizado e descentramento para, então, tentar mostrar que eles não representam a “visão de mundo ocidental” e são capazes de abrigar e proteger formas de vida diversas e minoritárias.

Neste texto, ocorre uma conjunção curiosa entre a estratégia de *Direito e Democracia* e a estratégia do bicentenário de *À Paz Perpétua*. Tal como em *Direito e Democracia*, Habermas volta a falar dos direitos humanos em termos de seu nexos interno com a soberania popular a partir do medium do direito. Não se trata, assim, de direitos que podem recorrer a uma fundamentação exclusivamente moral, como afirmou o texto do bicentenário. Por outro lado, tal como no texto do bicentenário, Habermas enfatiza a semelhança dos direitos humanos com normas morais no que se refere ao ponto de vista imparcial, universalista e metacontextual com que se posicionam em relação a todos os projetos de vida individuais e formas de vida coletivas. Mais ainda, enfatiza a construção histórica dos direitos humanos como produto de um processo de aprendizado e descentramento que já aponta para o tipo de argumento a ser usado no texto que examinaremos no item seguinte. Sendo assim, este texto de *A Constelação Pós-Nacional* representa uma tentativa de integrar em abordagem unitária os resultados já alcançados em *Direito e Democracia* com as novidades inseridas nos textos internacionalistas.

Todo o primeiro item do texto, ao qual Habermas dá o nome de “A justificação processual do Estado constitucional democrático”, pode ser descrito como uma retomada da abordagem vista em *Direito e Democracia*. Forma do direito, necessidade de integrar direitos humanos e soberania popular e a reconstrução racional do sistema de direitos como direitos que “institucionalizam as condições de comunicação para a formação da vontade política racional” (2001, p. 148) – todos eles são elementos que mostram que Habermas não renunciou à ideia de que os direitos humanos só têm sua fundamentação adequadamente exposta por meio dos conceitos e teses da teoria do discurso. A importância deste item do texto não está tanto em suas contribuições adicionais, mas sim no sentido de sua retomada do argumento de *Direito e Democracia*.

Já o segundo item, intitulado “A autocrítica do Ocidente”, inicia com a frase mais importante para nossos objetivos:

Os direitos humanos possuem uma cabeça de Janus voltada ao mesmo tempo para a moral e para o direito. Independentemente do seu conteúdo moral, eles possuem forma de direitos jurídicos. Relacionam-se *como* normas morais [*wie moralische Normen*] com “tudo que porta o rosto humano”, mas *como* normas jurídicas [*aber als rechtliche Normen*] protegem as pessoas individualmente apenas à medida que elas

pertencem a uma comunidade jurídica – via de regra, são cidadãos de um Estado nacional. Portanto, existe uma tensão peculiar entre o sentido universal dos direitos humanos e as condições locais de sua efetivação: eles devem valer de modo ilimitado para todas as pessoas – mas como pode-se atingir isso? (2001, p. 149-50, grifos no original, colchetes nossos).

A respeito desta frase, comenta Pinzani (2009, p. 155):

Habermas salienta um aspecto decisivo dos direitos humanos: eles se comportam como as normas morais (ao referir-se a todos os seres humanos), mas não o são, visto que são normas jurídicas. No entanto, na qualidade de normas, pressupõem uma ordem jurídica, visto que pretendem ser direitos atribuídos a cada ser humano. Tal ordem deveria compreender todos os homens e ser, portanto, uma ordem jurídica global.

Esta explicação permite compreender melhor o que vínhamos dizendo desde nossa *Consideração Preliminar* e o comentário sobre o texto do bicentenário de *À Paz Perpétua*. Dissemos que, no âmbito internacional, Habermas enfatiza uma fundamentação moral dos direitos humanos, que aparece entrar em conflito com o que o autor tinha dito em *Direito e Democracia*, mas, na verdade, responde ao novo contexto de argumentação e reconstrução racional da temática internacionalista. A metáfora da “cabeça de Janus” permite agora visualizar que o objetivo que Habermas tem em vista só é alcançado pela conjugação do que havia sido dito em *Direito e Democracia* com o que está sendo dito nos textos posteriores.

Em *Direito e Democracia*, o Capítulo III havia deixado claro que os direitos humanos estavam ligados ao princípio do discurso e à forma jurídica, sendo, antes, direitos jurídicos, e não direitos morais; já o Capítulo IV tinha deixado claro que tais direitos jurídicos só alcançam sua efetividade na medida em que um quadro institucional dotado de poder administrativo consiga dar forma concreta no tempo e no espaço à comunidade jurídica e casar o poder comunicativo gerado no processo de formação do direito com o poder de organização, comando e coerção

(poder administrativo) que, no âmbito interno, apenas o Estado nacional consegue representar.

Agora, quando o propósito é tratar de uma ordem jurídica internacional, mais especificamente da sociedade mundial politicamente constituída, o argumento de Habermas recorre a uma aproximação dos direitos humanos com normas morais, não no sentido de dizer que tais direitos *são* normas morais, mas sim que *se comportam como* as normas morais no que se refere a pretensão de uma validade universal para todos os homens enquanto homens. É nesse sentido que se deve entender o “wie moralische Normen” do texto de Habermas: direitos humanos se comportam *como se fossem* normas morais, mas sem de fato o serem (por isso *wie*, e não *als*). Partilham com as normas morais aquele sentido universalista de se referirem a todos os seres humanos independentemente de seus vínculos nacionais.

No que se refere, contudo, ao que eles realmente são, os direitos humanos seguem sendo, como em *Direito e Democracia*, normas jurídicas. Neste caso, eles *se comportam como* normas jurídicas no sentido de exigirem uma ordem institucional no quadro da qual possam ser exigíveis e efetivados. É neste sentido que se deve entender a expressão “als rechtliche Normen” (*als*, diferente de *wie*, remetendo ao que a coisa realmente é).

Agora basta conjugar as duas coisas. Direitos jurídicos sempre remetem a uma ordem institucional capaz de lhes dar efetividade. Quando a pretensão de validade destes direitos se refere apenas aos membros de uma mesma comunidade política, a ordem institucional capaz de lhes dar efetividade pode ser, perfeitamente, o Estado nacional. Quando, no entanto, a pretensão de validade destes direitos se refere a todos os seres humanos enquanto tais, a ordem institucional capaz de lhes dar efetividade precisa ser, correspondentemente, uma ordem institucional de alcance global. Daí que a cabeça de Janus dos direitos humanos – remetendo, ao mesmo tempo, a uma pretensão de validade semelhante à das normas morais e a uma necessidade de efetivação compatível com normas jurídicas – funcione como forma argumentativa com base na qual transitar da ideia de direitos humanos para a ideia de uma sociedade mundial politicamente constituída.

O objetivo de chegar a esta forma argumentativa é, a nosso ver, a melhor interpretação que se pode dar das razões pelas quais, nos textos que tratam das temáticas internacionalistas, Habermas reforça uma aproximação entre os direitos humanos e normas morais que pareceria estranho ao leitor do Capítulo III de *Direito e Democracia*.

8.4. “O Conceito de Dignidade Humana e a Utopia Realista dos Direitos Humanos” (2010; *Para a Constitucionalização da Europa*, 2012)

Neste artigo de 2010, Habermas introduz várias importantes novidades à sua abordagem dos direitos humanos. Em primeiro lugar, introduz e coloca em lugar central o conceito de *dignidade*, como “sismógrafo” das violações aos direitos humanos, como “portal” de passagem dos conteúdos da moral universalista para o direito positivo e como “dobradiça” entre os direitos humanos jurídicos e sua dimensão moral utópica que nunca se realiza inteiramente e sempre deixa espaço de reivindicação para novas lutas por reconhecimento. Em segundo lugar, vincula o desenvolvimento histórico dos direitos humanos a uma história de lutas sociais nascidas de experiências concretas da dignidade violada, mostrando que, apesar de seu surgimento tardio como conceito jurídico autônomo, a dignidade humana, bem como a dimensão utópico-realista que ela proporciona, sempre esteve presente como elemento de conexão entre direitos humanos e moral universalista e como elemento de propulsão do desenvolvimento histórico dos direitos humanos.

Antes, porém, de explorar de que forma tais contribuições afetam as teses de Habermas sobre os direitos humanos, gostaríamos de deixar claro um aspecto em que elas visivelmente *não* afetam o que havia sido dito antes: Elas *não* introduzem uma nova forma de *fundamentação* dos direitos humanos. Aliás, o texto jamais se movimenta no plano da fundamentação de coisa alguma. Ele se estende bastante sobre a história do conceito de dignidade humana, fala algo acerca do desenvolvimento histórico dos direitos humanos, vincula direitos humanos à dignidade para falar de sua conexão com a moral universalista e enfatizar sua dimensão ao mesmo tempo utópica e realista, mas em momento algum se pronuncia quanto à fundamentação dos direitos humanos, quer na moral racional, quer na ideia de dignidade humana igual, quer tampouco – o que deve ser ressaltado – no princípio do discurso e forma jurídica.

Aliás, é notável no texto a ausência de referências aos elementos da teoria do discurso que têm caracterizado a linguagem dos textos de Habermas ao longo dos últimos cinquenta anos. Mesmo ali onde alguma formulação ou objeção discursiva seria esperável – por exemplo, quando fala do reconhecimento recíproco da dignidade de cada um ou quando fala da associação da dignidade com a cidadania em termos de serviço ao bem comum –, o que se lê em vez disso são descrições e explicações

que, à primeira vista, poderiam também constar do texto de um autor que não tivesse qualquer compromisso com o ponto de vista da teoria do discurso. Este silêncio eloquente é interpretado por Pinzani como sintoma de uma reelaboração de ideias que abandona o ponto de vista discursivo em nome de um ponto de vista puramente normativista:

Habermas chega a falar de uma “ideia transcendente de justiça”, assumindo, aparentemente, aquela posição decididamente normativa própria das teorias da justiça que sempre quis expressamente evitar. Não estamos aqui perante a tensão entre facticidade e validade que perpassa como um fio condutor *Direito e Democracia* e que vive da necessidade de redefinir ou reafirmar a validade das pretensões de justiça avançadas nos discursos jurídicos e políticos; agora, se trata de realizar concretamente, isto é, na realidade jurídica, um ideal normativo que o próprio Habermas define como “transcendente” – termo que parece remeter a um ideal definido de uma vez por todas, mais do que a um baseado em pretensões de validade revisáveis. Se optarmos por esta leitura do termo “transcendente”, o direito deixaria de ser meramente o instrumento que permite preencher as lacunas criadas pela perda de uma eticidade compartilhada e consegue assim assumir o papel desempenhado anteriormente pela moral (como no livro de 1992); deixaria, em suma, de ser meramente construído de maneira meramente análoga à moral racional e receberia antes uma “carga moral”, conforme afirma Habermas. Destarte, o direito se tornaria responsável para eliminar a tensão entre ideia e realidade dos direitos humanos e para levar à realização a dignidade de cada um. Deste ponto de vista, haveria uma aproximação entre direito e moral bem mais forte do que na obra anterior de Habermas (PINZANI, 2012).

Esta observação de Pinzani, mesmo se entendida em seu sentido provocativo, vai, a nosso ver, longe demais na interpretação do texto de Habermas. Pinzani chega a dizer que a tese defendida no artigo “coloca um elemento de fundamentação moral” (ibidem) em lugar da

reconstrução discursiva dos direitos fundamentais. Sobre isso, já nos pronunciamos acima: A nosso ver, o texto de Habermas não toca em momento algum no tema da *fundamentação* dos direitos humanos. A dignidade não é posta como fundamento dos direitos, e sim como nexos com a moral universalista e base da dimensão utópica destes direitos. A moral racional também não é posta como fundamento dos direitos, e sim como fonte de novos conteúdos e demandas que, tendo origem numa percepção da dignidade *moral* violada, possam, através das lutas sociais por reconhecimento, chegar ao direito por meio do “portal” da dignidade *jurídica*. Portanto, quanto a uma possível mudança da fundamentação dos direitos humanos, discordamos fortemente de tal interpretação.

Sobre haver Habermas renunciado a um quadro de tensão entre facticidade e validade em favor de uma ideia transcendente de justiça que – raciocinando à maneira das teorias da justiça que Habermas havia criticado em *Direito e Democracia* – coloque os direitos humanos na posição de elementos de reconciliação entre real e ideal, cremos que também não se trata da melhor interpretação da proposta de Habermas no texto em questão (embora aqui, diferentemente do que dissemos em relação à questão da fundamentação, concordemos que a leitura sugerida por Pinzani é, sim, uma das leituras possíveis do que Habermas afirma).

Discordamos de que a “ideia transcendente de justiça” aponte para alguma coisa como “um ideal definido de uma vez por todas”, porque, ao longo de todo o texto de Habermas, é exatamente o contrário que é enfatizado. Ao falar de “conteúdo moral transcendente” ou de “ideia transcendente de justiça”, Habermas quer dizer precisamente que, em qualquer configuração jurídica concreta dos direitos humanos, existe sempre um potencial moral de justiça ainda por ser realizado, não no sentido de a ordem jurídica ainda não corresponder plenamente a uma instância ideal já existente, mas no sentido de conter em si mesma elementos que apontam para novas percepções de déficits normativos e para desenvolvimentos em razão da constatação de novas modalidades de violação à dignidade. Ora, mas isso não é nada diverso do potencial de transcendência imanente que, no Capítulo I de *Direito e Democracia* (para não falar de obras anteriores), Habermas assinala à linguagem e, por meio dela, ao direito quando visto pelo prisma da teoria do discurso. Longe de afastar-se da ideia de tensão entre facticidade e validade, a “ideia transcendente de justiça” reafirma que é apenas esta tensão que pode explicar que os direitos humanos se comprometam com um ideal de respeito à dignidade humana que jamais perde o potencial de

ultrapassar qualquer das figuras jurídicas concretas em que venha a se realizar temporariamente²⁵.

A nosso ver, a notável ausência de referências a elementos da teoria do discurso não se explica por nenhuma mudança de posição da parte de Habermas, mas sim pela concentração do texto na temática de um vínculo *histórico* entre direitos humanos e dignidade que, no aspecto *normativo*, permite à dignidade desempenhar seu papel de sismógrafo, dobradiça e portal. Habermas já havia falado, em *Direito e Democracia*, de como, em razão de seu vínculo com os direitos fundamentais, a moral racional conseguia irradiar-se, através do medium do direito, para todos os domínios de ação, inclusive aqueles dominados pelo agir estratégico. Mas isso sugere a imagem *estática* de conteúdos morais consensuais que já se cristalizaram em normas jurídicas concretas na experiência das constituições históricas. Ora, a contribuição que o conceito de dignidade vem dar a esta explicação anterior é substituir a imagem estática de conteúdos morais já positivados pela imagem *dinâmica* de conteúdos morais novos sendo constantemente percebidos a partir das experiências de violação da dignidade e, através do portal da dignidade jurídica, sendo carregados pelas lutas sociais por reconhecimento, do domínio da moral universalista para o domínio dos direitos humanos positivados.

Neste caso, a já conhecida relação de complementaridade entre direito e moral ganha um aspecto adicional: No que se refere àquilo em que a moral complementa o direito, adiciona-se ao aspecto já abordado da contribuição dos argumentos morais para a legitimidade do conteúdo das normas jurídicas o aspecto ainda não abordado da contribuição da moral racional para a manutenção e constante renovação da *dimensão utópica* dos direitos humanos. Trata-se, novamente, de uma contribuição para a legitimidade do direito, mas agora não mais apenas para a legitimidade do conteúdo já realizado em vista do que ele já contém, mas também do conteúdo já realizado em vista do que ele pode vir a conter, isto é, em vista do potencial que ele proporciona de perceber e realizar no futuro aquilo que agora ele ainda não contém. E isto, a nosso ver, torna ainda mais forte a tese da complementaridade entre direito e moral nos termos da tensão entre facticidade e validade que se renova no tempo ao longo de uma experiência histórica ainda em curso.

²⁵ Além disso, à luz do texto, parece-nos inclusive que a própria moral racional está sujeita a esta dinâmica de desenvolvimento, pois, no quadro da experiência histórica, nunca cessam de vir à tona novas percepções da violação da dignidade que reclamam novas modalidades de proteção da integridade da pessoa.

8.5. Conclusão do Capítulo

O exame que fizemos dos textos de Habermas posteriores a *Direito e Democracia* em que a temática dos direitos humanos volta a ser retomada com acréscimos importantes ficou longe de ser exaustivo tanto do ponto de vista extensivo (já que vários textos importantes em que a temática também é abordada acabaram ficando de fora) quanto do ponto de vista intensivo (pois nos concentramos apenas em algumas teses e afirmações pontuais dentro dos textos, e não ao papel que o conceito de direitos humanos desempenha no quadro mais geral da abordagem do tema principal de cada um).

Apesar disso, esperamos ter mostrado, mesmo que de forma modesta, que a temática dos direitos humanos não cessou de ter novos usos e desenvolvimentos na obra posterior de Habermas, sem que por isso tenhamos que falar de abandono dos resultados teóricos que haviam sido alcançados em *Direito e Democracia*. A vinculação dos direitos humanos com argumentos morais, com o ponto de vista moral, com um sentido universalista semelhante ao das normas morais e mesmo agora com a dignidade da pessoa entendida em termos morais – nenhuma destas referências comprometeu a ideia de que os direitos humanos são direitos jurídicos, e não direitos morais, de que surgem como exigência incontornável de uma prática de autolegislação e de que estão inerente e indissociavelmente ligados às características da forma jurídica.

Esta demonstração se mostrava fundamental para comprovação da atualidade de nosso tema no pensamento do próprio Habermas, isto é, para fazer frente a qualquer sugestão de que a abordagem dos direitos humanos em *Direito e Democracia* não representa mais a compreensão atual do tema na obra mais recente de Habermas. Se, mesmo nos limites modestos da abordagem que aqui propusemos, tivermos conseguido dar força persuasiva à conclusão de que a reconstrução racional do sistema de direitos no Capítulo III de *Direito e Democracia* permanece intacta como tese central na obra atual de Habermas, então, teremos atingido o objetivo deste capítulo final.

9 CONCLUSÃO

Neste trabalho procuramos fornecer uma explicação adequada do argumento da gênese lógica do sistema dos direitos no Capítulo III de *Direito e Democracia*. Para isso, fornecemos inicialmente um resumo dos pontos principais daquele capítulo na ordem em que aparecem no texto de Habermas (Capítulo 2 da dissertação). Daí em diante, nos cinco capítulos seguintes (do Capítulo 3 ao 7), abordamos cada uma das que consideramos as linhas principais de argumentação de Habermas, todas confluindo para a gênese lógica dos direitos, apresentada no Capítulo 7. Por fim, no Capítulo 8, fizemos um cotejo entre o argumento que se encontra em *Direito e Democracia* e tratamentos da temática dos direitos humanos em alguns textos posteriores de Habermas, a fim de avaliar até que ponto permanecia intacta a posição exposta em 1992. Faremos agora um breve apanhado dos resultados alcançados com esta explicação.

No Capítulo 3, deixamos claro que, para nós, a forma jurídica tem um papel central em todo o argumento de Habermas. A forma jurídica, constituída pelo rol das quatro características formais do direito moderno – distribuição em direitos subjetivos, positividade, coerção e legitimidade –, não pode ser fundamentada nem epistêmica nem normativamente, sendo, antes, uma constatação sociológica que se explica à luz do fato de que o direito moderno teve que se desenvolver numa forma que permitisse a ele se afirmar como ao mesmo tempo um sistema de símbolos e um sistema de ação e se comunicar igualmente bem com sistemas e mundo da vida. Como o direito se tornou a linguagem por excelência de qualquer forma de institucionalização no mundo moderno, todo elemento, quer de origem simbólica, quer de origem funcional, que queira se impor com a obrigatoriedade da institucionalização precisa necessariamente assumir a forma jurídica e se articular ao mesmo tempo segundo todas as quatro características que a compõem. Este argumento é importante porque uma autolegislação entre parceiros livres e iguais que queira se institucionalizar precisará submeter o princípio do discurso que a inspira às particularidades da forma jurídica, fato que será central para a explicação da cooriginariedade entre direitos humanos e soberania popular.

No Capítulo 4, expusemos as críticas de Habermas às concepções anteriores tanto da relação entre direito subjetivo e direito objetivo na dogmática civilista alemã quanto da relação entre direitos humanos e soberania popular na tradição do direito racional. No que se refere à

primeira relação, Habermas mostra que a influência de uma herança do direito natural, que deixa aberta apenas a alternativa entre uma legitimação moral pré-política dos direitos e uma legitimação com base na pura positividade e coerção, impediu que se alcançasse uma articulação adequada de direito subjetivo e direito objetivo como de fato dependentes um do outro. No que se refere à segunda relação, entre direitos humanos e soberania popular na tradição do direito racional, Habermas considera que, seja em Kant, seja em Rousseau – os dois teóricos que, segundo explica, teriam tentado explicitamente integrar os dois conceitos –, a influência de premissas da filosofia da consciência, que fazem o processo de legislação ser concebido como relação entre um micro-sujeito indivíduo e um macro-sujeito povo, impediu que a legislação fosse vista como processo comunicativo para a validade do qual os sujeitos precisam se atribuir mutuamente direitos fundamentais.

Porém, antes de explorar esta nova via – da atribuição mútua de direitos por parceiros de uma prática de autolegislação concebida como processo comunicativo –, Habermas considera necessário deixar esclarecida a relação entre moral racional e direito positivo. Foi este o objeto de nossos Capítulos 5 e 6. No Capítulo 5, exploramos os aspectos normativos desta relação. Vimos que Habermas aponta importantes diferenças estruturais entre normas morais e normas jurídicas, que considera que os discursos moral e jurídico são regidos por versões distintas do princípio do discurso, que num e noutro se apresentam formas distintas (uma unitária, outra bipartida) de autonomia do sujeito e que é apenas no processo de formação das normas jurídicas que argumentos morais desempenham um papel central no asseguramento da legitimidade dos conteúdos jurídicos. Já no Capítulo 6, abordamos os aspectos sociológicos da relação entre moral racional e direito positivo, apresentando ambos como diferenciações distintas surgidas a partir da dissolução da eticidade tradicional, processo em que a moral racional assumiu a forma de apenas um sistema de símbolos, enquanto o direito se tornou ao mesmo tempo um sistema de símbolos e de ação; por isso mesmo, a relação entre moral e direito, no aspecto mais funcional, pode ser mostrada como uma em que o direito preenche déficits da moral racional e permite que ela, por meio dele, se irradie para os mais diversos domínios de ação, inclusive os marcados pelo agir estratégico.

No Capítulo 7, voltamos à sugestão que o Capítulo 4 tinha deixado em suspenso – da atribuição mútua de direitos por parceiros de uma prática de autolegislação concebida como processo comunicativo – e tratamos mais especificamente da chamada gênese lógica do sistema

de direitos fundamentais, centro desta dissertação. Vimos que Habermas considera que os parceiros envolvidos no projeto de autolegislação já não podem dispor livremente da linguagem em que tal autolegislação se realizará, porque, em sociedades modernas, como explicamos no Capítulo 3, apenas o direito moderno pode ser um meio de institucionalização capaz de assegurar ao mesmo tempo eficácia e integração social. Assumindo o medium do direito para sua institucionalização, os parceiros terão que converter-se uns aos outros em sujeitos de direito, o que implica necessariamente a atribuição, na forma de direitos subjetivos, de espaços de liberdade do arbítrio em que cada um possa agir segundo suas escolhas, isento do ônus de justificação implícito no exercício da liberdade comunicativa. Disto resulta, na reconstrução racional de Habermas, a atribuição de três grupos de direitos insaturados – máximas liberdades iguais, status de membro de uma comunidade jurídica e proteção jurídica de direitos potencialmente violáveis – correspondentes à proteção da autonomia privada do ponto de vista de destinatários da norma, mas que, para serem preenchidos com conteúdos concretos que efetivamente levem em conta os pontos de vista e necessidades dos concernidos, requerem o exercício da autonomia pública dos parceiros de autolegislação na forma de realização da soberania popular.

Tal exercício da autonomia pública, contudo, na medida em que precisa ser institucionalizado, deve também, em conformidade com a forma jurídica, assumir a forma de direitos subjetivos, no caso, direitos subjetivos que assegurem a participação em igualdade de condições em processos racionais de formação da opinião e da vontade política. Desta forma, o sistema de direitos envolve as duas autonomias jurídicas e se completa a si mesmo numa figura concreta: trata-se um sistema de direitos que, para institucionalizar o exercício da autonomia pública precisa assegurar a autonomia privada na forma de direitos de liberdade, mas, para dar a esta autonomia privada conteúdo legítimo, precisa assegurar de volta a autonomia pública na forma de direitos de participação. Tal sistema se complementa (pelo menos em *Direito e Democracia*, mas não, como vimos, em *Era de Transições*) com um quinto grupo de direitos fundamentais, cujo papel é assegurar as condições sociais, técnicas e ecológicas de fruição dos demais direitos. Assim, temos, de modo resumido, o argumento da gênese lógica do sistema de direitos em Habermas.

No Capítulo 8, por fim, contrastamos o argumento de Habermas em *Direito e Democracia* com tratamentos que dá à temática dos

direitos humanos em três textos posteriores. Para exame dos três textos, fixamos nossa posição interpretativa em favor da tese da não distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos em Habermas, o que não impede que, em abordagens da mesma temática em âmbito nacional e em âmbito internacional, Habermas fale de diferentes fundamentações e atribua a estes direitos diferentes papeis. No texto do bicentenário de *À Paz Perpétua*, Habermas fala de uma fundamentação exclusivamente moral dos direitos humanos, que não afeta que sejam de fato direitos jurídicos. Já no texto de *A Constelação Pós-Nacional*, Habermas fala de uma “cabeça de Janus” dos direitos humanos, que como direitos morais (*wie moralische Normen*) se referem a toda a humanidade, mas como normas jurídicas (*als rechtliche Normen*) requerem institucionalização correspondente, isto é, neste caso, uma realização numa sociedade mundial politicamente constituída. Em ambos os textos, vemos a pretensão de Habermas de mostrar que o sentido universalista dos direitos humanos aponta para uma realização jurídica em nível global.

Finalmente, no texto *The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights*, Habermas dá ao conceito de dignidade humana o papel de sismógrafo, de dobradiça e de portal, mostrando que através de experiências de dignidade moral violada se formam demandas de justiça que, carregadas adiante por lutas sociais de grupos concretos e servindo-se da dignidade jurídica como portal de chegada ao direito positivo, podem ampliar constantemente a compreensão e o escopo dos direitos humanos. Dessa forma, os direitos humanos ganham o papel de utopia na medida em que se vinculam a uma possibilidade de justiça transcendente, isto é, sempre por ser renovadamente ampliada, mas ao mesmo tempo são uma utopia do tipo que pode ganhar institucionalidade obrigatória e força de realização no mundo social concreto através dos elementos de facticidade do direito moderno. Isto, a nosso ver, amplia a imagem *estática* de uma moral racional que se irradia através do direito para os vários domínios de ação para uma imagem *dinâmica* da geração contínua de novas percepções morais através de experiências de dignidade violada e da sua conversão também contínua, por força de lutas sociais, em novas demandas e conquistas no que se refere ao conteúdo e à extensão dos direitos humanos.

Esperamos que, dessa forma, mesmo que nos limites modestos de nosso conhecimento e nos limites constrangedores de tempo de pesquisa e espaço de produção, tenhamos sido razoavelmente bem sucedidos na exposição dos elementos principais da teorização de Habermas acerca dos direitos fundamentais/humanos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite . *Moral, Direito e Política: Sobre a Teoria do Discurso de Habermas*. In: Manfredo Oliveira; Odílio Aguiar; Luiz Felipe Sahd. (Org.). *Filosofia Política Contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2003, v. 1, p. 214-235.

BAXTER, Hugh. *Habermas: The discourse theory of law and democracy*. Stanford, US: Stanford University Press, 2011.

DURÃO, Aylton Barbieri. *A tensão entre facticidade e validade no direito segundo Habermas*. In: *ethic@*, Florianópolis, v.5, n. 1, p. 103-120, Jun. 2006.

DUTRA, Delamar José Volpato. *Apel versus Habermas: como dissolver a ética discursiva para salvaguardá-la juridicamente*. In: *Kriterion*. 2010, vol.51, n.121, pp. 103-116. Disp. em <[http:// www.scielo.br/pdf/kr/v51n121/05.pdf](http://www.scielo.br/pdf/kr/v51n121/05.pdf)>. Acessado em 2 abr. 2012.

DUTRA, Delamar José Volpato. *Razão e consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral do direito e da biotecnologia*. 2ª ed. revista e ampliada. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-Nacional: ensaios políticos*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 2ª ed. Trad. George Sperber, Paulo Asthor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Comentários a ética do discurso*. Trad. Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. 2ª ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. II. 2ª ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

HABERMAS, Jürgen. *Era de transições*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003c.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003d.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. 2ª ed. Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1994.

HABERMAS, Jürgen. *The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights*. In: *Metaphilosophy*, Vol. 41, n. 4. Oxford, UK: Cambridge, 2010, p. 464-480.

HART, H. L. A. *Rawls sobre a liberdade e sua prioridade*. in: _____. *Ensaio sobre teoria do Direito e Filosofia*. Tradução: José Garcez Ghirardi, Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. 2ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011.

KEINERT, Maurício Cardoso; HULSHOF, Monique; MELO, Rúrion Soares. *Diferenciação e complementaridade entre direito e moral*. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Malheiros: São Paulo, 2008.

MOREIRA, Luiz (org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. Trad. Claudio Molz. Rev. Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004.

NEVES, Raphael; LUBENOW, Jorge. *Entre promessas e desenganos: lutas sociais, esfera pública e direito*. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Malheiros: São Paulo, 2008.

NOBRE, Marcos (org.). *Curso livre de teoria crítica*. Campinas, SP: Papirus, 2008.

PINZANI, Alessandro. *Adeus ao Discurso?*. Texto da comunicação feita no VIII Colóquio Habermas (gentilmente cedido pelo autor), em 22 de maio de 2012.

PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009.

REPA, Luiz Sérgio. *A filosofia como ciência reconstrutiva e as exigências da teoria crítica*. In: PINZANI, Alessandro; DUTRA, Delamar Volpato (org.). *Habermas em discussão: Anais do Colóquio Habermas realizado na UFSC*. Florianópolis: NEFIPO, 2005, p. 11-19.

REPA, Luiz Sérgio. *A teoria reconstrutiva do direito: notas sobre a gênese lógica do sistema dos direitos fundamentais em Habermas*. In: *Revista Dois Pontos*, Curitiba, São Carlos, vol. 7, n. 2, p.141-156, outubro, 2010.

REPA, Luiz Sérgio. *Direito e teoria da ação comunicativa*. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Malheiros: São Paulo, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. 3ª ed. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

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

SILVA, Felipe Gonçalves. *A solidariedade entre público e privado*. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Malheiros: São Paulo, 2008.

TONETTO, Milene Consenso. *A fundamentação absoluta e relativa dos direitos em Habermas*. In: PINZANI, Alessandro; DUTRA, Delamar Volpato (org.). *Habermas em discussão: Anais do Colóquio Habermas realizado na UFSC*. Florianópolis: NEFIPO, 2005, p. 121-7.

TONETTO, Milene Consenso. *Direitos humanos em Kant e Habermas*. Florianópolis: Insular, 2010.

VITALE, Denise; MELO, Rúrion Soares. *Política deliberativa e o modelo procedimental de democracia*. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Malheiros: São Paulo, 2008.

WERLE, Denílson; SOARES, Mauro V. *Política e direito: a questão da legitimidade do poder político no estado democrático de direito*. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Malheiros: São Paulo, 2008.