



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA

Leonardo Quintino

**Teoria discursiva do direito em Habermas e a tensa relação entre integração social e
liberdade jurídica**

Florianópolis-SC

2020

Leonardo Quintino

Teoria discursiva do direito em Habermas e a tensa relação entre integração social e liberdade jurídica

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação
em Filosofia da Universidade Federal de Santa Catarina
para a obtenção do título de Mestre em Filosofia
Orientador: Prof. Dr. Delamar José Volpato Dutra

Florianópolis-SC

2020

Ficha de identificação

Quintino, Leonardo

Teoria discursiva do direito em Habermas e a tensa relação entre integração social e liberdade jurídica / Leonardo Quintino ; orientador, Delamar José Volpato Dutra, 2020.

133 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Florianópolis, 2020.

Inclui referências.

1. Filosofia. 2. Teoria do direito; Filosofia política;. I. Dutra, Delamar José Volpato . II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Filosofia. III. Título.

Leonardo Quintino

Teoria discursiva do direito em Habermas e a tensa relação entre integração social e liberdade jurídica

O presente trabalho em nível de mestrado foi avaliado e aprovado por banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Dr. Denilson Luís Werle (Avaliador interno)

Universidade Federal de Santa Catarina



Prof. Dr. Itamar Luís Gelain (Avaliador externo)

Centro Universitário Católica de Santa Catarina – Joinville/SC

Certificamos que esta é a **versão original e final** do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de mestre em Filosofia.

Coordenação do Programa de Pós-Graduação

Prof. Dr. Delamar José Volpato Dutra

Orientador

Florianópolis-SC, 2020

Àquela que deu à minha vida um desígnio distinto dos meus próprios fins.

AGRADECIMENTOS

A inevitabilidade de prestar agradecimentos às pessoas que direta ou indiretamente contribuíram para minha caminhada ao longo dos anos de pesquisa que resultaram neste texto, apenas corrobora a importância do compartilhamento intersubjetivo de experiências para nossas ações, por mais solitárias e individuais que elas possam parecer. Neste sentido agradeço inicialmente a meu Orientador, Professor Delamar José Volpato Dutra por recepcionar e orientar um projeto de pesquisa bastante peculiar, que foi objeto de diversos questionamentos a cada encontro de orientação em grupo e apresentações parciais, a despeito do que sempre fui encorajado e instigado a seguir os objetivos inicialmente delineados, até a composição final desta dissertação. No mesmo sentido, agradeço à Ivan e Talita, colegas que tive o prazer de conhecer durante os referidos encontros de orientação em grupo, cujas leituras sempre atenciosas e críticas de meu trabalho ocasionaram redefinições conceituais e estruturais importantes para este texto. Devo agradecer também a Daniel e Indalécio, amigos desde a graduação, que fizeram das viagens semanais de Joinville à Florianópolis momentos de reflexões e debates, além de descontração e estreitamento de laços. Aliás, em comum entre nós, ainda está o fato de termos sido introduzidos na filosofia de maneira séria pelo Professor Itamar Luís Gelain, figura sempre presente em minha trajetória acadêmica e responsável pelo meu primeiro contato com a obra de Habermas. Mais do que um agradecimento, portanto, Itamar merece ser saudado por dar sentido concreto ao papel de um professor na vida de um aluno. Fora do ambiente acadêmico, saúdo os amigos e familiares que estiveram a meu lado ao longo deste período. Agradeço especialmente a meus pais, Aroldo e Sônia, e lhes dedico este trabalho, pois sem o apoio e compreensão por eles dispensados em momentos cruciais de minha vida nestes quase três anos, a elaboração desta dissertação certamente seria tarefa mais difícil, pois concorreria com necessidades que seu acolhimento e auxílio puderam suprir.

“Quando se considera o Estado democrático de direito sob os pontos de vista da teoria do discurso, a domesticação da arbitrariedade e da violência da dominação política salta aos olhos como a grande conquista histórica.” (HABERMAS, Jürgen. *Na esteira da tecnocracia*, 2014)

RESUMO

Este trabalho se estrutura em torno da hipótese segundo a qual a partir da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas seria possível afirmar que o direito possui potencial para gerar integração social mesmo nos âmbitos dominados pela ação estratégica e pela persecução de interesses individuais, tal qual as relações estritamente econômicas. Trata-se de estudo que contrasta com o fato de o autor não ter se dedicado, em nenhuma de suas obras, a tratar especificamente de temas ou institutos de direito positivo propriamente dito e, quando o fez, o posicionamento foi crítico, apresentando-se o direito como meio de institucionalização do sistema econômico capitalista e infiltração de seus imperativos no mundo da vida. Isso é corroborado pelo papel *colateral* (ainda que não necessariamente negativo) atribuído ao direito positivo no quadro geral da teoria discursiva do direito de Habermas, como um possível produto do processo democrático de legislação, sem conteúdo previamente dado. Assim, o que se segue na obra de 1992 é a tematização do modo de constituição da ordem jurídica e da estruturação do Estado de Direito a fim que se gere produtos legítimos, sejam eles concretizados em normas de direito público ou privado. Não obstante, defende-se que o direito positivo não pode ser compreendido isoladamente, como se fosse uma categoria apartada dos fins visados pela teoria discursiva do direito de Habermas, especialmente no que diz respeito (i) à intersubjetividade que informa os sistemas de direitos discursivamente constituídos, (ii) ao suprimento das *sobrecargas* cognitivas, motivacionais e organizatórias decorrentes do alto nível de complexidade das sociedades pós-tradicionais e (iii) à função de domesticação e controle dos imperativos sistêmicos pelo direito apresentada por Habermas em “Direito e Democracia”. Assim, diante da perda dos referenciais éticos para as relações sociais e dos constantes ataques da burocracia estatal e do mercado endereçados ao Estado Democrático de Direito através dos meios do dinheiro e do poder, o direito positivo não só estaria incluído no abrangente projeto procedimental habermasiano de garantir um nível abstrato de solidariedade por meio do direito, mas também seria um produto deste. Para demonstrar a plausibilidade destas afirmações, esta dissertação percorre as distintas posições de Habermas quanto ao direito, de modo a evidenciar a passagem de uma concepção que o tem como estrutura da sociedade capitalista, para um estágio em que o direito é apresentado como solução funcional para os problemas de integração social que decorrem da diferenciação dos sistemas da economia e da burocracia, atuando como mediador das interferências e ameaças por eles direcionadas ao mundo da vida. Aliás, este posicionamento do direito como medium entre sistema e mundo da vida, bem como a tensão entre facticidade da imposição do direito e a validade por ele pretendida, dão ensejo à articulação da tensão entre liberdade jurídica e integração social no interior do direito, cuja estabilização interna (a nível teórico) e externa (em processos políticos efetivos) são investigadas neste trabalho sob as lentes da teoria discursiva do direito, com a finalidade de verificar a possibilidade de que o direito positivo constitua um produto legítimo do processo democrático de legislação, e nessa condição, habilite-se a cumprir aquela função socialmente integradora inicialmente idealizada.

Palavras-chave: Direito. Teoria discursiva do direito. Integração social. Liberdade jurídica.

ABSTRACT

This text is structured around the hypothesis that, based on Jürgen Habermas' discourse theory of law, it would be possible to affirm that law has the potential to generate social integration even in areas dominated by strategic action and the pursuit of individual interests, such as strictly economic relations. This is a study that contrasts with the fact that the author has not dedicated himself, in any of his works, to dealing specifically with positive law issues or institutes, and when he did, the position was critical, presenting the law as a means of institutionalizing the capitalist economic system and infiltrating its imperatives in the Lifeworld. This is corroborated by the collateral role (although not necessarily negative) attributed to positive law in the general framework of Habermas' discourse theory of law, as a possible product of the democratic process of legislation, without previously given content. Thus, what follows in the 1992 book is the thematization of the way of constituting the legal order and the structuring of the rule of law in order to generate legitimate products, whether they are embodied in public or private law rules. However, it is argued that the positive law cannot be understood in isolation, as if it were a category apart from the aims pursued by Habermas' discourse theory of law, especially with regard to (i) the intersubjectivity that informs discursively constituted rights systems, (ii) the supply of cognitive, motivational and organizational burdens resulting from the high level of complexity of post-traditional societies and (iii) the function of domestication and control of systemic imperatives by law presented by Habermas in "Between facts and norms". Thus, in the face of the loss of ethical references for social relations and the constant attacks by the state bureaucracy and market addressed to the Democratic Rule of Law through the means of money and power, positive law would not only be included in the comprehensive habermasian procedural project of guarantee an abstract level of solidarity through the law, but it would also be a product of it. To demonstrate the plausibility of these statements, this dissertation goes through the different positions of Habermas regarding the law, in order to show the passage from a conception that has the law as a structure of capitalist society to a stage in which the law is presented as a functional solution for the problems of social integration that result from the differentiation of the systems of the economy and the bureaucracy, acting as a mediator of the interferences and threats directed by them to the Lifeworld. In fact, this positioning of law as a medium between the system and the Lifeworld, as well as the tension between the facticity of the imposition of law and the validity it seeks, give rise to the articulation of the tension between legal freedom and social integration within the law, whose internal (at a theoretical level) and external (in effective political processes) stabilization are investigated in this work under the lens of the discourse theory of law, with the aim of verifying the possibility that positive law constitutes a legitimate product of the democratic process of legislation, and in that condition, qualify and fulfill that socially integrating function initially conceived.

Key words: Law. Discourse theory of law. Social integration. Legal freedom.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 15 |
| 2 A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DAS NORMAS DE DIREITO POSITIVO..... | 28 |
| 2.1 DA CRÍTICA AO DIREITO COMO ESTRUTURA DA SOCIEDADE CAPITALISTA À TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO | 29 |
| 2.1.1. O direito nas obras anteriores a “Direito e Democracia” | 29 |
| 2.1.2 Dos apontamentos iniciais para uma teoria discursiva do direito | 33 |
| 2.2 PARADIGMA PROCEDIMENTAL COMO ALTERNATIVA ÀS INCONSISTÊNCIAS DO DIREITO NATURAL E DO POSITIVISMO JURÍDICO. | 39 |
| 2.2.1 Tensão dentre facticidade e validade nos diferentes paradigmas do direito..... | 39 |
| 2.2.2 A proposta de Habermas para justificar a legitimidade que surge da legalidade... | 42 |
| 2.2.3 A união entre o princípio do discurso e a forma jurídica | 45 |
| 2.3 COORIGINARIEDADE ENTRE AUTONOMIA PÚBLICA E AUTONOMIA PRIVADA... .. | 48 |
| 2.3.1. Fenômeno da materialização do direito e a perda da precedência material do direito privado | 49 |
| 2.3.2 Reconstrução da autonomia privada e a equivalência categorial com a autonomia pública..... | 54 |
| 2.3.3 Normas de direito como produto legítimo do processo democrático de legislação . | 58 |
| 3 COMPLEMENTARIDADE ENTRE DIREITO E MORAL E A TAREFA SOCIALMENTE INTEGRADORA DO DIREITO NAS SOCIEDADES MODERNAS | 63 |
| 3.1 RACIONALIZAÇÃO DO MUNDO DA VIDA E CONSEQUÊNCIAS PARA O DIREITO POSITIVO | 64 |
| 3.1.1 Estágios da consciência moral e o ganho de autonomia do direito positivo..... | 64 |
| 3.1.2 Separação entre moral racional e o direito positivo..... | 68 |
| 3.1.3 De que maneira o direito ainda permanece conectado com a moral? | 71 |
| 3.2 RELFEXOS DA COMPLEMENTARIDADE ENTRE DIREITO E MORAL PARA A LIBERDADE JURÍDICA | 74 |

| | |
|---|------------|
| 3.2.1 Liberação dos motivos morais para a ação e a autorização para o agir estratégico | 75 |
| 3.2.2 Direito enquanto complemento de eficácia para a moral..... | 78 |
| 3.3 REFLEXOS DA COMPLEMENTARIDADE ENTRE DIREITO E MORAL PARA ALÉM DA LIBERDADE JURÍDICA | 81 |
| 3.3.1 Adequação do direito à formas de vida moralmente justas..... | 81 |
| 3.3.2 A necessária intersubjetividade do direito como limite à liberdade jurídica | 86 |
| 4 TENSÃO ENTRE LIBERDADE JURÍDICA E INTEGRAÇÃO SOCIAL | 91 |
| 4.1 DIREITO COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DE INTEGRAÇÃO SOCIAL E A NOÇÃO DE SOLIDARIEDADE ABSTRATA | 92 |
| 4.1.1 Integração social nas sociedades pós-tradicionais e noção de “solidariedade 1” | 92 |
| 4.1.2 Caráter abstrato da solidariedade que se impõe através do direito | 98 |
| 4.1.3 Complementaridade entre “solidariedade 1” e solidariedade abstrata | 103 |
| 4.2 FUNÇÃO DO DIREITO NO POSSÍVEL EQUILÍBRIO ENTRE LIBERDADE JURÍDICA E INTEGRAÇÃO SOCIAL | 107 |
| 4.2.1 A tensão existente entre liberdade jurídica e integração social | 108 |
| 4.2.2 Sentido procedimental e abstrato da cooperação juridicamente imposta | 110 |
| 4.3 SOBRE A POSSIBILIDADE DE ESTABILIZAÇÃO INTERNA E EXTERNA DA TENSÃO ENTRE LIBERDADE JURÍDICA E INTEGRAÇÃO SOCIAL..... | 112 |
| 4.3.1 A estabilização interna da tensão entre liberdade jurídica e integração social..... | 112 |
| 4.3.2 É possível a estabilização externa da tensão entre liberdade jurídica e integração social?..... | 115 |
| 5 CONCLUSÃO..... | 123 |
| REFERÊNCIAS | 129 |

1 INTRODUÇÃO

Para além da notória relevância no contexto europeu¹ e da ampla recepção em solo estadunidense², o pensamento de Jürgen Habermas nas diversas áreas pelas quais o autor transitou - desde seus escritos relacionados à epistemologia, até as obras que versam sobre o direito, política e a religião³, considerando ainda, e principalmente, o período de surgimento, desenvolvimento e proposição da teoria do agir comunicativo - têm sido objeto de numerosos estudos em território brasileiro, especialmente a partir dos últimos anos do século passado⁴.

Entretanto, seja pela maior atualidade destes temas na trajetória de Habermas, pela peculiaridade das propostas para um autor filiado à Teoria Crítica de matriz frankfurtiana, ou

¹ Além de ter atuação importante no instituto de Pesquisa Social de Frankfurt, tendo se tornado catedrático desta instituição, Habermas também dirigiu o Instituto Max Planck de Stanberg e a partir de sua virada jurídica, tornou-se um dos autores mais ativos e relevantes no debate sobre a União Europeia, defendendo inclusive a ideia de uma constituição. PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009.

² Como exemplo da relevância de Habermas para o contexto estadunidense, menciona-se obras sobre a teoria do direito do autor: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. (orgs.). *Habermas on Law and Democracy – Critical Exchanges*. Berkley: University of California Press, 1998; BAYNES, Kenneth. *Democracy and the Rechtsstaat: Habermas's Faktizität und Geltung*. In: *The Cambridge companion to Habermas*. edited by Stephen K. White. Cambridge University Press, 1995; COHEN, Jean & ARATO, Andrew. *Civil society and political theory*. Cambridge: MIT Press, 1992.

³ Fala-se aqui de textos como “A inclusão do Outro”, “O ocidente dividido”, “A constelação pós-nacional”, “Fé e saber”, “Entre naturalismo e religião” dentro outros trabalhos que expressam novas preocupações do pensamento de Habermas após “Direito e Democracia”. Neste sentido, merece referência a obra mais recente de nosso autor, do ano de 2019, sem traduções nacionais até o momento da conclusão desta dissertação: HABERMAS, Jürgen. *Auch eine Geschichte der Philosophie*; Band 1: Die okzidentale Konstellation von Glauben und Wissen; Band 2: Vernünftige Freiheit. Spuren des Diskurses über Glauben und Wissen. Suhrkamp: Berlin, 2019. Entretanto, que por razões metodológicas tais escritos não serão abordados nesta dissertação, ou o serão de forma bastante breve, apenas na medida em que acarretarem possíveis problemas ou soluções para os argumentos articulados.

⁴ Se antes deste período apenas alguns textos isolados de Habermas haviam sido publicados no Brasil, a exemplo dos textos publicados na Coleção “Os pensadores” da editora Abril Cultural em 1980 (Textos escolhidos. Walter Benjamin, Max Horkheimer, Theodor W. Adorno, Jürgen Habermas. Traduções de José Lino Grünwald. São Paulo), a partir dos anos noventa diversas obras Habermas ganharam versões brasileiras, em especial “Direito e Democracia” em 1997 e a “Teoria do Agir Comunicativo” em 2012. Outros movimentos importantes de pesquisa e estudo das obras de nosso autor também se articularam a partir deste período, tal qual o Colóquio Habermas que reúne anualmente pesquisadores de todo o país, e no ano de 2020 já contabiliza sua décima sexta edição, além do grupo de estudos que se encarregou de promover as traduções que compõem a Coleção de textos de Habermas publicados pela Editora da UNESP, que, aliás, tem cumprido com excelência à finalidade à qual se propunha, a saber, a padronização terminológica dos termos traduzidos. Neste ponto, além, é importante destacar que, este mesmo grupo publicou uma recente tradução de *Faktizität und Geltung*, obra esta que constitui a base desta dissertação, traduzida inicialmente (1997) pela Editora Tempo Brasileiro com o título “Direito e democracia – entre facticidade e validade” em dois volumes. A nova edição da Editora Unesp, contudo, promoveu tradução mais fiel ao título original em alemão (HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*; traduzido por Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo, São Paulo: Editora Unesp, 2020). Tal tradução foi utilizada apenas em passagens específicas deste trabalho, quando constada diferença relevante na precisão dos termos traduzidos, o que se deve à sua recentíssima publicação, quando o presente texto já se encontrava finalizado e em vias de submissão para defesa, especialmente se for considerado o uso frequente de citações diretas ao longo do texto, fato este que demandaria uma revisão substancial. Em consequência da adoção da tradução da Editora Tempo Brasileiro, as referências textuais a *Faktizität und Geltung* permaneceram como “Direito e Democracia”.

mesmo pela pertinência das questões problematizadas em relação ao cenário político atual, a filosofia política e do direito tem angariado especial atenção nos debates acadêmicos que se desenvolvem em torno e a partir da obra habermasiana, sendo possível identificar, inclusive, importantes e bem sucedidos trabalhos empenhados em transpor seus conceitos e categorias para a realidade brasileira⁵.

Por sua vez, o tema desta dissertação, embora possa ser incluído no quadro geral da filosofia do direito habermasiana e classificado como um estudo sobre a teoria discursiva do direito de Habermas, é dotado de singularidade por abordar um problema bastante específico em relação ao amplo espectro do empreendimento reconstrutivo habermasiano, a saber, a potencialidade do direito positivo para promover a integração social em contextos de ação dominados pela ação estratégica, tal qual as relações estritamente econômicas. O principal indício do desafio que constituiu a estruturação e produção deste trabalho está no fato de que, durante os anos de pesquisa e coleta de referências bibliográficas, não foram encontrados quaisquer escritos que, por exemplo, relacionem diretamente a teoria discursiva do direito com o direito privado. Porém, isto não foi empecilho para que a pesquisa inicialmente proposta fosse desenvolvida de modo coerente, tendo como sustentáculos as ideias de integração social por meio direito, da relação de complementaridade entre direito e moral e da necessária legitimidade das normas de direito positivo, questões estas que possibilitaram encontrar nas obras de Habermas e de seus comentadores, relevantes contributos aos trabalhos que resultaram neste texto.

Dadas estas considerações, conforme acima exposto, a hipótese fundamental sob a qual orbita o presente trabalho consiste na afirmação do potencial do direito para gerar integração social em âmbitos tipicamente associados à circulação de imperativos sistêmicos, a exemplo das relações econômicas entre sujeitos de direito privado, o que encontraria suporte teórico na teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas, sobretudo a partir da tese da complementaridade entre direito e moral.

Tal qual afirmado nas linhas anteriores, o estudo encontra óbice no fato de que em nenhuma de suas obras o autor se propôs a especificar o modo pelo qual o direito positivo promoveria concretamente o controle e a programação da circulação dos imperativos sistêmicos em situações reais de ação, limitando-se a descrever as condições necessárias para a produção de normas de direito legítimas. Disso decorre também o papel *colateral* (ainda que

⁵ Uma das experiências mais bem sucedidas neste sentido é a obra de Marcelo Neves, “*Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado de Democrático de Direito a partir e para além de Luhmann e Habermas*”. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

não necessariamente negativo) atribuído ao direito positivo no quadro geral da teoria do direito de Habermas.

Isso quer dizer que em “Direito e Democracia”, o direito positivo é relegado à condição de produto do processo democrático de legislação e, por si só, *não possui conteúdos previamente determinados*. Isso porque, a teoria do direito habermasiana está estruturada para, a partir da transposição do princípio do discurso para a forma do direito¹⁰, responder *como é possível a legitimidade a partir da legalidade?*¹¹. Assim, o que se segue na obra de 1992 é a tematização do modo de constituição da ordem jurídica e da estruturação do Estado de Direito, a fim que este gere produtos legítimos, sejam eles concretizados em normas de direito público ou privado, o que reforça a referida colateralidade da questão central desta dissertação (a saber, a potencialidade do direito positivo promover a integração social em ambientes dominados pela ação estratégica) no programa jurídico de Habermas.

Mesmo em seções nas quais aborda a autonomia privada (Capítulo III) e a materialização do direito (Capítulo IX), a argumentação de Habermas está toda voltada à reconstrução da autonomia dos sujeitos de direito para, na condição simultânea de autores e destinatários, darem a si mesmos as próprias leis, de maneira que a ordem jurídica se constitua e produza normas de direito legítimas. Trata-se do que o autor denomina de cooriginariedade entre autonomia privada (dos sujeitos de direito) e autonomia pública (dos cidadãos)¹².

Quando se refere à *autonomia privada*¹³, portanto, Habermas apenas pretende reconstruir as condições básicas constitutivas do *status* de pessoa de direito “que lhes possibilita a pretensão de obter direitos e fazê-los valer reciprocamente”¹⁴. Não se introduz qualquer conteúdo nesta categoria (pessoa de direito), como direitos pré-políticos ou naturais, que não aqueles especificados pelos próprios sujeitos no processo democrático de legislação.

Com isso, não estão dadas por Habermas as clássicas categorias nas quais se baseia o controle e regulação jurídica das relações econômicas, tal qual a propriedade e a liberdade

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 158

¹¹ Esse questionamento é detalhadamente exposto logo no capítulo inicial de “Direito e Democracia”, apresentando-se o direito como categoria de mediação entre facticidade e validade. *Ibid*, p. 17 – 63.

¹² *Ibid*, p. 158.

¹³ A autonomia privada é concebida por Habermas apenas como a conjunto de direitos básicos que permitem a configuração politicamente autônoma do direito (i) “à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação”, (ii) ao “status de membro numa associação voluntária de parceiros de direito” e (iii) à imediata “possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual”. *Ibid*, p. 159.

¹⁴ *Ibid*, p. 159.

para contratar, uma vez que “constituem interpretações e *configurações* do direito geral à liberdade no sentido de um igual direito à liberdades subjetivas”¹⁵. Desta forma, os direitos subjetivos privados são *dessubstancializados* ao ponto de o conteúdo destes passar a depender exclusivamente da autonomia pública dos cidadãos¹⁶, na condição de “*autores de sua ordem jurídica*”¹⁷.

Sintomático é o fato de que as referências feitas por Habermas ao direito positivo estão sempre conectadas, em meio ao empreendimento reconstrutivo, com formas específicas de compreensão e exercício da autonomia privada. Ou seja, o direito positivo é sempre apresentado como efetivamente existente em determinado período histórico e em determinada comunidade política, para evidenciar de que modo a noção de autonomia privada era compreendida, destacando, sobretudo, as limitações ao exercício da autonomia política que decorriam de concepções jusnaturalistas e individualistas do direito¹⁸.

No mesmo sentido, a *materialização do direito*¹⁹ que ganha força com o advento do Estado Social, é objeto de críticas por Habermas, pois, em que pese a tentativa de equalizar as tendências discriminatórias da igualdade formal do direito burguês, este objetivo só é atingido “em condições ou com a ajuda de meios que *reduzem* significativamente os espaços para a configuração de uma vida privada autônoma dos presumíveis beneficiários”²⁰.

Neste sentido, longe de possuir valor normativo passível de reconstrução, o direito positivo representa uma categoria relacionada ao diagnóstico habermasiano das sociedades modernas, na medida que é por meio dele que se manifesta a possibilidade de ancoragem do sistema econômico capitalista no mundo da vida, a partir da institucionalização da sociedade econômica de trocas desenvolvida através dos direitos de propriedade e de liberdade contratual. Este relacionamento do direito com o sistema da economia, segundo Habermas,

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 162-163.

¹⁶ SILVA, Felipe Gonçalves. *Liberdades em Disputa: a reconstrução da autonomia da autonomia privada na teoria crítica de Jürgen Habermas*. Tese de Doutorado em Filosofia pela Universidade Estadual de Campinas. Campinas, SP, 2010, p. 103.

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., 1997a, p. 159.

¹⁸ Ibid, p. 116-128.

¹⁹ Este fenômeno pode ser compreendido como o “fim da precedência matéria do direito privado face ao direito constitucional, que veio a selar a dissolução concreta de uma ‘sociedade de direito privado’”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume II*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997b, 132-133.

²⁰ HABERMAS, Jürgen. Op cit., 1997a, p. 155.

viabiliza a transformação dos sujeitos em participantes do mercado que direcionam suas ações para a consecução de seus planos de vida de maneira racional²¹.

Ou seja, as normas de direito positivo, tal qual descritas em “Direito e Democracia” e nos demais textos jurídicos de Habermas, consistem apenas em possíveis configurações do sistema de direitos.

Questiona-se, então, a plausibilidade da hipótese condutora deste trabalho, a saber, a afirmação do direito como instrumento de integração social na obra habermasiana, dado que este é (i) inicialmente visto como simples meio de institucionalização do sistema econômico capitalista; (ii) constitui tema apenas colateral na filosofia do direito de Habermas; e (iii) não pode ter seu conteúdo previamente especificado sem que isso implique em contradição com a autonomia privada dos sujeitos de direito e com a autonomia pública dos cidadãos.

Não obstante, *este trabalho defende que o direito positivo não pode ser compreendido isoladamente, como se fosse uma categoria apartada dos fins visados pela teoria discursiva do direito de Habermas*, especialmente no que diz respeito (i) à intersubjetividade que informa os sistemas de direitos discursivamente constituídos²², (ii) ao suprimento das *sobrecargas* cognitivas, motivacionais e organizacionais decorrentes do alto nível de complexidade das sociedades pós-tradicionais²³ e (iii) à função de domesticação e controle dos imperativos sistêmicos pelo direito apresentada por Habermas em *Direito e Democracia*²⁴.

Pretende-se defender, portanto, que diante da perda dos referenciais éticos para as relações sociais e dos constantes ataques da burocracia estatal e do mercado endereçados ao Estado Democrático de Direito através dos meios do dinheiro e do poder, as normas de direito positivo não só estariam incluídas no abrangente projeto procedimental habermasiano de garantir um nível abstrato de solidariedade por meio do direito, mas também seria um produto deste.

A defesa desta posição, far-se-á, sobretudo, a partir da especificações das consequências da particular proposta de relação de complementaridade entre direito e moral que, para Habermas, acarreta tanto o complemento de eficácia proporcionado pelo direito à moral, quanto a garantia de legitimidade do direito através da adequação do sistema jurídico a

²¹ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 431.

²² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 53

²³ *Ibid*, p. 150.

²⁴ *Ibid*, p. 82.

formas de vida moralmente justas, reflexivamente analisadas no processo democrático de legislação²⁵.

Assim, de um lado, há destaque para aspecto coercitivo e exterior do direito, apto para liberar os sujeitos da motivação moral para a ação – sem, no entanto, excluí-la –, em vista das já referidas sobrecargas depositadas sobre a moral nas sociedades pós-tradicionais. Lado outro, o direito legítimo tem aptidão para promover eventuais limitações à esfera da liberdade jurídica dos sujeitos, através da *imposição de condutas moralmente relevantes*²⁶, sem que isso possa ser objeto de legítima escusa em um ordenamento jurídico democrático, justamente pelo fato de que, enquanto pessoa de direito, os indivíduos se consideram autores das mesmas regras de direito das quais são destinatários.

Nestas condições, o argumento central desta dissertação é o de que a partir da reconstrução dos sistemas de direitos levada a efeito por Habermas em “Direito e Democracia”, o direito, com recurso à coerção jurídica, teria o escopo de estabelecer obrigações de cooperação entre os sujeitos, dando ensejo a uma espécie de “lealdade procedimental”²⁷ capaz de promover a integração social mesmo em relações nas quais predominam os domínios de ação orientados pelo sucesso. Isto, entretanto, não implica a superação dos problemas oriundos da íntima relação entre a forma jurídica e os imperativos do sistema econômico capitalista, tampouco da origem das normas de direito positivo em meio à burocracia estatal.

Assim, não se pretende sustentar – tal qual possa parecer em primeira análise - que as normas de direito democraticamente estabelecidas representem, por si só, a solução para os problemas de integração social nas sociedades pós-tradicionais. Busca-se apenas defender o argumento que no paradigma procedimental²⁸, o direito positivo *também* pode cumprir tal função, pois, justamente por ser destituído de conteúdos previamente dados, não mais

²⁵ DUTRA, Delamar José Volpato. *Razão e consenso em Habermas: teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*. 2. Ed. Revista e ampliada. Florianópolis: Editora da USFC, 2005, p. 215

²⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 255-256.

²⁷ PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 146

²⁸ De acordo com Flávio Beno Siebeneichler o paradigma procedimental está associado à ideia de Habermas de que “o processo democrático é legítimo, porque está apoiado no princípio do discurso, o qual assegura o caráter discursivo à formação da vontade política da opinião e da vontade dos cidadãos, possibilitando a livre flutuação de temas, de contribuições, de informações e de argumentos. Permite, deste modo, fundamentar a “suposição falibilista” de que os resultados obtidos de acordo com tal procedimento podem ser tidos como mais ou menos racionais e, por conseguinte, aceitáveis. Noutras palavras, a racionalidade procedimental emigra para o direito, onde ela constitui a única dimensão na qual se pode atribuir ao direito positivo um momento de aceitabilidade racional, de validade e de indisponibilidade, a qual ultrapassa o nível das meras contingências factuais tocando em aspectos morais”. SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Uma filosofia do direito procedimental. In: *Revista Tempo Brasileiro, jul-set. – n° 138*, p. 153-172. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

consiste, de *per se*, em mera institucionalização da economia capitalista, à medida que está submetido a processos nos quais se manifesta a autonomia pública dos cidadãos e, com isso, está sujeito à diferentes especificações.

A afirmação da potencialidade do direito positivo também se baseia em passagens de “Direito e Democracia” nas quais Habermas afirma que, em determinadas circunstâncias, o direito pode suscitar comportamentos relevantes do ponto de vista moral, sobretudo quando traduzido em normas de caráter procedimental²⁹.

Elucidar de que forma ocorreria esta indução da integração social por meio das normas de direito positivo – e a noção mesma de integração social que se desenvolve através do direito –, e de que maneira ele se enquadra nos objetivos teoria discursiva do direito habermasiana, consiste no objetivo visado por esta dissertação que, para alcançar este intento, antes perpassará os seguintes momentos: (i) expor o princípio da democracia enquanto institucionalização do princípio do discurso, indagando-se sobre sua suficiência para a garantia de legitimidade do direito através da adequação do sistema jurídico a formas de vida moralmente justas, de maneira a mediar o risco do dissenso nas sociedades pós-tradicionais; (ii) esclarecer a função cumprida pelo direito enquanto complemento de eficácia para a moral, e com isso verificar as consequências do maior nível de complexidade do direito em relação à moral para a mediação dos interesses veiculados em relações de natureza primordialmente econômica. Estes questionamentos, aliás, antecipam a estrutura deste trabalho, do primeiro ao terceiro capítulo respectivamente.

Seguindo estas diretrizes, o *primeiro capítulo* tratará de apresentar a teoria discursiva do direito de Habermas, com maior destaque para as peculiaridades advindas do estabelecimento de um paradigma procedimental para o direito, através da união entre o princípio do discurso e a forma jurídica, que resulta no princípio da democracia³². Em meio à este esforço de reconstrução do procedimentalismo habermasiano, será possível articular questões relevantes para a verificação da plausibilidade da hipótese condutora desta dissertação, como a particular forma de entrelaçamento entre autonomia privada dos sujeitos de direito e autonomia pública dos cidadãos para oferecer uma possível resposta ao problema da legitimidade do direito a partir da legalidade. Por conseguinte, será possível avançar na defesa do argumento de que o direito positivo, na medida em que resulta dos processos de

²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 255.

³² Ibid., p. 142.

formação da opinião e da vontade encampados pelos próprios destinatários das normas, tem aptidão para estabelecer limitações legítimas à liberdade jurídica dos sujeitos compreendida em um sentido puramente individualista.

Na mesma esteira, a exposição da maneira pela qual Habermas pleiteia a legitimidade para as normas de direito – superando de um lado o jusnaturalismo e de outro o positivismo -, oferecerá a oportunidade para sustentar que o direito positivo não mais constitui - como ocorria com o direito privado burguês - um “domínio jurídico sistematicamente fechado e autônomo”³³, previamente dado para a veiculação e proteção de interesses de grupos específicos, pois, já com o advento do Estado Social ocorreu a perda da “precedência material do direito privado, que veio selar a dissolução concreta de uma ‘sociedade de direito privado’”³⁴. Além disso, com a tese da cooriginariedade entre autonomia pública e privada, Habermas ainda retira das normas de direito os problemas de legitimação inerentes ao processo de materialização ocorrido no seio do Estado de Bem-estar Social. Desta forma, pode-se afirmar que o direito positivo, no contexto de “Direito e Democracia”, não está isolado dos objetivos da teoria discursiva do direito, constituindo, a rigor, uma das ferramentas a partir da qual estes podem ser alcançados.

Ao defender esta proposta, não se ignora que a autonomia privada e o direito positivo estão em níveis distintos da teoria discursiva do direito. A primeira se encontra em uma dimensão teórico-reconstrutiva, ao passo que as normas de direito ostentam qualidade de potenciais produtos do amálgama entre autonomia pública e privada. Não se desconsidera, portanto, que para se manter coerente à reconstrução do sistema de direitos, Habermas apenas pode apresentar o direito positivo tal qual existente, na condição de diagnóstico e que, por este motivo, mesmo a proposta de uma concepção estritamente procedimental do direito implicaria a antecipação do conteúdo das normas de direito em momento prévio ao exercício da autonomia privada, o que teria o condão de substancializá-la.

Entretanto, se sustenta que diante do processo de modernização social que acarretou a diferenciação dos subsistemas da economia e do poder, com o conseqüente avanço destes sobre o mundo da vida, para nosso autor, a contenção dos efeitos patológicos deste processo está associada ao desenvolvimento de setores do direito que se destinam a atuar como meios de controle nos contextos de ação estruturados formalmente e de modo não linguístico, o que

³³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume II*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997b, p. 132.

³⁴ *Ibid*, p. 132.

poderia inclusive desencadear aspectos positivos que possam decorrer da ancoragem de tais esferas nas estruturas informais do mundo da vida e do agir comunicativo³⁵.

No *segundo capítulo* será desenvolvida com maiores detalhes a relação entre direito e moral na teoria do direito habermasiana, com maior atenção para o complemento de eficácia proporcionado pelo primeiro ao segundo dos sistemas. Outras configurações e arranjos que envolvem o direito e a moral na obra do autor - como a relação de cooriginariedade - terão menor destaque neste momento, uma vez que serão objeto de análise no primeiro capítulo desta dissertação. A proposta consiste em demonstrar de que maneira o direito é capaz cumprir a função de integração social, “depois que a substância normativa de um *ethos* ancorado em tradições metafísicas e religiosas passa pelo crivo de fundamentações pós-tradicionais”³⁶.

Para tanto se explicitará a concepção de *liberdade jurídica* que decorre da separação entre direito e moral. Tal separação, ao mesmo tempo, libera os sujeitos da motivação moral para a ação e abre espaço para o agir estratégico, haja vista que o único referencial plausível para a validação das ações - em sociedades pós-tradicionais e altamente complexas - é o da conformidade ao direito³⁷. Um segundo desdobramento da racionalização do mundo da vida é a assunção de funções de integração social pelo sistema jurídico, diante das sobrecargas que impedem a moral de alcançar a efetividade esperada na coordenação da ação, sendo neste ponto complementada pelo direito, que possui a seu favor o poder fático de coerção³⁸.

Assim, se por um lado a liberdade jurídica exige os sujeitos do agir comunicativo (possibilitando ações por motivos exclusivamente estratégicos), por outro, de acordo com a proposta apresentada em “Direito e Democracia” o direito, com recurso à coercibilidade, coloca-se como o único referencial prático com eficácia para a orientação das ações a nível intersubjetivo, compensando as fraquezas cognitivas, motivacionais e organizatórias da moral nas sociedades contemporâneas³⁹. Some-se isso ao fato de que para Habermas os “argumentos em prol da legitimidade do direito devem ser compatíveis com os princípios morais da justiça e da solidariedade universal”⁴⁰, e será possível articular o argumento de que as normas de

³⁵ Aliás, defende-se aqui que esta é uma possibilidade vislumbrada por Habermas já na “Teoria do Agir Comunicativo” ao diferenciar as atuações do direito na condição de meio ou instituição.

³⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 133.

³⁷ *Ibid.*, p. 132.

³⁸ *Ibid.*, p. 149.

³⁹ *Ibid.*, p. 149.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 133.

direito instituem um *nível abstrato* de solidariedade “por meio de procedimentos regulados juridicamente”⁴¹.

Esta noção abstrata de *solidariedade* será desenvolvida com maior especificidade no *terceiro capítulo* deste trabalho, momento em que se buscará conectar de modo coerente as construções realizadas nos capítulos anteriores de modo a estabelecer o papel desempenhado pelo direito positivo como instrumento de promoção da integração social em um paradigma procedimental. Esta proposta atrai uma espécie de ônus argumentativo acerca do conceito de *integração social*, tendo em vista a aparente incompatibilidade desta categoria com uma concepção instrumental da ação induzida pela coerção jurídica. Isso porque, uma perspectiva mecanizada da ação, encapsulada pelo direito, estaria em contrariedade com os próprios pressupostos do agir comunicativo e da ética discursiva, que visam a manutenção da integridade da rede social a partir da promoção do bem-estar de companheiros em uma forma de vida intersubjetivamente compartilhada⁴².

Contudo, a argumentação a ser desenvolvida parte da premissa de que não há contradição entre uma concepção mais orgânica (desenvolvida na esteira do agir comunicativo) e outra mecanizada da integração social promovida pelo direito, mas sim uma complementaridade entre estas duas perspectivas, haja vista que diante do alto grau de complexidade das sociedades contemporâneas e da diluição das referências éticas para a ação, torna-se cada vez mais difícil alcançar um nível de compartilhamento intersubjetivo das formas de vida que permita falar na existência de obrigações de cooperação em sentido substancial. Nessas condições, a primeira das noções de integração social é minimamente garantida pelo reconhecimento mútuo dos parceiros de direito de uma determinada comunidade no processo político e jurídico de concretização das iguais liberdades subjetivas de ação, uma vez que “o processo de realização do direito está inserido em contextos que *também* colocam justamente os discursos de autocompreensão ética como componente importante da política”⁴³, imersão esta que diz respeito a “discussões sobre uma concepção comum do bem e sobre a forma de vida desejada, reconhecida como autêntica”⁴⁴.

Com isso, se defende que ao afirmar que o direito consiste em instrumento promotor da integração social nas sociedades modernas, Habermas não sustenta nem que tal concepção de integração social independe completamente dos elementos prático-morais

⁴¹ PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 146.

⁴² *Ibid.*, p. 134 – 135.

⁴³ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2018 p. 363 – 364, *itálico* nosso.

¹ *Ibid.*, p. 364.

intersubjetivamente compartilhadas pelos parceiros de direito de determinada comunidade política, nem que o direito seria estrita e absolutamente neutro com relação à elementos éticos. Afirma-se apenas que a busca de deveres de cooperação por razões morais (internas), independentemente da coerção jurídica, está em contrariedade com a tese da racionalização do mundo da vida formulada pelo próprio autor e com a diferenciação por ele promovida entre a moral (como sistema de saber) e o direito (como sistema de saber e sistema de ação)⁴⁵, de modo que a defesa de um paradigma substancialmente ético ou moral para o direito se afiguraria como um retrocesso normativo e, sobretudo, sociológico em relação à esta categoria (direito).

Logo, sob as condições das sociedades pós-tradicionais, a cooperação entre os sujeitos concretiza-se apenas em sentido procedimental, ou seja, através de procedimentos cuja observância se torna obrigatória em função da coerção jurídica. Isso é viabilizado à medida que as normas de direito obtêm legitimidade do próprio procedimento de sua produção, por meio do qual os destinatários se colocam ao mesmo tempo na condição de autores do direito. Assim, mesmo as potenciais restrições à autonomia privada dos sujeitos se tornam racionalmente aceitáveis e passam a ser consideradas limitações legítimas das respectivas liberdades jurídicas. E é deste esforço de conciliação que se origina o entendimento de acordo com o qual há uma contradição *apenas aparente* entre integração social e a liberação das obrigações comunicativas realizada pelo direito.

Para colocar a questão em termos habermasianos, articula-se o argumento de que há uma *tensão entre liberdade jurídica e integração social* que se manifesta no interior do direito, tensão esta que será gradativamente abordada ao longo de todo o presente texto, como uma espécie de fio-condutor do raciocínio desenvolvido.

Com base nesta perspectiva, se argumenta que nos termos da teoria discursiva de Habermas, o direito - ainda que viabilize e concretize a defesa e exercício de interesses particulares, egoísticos -, ao mesmo tempo em que se libera os sujeitos dos motivos morais para ação, impede que estes alcancem seus objetivos de maneira estritamente estratégica e em completa desconsideração pelo outro. Isso porque o direito, apoiado na legitimidade de suas prescrições, é capaz de impor aos sujeitos a observância de procedimentos capazes de cercar

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 150.

comportamentos assimétricos, mesmo a partir de regras destituídas de conteúdo eminentemente moral⁴⁶.

Tal argumento, no entanto, está alocado em um nível de reconstrução interna dos sistemas de direitos e é colocado em termos exclusivamente normativos, permanecendo aberto o questionamento acerca das possibilidades concretas de estabilização desta tensão entre liberdade jurídica e integração social em ordens democráticas efetivamente estabelecidas, o que será abordado na seção final desta dissertação.

Esta pergunta pela possibilidade da estabilização da tensão acima referida também em âmbito externo é estruturada através de um tema bastante presente nas teorias social e do direito de Habermas, a saber, as constantes ameaças direcionadas pelos meios do dinheiro e do poder aos meios de integração social.

Nesta esteira, os bloqueios à efetivação das potencialidades integradoras do direito desenvolvidas em termos normativos, serão expostos com exemplos específicos do caso brasileiro, com o cotejo de exemplos empíricos de fraturas nos próprios processos de produção do direito que inviabilizam o estabelecimento de procedimentos capazes de dissolver assimetrias vigentes no âmbito das relações econômicas. Estes déficits de legitimidade⁴⁷, entretanto, ao mesmo tempo em que podem trazer à lume a fragilidade do direito enquanto instrumento de integração social, podem ratificar a argumentação desenvolvida ao longo do trabalho, no sentido de que a legitimidade do processo democrático de legislação é condição de possibilidade da realização de tal função pelas normas de direito positivo.

Dadas estas considerações sobre a estrutura e as premissas adotadas para a elaborações do presente estudo, é relevante esclarecer que a presente pesquisa, tal qual antecipado nas linhas anteriores, teve como norte a obra “Direito e Democracia”, publicada originalmente no ano de 1992 (*Faktizität und Geltung*). Os comentadores cotejados ao longo do texto também tiveram suas obras publicadas no Brasil, de modo que se buscou, tanto quanto possível

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 55 – 56.

⁴⁷ Fala-se em *déficit de legitimidade* pois se está diante de fraturas no funcionamento das instituições que não são compreendidas pelo senso comum político como espécies de disfunções sistêmicas que demandem a reconstruções das agências políticas. Por este motivo, de acordo com Nancy Fraser – ao reconstruir e atualizar o diagnóstico habermasiano sobre a(s) crise(s) de legitimação que surgem no capitalismo -, tais déficits não implicam na mobilização da esfera pública política no sentido de se opor ao esvaziamento dos poderes públicos e, com isso, não atingem as mediações entre sistema e munda da vida, sendo este o motivo pelo qual não configuram ainda uma crise propriamente dita. FRASER, Nancy. Crise de legitimação? Sobre as contradições políticas do capitalismo financeirizado. In: *Cadernos De Filosofia Alemã: Crítica E Modernidade*. Tradução de José Ivan Sousa Filho, 23(2), p. 153-188.

seleccioná-las de acordo com a pertinência ao tema deste trabalho. Outros autores da filosofia política e do direito foram abordados apenas na medida em que constituem referências para Habermas, ou estabeleçam diálogos com a sua teoria discursiva do direito. Esta delimitação foi proposital, visando indicar que os argumentos ora articulados possuem coerência e amparo teórico no pensamento jusfilosófico habermasiano.

2 A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DAS NORMAS DE DIREITO POSITIVO

A proposta deste capítulo é a reconstrução do estatuto do direito na filosofia política de Habermas até seu ponto culminante em “Direito e Democracia”, com a proposição da teoria discursiva do direito, que constitui a base sobre a qual se sustenta a argumentação desenvolvida no curso desta dissertação. Antes, porém, será exposta a posição adotada pelo autor no momento prévio à sua virada jurídica, o que possui relevância para este trabalho à medida que no referido período há a prevalência de uma posição depreciativa do direito, como condição para a institucionalização da economia capitalista⁴⁸.

Em um primeiro momento, portanto, será reconstruído o caminho percorrido por Habermas para justificar a passagem de uma concepção que tem o direito como estrutura da sociedade capitalista, para um estágio em que o direito é apresentado como solução funcional para os problemas de integração social que decorrem da diferenciação dos sistemas da economia e da burocracia, com as interferências e ameaças por eles direcionadas ao mundo da vida através dos meios do poder e do dinheiro⁴⁹.

Posteriormente, adentrar-se-á na teoria discursiva do direito propriamente dita, com o escopo de demonstrar de que forma Habermas constrói uma teoria do direito que está para além do jusnaturalismo e do positivismo, superando ambos os paradigmas com uma proposta procedimental que se destina a expor a maneira pela qual a legitimidade pode surgir da legalidade.

Para que este empreendimento seja integralmente cumprido, acrescenta-se ao capítulo uma última seção destinada a explicitar, a nível teórico, o equilíbrio entre autonomia privada e pública que decorre da proposta procedimental habermasiana, capaz de estabilizar a tensão entre a facticidade da imposição do direito positivo e a legitimidade por ele pretendida. Aliás, é desde esta perspectiva que se defende que o direito positivo pode se afigurar produto legítimo do processo democrático de legislação e não mais como mero epifenômeno da economia capitalista, sendo apto à promoção da regulação de ações orientadas pelo sucesso no âmbito de relações econômicas, em prol da integração social.

⁴⁸ PINZANI, Alessandro. A função do estado em Habermas: da perspectiva marxista às críticas de Streeck. In: *14º Colóquio Habermas e 5º Colóquio de Filosofia da Informação*, 18-20 de setembro de 2018, Rio de Janeiro, Brasil; organizado por Clóvis Ricardo Montenegro de Lima. Rio de Janeiro: Salute, 2018.

⁴⁹ NEVES, Marcelo. Do consenso ao dissenso: O Estado democrático de Direito a partir e além de Habermas. In: *Democracia hoje: novos desafios para a teoria da democracia contemporânea*. Organizador: Jessé de Souza. Brasília: Editora da UNB, 2001, 113.

2.1 DA CRÍTICA AO DIREITO COMO ESTRUTURA DA SOCIEDADE CAPITALISTA À TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO

Esta seção foi desenvolvida com o objetivo de reconstruir o estatuto do direito na obra habermasiana para, a partir de então, identificar as características e a função a ele atribuída por nosso autor desde as principais obras filosófico-políticas que precederam “Direito e Democracia”, até os primeiros apontamentos para a proposição de uma teoria discursiva do direito. Em meio a este empreendimento, será possível observar a transição habermasiana de uma postura crítica frente ao direito, inicialmente compreendido como epifenômeno da sociedade capitalista, para a identificação de aspectos institucionais relevantes no direito moderno, especialmente no que se refere à mediação entre sistema e mundo vida, o que oferecerá base para a defesa da potencialidade de atuação do direito não apenas como meio, mas também como instituição.

Por fim, somados tais desenvolvimentos aos pressupostos do agir comunicativo e à - cada vez mais patente - demanda por legitimidade das normas de direito positivo, a passagem para a teoria discursiva do direito ficará cada vez mais clara, anunciando o que estaria por vir na obra de 1992.

2.1.1. O direito nas obras anteriores a “Direito e Democracia”

Enquanto campo teórico⁵⁰ que se constitui de modo vinculado ao marxismo, a Teoria Crítica sempre foi reconhecida pela posição restritiva que seus autores manifestam em relação ao direito. Portanto, a tendência é de que, na esteira da crítica marxista ao direito, este fosse considerado mero complemento de eficácia para a moral burguesa, que institucionaliza uma forma de ação para sujeitos que calculam suas ações a partir de sua individualidade, como condição necessária para o funcionamento da lei do valor⁵¹. Entendimento este que é ratificado pela constatação de que os conceitos de igualdade, liberdade e autonomia fornecem base para a circulação de riquezas a partir da celebração de contratos que, porém, nem sempre contém uma igualdade substancial correspondente⁵².

⁵⁰ NOBRE, Marcos. *A Teoria Crítica*. 1.ed. Rio de Janeiro, RJ: Zahar, 2004, p. 22.

⁵¹ PASHUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Tradução por Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

⁵² *Ibid.*, p. 134.

Seguindo essa tradição, nos principais escritos políticos que precederam a sua virada jurídica⁵⁷, e mesmo anteriormente à publicação da “Teoria do Agir Comunicativo”, Habermas se posiciona de maneira crítica em relação ao direito. Em “Mudança Estrutural da Esfera Pública” (1962), por exemplo, o diagnóstico oferecido pelo autor é de uma esfera privada que se emancipa das diretrizes dos poderes públicos e se privatiza segundo abstratas leis da troca capitalista, sancionadas pelo direito civil⁵⁸. Nas palavras do autor, com o direito civil burguês, “desenvolve-se um sistema de normas que assegura uma *esfera privada em sentido estrito*, ou seja, o intercâmbio de pessoas privadas umas com as outras progressivamente liberado das imposições estamentais e estatais”⁵⁹.

Com efeito, o direito é interpretado como uma das principais ferramentas através das quais o capitalismo concorrencial impõe sua lógica não apenas no âmbito do trabalho e do consumo estritamente considerados, mas às próprias formas de vida então vigentes, instituindo uma espécie de privatismo fundado na figura abstrata do sujeito de direito capaz de agir autonomamente no mercado, seja adquirindo e alienando bens, seja vendendo sua força de trabalho⁶⁰.

Esta concepção funcionalmente indigesta do direito, na forma de instrumento do sistema capitalista de troca entre proprietários, volta a ser abordada no texto sobre a crise de

⁵⁷ A referida virada jurídica de Habermas remete ao período iniciado a partir da metade dos anos oitenta, quando nosso autor iniciou um projeto de pesquisa com previsão de duração de cinco anos, durante os quais se confrontou “com as questões e os autores mais relevantes da teoria jurídica contemporânea e desenvolveu sua própria teoria do direito, exposta no livro *Direito e democracia*. Considera-se que esta obra marca a redescoberta da filosofia do direito e do Estado por parte da Teoria Crítica e representa ao mesmo tempo uma importante virada no pensamento de Habermas – uma virada que fora preconizada já nas *Tanner Lectures* sobre ‘Direito e moral’ que Habermas ministrou na universidade de Harvard em outubro de 1986 [...]”. PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009, p.24. Merece referência ainda o texto “Soberania popular como processo”, também produzido neste período e que inclusive compõe a tradução Brasileira da obra de 1992, como um dos estudos preliminares.

⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: Investigação sobre uma categoria de esfera pública burguesa*. Tradução e apresentação de Denilson Luís Werle. São Paulo: UNESP, 2014, p. 210 a 212. É neste sentido que Habermas afirma o seguinte: “A concepção de negócio jurídico como contrato fundamentado na livre declaração de vontade é copiada do processo de troca entre proprietários de mercadorias em livre concorrência. Ao mesmo tempo, um sistema de direito privado que, em princípio, reduz as relações que as pessoas mantêm umas com as outras a relações de contrato privado estabelece como padrão as relações de troca que se produzem segundo as leis da livre circulação do mercado. *Ibid.*, p. 213 – 214.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 214, grifo nosso.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 217. Contudo, se destaca que já em *Mudança Estrutural*, Habermas chama a atenção para o fato de que o capitalismo concorrencial constituiu apenas uma das fases do sistema econômico capitalista. Tanto é assim que, anos depois (1971), o autor formula a sua principal tese acerca do capitalismo, a saber, a de que o acirramento das tensões entre as classes no capitalismo liberal, conduziu à assunção de funções de estabilização do capital pelo Estado, com o que surge o capitalismo administrado, que se manifesta, sobretudo, na figura do Estado de Bem-estar Social, cujas ordenações voltadas ao âmbito privado, em parte implicam a indução da apatia política nas democracias contemporâneas. HABERMAS, Jürgen. Técnica e ciência como ideologia. In: *Benjamin, Habermas, Horkheimer, Adorno: textos escolhidos*. Traduções de José Lino Grünwald. São Paulo: Abril, 1980, p. 313-343.

legitimação no capitalismo tardio, em que Habermas chega a afirmar o seguinte: “the social power of the capitalist is institutionalized as an exchange relation in the form of the private labor contract”⁶¹. E ainda: “The market secures for the owners of the means of production the power, sanctioned in civil law, to appropriate surplus value and to use it privately and autonomously”⁶².

Mais tarde, quando da publicação de “Para a Reconstrução do Materialismo Histórico”⁶³, ao se referir especificamente ao processo evolucionário do direito moderno⁶⁴, a reflexão de Habermas em relação ao direito é no sentido de que “seu núcleo é a garantia institucional da propriedade com as garantias conexas da liberdade de contrato, direito de comércio e direito de herança”⁶⁶. Além disso, o autor indica que nesse período vige uma concepção puramente privatista da autonomia privada, relacionando-a à esfera de liberdade juridicamente sancionada, contra a intervenção estatal nas ações individuais empreendidas para o intercâmbio econômico⁶⁷.

Na “Teoria do Agir Comunicativo”, ainda que o direito seja apresentado em alguns arranjos um tanto distintos da crítica ao capitalismo, Habermas ainda não se arrisca a avançar para uma defesa teórica do estatuto do direito, apresentando-o na condição de diagnóstico de tempo.

O primeiro destes diagnósticos dá conta das características do direito moderno e da função por ele cumprida após o processo de modernização social (e diferenciação funcional), que tem a universalização dos valores e das normas de direito (consequências da passagem

⁶¹ HABERMAS, Jürgen. *Legitimation crisis*. Translation by Thomas McCarthy. Boston: Beacon, 1975, p. 25.

⁶² *Ibid.*, p. 26.

⁶³ Nesta obra, para além de um diagnóstico que associa a forma do direito aos imperativos da economia capitalista, Habermas avança de maneira mais clara a hipótese de que o direito moderno incorpora estruturas da consciência pós-convencional e, por este motivo, a sua racionalidade passa a ser dependente de uma racionalidade normativa, que implica a demanda por justificação das normas de direito. HABERMAS, Jürgen. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. Tradução de Rúrion Melo. São Paulo. Editora da Unesp, 2016, p. 374.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 365 – 376.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 368.

⁶⁷ Na referida obra, Habermas deixa transparecer que o direito ainda está associado à esta concepção equivocada da autonomia privada (em comparação com a sua proposta em *Direito e Democracia*), mesmo quando tematiza as principais características estruturais do direito moderno (positividade, legalidade e formalidade), as quais permanecem praticamente intactas após a virada jurídica de nosso autor: “Os três aspectos estruturais acima mencionados se relacionam ao modo da validade e da positivação do direito, aos critérios de penalidade e ao modo de sanção, finalmente ao tipo de organização da ação jurídica. Eles definem um sistema de ação no qual se *pressupõe* que todos os membros do sistema se comportam de maneira estratégica na medida em que, em primeiro lugar, sancionam as leis como públicas, mas a qualquer momento obedecem convenções legitimamente alteráveis, na medida em que, em segundo lugar, sem considerações éticas, perseguem seus interesses e, em terceiro lugar, segundo estas orientações de interesse, tomam as melhores decisões possíveis no quadro de leis válidas (isto é, tendo em vista as consequências jurídicas calculáveis); supõem-se, em outras palavras, que *utilizam sua autonomia privada de maneira racional com respeito a fins*. *Ibid.*, p. 372

para o estágio pós-convencional da consciência moral) como uma de suas facetas, e a fragmentação do agir comunicativo - com a correspondente orientação da ação a partir de normas jurídicas independentes da moral - como outro desenvolvimento importante, ainda que não necessariamente emancipatório⁶⁸.

Neste momento, nosso autor está focado, sobretudo, na íntima relação entre o direito e os meios do dinheiro e do poder, característicos dos subsistemas da economia capitalista e da administração burocratizada, capazes de subverter as estruturas do mundo da vida simbolicamente estruturado⁶⁹. Neste sentido, a tese de Habermas é a de que, com a racionalização do mundo da vida, o direito foi completamente separado dos elementos tradicionais e metafísicos com aos quais estava imbricado nas sociedades pré-modernas.

Isso quer dizer que agora a validade do direito não está mais atrelada ao sagrado ou a um complexo de crenças ou valores de uma determinada comunidade, destacando-se por sua *positividade*, intrinsecamente atrelada aos processos formais de sua instituição. Conseqüentemente, tem-se não só um direito estritamente formal que não depende mais da moral para se legitimar, mas, sobretudo, ao nível da ação, ocorre a liberação dos motivos morais, autorizando-se ações fundadas em cálculos estratégicos permitidos diante da estrutura formal das normas jurídicas, cuja efetividade é garantida pelo seu aspecto coercitivo⁷⁰.

Para os fins deste trabalho este diagnóstico é relevante na medida em que por meio dele Habermas pode afirmar que o direito moderno, justamente por ser dotado desta neutralidade do ponto de vista ético, constitui - além de uma instituição que liga os mecanismos sistêmicos do poder e do dinheiro ao mundo da vida⁷¹ - um *meio de controle* capaz de viabilizar o intercâmbio econômico despolitizado e com isso garantir a previsibilidade do comércio privado⁷².

⁶⁸ Trata-se de diagnóstico formulado no capítulo VI Teoria do Agir Comunicativo (Segunda consideração intermediária: sistema e mundo da vida), que tem como tema, especialmente a disjunção entre sistema e mundo da vida, que leva Habermas a afirmar o caráter paradoxal do processo de modernização social, que ao mesmo tempo em que libera os sujeitos e as sociedades das visões metafísicas de mundo e das formas tradicionais de dominação política, possibilitando o seu desenvolvimento pleno, abre espaço para a submissão destes aos imperativos sistêmicos típicos da economia capitalista e da administração burocratizada, haja vista o desengate entre reprodução social e a moral pós-tradicional, que acarreta a reprodução do mundo da vida através de ações neutras do ponto de vista ético, desconectadas do agir comunicativo e caracterizadas por considerações puramente instrumentais ou estratégicas, direcionadas ao êxito da dominação política ou econômica ou ao sucesso individual. HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo, volume II: sobre a crítica da razão funcionalista*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016b, p. 576.

⁶⁹ Ibid., p. 316.

⁷⁰ Ibid., p. 315-316.

⁷¹ Ibid., p. 301.

⁷² Ibid., p. 302.

Trata-se, portanto, de uma visão do fenômeno jurídico que, embora não seja estritamente negativa - quando este é posicionado como desenvolvimento do processo de modernização social, cuja origem se afigura como decorrência inescapável da diferenciação funcional do subsistema econômico em relação às estruturas do mundo da vida -, por outro lado, o qualifica como *meio* de institucionalização do sistema econômico capitalista que propicia as condições para a infiltração dos respectivos imperativos nas estruturas de reprodução cultural, integração social e socialização⁷³, o que pode desaguar em desenvolvimentos patológicos⁷⁴, especialmente porque o direito institucionaliza uma “esfera de concorrência permanente entre pessoas privadas que agem estrategicamente”⁷⁵.

Por este ponto de vista o direito seria um epifenômeno da sociedade capitalista, a qual chega a ser denominada por Habermas de sociedade do direito privado (antes dos movimentos de materialização desencadeados com o advento do Estado Social), e que instrumentaliza a ancoragem da relação de trocas entre proprietários privados (sistemicamente orientado) no sistema de trabalho social (simbolicamente reproduzido), o que desencadeia consequências reificantes⁷⁶. Ou seja, o direito neste momento está longe de ter um valor normativo para Habermas, vez que neste momento o autor não se propôs a realizar uma reconstrução normativa do sistema de direitos, tal qual empreendida em “Direito e Democracia” (1992).

2.1.2 Dos apontamentos iniciais para uma teoria discursiva do direito

Ainda na “Teoria do Agir Comunicativo”, Habermas formula outro diagnóstico relativo ao direito, este relacionado com o processo de *juridificação* das relações sociais, que demarca em certo sentido os limites entre sistema e mundo da vida, constituindo um

⁷³Neste sentido, Habermas afirma que “surge ao lado da economia diferenciada pelo ‘dinheiro’, um sistema de ação neutralizado eticamente. E tais instituições de primeira ordem, garantidas juridicamente, transladam *diretamente* o sistema do trabalho social para normas de direito civil. E, à medida que as ações são coordenadas pelo dinheiro, que consiste em um meio não linguístico, as interações reguladas por normas se transformam em transações entre sujeitos de direito privado, que se orientam pelo sucesso”. HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo, volume II: sobre a crítica da razão funcionalista*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016b, p. 321.

⁷⁴Fala-se aqui das patologias da perda de sentido, anomia ou alienação, indicadas por Habermas como possíveis desenvolvimentos do processo de modernização social. Ibid., p. 257 a 259.

⁷⁵Ibid., p. 322.

⁷⁶Esta posição de Habermas frente ao direito privado fica clara quando o autor afirma que “o sistema de trocas que fluem através de meios dá origem a um terceiro nível de relações funcionais e sistêmicas, que se transformam em subsistemas destituídos de sentido normativo. E estes desafiam a força de assimilação do mundo da vida. Eles se coagulam, formando uma segunda natureza, ou seja, uma *socialização livre de normas*, que pode aparecer no mundo objetivo como algo dado, como contexto vital *reificado*. A separação entre sistema e mundo da vida reflete-se no interior dos mundos da vida modernos, inicialmente como reificação”. Ibid., p. 312.

termômetro para avaliar a intensidade das interferências dos meios sistêmicos nas formas de ação integradas socialmente⁷⁷. Seguindo este raciocínio, o autor sustenta que o direito moderno constitui um campo de ação organizado formalmente, que garante o fluxo de uma forma de ação sistemicamente orientada, pois se afigura como um *meio de controle* que substituiu o entendimento linguístico na esfera da ação. Isso o leva a afirmar que em seu entender, “todas as relações sociais que surgem em subsistemas direcionados por meios são organizadas formalmente, uma vez que tais relações são *produzidas por meio do direito positivo*”⁷⁸.

Este diagnóstico é considerado relevante, pois, é através dele que Habermas esclarece, agora de modo taxativo que o direito privado constitui o meio específico para a organização e ancoragem das relações de troca no mundo da vida⁷⁹ e, desta maneira, serve à institucionalização do subsistema da economia que se deposita sobre os domínios da vida privada (família, vizinhança e associações livres) regulando as relações de troca entre o meio do dinheiro e o mundo da vida simbolicamente estruturado na forma de instituições componentes da *esfera privada*⁸⁰. As mencionadas trocas com o sistema da economia seriam realizadas entre “trabalho e salário” e entre a “demanda e oferta de bens e serviços”, delimitando os papéis sociais do trabalhador e do consumidor respectivamente⁸², fator este que tem importância para a argumentação à medida que Habermas sustenta que os referidos papéis (trabalhador e consumidor) são *constituídos* na forma do direito⁸⁴.

No entanto, o fato de constituir um meio de viabilização da troca entre o sistema da economia e o mundo da vida não faz do direito uma instituição⁸⁵ geradora de efeitos necessariamente patológicos. Estes apenas são desencadeados quando o sistema da economia é capaz de impor a própria lógica às esferas da reprodução cultural, da integração social e da

⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo, volume II: sobre a crítica da razão funcionalista*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016b, p.559.

⁷⁸ Ibid., p. 559 – 560.

⁷⁹ Isso fica claro quando Habermas afirma que as formas de ação formalmente organizadas “abrange as relações de troca e de poder que ultrapassam os limites da organização, no nível de um direito privado ou público”. Ibid., p. 560.

⁸⁰ Ibid., p. 577 – 579. Importa destacar, neste sentido, que para nosso autor “o núcleo institucional da esfera privada é constituído pela família que se especializa em tarefas de socialização, sem encargos de produção, sendo definida – na perspectiva sistêmica da economia – como entorno das economias domésticas privadas”. Ibid., p. 576 – 577.

⁸² Ibid., p. 578.

⁸⁴ Ibid., p. 578.

⁸⁵ Aqui fala-se em instituição em sentido amplo, uma vez que, no decorrer deste texto será exposta a distinção que Habermas realiza entre o direito utilizado como meio e como instituição (em sentido estrito).

socialização, o que vem a ocasionar a colonização do mundo da vida pelo sistema⁸⁶. Nestes casos, determinados componentes da vida privada – o exemplo mais utilizado por Habermas é a família - “são arrancados das estruturas simbólicas do mundo da vida – mediante redefinição monetária de fins, de relações, de serviços, de espaços e tempos de vida”⁸⁷. Porém, o mesmo não ocorre com as esferas de ação que cumprem funções econômicas e políticas, pois estas podem ser transpostas para meios de controle⁸⁸.

Aqui, Habermas está se referindo àqueles sistemas de ação, tal qual o mercado ou a burocracia estatal, cuja reprodução ocorre em termos estritamente formais, independentemente da retaguarda de elementos prático-morais e, portanto, do entendimento como mecanismo de coordenação da ação social. Isso fica evidente, quando o autor, no fim da seção relativa à retrospectiva sobre a teoria weberiana da modernidade, afirma que a “racionalização unilateral e a reificação da prática comunicativa cotidiana *não são frutos da disjunção entre formas de organização dos subsistemas controlados por meios e pelo mundo da vida*, mas da penetração de formas da racionalidade econômica e administrativa em esferas de ações que *resistem à transferência para os meios do ‘dinheiro’ e do ‘poder’*”⁸⁹.

Por este motivo, ao apresentar as *tendências de juridificação* (do Estado Burguês ao Estado Social) como exemplos empíricos da colonização interna do mundo da vida pelo sistema, Habermas defende que *apenas certo tipo de juridificação é patológico*, e assim denomina justamente aqueles processos que permitem a infiltração ou transferência dos imperativos do dinheiro e do poder para as esferas de ação estruturadas comunicativamente⁹⁰.

É neste sentido que se desenvolve a crítica habermasiana ao Estado Social, pois, embora aparentemente tenha promovido a domesticação do sistema de ações econômicas ao conciliar, através de determinações jurídicas, os processos de acumulação e as estruturas do

⁸⁶Especificamente na esfera privada a colonização ocorre quando “o sistema econômico submete a seus imperativos a forma de vida das economias domésticas privadas e a conduta de vida dos consumidores e assalariados, o consumismo e o individualismo possessivo, bem como os motivos relacionados com o rendimento e a competitividade, se transformam na força configuradora. A prática comunicativa cotidiana é racionalizada unilateralmente a favor de um estilo de vida marcado pela especialização e pelo utilitarismo; e tal mudança para orientações da ação racional-teleológicas, induzidas pelos meios provoca a reação de um hedonismo que tenta aliviar essa pressão oriunda da racionalidade”. HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo, volume II: sobre a crítica da razão funcionalista*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016b, p. 588.

⁸⁷ Ibid., p. 582.

⁸⁸ Ibid., p. 583.

⁸⁹ Ibid., p. 597, itálico nosso.

⁹⁰ NEVES, Marcelo. Do consenso ao dissenso: O Estado democrático de Direito a partir e além de Habermas. In: Democracia hoje: novos desafios para a teoria da democracia *contemporânea*. Organizador: Jessé de Souza. Brasília: Editora da UNB, 2001, 114.

mundo da vida racionalizado⁹¹, submeteu muitas esferas de ação que se reproduziam de maneira comunicativa e informal à forma do direito, propiciando as condições para que os mecanismos sistêmicos impusessem sua lógica também neste campo⁹².

Logo, as patologias da juridificação no Estado Social estão associadas à extensão sobre as esferas da vida privada de uma rede de relações clientelistas que “vem acompanhada da burocratização e monetarização de esferas centrais do mundo da vida”⁹³, ou seja, só se verificam nos casos em que as intervenções estatais, por meio do direito, promovem a desconexão dos contextos vitais dos mecanismos de coordenação do entendimento e os transfere para meios como o dinheiro e o poder⁹⁴.

Ao adotar esta perspectiva, Habermas indica que o problema da colonização interna que se desenvolve por meio dos processos de juridificação, não está tanto na forma do direito propriamente dita, mas em uma *determinada maneira de implementação*⁹⁵.

Esta posição é corroborada quando, ao diferenciar a atuação do direito como *meio* ou *instituição*, o autor defende que nos campos do direito que se destinam a organizar os subsistemas regulados por meios – que independem dos contextos normativos orientados pelo entendimento linguístico - a justiça material é impossível ou sem sentido do ponto de vista do mundo da vida⁹⁶. Para nosso autor, “aqui o direito é combinado de tal modo com os meios do dinheiro e do poder, que ele mesmo assume o papel de meio de controle. Mesmo assim, “o meio ‘direito’ continua vinculado ao *direito como instituição*”⁹⁷.

Esta diferenciação entre os distintos modos de atuação do direito pode ser sintetizada da seguinte maneira. Enquanto instituições, as normas de direito demandam justificação material e contém uma frequente demanda legitimação oriunda de conexões estabelecidas com o mundo da vida. A simples forma do direito não basta para que estas normas sejam aceitas como válidas, pois elas possuem as estruturas informais do agir comunicativo em sua

⁹¹ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo, volume II: sobre a crítica da razão funcionalista*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016b, p. 659. Em “Direito e Democracia”, nosso autor deixa ainda mais claro a “superioridade” normativa do Estado Social em relação às formas anteriores de organização estatal, defendendo que neste paradigma os direitos fundamentais migram também para o interior do direito privado, submetendo as liberdades subjetivas de ação a uma reconfiguração em termo intersubjetivos, que inclusive promove recepção de mandamentos de cooperação nesta esfera.

⁹²Na esfera privada, como já dito, o exemplo enfocado por Habermas é a família, que passa a ter as posições e papéis definidos na forma do direito, além de ser afetado por fenômenos de monetarização desta mesma estrutura, capaz de criar um certo tipo de hierarquização no interior das famílias, que já não se desenvolveriam espontaneamente.

⁹³ HABERMAS, Jürgen. Op cit., 2016b, p. 654.

⁹⁴ Ibid., p. 654.

⁹⁵ Ibid., p. 655.

⁹⁶ Ibid., p. 656.

⁹⁷ Ibid., p. 656.

retaguarda⁹⁸. Já na condição de meio, as normas jurídicas são aliviadas do peso da fundamentação, tendo sua validade garantida pela observância de procedimentos formais para a positivação, pois dizem respeito e são *constitutivas* de esferas de ação organizadas formalmente, normalmente conectadas com os meios sistêmicos eticamente neutros, como dinheiro e do poder⁹⁹.

Por esta perspectiva, faz-se plausível sustentar o argumento segundo o qual a associação do direito com os imperativos sistêmicos do dinheiro e do poder (no caso desta dissertação o maior destaque está no primeiro) não implica, de *per se*, o caráter patológico dos processos de juridificação. Além disso, nos contextos de ação estruturados formalmente e de modo não linguístico, a atuação do direito como meio de controle, poderia inclusive desencadear aspectos positivos que possam decorrer da ancoragem de tais esferas nas estruturas informais do mundo da vida. Apenas no caso inverso, com a imposição da lógica dos imperativos sistêmicos em contextos de ação previamente estruturados simbolicamente e constituídos informalmente através do agir comunicativo, como as relações familiares por exemplo, é que os processos de juridificação seriam sempre patológicos, subvertendo a lógica de reprodução da esfera privada.

Tais conclusões vêm ao encontro do diagnóstico habermasiano acerca do processo evolucionário do direito moderno, que começa a ser desenvolvido pelo autor em “Para a Reconstrução do Materialismo Histórico” e é formulado de modo mais detalhado na Teoria do Agir Comunicativo” - o que será trabalhado em seção específica desta dissertação. Para os fins deste capítulo, importa destacar que *a regulação jurídica das ações relacionadas ao sistema econômico em termos estritamente formais é vista por Habermas não só como consequência irrevogável do processo de modernização social, diante da diferenciação dos sistemas não-linguísticos da economia e do poder, mas também uma condição deste processo.*

O autor sustenta, portanto, que na medida em que o intercâmbio capitalista passa a determinar uma esfera de ação que independe de motivações éticas, “a ação estratégica se torna a forma legítima de persecução egoísta”¹⁰⁰ de interesses privados e o “direito privado civil, a partir do qual o direito moderno foi construído, é o meio organizacional para esse

⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo, volume II: sobre a crítica da razão funcionalista*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016b, p. 657.

⁹⁹ *Ibid.*, 2016b, p. 657 – 658.

¹⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. Tradução de Rúrion Melo. São Paulo. Editora da Unesp, 2016, p. 370.

domínio de ação”¹⁰¹. É justamente por esta necessidade de organização de domínios de ação formais, nos quais prevalece a ação estratégica, que o direito passa a ser estruturado de modo *positivista* (as leis se caracterizam por sua instituição em forma convencional, marcadas pela decidibilidade e alterabilidade), *legalista* (o direito define um espaço de ação neutro do ponto de vista ético) e *formal* (o espaço de ação definido juridicamente autoriza que o sujeito determine seu arbítrio em direção à satisfação de interesses segundo cálculos das possibilidades oferecidas pelo quadro de leis válidas)¹⁰². É apenas a partir desta estrutura que “o direito moderno pode preencher os imperativos funcionais de um intercâmbio econômico regulado pelo mercado”¹⁰³.

Não obstante, simultaneamente, por compreender que o direito moderno está incorporado à estruturas da consciência pós-convencionais, o autor passa a exigir explicações sobre as condições de possibilidade destas estruturas jurídicas, uma vez que são observadas segundo a lógica do desenvolvimento¹⁰⁴. Isso quer dizer que o incremento de racionalidade do direito passa a ser medido por sua racionalidade *normativa*¹⁰⁵. Ou seja, os aspectos estruturais do direito acima descritos (positividade, legalidade e formalidade) “significam que ele não pode mais viver da autoridade evidente de tradições éticas, mas necessita de fundamentação autônoma”¹⁰⁶ e, por esta razão, as normas de direito passam a ser “passíveis de crítica e carentes de justificação”¹⁰⁷ o que dá origem a uma espécie de pressão pela legitimidade do direito posto.

Com isso se verifica que ao apresentar (i) o direito moderno como consequência do processo de modernização social e conectá-lo ao desenvolvimento da consciência moral para o estágio pós-convencional, com a consequente universalização e demanda por legitimidade do direito positivo; bem como ao (ii) distinguir as diversas maneiras de atuação do direito, ora como meio, ora como instituição, promovendo a mediação das relações de troca entre sistema e mundo da vida, Habermas dá sinais daquilo que, em “Direito e Democracia” constitui a tensão fundamental a partir da qual se estrutura a teoria discursiva do direito, a saber, a tensão entre facticidade e validade.

¹⁰¹ HABERMAS, Jürgen. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. Tradução de Rúrion Melo. São Paulo. Editora da Unesp, 2016, p. 370, p. 370.

¹⁰² Ibid., p. 371.

¹⁰³ Ibid., p. 371.

¹⁰⁴ Ibid., p. 373.

¹⁰⁵ Ibid., p. 374.

¹⁰⁶ Ibid., p. 374.

¹⁰⁷ Ibid., p. 374.

2.2 PARADIGMA PROCEDIMENTAL COMO ALTERNATIVA ÀS INCONSISTÊNCIAS DO DIREITO NATURAL E DO POSITIVISMO JURÍDICO.

Ao apresentar o processo evolutivo do direito que resultou no direito moderno, bem como ao descrever as características deste, sobretudo no que se refere à pretensão de legitimidade por ele pretendida como condição de sua eficácia social, Habermas, na forma apontada na seção 2.1.2 deste trabalho, dá os primeiros indícios acerca dos fundamentos de sua teoria discursiva do direito. Isso se afirma pois, ao desvincular o direito de aspectos tradicionais e de visões metafísicas de mundo, tal qual a autoridade do sagrado - já que o direito agora se caracteriza pela sua positividade, legalidade e formalidade -, nosso autor expõe a necessidade de se buscar em outras instâncias os fundamentos da validade do direito posto, e a partir deste momento se torna relevante a tensão entre facticidade e validade¹⁰⁸.

Esta tensão é condutora das críticas formuladas pelo autor aos paradigmas do direito natural e do direito positivo, evidenciando que, enquanto os jusnaturalistas tendem a desequilibrar a balança a favor de um ideal normativo do direito, os positivistas se fecham para a necessária conexão do direito com fontes de legitimação exteriores ao fenômeno jurídico, o que Habermas busca no mundo da vida e nos pressupostos do agir comunicativo.

É também a partir da referida tensão que a seção que se segue visa enquadrar o direito positivo não mais como simples meio de institucionalização dos imperativos sistêmicos relacionados ao dinheiro e ao poder, insuscetíveis à crítica e à programação para o cumprimento de funções de integração social.

2.2.1 Tensão dentre facticidade e validade nos diferentes paradigmas do direito

Fala-se em tensão entre facticidade e validade, pois Habermas pretende situar sua teoria discursiva do direito entre a filosofia normativa, que se ocupa sobretudo da fundamentação do direito sob a perspectiva da justiça, e a sociologia do direito, mais

¹⁰⁸ A tensão entre facticidade e validade no interior do direito, por ser brevemente introduzida nos seguintes termos: “Partimos do fato de que as garantias meta-sociais do sagrado caíram, as quais tinham tornado possível a força de ligação ambivalente de instituições arcaicas e, assim, uma ligação entre facticidade e validade na própria dimensão da validade. Encontramos a solução desse enigma no sistema de direitos que provê as liberdades subjetivas de ação com a coação do direito objetivo”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 47.

preocupada com a eficácia social do direito, sobretudo para os processos de dominação política, na esteira de Weber, ou de solidariedade social, da forma colocada por Parsons¹⁰⁹.

Em outras palavras, Habermas busca reconstruir o sistema de direitos com a finalidade de conciliar os elementos normativos e funcionais, de maneira que, sem abrir mão das realizações funcionais do direito nas sociedades modernas, também não perda de vistas o engate necessário com a autonomia pública e privada dos sujeitos de direito¹¹⁰.

Ou seja, ao mesmo tempo que o direito moderno não pode deixar de fazer remissão aos pressupostos da autocompreensão normativa de uma determinada comunidade política, não se pode ignorar que ele se manifesta através de normas e instituições faticamente vigentes e que se impõem a seus destinatários através da coerção jurídica. E é justamente por este motivo que Habermas apresenta pela primeira vez, com maior ênfase em “Direito e Democracia” o direito não apenas como sistema de saber, mas, especialmente, como sistema de regras e princípios que possuem eficácia direta para ação, já perdida pela moral pós-tradicional internalizada¹¹¹.

É por esta perspectiva o que autor apresenta reservas seja em relação ao direito natural, seja em relação ao positivismo jurídico, pois, em que pese estarem localizados na ponta do processo evolucionário do direito e das sociedades modernas já diferenciadas funcionalmente e caracterizadas pela universalização dos valores¹¹², nenhum destes paradigmas dá a devida atenção ao necessário e contínuo amálgama entre a facticidade da imposição do direito e a validade por ele pretendida. Com isso se afirma, em síntese, que os jusnaturalistas valorizam de maneira exagerada e unilateral os pressupostos ideais de validade do direito fundados na abstração conceitual da autonomia moral dos sujeitos de direito¹¹³; ao passo que os positivistas são demasiadamente céticos quanto a validade do direito, reduzida que está à verificação do estabelecimento pela autoridade competente para tanto, independente da autocompreensão normativa dos respectivos destinatários¹¹⁴.

Tanto em um caso, como no outro, Habermas compreende que há desprestígio da autonomia privada e pública dos sujeitos de direito, limitados que estão, no jusnaturalismo,

¹⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 47, p. 102.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 63.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 111.

¹¹² *Ibid.*, p. 45 – 47.

¹¹³ WERLE, Denilson L; SOARES, Mauro V. Política e direito: a questão da legitimidade do poder. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 122.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 120-121.

por concepções apriorísticas acerca das normas jurídicas que independem de processos de reconhecimento recíproco pelos parceiros de direito; e no positivismo, por uma espécie de funcionalismo que vê as normas jurídicas tão somente como normas de coerção, e não simultaneamente normas de liberdades para as quais se afiguram relevantes os pressupostos normativos de sua instituição.

Nosso autor observa, entretanto, que “sociedades modernas são integradas” não somente através de valores, normas e processos de entendimento, mas também sistematicamente, através de mercados e do poder administrativo”¹¹⁵. Habermas identificou, com isso, que as posições normativas, às quais estão vinculados os teóricos do direito natural, mostram-se parciais por deixarem de observar que “dinheiro e poder administrativo constituem mecanismos de integração social formadores de sistema, que coordenam as ações de forma objetiva, como que por trás as costas dos participantes da interação”¹¹⁶. Já o funcionalismo, comum aos teóricos do sistema e aos positivistas, tende a ignorar ou simplesmente rejeitar o fato de que por estar vinculado a “uma prática de autodeterminação que exige dos cidadãos o exercício comum de suas liberdades comunicativas, o direito extrai sua força integradora, em última instância, de fontes de solidariedade social”¹¹⁷.

Esta parcialidade dos distintos paradigmas do direito constitui uma questão problemática à medida que, a ausência de equilíbrio entre facticidade e validade pode acarretar tanto a aparência de legitimidade ao poder ilegítimo, especialmente no que se refere à imposição factual dos imperativos sistêmicos do dinheiro e do poder através da forma jurídica, quanto a imposição de formas de vida pretensamente naturalizadas através do direito, especialmente aquelas associadas às posições ao liberalismo econômico e político¹¹⁸, a despeito de processos efetivos de formação da opinião e da vontade pelos cidadãos de uma determinada comunidade política.

A proposta de equilíbrio da tensão acima exposta, bem como a sua manutenção no horizonte de compreensão do direito moderno, constitui o ponto fulcral da teoria do direito habermasiana que, desta forma, não perde de vistas o aspecto funcional do direito para a coordenação da conduta em sociedades complexas e altamente diferenciadas, através da

¹¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 61.

¹¹⁶ Ibid., p. 61.

¹¹⁷ Ibid., p. 62.

¹¹⁸ É neste sentido que Habermas formula a crítica à teoria política de John Rawls que, a pretexto de estabelecer um procedimento neutro a partir do qual seja possível extrair os princípios da justiça, associa os sujeitos idealmente transportados para a posição original às convicções prévias típicas da cultura político-constitucional estadunidense. Ibid., p.83-94.

ameaça de sanções; tampouco abre mão do cumprimento dos necessários pressupostos de legitimação do exercício do poder político através do direito, o que está relacionado com a observância de processos dos quais subjaz a presunção de racionalidade das normas jurídicas¹¹⁹.

Especificamente quanto ao objeto desta dissertação, a tensão entre facticidade e validade assume relevância na medida em que o direito moderno, tido como instituição que possibilita o estabelecimento de mercados e de ambientes de ação estratégica, não pode ser concebido exclusivamente como instrumento funcional destinado à realização dos imperativos sistêmicos, haja vista que os próprios pressupostos de produção do direito e das normas jurídicas tendem não apenas a instituir, mas também programar as operações dos sistemas administrativo e econômico, conectando-as ao mundo da vida¹²⁰. Neste sentido, Habermas afirma “que o direito se interliga não somente com o poder administrativo e o dinheiro, mas também com a solidariedade”¹²¹, e desta forma “assimila, em suas realizações integradoras imperativos de diferentes procedências”¹²².

Nessas condições, este duplo aspecto do direito entre, entre facticidade e validade, associado (i) às características evolucionárias do direito moderno (positividade, legalidade e formalismo), (ii) à demanda por legitimidade e a sujeição à crítica que lhes são inerentes, e ainda (iii) às funções desempenhadas pelo direito, permite a articulação, nos termos da teoria discursiva do direito habermasiana, de uma tensão entre liberdade jurídica (dos atores orientados pelo sucesso individual e autorizados a agir estrategicamente) e a integração social (do direito enquanto complemento de eficácia para a moral e mediação entre sistema e mundo da vida) que se manifesta no interior do direito, o que será desenvolvido com maior especificidade nos próximos capítulos.

2.2.2 A proposta de Habermas para justificar a legitimidade que surge da legalidade

De acordo com o exposto acima, as normas de direito não podem encontrar justificação a partir de elementos apriorísticos e abstratos, dados previamente ao exercício do poder político, tampouco em uma simples forma de instituição do direito capaz de legitimar a

¹¹⁹ NEVES, Marcelo. Do consenso ao dissenso: O Estado democrático de Direito a partir e além de Habermas. In: *Democracia hoje: novos desafios para a teoria da democracia contemporânea*. Organizador: Jessé de Souza. Brasília: Editora da UNB, 2001, 122.

¹²⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 62.

¹²¹ *Ibid.*, p. 62.

¹²² *Ibid.*, p. 62.

dominação política. Entretanto, esta tensão entre as duas pontas das teorias normativas e empiristas até então elaboradas para explicar e fundamentar o fenômeno jurídico nas sociedades modernas é fecunda para Habermas, pois, a partir dela se estrutura a proposta de um nexos interno entre direito e política, que é colocada como sustentáculo do paradigma procedimental do direito proposto por nosso autor com o escopo de explicitar de que maneira a legitimidade pode surgir da legalidade.

Isso quer dizer que, ao mesmo tempo que o direito é imprescindível para a organização e exercício do poder político, deve também estar associado à auto-organização dos parceiros de direito de uma “coletividade limitada no espaço e no tempo, com a qual os membros se identificam e à qual eles podem imputar suas ações como partes do mesmo contexto de interação”¹²³. Assim, o poder apenas se afigura legítimo quando estiver relacionado com uma comunidade de direito e assim obtenha autorização para agir em nome do todo¹²⁴. Essa implicação entre direito e poder dá ensejo a um nexos funcional recíproco entre ambas as instâncias, de modo que se por um lado o poder organizado oferece os meios para a produção do direito através dos processos institucionais de formação da opinião e da vontade, o direito constitui um meio de organização e programação da dominação política¹²⁵.

Mais do que isso, a conexão entre a política e o direito legítimo tem o escopo de afastar o fechamento recursivo destes segundo a proposta da teoria dos sistemas. Ou seja, ao associar a legitimidade do direito - e conseqüentemente da dominação política que é exercida através dele - ao resgate argumentativo de pretensões de validade encontradas em estruturas de intersubjetividade intactas do mundo da vida e que são tematizadas através agir comunicativo, Habermas mantém um momento de indisponibilidade do direito, que não permite a superação da tensão entre a facticidade da imposição coercitiva do direito e a legitimidade por ele pretendida¹²⁶.

Com efeito, para Habermas, a resposta do questionamento acerca da possibilidade de legitimidade a partir da legalidade só pode ser encontrada em um paradigma que promova a conexão entre poder comunicativo - oriundo de instâncias extrainstitucionais da população organizada - e o poder administrativo que permite não só a legitimação, mas especialmente a

¹²³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 170.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 170

¹²⁵ FILHO, Orlando Vilas Bôas. Legalidade e legitimidade no pensamento de Jürgen Habermas. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 148.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 148.

racionalização do poder e do direito¹²⁷. E para que esta pretensão seja passível de realização nas sociedades modernas marcadamente complexas e plurais, o autor apresenta a democracia em uma concepção processual que possui uma dimensão cognitiva, exatamente por permitir a constante contestação dos fundamentos do poder pela população organizada, com o objetivo de levantar temas relevantes, articulá-los politicamente e influenciar as decisões tomadas nos contextos institucionais. Trata-se do que Habermas denomina de conexão entre centro e periferia¹²⁸.

A referida dimensão cognitiva do processo democrático diz respeito à satisfação das “condições para garantir a inclusão de todos os afectados, a transparência da deliberação e a igualdade das oportunidades de participação, assim como, em segundo lugar, de fundamentar a suposição de racionalidade dos resultados”¹²⁹. Mas isso só é viabilizado porque a política deliberativa é acoplada à esfera pública política, inserindo-se em um nexos interno com os contextos do mundo da vida¹³⁰. Assim, os mecanismos institucionais de formação da opinião e da vontade funcionam ao mesmo tempo como transformadores e como filtros das questões que são levantadas e problematizadas pela esfera pública política. Ou seja, recebem o *input* de informações tornadas politicamente relevantes pelo poder comunicativo e, obedecendo os pressupostos institucionais do jogo democrático, e oferecem o *output* na forma de conteúdos legítimos destinados a reger a convivência dos parceiros de direito¹³¹.

Neste sentido, novamente se destaca a ideia de que a legitimidade do direito não está atrelada unicamente ao seu aspecto funcional de organização da dominação política, mas, sobretudo, por sua abertura cognitiva para a esfera pública e, portanto, para processos voluntários e informais de formação da opinião e da vontade que se articulam à margem da burocracia estatal¹³². Essa abertura cognitiva, aliás, é um dos elementos essenciais à viabilização da suposição de racionalidade dos resultados dos processos de produção do direito, justamente porque estão fundados e sujeitos ao constante e sucessivo teste argumentativo das pretensões de validade, podendo a qualquer momento serem superados

¹²⁷ HABERMAS, Jürgen. Será que a democracia ainda tem uma dimensão epistémica? Investigação empírica e teoria normativa. In: *Teoria política (obras escolhidas de Jürgen Habermas, 4)*. Tradução Lumir Nahodil. Lisboa: Edições 70, 2015, p. 83.

¹²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume II*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997b, p. 97.

¹²⁹ HABERMAS, Jürgen. Op cit., 2015, p. 87.

¹³⁰ HABERMAS, Jürgen. A Soberania popular como processo. In: *Teoria política (obras escolhidas de Jürgen Habermas, 4)*. Tradução Lumir Nahodil. Lisboa: Edições 70, 2015, p. 53-60.

¹³¹ HABERMAS, Jürgen. Op cit., 1997b, p. 71.

¹³² FILHO, Orlando Vilas Bôas. Legalidade e legitimidade no pensamento de Jürgen Habermas. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 162.

diante de argumentos melhores que sejam formulados e defendidos conforme este mesmo procedimento¹³³.

Esse acoplamento com a esfera pública política garante tanto a estabilidade das instituições, ao exigir que as questões oriundas dos movimentos articulados nas camadas populacionais se submetam aos filtros institucionais da burocracia estatal, quanto o constante progresso das formas de manifestação do poder administrativo em direção a formulações mais justas e racionais, dada a necessária atenção aos processos comunicativos espontaneamente organizados no mundo da vida, inclusive por meio da resistência ativa decorrente de lutas políticas encampadas por movimentos sociais e outras formas de associação voluntárias¹³⁴.

Em síntese, a legitimidade do direito no paradigma procedimental de Habermas, está fundamentada na suposição de que os resultados obtidos de acordo com o procedimento são racionais, especialmente por serem falíveis e, portanto, passíveis de superação racionalmente motivada. Logo, “os processos e as pressupostos comunicativos da formação democrática da opinião e da vontade funcionam como a comporta mais importante para a racionalização discursiva das decisões de um governo e de uma administração vinculados à lei”¹³⁵, pois permitem que o controle do exercício do poder político não ocorra “apenas *a posteriori*, mas, de certo modo, também o *programe*”¹³⁶.

Esta suposição de racionalidade do direito, capaz de programar o poder, pode ser transportada para a programação das formas jurídicas e institucionais de controle do meio do dinheiro, o que, nos termos da teoria discursiva do direito não se estabelece apenas como uma possibilidade, mas como uma necessidade, cuja inobservância e ausência de persecução prejudicaria tanto os aspectos normativos do direito moderno (validade), quanto a sua eficácia funcional para o controle dos subsistemas sociais (facticidade), pondo em xeque a própria tensão condutora da teoria do direito habermasiana.

2.2.3 A união entre o princípio do discurso e a forma jurídica

¹³³ FILHO, Orlando Vilas Bôas. Legalidade e legitimidade no pensamento de Jürgen Habermas. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 167.

¹³⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume II*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997b, p. 95.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 23.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 73, itálico nosso.

Uma vez que está explicitada a maneira pela qual Habermas pretende superar os paradigmas jusnaturalistas e positivistas, além das concepções formais e sistêmicas do direito e da política através de um paradigma procedimental, estabelece-se de modo definitivo o processo democrático de criação do direito como “única fonte pós-metafísica da legitimidade”¹³⁷. Entretanto, cabe ainda esclarecer a origem desta força legitimadora, que nosso autor extrai da teoria do discurso. É a partir dela que se torna possível associar a democracia a procedimentos que permitem a livre flutuação de temas, contribuições, informações e argumentos capazes de assegurar o caráter discursivo da formação da vontade “fundamentando, deste modo, a suposição faliblista de que os resultados os resultados obtidos de acordo com esse procedimento são mais ou menos racionais”¹³⁸.

Esta abertura cognitiva do direito está vinculada às já expostas características do direito moderno, porém, especialmente à positividade, à qual se associam outras duas características relevantes do direito pós-metafísico, a saber, a decidibilidade e a mutabilidade. Disso decorre a conclusão de que se o direito não contém mais o apoio da autoridade do sagrado, tampouco dos referenciais éticos imutáveis que sustentavam o direito natural, deve-se passar a perquirir em outras instâncias os fundamentos de sua legitimidade¹³⁹.

Com isso, os pressupostos de legitimação do direito são renovados através dos pressupostos comunicativos que se colocam na base dos procedimentos de produção do direito, legitimando os seus resultados à medida que estes se originam em processos abertos à participação de todos, especialmente dos próprios destinatários, em condições ideais de argumentação que excluem a coerção, que não seja a do melhor argumento, ou aquela necessária para que o próprio procedimento seja observado¹⁴⁰.

Assim, diante das condições plurais das sociedades pós-tradicionais, as normas de direito são legitimadas a partir do momento em que seus destinatários possam se considerar simultaneamente autores destas. Destaca-se, entretanto, que esta condição de autor não diz respeito à satisfação da vontade substancial de cada indivíduo ou de seus respectivos grupos, mas à inclusão destes nos processos de produção do direito, por meio de oportunidades

¹³⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume II*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997b, p. 308.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 308.

¹³⁹ FILHO, Orlando Vilas Bôas. Legalidade e legitimidade no pensamento de Jürgen Habermas. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 150.

¹⁴⁰ SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Uma filosofia do direito procedimental. In: *Revista Tempo Brasileiro*, jul-set. – nº 138, p. 153-172. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999, p. 162. NEVES, Marcelo. Do consenso ao dissenso: O Estado democrático de Direito a partir e além de Habermas. In: *Democracia hoje: novos desafios para a teoria da democracia contemporânea*. Organizador: Jessé de Souza. Brasília: Editora da UNB, 2001, 122.

efetivas de participação e influências em instâncias oficiais ou extraoficiais de formação da vontade pública. Dessa forma, o direito se nutre de uma espécie de solidariedade abstrata que se concentra na figura do cidadão e, portanto, na socialização comunicativa enraizada na comunidade política¹⁴¹.

Nessas condições, outra ideia central para a teoria discursiva do direito consiste no processo de autolegislação, que diz respeito à possibilidade de que os membros de uma comunidade política venham a definir discursivamente as regras de sua convivência, atribuindo direitos mutuamente entre si, de modo a formar uma comunidade regulada pelo direito¹⁴². A validade e o conteúdo destas mesmas regras, contudo, são dependentes do esclarecimento intersubjetivo das respectivas pretensões de validade em um procedimento discursivo mediado pela razão comunicativa¹⁴³, cuja finalidade é atribuir aceitabilidade racional a seus resultados.

Assim, Habermas, seguindo o princípio do discurso, parte do pressuposto que “são válidas apenas as normas de ação com as quais todos os possíveis concernidos poderiam concordar como participantes de discursos racionais”¹⁴⁴. O princípio da democracia, constitui uma especificação do princípio do discurso para o âmbito do direito e, à diferença do princípio da moral que pressupõe universalização, estabelece que “somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar assentimento de todos os parceiros de direito, num processo jurídico de normatização discursiva”¹⁴⁵.

A diferenciação dos princípios da moral e direito se faz importante, pois, embora ambos tenham origem na fórmula geral do princípio do discurso que possibilita a fundamentação imparcial de normas¹⁴⁶, o discurso jurídico se aplica à questões éticas, políticas, pragmáticas e resultantes de negociação, uma vez que o direito não apenas está

¹⁴¹ FILHO, Orlando Vilas Bôas. Legalidade e legitimidade no pensamento de Jürgen Habermas. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 153.

¹⁴² SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Uma filosofia do direito procedimental. In: *Revista Tempo Brasileiro*, jul-set. – nº 138, p. 153-172. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999, p. 161.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 156.

¹⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*; traduzido por Felipe Gonçalves Silva e Rúrion S. Melo, São Paulo: Editora Unesp, 2020, p. 155.

¹⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 145.

¹⁴⁶ KEINERT, Maurício Cardoso; HULSHOF, Monique; MELO, Rúrion Soares. Diferenciação e complementaridade entre direito e moral. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 86.

social e temporalmente circunscrito, como também deve possuir eficácia imediata para a ação¹⁴⁷.

Isso quer dizer que o princípio da democracia “retira as condições para a formação política racional da opinião e da vontade do nível das motivações de decisões de grupos singulares e as transporta para o nível social de processos institucionalizados de resolução e decisão”¹⁴⁸, aproximando-se da realidade, mas sem perder de vistas a inevitabilidade do cumprimento dos pressupostos comunicativos da argumentação racional nestes mesmos processos de decisão, o que é garantido através da coerção jurídica¹⁴⁹.

É isso que significa a união realizada por Habermas entre o princípio do discurso e a forma jurídica, de modo a propiciar a observâncias de processos comunicacionais capazes de influir de modo efetivo nas definições das formas de vida concretamente estabelecidas, mesmo diante da perda dos referenciais éticos das sociedades pós-tradicionais e das frequentes ameaças oriundos dos sistemas da economia e do poder ao munda da vida. Dito de outra forma, para o autor, tal união se mostra fecunda pois a partir dela “o Estado consegue garantir: a) que a maioria das pessoas obedeça às normas, mesmo que isso implique o emprego de sanções; b) que se criem pressupostos institucionais para o surgimento legítimo da norma, para que ela também possa ser seguida a qualquer momento por respeito à lei”¹⁵⁰.

Portanto, se evidencia que, observados os pressupostos de instituição e legitimação do direito positivo, mesmo as normas destinadas a institucionalizar os mecanismos sistêmicos do dinheiro e do poder não deixam de se submeter à crítica discursiva, tampouco deixam de estar direcionadas para a realização de finalidades socializadoras, ainda que em um nível abstrato típico do direito moderno.

2.3 COORIGINARIEDADE ENTRE AUTONOMIA PÚBLICA E AUTONOMIA PRIVADA

Esta seção é formulada com a finalidade de conectar de maneira coerente os temas desenvolvidos nas seções precedentes, de modo a apresentar a forma pela qual as normas de

¹⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 143.

¹⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume II*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997b, p. 324.

¹⁴⁹ KEINERT, Maurício Cardoso; HULSHOF, Monique; MELO, Rúrion Soares. Diferenciação e complementaridade entre direito e moral. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 77-78.

¹⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. Op cit, 1997b, p. 308.

direito destinadas a regular as ações estratégicas e instrumentais veiculadas em ambientes de ação eminentemente privados e em atendimento aos imperativos da economia capitalista podem ser integradas nos termos da teoria discursiva do direito, tal qual concebida por Habermas em “Direito e Democracia”.

Parte-se do fenômeno da materialização do direito identificado por Habermas com o advento do Estado Social, por meio do qual o autor reconstitui a tensão existente entre igualdade formal e desigualdade de fato e as fraturas causadas à autonomia pública por um lado e à autonomia privada por outro. Em um segundo momento, avança-se na proposta habermasiana para a conciliação e equilíbrio entre autonomia pública e autonomia privada, como condição necessária para o alcance da legitimidade do sistema de direitos. Ao fim, expõe-se a distinção categorial, bem como a relação existente entre autonomia privada e as normas de direito relacionadas com o exercício de faculdades subjetivas de ação predominantes em contextos de ação dominados pela racionalidade das relações econômicas, defendendo-se a hipótese de que estas possam constituir um produto legítimo do processo democrático de legislação e estarem habilitadas para cumprir as funções socialmente integradoras previstas por Habermas para o direito moderno.

2.3.1. Fenômeno da materialização do direito e a perda da precedência material do direito privado

Uma das portas de entrada para o processo de inclusão do direito em um paradigma que tende a equilibrar as liberdades subjetivas de ação com a aceitabilidade racional das normas é o diagnóstico e a crítica formulados por Habermas em relação à materialização do direito. Trata-se de fenômeno que está relacionado com uma nova forma de compreensão da própria autonomia privada¹⁵¹, agora imersa em uma concepção voltada para o aspectos sociais e éticos da liberdade, desenvolvidos, sobretudo, a partir da tensão entre igualdade formal e desigualdade de fato, que se manifesta no paradigma do Estado Social. Essa nova configuração da autonomia privada surte efeitos no direito privado que, segundo Habermas,

¹⁵¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume II*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997b, p. 137.

“não podia limitar-se à garantia da autodeterminação individual, devendo colocar-se também a serviço da realização da justiça social”¹⁵².

Essa mudança paradigmática se desenvolve “na medida em que o indivíduo, através de seu papel social, é envolvido em interdependências sociais”¹⁵³, de modo que questões éticas passam a permear os institutos jurídicos intrinsecamente relacionados ao desenvolvimento do mercado e da econômica capitalista, tal qual o contrato e a propriedade, com o objetivo de sanear desigualdades materiais que implicam em entraves à concretização da liberdade jurídica formalmente concebida para a proteção da autonomia privada¹⁵⁴, aqui compreendida no sentido clássico de proteção de uma esfera de ação destinada a realização de interesses individuais.

Com isso, a liberdade juridicamente concebida e as respectivas categorias de proteção correntes no direito positivo, passam a ser vistas como viabilizadoras de “uma configuração autônoma da vida no sentido ético da concretização de um projeto de vida escolhido racionalmente, que caracteriza a ‘independência’, a ‘responsabilidade’ e o ‘livre desenvolvimento’ da personalidade”¹⁵⁵. Desta forma, mesmo defendendo que se trata de uma forma diferente de compreender a autonomia privada, Habermas faz questão de esclarecer que esta categoria ainda diz respeito à garantia de liberdades subjetivas de ação iguais na maior medida possível, havendo modificação apenas no modo pelo qual a autonomia privada passa a ser protegida e concretizada através do direito, tendo em vista as assimetrias de poder e as distintas possibilidades de fazer valer as respectivas liberdades de ação no contexto de uma sociedade econômica¹⁵⁶.

Disso decorre as considerações de Habermas acerca da *perda da precedência material do direito privado* no Estado Social, diante dos questionamentos que surgiram a partir de problemas empiricamente verificáveis quanto ao funcionamento dos postulados do direito formal burguês, especialmente no que se refere à suposta igualdade das esferas de ação

¹⁵² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume II*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997b, p.134.

¹⁵³ Ibid., p.134 - 135.

¹⁵⁴ Ibid., p. 134.

¹⁵⁵ Ibid., p. 136. É nesse sentido que Habermas afirma: “Por ser ética, esta liberdade não depende da regulação jurídica; ao mesmo tempo, porém, ela não é possível sem a liberdade jurídica. Noutras palavras, as liberdades clássicas do direito privado, tais como os direitos de personalidade, da proteção do indivíduo, os direitos de autonomia dos contratos e da propriedade privada, o direito das associações, protegem esta esfera íntima, onde a pessoa ética pode sair do casulo do sujeito de direito e documentar, de certa forma, o valor de uso, ético e metajurídico, da liberdade jurídica”. Ibid., p. 136.

¹⁵⁶ Ibid., p. 137.

subjetivas garantidas pela generalidade abstrata das leis¹⁵⁷. Para nosso autor, a principal fratura existente no modelo de uma sociedade do direito privado na forma talhada pelo direito formal burguês, consistia na dependência da “criação de *condições* não discriminatórias *para a percepção fática* das liberdades que possibilitam as normas do direito de contrato, de propriedade e de associação”¹⁵⁸, condições estas que, contudo, tornaram-se irrealizáveis diante da desigualdade de poder jurídico faticamente vigente. Em suma, ocorreu que tanto as teorias relativas ao equilíbrio dos processos econômicos, com o afastamento do Estado da regulação do mercado, quanto o modelo de uma capitalismo organizado com a participação estruturante do Estado, mostraram-se disfuncionais para a efetivação dos pressupostos necessários à institucionalização de condições equitativas de poder jurídico. Pelo contrário, foram acompanhadas por um “aumento da desigualdade de posições do poder econômico, dos valores de capital e de situações sociais”¹⁵⁹.

E no momento que se tornou patente a ineficácia das categorias abstratas das liberdades subjetivas iguais e da generalidade da lei para garantir o *status* do sujeito de direito em condições de equilíbrio relativo ao exercício concreto da autonomia privada, fez-se “necessário especificar, de um lado, o conteúdo das normas de direito privado existentes e, de outro, introduzir uma nova categoria de direitos fundamentais, capazes de incrementar pretensões a uma distribuição mais justa da riqueza socialmente produzida”¹⁶⁰. É a partir deste movimento que surge o que Habermas denomina de *materialização do direito privado*. Este fenômeno, consiste, em síntese, na criação de um nexos entre o direito privado e os direitos fundamentais, especialmente os que se refiram a prestações sociais capazes de oferecer aos sujeitos um substrato material necessário ao exercício das liberdades de ação¹⁶¹.

É a partir de então que se desenvolvem novas formas de compreensão de institutos clássicos de direito privado, como o direito de propriedade que, com a formulação da teoria da função social da propriedade, passa agora a ser analisado através de lentes sociais e positivas – e não de modo exclusivamente individual e negativo – e o direito contratual, por meio do qual se desenvolvem institutos capazes de cercear assimetrias das partes de um negócio jurídico, criando entre elas deveres de cooperação, informação e cuidado, que estão além da

¹⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume II*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997b, p. 138 – 139.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 139.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 139.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 139.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 140.

simples defesa estratégica de interesses individuais que vigia em uma concepção estritamente liberal da liberdade contratual¹⁶².

Com isso, o próprio direito privado, já no paradigma do Estado Social, deixa de constituir um simples instrumento de fluxo da economia capitalista na forma da troca econômica entre privados e passa a buscar a compensação das assimetrias de posições econômicas, o que se justifica, de um lado, pela constatação do “fracasso do mercado”, e de outro pela pretensão de instituição de um novo modelo, a saber o Estado Social¹⁶³. Em seguida, mesmo ao manifestar críticas a tal modelo em razão de suas tendências paternalistas - que decorrem da supressão do espaço de ação dos sujeitos através de prestações sociais que antecipam os processos de formulação e proposição de demandas pelos próprios destinatários das normas de direito e das ações estatais¹⁶⁴ -, o autor defende a ideia de uma superioridade normativa deste paradigma sobre o anterior, apontando que o problema que nele se manifesta diz respeito à redução “‘da garantia da emergência’ da autonomia privada às realizações de seguro e providência”¹⁶⁵, mas que de nada adiantaria o retorno à compreensão liberal da liberdade, já superada pelas críticas que resultaram no modelo social.

¹⁶² Nesta passagem, Habermas oferece importantes exemplos de formas de atuação do direito privado capazes de gerar efeitos socialmente integradores, no sentido defendido nesta dissertação: “A doutrina do jurídica julga que certas modificações no direito contratual são dramáticas, pois caminham para uma objetivação das relações de troca (através de condições fáticas do contrato; através de cláusulas contratuais para assegurar provisões importantes; através da teoria da proteção da confiança; das doutrinas do erro motivacional e da violação positiva do contrato, principalmente através de controles do conteúdo e da efetivação do contrato; através de *deveres correspondentes de informação, de conselho e de cuidado*). Como no caso do direito de propriedade, aqui também o alvo declarado das regulações é a compensação de ‘fracassos do mercado’ em benefício de detentores de posições mais fracas no mercado (trabalhadores, inquilinos, consumidores, e etc.). Os fatos típicos da proteção da confiança, os auto-envolvimentos, as obrigações de prestação, etc., são concebidos como normas de proteção social. O direito contratual que aí se materializa não deixa mais a ‘correção’ do conteúdo do contrato entregue à ficção da declaração livre de vontade e à liberdade de celebrar contratos. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume II*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997b, p. 141, itálico nosso.

¹⁶³ Ibid., p. 142.

¹⁶⁴ Ao expor os motivos pelos quais compreende que o Estado de bem-estar social é paternalista, Habermas afirma: “É possível afirmar que ele ‘adquire’, de certo modo, as qualidades de ator das agências do Estado, renunciando, em contrapartida, à autonomia dos atores individuais, Quer se trate do Estado intervencionista ativo ou do Estado supervisor irônico, parece que as capacidades de regulação social que lhes são atribuídas devem ser extraídas, na forma de uma autonomia privada reduzida, dos indivíduos enredados em suas dependências sistêmicas. Por este ângulo, existe um jogo de gangorra entre os sujeitos de ação públicos e privados: o aumento da competência de uns significa a perda de competência de outros. Na linha do pensamento liberal, os sujeitos do direito privado, no quadro de suas liberdades distribuídas de modo igual, só encontravam um limite nas contingências da situação natural da sociedade; agora, porém, eles se chocam com projetos paternalistas de uma vontade política superior, que domina essas contingências sociais através da regulação e da organização social, a fim de garantir a repartição igual das liberdades de ação subjetivas. O paternalismo do Estado social suscitou uma questão inquietante: será que o novo paradigma é compatível com o princípio da liberdade jurídica?”. Ibid., p. 144.

¹⁶⁵ Ibid., p. 145.

Ou seja, Habermas não pretende abdicar das liberdades subjetivas de ação, mas quer que estas não sejam apenas um fator de desequilíbrio ou enfraquecimento do processo democrático de formação da opinião e da vontade. Por esta razão, põe em evidência a tensão existente entre igualdade formal e desigualdade de fato¹⁶⁶.

Para o autor, “no paradigma liberal do direito, reduz-se aquilo que, no entender de Kant, deveria garantir a compatibilidade da liberdade de cada um com as liberdades subjetivas iguais de todos, pois passa a ser lido como garantia da autonomia privada em oposição ao Estado”¹⁶⁷, independentemente das efetivas condições de participação política dos parceiros de direito no processo de formação das próprias regras de convivência. É por esse motivo que o paradigma Estado Social é normativamente superior ao do Estado Liberal, uma vez que através dos direitos sociais se pode, ao mesmo tempo salvaguardar “a normatividade própria do paradigma liberal — a liberdade privada —, bem como uma maior igualdade de fato, sem a qual a liberdade privada não passaria de uma possibilidade”¹⁶⁸.

Essa reconstrução da tensão existente entre o direito formal burguês e o Estado de bem-estar social se faz relevante para a proposta desta dissertação, pois, através dela Habermas demonstra a possibilidade da veiculação de conteúdos socialmente integradores mesmo em normas jurídicas pertencentes a setores do direito destinados a regular os instrumentos de fluxo da economia capitalista, o que se desenvolve no paradigma social. Assim, nosso autor compreende este processo como positivo do ponto de vista normativo, cujas potencialidades são ameaçadas justamente pela pretensão de rejeição por completo do estatuto das liberdades juridicamente estruturadas e pelas “premissas redutoras do direito privado”¹⁶⁹.

Essa é uma das razões pelas quais Habermas possui reservas com relação ao modelo de Estado Social que distribui direitos à revelia da articulação política dos próprios destinatários do direito enquanto autores, o que contrariaria seu modelo processual de democracia, dada a restrição da liberdade dos sujeitos. O que nosso autor postula, a rigor, é o equilíbrio entre “os princípios da justiça liberal, entendida como distribuição igual de direitos

¹⁶⁶ DUTRA, Delamar J. V. A legalidade como forma do Estado de Direito. *Kriterion*, Belo Horizonte, n° 109, Jun/2004, p. 57-80, p. 77.

¹⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 311.

¹⁶⁸ DUTRA, Delamar J. V. Op cit., p. 79.

¹⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. Op cit., 1997b, p. 145.

e da justiça social entendida como distribuição igual de chances”¹⁷⁰ de tal forma que esta seja promovida, sem atentar contra a liberdade¹⁷¹.

Daí a necessidade de proposição de uma paradigma do direito que concilie a autonomia privada dos cidadãos com a autonomia pública, conciliando as posições de destinatários e autores das normas jurídicas, de maneira que estas nem reduzam os espaços de ação subjetiva dos indivíduos, tampouco façam destes autômatos incapazes de compreender e levar a efeito a formação de um sistema de direitos em sentido intersubjetivo.

2.3.2 Reconstrução da autonomia privada e a equivalência categorial com a autonomia pública

De acordo com o exposto na seção anterior, a concepção de Habermas em relação ao direito visa dar nova configuração à relação entre autonomia privada e a esfera dos direitos, no intuito de superar a concepção fundada na autonomia moral da pessoa que submete o processo legislativo democrático à proteção funcionalista das liberdades subjetivas. O autor explica que na vacilação entre posições ora mais naturalistas, ora mais positivistas, “nenhum dos dois modos atinge o sentido intersubjetivo de liberdades de ação subjetivas estruturadas juridicamente”¹⁷².

Interessa ao filósofo, portanto, a construção de uma teoria do direito em que “direitos subjetivos não estão referidos, de acordo com seu conceito, a indivíduos atomizados e alienados, que se entesam possessivamente uns contra os outros”¹⁷³. Em sua concepção, “os direitos subjetivos são *co-originários* com o direito objetivo; pois resultam dos direitos que os sujeitos se atribuem reciprocamente”¹⁷⁴. Essa é a chave a partir da qual Habermas pretende afirmar a legitimidade do sistema de direitos, a saber, com a proposição de um “modelo de autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos”¹⁷⁵.

Para o autor, se a noção liberal de autonomia privada implica em limitações inadmissíveis à soberania popular, diante da associação do conceito de pessoa jurídica à

¹⁷⁰ DUTRA, Delamar J. V. A legalidade como forma do Estado de Direito. *Kriterion*, Belo Horizonte, n° 109, Jun/2004, p. 57-80, 2004, p. 79.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 79.

¹⁷² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p.122.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 121.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 121.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 139.

liberdade subjetivas de ação previamente estabelecidas que levantariam uma barreira para a formação e imposição da vontade soberana; a perspectiva republicana valoriza demasiadamente o conceito de autonomia política ao reproduzir a ideia de um destino ético comum de determinada comunidade política, capaz de se expressar no processo de formação da vontade pública e que detém prioridade sobre as liberdades pré-políticas das pessoas privadas. Desta forma, nenhum dos paradigmas alcança a devida conciliação entre ambas as esferas, pois, de acordo com Habermas, nem mesmo Kant e Rousseau foram capazes de perceber de maneira suficientemente clara o nexó interno que existe entre direitos humanos e soberania popular¹⁷⁶.

É a partir desta crítica que Habermas apresenta a cooriginariedade entre direitos humanos e soberania popular na esteira de uma proposta de *radicalização democrática*, a fim de que não exista limite prévio ao exercício da soberania, garantindo-se, por outro lado, os direitos fundamentais constitutivos da autonomia privada como condição de possibilidade da democracia¹⁷⁷. Por este motivo, Habermas afirma que “o princípio da democracia não deve apenas estabelecer um processo legítimo de normatização, mas também orientar a produção do próprio *medium* do direito”¹⁷⁸. Com isso, destaca a importância de se “criar não somente o sistema dos direitos, mas também a linguagem que permite à comunidade entender-se enquanto associação voluntária de membros de direito iguais e livres”¹⁷⁹.

Assim, embora desenvolva os temas do direito e do Estado dentro de um contexto mais amplo de uma teoria social crítica preocupada com temas atuais – como a crescente complexidade da sociedade e a interferência cada vez maior dos meios do poder e do dinheiro nas demais formas de reprodução da vida -, Habermas não deixa de estruturá-los em termos normativos e com caráter universalista. Considera, assim, que direito tem a coerção como elemento central e que libera os sujeitos da motivação interna para ação¹⁸⁰, e o Estado como associação voluntária de sujeitos livres e iguais, que extrai a legitimidade de seus mandamentos da ligação entre a formação política da vontade do legislador e as “condições de um *procedimento democrático*, sob as quais os resultados que apareceram de acordo com o

¹⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 427.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 426 – 432.

¹⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 146.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 146.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 147.

procedimento expressam *per se* a vontade consensual ou o consenso racional de todos os participantes”¹⁸¹.

Entretanto, tal qual adiantado nas seções precedentes, para nosso autor o Estado não possui um valor moral, tampouco o direito pode ser constituído a partir de elementos metafísicos, apresentando-se como uma solução funcional para problemas de integração social, sem excluir a possibilidade de que possam existir outras alternativas possíveis para tanto (apenas não foram ainda formuladas ou reveladas)¹⁸². Isso quer dizer que “o sistema dos direitos não existe em um estado de pureza transcendental”¹⁸³ e que, mesmo os aspectos da legalidade apoiados na liberdade de arbítrio, da relação externa e da autorização para a coerção devem ser galgados a nível pragmático, considerando a cooriginariedade entre autonomia pública dos cidadãos e autonomia privada dos sujeitos de direito¹⁸⁴.

Por esta razão, em Habermas, o sistema de direitos básicos é destituído de conteúdo, estabelecendo apenas um conjunto de condições sob as quais os parceiros de direito possam decidir de maneira autônoma e legítima as regras de sua convivência através do direito, em uma união entre a forma jurídica e o princípio do discurso¹⁸⁵. Na construção habermasiana, portanto, “a interligação do princípio do discurso e da forma jurídica dará a gênese lógica de um sistema de direitos, constituído por um conjunto de cinco direitos fundamentais, os quais geram o próprio código jurídico”¹⁸⁶.

Estes direitos fundamentais são divididos em duas categorias distintas diretamente interligadas. Na primeira categoria estão o direito (i) “à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas”¹⁸⁷, (ii) ao “*status de membro* numa associação voluntária de parceiros de direito”¹⁸⁸ e (iii) à “*possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual”¹⁸⁹.

Ao contrário do que possa parecer, não se trata de um complexo de direitos naturais a partir dos quais é constituído o Estado de Direito, pois estes direitos constituem apenas uma

¹⁸¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 127.

¹⁸² REPA, Luiz. Liberdade comunicativa e forma do direito. In: *XI Colóquios Habermas e II Colóquio Filosofia da Informação (11:2015 : Rio de Janeiro)*, organizado por Clóvis Ricardo Montenegro de Lima. Rio de Janeiro: Salute, 2016, p. 12.

¹⁸³ HABERMAS, Jürgen. Op cit. 1997a, p. 166.

¹⁸⁴ Ibid., 1997a, p. 167.

¹⁸⁵ Ibid., p. 167.

¹⁸⁶ DUTRA, Delamar José Volpato. *Razão e consenso em Habermas: teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*. 2. Ed. Revista e ampliada. Florianópolis: Editora da USFC, 2005, p. 227.

¹⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. Op cit., 1997a, p. 159.

¹⁸⁸ Ibid., p. 159.

¹⁸⁹ Ibid., p. 159.

forma de socialização horizontal dos sujeitos, destinada a regular “as relações que os cidadãos livremente associados estabelecem entre si antes de qualquer organização juridicamente objetiva do poder estatal”¹⁹⁰ e, neste sentido, não podem ser interpretados como direitos liberais de defesa independentes da configuração politicamente autônoma dos parceiros de direito.

A criação legítima dos direitos só é possível quando se avança na segunda categoria de direitos fundamentais, relativos à (iv) “participação com a igualdade de oportunidades nos processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os cidadãos exercem sua autonomia política e estabelecem o direito legítimo.”¹⁹¹.

Os referidos direitos, portanto, são estabelecidos por Habermas de modo a privilegiar a autonomia política dos sujeitos, na condição de autores dos próprios direitos, inclusive daquelas garantias básicas que podem ser incluídas na primeira categoria de direitos fundamentais. Em resumo, o autor defende que há umnexo interno entre autonomia pública e privada, que estabelece condições imprescindíveis uma para a outra. De um lado o *status de pessoa destinatária de direitos* e de outro a condição de autor *dos próprios direitos na prática política dos cidadãos*¹⁹².

Para que isso seja possível, Habermas estabelece ainda um último direito fundamental que diz respeito “a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para o aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4)”¹⁹³.

Assim, não há categoria substancial de direitos que goze de privilégio em relação às demais, de modo que qualquer direito estabelecido concretamente não é mais que uma configuração histórica dos direitos fundamentais constitutivos da autonomia privada que, nessa condição, está completamente sujeita às determinações da autonomia política dos

¹⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia; traduzido por Felipe Gonçalves Silva e Rúrion S. Melo, São Paulo: Editora Unesp, 2020, p. 172.

¹⁹¹ Ibid., p. 173.

¹⁹² Essa dependência recíproca entre autonomia pública e privada representa o que Habermas define em sua tese da cooriginariedade: “O sistema dos direitos não pode ser reduzido a uma interpretação moral dos direitos, nem a uma interpretação ética da soberania do povo, porque a autonomia privada dos cidadãos não pode ser sobreposta e nem subordinada à sua autonomia política. As intuições normativas que unimos aos direitos humanos e à soberania do povo, podem impor-se de *forma não-reduzida* no sistema dos direitos, se tomarmos como ponto de partida que o direito às mesmas liberdades de ação subjetivas, enquanto direito moral, não pode ser simplesmente imposto ao legislador soberano como barreira exterior, nem instrumentalizado como requisito funcional para seus objetivos. A co-originariedade da autonomia privada e pública somente se mostra, quando conseguimos decifrar o modelo da autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 139.

¹⁹³ Ibid., p. 160.

cidadãos. Isso quer dizer que mesmo os direitos fundamentais liberais clássicos como a propriedade e a liberdade para contratar, ao invés de serem a origem do Estado de Direito, são apenas produtos deste que, tal qual os demais direitos, só se legitimam (i) quando configurados de modo politicamente autônomo pelos destinatários do direito na qualidade de autores e (ii) enquanto não constituam um óbice à igualdade de chances no processo de formação da opinião e da vontade.

Diante deste cenário, evidencia-se que a preocupação fundamental de Habermas é com o estabelecimento da conexão indissociável entre direito e a prática da autodeterminação dos sujeitos com vistas à radicalização democrática, o que oferece maior autonomia aos próprios destinatários do direito para determinar a extensão e os limites de suas liberdades recíprocas. Assim, uma vez que nada no universo jurídico deve se perenizar sem antes ser submetido à crítica pública nos processos institucionais e extrainstitucionais de formação da opinião e da vontade, o modelo habermasiano oferece recursos para a identificação, problematização e superação das consequências disfuncionais de injustiças sociais e formas de vida legítimas estruturalmente bloqueadas, alcançando, através do procedimento, não só estabilidade, mas também legitimidade.

É justamente neste sentido que esta dissertação se propõe a investigar, no contexto da teoria discursiva do direito, as potencialidades do direito positivo como instrumento de mediação entre sistema e mundo da vida, especificamente no que diz respeito às normas jurídicas destinadas à regulação de relações constituídas segundo os imperativos da economia capitalista, dominadas por ações estratégicas e instrumentais, fluídas segundo autorizações inerentes à própria forma jurídica.

A referida proposta perpassa a verificação da possibilidade de que o direito constitua não só o meio de organização do sistema da economia, mas também uma instituição que conecte em certo sentido o meio não-linguístico do dinheiro ao mundo da vida através de *normas que se submetem à crítica pública dos próprios destinatários na condição de autores e que, portanto, sejam carentes de justificação*, afigurando-se plausível o questionamento acerca das possíveis funções de integração social – e não apenas sistêmicas – cumpridas pelo direito positivo.

2.3.3 Normas de direito como produto legítimo do processo democrático de legislação

Se na “Teoria do Agir Comunicativo” e nas obras que a antecederam Habermas não teve a pretensão de promover uma reconstrução normativa do direito, que é colocado como parcela de seu diagnóstico das sociedades modernas, em “Direito e Democracia” e em outros textos produzidos no contexto de sua virada jurídica, há a realização de um empreendimento reconstrutivo da autonomia pública e privada cuja finalidade precípua é analisar as potencialidades da democracia para a garantia de formas de vida emancipadas nas sociedades pós-tradicionais¹⁹⁴.

Especificamente no Capítulo III de “Direito e Democracia”, Habermas se dedica à reconstrução do sistema de direitos e inclui as noções de autonomia privada (Direitos Humanos) e autonomia pública (Soberania Popular) como temas fundamentais, defendendo que apenas uma concepção equilibrada entre estas duas esferas - segundo a qual haveria um nexó interno entre elas - seria adequada às formas de vida vigentes nas sociedades complexas, típicas do paradigma pós-tradicional.

Este primeiro contato com tais categorias já é capaz de evidenciar que elas estão em um nível teórico bastante distinto do aspecto dogmático-jurídico em que se enquadra o direito positivo como um todo, e o direito privado especificamente. Tal qual referido na introdução desta dissertação e na seção anterior, os conceitos de autonomia privada e pública na obra habermasiana estão relacionados aos pressupostos básicos para a constituição de uma comunidade política capaz de garantir a coexistência de formas de vida emancipadas e, nessa condição, dizem respeito tão somente à condição de pessoa jurídica (pessoa de direito) de um lado e de cidadão de outro, como pontos de partidas básicos e interdependentes para a origem de uma ordem jurídico-política cujos produtos sejam legítimos. Daí a necessidade do empreendimento de reconstrução da autonomia privada e pública com a finalidade de demonstrar a plausibilidade da tese da cooriginariedade.

Seguindo a linha acima exposta, nosso autor sustenta que a autonomia privada é a condição básica para a formação de um *código jurídico*, pois é por meio dela que se forma o “*status* de pessoas de direito que, na condição de portadores de direitos subjetivos, façam parte de uma associação voluntária de parceiros do direito e, conforme o caso, reivindicuem efetivamente suas proteções jurídicas”¹⁹⁵. A função e a importância da autonomia privada na filosofia do direito de Habermas pode ser sintetizada na afirmação de acordo com a qual “não

¹⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 113 - 168.

¹⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 430.

há direito algum sem a autonomia privada das pessoas de direito em geral”¹⁹⁶. Dito de outro modo, “sem os direitos fundamentais que asseguram a autonomia privada dos cidadãos também não haveria o *medium* para a institucionalizar juridicamente aquelas condições sob as quais os cidadãos, em seu papel de cidadãos políticos, pudessem fazer uso da sua autonomia pública”¹⁹⁷.

Assim, *enquanto a autonomia privada e a autonomia pública se encontram em uma dimensão teórico-reconstrutiva, o direito positivo ostenta qualidade de potencial produto deste amálgama e, por este motivo, não detém conteúdos previamente dados*. Por esta razão, para se manter coerente à reconstrução do sistema de direitos, Habermas apenas pode apresentar as normas de direito como são, tal qual existentes, na condição de diagnóstico, e nunca como deveriam ser em sentido substantivo, sob pena de substancializar a própria autonomia privada, o que seria incompatível com o paradigma procedimental por ele proposto.

Nesta esteira, os direitos subjetivos privados são apresentados segundo as diversas concepções que se sucederam desde os primórdios da modernidade, tendo como ponto fulcral a proteção da liberdade de ação subjetiva no interior da qual “o sujeito está autorizado a empregar livremente sua vontade”¹⁹⁸, seja por estar naturalmente determinado para tanto em função de sua autonomia moral, ou em razão da autorização juridicamente concedida ao modo positivista¹⁹⁹. Trata-se da *esfera de proteção do indivíduo contra intervenções exteriores à sua liberdade de determinar suas ações de acordo com as próprias decisões, orientando-se pelo sucesso na persecução de objetivos individuais*²⁰⁰.

E é justamente por meio da forma dos direitos subjetivos que se manifesta a possibilidade de ancoragem do sistema econômico no mundo da vida, a partir da institucionalização da sociedade econômica de trocas desenvolvida através dos direitos de propriedade e de liberdade contratual, que transforma os sujeitos em participantes do mercado que direcionam suas ações para a consecução de “seus planos de vida próprios de um modo mais ou menos racional”²⁰¹.

¹⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 430.

¹⁹⁷ Ibid., p. 430.

¹⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 113.

¹⁹⁹ Ibid., p. 113.

²⁰⁰ Ibid., p. 119.

²⁰¹ HABERMAS, Jürgen. Op cit, 2018, p. 431.

Assim, as normas jurídicas que se destinam a concretizar estas faculdades subjetivas de ação inerentes à forma jurídicas são descritas em “Direito e Democracia” e nos demais textos jurídicos de Habermas, apenas como uma das configurações possíveis do sistema de direitos, nomeadamente aquela que se fez possível diante dos condicionamentos impostos pelos meios do dinheiro e do poder ao mundo da vida. Esta perspectiva é confirmada quando o autor, ao tratar da materialização do direito privado, defende que mesmo após as reformas decorrentes do acirramento da tensão entre igualdade formal e desigualdade de fato, tanto o modelo liberal, quanto o modelo social “estão igualmente comprometidos com a imagem produtivista de uma sociedade econômica capitalista e industrial”²⁰², distinguindo-se apenas pela forma específica de garantia da autonomia privada, ora por meio de liberdades de ação formalmente compreendidas, ora por meio de direitos de prestação²⁰³.

Este diagnóstico, embora demonstre que não é possível realizar uma defesa normativa do direito moderno como categoria imprescindível à garantia da autonomia privada, também evidencia que, ao menos nas condições atuais das sociedades modernas - submetidas à lógica do sistema econômico capitalista -, ainda existe relação entre autonomia privada, esfera privada e o direito, o que segue o raciocínio articulado já na “Teoria do Agir Comunicativo” sobre a distinção do direito enquanto instituição ou meio²⁰⁴.

Aliás, esta parece ser uma das razões pela qual Habermas não é um entusiasta da rejeição por atacado da forma jurídica. É neste sentido a afirmação do autor segundo a qual “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 orientados pelo sucesso próprio”²⁰⁵. Estas exigências funcionais, entretanto, não são o suficiente, de modo que se deve levar em consideração “também as condições precárias de uma integração social que se realiza, em última instância, através de realizações de entendimento de sujeitos que agem comunicativamente, isto é, através da aceitabilidade racional de pretensões de validade”²⁰⁶.

²⁰² HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 432.

²⁰³ Ibid., p. 432.

²⁰⁴ Seguindo este raciocínio, Habermas concluiu que quando se trata de meios que se reproduzem de modo não linguístico, como o mercado e o consumo, o direito, embora se afigure na condição de meio de controle, consiste no único instrumento capaz de promover a ancoragem do sistema no mundo da vida.

²⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 114.

²⁰⁶ Ibid., p. 114.

O que se está a defender, portanto, é que na passagem do diagnóstico de tempo para o empreendimento reconstrutivo da autonomia privada, o direito positivo, ainda que não possua valor normativo absoluto e independente, afigura-se, sob as condições das sociedades complexas e funcionalmente diferenciadas, como *elemento necessário (i) à proteção das liberdades subjetivas de ação que garantem a autonomia privada e (ii) à domesticação do sistema econômico, bem como à sua mediação com o mundo da vida, especialmente com a esfera privada*. Esclarece-se ainda que o cumprimento destas funções não implica a substancialização da autonomia privada ou a antecipação de conteúdos normativos prévios ao exercício desta pelos sujeitos de direito, justamente pois apenas se está a indicar, a partir do diagnósticos habermasiano das sociedades contemporâneas, qual o papel a ser desempenhado pelo direito.

Tanto é assim que nosso autor é enfático ao defender a forma jurídica e as realizações do direito moderno mesmo para sociedades marcadamente tradicionais, mas que se imiscuíram em um processo de modernização econômica e social, sustentando que “não se pode querer uma coisa sem aceitar outra”²⁰⁷, já que a maneira ocidental de responder ao avanço da modernidade social se alastrou globalmente, de uma maneira que não mais se está em questão “a desejabilidade da *modern condition*”²⁰⁸. A conclusão é de que as sociedades, por mais tradicionais que sejam, “não podem empenhar-se em uma modernização capitalista sem recorrerem aos serviços de um ordenamento jurídico individualista”²⁰⁹.

A forma de desempenho destas funções e os institutos tipicamente necessários para tanto, estes sim, ficam na dependência do exercício da autonomia privada e, na medida em que se colocam como resultados do processo democrático de legislação, passam a sustentar a pretensão de legitimidade do direito, não mais concebido como mero instrumento de institucionalização da economia capitalista.

²⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. Legitimação pelos direitos humanos. In: *Teoria política (obras escolhidas de Jürgen Habermas, 4)*. Tradução Lumir Nahodil. Lisboa: Edições 70, 2015, p. 267.

²⁰⁸ Ibid., p. 264.

²⁰⁹ Ibid., p. 267.

3 COMPLEMENTARIDADE ENTRE DIREITO E MORAL E A TAREFA SOCIALMENTE INTEGRADORA DO DIREITO NAS SOCIEDADES MODERNAS

No presente capítulo se busca reconstruir o caminho percorrido por Habermas - desde obras anteriores à “Teoria do Agir Comunicativo”, mas principalmente na referida obra e em “Direito e Democracia” - para chegar à tensa relação entre sistema e mundo da vida que se manifesta no interior do sistema de direitos, como consequência, sobretudo, do processo de modernização social desencadeado pelo fenômeno que o autor denomina de racionalização do mundo da vida²¹⁰, que tem como um de seus principais desenvolvimentos a separação entre a moral racional e o direito positivo.

Dentre os fenômenos que se sucederam ao referido processo de modernização social, a primeira seção dá prioridade à separação entre direito e moral como consequência do processo de evolução da consciência moral, que implica internalização dos princípios morais e uma crescente formalização das formas de ação. Demonstrar-se-á também que esta formalização das esferas de ação possibilita a diferenciação dos sistemas da economia e da burocracia de modo desvinculado da autocompreensão normativa dos indivíduos e grupos oriundas do mundo da vida, fenômeno este que intensifica a necessidade de que o direito legítimo venha a atuar como mediador entre ambas as pontas das sociedades pós-tradicionais (sistema e mundo da vida)²¹¹.

A segunda seção enfoca a primeira faceta da relação de complementaridade entre direito e moral que paira sobre o direito moderno, abordando a função exercida pelo direito como equivalente funcional da moral nas sociedades pós-tradicionais, a fim de garantir a integração social em contextos de ação marcados pela pluralidade das visões de mundo, nos quais a moral deixa de exercer um papel efetivo na coordenação da ação.

Por fim, tematiza-se a tarefa socialmente integradora cumprida pelo direito, que aliada à crescente demanda por legitimidade que decorre de sua diferenciação em relação às tradições e às imagens de mundo metafísicas, dará ensejo à exposições dos argumentos formulados por Habermas para defender a origem intersubjetiva do sistema de direitos, bem como a necessária adequação à formas de vida moralmente justas através do processo

²¹⁰ Tal relação entre o processo de modernização social, o surgimento e evolução do direito positivo é reconstruída com detalhes por Habermas no capítulo VI da “Teoria do Agir Comunicativo” (Segunda consideração intermediária: mundo da vida e sistema) e no capítulo I de “Direito e Democracia” (O direito como categoria da mediação social entre facticidade e validade).

²¹¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 46- 47.

democrático de legislação estruturado pela união entre a forma jurídica e o princípio do discurso. Nesta seção, articula-se também os elementos dos quais se pode deduzir a existência de uma espécie de tensão entre liberdade jurídica e integração social, paralelamente à tensão entre facticidade e validade que conduz a teoria discursiva do direito habermasiana, mas com a face voltada especificamente para a filtragem e controle dos imperativos do sistema econômico transmitidos ao mundo da vida pelo direito.

3.1 RACIONALIZAÇÃO DO MUNDO DA VIDA E CONSEQUÊNCIAS PARA O DIREITO POSITIVO

Nesta seção, pretende-se expor a maneira pela qual Habermas transpõe a teoria dos estágios de desenvolvimento consciência moral de Kolberg do ambiente da psicologia para a filosófica política, de modo a evidenciar o ganho de autonomia do direito positivo em relação à moral ao mesmo tempo como consequência e necessidade que decorre do processo de modernização social.

Não obstante, ainda que da racionalização do mundo da vida decorra a separação entre direito e moral, de modo que ao direito passam a ser atribuídas realizações funcionais associadas a sistemas neutros do ponto de vista ético, os argumentos que se seguem objetivam demonstrar que para além de mera institucionalização do sistema econômico, o direito positivo em sua estrutura formal se afigura como instrumento adequado à filtragem e ao controle dos imperativos transmitidos pelo meio do dinheiro ao mundo da vida, exercendo tarefas que também são socialmente integradoras, especialmente em razão da bilateralidade da relação de complementaridade entre direito e moral.

3.1.1 Relação entre os estágios da consciência moral e o ganho de autonomia do direito positivo

Em meio ao diagnóstico de racionalização do mundo da vida apresentado por Habermas, um importante aspecto para a relação entre direito e moral, especialmente no que se refere à coordenação da ação, consiste na transposição da teoria do desenvolvimento da consciência moral²¹² para a análise dos diferentes estágios de evolução das sociedades, até

²¹² Trata-se de Teoria desenvolvida por Lawrence Kohlberg no âmbito da psicologia, de acordo com a qual “o desenvolvimento da capacidade de julgar moral efetua-se da infância até a idade adulta passando pela

que alcançado o estágio atual, de nível pós-convencional, caracterizado pela universalização e generalização dos valores e, especialmente, pela separação entre moral racional (agora internalizada) e o direito positivo.

Trata-se de tema relevante, sobretudo diante de sua íntima conexão com o processo de modernização social conduzido através da separação entre sistema e mundo da vida, que acarreta a diferenciação de meios de comunicação não-linguísticos, independentes das pré-condições morais e éticas das comunidades concretamente estabelecidas²¹³. Com isso, a associação entre os estágios de desenvolvimento da consciência moral e a disjunção entre sistema e mundo da vida faz tanto sentido para Habermas, pois, segundo a teoria de Kohlberg, a consciência moral dos sujeitos evolui em termos procedimentais de um estágio pré-convencional, no qual as ações estão vinculadas à obediência literal às regras, à autoridade e ao repúdio ao castigo; passando pela estágio convencional em que as ações motivadas em termos de reciprocidade e confiança entre parceiros²¹⁴; e culmina no estágio pós-convencional, cujas “decisões morais são geradas a partir de direitos, valores ou princípios com que concordam (ou podem concordar) todos os indivíduos ou criando uma sociedade destinada a ter práticas leais e benéficas”²¹⁵.

Dito de um modo mais claro e sintético, a análise do desenvolvimento da consciência moral de Kohlberg interessa à Habermas à medida que se estrutura de acordo com “uma *aproximação gradual* das estruturas da avaliação imparcial e justa de conflitos de ação moralmente relevantes”²¹⁶ e assim, apresenta um procedimento que se faz adequado também para avaliar as normas destinadas a coordenar a ação e promover a integração a nível intersubjetivo em um estágio de desenvolvimento da sociedade no qual os sujeitos já não podem se apoiar na autoridade do sagrado, em cosmovisões ou tradições inabaláveis. Nos termos da teoria social habermasiana, portanto, a teoria do estágios da consciência moral tem potencial explicativo diante do deslocamento dos problemas de justificação da aplicação de

adolescência, segundo um modelo invariante” (HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989, p. 144) e que tem como ponto de referência “referência normativo uma moral guiada por princípios, à qual Habermas associa os traços fundamentais de uma Ética do Discurso. Ibid., p. 144 – 145.

²¹³ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo, volume II: sobre a crítica da razão funcionalista*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016b, p. 280.

²¹⁴ HABERMAS, Jürgen. Op cit. 1989, p. 152 – 153.

²¹⁵ Ibid., p. 153

²¹⁶ Ibid., p. 149.

normas para “processos de formação de um consenso linguístico”²¹⁷, até chegar ao extremo e paradoxal²¹⁸ estágio evolutivo no qual a integração social se realiza por meio de imperativos sistêmicos cuja reprodução não depende da linguagem²¹⁹.

Partindo desta premissa, nosso autor inicia a apresentação do processo evolutivo das sociedades, com as *sociedades arcaicas*, nas quais inexistente diferenciação entre sistema e mundo da vida, de maneira que os horizontes de sentido e de ação são completamente homogêneos, e assim permanecem em razão do apoio em estruturas familiares e por uma consciência mítica de mundo que se afigura incontestável²²⁰. Neste modelo, a reprodução social ocorre de acordo com as relações de parentesco que possuem caráter institucional, definindo questões como a pertença ao grupo social, além dos papéis sociais de cada indivíduo, segundo o sexo, a geração e a descendência²²¹. Dada a característica estritamente orgânica destas sociedades, nelas inexistente algo como um mercado de trocas com regras independentes da própria lógica grupal, sendo que a validade das normas é mantida sem o recurso à sanção estatal – que sequer se constituiu. Tudo está a depender da autoridade do sagrado, que amarra o potencial crítico da ação²²².

Nosso autor afirma ainda que mesmo com o aumento da complexidade das *sociedades tribais*, mediante diferenciação interna ou formação de unidades maiores, a integração sistêmica e social permanecem indiferenciadas, pois tanto o sistema de trocas, quanto o sistema de poder e hierarquia, continuam vinculados ao contexto normativo do respectivo grupo. Isso quer dizer que o sistema de trocas não tem as características da troca capitalista, e é desenvolvido de maneira limitada, na forma de relações de casamento ou ajuda recíproca que possuem fundo normativo; ao passo que o poder não assume a forma de poder político por idênticas razões²²³. Ou seja, as relações de troca e de poder não contém aspectos estruturantes para a sociedade, submetendo-se inteiramente à lógica do mundo da vida.

²¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo, volume II: sobre a crítica da razão funcionalista*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016b, p. 164.

²¹⁸ Fala-se em paradoxo pois, conforme constata Habermas, ao mesmo tempo em que a racionalização do mundo da vida possibilitou o ganho de autonomia dos sujeitos e das sociedades em relação à dominação tradicional, pôs em marcha também um progressivo processo de diferenciação entre sistema e mundo da vida que ameaça as próprias condições da integração social nas sociedades modernas, haja vista o desenvolvimento de sistemas como a economia e a burocracia estatal que, através dos meios não linguísticos do dinheiro e do poder, impõem sua lógica ao mundo da vida. Para utilizar a expressão de Habermas, é como se o sistema se diferenciasse do mundo da vida, para agora ricochetear sobre este. *Ibid.*, p. 278 – 280.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 278.

²²⁰ *Ibid.*, p. 282-283.

²²¹ *Ibid.*, p. 284.

²²² *Ibid.*, p. 286 -287.

²²³ *Ibid.*, p. 292 – 293.

A diferenciação sistêmica começa a ocorrer apenas na medida em que se forma um poder político desvinculado do sistema de parentesco, do prestígio pessoal de grupos de ascendência e que se mantém através da disposição do poder judicial de sanção em mão única. Este é o elemento fundamental da formação do Estado enquanto instituição, em meio ao qual também se organiza e se diferencia um sistema de trocas igualmente secularizado, que passa a se reproduzir através do meio do dinheiro, obedecendo à própria lógica, além de impor a reorganização estatal para dar fluxo ao processo de produção e ao sistema de trocas capitalista, por meio do direito formal burguês²²⁴.

A referida diferenciação do sistema econômico capitalista, e a sua reprodução através do meio do dinheiro, aliás, dão vazão a um último passo evolutivo das sociedades modernas, que diz respeito a uma espécie de relativização do poder político frente a ordem do direito privado burguês, que institucionaliza juridicamente o intercâmbio econômico despolitizado e emancipado em relação ao contexto normativo de fundo²²⁵. O sistema econômico se torna um meio de troca *intersistêmico*, impondo sua lógica tanto às relações econômicas, quanto ao entorno não econômico, interferindo inclusive na programação do Estado, que se vê obrigado a institucionalizar e regular juridicamente o trabalho assalariado, o sistema tributário e a empresa capitalista²²⁶.

Após todas estas etapas, a conclusão de Habermas – acima antecipada – é que com o aumento de complexidade das formas de vida socialmente organizadas, ocorre uma gradativa separação entre sistema e mundo da vida, cuja consequência mais significativa é a autonomização dos sistemas da administração burocratizada e da economia capitalista frente aos contextos de ação estruturados comunicativamente, acarretando um encolhimento do mundo da vida nas funções de coordenação da ação²²⁷.

Essa é a ponte de ligação entre o processo de diferenciação social e o desenvolvimento da consciência moral, haja vista que a perda da autoridade do sagrado e a autonomização dos sistemas de ação em relação ao mundo da vida demandam que o direito e a moral atinjam um estágio evolutivo correspondente, a fim de se manterem adequados à regulação consensual de

²²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo, volume II: sobre a crítica da razão funcionalista*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016b, p. 298 – 299.

²²⁵ *Ibid.*, p. 302.

²²⁶ *Ibid.*, p. 309.

²²⁷ *Ibid.*, p. 311 – 312.

conflitos, situando-se, portanto, como sistemas de ação de segunda ordem, com potencial de orientação da conduta²²⁸.

Assim, *a moral racional e especialmente o direito moderno se desenvolvem como instituições que incorporam estruturas da consciência moral pós-convencional*, uma vez que se colocam como sistemas destinados à regulação da conduta a partir de orientações generalizadas e universalistas, com pretensão de validade intersubjetiva, independentemente do pano de fundo normativo no qual estejam incluídos²²⁹. No estágio pós-convencional da consciência moral, aliás, o direito se diferencia da própria moral e fica adstrito à legalidade, o que caracteriza o último passo evolutivo do direito moderno²³⁰ que, como se verá adiante, é desconectado dos motivos éticos e passa a depender apenas da observância abstrata ao direito, garantida externamente pela coação estatal²³¹.

Desta maneira, o entrelaçamento proposto por nosso autor entre o processo de diferenciação social das sociedades modernas e os estágios de evolução da consciência moral, terá o condão ratificar o entendimento de que o direito não consiste em construção arbitrária para – e tão somente – institucionalizar os meios de fluxo da economia capitalista e do poder, afigurando-se também como um necessário instrumento de coordenação da ação em uma esfera dominada pela racionalidade instrumental e estratégica, neutra do ponto de vista ético²³².

3.1.2 Separação entre moral racional e o direito positivo

Na esteira do exposto na seção anterior, importa agora expor a maneira pela qual o direito é progressivamente separado da moral com a racionalização do mundo da vida, até se tornar um instrumento funcional de coordenação da conduta que libera os sujeitos da motivação moral para a ação²³³. O tema é relevante, pois através dele é possível explicitar a motivação de Habermas para indicar o direito moderno como meio de garantia da integração

²²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo, volume II: sobre a crítica da razão funcionalista*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016b, p. 313.

²²⁹ *Ibid.*, p. 322.

²³⁰ Este estágio sucede as fases anteriores do direito revelado estava intrinsecamente ligado à ética mágica (nível pré-convencional) e do direito tradicional não completamente desatrelado da ética legal (nível convencional). *Ibid.*, p. 315.

²³¹ *Ibid.*, p. 315.

²³² *Ibid.*, p. 325.

²³³ *Ibid.*, p. 315.

social mesmo em esferas de ação funcionalmente diferenciadas, tal qual o sistema econômico e a burocracia estatal, que se caracterizam por sua neutralidade do ponto de vista ético²³⁴.

Esta também é uma das consequências do processo de modernização social, que retira as visões metafísicas de mundo, as tradições e a autoridade do sagrado da retaguarda dos domínios da ação e, nas palavras de Habermas, “empurra a garantia do consenso, previstas para os casos de conflito, para níveis cada vez mais abstratos”²³⁵. Trata-se de um dos traços característicos da generalização dos valores crescente nas sociedades pós-tradicionais, que exige meios cada vez mais gerais e formais para a coordenação da ação, como uma tendência acompanhada pelo direito e pela moral que rumam em direção ao universalismo²³⁶.

Mais especificamente, o agir comunicativo é desatrelado de conteúdos substanciais transmitidos pela tradição e pela religião e evolui para um estágio de constante problematização do próprio mundo da vida, o que sugere um paulatino processo de transição para a formação do consenso no interior da linguagem e a passagem para uma forma de coordenação da ação fundada no entendimento. Ocorre que, tal qual exposto nas seções anteriores, a outra face deste processo de racionalização do mundo da vida é a separação do agir orientado pelo entendimento do agir orientado pelo sucesso, que decorre da diferenciação funcional de subsistemas independentes da linguagem, que obedecem à lógica própria dos meios do dinheiro e do poder²³⁷. Neste sentido, para se manter adequado à regulação das condutas intersubjetivas, o direito moderno precisa estar separado da moral ao menos quanto aos procedimentos e pressupostos de determinação de suas normas, uma vez que se destina à orientação da conduta de maneira coercitiva – e não a partir do resgate discursivo de pretensões de validade - em contextos de ação nem sempre ética ou moralmente direcionados, impondo “um caminho de legitimação que possibilita o controle do agir social através de meios”²³⁸.

Aliás, é justamente por conta da maior aptidão do direito para a coordenar a conduta social diante da pluralidade de visões de mundo vigentes nas sociedades modernas e da diferenciação de formas de ação não-linguísticas, que este será alçado por Habermas à qualidade de instrumento complementar da moral.

²³⁴ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo, volume II: sobre a crítica da razão funcionalista*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016b, p. 321.

²³⁵ *Ibid.*, p. 323.

²³⁶ *Ibid.*, p. 323.

²³⁷ *Ibid.*, p. 326.

²³⁸ *Ibid.*, p. 326.

Com isso, o direito se diferencia da moral em vários aspectos, a iniciar por seus *referentes*, pois, na medida em que esta se estende no tempo e no espaço com pretensão de universalização, abrangendo todas as pessoas, o direito é situado no tempo e no espaço, abrangendo uma comunidade política delimitada e seus respectivos membros, aos quais a ordem jurídica atribui direitos subjetivos²³⁹. Ambos os sistemas também se diferenciam pela relação que possuem com as ideias de *autonomia e liberdade*, que no direito compreende a autonomia pública que os sujeitos possuem para decidir sobre suas vidas em conjunto com seus parceiros de direito, a autonomia privada, enquanto capacidade de decidir racionalmente sobre a própria vida, bem como a liberdade de autorrealização ética do sujeito, de acordo com ideais de vida boa. Na moral, por outro lado, todos estes aspectos estão compactados dentro da capacidade de autodeterminação, que independe de configurações jurídicas e da atribuição de direitos subjetivos²⁴⁰. Outro ponto de distinção é a *extensão das matérias reguladas*, haja vista que neste aspecto o direito é mais restrito, pois “só tem acesso ao comportamento externo, não ao interior das pessoas”²⁴¹, e mais amplo, pois, “por ser um meio de organização do poder político, confere uma forma obrigatória a programas e objetivos políticos, não se esgotando na regulação de conflitos interpessoais”²⁴². Disso decorre a ideia habermasiana de que o direito não é apenas composto por questões morais, mas também éticas, políticas, pragmáticas e resultantes de negociações²⁴³. Aliás, a *complexidade* dos temas sujeitos à regulação jurídica é outro elemento que o distingue da moral, já que suas regulações destinam-se a solucionar problemas coletivos concretos ao nível da ação, no mais das vezes insuscetíveis de solução pelo ponto de vista moral. Um último critério distintivo entre direito e moral, consiste na já exposta especificação dos tipos de discurso condutores dos processos de formulação de normas²⁴⁴, sendo que para o direito se especifica o *princípio da democracia* e para a moral o *princípio da universalização*²⁴⁵.

Desta forma, ainda que decorram do mesmo processo de modernização social e da generalização dos valores que desencadeou o questionamento acerca dos fundamentos de validade das normas destinadas a regular o convívio social, a moral e o direito positivo

²³⁹ SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Uma filosofia do direito procedimental. In: *Revista Tempo Brasileiro*, jul-set. – n° 138, p. 153-172. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999, p. 163.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 163

²⁴¹ *Ibid.*, p. 164

²⁴² *Ibid.*, p. 164

²⁴³ *Ibid.*, p. 164

²⁴⁴ Para acessar a maiores informações sobre este critérios de distinção entre direito e moral, consultar a seção 3.1.2 desta dissertação.

²⁴⁵ SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Op cit.*, 1999, p. 163.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 164

apresentam diferentes soluções normativas e empíricas para os problemas de integração social surgidos nas sociedades pós-tradicionais, mantendo em comum apenas a origem discursiva de suas normas²⁴⁶, com necessidade de justificação destas de acordo com os pressupostos de validade do agir comunicativo²⁴⁷. Não obstante, neste horizonte político completamente secularizado, tanto a moral internalizada, quanto o direito externo permanecem sujeitos à pressupostos de argumentação que sejam capazes de atribuir aceitabilidade racional às respectivas normas por seus destinatários²⁴⁸, com vantagem pragmática para o direito que, através da coerção jurídica, consegue alcançar um nível superior de eficácia social, além e suprir sobrecargas que recaem sobre a própria moral.

Esta constatação é fecunda para a argumentação ora desenvolvida, pois vem ratificar os argumentos até então expostos, no sentido que, nos termos da teoria discursiva do direito de Habermas, a integração social passa a ser imposta não apenas sob pontos de vista normativos, pois as imposições do direito já não estão mais atreladas a determinações necessariamente morais das condutas dos sujeitos e se voltam inclusive para ambientes de ação eticamente neutros, como mercado e a burocracia estatal. Por outro lado, as normas de direito concebidas para a regulação destes sistemas não-linguísticos continuam demandando solidariedade social, vez que devem ser racionalmente aceitáveis pelos próprios destinatários, mesmo que se trate de uma solidariedade baseada na obediência abstrata ao direito positivo²⁴⁹.

3.1.3 De que maneira o direito ainda permanece conectado com a moral?

Tendo em vista que o processo de modernização social acarretou a separação entre a moral e o direito, para Habermas uma “fundamentação moral do direito significaria ainda uma concepção tradicional de hierarquias de tipos de normas, como existentes no mundo pré-moderno”²⁵⁰. Ou seja, estar-se-ia, diante de uma “falta de modernidade, em que a esfera do direito não teria sua autonomia própria”²⁵¹.

²⁴⁶ KEINERT, Maurício Cardoso; HULSHOF, Monique; MELO, Rúrion Soares. Diferenciação e complementaridade entre direito e moral. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 75.

²⁴⁷ Ibid., p. 76.

²⁴⁸ Ibid., p. 76.

²⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo, volume II: sobre a crítica da razão funcionalista*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016b, p. 325.

²⁵⁰ REPA, Luiz. Liberdade comunicativa e forma do direito. Em: XI Colóquios Habermas e II Colóquio Filosofia da Informação (11: 2015: Rio de Janeiro), organizado por Clóvis Ricardo Montenegro de Lima. Rio de Janeiro: Salute, 2016, p. 11.

²⁵¹ Ibid., p. 11.

A constatação de Habermas é de que “a moral que se retraiu para o interior do sistema cultural passa a ter uma relação apenas virtual com a ação, cuja atualização depende dos *próprios* atores motivadores”²⁵². Ou seja, “de si mesmo ela não mantém mais vínculo com os motivos que impulsionam os juízos morais para a prática”²⁵³. Logo, a eficácia da moral se torna dependente de outros meios, que não ela mesma, complemento este que, na compreensão habermasiana, é realizado pelo direito através da ameaça de sanções²⁵⁴.

Nessas condições, “a moral e o direito se diferenciam radicalmente por seus papéis e estruturas, pois, enquanto a moral pós-tradicional representa apenas uma forma de saber cultural, o direito positivo constitui, além disso, um sistema de ação, dotado de obrigatoriedade no nível institucional”²⁵⁵. Por este motivo, a relação de complementaridade ora tematizada é pensada em termos funcionalistas, pois a forma do direito, ao realizar o aludido complemento de eficácia para a moral, liberando os motivos morais e racionais para a ação, não deve ser fundamentada epistêmica ou normativamente²⁵⁶.

Portanto, ainda que a forma jurídica se apresente como solução para os problemas de integração social apresentados pelas sociedades modernas, ela detém uma série de especificidades que não permitem uma fundamentação moral do direito. Com isso, mesmo em seu texto para as Tanner Lectures - conhecido por apresentar uma relação mais estreita entre direito e moral em comparação com “Direito e Democracia”²⁵⁷ - Habermas afirma que não se pode equiparar “as qualidades procedimentais de um nível de fundamentação pós-tradicional às orientações valorativas materiais”²⁵⁸, pois a relação entre direito e moral é de natureza puramente procedimental, despojada de “todos os conteúdos normativos determinados, sublimando-se num processo de fundamentação e de aplicação de possíveis conteúdos normativos”²⁵⁹. Tal relação não possui caráter conteudístico, defendendo-se a ideia de que “a

²⁵² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 149.

²⁵³ Ibid., p. 149.

²⁵⁴ Ibid., p. 150.

²⁵⁵ REPA, Luiz. Op cit, p. 12.

²⁵⁶ Ibid., p. 12.

²⁵⁷ Defendendo já um paradigma procedimental para o direito, o Filósofo afirma que “a legitimidade da legalidade não pode ser explicada a partir de uma racionalidade autônoma inserida na forma jurídica isenta da moral; ela resulta, ao invés disso, de uma relação interna entre o direito e a moral”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume II*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997b, p. 202. Particular nas Tanner Lectures é o fato de que além da vinculação entre a moral e o direito, defende-se uma subordinação processual deste em relação àquela que não se confunde com “o caráter subalterno da normatividade jurídica em relação à moral” DUTRA, Delamar J. V. Moral e direito nas “Tanner Lectures” de Habermas. In: *ethic@* - Florianópolis, v. 10, n. 3, p. 13 - 37, Dez. 2011, p. 15.

²⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume II*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997b, p. 201.

²⁵⁹ Ibid., p. 218.

legitimidade pode ser obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental²⁶⁰, ou seja, “na medida em que forem institucionalizados processos de decisão jurídica *permeáveis* a discursos morais²⁶¹. Trata-se de uma proposta procedimentalista que se baseia em “um processo, cuja racionalidade garante a correção de qualquer tipo de decisão tomada conforme um procedimento²⁶²”.

Entretanto, a relação entre direito e moral em Habermas ainda foi reconfigurada em “Direito e Democracia”. Nesta obra, a despeito de não excluir a relação entre direito e moral, o autor defende que não se pode ignorar a diferença dos níveis de complexidade destes sistemas de ação²⁶³, deixando de colocar o discurso moral como instância de legitimação para o direito. De maneira definitiva, a correção jurídica deixa de se identificar com a correção moral, atribuindo-se à esta uma função meramente negativa, de modo que “não pairará sobre o ordenamento jurídico como uma camada superior, mas emigrará para o direito sem, no entanto, implicar na perda da identidade deste último²⁶⁴”.

Portanto, Habermas propõe uma “via intermediária que conecta a normatividade moral e a jurídica²⁶⁵, haja vista que o relacionamento se dá apenas através do “*caráter permeável do procedimento democrático que permite a livre circulação dos argumentos morais*”, bem como “pela interdição dos produtos do procedimento democrático contrariar princípios morais²⁶⁶”. Isso decorre do fato de que o processo de formação do direito inclui “não só razões morais, mas pragmáticas, éticas, bem como compromissos resultantes de negociação” como “um amálgama de validade originado no procedimento democrático de legitimidade²⁶⁷”.

Ou seja, o que diferencia a validade da moral da validade do direito é a maior complexidade deste último, que admite inclusive consensos provisórios resultantes da negociação, mantendo-se “aberto a argumentos pragmáticos, éticos e morais que transparecem no processo de legislação e são enfeixados na pretensão de legitimidade de

²⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume II*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997b, p. 203.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 216.

²⁶² *Ibid.*, p. 202.

²⁶³ DUTRA, Delamar J. V. A teoria discursiva da aplicação do direito: o modelo de Habermas. In: *Revista Veritas*. v. 51 n. 1. Porto Alegre. Março 2006, p. 27.

²⁶⁴ DUTRA, Delamar J. V. Apel versus Habermas: como dissolver a ética discursiva para salvaguardá-la juridicamente. In: *Kriterion*, Belo Horizonte, nº 121, Jun./2010, p.114.

²⁶⁵ *Ibid.*, p.110.

²⁶⁶ *Ibid.*, p.111.

²⁶⁷ DUTRA, Delamar J. V. *Op cit*, p. 27

normas do direito”²⁶⁸. Assim, ao impor “um comportamento objetivo, através da ameaça de sanções”²⁶⁹, o direito, embora libere as partes dos motivos estritamente morais, permanece aberto, “como não poderia deixar de estar, a possibilidade de um comportamento moral”²⁷⁰.

Nessas condições, antes mesmo de referir à outra face da relação de complementaridade entre direito e moral, que diz respeito à adequação do sistema de direitos a formas de vida moralmente justas²⁷¹, vislumbra-se na relação proposta por Habermas entre direito e moral um dos pilares nos quais se pode sustentar a função de integração social que se desenvolve através do direito positivo, vez que, ao mesmo tempo em que libera os sujeitos da motivação moral para a ação – e com isso se adequa à regulação da conduta mesmo em ambientes neutros do ponto de vista ético e caracterizados por ações orientadas ao sucesso, como o mercado -, impede que esta liberdade jurídica seja utilizada de maneira contrária a princípios morais, inclusive com recurso à coerção se necessário for.

3.2 RELFEXOS DA COMPLEMENTARIDADE ENTRE DIREITO E MORAL PARA A LIBERDADE JURÍDICA

Se na seção anterior o processo de progressiva separação entre direito e moral foi tema, nesta passagem o foco está na primeira das facetas da relação de complementaridade entre direito e moral, que diz respeito, de um lado, à liberação dos motivos morais para a ação e à autorização para o agir estratégico decorrentes da liberdade jurídica que justifica a “saída do agir comunicativo e a recusa das obrigações ilocucionárias”²⁷²; e de outro, a limitação deste mesmo espaço de ação subjetiva pelo direito, que passa a atuar como complemento de eficácia para a moral nas sociedades pós-tradicionais.

A pretensão que está por trás da abordagem destes tópicos consiste na exposição da adequação do direito para a regulação das relações que se desenvolvem segundo os imperativos do sistema econômico capitalista, cuja orientação pelo sucesso individual poderá ser limitada por imposições do direito no cumprimento de funções de integração social.

²⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade*, volume I. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 287.

²⁶⁹ DUTRA, Delamar J. V. Razão e consenso em Habermas: teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. 2. Ed. Revista e ampliada. Florianópolis: Editora da USFC, 2005, p. 217.

²⁷⁰ Ibid., p. 217

²⁷¹ Por razão de encadeamento argumentativo, este será o tema da seção 3.3.1 desta dissertação.

²⁷² HABERMAS, Jürgen. Op cit., 1997a, p. 156.

3.2.1 Liberação dos motivos morais para a ação e a autorização para o agir estratégico

Dada a separação entre o direito e a moral ocorrida como consequência e ao mesmo tempo como condição do processo de racionalização do mundo da vida, a regulação das condutas com interferência intersubjetiva passa a ser avaliada de acordo com a sua estrita conformidade às normas de direito, independente da motivação que subjaz à ação²⁷³. Este é um fenômeno que está diretamente conectado com o aspecto funcional do direito nas sociedades pós-tradicionais, destinado que está a disciplinar o agir inclusive nos meios não-linguísticos, nos quais prevalecem as ações orientadas por enfoques instrumentais e estratégicos, como nos âmbitos do mercado e da burocracia estatal²⁷⁴.

Desta maneira, ainda que os processos de produção das normas jurídicas permaneçam atrelados a um momento de indisponibilidade inerente à autocompreensão normativa dos parceiros de direito - que se manifesta em meio ao processo democrático de legislação -, quando se trata da regulação da conduta através do direito positivo, a forma jurídica implica em uma abstração do indivíduo perante as complexidades de sua identidade pessoal que cria uma esfera de proteção dos interesses de pessoas de direito, inclusive em concorrência entre si, em detrimento da orientação ao entendimento característica do agir comunicativo²⁷⁵.

Assim, de maneira assemelhada à compreensão kantiana da legalidade, Habermas entende que a forma jurídica constitui um meio de regulação funcional das condutas sociais, pois destina-se à disciplina de relações entre arbítrios distintos, em âmbito externo, que serão interpretadas segundo o código lícito e ilícito, à revelia de qualquer justificação ética ou moral para a ação²⁷⁶. À diferença de Kant, entretanto, nosso autor não submete o direito à forma do imperativo moral, tampouco estabelece direitos subjetivos naturais prévios ao exercício da autonomia privada e pública dos cidadãos²⁷⁷.

O direito, portanto, passa a liberar os sujeitos da motivação moral e com isso põe à disposição de seus destinatários o enfoque estratégico para a ação, o que está intrinsecamente

²⁷³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p.54.

²⁷⁴ REPA, Luiz. Direito e teoria da ação comunicativa. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 63-64.

²⁷⁵ KEINERT, Maurício Cardoso; HULSHOF, Monique; MELO, Rúrion Soares. Diferenciação e complementaridade entre direito e moral. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 79.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 78; HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 147.

²⁷⁷ *Ibid.*, p 135.

vinculado à função de coordenação da conduta em esferas de ação anônimas e formais²⁷⁸. Este diagnóstico é formulado por Habermas antes mesmo de “Direito e Democracia”, de maneira que em obras como “Para a Reconstrução do Materialismo Histórico” e “Teoria do Agir Comunicativo”, nosso autor já entendia que os aspectos estruturais do direito moderno (positividade, legalidade e formalidade) passaram a viabilizar a persecução egoística de interesses privados em esferas neutralizadas eticamente, fazendo do agir estratégico uma forma legítima de ação²⁷⁹. Mais do que isso, o direito moderno, ao garantir o fluxo desta forma de ação, viabiliza o próprio intercâmbio econômico, relacionado a contextos de ação que independem da moral²⁸⁰.

Assim, para Habermas “à medida que as ações são coordenadas pelo dinheiro, que constitui um meio não linguístico, as interações reguladas por normas se transformam em transações entre sujeitos de direito privado, que se orientam pelo sucesso”²⁸¹. Ou seja, está-se diante de “um direito coativo imposto exteriormente e desatrelado dos motivos éticos”²⁸² que, por outro lado “se torna um instrumento para a delimitação de domínios de ação de arbítrio legítimo”²⁸³. A única ressalva que se deve fazer à estas manifestações sobre o direito antes de “Direito e Democracia”, é quanto à perspectiva sob a qual a liberação para o agir estratégico e o processo de juridificação são observados pelo autor, já que neste momento este desenvolve uma crítica da razão funcionalista em meio à qual ambos os fenômenos contribuem para uma espécie de *sitiamento do mundo da vida pelo sistema*²⁸⁴.

Logo, mesmo que Habermas verifique ainda nestes textos – que precedem a sua virada jurídica – uma crescente demanda por legitimidade do direito como a outra face do processo de desligamento do direito moderno em relação à metainstituições do mundo da vida, a institucionalização do agir estratégico através do direito é associada mais ao domínio da ação

²⁷⁸ REPA, Luiz Sérgio. Direito e teoria da ação comunicativa. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 64.

²⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. Tradução de Rúrion Melo. São Paulo. Editora da Unesp, 2016, p. 370.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 370.

²⁸¹ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo, volume II: sobre a crítica da razão funcionalista*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016b, p. 321.

²⁸² *Ibid.*, p. 321.

²⁸³ *Ibid.*, p. 321.

²⁸⁴ REPA, Luiz Sérgio. Direito e teoria da ação comunicativa. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 64; Neste sentido, Habermas afirma que “quando o meio do ‘dinheiro’ se institucionaliza juridicamente, o agir orientado pelo sucesso e controlado por cálculos egocêntricos do lucro se desliga do agir orientado pelo entendimento. E esse agir estratégico, desligado do mecanismo do entendimento, torna-se o padrão para a abordagem metódica de uma natureza objetivada cientificamente. Por conseguinte, no próprio domínio instrumental, a atividade teleológica se desprende das restrições normativas, passando a se conectar a fluxos de informação oriundos do sistema das ciências”; HABERMAS, Jürgen. *Op cit*, 2016b, p. 354.

teleológica e funcionalista em detrimento do agir comunicativo, do que à alguma forma de mediação entre sistema e mundo da vida que se possa desenvolver juridicamente.

Em “Direito e Democracia”, contudo, a perspectiva é outra. É possível verificar que mesmo mantendo a posição acerca das características básicas do direito moderno – que continua a levar a efeito uma “redução da vontade livre de uma pessoa moral e eticamente imputável ao arbítrio de um sujeito jurídico, determinado por preferências próprias”²⁸⁵ – a preocupação fundamental de nosso autor quanto a este fenômeno está relacionada à possibilidade estabilização da validade de uma “ordem social na qual ações comunicativas tornam-se autônomas e claramente distintas das ações estratégicas”²⁸⁶. E a alternativa apresentada é justamente a “*regulamentação normativa de interações estratégicas*, sobre as quais o próprios atores se entendem”²⁸⁷.

Assim, o direito deixa de ser um dos instrumentos auxiliares do processo de colonização do mundo da vida pelo sistema e passa a ser observado como mediador entre estes, o que se torna viável para Habermas a partir da inclusão do direito no paradigma discursivo que torna patente a tensão entre facticidade e validade e, conseqüentemente, a possibilidade de que as normas jurídicas se coloquem simultaneamente, como normas de liberdade e coerção. Equivale a dizer que o direito moderno pode reunir “tanto o aspecto da facticidade da imposição de delimitações para a ação estratégica como o aspecto da validade do reconhecimento intersubjetivo das normas jurídicas, sem a qual estas não poderiam ter uma força social integradora”²⁸⁸.

Esta é uma constatação relevante para os fins desta dissertação pois, no mesmo sentido da conclusão formulada na seção anterior, ao se apoiar neste duplo aspecto do direito, cujas normas liberam os sujeitos para agir estrategicamente ao mesmo tempo que limita coercitivamente estas ações, pode-se verificar que inclusive em ambientes nos quais o enfoque estratégico e orientado pelo sucesso é prevalecente, especialmente no intercâmbio econômico, o direito continua a exercer funções de integração social²⁸⁹, ao limitar e coordenar a relação entre sistema e mundo da vida com a apoio na legitimidade de suas prescrições, constituindo então o meio próprio para a regulação das relações econômicas capitalistas.

²⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 148.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 45.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 46.

²⁸⁸ REPA, Luiz Sérgio. Direito e teoria da ação comunicativa. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 64.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 65.

3.2.2 Direito enquanto complemento de eficácia para a moral

A separação e distinção entre direito e moral, como visto, não implica apenas em uma liberação irrestrita para o agir estratégico de modo completamente desvinculado das pretensões de integração social que estão na base do direito moderno, sobretudo no exercício de seu papel de equivalente funcional da moral para a orientação da conduta nas sociedades complexas. O direito, desta forma, é tido por Habermas como uma espécie de complemento de eficácia para a moral nas sociedades pós-tradicionais, à medida que, diante de seus aspectos dogmático e coercitivo, possui eficácia direta para a ação à nível social, diferentemente da moral, que se internalizou e apenas de maneira individual poder exercer alguma influência – que é ainda incerta – para o agir²⁹⁰.

Esta posição também está associada ao diagnóstico habermasiano acerca das sociedades modernas, de acordo com o qual “com a crescente complexidade da sociedade e de seus problemas, a moral tornou-se mais um sistema de saber cultural disponível entre outros para os indivíduos, nem sempre interessados em resolver conflitos a partir do ponto de vista ‘de todos’”²⁹¹, mas cada vez mais sob a ótica individual ou de grupos restritos, especialmente em razão da pluralidade de visões de mundo vigentes. Isso faz com que Habermas conclua que nas sociedades pós-tradicionais, a moral sofra de uma série de fraquezas que a impedem de constituir um sistema que, por si só, garanta de modo coerente a orientação da ação em âmbito externo. Pelo contrário, a formulação de juízos morais universais constitui um fardo para os indivíduos, “pois a avaliação, isto é, o juízo que estes formam de acordo com uma norma moral, não tem força suficiente para fazer com que eles de fato ajam conforme sua avaliação”²⁹².

As referidas fraquezas da moral seriam decorrentes de sobrecargas de ordem, cognitiva, motivacional e organizatória, das quais a pessoa jurídica pode ser aliviada²⁹³. Do ponto de vista *cognitivo*, o problema está no fato de que a moral não possui um código bem definido para a orientação do agir e deposita sobre os sujeitos a responsabilidade de formular

²⁹⁰ KEINERT, Maurício Cardoso; HULSHOF, Monique; MELO, Rúrion Soares. Diferenciação e complementaridade entre direito e moral. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 79.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 79.

²⁹² KEINERT, Maurício Cardoso; HULSHOF, Monique; MELO, Rúrion Soares. Diferenciação e complementaridade entre direito e moral. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 79.

²⁹³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 150.

os próprios juízos morais universais e agir conforme estes, o que de acordo com Habermas, conduz a “opiniões falíveis no conflito de interpretações”²⁹⁴, já que “o caráter abstrato destas normas universalizadas levanta problemas de aplicação, tão logo o conflito ultrapassa os limites de interações exercitadas e embutidas em contextos consuetudinários”²⁹⁵. Tal indeterminação cognitiva constitui um peso para os indivíduos que apenas a facticidade da imposição do direito é capaz de absorver, uma vez que “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”²⁹⁶ e transfere esta tarefa seja para o legislador político ao decidir quais normas valem enquanto direitos, seja aos Tribunais encarregados de solucionar os conflitos sobre as normas válidas²⁹⁷.

O aspecto *motivacional* é outro ponto em que, segundo Habermas, a moral sobrecarrega os indivíduos, à medida que ela impõe que estes ajam “segundo intuições morais, inclusive contra os próprios interesses, a fim de harmonizar o dever e a obrigação”²⁹⁸. Trata-se de uma incerteza motivacional que também é absorvida pela facticidade da imposição do direito, que libera os sujeitos da motivação moral para a ação, bastando uma obediência abstratas às normas jurídicas, as quais, senão pela virtude moral, ao menos pela coerção devem ser seguidas²⁹⁹.

O terceiro aspecto das sobrecargas que recaem sobre a moral nas sociedades pós-tradicionais é de natureza *organizacional*, e diz respeito especificamente à deveres positivos que, sob as condições das sociedades complexas, exigem “esforços cooperativos ou realizações organizacionais”³⁰⁰. Aqui, Habermas enfoca deveres de cooperação de caráter eminentemente universalistas, que ultrapassam os limites dos espaço de ação dos indivíduos, tal qual as ajudas humanitárias entre países do Primeiro Mundo à países do Terceiro Mundo ou as ações de cooperação internacional para o combate de problemas como a fome e a pobreza. Note-se que se trata de questões que apenas podem ser enfrentadas institucionalmente, de modo que “as exigências morais, que têm que ser preenchidas através

²⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 150.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 150 – 151.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 151.

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 151.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 151.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 151 – 152.

³⁰⁰ KEINERT, Maurício Cardoso; HULSHOF, Monique; MELO, Rúrion Soares. Diferenciação e complementaridade entre direito e moral. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 152.

de cadeias de ação anônimas e realizações organizacionais, só encontram destinatários claros no interior de um sistema de regras auto-aplicáveis”³⁰¹.

Importante observar, portanto, que o direito moderno “contém normas secundárias que servem para a produção de normas primárias de orientação do comportamento”³⁰². Habermas, por estas razões, propõe a teoria discursiva do direito apostando em uma forma de coordenação da conduta capaz de superar os problemas cognitivos, motivacionais e organizatórios inerentes ao avanço da modernidade. Com isso, conflitos que antes “eram resolvidas eticamente, na base do costume, da lealdade, ou da confiança são agora juridificados”³⁰³.

Mas não é só, por constituir um sistema de ação capaz de promover a coordenação da ação nos mais distintos contextos de ação, o direito se afigura como equivalente funcional da moral racional não apenas para questões associadas à autocompreensões normativas que subjazem ao mundo da vida, mas também em relação a cadeias de ação completamente funcionais e neutras do ponto de vista ético. Isso se afirma pois, ainda que esteja separado da moral e se coloque como meio de institucionalização e controle de meios não-linguísticos como o dinheiro, para Habermas, as normas de direito não podem contrariar princípios morais³⁰⁴, o que evidencia que mesmo aquelas condutas orientadas ao sucesso e que tendem a satisfazer interesses próprios, quando reguladas pelo direito, sofrem limitações para que não se efetivem em prejuízo da intersubjetividade subjacente ao sistema de direitos constituído por parceiros de direito em consideração recíproca.

Consequentemente, mesmo que seja completamente secularizado e tornado reflexivo, o direito, na perspectiva habermasiana, permanece interligado com a teoria do agir comunicativo, pois “faz parte do componente social do mundo da vida”³⁰⁵. Assim, o direito se reproduz comunicativamente junto com os demais componentes estruturais do mundo da vida, a saber, a cultura e estruturas de personalidade. Verifica-se, então, que “as regras de direito referem-se reflexivamente à integração social realizada no fenômeno da institucionalização”³⁰⁶, o que permite inclusive que mensagens socialmente integradoras se façam compreensíveis e sejam transportadas para os códigos do dinheiro e do poder, e que a

³⁰¹HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 152 – 153.

³⁰² Ibid., p. 153.

³⁰³ PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 146.

³⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. Ob cit, 1997a, p. 140-141.

³⁰⁵ Ibid., p. 112.

³⁰⁶ Ibid., p. 112.

linguagem do direito funcione “como um transformador na circulação da comunicação entre sistema e mundo da vida”³⁰⁷.

Estas constatações, preparam os argumentos a serem melhor especificados nas seções que se seguem, de acordo com os quais o direito moderno, mesmo constituindo o campo próprio de circulação de interesses individuais e de comportamentos estratégicos, também serve à realizações socialmente integradoras, através de condutas moralmente relevantes impostas pelo direito, dando origem ao que nesta dissertação denomina-se de tensão entre liberdade jurídica e integração social.

3.3 REFLEXOS DA COMPLEMENTARIDADE ENTRE DIREITO E MORAL PARA ALÉM DA LIBERDADE JURÍDICA

Exposta a potencialidade do direito moderno para estabelecer limitações à liberdade jurídica de maneira coercitiva para a realização de tarefas socialmente integradoras, esta seção traz a lume a outra face da relação de complementaridade entre direito e moral, a saber, aquela que trata dos influxos do agir comunicativo no direito positivo, de maneira a promover a adequação do direito à formas de vida moralmente justas como condição para aceitabilidade da coerção jurídica.

Desta forma, se defende que o direito positivo, quando compreendido segundo os pressupostos da teoria discursiva do direito, aloca-se em um paradigma intersubjetivo que supera as fraturas do privatismo no Estado Liberal e da cidadania passiva no Estado Social, pois passa a ser produzido em meio a processos comunicativos que se expressam no processo legislativo democrático e se torna capaz de estabelecer limitações *legítimas* à liberdade jurídica.

3.3.1 Adequação do direito à formas de vida moralmente justas

Da maneira que foi concluída a seção anterior é possível vislumbrar que a relação de complementaridade entre direito e moral não está limitada ao complemento de eficácia que o direito moderno pode dar à moral racional. Na outra ponta desta relação está a legitimidade

³⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 112.

que é própria da moral, mas que é problemática sob a perspectiva do direito³⁰⁸, questão esta que impulsiona a investigação de Habermas – central em “Direito e Democracia” - acerca da possibilidade de legitimidade do direito positivo.

Em outras palavras, a relação de complementaridade busca “atribuir eficácia à moral e legitimidade ao direito, o que só será possível pelo relacionamento entre direito e moral”³⁰⁹. E para Habermas este complemento de legitimidade se inicia pelo argumento, anteriormente exposto, de que “uma ordem jurídica só pode ser legítima quando não contrariar princípios morais”³¹⁰. Desta forma, embora as regras jurídicas integrem também razões ético-políticas, pragmáticas e resultantes de negociação³¹¹, jamais poderão se colocar em contradição com a moral no que diz respeito a questões sob as quais já recaem consensos morais, como são os casos da escravidão e da tortura, por exemplo³¹².

Neste sentido, Habermas vincula a normatização jurídica a um ponto de vista de justiça que “se mede por princípios que definem o que é simetricamente bom para todos”³¹³, diferentemente das orientações propriamente éticas que se relacionam com a forma de vida concreta de uma coletividade determinada. Para nosso autor, “o direito de uma comunidade concreta, normatizado politicamente, tem que estar, ao menos, em sintonia com os princípios morais que pretendem validade geral”³¹⁴

Ocorre que mesmo para as questões sob as quais não há consenso moral, a validade jurídica permanece vinculada à necessidade de consideração simétrica do interesse dos potencialmente abrangidos pelas normas de direito, combinando-os com o bem comum, além de “recuperar princípios universalistas de justiça no horizonte de uma forma de vida cunhada por considerações particulares de valores”³¹⁵.

³⁰⁸ DUTRA, Delamar J. V. *Razão e consenso em Habermas: teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*. 2. Ed. Revista e ampliada. Florianópolis: Editora da USFC, 2005, p. 215.

³⁰⁹ Ibid., p. 215.

³¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 140-141.

³¹¹ Enquanto as questões morais “devem ser tratadas de um ponto de vista estritamente normativo, onde se leva em consideração o interesse simétrico de todo os envolvidos”, as questões ético-políticas dizem respeito a decisões sobre a composição da identidade de uma determinada comunidade política, “tomadas da autocompreensão cultural, a partir de uma hermenêutica da própria tradição”, Já as questões pragmáticas “colocam-se quando os fins do agente se tornam problemáticos ou quando não se consegue encontrar os meios adequados para executar suas preferências”, de maneira que se formam recomendações hipotéticas, “sob a forma de imperativos condicionais”. As negociações, por fim, desenvolvem-se quando nem um interesse universalizável, nem um valor predominante sejam alcançados, visando “à obtenção de compromissos aceitáveis, um acordo que equilibra interesses conflitantes”. DUTRA, Delamar J. V. Op cit, 2005, p. 220-221.

³¹² Ibid., 2005, p. 221.

³¹³ HABERMAS, Jürgen. Op cit., 1997a, p. 351

³¹⁴ Ibid., p. 351 – 352.

³¹⁵ Ibid., p. 351.

Com isso, *inclusive as normas resultantes de negociação – portanto, aquelas que não possuem conteúdo moral ou ético-político -, permanecem de alguma maneira conectadas a discursos morais, seja porque “não é possível saber, a priori, quais interesses são universalizáveis e quais não são”*³¹⁶, *de maneira que tal conclusão só pode ser obtida após a submissão à um discurso moral ou ético-político, seja porque “o procedimento de negociações deve respeitar as regras discursivas, tais como a garantia de iguais chances de participação nas negociações e na influência recíproca”*³¹⁷.

Para Habermas, portanto, mesmo que o direito não seja subordinado à moral e, mais do que isso, ainda que o represente a liberação dos sujeitos em relação aos motivos morais para a ação, *as normas jurídicas que garantem aos sujeitos a proteção de uma esfera individual dentro da qual estes são autorizados a se orientarem pelo sucesso, em última instância, devem permanecer conectadas com o agir comunicativo, sem o que o direito não teria aptidão para se justificar enquanto sistema de ação cujas normas são ao mesmo tempo normas de coerção e liberdade, porquanto legítimas*³¹⁸. Logo, “a questão da ação estratégica orientada em função de interesses, deverá estar incluída, por uma questão factual, histórica, e de realismo político, no tratamento da questão da legitimidade do direito”³¹⁹.

A legitimidade do direito, por sua vez, de acordo com a teoria discursiva do direito de Habermas, é condicionada pela observância do já exposto princípio da democracia, que se constitui a partir da união entre a forma jurídica e o princípio do discurso³²⁰ e que, sob as condições do paradigma procedimental do direito, é capaz de equilibrar a tensão entre facticidade e validade. Isso se dá através da garantia da observância de processos segundo os quais os destinatários das normas são simultaneamente seus autores, seguindo procedimentos argumentativos que possibilitam a livre circulação de temas, contribuições e questionamentos, fator este que não apenas assegura o caráter equitativo dos processos de produção das normas jurídicas, mas também o conecta ao mundo da vida, diante das amplas possibilidades de que conteúdos inseridos na autocompreensão normativa de grupos e sujeitos venham a compor as regras de direito, tornando-as racionalmente aceitáveis, ainda que impostas por meio de

³¹⁶ DUTRA, Delamar J. V. *Razão e consenso em Habermas: teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*. 2. Ed. Revista e ampliada. Florianópolis: Editora da USFC, 2005, p. 222.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 222.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 223 -224.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 224.

³²⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 158.

sanções. Aliás, em texto posterior sobre as lutas por reconhecimento no Estado democrático de direito, Habermas faz questão de esclarecer que - em que pese a neutralidade do direito quanto à determinações éticas que impliquem a afirmação jurídica de uma espécie de destino comum dos membros de uma comunidade política em detrimento de outras formas de vida - “os ordenamentos jurídicos estão ‘impregnados eticamente’ à medida que neles se refletem a vontade política e a forma de vida de uma comunidade jurídica concreta”³²¹.

Este esclarecimento inclusive tem o condão de superar as críticas direcionadas a Habermas, sobretudo por Apel, no sentido de que a pretensão de neutralidade ética do direito e do princípio da democracia daria origem a uma concepção estritamente funcionalista do fenômeno jurídico, cuja pobreza normativa seria tão grande ao ponto de se equiparar ao positivismo jurídico e se distanciar quase que definitivamente da ética do discurso³²².

Há que se observar, que a dita neutralidade do direito está restrita à rejeição pela busca de um consenso substantivo de valores nas sociedades complexas, de modo que uma integração política deve se basear no “consenso sobre os procedimentos para a criação legítima do direito e o exercício do poder”³²³, o que inclui “o desencadeamento das liberdades comunicativas na esfera pública política, os procedimentos democráticos para resolver os conflitos e a canalização da dominação pelo Estado”, a fim de domesticar o poder ilegítimo e viabilizar o uso do poder administrativo “em favor do interesse igual de todos”³²⁴, possibilitando a própria integração ética dos indivíduos.

Por estas razões, Habermas afirma que “o conceito de dignidade humana transfere o conteúdo de uma moral do respeito igual por cada um para a ordem de *status* de cidadãos que derivam seu autorrespeito do fato de serem reconhecidos pelos outros *como sujeitos de direito iguais reivindicáveis*”³²⁵. E é nesse sentido que as pretensões normativas juridicamente fundamentadas se conectam com “uma moral universalista cujo conteúdo há algum tempo foi introduzido, por meio da dignidade humana, nos direitos humanos e nos direitos dos cidadãos

³²¹ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 378 – 379.

³²² APEL, Karl-Otto. Dissolução da ética do discurso? Quanto à arquitetura da diferenciação discursiva em *Faktizität und Geltung*, de Habermas: terceira tentativa de orientação transcendental pragmática de pensar Habermas contra Habermas, p. 215 - 233. In: *Com Habermas, contra Habermas: direto, discurso e democracia*. Organizador: Luiz Moreira. Tradução dos ensaios de Karl-Otto Apel: Cláudio Molz; Revisão: Luiz Moreira. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 201 – 315.

³²³ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 376.

³²⁴ *Ibid.*, p. 376.

³²⁵ HABERMAS, Jürgen. *Sobre a constituição da europa: um ensaio*. Tradução de Rúrion Melo, Luiz Repa e Denilson Werle. São Paulo: Ed. Unesp, 2012, p. 23.

das constituições democráticas”³²⁶. Ou seja, diversamente de uma espécie de subordinação do direito à moral, está passa por um processo de fusão com o próprio *medium* do direito que impõem a consideração de todos como sujeitos iguais em direitos e que se colocam ao mesmo tempo como autores e destinatários do direito³²⁷. Tais pressupostos teóricos e normativos inclusive permitem que, sob o ponto de vista empírico, o direito assegure a “sensibilidade para a pretensão legítima de grupos populacionais marginalizados e desprivilegiados que querem ser incluídos nas relações de vida liberais”³²⁸.

Com efeito, não se pode rotular a teoria discursiva do direito de Habermas como uma teoria funcionalista do direito isenta de quaisquer determinações normativas, haja vista que a neutralidade ética do princípio jurídico é considerado como pressuposto para que o direito possa atuar como um instrumento de controle dos imperativos sistêmicos do poder e do dinheiro em sociedades complexas, garantindo-se a formulação de condições necessárias para o alcance de formas de vida emancipadas, mesmo que para isso seja necessário o recurso à coerção jurídica.

Observados tais pressupostos, é possível sustentar que inclusive os setores do direito que se destinam a regular contextos de ação puramente formais, nos quais o tipo de ação avançada é prioritariamente estratégico, o processo de produção das normas jurídicas é capaz de impor limitações à liberdade jurídica que acompanha o próprio desenvolvimento do direito moderno, uma vez que o estabelecimento de regras destituídas de qualquer pretensão de integração social se colocaria em contrariedade com a própria gênese lógica do sistema de direitos, de caráter necessariamente intersubjetivo, e com o pressuposto segundo o qual o direito não poder contrariar princípios morais.

Disso também decorre a possível estruturação da tensão entre liberdade jurídica e integração social, como uma espécie de especificação da tensão entre facticidade e validade, à medida que Habermas, ao dar os primeiros contornos de sua teoria discursiva do direito, afirma que as normas de direito “devem apresentar-se com uma autoridade capaz de revestir a validade com a força do fático, porém, desta vez sob a condição da *polarização que já se estabeleceu entre o agir orientado pelo sucesso e o agir orientado pelo entendimento*”³²⁹.

³²⁶ HABERMAS, Jürgen. *Sobre a constituição da europa: um ensaio*. Tradução de Rúrion Melo, Luiz Repa e Denilson Werle. São Paulo: Ed. Usnesp, 2012, p. 36 - 37

³²⁷ Ibid., p. 37.

³²⁸ Ibid., p. 37.

³²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 47, *itálico nosso*.

3.3.2 A necessária intersubjetividade do direito como limite à liberdade jurídica

A necessidade de adaptação das normas de direito a formas de vida moralmente justas, da forma exposta na seção anterior, impõe um esforço de entendimento entre os destinatários destas acerca de quais são estes princípios morais de justiça e solidariedade com os quais a ordem jurídica não pode conflitar³³⁰. Este primeiro passo em direção ao processo de legitimação do direito já deixa claro para nosso autor, na esteira de seu diagnóstico de modernidade, que ainda que o direito tenha se separado da moral e tenha se especializado no cumprimento de tarefas estritamente funcionais, permanece de certa forma conectado aos pressupostos do agir comunicativo quanto aos argumentos e processos necessários à legitimação da ordem jurídica imposta sob a ameaça de sanções³³¹.

Esta posição é delineada por Habermas inicialmente a partir da recapitulação dos argumentos avançados por Weber e Parsons para demonstrar de que maneira as normas de direito podem pretender validade perante seus destinatários, ainda que impostas de modo coercitivo. Habermas encontra tanto em um como em outro autores a necessidade de uma espécie de “consenso preliminar sobre valores e a orientação dos participantes através de valores *reconhecidos intersubjetivamente*”³³², valores estes que quando internalizados podem justificar a sujeição voluntária dos destinatários à ordens sociais vigentes³³³. Esta sujeição, contudo, não se dá de modo automático, como se fosse pautado em uma comunidade de valores dados previamente à determinada comunidade política, mas se funda em um consenso sobre tais ideias e valores que devem ser intersubjetivamente reconhecidos, o que, de acordo com Weber, daria origem à ação por consentimento³³⁴.

Estas considerações servem de base para Habermas formular uma teoria do direito que concilie a sociologia jurídica e a filosofia normativa, capaz de expressar a tensão entre facticidade e validade, respondendo ao questionamento acerca da possibilidade de atribuir legitimidade às normas de direito em um estágio da evolução da sociedade marcado pela pluralidade de eticidades simultaneamente vigentes, o que impossibilita o recurso à uma eticidade compartilhada pelos destinatários da ordem jurídica³³⁵. Desta forma, ao partir do

³³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 133.

³³¹ *Ibid.*, p. 95-96.

³³² *Ibid.*, p. 95.

³³³ *Ibid.*, p. 95.

³³⁴ *Ibid.*, p. 96.

³³⁵ NOBRE, Marcos. Introdução. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 17 – 19.

diagnóstico de um mundo descentrado, nosso autor verifica que o direito e a política não mais se apoiam em mandamentos superiores unívocos, como as tradições e as religiões, colocando-se em um espaço conflituoso que torna inviável a simples defesa de direitos naturais, mas que por outro lado não perde de vistas a necessidade de legitimação do direito posto³³⁶.

Diante desta característica plural das sociedades pós-tradicionais que intensifica a demanda por legitimidade do direito, Habermas aposta na transposição dos pressupostos do agir comunicativo para os processos político de formação da opinião e da vontade a partir dos quais se estruturam os sistemas de direitos e se produzem as normas jurídicas. Com isso, a esfera pública política na qual circulam todas estas diferentes eticidades é definida como momento predominantemente comunicativo do sistema político, já que é por meio dela que as instâncias oficiais de produção das normas são influenciadas e confrontadas com fluxos comunicacionais oriundos do mundo da vida, que retornam à sociedade na forma de direito legítimo justamente na medida em que decorre de processos acessíveis à todos³³⁷. Daí a origem marcadamente intersubjetiva, seja do sistema de direitos, seja das normas jurídicas que ele produz.

As próprias condições para a estruturação dos sistemas de direitos, a saber, a autonomia privada - à qual se refere o conceito de pessoa de direito - e a autonomia pública - referente à condição de membro e participe na decisões de uma determinada comunidade política - pressupõem as estruturas do mundo da vida que asseguram uma linguagem capaz de viabilizá-las, pois, “os indivíduos socializados não conseguiriam afirmar-se na qualidade de sujeitos, se não encontrassem apoio nas condições de reconhecimento recíproco, articuladas nas tradições culturais e estabilizadas em ordens legítimas e vice-versa”³³⁸. Com isso, o direito, embora esteja destinado em parte à realizações funcionais, continua vinculado ao mundo da vida e ao agir comunicativo, uma vez que por se relacionarem com a cultura e com as estruturas de personalidade, “as ações jurídicas formam o *medium* através do qual as instituições do direito se reproduzem junto com as tradições jurídicas compartilhadas intersubjetivamente e junto com as capacidades subjetivas de interpretação das regras de direito”³³⁹.

³³⁶ NOBRE, Marcos. Introdução. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 24 – 25.

³³⁷ *Ibid.*, p. 24-25.

³³⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p.111.

³³⁹ *Ibid.*, p. 112.

Logo, mesmo liberando os sujeitos dos motivos morais para a ação e criando uma esfera de liberdade dentro da qual o indivíduo está autorizado a perseguir privadamente os próprios objetivos independentemente de justificações, em sua função de estabilização das expectativas de comportamento nas sociedades modernas “o direito precisa conservar um nexu interno com a força socialmente integradora do agir comunicativo”³⁴⁰, conexão esta que é assegurada pelo processo democrático de legislação, que confronta os participantes “com as expectativas normativas das orientações do bem comum da comunidade, porque ele próprio tem que extrair sua força legitimadora do processo de um *entendimento* dos cidadãos sobre as regras de sua convivência”³⁴¹.

Com efeito, a intersubjetividade é estampada na figura do cidadão, que com os demais, é ao mesmo tempo autor e destinatário das normas de direito em processos que permitem a circulação de argumentos em defesa das mais distintas visões de mundo, cuja aceitabilidade racional decorre da falibilidade dos resultados destes mesmos processos que garantem a sua gradativa superação ou aperfeiçoamento. Isso permite a Habermas a defesa das potencialidades normativas inscritas nestes processos³⁴², que concretizam e generalizam tanto o status do cidadão³⁴³, quanto o princípio da democracia em sua matriz discursiva³⁴⁴.

Logo, nos termos da teoria discursiva do direito, mesmo a clássica categoria dos direitos subjetivos é retirada de sua tradição individualista e transposta para um paradigma intersubjetivo que faça jus às condições evolucionárias das sociedades pós-tradicionais e à necessidade de legitimação do direito enquanto ordem coercitiva. Diz-se então, que os direitos subjetivos passam a pressupor “a colaboração de sujeitos, que se reconhecem reciprocamente em seus direitos e deveres”³⁴⁵ e apenas se tornam direitos subjetivos reclamáveis judicialmente em favor de sujeitos individualmente considerados, na medida em que são reconhecidos reciprocamente pelos parceiros de direito³⁴⁶ no processo legislativo democrático com a configuração discursiva acima apresentada.

Neste sentido, Kenneth de Baynes, afirma que inclusive os direitos fundamentais clássicos à igualdade e liberdade, assim como a figura abstrata dos sujeitos de direito, quando

³⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 115.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 115, itálico do autor.

³⁴² NOBRE, Marcos. Introdução. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 31.

³⁴³ HABERMAS, Jürgen. *Op cit.*, 1997a, p. 105.

³⁴⁴ REPA, Luiz Sérgio. Direito e teoria da ação comunicativa. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 55.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 121.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 121.

compreendidos segundo a teoria jurídica de Habermas, oferecem base para lutas emancipatórias no âmbito do Estado democrático de direito, evidenciando o potencial socialmente integrador do direito, mesmo quando relacionados com categorias que, segundo uma concepção estritamente crítica da forma jurídica, seriam consideradas exclusivamente alienantes³⁴⁷.

No paradigma procedimental do direito, portanto, os espaços que no Estado Liberal e no Estado Social eram ocupados pelo homem-econômico e pelo cliente do Estado, agora são ocupados pelos cidadãos ativos que conjuntamente, e segundo os pressupostos do agir comunicativo transpostos para o princípio da democracia, programam o funcionamento das instituições, bem como determinam o conteúdo das normas de direito³⁴⁸, inclusive daquelas destinadas a regular relações puramente econômicas, caracterizadas pela orientação ao sucesso. Desta maneira, o direito, pela ação de seus próprios destinatários, atua como efetivo mediador entre sistema e mundo da vida, tendo a potencialidade de estabelecer limites aos imperativos sistêmicos advindos dos meios do poder e do dinheiro³⁴⁹.

Logo, o elemento socialmente integrador do direito não está fundada exclusivamente em seu elemento coercitivo, mas também na legitimidade das normas destinadas a regular o convívio social, sob as quais os próprios destinatários devem se entender na condição simultânea de autores destas normas³⁵⁰. Isso quer dizer que *a regulamentação normativa promovida pelo direito moderno reúne “tanto o aspecto da facticidade da imposição de delimitações para a ação estratégica como o aspecto da validade do reconhecimento*

³⁴⁷ BAYNES, Kenneth. Rights as Critique and the Critique of Rights: Karl Marx, Wendy Brown, and the Social Function of Rights. In: *Political Theory*, Vol. 28, No. 4 (Aug., 2000), pp. 451-468. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/192254?seq=1> Acessado em de abril de 04 de abril de 2020. Segue a mesma lógica a posição de Axel Honneth ao apontar para a incompletude da crítica de Lucács ao direito moderno como “produto das tendências reificantes do sistema econômico capitalista”. Para o autor, “o *status* jurídico dos participantes os protege reciprocamente contra uma postura meramente reificadora; pois ainda que o outro também possa ser sempre considerado de tal maneira apenas do ponto de vista da maximização das utilidades individuais, seu *status* jurídico no contrato de troca lhe garante uma consideração, mesmo que mínima, mas ainda assim de caráter obrigatório de suas qualidades pessoais” Mais do que isso, Honneth destaca “a possibilidade de uma postura meramente reificante sempre aumentar na proporção em que a práxis puramente ‘observadora’ passa a não contar mais com garantias mínimas de reconhecimento estabelecidas pelo direito”. HONNETH, Axel. *Reificação: um estudo de teoria do reconhecimento*. Tradução: Rúrion Melo, São Paulo: Editora da Unesp, 2018, p. 122-123.

³⁴⁸ NADAI, Bruno; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Paradigmas do direito: compreensão e limites. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 279.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 280.

³⁵⁰ REPA, Luiz. Direito e teoria da ação comunicativa. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 64.

*intersubjetivo das normas jurídicas, sem a qual estas não poderiam ter nenhuma força social integradora*³⁵¹.

³⁵¹ REPA, Luiz. Direito e teoria da ação comunicativa. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 64, grifo nosso.

4 TENSÃO ENTRE LIBERDADE JURÍDICA E INTEGRAÇÃO SOCIAL

Neste capítulo, o último deste trabalho, buscar-se-á reunir de maneira coerente as construções das seções anteriores, sem a intenção de que as considerações aqui expostas consistam em simples resumo dos capítulos precedentes. O objetivo é demonstrar que, caso o direito seja compreendido sob a perspectiva do paradigma procedimental (e discursivo) habermasiano, faz-se plausível a investigação e afirmação de potenciais socialmente integradores nas normas jurídicas, inclusive aquelas tendentes a regular relações estritamente econômicas orientadas por interesses estratégicos e instrumentais.

Partindo destas premissas, a primeira seção explicita de maneira específica noção de integração social nas sociedades pós-tradicionais destacando a noção de solidariedade relacionada com a teoria do discurso de Habermas - sem as vestes jurídicas de “Direito e Democracia” -, assim como as razões pelas quais esta concepção denominada de “solidariedade 1” vem a ser complementada por um conceito de solidariedade abstrata, que se desenvolve através do direito.

Com isso se avança na exposição das características desta cooperação que é imposta sob a ameaça de sanções, a fim de evidenciar que embora não Habermas não esteja a defender uma concepção ética para a coordenação da ação juridicamente realizada, a noção abstrata de solidariedade não é compatível com um rígido fechamento do direito em relação elementos morais, éticos e políticos, uma vez que tais aspectos são inerentes à autocompreensão das comunidades políticas que deles se valem para constituir seus respectivos sistemas de direito e determinar o conteúdo das respectivas normas jurídicas no processo democrático de legislação.

Por fim, tematizar-se-á tensão entre liberdade jurídica e integração social – condutora desta dissertação –, de modo a demonstrar a sua possível estabilização sob a perspectiva de uma reconstrução interna da autonomia privada, afirmando-se sua a continência e coerência com o projeto procedimental do direito de Habermas.

De outro lado, questiona-se sobre a dificultosa estabilização desta mesma tensão do ponto de vista externo, haja vista as fraturas fáticas causadas nos processos democráticos de legislação reais pela interferência dos meios do poder e do dinheiro, problema este que será ilustrado com exemplos do caso brasileiro.

4.1 DIREITO COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DE INTEGRAÇÃO SOCIAL E A NOÇÃO DE SOLIDARIEDADE ABSTRATA

Ao longo desta seção será retomado, agora de modo mais específico, o tema da integração social que se desenvolve através do direito, haja vista que diante do processo de modernização econômica e social do qual resultaram sociedades altamente complexas e plurais, tornou-se problemática a coordenação da ação a partir dos recursos próprios do agir comunicativo estritamente concebido. Esta tarefa será cumprida através da exposição das distintas noções de integração social e de solidariedade concebidas pelo autor em sua ética do discurso e em sua teoria do direito respectivamente, distinguindo-se as noções de “solidariedade 1” - mais voltada à ética discursiva - e solidariedade abstrata associada juridicamente desenvolvida.

O passo seguinte será a exposição da compreensão habermasiana acerca dos recursos dos quais o direito dispõe para levar a efeito esta noção de integração social, mesmo em ambientes e esferas de ação não linguísticas, tal qual as relações de cunho econômico, nas quais há intenso predomínio da razão voltada ao sucesso individual. É neste momento que se explicará o significado da noção de solidariedade abstrata, tão cara à proposta desta dissertação.

Ao longo deste empreendimento distintivo entre as referidas teses referentes à solidariedade, será possível defender inclusive uma relação de complementação entre ambas - e não de sucessão ou oposição propriamente dita -, o que possibilita a superação das críticas direcionadas ao aspecto funcionalista do direito em Habermas.

4.1.1 Integração social nas sociedades pós-tradicionais e noção de “solidariedade 1”

Habermas compreende que diante da neutralização da tensão entre as classes realizada no capitalismo estatalmente administrado, os conceitos originais da Teoria Crítica, com base em Marx, estariam superados ou seriam no mínimo insuficientes para o garimpo de potenciais de emancipação sob as condições estruturais vigentes. Desta forma, ao contrário de Adorno e Horkheimer, que em *Dialética do Esclarecimento* prognosticaram que “a razão instrumental consistia na forma estruturalmente única da racionalidade social no capitalismo administrado”, Habermas defende que ao lado da racionalidade instrumental – característica da reprodução material da vida, voltada ao êxito e relacionada ao trabalho -, há a

racionalidade comunicativa, relativa à reprodução simbólica da sociedade, orientada para o entendimento e relacionada aos processos de socialização (solidariedade), a qual se encontraria “inscrita na realidade das relações sociais contemporâneas”³⁵⁹.

Trata-se, portanto, de uma racionalidade subjacente aos processos de aprendizado articulados de maneira espontânea e intersubjetivamente mediada pela linguagem, que possui um complexo de condições ideais (e normativas para a realização), oposto aos imperativos normativamente neutros do poder e do dinheiro cuja lógica instrumentalista tende a gerar patologias como perda de sentido, anomia e alienação³⁶⁰.

Eis o modelo crítico de Habermas.

Desta forma, especialmente a partir da virada linguístico-pragmática habermasiana³⁶¹, a linguagem se torna condição de possibilidade para compreender e agir, sendo capaz de ação o sujeito que avança em pretensões de validade criticáveis, de modo a alcançar um acordo racionalmente motivado com o outro. Por esta perspectiva, o agir comunicativo impõe aos sujeitos que coordenem seus planos de ação cooperativamente, com o intento de alcançar o entendimento mútuo em relação aos diversos aspectos de suas ações, estejam eles relacionados com fenômenos objetivos, sociais ou subjetivos, o que tem influência na compreensão das próprias formas de vida intersubjetivamente compartilhadas.

Para este empreendimento, Habermas faz uma releitura da teoria dos mundos formais. Fala em (i) mundo objetivo quanto às referências ao mundo exterior, aos objetos designados e descrições realizadas pelos sujeitos ao coordenar suas ações para determinada finalidade, e associa tais condições à pretensão de verdade das ações; (ii) mundo social no que diz respeito às condições normativas vigentes em determinado contexto de ação e à projeção da aceitação de tais normas como válidas, o que se relaciona com a pretensão de correção normativa dos atos; (iii) e mundo subjetivo, no que concerne às vivências e disposições subjetivas do próprio

³⁵⁹ NOBRE, Marcos. *A Teoria Crítica*. 1.ed. Rio de Janeiro, RJ: Zahar, 2004, p. 56.

³⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo, volume II: sobre a crítica da razão funcionalista*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016b, p. 257-268.

³⁶¹ Tal movimento à filosofia da linguagem por parte de Habermas supera a simples crítica das limitações da filosofia do sujeito ou da consciência, pois além da função meramente expositiva do mundo, o autor passa a sustentar que a linguagem assume também efeitos comportamentais e emancipatórios. Isso quer dizer que a linguagem não apenas representa fatos e expressa sentidos, mas também possibilita o entendimento intersubjetivo entre os falantes em uma situação de ação.³⁶¹ Ou seja, na teoria do agir comunicativo, “o emprego da linguagem orientada ao entendimento é o modo original de emprego da linguagem, perante a qual os outros modos comportam-se de modo parasitário.”³⁶¹. DUTRA. Delamar José Volpato. *Razão e consenso em Habermas: teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*. 2. Ed. Revista e ampliada. Florianópolis: Editora da USFC, 2005, p. 45; e no mesmo sentido: HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo, volume I: racionalidade da ação e racionalização social*. Tradução Paulo Astor Doethe; revisão da tradução Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016a p. 159.

falante enquanto partícipe de uma situação de ação, como forma de exteriorização da subjetividade para o *alter*³⁶², referindo-se, assim, à pretensão de veracidade ou sinceridade.

Conforme demonstrado, especificamente quanto ao mundo social, Habermas o associa à pretensão de correção normativa das ações e, portanto, às próprias normas de coordenação da ação, sendo que neste ponto o agir comunicativo “*serve à integração social e à criação de solidariedade*”³⁶³. Não à toa estas normas dizem respeito à sociedade, definida por Habermas como componente estrutural do mundo da vida que se refere aos “ordenamentos legítimos por meio dos quais os participantes da comunicação regulam a sua pertença a grupos sociais”³⁶⁴. Trata-se, ademais, de estrutura intersubjetiva que está ligada de modo direto e indissolúvel à formação das identidades pessoais que se desenvolve através de processos de socialização no mundo subjetivo³⁶⁵, o que põe em evidência o nexo de dependência entre indivíduo e sociedade, imprescindível para o êxito da reprodução simbólica do mundo da vida.

E é justamente na esteira desta dimensão mais orgânica da integração social - concebida a partir de uma relação mais concreta com as formas de vida socioculturais desenvolvidas por meio do agir comunicativo -, que Habermas formula o que Alessandro Pinzani denomina conceito de “Solidariedade 1”³⁶⁶. Fala-se de uma forma de solidariedade que está em conexão “com o contexto mediado comunicativamente que é necessário para o processo descrito de formação da identidade e que constitui uma rede sutil de reconhecimento recíproco”³⁶⁷. Ou seja, está-se diante de concepção bastante substantiva da solidariedade (ao menos em comparação com a solidariedade abstrata que prevalece em “Direito e Democracia”), que pressupõe a inclusão dos indivíduos em uma dimensão vital de “relações de reconhecimento recíproco que forma uma rede de faltas de proteção recíproca e de necessidades de proteção explícitas”³⁶⁸ indispensável para constituição e afirmação de suas identidades.

Este conceito de “Solidariedade 1”, portanto, é talhado por Habermas com o intuito de explicitar a necessária proteção “das relações intersubjetivas pelas quais os indivíduos constituem a sua identidade”³⁶⁹ de modo a garantir o “bem-estar de companheiros

³⁶² HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo, volume I: racionalidade da ação e racionalização social*. Tradução Paulo Astor Doethe; revisão da tradução Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016a, p. 162 et seq.

³⁶³ PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 109

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 109.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 109.

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 134.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 134.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 134.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 134.

fraternizados em uma forma de vida intersubjetivamente compartilhada”³⁷⁰, correspondendo à reprodução da própria forma de vida em termos de agir comunicativo. Nessas condições, o caráter orgânico desta concepção de solidariedade manifesta-se no fato de que ela se destina à promoção de uma determinada forma de vida que se mantém através de uma rede social íntegra e que, conseqüentemente, tem a ver com a moralidade e com a eticidade.³⁷¹

Isso quer dizer que caso as estruturas do agir comunicativo funcionem de maneira adequada, com a conseqüente reprodução simbólica do mundo da vida isenta de fraturas decorrentes de influxos de imperativos sistêmicos, a tendência é que a integração social ocorra de modo espontâneo segundo a ação dos próprios indivíduos socializados no interior de suas respectivas formas de vida, tendo em vista o interesse destes pela manutenção da integridade de uma rede social que constitui condição para a proteção da própria identidade³⁷².

Não obstante, assim como exposto nos capítulos anteriores deste trabalho, o agir comunicativo não se desenvolve em situações reais como uma forma de ação isenta de fraturas, sobretudo após o avanço do processo de modernização social desencadeador da racionalização do mundo da vida e da diferenciação dos imperativos sistêmicos do dinheiro e do poder. Nesta esteira, Marcos Nobre, esclarece que é característica da ação comunicativa a pressuposição de uma série de condições ideais a cada caso, das quais seriam exemplos: “que não haja assimetrias de poder, dinheiro ou posição social entre os sujeitos que pretendem se entender, que os sujeitos só se deixem convencer pelo melhor argumento; ou que não haja distúrbios psicológicos que atrapalham a comunicação”³⁷³. O Autor destaca, entretanto, que estas são condições que “*jamais se cumprem* no mundo real das relações sociais, em que as assimetrias e dissimetrias entre os sujeitos são a regra e não a exceção”³⁷⁴. Ressalva, porém que a impossibilidade real de cumprimento das referidas condições é justamente o que “permite, por sua vez, que sejam detectadas as distorções da comunicação – aqueles obstáculos que impedem a cada vez a plena realização de uma ação comunicativa”³⁷⁵.

É esta falibilidade “proposital” do agir comunicativo associada ao maior ceticismo quanto às possibilidades de sua concretização voluntária nas sociedades modernas altamente complexas, que conduz Habermas a uma espécie de deflacionamento normativo em relação à

³⁷⁰ PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 134.

³⁷¹ *Ibid.*, p. 134 – 135.

³⁷² *Ibid.*, p. 134 – 135.

³⁷³ NOBRE, Marcos. *A Teoria Crítica*. 1.ed. Rio de Janeiro, RJ: Zahar, 2004, p. 57.

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 57.

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 57, *itálico* nosso.

integração social e da solidariedade, a partir da formulação de uma concepção declaradamente funcionalista – e não mais diretamente ética ou moral – de ambos os conceitos em sua teoria discursiva do direito³⁷⁶, fato este que, conforme será exposto em seção específica, não implica o completo prejuízo da noção de “solidariedade I”, mas sim uma espécie de complementação.

Tal mudança de perspectiva está diretamente relacionada aos efeitos do processo de modernização social para o direito e para a moral e, com isso, para a própria coordenação da ação nas sociedades modernas, seja em função das assimetrias econômicas e de poder que se infiltram nas instâncias de integração social, ou em razão do alto grau de complexidade das sociedades modernas, caracterizadas pelo pluralismo. Estas circunstâncias fazem com que o *telos* do entendimento esteja constantemente ameaçado pelo risco do dissenso, em função da possibilidade de que os sujeitos venham a descumprir quaisquer das pretensões de validade do agir comunicativo em prol de objetivos estratégicos, e em razão do número cada vez maior de visões de mundo divergentes convivendo simultaneamente na arena política.

Com isso, o autor quer dizer que “a exigência de uma apropriação consciente e autocrítica, de aceitação responsável da própria história de vida individual, insubstituível e contingente, substitui cada vez mais as instruções exemplares para uma vida virtuosa e os modelos bem-sucedidos de conduta de vida recomendados para imitação”³⁷⁷, o que faz com que Habermas indague: “até que ponto os potenciais de racionalidade, inseridos no agir comunicativo e liberados discursivamente, perpassam e dissolvem as estruturas do mundo da vida?”³⁷⁸

Diante deste questionamento e frente à necessidade de coordenação da ação nas sociedades modernas, a tese de Habermas é que o direito moderno se infiltrou nas “lacunas funcionais de ordens sociais que carregam o fardo da integração social”³⁷⁹. Isso quer dizer que o sistema jurídico assume, cada vez mais, funções de integração social, pois apenas a moral, agora frequentemente tematizada, não é mais capaz de fazê-lo pelas próprias forças. Consequentemente, do ponto de vista da eficácia para ação, a moral se torna dependente de outros meios, e este complemento é realizado pelo direito através da coerção³⁸⁰.

³⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 10.

³⁷⁷ Ibid., p. 129 - 130.

³⁷⁸ Ibid., p. 132.

³⁷⁹ Ibid., p. 65.

³⁸⁰ Ibid., p. 149.

Assim, afirma-se que “o agir comunicativo não circunscrito não tem condições de dar conta, por si só, do fardo da integração social, mas também não pode se livrar deste fardo”³⁸¹, vez que os costumes, a moral ou a ética, por suas próprias forças não garantem mais a unidade entre o que é idealmente válido e o que é faticamente realizado. Há sempre a ameaça do dissenso, do agir estratégico, da fala idiossincrática, do comportamento coativo, que acarretam fraturas na comunicação capazes de desvirtuar o direcionamento das partes ao entendimento.

Por essas razões, ainda na “Teoria do Agir Comunicativo”, Habermas defende que tanto o direito quanto a moral se afiguram como garantes da integração social, pois consistem em um ulterior nível de consenso ao qual é possível recorrer diante da complexidade social acima colocada. Ambos, tanto o direito, quanto a moral, portanto, seriam normas de ação de segunda ordem, que atuariam em contextos já contaminados pelo risco do dissenso³⁸², posição esta que cada vez mais perde força na ponta da moral racional, em favor do direito, chegando à posição habermasiana manifestada em “Direito e Democracia”, segundo a qual o direito seria inclusive um instrumento de alívio das sobrecargas que recaem sobre a moral no que diz respeito à coordenação da ação.

Disso decorre a afirmação de que o direito constitui um “sistema de saber e, ao mesmo tempo, sistema de ação”³⁸³, podendo ser entendido “como um texto repleto de proposições e interpretações ou como uma instituição, isto é, como um complexo de regulativos para a ação”³⁸⁴. A moral, por outro lado, é apenas um sistema de saber, que deve ser apropriado autonomamente por aquele que age moralmente, carregando o fardo de adequar sua conduta à exigências cognitivas, motivacionais e organizatórias, “das quais é aliviada a pessoa jurídica”³⁸⁵.

A constatação de tais insuficiências do agir comunicativo para garantir que os sujeitos alcancem a emancipação apenas com as forças espontâneas da comunicação e do entendimento, desperta Habermas para a necessidade de alívio das sobrecargas depositadas sobre os processos comunicativos eticamente mediados. E, conforme já expressado, é na união entre o princípio do discurso e a forma jurídica que nosso autor encontrará o meio que

³⁸¹ DUTRA, Delamar J. V. *Razão e consenso em Habermas: teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*. 2. Ed. Revista e ampliada. Florianópolis: Editora da USFC, 2005, p. 201.

³⁸² HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo, volume II: sobre a crítica da razão funcionalista*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016b, p. 313

³⁸³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 149.

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 150.

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 150.

julga adequado para garantir a observância de processos comunicacionais capazes de influir de modo efetivo nas definições das formas de vida concretamente estabelecidas, mesmo diante da perda dos referenciais éticos das sociedades pós-tradicionais e das frequentes ameaças oriundos dos sistemas da economia e do poder ao munda da vida³⁸⁶.

Habermas, por estes motivos, propõe a teoria discursiva do direito apostando em uma espécie *solidariedade abstrata*, com as ações sendo coordenadas coercitivamente pelo direito e não mais necessariamente pela representação de princípios morais substanciais capazes de orientar a ação, uma vez que *nas sociedades pós-tradicionais os domínios de ação são neutralizados do ponto de vista ético, o que se deve às condições precárias de integração social existentes em um horizonte de ação dependente de “decisões descentralizadas de sujeitos singulares orientados pelo sucesso próprio”*³⁸⁷.

Entretanto, considerando que não se pode renunciar à busca do entendimento comunicativo, surge o direito moderno com o escopo de substituir as convicções morais inerentes aos sujeitos “pela sanção, implicando, também, a separação do momento da facticidade e da validade jurídica”³⁸⁸, de modo que direito passa a liberar os motivos morais para seu cumprimento, preenchendo a “lacuna de solidariedade” aberta pela secularização do mundo³⁸⁹.

4.1.2 Caráter abstrato da solidariedade que se impõe através do direito

De acordo com o exposto na seção anterior, o potencial do direito para gerar integração social, nos termos da teoria discursiva do direito de Habermas, está diretamente associado à ideia de solidariedade abstrata juridicamente imposta, ou seja, de uma forma de solidariedade ou cooperação que se impõe sob a ameaça de sanções aos sujeitos independentemente das motivações destes para a ação. Afinal, esta seria uma das principais consequências do processo evolutivo do direito moderno, que perpassa a gradativa separação da moral, a liberação das obrigações comunicativas e a consequente autorização para o agir estratégico nos limites da forma jurídica.

³⁸⁶ REPA, Luiz Sérgio. Direito e teoria da ação comunicativa. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 63.

³⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 114.

³⁸⁸ DUTRA, Delamar J. V. *Razão e consenso em Habermas: teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*. 2. Ed. Revista e ampliada. Florianópolis: Editora da USFC, 2005, p. 201.

³⁸⁹ PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 146.

O que nosso autor quer propor com esta concepção abstrata da solidariedade é o abandono de um ponto de vista estritamente ético ou moral para compreender os processos de integração social nas sociedades complexas, haja vista o constante risco do dissenso e as intensas interferências dos meios do poder e do dinheiro no mundo da vida, que põem em marcha de modo cada vez mais acelerado e abrangente o predomínio da razão estratégica/instrumental em detrimento da racionalidade comunicativa³⁹⁰. Nessas condições, o recurso à eficácia funcional da coerção jurídica consiste na única maneira de garantir a cooperação entre os sujeitos, ou no mínimo a consideração dos interesses recíprocos dos mesmos de maneira estável³⁹¹. De se ver, portanto, que se trata de uma forma *dessubstancializada* de cooperação ou solidariedade, pois não decorre necessariamente da vontade dos agentes, impondo a observância de padrões solidários e cooperativos através da coercibilidade do direito, sem, contudo, excluir a possibilidade de que as ações fluam cooperativamente ao modo comunicativo.

Habermas fala em “compromisso entre as partes que se apoiam em potenciais de poder e sanção”³⁹² que, não obstante, “pressupõem certamente a disposição à cooperação, isto é, a vontade de alcançar resultados que sejam aceitáveis a todas as partes, mesmo que por razões diversas”³⁹³. Esta forma de cooperação evidentemente não exclui a perspectiva estratégica dos atores, muito embora promova uma combinação com o bem comum, conciliando-a com princípios universalistas de justiça que, quando cristalizados no direito, assumem a forma de “domínios de ação abstratos, cuja integração não se dá apenas através dos contextos normativos informais do agir orientado pelo entendimento”³⁹⁴, o que “faz jus à multiplicidade das formas de comunicação, dos argumentos e das institucionalizações do direito através de processos”³⁹⁵.

Neste sentido, Habermas associa esta forma abstrata de solidariedade desencadeada pelo direito às consequências da modernização econômica e social, cuja prova seria a aderência de sociedades “não ocidentais” em geral à realização funcionais da forma jurídica,

³⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 44.

³⁹¹ SILVA, Felipe Gonçalves. *Liberdades em Disputa: a reconstrução da autonomia da autonomia privada na teoria crítica de Jürgen Habermas*. Tese de Doutorado em Filosofia pela Universidade Estadual de Campinas. Campinas, SP, 2010, p. 86.

³⁹² HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*; traduzido por Felipe Gonçalves Silva e Rúrion S. Melo, São Paulo: Editora Unesp, 2020, p. 392.

³⁹³ *Ibid.*, p. 392.

³⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Op cit.* 1997a, p. 351.

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 351.

ainda que naqueles contextos muitos elementos tradicionais sejam remanescentes e ativos do ponto de vista da coordenação da ação. Assim, o autor sustenta que “também as sociedades asiáticas se servem, no âmbito do sistema económico globalizado, do direito positivo como meio de regulação”³⁹⁶ e que a questão acerca da compatibilidade de um ordenamento jurídico individualista – como é próprio do direito moderno sob a orientação dos direitos humanos – com as tradições culturais próprias destas sociedades é *precedida* pela avaliação da adequação destas mesmas tradições culturais aos imperativos da modernização econômica e social³⁹⁷. E mais à frente, no mesmo texto, já incluindo a legitimidade do direito positivo entre suas considerações, o autor defende que os problemas de integração social enfrentados pelas sociedades complexas como um todo “só podem ser resolvidos com os meios do direito moderno, se, com o auxílio do direito *legítimo*, se gerar aquela *forma abstracta de solidariedade entre os cidadãos* do Estado que depende, para todos os efeitos, da realização dos direitos fundamentais”³⁹⁸.

Com esta compreensão individualista dos direitos fundamentais, Habermas na verdade está se referindo ao seu projeto reconstrutivo em âmbito interno, que relaciona o conceito de autonomia privada com a noção de sujeito de direito, que “surge aqui como uma criação artificial, definida abstratamente como ‘portador’ (Träger) das liberdades individuais reconhecidas juridicamente, sem que com isso se alcance o uso particular que se fará das mesmas”³⁹⁹.

A abstração desta forma de solidariedade aqui exposta fica ainda mais clara se for considerado que o autor dispensa qualquer fundamentação normativa para a criação da associação de parceiros de direito portadores de direitos subjetivos e, com isso, sustenta que “uma fundamentação funcional é quanto basta”⁴⁰⁰, visto que as sociedades complexas se deparam com cidadãos “que são estranhos entre si e que pretendem continuar a sê-lo”⁴⁰¹, sendo satisfatório o “tipo de normas criadas artificialmente, ao mesmo tempo, imperativas e garantes de liberdade”⁴⁰².

³⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. Legitimação pelos direitos humanos. In: *Teoria política (obras escolhidas de Jürgen Habermas, 4)*. Tradução Lumir Nahodil. Lisboa: Edições 70, 2015, p. 267.

³⁹⁷ Ibid., p. 267.

³⁹⁸ Ibid., p. 270, itálico nosso.

³⁹⁹ SILVA, Felipe Gonçalves. *Liberdades em Disputa: a reconstrução da autonomia da autonomia privada na teoria crítica de Jürgen Habermas*. Tese de Doutorado em Filosofia pela Universidade Estadual de Campinas. Campinas, SP, 2010, p. 99.

⁴⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. Op cit, 2015, p. 265.

⁴⁰¹ Ibid., p. 265.

⁴⁰² Ibid., p. 265.

Trata-se, com isso, de uma forma não substancial de compreender a categoria do sujeito de direito que “cobre todos os membros da comunidade jurídica independentemente de suas identidades, de suas convicções e das perspectivas adotadas para o cumprimento da norma”⁴⁰³, abstração esta que cumpre função relevante ao afastar da configuração de uma comunidade jurídica a necessidade de uma vinculação ética fundada em formas de vida compartilhadas e em um substrato cultural comum, tornando-se possível e suficiente aquele tipo de “‘*solidariedade abstrata*’ exercida mesmo entre estranhos, a qual supõe apenas o reconhecimento de parceiros do direito (Rechtsgenossen) como autores e destinatários de um mesmo leque de liberdades e obrigações distribuídas igualmente entre todos”⁴⁰⁴.

E é justamente este ceticismo habermasiano quanto à possibilidade de encontrar possíveis elementos de eticidade em esferas de ação profanas como da economia capitalista que põe em destaque a ideia de solidariedade abstrata juridicamente imposta. Tal concepção está baseada na convicção de que a economia se alicerça em uma forma negativa de liberdade, e não comunicativa⁴⁰⁵, de modo que a defesa da existência de potenciais éticos nas relações econômicas, dos quais se poderia extrair motivações internas e voluntárias para a cooperação e para a solidariedade, seria incompatível com o atual estágio de desenvolvimento do processo de modernização social⁴⁰⁶.

Habermas, assim, diferentemente de Axel Honneth - que no âmbito de sua teoria da justiça como análise da sociedade⁴⁰⁷ intenta promover uma justificação ética do mercado a partir de sua subordinação à democracia⁴⁰⁸ para “atendimento de imperativos extraeconômicos e morais”⁴⁰⁹ - não aposta em um sujeito intrinsecamente cooperante nas relações econômicas. Ao invés disso, em razão de o subsistema da economia ser constituído de forma *não linguística*, assume-se a posição de que nesta esfera há predomínio de um

⁴⁰³ SILVA, Felipe Gonçalves. *Liberdades em Disputa: a reconstrução da autonomia da autonomia privada na teoria crítica de Jürgen Habermas*. Tese de Doutorado em Filosofia pela Universidade Estadual de Campinas. Campinas, SP, 2010, p. 86.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 99 – 100, itálico nosso.

⁴⁰⁵ DUTRA, Delamar J. V. Com Honneth, contra Honneth, a favor de Habermas. In: *Veritas*, Porto Alegre, v. 62, n. 1, jan.-abr. 2017, p. 144.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 149.

⁴⁰⁷ HONNETH, Axel. *O direito da liberdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

⁴⁰⁸ Isso seria empreendido através da aplicação “às relações econômicas as exigências normativas das sociedades democráticas liberais, como imposições de uma liberdade social geralmente aceita. Via propostos, movimentos sociais, reformas, haveria a possibilidade de realização dos princípios da liberdade social que garantiriam a legitimação do mercado, mediante processos discursivos de regulação e consolidação jurídica da igualdade de oportunidades”. DUTRA, Delamar Op cit, p. 144.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 143.

comportamento privativista, estratégico e não cooperativo que só se submete à controles e limitações a partir da coerção jurídica.

A comparação entre os teóricos críticos acima citados é fecunda para os fins desta seção em específico, à medida que embora ambos tenham um diagnóstico pessimista do mercado como um meio “não democrático, não discursivo ou não moral”⁴¹⁰, Habermas parece se manter coerente com este mesmo diagnóstico ao abrir mão da hercúlea tarefa de investigar as disposições e as motivações dos agentes econômicos em direção à eticidade, contentando-se com as realizações funcionais do direito moderno e, portanto, com uma liberdade privada de caráter jurídico e não social/positivo⁴¹¹.

Habermas é convicto de que a racionalidade jurídica possui “caráter mais sistêmico e, portanto, mais apto a fazer frente à economia de mercado”⁴¹². Por esta razão a concepção do autor quanto à liberdade jurídica está fundada no fato de que “uma perspectiva processual, em vez de substantiva ou de eticidade, tem a vantagem, ademais, de ser deflacionada sob o ponto de vista motivacional”⁴¹³. Isso significa que a forma abstrata de solidariedade que decorre da teoria discursiva do direito não implica uma justificação normativa ou ética das relações econômicas, tampouco a exigência de motivações éticas para a ação de sujeitos econômicos privados orientados pelo sucesso individual, mas apenas a sujeição destes mesmos agentes a determinações jurídicas tendentes a regular os efeitos perversos do mercado, bem como a imposição obrigações de cooperação entre os partícipes destes cursos de ação. As motivações racionais ficam por conta do *procedimento* de produção das normas jurídicas, “permitindo ao destinatário da norma escolher o motivo pelo qual cumpri-la, uma liberdade fundamental ínsita à própria forma jurídica”⁴¹⁴, mas que de modo algum implica a escusa em observar o direito positivado.

Este viés abstrato da solidariedade que se desenvolve através da coerção jurídica, é particularmente relevante nas relações de cunho econômico pois, em que pese o enfoque majoritariamente estratégico assumidos pelos sujeitos nestas esferas de ação, o direito legitimamente produzido segundo procedimentos que equiparam os parceiros de direito na

⁴¹⁰ DUTRA, Delamar J. V. Com Honneth, contra Honneth, a favor de Habermas. In: *Veritas*, Porto Alegre, v. 62, n. 1, jan.-abr. 2017, p. 151.

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 153-159. Neste sentido, Delamar J. V. Dutra sustenta o seguinte: “A impossibilidade de dominar as convicções é o motor da democracia; não a sua tentativa de disciplina. Habermas, em *Direito e democracia*, desistiu desse desiderato, por duas razões, pelo diagnóstico pessimista, aliás, compartilhado por Honneth, e pelas limitações próprias da forma jurídica infensa à motivações. *Ibid.*, p. 160.

⁴¹² *Ibid.*, p. 162.

⁴¹³ *Ibid.*, p. 163.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 165.

condição de autores e destinatários das normas jurídicas – o que dá ensejo àquela noção de solidariedade entre estranhos –, tem potencial para estabelecer regras de cooperação tendentes a reduzir as assimetrias e perversidades do mercado, independentemente da disposição subjetiva dos sujeitos para cumpri-las, já que a eficácia é garantida pela coerção e não pela consciência.

4.1.3 Complementaridade entre “solidariedade 1” e solidariedade abstrata

Esta noção abstrata de solidariedade, entretanto, não tem o condão de solapar o conceito de “solidariedade 1” anteriormente exposto. Ao invés de um conflito entre estas concepções de solidariedade, o que se defende é que há uma relação de complementação entre estas, na mesma esteira da relação entre direito e agir comunicativo nas sociedades complexas, de modo que o aspecto mais formal e neutro da solidariedade abstrata juridicamente concebida, estabelece as condições a partir das quais pode ser articulada a proteção e reprodução de formas de vida concretamente estabelecidas no interior das quais se desenvolvem os processos de socialização e formação da identidade dos indivíduos.

Este é o caminho indicado por Habermas ao tematizar as lutas por reconhecimento no Estado de direito democrático⁴¹⁵. No referido texto, o autor reconhece, que lutas pela afirmação de formas de vida culturais e de identidades coletivas minoritárias ou marginalizadas não seriam satisfeitas, nem se esgotariam na simples pretensão de distribuição justa ou equilibrada de bens primários e de direitos econômicos, políticos e sociais, na medida em que se referem à defesa do status de determinados grupos sociais ou do reconhecimento de concreto experiências coletivas de integridade violada⁴¹⁶. Sustenta-se que esta é uma potencial insuficiência da compreensão liberal do Estado de direito que, entretanto, seria suprida no paradigma procedimental do direito.

Neste sentido, Habermas afirma que “uma teoria dos direitos bem compreendida não é de modo algum cega às diferenças culturais”⁴¹⁷, uma vez que as experiências relativas à formas de vida carentes de reconhecimento ou proteção em determinada comunidade política seriam esclarecidas em processos nos quais se exercita a autonomia privada dos sujeitos de

⁴¹⁵ HABERMAS, Jürgen. Luta por reconhecimento no Estado de direito democrático. In: HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 341 – 393.

⁴¹⁶ Ibid., p. 342, 343.

⁴¹⁷ Ibid., p. 348.

direito, em equilíbrio com sua autonomia pública na condição de cidadãos⁴¹⁸. Defende-se assim, que “o sistema de direitos não é cego para as condições de vida desiguais nem tampouco para as diferenças culturais”⁴¹⁹, sobretudo, porque “os portadores de direitos subjetivos também possuem uma identidade concebida em termos intersubjetivos”⁴²⁰ e, por esta razão, “também as pessoas de direito, somente se individualizam pela socialização”⁴²¹. E para ser ainda mais claro, nosso autor sustenta que “*uma teoria dos direitos entendida de modo correto exige precisamente uma política de reconhecimento que também proteja a integridade do indivíduo nos contextos de vida que formam sua identidade*”⁴²².

Com isso, segundo o paradigma procedimental do direito, as competências jurídicas e os direitos básicos constitutivos do medium jurídico constituiriam as condições sob as quais os movimentos sociais e as lutas políticas podem articular suas reivindicações, já que estão abrangidos por iguais liberdades individuais e políticas que viabilizam o movimento dialético com a pretensão pelo estabelecimento da igualdade fática⁴²³. Assim, o procedimento democrático, para Habermas, deve possibilitar que as experiências degradantes para uma forma de vida determinada “sejam percebidas e consideradas com uma sensibilidade cada vez maior ao contexto”⁴²⁴. E ainda nesta linha, Habermas argumenta que “a universalização dos direitos do cidadão é o motor de uma diferenciação progressiva do sistema de direitos que não pode assegurar a integridade dos sujeitos de direito sem um tratamento igual estrito, governado pelos próprios cidadãos, dos contextos de vida que formam suas identidades”⁴²⁵.

Tal afirmação deixa claro que a concepção procedimental não se confunde com uma concepção estritamente formal do direito e tampouco com uma visão estritamente neutra do fenômeno jurídico, justamente porque “a teoria dos direitos não proíbe de maneira algum que os cidadãos do Estado de direito democrático levem em conta, em sua ordem estatal, uma concepção de bem que já compartilham desde o início ou sobre a qual entram em acordo em discursos políticos”⁴²⁶. O que Habermas visa impedir com a garantia de liberdade subjetivas iguais e de direitos políticos é que uma interpretação ética ou substancialista dos próprios

⁴¹⁸ HABERMAS, Jürgen. Luta por reconhecimento no Estado de direito democrático. In: HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 348.

⁴¹⁹ Ibid., p. 349.

⁴²⁰ Ibid., p. 349.

⁴²¹ Ibid., p. 349.

⁴²² Ibid., p. 349, itálico nosso.

⁴²³ Ibid., p. 350.

⁴²⁴ Ibid., p. 352.

⁴²⁵ Ibid., p. 352- 353.

⁴²⁶ Ibid., p. 367.

pressupostos dos Estado democrático de direito permita a afirmação de uma forma de vida cultural em detrimento das demais, ocultando as possibilidades de reconhecimento de identidades coletivas minoritárias ou marginalizadas, e mesmo o movimento hermenêutico de apropriação consciente e autocrítica das próprias tradições culturais⁴²⁷.

Por este motivo, afirma-se que não há propriamente um conflito entre as noções de solidariedade abstrata e de “solidariedade 1”, uma vez que *o reconhecimento mútuo das iguais liberdades subjetivas juridicamente definidas que dá origem à uma espécie de solidariedade entre estranhos, institui e concretiza as condições para que os diferentes grupos sociais, portadores de identidades coletivas e pertenças culturais distintas, possam se afirmar e pretender reconhecimento no interior do Estado*. Isso está relacionado com “um conceito de direito moderno que nos obriga – *só por razões jurídicas* – a operar com a arquitetura do Estado de direito, rica em pressupostos”⁴²⁸.

De maneira alguma, contudo, os pressupostos universalistas do medium do direito substituem e/ou neutralizam a integração social e a socialização que se desenvolvem nos termos do agir comunicativo, “pois do ponto de vista normativo a integridade da pessoa de direito individual não pode ser assegurada sem a proteção dos contextos de experiência e de vida compartilhadas em termos intersubjetivos, nos quais ela foi socializada e formou sua identidade”⁴²⁹. E na medida que o empreendimento procedimental do direito garante as condições jurídicas necessárias à articulação de lutas políticas pelo reconhecimento e afirmação das formas de vida dentro das quais os sujeito são socializados, fica evidente a complementação ente as noções de solidariedade abstrata e “solidariedade 1”.

Habermas inclusive faz questão de destacar a distinção entre *integração ética, que diz respeito à “grupos e subculturas, cada um com sua identidade coletiva própria”*⁴³⁰, e *“integração política abstrata, que abarca todos os cidadãos de modo igual”*⁴³¹. Tal distinção é importante para que se possa compreender que embora a integração política abstrata seja eticamente impregnada por estar alocada no horizonte de uma cultura política comum e relacionada com a interpretação de princípios constitucionais a partir da perspectiva histórica de cada Estado⁴³², ela *“não deve restringir a neutralidade da ordem jurídica frente às*

⁴²⁷ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, p. 360 – 367.

⁴²⁸ Ibid., p. 360, itálico nosso.

⁴²⁹ Ibid., 2018, p. 368.

⁴³⁰ Ibid., p. 374.

⁴³¹ Ibid., p. 374, itálico nosso.

⁴³² Ibid., p. 374 – 375.

comunidades integradas em termos éticos no plano subpolítico”⁴³³. Habermas esclarece esta diferenciação afirmando que “o teor ético de uma integração política que une todos os cidadãos precisa ser ‘neutro’ com relação às diferenças entre comunidades ético-culturais integradas segundo as próprias concepções do bem, que existem em um mesmo estado”⁴³⁴.

Desta forma, não restam dúvidas que a noção de solidariedade abstrata inscrita nas iguais liberdades subjetivas reconhecidas reciprocamente pelos parceiros de direito na determinação dos princípios orientadores do Estado de democrático de direito, não substituem ou prejudicam a “solidariedade 1” destinada a manutenção de redes sociais íntegras, mas, a rigor, complementa esta forma de integração ética entre os sujeitos, ao garantir juridicamente o status de igualdade entre as diferentes formas de vida e pertenças culturais no interior de uma mesma comunidade política, o que oferece base inclusive para lutas políticas destinadas a assegurar o reconhecimento destas mesmas formas de vida no interior do Estado.

Nesta esteira, “a teoria do agir comunicativo concede um valor posicional central à categoria do direito”⁴³⁵, já que é a partir dele que a proposta habermasiana para o enfrentamento dos problemas de integração social das sociedades modernas se desenvolve sem abandono das potencialidades emancipatórias do agir comunicativo, o que dá ensejo à uma teoria do direito fundada na união entre a forma jurídica e o princípio do discurso, permitindo que o direito possa ser “visto tanto como lei que impõem obediência através de coerção quanto norma legítima que merece reconhecimento de todos destinatários dela”⁴³⁶.

Daí ser possível afirmar que, segundo a teoria jurídico-discursiva de Habermas, o direito possui aptidão para gerar efeitos socialmente integradores em um sentido abstrato, na medida em que as respectivas normas têm a potencialidade de impor deveres de cooperação entre os sujeitos inclusive em relações de natureza eminentemente econômica, ainda que estes não estejam espontânea e voluntariamente intencionados ao entendimento comunicativo, com a finalidade de reduzir as mencionadas dissimetrias inerentes à comunicação real e próprias da racionalidade corrosiva do meio do dinheiro.

⁴³³ HABERMAS, Jürgen. Luta por reconhecimento no Estado de direito democrático. In: HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 375.

⁴³⁴ Ibid, p. 379.

⁴³⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 24.

⁴³⁶ REPA, Luiz Sérgio. Direito e teoria da ação comunicativa. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 56.

Além disso, o direito moderno “*tem os pés fincados tanto no mundo da vida como no sistema, serve tanto ao poder comunicativo como ao poder administrativo*”⁴³⁷. Porém, o que importa efetivamente para Habermas e para os fins deste trabalho é o potencial do direito para “ser portador de impulsos de reação à colonização e mesmo de movimentos ofensivos para orientar processos sistêmicos em um sentido determinado”⁴³⁸, de modo que mesmo diante da redução das possibilidades de concretização do agir comunicativo e do crescente avanço da racionalidade instrumental, seja possível, através do direito legítimo, alcançar uma forma de “*lealdade procedimental que supera a fraqueza motivacional dominante nas modernas sociedades secularizadas*”⁴³⁹.

É por esta razão que se defende que a tensão existente entre liberdade jurídica e integração social é equilibrada na teoria do direito habermasiana por esta noção abstrata de solidariedade, a dita “solidariedade entre estranhos”, já que passa a ser coercitivamente garantida ao invés de moralmente (e voluntariamente) orientada e se dá mesmo nas situações nas quais os interesses dos agentes sejam estritamente estratégicos, de acordo com a liberação das obrigações comunicativas desencadeadas pela forma jurídica.

4.2 FUNÇÃO DO DIREITO NO POSSÍVEL EQUILÍBRIO ENTRE LIBERDADE JURÍDICA E INTEGRAÇÃO SOCIAL

Esta seção foi formulada no intuito de especificar a maneira pela qual o direito pode estabelecer limitações à liberdade jurídica em prol da integração social, a fim de equilibrar a relação entre estes dois fenômenos potencialmente conflituosos. Desta forma inicialmente serão expostas as razões pelas quais é possível falar em uma tensão entre liberdade jurídica e integração social, especialmente nos ambientes nos quais prevalece a orientação estratégica das ações em direção ao sucesso próprio, tal qual as relações econômicas, regidas pelo meio do dinheiro.

Defende-se que ao mesmo tempo que libera os sujeitos para agir estrategicamente, liberando-os da motivação moral para ação e das obrigações comunicativas, o direito tem o condão de estabelecer limitações à este mesmo espaço de liberdade subjetiva juridicamente circunscrito, sob a ameaça de sanções, visando controlar os imperativos sistêmicos da

⁴³⁷ NOBRE, Marcos. Introdução. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p.27, grifo nosso.

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 27.

⁴³⁹ PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 146-147, grifo nosso.

economia, na esteira da função de mediação entre sistema e mundo da vida desempenhada pelo direito na teoria habermesiana.

Parte-se destas premissas conceituais para em seguida avançar na exposição de exemplos empíricos oferecidos por Habermas acerca de restrições promovidas pelo direito às categorias clássicas de institucionalização de circulação da economia capitalista - como a propriedade e os contratos -, a fim de corrigir assimetrias fáticas associadas às determinações do mercado. Além disso, ainda será demonstrada – também a partir de diagnósticos realizados por nosso autor – a forma pela qual o direito pode estabelecer obrigações de cooperação mesmo entre sujeitos estrategicamente orientados, pondo em evidência a possibilidade de veiculação de conteúdos socialmente integradores por meio das normas jurídicas.

4.2.1 A tensão existente entre liberdade jurídica e integração social

Até então foi possível expor a função desempenhada pelo direito enquanto mediador entre sistema e mundo da vida, atuando como espécie de medium entre o poder comunicativo e o poder administrativo, de modo a traduzir os influxos comunicacionais formulados de acordo com os pressupostos do agir comunicativo em termos funcionais, adequados à regulação de sistemas não-linguísticos que não obedecem a razão comunicativa⁴⁴⁰.

Também foi demonstrado que o direito garante uma forma de integração social que flui a partir da noção de solidariedade abstrata, fundada no reconhecimento recíproco entre os parceiros de direito na condição simultânea de autores e destinatários do processo democrático de legislação, fator este que não apenas destaca a dimensão intersubjetiva do sistema de direitos, mas, sobretudo, evidencia a maneira pela qual as normas de direito obtêm a legitimidade necessária para tornar a coerção jurídica racionalmente aceitável, inclusive quando atua para impor limitações à liberdade jurídica dos sujeitos de direito.

Estes fatores esclarecem que, para defender o processo de mediação entre sistema e mundo da vida desempenhado pelo direito, Habermas formulou o princípio da democracia enquanto especificação do princípio do discurso associado ao código do jurídico, recurso este que teria o condão de permitir a expansão da razão comunicativa no interior do sistema de direitos, atuando na própria programação deste, de modo a filtrar a razão instrumental e os

⁴⁴⁰ NOBRE, Marcos. Introdução. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 27.

imperativos sistêmicos a níveis estritamente necessários à regulação dos sistemas da economia e do poder que se diferenciaram funcionalmente nas sociedades modernas⁴⁴¹.

O direito que resulta deste processo democrático, portanto, afigura-se como um instrumento adequado para mediar a tensa relação entre sistema e mundo da vida, pois ainda que desempenhe papéis funcionais, e nessa condição se adequa à lógica de funcionamento do sistema, não é por ele encapsulado, haja vista a sua face comunicativa, com os pés fincados no mundo da vida⁴⁴². Especificamente quanto ao sistema da economia, que se reproduz através do meio do dinheiro, os processos de regulação jurídica, seguindo os pressupostos da teoria discursiva do direito, dão origem a uma tensão específica entre a liberdade jurídica própria das relações econômicas entre sujeitos privados e a integração social para a qual foi concebido o direito moderno. A tensão ora referida pode ser expressa pela afirmação de Habermas, segundo a qual “a liberação do arbítrio dos atores orientados ao sucesso da obrigação do agir orientado pelo entendimento, constitui apenas o verso da medalha de um outro aspecto, a saber, o da coordenação da ação por intermédio de leis coercitivas, que limitam os espaços de opção a partir de fora”⁴⁴³.

Desta forma, se for considerado que o direito moderno constitui o ambiente de institucionalização das relações e econômicas e de proteção da esfera de liberdade jurídica dos sujeitos privados orientados ao sucesso próprio, a transposições deste mesmo recorte das normas de direito para os termos da teoria discursiva do direito torna clara a tensão existente entre liberdade jurídica e integração social. Tanto é assim, que para Habermas o código do direito também transmite mensagens socialmente integradoras oriundas de realizações de entendimento formuladas no mundo da vida para os “códigos especiais da administração, dirigida pelo poder, e da economia, dirigida pelo dinheiro”⁴⁴⁴.

Desta forma, ao mesmo tempo em que as regras de direito asseguram um espaço de ação subjetiva isento das obrigações comunicativas inerentes ao agir orientado ao entendimento, o que se adequa à persecução de objetivos individuais e egoísticos na seara das relações econômicas, estas mesmas regras representam “delimitações factuais que modificam de tal forma o leque de dados, que o ator, no enfoque de alguém que age estrategicamente,

⁴⁴¹ NOBRE, Marcos. Introdução. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 23-24.

⁴⁴²Ibid., p. 26.

⁴⁴³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 155.

⁴⁴⁴ Ibid., p. 112.

sente-se obrigado a adaptar objetivamente seu comportamento à linha desejada”⁴⁴⁵. E como se não bastasse este limite objetivo imposto pelo direito à liberdade jurídica, por outro lado, as normas de direito “precisam desenvolver, ao mesmo tempo, uma força social integradora, na medida em que elas impõem obrigações aos destinatários, o que é possível, segundo nosso pressuposto, na base de pretensões de validade normativas reconhecidas intersubjetivamente”⁴⁴⁶.

Desta forma, ainda que constitua um ambiente de circulação de imperativos prioritariamente sistêmicos, quando reconfigurado segundo os pressupostos da teoria discursiva do direito, o direito deixa de conter a faceta estritamente privatista detectada por Habermas nos paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social, pois ele apenas estará de acordo com um sistema de direitos estruturado intersubjetivamente e segundo os processos democráticos de legislação, caso desempenhe, além dos papéis funcionais inerentes à institucionalização da economia capitalista, funções de integração social tendentes a filtrar controlar os imperativos sistêmicos transmitidos ao mundo da vida.

4.2.2 Sentido procedimental e abstrato da cooperação juridicamente imposta

O referido equilíbrio da tensão entre liberdade jurídica e integração social no interior do direito a partir da coerção jurídica pode ser compreendido de maneira mais clara se for feita uma breve conexão com as questões abordadas acerca da materialização do direito e da perda da precedência material do direito privado (seção nº 2.3.1), oportunidade em que se explicitou que Habermas não pretende rejeitar as clássicas categorias do direito de propriedade ou da liberdade contratual e demais liberdades típicas do direito liberal, tampouco os avanços sociais alcançados no paradigma do Estado Social, mas conciliá-los dentro de um paradigma procedimental do direito que não privilegie uma ou outra categoria em detrimento da própria autonomia pública dos cidadãos e privada dos indivíduos⁴⁴⁷.

Desta forma, embora o autor sustente que a autonomia privada de um sujeito de direito livre continue representando “o domínio intocável de configuração da vida privada”⁴⁴⁸ e “o

⁴⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a, p. 47.

⁴⁴⁶ Ibid., p. 47.

⁴⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume II*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997b, p. 146 – 147.

⁴⁴⁸ Ibid., p. 137.

direito a um máximo de liberdades de ação subjetiva a todos”⁴⁴⁹, a garantia desta mesma esfera de liberdade não está isenta de limitações decorrentes da “configuração politicamente autônoma da liberdade jurídica”⁴⁵⁰. E é seguindo este raciocínio que Habermas afirma a possibilidade de restrições às liberdades fundamentais clássicas, o que poderia inclusive constituir “a outra face da implantação de liberdades subjetivas *iguais* para todos”⁴⁵¹, uma vez que “se uma das partes sofrer, de fato, restrições com relação ao *status quo ante*, não se trata de restrições normativas derivadas do princípio da liberdade jurídica, e sim da eliminação dos privilégios incompatíveis com a distribuição igual de liberdades subjetivas”⁴⁵².

Evidencia-se, com isso, a capacidade do direito para impor limitações à extensão ou à forma de exercício da liberdade jurídica em prol de uma maior igualdade na distribuição deste mesmo princípio, o que no ambiente privado ocorre especialmente através de limitações às faculdades subjetivas de ação em esferas econômicas, tal qual o exercício do direito de propriedade e da liberdade contratual. Aliás, de acordo com Habermas, já no âmbito do Estado Social algumas destas categorias sofreram limitações importantes em prol da equalização ou atenuação das assimetrias subjacentes às relações econômicas capitalistas, que desequilibravam a balança das capacidades de ação em prejuízo do elo mais fraco no processo de acumulação⁴⁵³.

Assim, nosso autor chega a afirmar que as modificações no direito contratual, da mesma forma que no direito de propriedade, têm como alvo a “compensação dos ‘fracassos do mercado’ em benefício de detentores de posições mais fracas no mercado (trabalhadores, inquilinos, consumidores etc.)”⁴⁵⁴ e dá como exemplo destas alterações as regras de proteção da confiança e relativas a “controles do conteúdo e da efetivação do contrato; através de *deveres correspondentes de informação, de conselho e de cuidado*”⁴⁵⁵.

Em que pese terem sido referidas por Habermas no contexto das críticas à redução da autonomia privada levada a efeito pelo processo de materialização do direito, as normas acima referidas tornam incontestes a potencialidade do direito para estabelecer obrigações de cooperação entre os sujeitos, independentemente da orientação íntima e subjetiva dos agentes

⁴⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume II*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997b., p. 137.

⁴⁵⁰ Ibid., p. 137.

⁴⁵¹ Ibid., p. 138.

⁴⁵² Ibid., p. 138.

⁴⁵³ Ibid., p. 140 – 142.

⁴⁵⁴ Ibid., p. 141.

⁴⁵⁵ Ibid., p. 141.

para cooperar, o que traz a lume o sentido abstrato da cooperação ao qual se refere esta dissertação e que caracteriza o paradigma procedimental do direito.

4.3 SOBRE A POSSIBILIDADE DE ESTABILIZAÇÃO INTERNA E EXTERNA DA TENSÃO ENTRE LIBERDADE JURÍDICA E INTEGRAÇÃO SOCIAL

A seção final desta dissertação visa expor de modo mais específico e concentrado o que se compreende pela tensão entre liberdade jurídica e integração social, além de questionar a coerência e a continência desta na teoria discursiva do direito. O passo seguinte consiste na análise da possibilidade de estabilização interna e externa da referida tensão nos limites do arcabouço teórico e prático habermasiano. E é este o motivo pelo qual as considerações que se seguem não consistem em mera compilação das construções anteriores, já que as noções de reconstrução interna e externa da autonomia privada são especificamente mencionadas apenas neste momento, muito em função de seu potencial elucidativo quanto ao projeto procedimental de Habermas.

Assim, inicialmente será defendida a coerência e continência da argumentação acerca do potencial socialmente integrador do direito na teoria discursiva do direito habermasiana fato este que, inclusive, conduz à possibilidade de estabilização da tensão entre liberdade jurídica e integração social em perspectiva interna. Finalmente, avançar-se-á no questionamento sobre a possibilidade de estabilização desta mesma tensão em âmbito externo, a saber, em processos políticos reais, mesmo diante das tendências de interferências sistêmicas tão atuantes nas relações econômicas juridicamente tuteladas.

4.3.1 A estabilização interna da tensão entre liberdade jurídica e integração social

Diante da demonstração da mútua contribuição entre direito e agir comunicativo - este como pressuposto da concretização de processos a partir dos quais resultam normas de direito legítimas e aquele como complemento de eficácia dos pressupostos do agir comunicativo na coordenação das ações⁴⁵⁶ -, assim como os argumentos avançados acerca consequências do processo de modernização social para a compreensão normativa e funcional do direito nas sociedades pós-tradicionais – especialmente diante da papel cumprido pelo direito na

⁴⁵⁶ NADAI, Bruno; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Paradigmas do direito: compreensão e limites. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 281 – 282.

mediação entre sistema e mundo da vida -, é possível defender que a hipótese fundamental desta dissertação encontra coerência e continência *ao menos do ponto de vista interno* nos limites da teoria discursiva do direito de Habermas.

Coerência, pois as premissas que sustentam a defesa de um potencial socialmente integrador do direito positivo nas sociedades modernas foram sustentadas de modo coordenado com (i) a proposta habermasiana de defesa do paradigma procedimental do direito a partir da noção de cooriginariedade entre autonomia pública, (ii) com o diagnóstico do autor acerca da diferenciação funcional dos meios do poder e do dinheiro nas sociedades complexas e (iii) com as características do direito moderno (positividade, legalidade e formalidade). Com efeito, a partir do amálgama destas três vertentes da teoria jurídico-discursiva da Habermas, foi possível defender de que as normas jurídicas, na medida em que resultam do processo democrático de legislação, podem ser colocadas como instrumentos legítimos de coerção capazes de conter influxos sistêmicos da economia sobre o mundo da vida, sobretudo por conterem uma estrutura formal apta à atuar em meios estritamente funcionais e não linguísticos, tais quais aqueles regidos pelo meio do dinheiro.

Continência, porque as referidas categorias são todas formuladas pelo autor no âmbito de sua teoria discursiva do direito, mas sobretudo pelo fato de o controle e domesticação dos imperativos sistêmicos da economia constituir uma das facetas imprescindíveis da mediação realizada pelo direito entre sistema e mundo da vida para a garantia da integração social nas sociedades modernas⁴⁵⁷.

Esta coerência e continência se dá em nível interno na medida em que o programa reconstrutivo habermasiano quanto ao direito se divide em dois níveis: (i) quanto aos aspectos normativos decorrentes do estabelecimento da relação entre autonomia privada e autonomia pública nas sociedades pós-tradicionais, de modo a desvelar a estrutura intersubjetiva da primeira (perspectiva interna); e (ii) quanto às efetivas possibilidades de realização destes postulados inerentes à tensão entre facticidade e validade, a partir de uma "base social dos processos políticos empiricamente observáveis, as quais permitem um diagnóstico sobre as condições atuais para o cumprimento de um projeto democrático pautado na autonomia dos cidadãos"⁴⁵⁸. Logo, uma vez que as formulações até então realizadas estão fundadas tão

⁴⁵⁷ REPA, Luiz Sérgio. Direito e teoria da ação comunicativa. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 66 – 67.

⁴⁵⁸ SILVA, Felipe Gonçalves. *Liberdades em Disputa: a reconstrução da autonomia da autonomia privada na teoria crítica de Jürgen Habermas*. Tese de Doutorado em Filosofia pela Universidade Estadual de Campinas. Campinas, SP, 2010, p. 30.

somente nos aportes normativo-conceituais da teoria discursiva do direito, resta ainda saber se as potencialidades normativas da união entre o princípio do discurso e a forma jurídica resultam, em processos democráticos reais, na produção de normas de direito legítimas destinadas a concretizar o potencial socialmente integrador do direito positivo⁴⁵⁹.

Quer-se com isto dizer que até então se abordou uma “perspectiva teórica que trabalha estritamente sob uma ótica interna ao sistema jurídico e que considera o direito como a categoria chave para a regulação das relações sociais”⁴⁶⁰, e dentro desta perspectiva interna se pode constatar que o direito positivo cumpre também uma função socialmente integradora ao impor obrigações de cooperação em relações econômicas estrategicamente orientadas, especialmente, pois “conta com a possibilidade de imposição fáctica da norma por meio de sanções legalmente previstas, estabilizando assim as expectativas de comportamento em um grau significativamente maior que o da moral pós-convencional”⁴⁶¹.

Este poder fático do direito na coordenação da ação é relevante para nas reações de cunho estritamente econômico que se desenvolvem em termos estratégicos, justamente porque “a coerção dirige-se aqui ao *comportamento dos destinatários e não a seus enfoques e convicções internas*”⁴⁶², razão pela qual, mesmo diante de pretensões unilateralmente interessadas e egoísticas dos sujeitos envolvidos nestes cursos de ação, o direito é capaz de

⁴⁵⁹ Neste sentido, Felipe Gonçalves Silva esclarece que “a reconstrução do conceito de autonomia privada não pode se ater simplesmente a um âmbito de discussões que pretende resgatar seu lugar normativo no interior de um sistema de direitos fundamentado teoricamente. Ao pretender reelaborar intuições normativas presentes nos desenvolvimentos modernos do pensamento jurídico-filosófico segundo os termos modificados da teoria do discurso, Habermas ainda não consegue escapar das limitações normativistas que lhes são próprias. É verdade que esse primeiro passo reconstrutivo já faz uso de elementos norteadores de sua teoria da modernização social – os quais enxergam no advento histórico de sociedades pós-tradicionais a liberação dos potenciais comunicativos necessários às diferentes modalidades de autonomia jurídica – e que a gênese dos conceitos normativos fundamentais, entre eles, o de autonomia privada, é realizada em atenção à facticidade de uma forma jurídica observada na maior parte das modernas codificações de direitos. Tais considerações já indicam um afastamento da reconstrução normativo-conceitual habermasiana em relação a fundamentações teóricas de princípios normativos desprendidas de seus contextos de surgimento, já apontando para aquilo o Habermas irá chamar de “tensão entre facticidade e validade *interna* ao direito moderno”. Entretanto, elas ainda são incapazes de responder àquele abismo entre norma e realidade social apresentado como um desafio às elaborações normativas, uma vez que não avaliam em que medida as pretensões por autonomia inscritas no direito moderno encontram condições de se realizar em meio à complexidade social contemporânea. Vale dizer, sua reconstrução normativo-conceitual é incapaz de antever em que medida as pretensões normativas por autonomia privada são produzidas no próprio tecido social das democracias contemporâneas e implementadas como “ganhos reais de liberdade” em face de sistemas de ação que tendem a operar anonimamente. Para Habermas, as limitações de uma perspectiva teórica que opera segundo uma ótica interna aos códigos jurídicos apenas podem ser superadas em atenção a disciplinas voltadas à *base social* dos processos políticos empiricamente observáveis, as quais permitem um diagnóstico sobre as condições atuais para o cumprimento de um projeto democrático pautado na autonomia dos cidadãos.” SILVA, Felipe Gonçalves. *Liberdades em Disputa: a reconstrução da autonomia da autonomia privada na teoria crítica de Jürgen Habermas*. Tese de Doutorado em Filosofia pela Universidade Estadual de Campinas. Campinas, p. 30.

⁴⁶⁰ Ibid., p. 27 – 28.

⁴⁶¹ Ibid., p. 86.

⁴⁶² Ibid., p. 86, grifo nosso.

impor condutas moralmente relevantes, tais quais aquelas que dizem respeito à deveres de cooperação entre os sujeitos. Ademais, esta potência sancionatória do direito para a conduta é tanto mais eficaz quanto mais os próprios destinatários consideram-se autores das respectivas normas jurídicas, o que torna racionalmente aceitável não apenas o direito posto, mas a coerção que dele decorre como forma de limitação da liberdade jurídica⁴⁶³ em prol da integração social.

Logo, desde este ponto de vista, a união entre o princípio do discurso e a forma jurídica, aliada às características do direito moderno e ao diagnóstico habermasiano do processo de modernização social, afigura-se fecunda para compreender a maneira pela qual, ao menos do ponto de vista teórico o direito poderia exercer a mediação entre sistema e mundo da vida, equilibrando a relação entre liberdade jurídica e integração social.

4.3.2 É possível a estabilização externa da tensão entre liberdade jurídica e integração social?

Na seção anterior foi defendido o argumento de que a potencialidade do direito para gerar integração social poderia ser coerentemente afirmada nos termos da teoria discursiva do direito de Habermas, ao menos do ponto de vista interno, ou seja, por uma perspectiva estritamente normativo-conceitual da tensão entre norma e realidade, sem, contudo, avançar no questionamento acerca da concretização destes potenciais em processos políticos efetivos. Não obstante, para não correr o risco de incorrer nas parciais às quais se dirigem as objeções de Habermas às teorias de cunho idealista e positivista⁴⁶⁴, a reconstrução da autonomia privada empreendida em “Direito e Democracia” deve caminhar em direção ao “alcance de uma nova tensão entre facticidade e validade, que passará a ser formulada como uma tensão entre a autocompreensão normativa do direito moderno e a *percepção das desigualdades fáticas que habitam contextos sociais concretos*”⁴⁶⁵.

Fala-se, portanto, de uma reconstrução externa que se destina a investigar nos processos políticos empiricamente verificáveis as efetivas possibilidades do direito moderno “estabilizar não apenas os profundos riscos de dissenso da integração comunicativa, como um

⁴⁶³ DUTRA, Delamar J. V.. *Razão e consenso em Habermas: teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*. 2. Ed. Revista e ampliada. Florianópolis: Editora da USFC, 2005, p. 223 – 224.

⁴⁶⁴ SILVA, Felipe Gonçalves. *Liberdades em Disputa: a reconstrução da autonomia da autonomia privada na teoria crítica de Jürgen Habermas*. Tese de Doutorado em Filosofia pela Universidade Estadual de Campinas. Campinas, SP, 2010, p. 27 – 28.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 121, itálico nosso.

crescente número de ações estratégicas que surgem nas sociedades complexas atuais”⁴⁶⁶. Desta forma, Habermas não se limita a reconstruir teoricamente a autonomia privada e relacioná-la de modo cooriginário à autonomia pública para explicitar normativamente a possibilidade de que do processo democrático de legislação resultem produtos legítimos capazes de controlar e programar os sistemas da economia e do poder de acordo com as potências comunicativas que se levantam do mundo da vida. Além disso, é imprescindível considerar que o movimento contrário pode ocorrer na arena política, dada a propensão dos processos de formação da vontade política “a ceder à ‘pressão *profana* dos imperativos funcionais’ e a ‘disfarçar’, com uma aparência de legitimidade, a imposição factual da dominação política e econômica”⁴⁶⁷. É esta “tensão *externa* entre as pretensões normativas de ordens democrático-constitucionais e a facticidade de seu contexto social”⁴⁶⁸ que impõem a Habermas o questionamento sobre a apresentação de tais pretensões normativas “como potencialidades inscritas nas sociedades complexas atuais, ainda que na forma de ‘fragmentos e partículas de uma ‘razão existente’, sujeita a bloqueios ou distorções”⁴⁶⁹.

Em termos gerais, a faceta externa da tensão entre facticidade e validade se afigura como uma tensão entre a facticidade dos imperativos sistêmicos do poder e da economia e a validade da autonomia política dos cidadãos na produção de normas destinadas a programar e regular estes mesmos imperativos⁴⁷⁰, o que apenas em processos políticos reais é possível analisar⁴⁷¹.

A principal questão a ser tratada em meio a esta tensão consiste na possibilidade de equilibrar a reprodução simbólica do mundo da vida que ocorre comunicativamente com a sua reprodução material que, nas sociedades complexas, ocorre prioritariamente por meio de códigos especiais e não linguísticos como o dinheiro, “talhado funcionalmente para relações

⁴⁶⁶ SILVA, Felipe Gonçalves. *Liberdades em Disputa: a reconstrução da autonomia da autonomia privada na teoria crítica de Jürgen Habermas*. Tese de Doutorado em Filosofia pela Universidade Estadual de Campinas. Campinas, p. 99.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 46-47.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 46-47.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 46-47.

⁴⁷⁰ NOBRE, Marcos. Introdução. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 31.

⁴⁷¹ Marcos Nobre explica os estágios desta perspectiva externa da tensão entre facticidade e validade da seguinte maneira: “Esse percurso pelas diferentes dimensões da tensão externa entre facticidade e validade tem várias estações. Ele se inicia com a consideração ainda abstrata de diferentes teorias normativas da democracia e de modelos de compreensão do exercício do poder, passa por uma reconstrução dos processos políticos efetivos em que a esfera pública ocupa um papel central e se encerra por uma caracterização de compreensão da própria sociedade e de seu futuro”. *Ibid.*, p. 32.

de troca e que condiciona as decisões de atores de maneira eficaz”⁴⁷². Assim, uma inversão na relação entre sistema e mundo da vida pode ocorrer “na medida em que as ações racionais com respeito a fins se ajustam a esse meio e ao sistema que se forma em torno dele”, o que propicia as condições para a *autoconservação* e *autorreprodução* do sistema – no caso o sistema econômico capitalista – em detrimento inclusive dos potenciais emancipatórios do processo democrático de legislação, dada a escalada da racionalidade cognitivo-instrumental sobre o mundo da vida⁴⁷³. Assim, ainda que haja em “Direito e Democracia” a passagem de um modelo de sitiamento do direito pelo sistema - sem pretensão de controle e programação deste por aquele -, para um modelo de eclusas - representado pelos procedimentos democráticos e do Estado constitucional, com o que os influxos do poder comunicativo, oriundos da periferia, atingem o centro do sistema político (parlamento, tribunais e administração) -, a eficácia deste último modelo para os fins da estabilização externa da tensão entre facticidade e validade ainda está a depender da forma como é articulada em cada comunidade política a relação entre os processos comunicacionais do mundo da vida, os imperativos sistêmicos do dinheiro e do poder e os procedimentos democráticos para a produção do direito legítimo.

Transportando tais considerações para o tema desta dissertação e à tensão específica nela exposta entre liberdade jurídica e integração social, pode-se afirmar que o potencial normativo e a eficácia funcional do direito legítimo para impor limitações externas à liberdade jurídica no âmbito das relações econômicas e, mais do que isso, estabelecer obrigações de cooperação entre os sujeitos em prol da redução das assimetrias e perversidades inerentes ao mercado, está na dependência da particular forma pela qual as instituições do Estado garantem a efetividade da autonomia privada e pública dos cidadãos no processo democrático de legislação, contra os imperativos sistêmicos intensamente atuantes nas democracias reais, com fortes tendências burocráticas e tecnocráticas.

Essa difícil conciliação em processos políticos efetivos pode ser expressada com exemplos do direito brasileiro nos quais os imperativos sistêmicos relacionados ao dinheiro e ao poder comumente determinam a pauta dos trabalhos legislativos, em detrimento de possibilidades reais de formação da vontade pública. Um dos exemplos em matéria de direito privado é representado pela promulgação da denominada “Declaração de Direitos de

⁴⁷² REPA, Luiz Sérgio. Direito e teoria da ação comunicativa. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 66.

⁴⁷³ REPA, Luiz Sérgio. Direito e teoria da ação comunicativa. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 66 - 67.

Liberdade Econômica” (Lei nº 13.874 de 20 de setembro de 2019) em regime de urgência no Congresso Nacional, em razão de a proposta ser decorrente de Medida Provisória da Presidência da República publicada na data de 30/04/2019 ao abrigo do argumento de que a estagnação do setor produtivo e do mercado de trabalho brasileiro seriam decorrentes da ausência do nível adequado de liberdade econômica no Brasil⁴⁷⁴. A lei em referência basicamente afasta a necessidade de regulamentação e aprovação prévia ao estabelecimento de empreendimentos e negócios em setores não essenciais da economia, além de estabelecer regras interpretativas na área contratual destinadas a reduzir a possibilidade de revisão judicial de contratos. Sem pretender discutir a adequação destas medidas aos fins propostos, o fato é que o referido ato legislativo já nasce deficitário do ponto de vista democrático e, conseqüentemente, quanto à sua legitimidade, visto que impõe modificações à leis centrais do ordenamento jurídico – como o próprio Código Civil – a partir de justificativas fundadas em posições unilaterais de Ministros de Estado e servidores componentes da burocracia estatal⁴⁷⁵, a despeito de qualquer deliberação pública acerca da necessidade, finalidade e conteúdo da proposta. Evidente, portanto, que embora o objetivo declarado da Medida Provisória convertida em lei fosse dar substância à liberdade econômica dos sujeitos e, conseqüentemente, à sua autonomia privada, o que efetivamente se sucedeu foi uma restrição paternalística desta última categoria, na medida em que os próprios destinatários da norma não participaram de sua produção e sequer tiveram a oportunidade de debater sobre o que

⁴⁷⁴ Tais informações substantivas acerca da justificação da medida são extraídas da Exposição de Motivos para a Medida Provisória nº 881/2019 que, dentre outras questões, está fundada nos seguintes argumentos: “[...] Liberdade econômica, em termos não-científicos, é a extensão da conquista humana do Estado de Direito e dos direitos humanos clássicos e todas as suas implicações, em oposição ao absolutismo, aplicada às relações econômicas. 3. Existe a percepção de que no Brasil ainda prevalece o pressuposto de que as atividades econômicas devam ser exercidas somente se presente expressa permissão do Estado, fazendo com que o empresário brasileiro, em contraposição ao resto do mundo desenvolvido e emergente, não se sinta seguro para produzir, gerar emprego e renda. Como resultado, o Brasil figura em 150º posição no ranking de Liberdade Econômica da Heritage Foundation/Wall Street Journal, 144º posição no ranking de Liberdade Econômica do Fraser Institute, e 123º posição no ranking de Liberdade Econômica e Pessoal do Cato Institute. 4. Esse desempenho coaduna com a triste realidade atual de mais de 12 milhões de desempregados, a estagnação econômica e a falta de crescimento da renda real dos brasileiros nos últimos anos. A realidade urge uma ação precisa, mas cientificamente embasada, de caráter imediato e remediador.

5. Após a análise de dezenas de estudos empíricos, todos devidamente especificados nas Notas Técnicas, incluindo os dedicados à América Latina, conclui-se que a liberdade econômica é cientificamente um fator necessário e preponderante para o desenvolvimento e crescimento econômico de um país. Mais do que isso, é uma medida efetiva, apoiada no mandato popular desta gestão, para sairmos da grave crise em que o País se encontra”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf Acessado em 20/10/2020.

⁴⁷⁵ A Exposição de Motivos (EMI nº 00083/2019 ME AGU MJSP) acima citada, a título de exemplo, é assinada por Servidores da Controladoria Geral da União (https://www.cgu.gov.br/sobre/institucional/quem-e-quem/curriculos/curriculo_renato_de_lima_franca-1.pdf), da Secretaria Executiva do Ministério da Economia (<http://www.economia.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/quem-e-quem/secretaria-executiva/secretaria-executiva-descricao/secretario-executivo-marcelo-pacheco-dos-guarany>) e pelo então Ministro da Justiça e da Segurança Pública, Sérgio Fernando Moro.

compreendem por liberdade econômica e autonomia privada, frente ao que propôs o poder executivo.

Outro exemplo emblemático consiste na Emenda Constitucional nº 40/2003 que modificou a redação original do art. 192 da Constituição Federal de 1988, especialmente o § 3º deste dispositivo, que previa a limitação da taxa de juros remuneratórios ao patamar de 12% ao ano, sob pena de caracterização de crime de usura, regras estas que sequer chegaram a ser aplicadas, pois dependiam de regulamentação a nível infraconstitucional que não foi levada a efeito antes da total supressão da mencionada limitação, nitidamente influenciada pelo capital financeiro, à quem convém a manutenção do controle de taxas de juros através de resoluções do Banco Central, o que garante às instituições financeiras lucros bilionários, mesmo em períodos de instabilidade da economia nacional⁴⁷⁶.

A influência dos imperativos da economia sobre o direito brasileiro, inclusive sobre os processos de produção deste, fez com que Marcelo Neves, poucos anos após a promulgação da Constituição brasileira de 1988, afirmasse que o referido art. 192 constituía a mais polêmica disposição constitucional, pois contrastava com uma realidade constitucional pouco afeita a mudanças que ameaçam o *status quo*. Aliás, ao analisar a realidade constitucional brasileira naqueles primeiros anos de vigência da denominada “Constituição Cidadã”, Neves chegou a afirmar que no Brasil “não há democracia como circulação de poder entre política, administração e o público, muito menos como integração de uma esfera pública pluralista no sistema constitucional”.⁴⁷⁷

O diagnóstico é similar ao de Gilberto Bercovici, para quem os déficits democráticos no controle do capital e das finanças públicas acarretou uma inversão no dirigismo

⁴⁷⁶ De acordo com dados do Banco Central, apenas no terceiro trimestre de 2019 o lucro líquido das cinco principais instituições financeiras do país alcançou valor superior a vinte e três bilhões de reais. Tais dados foram obtidos mediante consulta no sistema “IF.data” do Banco Central e considera, “além das instituições pertencentes ao conglomerado financeiro: i) as administradoras de consórcio, ii) as instituições de pagamento, iii) as sociedades que realizam aquisição de operações de crédito, inclusive imobiliário ou de direitos creditórios, iv) outras pessoas jurídicas sediadas no país que tenham por objeto social exclusivo a participação societária nas entidades acima mencionadas, v) os fundos de investimento nos quais as entidades integrantes do conglomerado prudencial assumam ou retenham substancialmente riscos e benefícios”. Disponível em: <https://www3.bcb.gov.br/ifdata/> Acessado em 22/10/2020.

⁴⁷⁷ NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018, p. 207. Vale destacar que a referida obra constitui a publicação em português, da obra originalmente publicada em alemão no ano de 1992. No posfácio, analisando o diagnóstico e suas previsões 26 anos depois, Neves reconhece a ocorrência de alguns avanços em termos de realização de inclusão e de realização do Constituição de 1988, mas, reafirma o déficit democrático brasileiro, no qual prevalecem relações de subintegração da maioria da população, contraposta à sobreintegração de grupos detentores de poder político e econômico, que fazem com que os pressupostos democráticos do texto constitucional cumpram um papel meramente simbólico, destinando-se inclusive à manutenção do *status quo*. *Ibid.*, p. 401 – 410.

constitucional, fazendo com que as ações políticas estejam voltadas para a garantia do capital privado, ao invés da promoção dos programas socialmente integradores previstos na Constituição, o que se dá primordialmente por meio da limitação do investimento público e do controle da rentabilidade do capital por vias tecnocráticas. Segundo o autor, “a camada capitalista do mundo dos negócios, localizada no entrelaçamento das redes de poder e capital do sistema mundial, passou a comandar a expansão do capital”⁴⁷⁸, inclusive através da imposição de “uma adaptação dos ordenamentos jurídicos nacionais, a partir das expectativas dos detentores da riqueza mundial”⁴⁷⁹.

Na contramão destes imperativos do poder - cristalizados na burocracia estatal - e do dinheiro - fluídos na economia capitalista-, o Projeto de Lei nº 3515/2015 (originário do Senado Federal sob o nº 282 do ano de 2012)⁴⁸⁰, destinado a minimizar os efeitos nefastos da política do crédito que acarreta o fenômeno do superendividamento⁴⁸¹ dos cidadãos, mesmo que conte com amplo debate público por meio da participação da sociedade civil representada pela atuação de órgãos de proteção dos consumidores e de defesa dos interesses das instituições de crédito em diversas reuniões de comissões temáticas⁴⁸², após mais de 07 (sete)

⁴⁷⁸BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica. In: *Boletim de ciências económicas XLIX*. Coimbra, 2006, p. 23.

⁴⁷⁹ Ibid., p. 23.

⁴⁸⁰ O Projeto de Lei quando ainda tramitava no Senado Federal foi assim ementado: “Altera a Lei nº 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor – para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa física, visando garantir o mínimo existencial e a dignidade humana; estabelece como direito básico do consumidor a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira, de prevenção e tratamento das situações de superendividamento, preservando o mínimo existencial, por meio da revisão e repactuação da dívida, entre outras medidas; dispõe sobre a prescrição das pretensões dos consumidores; estabelece regras para a prevenção do superendividamento; descreve condutas que são vedadas ao fornecedor de produtos e serviços que envolvem crédito, tais como: realizar ou proceder à cobrança ou ao débito em conta de qualquer quantia que houver sido contestada pelo consumidor em compras realizadas com cartão de crédito ou meio similar, enquanto não for adequadamente solucionada a controvérsia, impedir ou dificultar, em caso de utilização fraudulenta do cartão de crédito ou meio similar, que o consumidor peça e obtenha a anulação ou o imediato bloqueio do pagamento ou ainda a restituição dos valores indevidamente recebidos, condicionar o atendimento de pretensões do consumidor ou o início de tratativas à renúncia ou à desistência relativas a demandas judiciais; dispõe sobre a conciliação no superendividamento; define superendividamento; acrescenta o § 3º ao art. 96 da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) para estabelecer que não constitui crime a negativa de crédito motivada por superendividamento do idoso; dispõe que a validade dos negócios e demais atos jurídicos de crédito em curso, constituídos antes da entrada em vigor da lei, obedece ao disposto no regime anterior, mas os seus efeitos produzidos após a sua vigência aos preceitos dela se subordinam”. Projeto de Lei do Senado nº 283, de 2012, Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106773> Acessado em 20/10/2020.

⁴⁸¹ O Referido projeto de lei propõe a inclusão do art. 54-A no CDC e, no § 1º deste dispositivo conceitua-se superendividamento como a impossibilidade manifesta de o consumidor, pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação.

⁴⁸² Apenas no Senado Federal foi possível identificar pelo menos 23 reuniões em comissões temáticas com a participação de entidades e organizações da sociedade civil representativas dos interesses dos indivíduos e

anos de tramitação ainda não chegou a um resultado conclusivo, ao que tudo indica, também por conta da insatisfação das instituições financeiras com o impacto de uma legislação que impõe restrições importantes na forma de concessão de crédito, além de impor uma série de obrigações de cuidado, esclarecimento e negociação com consumidores endividados⁴⁸³.

Estas circunstâncias evidenciam que, sob a perspectiva da reconstrução externa a potências socialmente integradora do direito é neutralizada especialmente a partir da criação de óbices fáticos à circulação comunicativa do poder, o que se dá sobretudo a partir da restrição de acesso e influência da população aos processos de produção deste. Tais restrições causam um desequilíbrio na tensão entre liberdade jurídica e integração social, na medida em que viabilizam uma liberdade excessiva para apropriação e garantia do capital mediante ações estratégicas e instrumentais, em detrimento da promoção de medidas socialmente integradoras que venham a garantir e ampliar autonomia pública (e conseqüentemente privada) dos destinatários do direito e das ações políticas tendentes a concretizá-lo.

Inobstante a existência destas fraturas nos processos políticos de formação da opinião e da vontade com aptidão para prejudicar a legitimidade das normas de direito deles resultantes, é importante destacar que para Habermas a tensão entre facticidade e validade não deve ser superada, mas, a rigor, continuamente renovada, pois é ela o elemento característico

grupos afetados pela proposta legislativa, além de intervenções de especialistas nesta mesmo contexto. Projeto de Lei do Senado nº 283, de 2012, Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106773> Acessado em 20/10/2020. Na Câmara dos Deputados foram registradas outras 08 (oito) reuniões em comissões desde o ano de 2016. Projeto de Lei nº 3515 de 2015. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/sessoes_e_reunioes?idProposicao=2052490 Acessado em 20/10/2020.

⁴⁸³ Em especial, o projeto de Lei em questão visa criar procedimento específico para renegociação de dívidas dos consumidores, estabelecendo inclusive que o consumidor superendividado poderá apresentar em juízo proposta de plano de pagamento com prazo máximo de 5 (cinco) anos, preservados o mínimo existencial e as garantias e formas de pagamento originalmente pactuadas, prevendo que o não comparecimento injustificado de qualquer credor à audiência de conciliação acarretará a suspensão da exigibilidade do débito e a interrupção dos encargos da mora (“Art. 104-A. A requerimento do consumidor superendividado pessoa natural, o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, visando à realização de audiência conciliatória, presidida por ele ou por conciliador credenciado no juízo, com a presença de todos os credores, em que o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de 5 (cinco) anos, preservados o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, e as garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas. § 1º Excluem-se do processo de repactuação as dívidas de caráter alimentar, as fiscais, as parafiscais e as oriundas de contratos celebrados dolosamente sem o propósito de realizar o pagamento, bem como as dívidas oriundas dos contratos de crédito com garantia real, dos financiamentos imobiliários e dos contratos de crédito rural. § 2º O não comparecimento injustificado de qualquer credor, ou de seu procurador com poderes especiais e plenos para transigir, à audiência de conciliação de que trata o caput deste artigo acarretará a suspensão da exigibilidade do débito e a interrupção dos encargos da mora.[...]). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106773> Acessado em 20/10/2020.

de uma Teoria Crítica⁴⁸⁴. Isso quer dizer que mesmo a “norma positivada não esgota todas as potencialidades presentes no processo legislativo e no processo de aplicação da norma (i.e, de criação do direito)”⁴⁸⁵. Uma tal perspectiva reduziria “a legitimidade à legalidade em seu sentido formal unicamente”⁴⁸⁶, ofuscando a potência emancipatória que decorre da própria crítica do processo legislativo democrático.

Aliás, a necessidade de constante renovação da tensão entre facticidade e validade traz à lume a fecundidade da percepção de eventuais fraturas nos processos democráticos de legislação em relação à autonomia pública e privada reconstruídas teoricamente nos moldes de uma teoria discursiva do direito, pois *o próprio apontamento da ausência de verificação dos pressupostos necessários à produção do direito legítimo a partir da união entre a forma jurídica e o princípio do discurso, contém não apenas a reivindicação destes pressupostos, mas a aceitação destes como válidos e necessários à produção de normas jurídicas legítimas.*

Neste mesmo sentido, negar o potencial das norma jurídicas para gerar integração social tão somente pelo fato de que os processos legislativos efetivos se mostram ordinariamente contaminados por imperativos sistêmicos relacionados ao meio do dinheiro, significa a ocultação da tensão entre facticidade e validade e ladeia a *contradição performativa*⁴⁸⁷. Ora a verificação fática de tais fraturas, apenas reforça o argumento defendido ao longo desta dissertação, segundo o qual, a estabilização da tensão entre liberdade jurídica e integração social depende da passagem do direito para o paradigma procedimental, com os destinatários da norma colocando-se simultaneamente na condição de autores, reconhecendo-se uns aos outros como iguais neste processo, de acordo com a noção de solidariedade abstrata acima exposta.

⁴⁸⁴ NOBRE, Marcos. Introdução. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 32.

⁴⁸⁵ Ibid., p. 32.

⁴⁸⁶ Ibid, 2008, p. 33.

⁴⁸⁷ Isso se afirma porque a negativa do potencial socialmente integrador do direito tem como pressuposto a admissão de que o direito, a rigor, pode cumprir tal função, o que não ocorre em função das limitações sistêmicas impostas faticamente vigentes nos processos democráticos de produção das normas jurídicas; limitações estas que são exatamente as que se busca superar, controlar ou de certa forma programar com uma passagem para o paradigma procedimental do direito. Ou seja, está-se a negar um argumento que é ao mesmo tempo pressuposto da posição cética avançada. REPA, Luiz. Contradição performativa. In: *Curso livre de teoria crítica*, p. 172. Organizador: Marcos Nobre. São Paulo: Editora Papirus, 2008, p. 297 – 300.

5 CONCLUSÃO

Desde a introdução desta dissertação se fez questão de destacar o caráter problemático da hipótese condutora da pesquisa, a saber, a possibilidade de que o direito positivo, compreendido segundo a teoria discursiva do direito de Habermas, tenha potencial para gerar integração social em contextos de ação dominados pela ação estratégica, tal qual as relações estritamente econômicas. Contudo, se antecipou que o estudo seria conduzido coerentemente segundo os diagnósticos e categorias utilizados pelo autor em seu projeto reconstrutivo da autonomia privada e pública dos cidadãos em “Direito e Democracia”.

Nessas condições, ao expor os diferentes estágios do diagnóstico de tempo de Habermas, além das conexões e consequências deste mesmo diagnóstico para a compreensão do autor acerca da função cumprida pelo direito nas sociedades modernas, foi possível verificar e defender solidamente a ideia de que ao invés de simples mecanismo de institucionalização da economia capitalista, o direito entendido segundo as características fundantes do direito moderno (positividade, legalidade e formalidade) seria um dos instrumentos instrumentais hábeis para controlar e de certa forma programar o sistema da economia, completamente diferenciado e autonomizado frente ao mundo da vida.

Neste sentido, em que pese a perspectiva marcadamente negativa da Teoria Crítica em relação ao direito, à qual Habermas parece aderir em obras anteriores à “Direito e Democracia”, bem como em sua análise da relação entre sistema e mundo da vida, se explicitou que, a rigor, por evoluir gradativamente para uma posição que considera o direito como equivalente funcional da moral racional nas sociedades modernas, o autor prescinde de um apreço normativo pelo direito similar aos autores do direito racional clássico para vislumbrar nele potenciais socialmente integradores, pois, a partir de sua estrutura formal e de sua neutralidade do ponto de vista ético, detecta a adequação da estrutura do direito moderno ao modo de funcionamento dos sistemas não linguísticos do dinheiro e do poder. Daí ser razoável a afirmativa de que o direito positivo, mesmo não sendo reconstruído normativamente por Habermas, é fenômeno inseparável do processo de modernização econômica e social das sociedades pós-tradicionais, ao mesmo tempo em que se afigura como estrutura imprescindível para que se realize, tanto quanto possível, o controle e a programação do sistema econômico capitalista.

Aliás, se por um lado o direito moderno não é visualizado como instituição digna de uma reconstrução normativa nos moldes daquela efetuada por Habermas quanto à autonomia

privada e pública em “Direito e Democracia”, a outra faceta do fenômeno jurídico, a saber, a coerção jurídica, é igualmente relevante para as realizações socialmente integradoras do direito e para a sua imposição frente aos meios do poder e do dinheiro, haja vista que, abandonada a sua concepção moral e ética, este passa a se fazer cumprir perante seus destinatários sob a ameaça de sanções. Inobstante, sem perder de vista sua posição enquanto teórico crítico, Habermas não deixa de avaliar os riscos autoritários de uma concepção estritamente positivista do direito, a despeito de qualquer questionamento sobre os fundamentos e a origem de sua legitimidade.

Eis que a tensão entre a facticidade da imposição do direito e a legitimidade por ele pretendida perante seus destinatários se cristaliza na obra habermasiana, como um fio condutor da reconstrução da autonomia privada e pública dos cidadãos empreendida em “Direito e Democracia” em busca da resposta do questionamento sobre as origens da legitimidade da legalidade proposta a partir da união entre o princípio do discurso e a forma jurídica. É este questionamento, aliás, que exorta Habermas a dar o passo em direção à uma virada jurídica que, conforme exposto no fim do primeiro capítulo e início do segundo, já se delineava desde obras anteriores, diante de algumas pontuações do autor acerca da pressão por legitimidade que recai sobre o direito independente de fundamentos sagrados e separado racionalmente das tradições nas sociedades modernas.

A exposição desta passagem é complementada no segundo capítulo desta dissertação quando, ao remontar o diagnóstico habermasiano do processo de modernização econômica e social - que tem a racionalização do mundo da vida como um dos fenômenos mais fecundos para o direito moderno -, tem-se a oportunidade de defender que, a partir a partir da relação entre a evolução dos estágios da consciência moral e o direito, com diferenciação sistêmica então desencadeada e com a crescente formalização das esferas de ação, apenas o direito legítimo com seu potencial coercitivo passa a ser simultaneamente um sistema de saber e de ação com aptidão para a orientação da ação nas sociedades pós-tradicionais, uma vez que a moral racional é internalizada e não garante mais a eficácia de seus postulados de modo abrangente a nível externo e intersubjetivo.

É inclusive a gradativa separação entre o direito positivo e a moral racional, que permite a sustentação do argumento da adequação do direito para a promoção do controle e programação dos sistemas do dinheiro e do poder, no caso desta dissertação, especificamente do primeiro deles. Isso porque, uma vez que o direito é descarregado de uma fundamentação normativa forte para as suas normas e se destina a realizar uma tarefa estritamente funcional

na orientação da conduta, a sua estrutura de funcionamento se ajusta perfeitamente ao modo de operação dos mencionados sistemas não-linguísticos. Parte-se daí para afirmar que as normas de direito positivo seriam adequadas para a regulação das ações relacionadas ao sistema da economia, pois, na medida em que suas regras já não pressupõem uma motivação moral dos agentes – e a rigor liberam estes dos motivos morais para a ação –, é possível afirmar que o direito positivo se presta a coordenar a ação mesmo de sujeitos orientados pelo sucesso individual e que agem estrategicamente.

Essa é a ponte construída para que se possa alcançar a tensão entre liberdade jurídica e integração social que permeia este trabalho como um paralelo da tensão entre facticidade e validade formulada por Habermas. Trata-se de uma relação tensa, pois, se por um lado o direito positivo libera os sujeitos da motivação moral para a ação e garante à estes o ambiente propício para agir estrategicamente na persecução de seus interesses individuais, o que poderia fazer do direito um meio adequado e limitado à veiculação dos imperativos do sistema da economia; por outro lado, o direito legítimo, na medida em que deve gozar da aceitabilidade racional de seus destinatários que se colocam simultaneamente na condição de autores, tem aptidão para estabelecer limitações a esta mesma liberdade jurídica e, mais do que isso, impor deveres jurídicos de cooperação entre os agentes em relações tipicamente econômicas, o que evidencia a sua face socialmente integradora, baseada não apenas na coerção, mas também na legitimidade de suas normas.

O segundo capítulo, portanto, encerra-se com esta proposta de esclarecimento das categorias da teoria discursiva do direito de Habermas e da forma pela qual elas passam a redefinir a relação entre o direito e os meios sistêmicos, especialmente do sistema da economia. Tal elucidação dá substância teórica à hipótese inicialmente delineada através da demonstração de sua coerência com o diagnóstico sobre a modernidade e com as características e a função do direito moderno traçadas pelo autor, de modo a conciliá-lo com empreendimento reconstrutivo da autonomia privada realizado no terceiro capítulo de “Direito e Democracia”.

Com tais considerações, foram constituídas as bases para que no terceiro capítulo se realizasse a defesa da ideia de que no direito positivo habitam potenciais socialmente integradores, desde que suas normas sejam produzidas dentro de um paradigma procedimental que faça jus à proposta de cooriginariedade entre autonomia pública e privada de Habermas.

Essa possibilidade de emoldurar o direito positivo nos termos da teoria discursiva do direito, aliás, é o que justifica a afirmação da coerência e da continência da hipótese condutora

deste trabalho no programa procedimental de Habermas. Antes disso, contudo, são expostos o sentido e as características da noção de solidariedade abstrata que se desenvolve através do direito, a qual se conecta à fecunda relação entre coerção jurídica e integração social desenvolvida nos capítulos anteriores. Esta concepção abstrata da solidariedade tem papel decisivo para o suporte argumentativo desta dissertação, já que é por meio dela que se sustenta a aptidão do direito para impor deveres de cooperação entre indivíduos que agem estrategicamente, tal qual aqueles que se encontram no mercado, uma vez que tais obrigações são destituídas de caráter ético e se fundam no estrito e abstrato reconhecimento recíproco dos sujeitos enquanto parceiros de direito que se colocam ao mesmo tempo como autores e destinatários das normas regentes de sua conduta a nível social, mesmo em âmbitos marcados pela prevalência da liberdade jurídica/negativa.

Ademais, a forma de concretização desta noção abstrata da solidariedade que se desenvolve entre estranhos por meio da coerção jurídica - especificamente âmbito relações estrategicamente orientadas - e a pertinência desta proposta com a teoria discursiva do direito, tornam-se ainda mais palpáveis com a exposição de exemplos utilizados por Habermas sobre a reformulação clássicas categorias de institucionalização da economia capitalista como a propriedade privada e os contratos, a fim de passem a conter noções de justiça social e igualdade material. Além disso, são cotejadas passagens nas quais nosso autor afirma a possibilidade de imposição da adoção de condutas moralmente relevantes por meio do direito, o que evidencia a defendida potencialidade socialmente integradora do direito em um sentido abstrato e procedimental, já que, sem fazer incursão no elemento subjetivo dos indivíduos e sem exigir destes um ideal de conduta ética, é capaz de estabelecer limitações legítimas à liberdade jurídica em prol da redução de assimetrias em relações de cunho econômico, inclusive através da imposição de obrigações *jurídicas* de cooperação, cuidado e informação.

Esta articulação entre a ideia de solidariedade abstrata, a proposta procedimental para a possível afirmação da legitimidade do direito positivo e as características das ações e condutas passíveis de coordenação pelo direito positivo, é produtiva ao ponto de sustentar a afirmação da coerência da hipótese central desta dissertação com o projeto reconstrutivo da autonomia privada levado a efeito por Habermas em “Direito e Democracia”, ao menos do ponto de vista interno, ou seja, a partir de uma perspectiva estritamente teórica e antes de indagar se em processos políticos reais as instâncias democráticas de legislação efetivamente produzem normas em compatibilidade com a proposta procedimental de cooriginariedade entre autonomia pública e privada. Isso quer dizer que, em que pese a verificação do potencial

socialmente integrador do direito positivo, a concretização deste permanece na dependência de uma abertura discursiva dos processos democráticos efetivos à voz dos destinatários das normas, com oportunidades reais de fazer frente aos imperativos sistêmicos do poder e do dinheiro atuantes nas casas legislativas, especialmente em matérias relacionadas a instrumentos de circulação do capital.

Nesta esteira, são os exemplos do caso brasileiro que conduzem à conclusão de que a dificultosa estabilização externa da tensão entre liberdade jurídica e integração social é prejudicada pela interferência dos meios do poder e do dinheiro – em especial deste último – nos processos democráticos efetivos, os quais não apenas ocultam os influxos da esfera pública sobre o poder legislativo em direção à produção de normas jurídicas que contenham aqueles conteúdos socialmente integradores acima expostos, mas também o constringe a positivar normas que atendam ao interesse capitalista.

Esta fratura conduz à conclusão de que, em última instância, a tensão entre liberdade jurídica e integração social pela qual percorre esta dissertação, constitui apenas mais uma das facetas da tensão entre capitalismo e democracia tematizada por Habermas desde seus trabalhos acerca do capitalismo tardio, na esteira do questionamento sobre os limites que a formação pública da opinião e da vontade é capaz de impor ao sistema econômico e ao poder estatal⁶¹⁰. Neste sentido, é interessante notar que o diagnóstico sobre esta tensa relação entre política, economia e poder, assim como os objetivos de Habermas com a proposta de um controle político dos imperativos sistêmicos, mantiveram-se relativamente estáveis desde os trabalhos anteriores ao surgimento da teoria discursiva do direito até os trabalhos mais recentes sobre a democracia na esfera transnacional, modificando-se “apenas” as formas pelas quais os sistemas do poder e do dinheiro se protegem das limitações impostas pela interação simbólica da sociedade⁶¹¹ e a relevância do direito como fiel desta balança entre reprodução simbólica e colonização sistêmica do mundo da vida.

Isso se afirma, pois, nos textos em que tematiza o processo de integração transnacional e propõe os passos necessários ao alcance de maior legitimidade das instâncias internacionais de decisão, a preocupação do autor continua a ser com a busca da domesticação

⁶¹⁰ MELO, Rúrion. *Marx e Habermas: teoria crítica e os sentidos da emancipação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 231.

⁶¹¹ *Ibid.*, p. 232.

política dos mercados⁶¹², sobretudo diante da expansão de regimes tecnocráticos que não conseguem “explorar as fontes de uma legitimação democrática também para as autoridades supranacionais”⁶¹³, ocasionando a maior suscetibilidade da política internacional aos imperativos sistêmicos. A questão é relevante para o autor, visto que diante da transnacionalização e do aumento da capacidade organizatória dos mercados financeiros, estes não mais se submetem ao controle político e jurídico nos limites do Estado Nacional⁶¹⁴, fato este que suscita um processo de democratização supranacional que reúna capacidades de ação política dos cidadãos e dos Estados em uma ideia de “soberania compartilhada”⁶¹⁵.

Não obstante, o problema acima exposto e a respectiva solução oferecida por Habermas são igualmente importantes para a hipótese estruturante desta dissertação, pois evidenciam que mesmo transposto para o paradigma transnacional o direito continua a ser visualizado pelo autor como um instrumento capaz de controlar e programar o meio do dinheiro, desde que produzido a partir de um acoplamento efetivo entre autonomia privada e pública de seus destinatários, o que ratifica o seu potencial socialmente integrador. Aliás, uma ideia desta natureza vem ao encontro da posição defendida ao longo deste texto, pois agrega ao direito potenciais de coordenação do sistema econômico a nível global, o que viabiliza a filtragem das possibilidades de influência seletiva deste sobre o direito doméstico.

⁶¹² COSTA, Sérgio. Apresentação à edição brasileira: Jürgen Habermas, o intelectual público. In: *HABERMAS, Jürgen. Na esteira da tecnocracia: pequenos escritos políticos XII*. Tradução de Luiz Repa. 1. Ed. São Paulo, Editora Unesp, 2014, p. 23.

⁶¹³ HABERMAS, Jürgen. *Na esteira da tecnocracia: pequenos escritos políticos XII*. Tradução de Luiz Repa. 1. Ed. São Paulo, Editora Unesp, 2014, p. 112.

⁶¹⁴ *Ibid.*, p. 190- 191.

⁶¹⁵ *Ibid.*, p. 112.

REFERÊNCIAS

APEL, Karl-Otto. Dissolução da ética do discurso? Quanto à arquitetura da diferenciação discursiva em Faktizität und Geltung, de Habermas: terceira tentativa de orientação transcendental pragmática de pensar Habermas contra Habermas, p. 215 - 233. In: Com Habermas, contra Habermas: direto, discurso e democracia. Organizador: Luiz Moreira. Tradução dos ensaios de Karl-Otto Apel: Cláudio Molz; Revisão: Luiz Moreira. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 201 – 315.

BAYNES, Kenneth. Rights as Critique and the Critique of Rights: Karl Marx, Wendy Brown, and the Social Function of Rights. In: Political Theory, Vol. 28, No. 4 (Aug., 2000), pp. 451-468. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/192254?seq=1> Acessado em de abril de 04 de abril de 2020

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 de janeiro de 2019.

BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 23 de janeiro de 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 23 de janeiro de 2019.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 283 de 2012. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e tratamento do superendividamento. Brasília: DF, 2012. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106773> Acessado em 20 de outubro de 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3515 de 2015. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e tratamento do superendividamento. Brasília: DF, 2015 Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1408277&filenome=PL+3515/2015 Acessado em 20 de outubro de 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça; Ministério da Economia; Controladoria Geral da União. Exposição de Motivos nº 00083/2019. Brasília: DF, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf. Acessado em 20 de outubro de 2020.

BRASIL. Medida Provisória nº 811, de 30 de abril de 2016. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. Brasília: DF, Presidência da República, 2019 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm. Acessado em 20 de outubro de 2020.

BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Brasília: DF, Presidência da República, 2019, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm. Acessado em 20 de outubro de 2020.

BRASIL. Banco Central. Relatório sobre resultados de conglomerados financeiros e instituições independentes. Brasília: DF, 09/2019. Disponível em: <https://www3.bcb.gov.br/ifdata/> Acessado em 20 de outubro de 2020.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica. In: *Boletim de ciências econômicas XLIX*. Coimbra, 2006.

COSTA, Sérgio. Apresentação à edição brasileira: Jürgen Habermas, o intelectual público. In: *HABERMAS, Jürgen. Na esteira da tecnocracia: pequenos escritos políticos XII*. Tradução de Luiz Repa. 1. Ed. São Paulo, Editora Unesp, 2014.

DUTRA, Delamar J. V. A legalidade como forma do Estado de Direito. *Kriterion*, Belo Horizonte, nº 109, Jun/2004, p. 57-80. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-512X2004000100004&script=sci_abstract&tlng=pt Acessado em 25 de janeiro de 2020.

DUTRA, Delamar José Volpato. *Razão e consenso em Habermas: teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*. 2. Ed. Revista e ampliada. Florianópolis: Editora da USFC, 2005.

DUTRA, Delamar J. V. A teoria discursiva da aplicação do direito: o modelo de Habermas. In: *Revista Veritas*. v. 51 n. 1. Porto Alegre. Março 2006. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/view/1880> Acessado em 25 de janeiro de 2020.

DUTRA, Delamar J. V. Apel versus Habermas: como dissolver a ética discursiva para salvaguardá-la juridicamente. In: *Kriterion*, Belo Horizonte, nº 121, Jun./2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2010000100005 Acessado em 25 de janeiro de 2020.

DUTRA, Delamar J. V. Moral e direito nas “Tanner Lectures” de Habermas. In: *ethic@* - Florianópolis, v. 10, n. 3, p. 13 - 37, Dez. 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/viewFile/1677-2954.2011v10n3p13/21550> Acessado em 25 de janeiro de 2020.

DUTRA, Delamar J. V. Com Honneth, contra Honneth, a favor de Habermas. In: *Veritas*, Porto Alegre, v. 62, n. 1, jan.-abr. 2017. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/view/25713> Acessado em 25 de janeiro de 2020.

FRASER, Nancy. Crise de legitimação? Sobre as contradições políticas do capitalismo financeirizado. In: *Cadernos De Filosofia Alemã: Crítica E Modernidade*. Tradução de José Ivan Sousa Filho, 23(2), p. 153-188.

FILHO, Orlando Vilas Bôas. Legalidade e legitimidade no pensamento de Jürgen Habermas. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Legitimation crisis*. Translation by Thomas McCarthy. Boston: Beacon, 1975.

HABERMAS, Jürgen. Técnica e ciência como ideologia. In: *Benjamin, Habermas, Horkheimer, Adorno: textos escolhidos*. Traduções de José Lino Grünwald. São Paulo: Abril, 1980.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-metafísico: estudos filosóficos*; tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1990.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume I*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade, volume II*. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997b.

HABERMAS, Jürgen. *Sobre a constituição da europa: um ensaio*. Tradução de Rúrion Melo, Luiz Repa e Denílson Werle. São Paulo: Ed. Unesp, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: Investigação sobre uma categoria de esfera pública burguesa*. Tradução e apresentação de Denilson Luís Werle. São Paulo: UNESP, 2014.

HABERMAS, Jürgen. *Na esteira da tecnocracia: pequenos escritos políticos XII*. Tradução de Luiz Repa. 1. Ed. São Paulo, Editora Unesp, 2014.

HABERMAS, Jürgen. A Soberania popular como processo. In: Teoria política (obras escolhidas de Jürgen Habermas, 4). Tradução Lumir Nahodil. Lisboa: Edições 70, 2015.

HABERMAS, Jürgen. Será que a democracia ainda tem uma dimensão epistémica? Investigação empírica e teoria normativa. In: *Teoria política (obras escolhidas de Jürgen Habermas, 4)*. Tradução Lumir Nahodil. Lisboa: Edições 70, 2015.

HABERMAS, Jürgen. Legitimação pelos direitos humanos. In: *Teoria política (obras escolhidas de Jürgen Habermas, 4)*. Tradução Lumir Nahodil. Lisboa: Edições 70, 2015.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo, volume I: racionalidade da ação e racionalização social*. Tradução Paulo Astor Doethe; revisão da tradução Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016a.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo, volume II: sobre a crítica da razão funcionalista*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016b.

HABERMAS, Jürgen. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. Tradução de Rúrion Melo. São Paulo. Editora da Unesp, 2016.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*; traduzido por Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo, São Paulo: Editora Unesp, 2020.

HONNETH, Axel. *O direito da liberdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

HONNETH, Axel. *Reificação: um estudo de teoria do reconhecimento*. Tradução: Rúrion Melo, São Paulo: Editora da Unesp, 2018.

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

MELO, Rúrion. *Marx e Habermas: teoria crítica e os sentidos da emancipação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

NADAI, Bruno; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Paradigmas do direito: compreensão e limites. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008.

NEVES, Marcelo. Do consenso ao dissenso: O Estado democrático de Direito a partir e além de Habermas. In: *Democracia hoje: novos desafios para a teoria da democracia contemporânea*. Organizador: Jessé de Souza. Brasília: Editora da UNB, 2001.

NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

NOBRE, Marcos. *A Teoria Crítica*. 1.ed. Rio de Janeiro, RJ: Zahar, 2004.

NOBRE, Marcos. Introdução. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008.

PASHUKANIS, Eugeny Bronislanovich. A teoria geral do direito e o *marxismo*. Tradução por Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

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

PINZANI, Alessandro. A função do estado em Habermas: da perspectiva marxista às críticas de Streeck. In: *14º Colóquio Habermas e 5º Colóquio de Filosofia da Informação*, 18-20 de setembro de 2018, Rio de Janeiro, Brasil; organizado por Clóvis Ricardo Montenegro de Lima. Rio de Janeiro: Salute, 2018.

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

REPA, Luiz. Jürgen Habermas e o modelo reconstrutivo de teoria crítica, p. In: *Curso livre de teoria crítica*, p. 172. Organizador: Marcos Nobre. São Paulo: Editora Papyrus, 2008.

REPA, Luiz. Contradição performativa. In: *Curso livre de teoria crítica*, p. 172. Organizador: Marcos Nobre. São Paulo: Editora Papyrus, 2008.

REPA, Luiz. Liberdade comunicativa e forma do direito. In: *XI Colóquios Habermas e II Colóquio Filosofia da Informação (11. : 2015 : Rio de Janeiro)*, organizado por Clóvis Ricardo Montenegro de Lima. Rio de Janeiro: Salute, 2016.

SCHREIBER, Anderson. Existe um dever de renegociar? In: *Revista do Advogado*, ed. 131. Outubro de 2016.

SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Uma filosofia do direito procedimental. In: *Revista Tempo Brasileiro, jul-set. – nº 138*, p. 153-172. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

SILVA, Felipe Gonçalves. *Liberdades em Disputa: a reconstrução da autonomia da autonomia privada na teoria crítica de Jürgen Habermas*. Tese de Doutorado em Filosofia pela Universidade Estadual de Campinas. Campinas, SP, 2010.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007.

WERLE, Denílson L; SOARES, Mauro V. Política e direito: a questão da legitimidade do poder. In: *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Organizadores: Marcos Nobre; Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008.