

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA –
PPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO
LINHA DE PESQUISA: PRINCIPIOLOGIA E HERMENÊUTICA
CONSTITUCIONAL

ASPECTOS NECESSÁRIOS E RELEVANTES PARA A
CONSOLIDAÇÃO DO PARADIGMA DA FUNDAMENTAÇÃO DO
DIREITO EM JÜRGEN HABERMAS

CAROLINE LORENZON JOSÉ

Itajaí, SC, junho de 2009.

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**ASPECTOS NECESSÁRIOS E RELEVANTES PARA A
CONSOLIDAÇÃO DO PARADIGMA DA FUNDAMENTAÇÃO DO
DIREITO EM JÜRGEN HABERMAS**

CAROLINE LORENZON JOSÉ

Dissertação submetida ao Programa de
Mestrado em Ciência Jurídica da
Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à
obtenção do Título de Mestre em
Ciência Jurídica.

Orientadora: Professora Doutora Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori

Itajaí, SC, junho de 2009.

AGRADECIMENTO

À Professora Doutora Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori, mestra e amiga, pelo eterno estímulo, desde os tempos de graduação ao estudo e produção acadêmica. Ela que teve constante paciência e delicadeza em apontar os erros, mas sempre ressaltando os acertos. Ela que tantas vezes pegou-me pela mão e conduziu-me no caminho que hoje trilho. Finalmente, ela, cuja elegância, suavidade, delicadeza e amabilidade, somente podem ser comparadas as de um sábio.

Ao Professor Doutor Delamar Dutra pelo estímulo, durante o desenvolver de todo o trabalho e o desafio a trabalhar e pesquisar Habermas.

Ao Professor Doutor Alexandre morais da Rosa, por todo o carinho e apoio desempenhados durante todo o trabalho.

DEDICATÓRIA

Não poderia nunca ser outra pessoa de tamanha importância a dedicar esta dissertação de mestrado acadêmico do que ao meu pai. Aquele que a quem devo tudo o que sou. Aquele que eternamente fez e faz, absolutamente tudo, valer a pena. Muito obrigada, pai, por ser o responsável por minha chegada até aqui e por minhas conquistas!

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e a Orientadora de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí, SC, junho de 2009.

Caroline Lorenzon José
Mestranda

PÁGINA DE APROVAÇÃO

**SERÁ ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PROGRAMA DE MESTRADO EM
CIÊNCIA JURÍDICA DA UNIVALI APÓS A DEFESA EM BANCA.**

“Objetivos são sonhos com prazo definido.”

Anthony Robbin.

SUMÁRIO

RESUMO	IX
ABSTRACT	10
INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1.....	16
A FILOSOFIA HABERMASIANA: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS ACERCA DA FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO	16
1.1 SOBRE A VALIDADE E CRIAÇÃO DO DIREITO	16
1.2 A RACIONALIDADE JURÍDICA DE WEBER E A CRÍTICA HABERMASIANA	21
1.3 O DIREITO COMO DESCONEXÃO ENTRE MUNDO DA VIDA E SISTEMA	27
1.4 O PRINCÍPIO DO DISCURSO E SUA CONCRETIZAÇÃO NOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE (UNIVERSALIDADE) E DA DEMOCRACIA.....	40
1.5 A RELAÇÃO DE COMPLEMENTARIDADE ENTRE MORAL E DIREITO....	54
CAPÍTULO 2.....	59
A TENSÃO ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE NO DIREITO	59
2.1 A PASSAGEM DA RAZÃO PRÁTICA PARA A RAZÃO COMUNICATIVA .	59
2.2 LINGUAGEM: A TENSÃO ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE	65
2.3 A LINGUAGEM E A CONSTITUIÇÃO DAS FORMAS DE VIDA SÓCIOCULTURAIS.....	72
2.3.1 O método reconstrutivo e as categorias mundo da vida, instituições arcaicas e sociedade secularizada.....	76
2.4 A VALIDADE DO DIREITO.....	83
2.4.1 Facticidade e Validade: o Direito como <i>Medium</i>	92
CAPÍTULO 3.....	99
ACERCA DO ALICERÇAMENTO HABERMASIANO DO DIREITO.	99
3.1 A TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO.....	99
3.2 A CONEXÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E SOBERANIA POPULAR.	115
3.3 FUNDAMENTAÇÃO OU LEGITIMIDADE DO DIREITO AUFERIDA ATRAVÉS DO PROCEDIMENTO COMUNICATIVO	124

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	130
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	135
GLOSSÁRIO.....	141

RESUMO

Através da teoria desenvolvida pelo filósofo alemão Jürgen Habermas as fronteiras de uma teoria discursiva do Direito foram delineadas a partir do viés procedimentalista. O estudo dedica-se à análise da fundamentação do Direito. A teoria discursiva torna manifesta a tensão permanente entre facticidade e validade trazidas para o Direito como a tensão entre legalidade e legitimidade. Habermas analisa a relação de co-originariedade existente entre Moral e Direito, e a partir daí, o filósofo funda suas bases para justificar e legitimar a validade das normas jurídicas. Para alcançar tal escopo, o Direito deve pertencer à determinada racionalidade jurídica na qual seu procedimento encontra-se entre argumentos morais e jurídicos, concomitantemente. Somente dessa forma, a legalidade poderá obter legitimidade. Todavia, é mister a inserção da teoria linguística, expressa como teoria do agir comunicativo, com o objetivo de ser a integradora social do Direito. É exatamente a tensão entre facticidade e validade inerente à linguagem que possibilitará ao Direito constituir-se como *medium* de integração social e concretizar-se por meio de um processo legislativo estruturado na vontade e opinião dos cidadãos. Este binômio (opinião e vontade dos cidadãos) concretiza-se em direitos humanos e soberania popular, ponto nevrálgico justificador do Direito moderno.

ABSTRACT

Through the theory developed by the German philosopher Jürgen Habermas, the borders of a discursive theory of the Right had been delineated from the proceduralist bias. The study of Right is dedicated to it. The discursive theory becomes manifest the permanent tension between facticity and validity brought for the Right as the tension between legality and legitimacy. Habermas analyzes the relation between Moral and Right, and from there, the philosopher bases to justify and to legitimize the validity the rules of Law. By de way, to reach such target, the Right must belong to the definitive legal rationality in which its procedure meets enters moral and legal arguments. Only of this form, the legality will be able to get legitimacy. However, the insertion of the linguistic is necessary as theory of communicative acting, with the goal is to being the social integrator of the Right. It is accurately the tension between facticity and validity to the language that it will make possible the Right to consist as way of social integration and to materialize themselves by means of a legislative process structuralized in the will the opinion of the citizens. This binomial (opinion and will of the citizens) materialize in human rights and popular sovereignty, as point of the modern Right.

INTRODUÇÃO

Com a publicação da obra em 1992, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, Jürgen Habermas delineou as fronteiras de uma teoria discursiva do Direito tomada a partir do procedimentalismo. Além disso, a teoria do agir comunicativo, desenvolvida por Habermas, possui o escopo de constituir-se em uma teoria social, uma teoria da modernidade além de uma teoria racional, sempre sob o enfoque metodológico habermasiano do método reconstrutivo e fulcrado na filosofia da linguagem. O estudo em comento dedica-se à análise dessa fundamentação da teoria discursiva do Direito. O método utilizado no desenvolvimento na presente dissertação de mestrado foi o indutivo, com a técnica de análise bibliográfica.

O que é verdadeiramente inédito, no que concerne à obra *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, é que Habermas pretendeu assumir, em grande parte da obra, o papel de participante em debates da teoria do Direito, principalmente no tocante à fundamentação dos sistemas jurídicos. Já o enfoque metodológico utilizado por Habermas (método reconstrutivo) objetiva reinterpretar os conceitos nodais da filosofia política, entre eles, o Direito. Para alcançar este fim, o filósofo parte de uma descrição histórica e teorética, tendo como estrutura básica a filosofia da linguagem.

O assunto a ser analisado insere-se em uma discussão mais ampla acerca da fundamentação do Direito desenvolvidos hoje pela Filosofia Política, bem como pela Filosofia do Direito. O escopo primordial remete-se a refletir sobre os alicerces que fundamentam o Direito, a partir da concepção de Jürgen Habermas, no contexto do processo de racionalização do mundo da vida, o qual perpassa pela renúncia do fundamento absoluto da política e do Direito. A complexidade da sociedade requer a especialização funcional dos sistemas sociais e torna os conteúdos do mundo da vida carentes de fundamentação racional.

Neste moderno contexto, o Direito passa a ter um papel novo. O Direito moderno é um Direito laicizado, coercitivo, formal e institucionalizado em procedimentos e que busca fundamentação em princípios universais, que ao

mesmo tempo deve garantir a pluralidade das formas da vida existentes em sociedades complexas, bem como deve estar atento aos interesses da sociedade. A partir do viés republicano, a sociedade constitui um corpo político, formado a partir de processos de opinião e vontade democráticas. Assim sendo, mediante processos democráticos, cada sociedade constrói sua consciência comum.

A partir do estudo em comento, a proposta de Habermas caracteriza-se por, com base na Teoria do Discurso, interpretar o binômio Estado/Sociedade sob o viés de política deliberativa. Mister ressaltar que a ética do discurso busca dar à ética uma fundamentação racional, a partir dos pressupostos da comunicação interpessoal, a qual permite identificar os princípios morais irrenunciáveis que devem se constituir como base de toda a convivência dos seres humanos: o reconhecimento do outro, a não coerção da comunicação, bem como a disposição para a solução de conflitos e a fundamentação de normas através do discurso igual e livre.

Através desse novo paradigma filosófico, tentar-se-á pensar a integração social nas sociedades modernas, a partir das categorias filosóficas fundamentais da validade e da facticidade, as quais encontram-se em constante tensão. No decorrer desta perspectiva, a categoria Direito tem o condão de mediar essa tensão.

A tensão existente entre validade e facticidade na linguagem marca o ponto central na Teoria do Discurso. Esta teoria faz a ligação entre a linguagem e seu uso e a coordenação da ação, através da teoria do agir comunicativo. A teoria do agir comunicativo é a forma de constituir a linguagem como integradora da sociedade.

A idéia fulcral da teoria do agir comunicativo é a seguinte: a possibilidade de se atribuir as patologias modernas das sociedades à invasão da racionalidade econômica e burocrática no mundo da vida. O agir comunicativo é concebido por Habermas de modo a abrir as oportunidades para o entendimento não restritivo. Para o filósofo alemão, todo aquele que age comunicativamente apresenta quatro pretensões de validade: inteligibilidade, verdade, correção e veracidade.

A influência sobre a normatização do Direito por meio do poder comunicativo e a garantia de pressupostos da existência desse Estado de

Direito *para* este poder comunicativo, concomitantemente se condicionam. Deve-se levar o desenvolvimento e promoção de estruturas deliberativas, por parte do sistema jurídico e dos cidadãos. Assim, aparece a democracia deliberativa, procedimental, de Habermas. Esta, visa não somente a autocompreensão das elites operantes do Direito, mas também de *todos* os atingidos.

A teoria da democracia habermasiana apresenta-se com escopo normativo. O filósofo exige expressamente que processos concretos de decisão devem se aproximar desse viés deliberativo. A democracia deliberativa (em que as decisões são tomadas a partir de discussão, ao invés de ordem) defende posições mais fortes do que a democracia liberal, embora mais fracas do que a estratégica civil-republicana.

Segundo a concepção de democracia deliberativa procedimental em Habermas, a influência da sociedade civil sobre procedimentos comunicacionais jamais pode expor o processo de governo às vozes dos cidadãos atingidos, mas sim deve contribuir para uma racionalização discursiva dos cidadãos. Aqui, racionalização, leia-se menos que legitimação, entretanto, mais do que constituição de poder.

Somente o sistema político pode tomar as decisões obrigatórias para a coletividade e efetivá-las. As estruturas comunicacionais da esfera pública, não governam, mas reagem às opiniões disseminadas. Dessa forma, o poder comunicativo não exerce, por si só, dominação, contudo, fornece as diretrizes ao processo político no âmbito da sociedade civil.

Aqui não se tratará a teoria do discurso habermasiana em toda sua amplitude e complexidade, mas tão somente nos aspectos necessários e relevantes para a consolidação do paradigma da fundamentação do Direito. Esta teoria torna manifesta a tensão permanente entre facticidade e validade ou entre legalidade e legitimidade. A presente dissertação dedica-se à explicitação da fundamentação do Direito, a partir da teoria desenvolvida por Habermas. Para tanto, dividiu-se o trabalho em três capítulos.

O primeiro capítulo objetivará analisar a relação de complementaridade entre Direito e Moral. Apesar das conquistas inerentes ao *linguistic turn* (ou reviravolta linguística), a proposta habermasiana é herdeira da filosofia do Direito de Kant. Com a publicação da obra *Direito e Democracia: entre*

facticidade e validade, Habermas concebe a relação entre Direito e Moral, não mais como complementar, mas sim como co-originária, afastando-se da raiz kantiana.

A partir daí, Habermas elabora a resposta para a validade das normas jurídicas. A pergunta resultante da validade articula um ténue vínculo do ordenamento jurídico a normas emanadas do mundo da vida. Isto significa que o ordenamento jurídico como um todo deve atrelar-se a um nível moral, para se fundamentar. Disso decorre a legitimidade das normas jurídicas e de seu ordenamento.

Para Habermas, o sentido de racionalidade jurídica encontra-se unido a uma consideração racional prática e moral, contrária à concepção weberiana de racionalidade jurídica. Nesse ínterim, o Direito para obter legitimidade deve pertencer a uma racionalidade na qual seu procedimento encontra-se entre a juridicidade e argumentos morais. Na concepção habermasiana, uma teoria procedimental do Direito deve fundar-se em princípios morais e somente quando nos discursos jurídicos existirem discursos morais, aí sim a legalidade obterá legitimidade.

No tocante ao segundo capítulo, buscar-se-á desenvolver a tensão entre facticidade e validade no seio da linguagem até o Direito, tendo a teoria do agir comunicativo finalidade de integração social do Direito. É a partir da teoria do agir comunicativo que a linguagem poderá ser utilizada como meio de integração da sociedade. Assim, a partir da tensão entre facticidade e validade no interior da linguagem (que marca o ponto nevrálgico na teoria do discurso de Habermas) juntamente com o desenrolar da teoria da ação comunicativa, explicita-se a tensão entre o uso pragmático da linguagem e seus pressupostos ideais quando é feito o uso desta linguagem e assentam-se as bases para a construção do conceito discursivo de Direito.

Ver-se-á a transição de uma teoria discursiva do Direito para uma racionalidade comunicativa deontologicamente neutra. Esta tem como ponto de partida a tensão entre facticidade e validade, inerente à linguagem. É exatamente esta tensão que permitirá ao Direito constituir-se como *medium* de integração social e concretizar-se através de um procedimento legislativo fruto da opinião e vontade discursiva dos cidadãos.

Por último, o terceiro capítulo possui o escopo de desenvolver um conceito de Direito oriundo da emanção da vontade e opinião dos cidadãos e, assim, estabilizar a tensão e relação existente entre direitos humanos e soberania popular. Para Habermas, é através dos direitos humanos e da soberania do povo que o Direito moderno pode ser justificado. Dessa forma, a partir da relação entre Direito e Moral e o desenvolvimento da teoria do discurso, juntamente com a correlação entre direitos humanos e soberania popular será possível legitimar e justificar o sistema de direitos. Essa, sem dúvida, constitui-se como a base do Estado Democrático de Direito.

A presente dissertação é acompanhada por um glossário, o qual elegeu cinquenta e dois conceitos operacionais, com seus respectivos significados, a partir da obra de Jürgen Habermas, como básicos para a compreensão da dissertação. Alguns dos significados que surgem no glossário também aparecem no desenvolvimento do trabalho.

Todas as traduções da presente dissertação são de responsabilidade da autora da mesma e os originais constam em notas de rodapé. Mister ressaltar que as categorias Direito, Moral e Estado estão grafadas com letra maiúscula no decorrer de toda a dissertação de mestrado. Isso se deve à importância ofertada pela autora às referidas categorias, como palavras-chave para a melhor análise e interpretação do presente trabalho.

CAPÍTULO 1

A FILOSOFIA HABERMASIANA: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS ACERCA DA FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO

1.1 SOBRE A VALIDADE E A CRIAÇÃO DO DIREITO¹

Positividade², legalidade e formalismo são três categorias que remetem ao modo de criação e validade do Direito.³ O Direito moderno é

¹ Como ver-se-á ao longo da presente dissertação, o conceito de comunicação perpassa toda a filosofia habermasiana. Dessa forma, mister se faz conceituar “comunicação” no entendimento de Habermas: “Para JH, a comunicação é definida na linha lingüístico-pragmática de uma teoria da ação, a qual pressupõe os conceitos de subjetividade e de intersubjetividade. Além disso, JH privilegia as ações comunicativas que têm como pano de fundo um horizonte hermenêutico ou mundo da vida, o qual forma contextos para processos racionais de entendimentos discursivos destinados a resgatar pretensões de validade. Por isso, sua obra pode ser caracterizada como uma filosofia ou teoria discursiva da verdade, da sociedade, da moral, do direito, etc.” (SIEBENEICHLER, Flávio Beno. O direito entre comunicação e automanutenção: J. Habermas e N. Luhmann. In: PINZANI, Alessandro, DUTRA, Delamar José Volpato.(Organizadores). **Habermas em discussão**: Anais do Colóquio Habermas. Florianópolis: NEFIPO, 2005. p. 152-153.)

² “O direito positivo corresponderia ao fenômeno jurídico concreto, apreendido através dos órgãos sensoriais, sendo, deste modo, o fenômeno jurídico empiricamente verificável, tal como ele se expressa através das fontes de direito, especialmente, aquelas de origem estatal. Por sua vez, o direito natural corresponderia a uma exigência perene, eterna ou imutável de um direito justo, representada por um valor transcendental ou metafísico de justiça. A segunda tese do jusnaturalismo é a superioridade do direito natural em face do direito positivo. Neste sentido, o direito positivo deveria, conforme a doutrina jusnaturalista, adequar-se aos parâmetros imutáveis e eternos de justiça. O direito natural enquanto representativo da justiça serviria como referencial valorativo (o direito positivo deve ser justo) e ontológico (o direito positivo injusto deixa de apresentar juridicidade), sob pena da ordem jurídica identificar-se com a força ou o mero arbítrio. Neste sentido, o direito vale caso seja justo e, pois, legítimo, daí resultando a subordinação da validade à legitimidade da ordem jurídica. Embora se oriente pela busca de uma justiça eterna e imutável, a doutrina do direito natural ofereceu, paradoxalmente, diversos fundamentos para a compreensão de um direito justo ao longo da história ocidente. Diante disto, o jusnaturalismo pode ser agrupado nas seguintes categorias: a) O jusnaturalismo cosmológico, vigente na antigüidade clássica; b) o jusnaturalismo teológico, surgido na Idade Média, tendo como fundamento jurídico a idéia da divindade como um ser onipotente, onisciente e onipresente; c) o jusnaturalismo racionalista, surgido no seio das revoluções liberais burgueses do século XVII e XVIII, tendo como fundamento a razão humana universal; d) o jusnaturalismo contemporâneo, gestado no século XX, que enraíza a justiça no plano histórico e social, atentando para as diversas acepções culturais acerca do direito justo. [Acerca do jusnaturalismo racionalista] Quando o homem do renascimento produziu uma inversão antropocêntrica na compreensão do mundo, vendo-o a partir de si mesmo, e não mais a partir de Deus, o tratamento do problema da justiça sofreu uma marcante inflexão. A concepção do jusnaturalismo teológico foi, gradativamente, substituída, a partir do século XVII, em face do processo de secularização da vida social, por uma doutrina jusnaturalista subjetiva e

construído a partir da forma com que é positivamente instituído. Ele expressa, através da positividade, o anseio e vontade de um legislador mandatário da soberania popular. Conseqüentemente, o legislador, utilizando-se do Direito (através da positividade), organiza as diversas situações sociais. Nas palavras de Habermas:

racional, buscando seus fundamentos na identidade de uma razão humana universal. O jusnaturalismo racionalista consolida-se com o advento da ilustração, despontando a razão humana como um código de ética universal e pressupondo um ser humano único em todo o tempo e em todo espaço. Os iluministas acreditavam, assim, que a racionalidade humana, diferentemente da providência divina, poderia ordenar a natureza e vida social. Este movimento jusnaturalista, de base antropocêntrica, utilizou a idéia de uma razão humana universal para afirmar direitos naturais ou inatos, titularizados por todo e qualquer indivíduo, cuja observância obrigatória poderia ser imposta até mesmo ao Estado, sob pena do direito positivo corporificar a injustiça. [...] no âmbito da presente concepção jusnaturalista, a natureza do ser humano foi concebida de diversas formas: genuinamente social; originariamente individualista; ou decorrente de uma racionalidade prática e inata. Na visão de pensadores como Grotius, Pufendorf e Locke, a natureza humana seria genuinamente social. Sob a perspectiva de pensadores como Hobbes e Rousseau, a natureza humana é vislumbrada como originariamente a-social ou individualista. É, entretanto, com a obra de Kant que a proposta de racionalização do jusnaturalismo atinge um maior grau de profundidade e sofisticação intelectual. O criticismo transcendental de Emmanuel Kant procura conciliar o empirismo e o idealismo, redundando num racionalismo que reorienta os rumos da filosofia moderna e contemporânea. Para ele, o conhecimento só é possível a partir da interação a experiência e as condições formais da razão. Promove uma verdadeira revolução copernicana na teoria do conhecimento, ao valorizar a figura do sujeito cognoscente, o que nos ajuda a compreender sua discussão ética. Kant preocupa-se em fundamentar a prática moral não na pura experiência, mas em uma lei inerente à racionalidade universal humana, o chamado imperativo categórico – age só, segundo uma máxima tal, que possas querer, ao mesmo tempo, que se torne uma máxima universal. Aqui a razão prática é legisladora de si, definindo os limites da ação e da conduta humana. O imperativo categórico é único, absoluto e não deriva da experiência. A ética é, portanto, o compromisso de seguir o próprio preceito ético fundamental, e pelo fato de segui-lo em si e por si. O homem que age moralmente deverá fazê-lo, não porque visa à realização de qualquer outro algo, mas pelo simples fato de colocar-se de acordo com a máxima do imperativo categórico. O agir livre é o agir moral. O agir moral é o agir de acordo com o dever. O agir de acordo com o dever é fazer de sua lei subjetiva um princípio de legislação universal, a ser inscrita em toda a natureza. Sendo assim, revela-se a preocupação kantiana de superar o plano empírico no qual se defrontavam tais contrastes, a fim de atingir uma regra de justiça de validade universal. Algo de novo surgia, com Kant, na dramaturgia da justiça, alçando-se ele ao plano transcendental, no qual a justiça se impõe como um imperativo da razão, segundo duas regras que se complementam: age de modo a tratar a humanidade, na sua como na pessoa de outrem, sempre como fim, jamais como simples meio, bem como age segundo uma máxima que possa valer ao mesmo tempo como lei de sentido universal. Somente assim, a seu ver, poderá haver um acordo universal de liberdade, base de uma comunidade universal. Não cuida Kant de definir a justiça, ao contrário do que faz com o direito, preferindo inseri-la no sistema de sua visão transcendental da vida ética, o que vem, mais uma vez, confirmar a tese de que a justiça somente pode ser compreendida em uma visão abrangente de valor universal. Deste modo, com o jusnaturalismo racionalista moderno, o conhecimento jurídico passa a ser um construído sistemático da razão, conforme o rigor lógico da dedução, e um instrumento de crítica da realidade, ao permitir a avaliação crítica do direito posto em nome de padrões éticos contidos em princípios reconhecidos pela razão humana”. SOARES, Ricardo Maurício Freire. Reflexões sobre o jusnaturalismo: o direito natural como direito justo. Disponível em: www.facs.br/revistajuridica/edicao_abril2007/docente/doc1.doc. Acesso em 11 de setembro de 2008.

³ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos/Fortlivros, 1999, p. 29.

Positividade. O direito moderno se rege como um direito positivamente instituído. Não se forma por interpretação de tradições sagradas e conhecidas, mas expressa a vontade de um legislador soberano, que, fazendo uso de um meio de organização que é o direito, regula, de forma convencional, situações sociais.

Legalidade. O direito moderno não supõe às pessoas jurídicas nenhuma classe de motivação ética, exceto a obediência geral ao direito; protege suas inclinações privadas dentro de limites sancionados. Não são sancionadas as más intenções, mas somente as ações que se desviam do preconizado nas normas (o que supõe as categorias de responsabilidade e culpa).

Formalismo. O direito moderno define âmbitos em que as pessoas privadas podem exercer legitimamente seu arbítrio. Pressupõe-se a liberdade de arbítrio das pessoas jurídicas em seu âmbito, eticamente neutralizado, de ações que são privadas, mas que levam consigo conseqüências jurídicas. O comércio jurídico privado pode assim ser regulado negativamente através de restrições das faculdades reconhecidas a princípio (e não por via de regulação positiva mediante deveres e mandados materiais concretos). Neste âmbito é permitido tudo aquilo que não é juridicamente proibido. As três mencionadas características estruturais se referem ao modo de validade do direito e de criação do mesmo, aos critérios de punibilidade e sanção e, finalmente, ao tipo de organização da ação jurídica. [...] Positividade, legalidade e formalismo constituem as características gerais de uma institucionalização juridicamente vinculante de âmbitos de ação estratégica [ação que se orienta para o sucesso], cujos limites estão bem definidos. [...] A positividade, <<legalização>> e formalização do direito significam que a validade deste não pode nutrir-se da autoridade de tradições éticas que podem dar-se por descontadas, pois há de carecer de uma *fundamentação que não seja somente relativa aos fins dados*”.⁴

⁴ Original: “*Positividad.* El derecho moderno rige como un derecho positivamente estatuido. No se forma por interpretación de tradiciones sagradas y reconocidas, sino que expresa más bien la voluntad de un legislador soberano, que, haciendo uso del medio de organización que es el derecho, regula convencionalmente situaciones sociales. *Legalidad.* El derecho moderno no supone a las personas jurídicas ninguna clase de motivación ética, fuera de una obediencia general al derecho; protégé sus inclinaciones privadas dentro de límites sancionados. No se sancionam las malas intenciones, sino las acciones que se desvían de las normas (lo que supone las categoryas de responsabilidad y de culpa). *Formalismo.* El derecho moderno define ámbitos en que las personas privadas pueden ejercer legitimamente su arbítrio. Se presupone la libertad de arbitrio de las personas jurídicas en su ámbito, éticamente neutralizado, de acciones que son privadas, pero que llevan anejas consecuencias jurídicas. El comercio jurídico privado puede así quedar regulado negativamente por vía de restricción de las facultades reconocidas en principio (y no por vía de regulación positiva mediante deberes y mandates materiales concretos). En este ámbito está permitido todo aquello que no esté jurídicamente prohibido. Los tres mencionados rasgos estructurales se refieren al modo de validez del derecho y de creación del derecho, a los criterios de punibilidad y al modo de sanción, y, finalmente, al tipo de organización de la acción jurídica. [...] Positividad, legalidad y formalismo son las características generales de una institucionalización juridicamente vinculante de ámbitos de acción estratégica, cuyos límites quedan así bien definidos. [...] La positivación <<legalización>> y formalización del derecho significan que la validez de éste ya no puede nutrirse de la autoridad de tradiciones éticas que puedan dares por descontadas, sino que ha menester de una fundamentación autónoma, es decir, de una *fundamentación que nos ea sólo relativa a unos fines dados*”. HABERMAS, Jürgen. **Teoría**

A legalidade determina aos sujeitos os modos de comportamento, pois encontram-se expressos em leis. Assim sendo, o Direito moderno introduziu as categorias de responsabilidade e culpa pois os anseios da sociedade são limitados e restritos pela lei através do uso da sanção sobre comportamentos desviantes.

Finalmente, por meio do formalismo é que Habermas compreende o Direito moderno como “possibilitador da liberdade em termos negativos, ou seja, como esfera que possibilita aquele espaço onde as pessoas de direito podem exercer livremente seu arbítrio resguardadas da intervenção estatal e/ou privada.”⁵. Para Habermas, positivismo, legalidade e formalismo constituem as três esferas nas quais as ações estratégicas⁶ são institucionalizadas através do “padrão jurídico”.

A partir da compreensão dessas três categorias, surge a exigência de fundamentação do Direito. Segundo Moreira

No entanto, essa exigência pode efetuar-se quando a consciência moral atinge um nível pós-tradicional, pois é aqui que pela primeira vez surge a idéia de que as normas jurídicas são suscetíveis a críticas, por conseguinte, são falíveis.⁷

Mister a compreensão prévia de nível pós-tradicional. Por nível pós-tradicional entende-se corresponder ao momento em que as decisões são tomadas com base em uma reflexão mais ou menos contínua acerca das

de la Acción Comunicativa I: racionalidad de la acción y racionalización social. Tradução de Manuel Jiménez Redondo De Madrid: Taurus, 1999. v.I. p. 336-337.

⁵ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 29-30.

⁶ “O agir estratégico se orienta para o sucesso, diferentemente do agir comunicativo que se orienta para o entendimento. Um sujeito age estrategicamente quando se orienta para a consecução de uma finalidade (ditada por um interesse subjetivo) e segue as regras de escolha racional – estratégicas – apropriadas, de modo a *influenciar* outros sujeitos a tomar determinadas decisões em consonância com a finalidade pré-determinada”. VELASCO, Marina. **Ética do Discurso: Apel ou Habermas?** Rio de Janeiro: FAPERJ: Mauad, 2001. p. 81.

⁷ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 32. Habermas concebe as normas jurídicas como criação humana falível e histórica, carentes de justificação. Para o filósofo, as normas jurídicas são regidas por princípios e elas, normativamente vinculantes, compreendem o resultado de um consenso racional. MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 32 (n.29).

atividades tradicionais.⁸ Além disso, refere-se a um momento em que uma sociedade já não pode mais contar com fundamentos alicerçados no sagrado, profano ou em uma razão absoluta, que, *a priori*, forneçam respostas últimas e universais para a resolução de problemas e conflitos que vão desde comportamentos desviantes ocorridos em seu interior, até à questão mais elementar concernente àquilo que mantém unidos os indivíduos, a saber, daquilo que os torna uma comunidade e não, simplesmente, um aglomerado de pessoas.⁹

O Direito moderno na medida em que realiza a diferenciação entre moralidade e legalidade acrescenta a necessidade de que as normas legais sejam justificadas na prática. Em outras palavras, quando um sujeito determina sua ação pela descrição contida na lei, além dele se guiar pela lei, também questiona a validade do Direito, sustentado por princípios morais.¹⁰ Assim, “ao estabelecer a vinculação entre normas de ação e normas jurídicas, o Direito moderno remete, por sua vez, à necessidade de uma moralidade fundada em princípios”.¹¹

Só que a positivação do Direito moderno passa a ser uma “questão de princípio”, isto é, desloca o problema da fundamentação. Luiz Moreira esclarece:

É isso o que se observa no bojo das constituições modernas, especialmente nas seções dedicadas aos Direitos Fundamentais e ao princípio da soberania popular, o que torna o problema da justificação estritamente necessário, uma vez que pelo processo mesmo de criação das leis se introduz nele a estrutura peculiar da fundamentação.¹²

⁸ **Scripta Nova** – Revista electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona, no. 69 (59), 1 de agosto de 2000. Disponível em: <<http://www.ub.es/geocrit/sn-69-59.htm>>. Acesso em 11 de setembro de 2008.

⁹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Interpretação jurídica no marco do Estado Democrático de Direito: um estudo a partir do sistema de controle difuso de constitucionalidade no Brasil. In: **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3588>>. Acesso em: 11 set. 2008.

¹⁰ “Uma vez estabelecida a economia capitalista como subsistema de ação instrumental, ela não necessita mais da orientação de ordem ética. Literalmente, a ética é substituída pelo direito, ou seja, os contextos de ação, eticamente neutralizados, podem ser separados legitimamente, por procedimentos formais, do estabelecimento, e da fundamentação de normas”. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética e racionalidade moderna**. São Paulo: Loyola, 1993. Col. Filosofia 28, p. 17.

¹¹ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 33.

¹² MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 33.

Para Habermas, a fé na legalidade de um procedimento não legitima-se por si própria, porque as etapas de formulação do Direito apontam para a base de validade do mesmo. Assim, o que dá força à legalidade é a certeza de um argumento racional que transforma em válido todo o ordenamento jurídico. E é esse consenso, racionalmente alcançado que fornece força factual à pretensão de validade do que é de fato tido e posto como Direito.¹³

1.2 A RACIONALIDADE JURÍDICA DE WEBER E A CRÍTICA HABERMASIANA

Max Weber foi o teórico que melhor utilizou e sistematizou o conceito de “racionalidade”.¹⁴ Weber desenvolve sua noção de racionalidade a partir de pressupostos epistemológicos, primordialmente a partir da idéia de “tensão”. Esta, configura-se como inerente ao estudo weberiano da racionalidade, pois qualifica desenvolvimentos divergentes e conflitantes. Isso porque os processos de racionalização são determinados pela interação de diversos fatores e submetem-se à tensão entre as racionalidades formal e material. Para Weber, o direito formal opõe-se ao material. Esta oposição configura-se como um dos pontos nevrálgicos de toda sua sociologia.¹⁵

A teoria weberiana, no que tange ao processo de racionalização apanhado basicamente em uma dimensão teórica, apresenta-se a partir de duas tipologias: uma remete-se aos tipos ideais de racionalidade e criação do Direito, e a outra referindo-se a estágios históricos pelos quais passou a racionalização do Direito. Pela primeira, e talvez mais conhecida das tipologias, têm-se quatro tipos ideais de racionalidade e de criação do Direito, do ponto de

¹³ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 38.

¹⁴ Na presente dissertação não adentrar-se-á na complexidade da sociologia weberiana, da qual emergiu o conceito de “racionalidade jurídica”, apenas delimitar-se-á pontualmente a definição.

¹⁵ SOARES, Marcos Cáprio Fonseca. Direito Privado e Racionalidade: um novo paradigma. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 51, 31/03/2008 [Internet]. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2452>. Acesso em 08/04/2009.

vista dos meios e da técnica jurídica: *irracional formal* – ausência de controle pela razão (é o caso em que o juiz ou o legislador tomam decisões que são formalizadas, mas seus critérios fogem à razão, como ocorre com os oráculos, por exemplo); *irracional material* – ausência de recurso a normas gerais (prevalecendo o arbítrio pessoal do legislador e o sentimento pessoal do juiz, como se dá com o *juiz do Cádi*); *racional material* – casos em que há elaboração de regras jurídicas aplicáveis em função de *imperativos éticos ou de regras utilitárias, de regras de oportunidade ou de máximas políticas*; *racional formal* – as características juridicamente importantes são trazidas à luz por interpretações lógicas significantes e em conformidade a conceitos jurídicos fechados, são formuladas e aplicadas sob a forma de regras abstratas.¹⁶

Para Habermas, a racionalização consiste em um fenômeno “referente ao conjunto dos elementos constitutivos de uma sociedade e a via ocidental da racionalização representa, do ponto de vista formal, a via universal do referido processo de racionalização”.¹⁷ Em contrapartida, Max Weber se situa entre as posições universalistas (o universalismo refere-se às características estruturais necessárias do mundo vivido) e relativistas.

Segundo Weber, a racionalidade somente existe devido ao caráter formal inculcado no Direito, a saber, só pode existir a razão devido à obediência aos procedimentos jurídicos. Sua razão é, pois, prático-instrumental. Devido a isso, o Direito e a Moral são dois terrenos separados, sendo a Moral subjetiva e o Direito, objetivamente racional.

A interferência da Moral no Direito acabaria por retirar a racionalidade do mesmo. Habermas nos mostra que o próprio ato de seguir procedimentos jurídicos já implica a mistura entre Direito e Moral, pois o Direito é constituído por normas estabelecidas por um legislador que possui uma Moral, a qual é incorporada à lei. Dessa forma, sua razão é prático-instrumental. Assim sendo, a teoria de Weber, em que a legitimidade somente pode ser alcançada

¹⁶ SOARES, Marcos Cáprio Fonseca. **Direito Privado e Racionalidade: um novo paradigma**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 51, 31/03/2008 [Internet]. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2452>. Acesso em 08/04/2009.

¹⁷ BARBACENA, Juliana Martins. J. Habermas e M. Weber: dois modelos de racionalidade jurídica. *Revista Urutágua* – revista acadêmica multidisciplinar. DCS/UEM no. 11 – dez./jan./fev./mar./2007 Paraná: Maringá. Disponível em: <<http://www.urutagua.uem.br/011/11barbacena.htm>>. Acesso em 7 de abril de 2009.

pela legalidade puramente racional perde força. Para ele, o Direito dispõe de uma racionalidade própria, independente da Moral. A dominação legal legitima-se mediante um procedimento, o que afasta a legitimação prático-moral e reduz o Direito à sua dimensão cognitivo-instrumental.¹⁸

No tocante à racionalidade material na sociologia de Max Weber, pode-se afirmar que o termo “material” empregado reenvia aos motivos extrínsecos (de ordem ética, utilitarista, política) que presidem a descoberta e criação jurídica nos diversos sistemas, por oposição à lógica jurídica intrínseca, própria do direito formal. Da leitura do sociólogo depreende-se que o direito é condicionado por uma oposição intransponível: aquela que opõe a racionalidade formal à racionalidade material. Esta oposição significa o confronto de um “direito cuja descoberta repousa sobre uma lógica específica da esfera jurídica e fechado às influências externas, com um direito fundado sobre motivações religiosas, políticas [...]”. O primeiro formal; o último, material.¹⁹ Nas palavras de Max Weber:

Um componente essencial da ‘racionalização’ da ação é a substituição da submissão interna a costume habitual pela adaptação planejada a determinadas situações de interesses.²⁰

O sociólogo prossegue:

Em virtude de sua compreensibilidade evidente e sua inequivocabilidade – ligada à racionalidade –, a construção de uma ação orientada pelo fim de maneira estritamente racional serve, nesses casos, à Sociologia como tipo (‘tipo ideal’). Permite compreender a ação real, influenciada por irracionalidades de toda espécie (afetos, erros), como ‘desvio’ do desenrolar a ser esperado no caso de um comportamento puramente racional.²¹

¹⁸ BARBACENA, Juliana Martins. J. Habermas e M. Weber: dois modelos de racionalidade jurídica. Revista **Urutágua** – revista acadêmica multidisciplinar. No. 11 – dez./jan./fev./mar./2007 Paraná: Maringá. Disponível em: < <http://www.urutagua.uem.br/011/11barbacena.htm>>. Acesso em 7 de abril de 2009.

¹⁹ SOARES, Marcos Cáprio Fonseca. **Direito Privado e Racionalidade: um novo paradigma**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 51, 31/03/2008 [Internet]. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2452>. Acesso em 08/04/2009.

²⁰ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Vol. I. Brasília: UnB, 1991, p. 18.

²¹ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Vol. I. Brasília: UnB, 1991, p. 5.

Para o sociólogo, a espécie mais pura de racionalidade jurídica formal (caracterizada pela sistematização lógica) pode ser encontrada no direito continental europeu. A partir da racionalidade formal percebe-se o direito como uma ordem logicamente coerente e sistêmica, desprovida de lacunas que prima pelo caráter dedutivo de inferência dos fatos para alcançar as conclusões, fundado no postulado da neutralidade valorativa e na legitimidade formal. Esta racionalidade formal está ancorada na neutralidade axiológica, pois para o sociólogo, somente é possível a progressão e evolução do ordenamento jurídico quando se afastam todas e quaisquer considerações ideológicas e julgamentos de valor. Além disso, a legitimidade do direito racional formal encontra-se alicerçada na legalidade e regularidade de procedimento, e não sobre um critério substantivo de legitimação, como, por exemplo, o jusnaturalismo.²²

A racionalidade formal, fruto do trabalho de doutrinadores e especialistas, dar-se-ia de três formas: 1) através do escalonamento hierárquico das normas jurídicas de modo a estruturar-se através da forma piramidal (em que no topo encontrar-se-ia a *norma regia*, a qual controla o resto do ordenamento; 2) a forma abstrata e genérica da lei; 3) a exigência de que os atos administrativos e jurisdicionais sejam estritamente legais proporciona um atrelamento destes atos a um processo que se pauta pelo acatamento das prescrições legais, criando uma circularidade que possui um eixo escalóide.²³

Com a introdução de elementos éticos e morais no direito a partir do Estado social, houve um rasgo na base liberal do sistema jurídico. Weberianamente falando, essa materialização pode ser interpretada como uma perda do sentido racional que o norteia, “pois uma vez que se estabelece um nexos entre racionalidade e formalidade, o Direito só pode ser racional à medida

²² SOARES, Marcos Cáprio Fonseca. **Direito Privado e Racionalidade: um novo paradigma**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 51, 31/03/2008 [Internet]. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2452>. Acesso em 08/04/2009.

²³ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos/Fortlivros, 1999, p. 67.

que em seu bojo não se encontram elementos morais”.²⁴

Mister ressaltar que Weber estabeleceu duas relações esclarecedoras: 1) a racionalidade do direito está fundamentada nas suas qualidades formais e 2) a materialização configura uma moralização do direito, isto é, a introdução de pontos de vista da justiça material no direito positivo. Parte, assim, da afirmação que, o estabelecimento de um nexos interno entre direito e moral destrói a racionalidade do direito enquanto tal a introdução de pontos de vista da justiça no direito positivo.

Max Weber compreende que a racionalidade formal do direito se dá pelo sistemático empenho dos doutrinadores especializados, fundados em bases positivas. Uma vez que o nexos entre racionalidade e formalidade estabelece-se, o direito somente pode ser racional à proporção que em seu seio não se coadunam elementos morais. Para que seja racional o direito deve afastar todas e quaisquer proposições morais e éticas.²⁵ A medida de racionalidade é posta no direito por elementos formais, e, portanto, a racionalidade é neutra no sentido moral.

Mas por que motivo a racionalidade é neutra no sentido moral? Para responder tal questão, é mister retornar ao conceito weberiano de racionalidade. Para Weber, há três possíveis sentidos para sua definição: 1) depreendido do seguimento de regras para a obtenção de sucesso, em outras palavras, deve-se utilizar a melhor técnica para que a consecução do fim desejado seja efetivo. Esta racionalidade configura-se como um meio para a obtenção de uma finalidade (racionalidade instrumental); 2) guia-se pela consecução “de um fim determinado em que a orientação valorativa guia toda a ação. Os fins da ação são dotados de um conteúdo que guia sua orientação. [...] temos uma *racionalidade de fins*”; 3) é racional a sistematização científica

²⁴ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos/Fortlivros, 1999, p. 68.

²⁵ BARBACENA, Juliana Martins. J. Habermas e M. Weber: dois modelos de racionalidade jurídica. Revista **Urutagua** – revista acadêmica multidisciplinar. DCS/UEM no. 11 – dez./jan./fev./mar./2007 Paraná: Maringá. Disponível em: <<http://www.urutagua.uem.br/011/11barbacena.htm>>. Acesso em 7 de abril de 2009.

realizada por especialista. Aqui, tem-se uma racionalidade científico-metódica.²⁶

A idéia weberiana de racionalidade do formalismo jurídico somente tem sentido no momento em que é perpassada por uma racionalidade prático-formal. Assim, são legítimas as normas legais que obrigam, moralmente, todos os integrantes de determinada comunidade. Essa legitimidade obriga porque “pertence a uma validade deontológica que não varia com o conteúdo das normas”. Nas palavras de Luiz Moreira:

Segundo Habermas, Weber recusa esse modelo prático-moral, essa instância deontológica do Direito, porque entendia a moralidade como uma orientação de valor de cunho subjetivo. Esses valores, por sua vez, possuíam um caráter de irracionalidade, dada a sua feição privada, isto é, sua orientação de conteúdo era inconciliável com o caráter formal do Direito. Isso porque não distinguia entre valores factualmente variáveis e um valor em sentido prático, que aponta para uma base normativa que não depende da factualidade. Em síntese, não reconhecendo uma base normativa que obriga em termos deontológicos, não será possível a Weber superar a factualidade de conteúdos empíricos que apontam sempre para uma dada circunstância. Assim sendo, com a recusa da moralidade dá-se a recusa de uma esfera de normatividade deontológica que obtém validade sem resumir-se ao factual.²⁷

A questão weberiana acerca da racionalidade jurídica tem para Habermas uma importância primordial, mesmo após demonstrado que o direito não pode ser resumido às questões puramente materiais e/ou formais. O questionamento pela racionalidade jurídica incorpora uma racionalidade procedimental prático-moral, ou seja, esta racionalidade dá-se por meio de um procedimento aberto à moralidade enquanto esfera deontológica.

Para Habermas, o conceito de racionalidade faz menção ao sistema de pretensões de validade. As normas jurídicas elaboradas seguindo o procedimento formal legislativo pretendem legitimidade, sendo que o modo de validade do direito aponta não somente para a expectativa política de submissão

²⁶ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos/Fortlivros, 1999, p. 69.

²⁷ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos/Fortlivros, 1999, p. 73.

à decisão e coerção, mas “também para a expectativa moral do reconhecimento racionalmente motivado de uma pretensão de validade normativa, a qual só pode ser resgatada através da argumentação”.²⁸ A norma jurídica configura-se como garante de liberdade. Somente poderão pretender validade as normas capazes de obter o assentimento de todos os envolvidos como ativos participantes de um discurso prático. Uma norma ética é válida, quando consensualmente justificada sempre isenta de coação, a não ser a do melhor argumento.

1.3 O DIREITO COMO DESCONEXÃO ENTRE MUNDO DA VIDA E SISTEMA

Neste momento passa-se a análise elaborada por Habermas da evolução social e do correspondente aumento de complexidade sistêmica. Ora, a institucionalização da diferenciação sistêmica é percebida através do mundo da vida²⁹ daqueles que são atingidos por ela. Este último (o mundo vivido) compreende um horizonte de evidências culturais e lingüísticas. Ele é o pano de fundo em que se estabelece a racionalidade comunicativa³⁰. “A racionalidade da ação comunicativa se baseia em atos de fala que levantam pretensões de validade que podem ser criticadas e fundamentadas sobre a força do melhor

²⁸ BARBACENA, Juliana Martins. J. Habermas e M. Weber: dois modelos de racionalidade jurídica. Revista **Urutágua** – revista acadêmica multidisciplinar. DCS/UEM no. 11 – dez./jan./fev./mar./2007 Paraná: Maringá. Disponível em: <<http://www.urutagua.uem.br/011/11barbacena.htm>>. Acesso em 7 de abril de 2009.

²⁹ “Muito esquematicamente, a moral, para Habermas, tem suas raízes na *Lebenswelt*, no mundo vivido. O mundo vivido é o lugar das relações sociais espontâneas, das certezas pré-reflexivas, dos vínculos que nunca foram postos em dúvida. Ele tem três componentes estruturais: cultura, sociedade e personalidade. A cultura é o estoque de saber da comunidade, que contém os conteúdos semânticos da tradição, onde os indivíduos se abastecem dos modelos de interpretação necessárias ao convívio social. A sociedade, *stricto sensu*, é composta de ordenamentos legítimos pelos quais os membros da comunidade regulam suas solidariedades. A personalidade é um conjunto de competências que qualificam um indivíduo para participar da vida social”. ROUANET, Sérgio Paulo. Ética discursiva e ética iluminista. In: **Mal-estar na modernidade**: Ensaios. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 214.

³⁰ “É uma racionalidade inerente ao uso da linguagem (não à linguagem em si mesma) quando voltada para a produção de um consenso entre seus membros, tornada visível na força que possui para assegurar horizontes de saberes, valores e expectativas comuns, a partir do qual [sic] os participantes na comunicação podem referir-se a algo no mundo objetivo e idêntico para todos”. OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **Moralidade e Jurisdição**: A compreensão procedimentalista do direito em Jürgen Habermas. Orientação de Dr. Sérgio Cademartori. 2006. Tese (Doutorado em Direito) -Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, 2006. p. 41.

argumento.”³¹ A intenção de Habermas é introduzir o mundo vivido como complemento para a ação comunicativa.³²

Para Habermas, o mundo vivido é entendido em termos lingüísticos. Deve ser pensado em suas estruturas transcendentais a partir da comunicação, da linguagem e do entendimento. Como bem estuda o núcleo da filosofia da linguagem, busca-se a relação linguagem/mundo e não consciência/mundo. A consciência é uma função da linguagem. Ao estudar o paradigma da linguagem, percebe-se a possibilidade de sua redução a uma de suas dimensões, a saber, a representação do estado das coisas. O entendimento é o *telos* que a linguagem habita.³³ Conforme Delamar José Volpato Dutra:

Esta concepção de linguagem voltada e definida pelo entendimento permite-nos, em primeiro lugar, estabelecer uma teoria do significado de caráter mais amplo, em estrita relação com as pretensões de validade dos atos ilocucionários. Isto permite uma teoria do significado não só para o uso cognitivo da linguagem, a saber, o princípio de que entende uma oração quem entende as condições sob as quais esta oração é verdadeira. No lugar deste critério, Habermas estabelece o critério pragmático de significado, a saber, compreende as condições que a tornam aceitável. Em segundo lugar permite uma diversidade de ‘regiões ontológicas’ de mundo: o subjetivo, o intersubjetivo e o objetivo. Estes três mundos funcionam como referencial básico aos três tipos de atos de fala fundamentais: expressivos, normativos e veritativos, aos quais correspondem, respectivamente, três pretensões de validade: veracidade, retitude/adequação e verdade. Em terceiro lugar, na filosofia da consciência, a racionalidade tem sua medida em como o sujeito orienta-se pelos conteúdos de suas representações. [...] Por outro lado, a racionalidade comunicativa encontra sua medida na faculdade que os participantes têm de orientar-se por pretensões de validade a

³¹ HERRERO, Francisco Xavier. Racionalidade comunicativa e modernidade. **Síntese Nova Fase** n. 37, Belo Horizonte, 1986, p. 19.

³² “O mundo vivido tem como elemento que o constitui, e, portanto, determina a sua forma de reprodução, a linguagem. O mundo vivido, é, nesse sentido, comunicativamente estruturado”. DUTRA, Delamar José Volpato. **Razão e Consenso em Habermas**. A teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. 2. ed. Florianópolis: Editora da UFSC. 2005. p. 81. “A ação comunicativa consiste em um agir que se orienta para o entendimento. Os participantes envolvidos não se orientam diretamente pelo próprio sucesso; antes perseguem seus objetivos individuais, sob a condição de que seus planos de ação possam buscar a harmonia entre si”. VELASCO, Marina. **Ética do Discurso: Apel ou Habermas?** Rio de Janeiro: FAPERJ: Mauad, 2001. p. 81-82.

³³ DUTRA, Delamar José Volpato. **Razão e Consenso em Habermas**. A teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. 2. ed. Florianópolis: Editora da UFSC. 2005. p. 79.

ser intersubjetivamente reconhecidas; e encontra o seu canon nos procedimentos de desempenho de pretensões de validade.³⁴

Em última análise, a linguagem e a cultura constituem o mundo vivido, pois as variadas interpretações são transmitidas culturalmente e organizadas de forma lingüística. O mundo vivido é comunicativamente estruturado.

Entretantes, o sistema pode ser concebido como sede das instituições existentes. As instituições educativas, os locais de trabalho e as instituições políticas são parte do sistema.

O sistema é sede das instituições existentes e está baseado não somente no ponto de vista e experiências dos assuntos atuais, mas na perspectiva do outro. Disso decorre o crescimento das instituições e estruturas, economia e troca e racionalidade formal (a racionalidade formal encontra-se vinculada à ação social em relação aos fins). Configura-se no reino do poder, em que alguns desenvolvem meios de exercer o poder sobre os demais. As instituições de ensino, locais de trabalho e instituições políticas fazem parte do sistema. O sistema é o domínio da racionalidade formal, enquanto que o mundo da vida é a sede da racionalidade substantiva.³⁵

Nas sociedades modernas (pois não se tratará neste trabalho acerca das sociedades tradicionais ou arcaicas) existe uma rede funcional “desligada de contextos normativos, que através de processos contínuos de intercâmbio formam subsistemas, constituindo um desafio para a capacidade de assimilação do mundo da vida”. Esse descompasso entre mundo da vida e sistema faz com que o sistema social rompa o mundo da vida e fuja à compreensão originária da prática comunicativa cotidiana. Mister é frisar que é “o

³⁴ DUTRA, Delamar José Volpato. **Razão e Consenso em Habermas**. A teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. 2. ed. Florianópolis: Editora da UFSC. 2005. p. 80.

³⁵ Tradução livre do original: “The system is the set of institutions that exist that are based not so much on the viewpoint an experiences of acting subjects, but on the perspective of others. These involve the growth of institutions and structures, economy and exchange, and formal rationality. These are the realm of power, whereby some are able to develop means of exercising power over others and dominating them. Educational institutions, workplaces, and political institutions are part of the system. The system is the domain of formal rationality, while the life-world is the site of substantive rationality”. RITZER, George. **Sociological Theory**, 4th edition. New York: McGraw-Hill, 1996, p. 549. Disponível em: <http://uregina.ca/~gingrich/m1600.htm>. Acesso em 10 de agosto de 2008.

aumento da complexidade sistêmica que depende diretamente do aumento da multiplicidade e da pluralidade do mundo da vida”.³⁶

Um novo mecanismo sistêmico, motor da complexidade dos sistemas sociais, necessita estar ancorado no mundo da vida, que por sua vez, precisa para obter sua institucionalização, passar pela regulação do ordenamento jurídico. Isso somente será possível através de instituições que são o núcleo da sociedade. Ocorre que essas instituições são formadas a partir de uma teia evolutiva produzida pela racionalização do mundo da vida que determina uma transformação do direito e da moral (em constante evolução). Nas palavras de Luiz Moreira:

Ou seja, a institucionalização de um novo mecanismo sistêmico necessita da autorização da base regulativa dos conflitos de ação, logo, de um novo consenso regulador das interações que, por sua vez, fundamentam tanto a Moral quanto o Direito.³⁷

Em outras palavras, o mundo da vida é flexível aos processos de racionalização. O *telos* desses processos ocorre quando o consenso é conquistado unicamente por meio do *medium* linguagem. O substrato desse processo de racionalização são as estruturas da racionalidade implicadas e pressupostas pela linguagem.³⁸

Assim, compete tanto à Moral quanto ao Direito apontar para um consenso racional toda vez que, na comunicação do cotidiano, falhar o mecanismo do entendimento.³⁹

Luiz Moreira lembra que Habermas, tomando-se como ponto de partida a ontogênese moral e influenciado por L. Kohlberg⁴⁰, Habermas

³⁶ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 40.

³⁷ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 42.

³⁸ HERRERO, Francisco Xavier. **Racionalidade comunicativa e modernidade**. Síntese Nova Fase n. 37, Belo Horizonte, 1986, p. 24-25.

³⁹ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 42.

⁴⁰ “Kohlberg, who was born in 1927, grew up in Bronxville, New York, and attended the Andover Academy in Massachusetts, a private high school for bright and usually wealthy students. He did not go immediately to college, but instead went to help the Israeli cause, in which he was made the Second Engineer on an old freighter carrying refugees from parts of Europe to Israel. After this, in 1948, he enrolled at the University of Chicago, where he scored so high on admission tests that he had to take only a few courses to earn his bachelor's degree. This he did in one year. He stayed on at Chicago for graduate work in psychology, at first thinking he would become a clinical

indicará, no nível pós-convencional⁴¹, a separação entre moralidade e legalidade, que ocorrerá no Direito moderno. Nesta etapa, a consciência moral é regida por princípios e a moralidade encontra-se desvinculada de sua institucionalização e centra-se nas determinações internas de seu comportamento.⁴²

Mister esclarecer a compreensão do nível pós-convencional. Este nível exige um esforço para definir valores e princípios morais com

psychologist. However, he soon became interested in Piaget and began interviewing children and adolescents on moral issues. The result was his doctoral dissertation, the first rendition of his new stage theory". CRAIN, W. C. **Theories of Development**. NY: Prentice-Hall, 1985, p.118.

⁴¹ "Habermas propõe uma reconstituição de modelos racionais de desenvolvimento moral e cognitivo que ocorre tanto na esfera individual quanto no desenvolvimento das sociedades. Isso ocorre do sentido egocêntrico para uma interação universal e reflexiva, o qual poderá originar uma moral pós-convencional – moral esta que caracteriza um posicionamento utópico do autor, pois afirma que nenhuma sociedade atingiu tal estágio. O próprio Habermas, para abarcar características dos três níveis de desenvolvimento moral, utilizou-se da tabela de Lawrence Kohlberg. Para Habermas, no nível pré-convencional, a criança é capaz de perceber regras culturais e noções de justiça simples (certo/errado; bom/mau), através de conseqüências físicas ou hedonistas, nos quais a figura da reciprocidade lingüística representa autoridade e poder. Assim, essa etapa pode ser dividida em dois estágios. No primeiro estágio (orientação por punição e obediência), o aprendizado se dá por conseqüências físicas e não significa, necessariamente, o entendimento do valor moral da sanção ou recompensa. Habermas nomeia esse estágio como interação governada por autoridade. No segundo momento, ou orientação instrumental relativista – a ação justa é caracterizada em realizar algo que satisfaça seus próprios carecimentos ou de outrem, quando este possuir alguma utilidade para si. Habermas situa essa fase como fase da cooperação orientada para o interesse. No tocante ao nível convencional, o indivíduo absorve os valores morais mais sofisticados, que são sobrepostos às expectativas particulares do indivíduo. Assim, ele age seguindo normas sociais com o intuito de se identificar com o grupo ao qual pertence e, simultaneamente, busca definir-se como identidade una, inserida em um contexto social pré-determinado. Também desenvolve-se em dois estágios. O primeiro, ou concordância interpessoal ou a orientação "bom moço – boa moça", é a fase do agir em papéis, em que o arbítrio do indivíduo é orientado pela regra social. Nesse degrau, o indivíduo é dirigido pelo comportamento da aprovação da maioria. Já, no segundo, ou orientação lei e ordem, há a expectativa de agir conforme a autoridade e ordem social. Habermas designa que a interação que impera neste nível é guiada por normas interiorizadas da vontade coletiva e este tipo de puro agir orientado por regras origina o entendimento mútuo. Finalmente, no tocante ao nível pós-convencional, há o esforço de descentralização total das regras morais impostas pela sociedade. O indivíduo busca uma autonomia e relação aos princípios morais a fim de fundamentar outras normas ou as próprias normas dos conceitos morais. Este processo de diferenciação comunicacional constitui-se em discurso. Este nível compreende dois estágios. O primeiro ou orientação legalista social contratual, refere-se à realização do discurso orientado em análises de princípios gerais de direito e de justiça, nos quais o indivíduo busca examinar, de forma crítica, a sociedade e suas regras, instituindo leis gerais democráticas, por exemplo, obtidas consensualmente e relativizá-las em função de valores e opiniões pessoais autônomas. Já, no segundo momento, tem-se a orientação no sentido de princípios éticos universais, no qual o que é moral é definido pela consciência orientada por princípios éticos, tornando o discurso mais abstrato à medida que mais distante dos acontecimentos factuais da vida prática, e mais éticos, construído pela compreensão lógica, pela universalidade e pela consciência. Os princípios de justiça, de reciprocidade e de igualdade são definidos através de um discurso dialético de busca cooperativa da verdade". FIEDLER, Regina Célia do Prado. A Teoria da ação Comunicativa de Habermas e uma nova proposta de desenvolvimento e emancipação do humano. **Revista Brasileira de Educação**, v. 1, p. 93-100, 2006.

⁴² MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 42-43.

orientação universal. Isso pressupõe um sujeito autônomo capaz de orientar-se de acordo com princípios éticos de justiça, reciprocidade e igualdade de direitos humanos, ficando centrado nas determinações internas do comportamento. O Direito moderno transformar-se-á em poder externo, imposto de fora, nos moldes do Direito sancionado pelo moderno Estado de Direito, estando assim, os sujeitos de Direito dispensados de pautarem-se por regulações éticas, “uma vez que o que se exige é tão-somente a obediência abstrata ao sistema jurídico”.⁴³ A exigência pós-convencional⁴⁴ ultrapassa os limites de uma determinada comunidade, cultura ou tradição, para transformar-se em um compromisso normativo inerente à Moral universalista, reconstruída a partir de uma comunidade ideal de comunicação.⁴⁵ Mister salientar que a situação ideal de fala caracteriza-

⁴³ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 42-43.

⁴⁴ “O nível pós-convencional supõe sempre uma comunidade ideal de comunicação, onde os ‘pressupostos idealizantes’ abarcam todos os afetados. Ou seja, ‘o princípio de universalização [ou princípio Moral] exige que os implicados adotem a perspectiva de todos os demais’. Neste sentido, o processo de argumentação da ação comunicativa supõe que os participantes identifiquem seus próprios interesses e necessidades, porém constantemente abertos a uma interpretação discursiva, isto é, expostos a um processo de revisão, do qual *todos* tomam parte”. PIZZI, Jovino. Os ajustes de Habermas aos pressupostos ideais do entendimento linguístico: um (re)estudo do nível 6 do desenvolvimento moral. In: PINZANI, Alessandro, DUTRA, Delamar José Volpato.(Organizadores). **Habermas em discussão: Anais do Colóquio Habermas**. Florianópolis: NEFIPO, 2005. p. 26.

⁴⁵ Para tanto, é fundamental compreender, em Habermas, a noção de situação ideal de fala. “Llamo ideal a una situación de habla en que las comunicaciones no solamente no vienen impedidas por influjos externos contingentes, sino tampoco por las coacciones que se siguen de la propia estructura de la comunicación. La situación ideal de habla excluye las distorsiones sistemáticas de la comunicación. Y la estructura de la comunicación deja de generar coacciones solo si para todos los participantes en el discurso está dada una distribución simétrica de las oportunidades de elegir e ejecutar actos de habla. De esta exigencia general de simetria pueden deducirse para las distintas clases de actos de habla exigencias especiales de equidistribución de las oportunidades de elegir y ejecutar actos de habla. Las situaciones ideales de habla tienen que cumplir, primero, dos condiciones triviales: 1) Todos los participantes potenciales en un discurso tienen que tener la misma oportunidad de emplear actos de habla comunicativos, de suerte que en todo momento tengan la oportunidad tanto de abrir un discurso como de perpetuarlo mediante intervenciones y replicas, preguntas y respuestas. 2) Todos los participantes en el discurso tienen que tener igual oportunidad de hacer interpretaciones, afirmaciones, recomendaciones, dar explicaciones y justificaciones y de problematizar, razonar o refutar las pretensiones de validez de ellas, de sorte que a la larga ningún prejuicio queda sustraído a la tematización y la crítica. No triviales son las dos condiciones siguientes, que las situaciones ideales de habla han de cumplir para que quede garantizado que los participantes puedan en efecto emprender un discurso, y no simplemente imaginarse estar desarrollando un discurso cuando en realidad están comunicando bajo las coacciones de la acción. No deja de ser sorprendente que la situación ideal de habla exija determinaciones que solo mediatamente se refieren a los discursos, pero que inmediatamente afectan a la organización de los contextos de acción. Pues la liberación del discurso respecto de las coacciones de la acción sólo es posible en el contexto de la acción comunicativa pura: 3) Para el discurso sólo se permiten hablantes que como agentes, es decir, en los contextos de acción, tengan iguales portunidades de emplear actos de habla representativas, esto es, de expresar sus actitudes, sentimientos y deseos. Pues sólo la recíproca sintonización de los espacios de

se como a estrutura de comunicação, que além de excluir distorções, garante a livre passagem entre discurso e ação e dentro do discurso, o livre trânsito entre os distintos níveis de discurso.⁴⁶

Assim, o Direito moderno transforma-se em poder externo, nos moldes do Direito sancionado pelo moderno Estado de Direito e os sujeitos envolvidos encontram-se dispensados de pautarem-se por motivações éticas e devem obediência abstrata ao mundo jurídico.⁴⁷ Luiz Moreira sintetiza:

A tese de Habermas é a seguinte: sem uma correlata assunção do patamar jurídico a níveis convencionais ou pós-convencionais a evolução social não se constituirá em níveis de integração. Quer isso dizer que só em sociedades em que o Direito ultrapassou os limites do sagrado e passou a reger-se ou por prescrições oriundas da norma jurídica, ou ainda, por uma ética da responsabilidade norteada, em última instância, por princípios, é que se pode chegar a uma integração social que tenha o Direito como portador desse sentido, uma vez que o Direito é aquela categoria que vai institucionalizar as demandas sociais.⁴⁸

Sendo assim, o que é o Direito para Habermas? Para responder a essa pergunta, deve-se retomar, rapidamente, a evolução dos direitos nas diversas etapas históricas da sociedade. Iniciando pelas sociedades primitivas, “a normalidade do aparato jurídico” é reconstituída de duas formas: pela recuperação dos danos causados ao ofendido e pelo castigo do infrator. Mister frisar que a infração é julgada e medida segundo os prejuízos causados. O

expresión individual y la complementariedad en el juego de proximidad y distancia en los contextos de acción garantizan que los agentes, también como participantes en el discurso, sean también veraces unos con otros y hagan transparente su naturaleza interna. 4) Para el discurso sólo se permiten hablantes que como agentes tengan la misma oportunidad de emplear actos de habla regulativos, es decir, de mandar y oponerse, de permitir y prohibir, de hacer y retirar promesas, de dar razón y exigirla. Pues sólo la completa reciprocidad de expectativas de comportamiento, que excluye privilegios en el sentido de normas de acción y valoración que sólo obliguen unilateralmente, puede garantizar que la equidistribución formal de las oportunidades de abrir una discusión y proseguirla, se emplee también fácticamente para dejar en suspenso las coacciones de la realidad y pasar al ámbito de comunicación exento de experiencia y descargado de acción que es el discurso”. HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa: Complementos y estudios previos.** Tradução de Manuel Jiménez Redondo. 2a. Ed. Madrid: Cátedra, 1994, p. 153.

⁴⁶ PIZZI, Jovino. Os ajustes de Habermas aos pressupostos ideais do entendimento lingüístico: um (re)estudo do nível 6 do desenvolvimento moral. In: PINZANI, Alessandro, DUTRA, Delamar José Volpato.(Organizadores). **Habermas em discussão: Anais do Colóquio Habermas.** Florianópolis: NEFIPO, 2005. p. 21.

⁴⁷ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas.** Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 43.

⁴⁸ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas.** Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 44.

que conta, nesse estágio, não é a intenção do autor, mas sim os prejuízos que causou.

Nas sociedades estatalmente organizadas, “o fundamento da autoridade política é depositado sobre quem monopoliza o poder de sanção, e isso é o que dá a quem ocupa esse cargo um poder socialmente vinculante”.⁴⁹

Em outras palavras,

O soberano retira a capacidade de mando muito mais da legitimidade que lhe advém do sistema jurídico do que da capacidade fática de mando. [...] Quer dizer, a faculdade de dispor do monopólio da sanção constitui o núcleo do poder político, o que, por sua vez, só é possível quando a Justiça se institucionaliza numa etapa convencional de consciência moral. Nessa etapa, a transgressão de uma norma representa uma violação a normas socialmente reconhecidas, praticadas por um sujeito responsável por seus atores e, como tal, a sanção à transgressão é oriunda da idéia de quebra da legalidade. Portanto, quer-se reparar o dano causado por uma ação contrária à juridicidade.⁵⁰

Em decorrência, tem-se a formação do aparelho judicial como instituição administradora da justiça e o juiz como aquele que garante o ordenamento jurídico através de um poder sancionador. O juiz, cujo poder é tido como legítimo, monopoliza a sanção e restitui o Direito. Assim, para Habermas, a judicatura se converte em domínio político.⁵¹

A partir disso, surge a atual concepção habermasiana de Direito, a saber,

Do bojo do Direito tradicional, mais propriamente da desagregação da concepção pré-convencional da arbitragem, surge, a partir de uma etapa de consciência em nível convencional, o Direito civil. O Direito, nessa etapa, é aquela instituição, ou melhor, aquela metainstituição a quem cabe garantir a integração social que não é suficientemente realizada pelas instituições originárias do mundo da vida. Habermas insiste, nesse ponto, na idéia, já antes ventilada, de duas ordens na

⁴⁹ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 45.

⁵⁰ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 45-46.

⁵¹ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 46.

hierarquia das instituições sociais. São de primeira ordem aquelas que pertencem à espontaneidade do mundo da vida. O Direito, no entanto, por ser um invólucro, um véu que encobre o mundo da vida, é caracterizado como uma instituição de segunda ordem, pois a originalidade das relações sociais lhe são, em princípio, independentes.⁵²

Desse modo, o Direito é concebido como uma instituição artificial “que ocupa uma posição externa em relação à vida e ao modo como esta se reproduz em termos societários”.⁵³ Habermas vislumbra a questão da seguinte forma: vive-se em uma sociedade em que se age estrategicamente, ação essa possibilitada por uma domesticação do mundo da vida efetuada pela esfera jurídica, ou seja, pelo direito privado. De outro lado, há os órgãos estatais, que como estruturas, aos quais se pode recorrer toda vez que surge um conflito. Assim, o Estado é a esfera na qual se busca a resolução de conflitos fazendo ressurgir o consenso, logo, o domínio do direito público.⁵⁴

Apesar das “decisões estritamente legais” aliviarem “o direito moderno do peso da fundamentação”, o problema da fundamentação surge das “possibilidades de crítica ao ordenamento jurídico e a necessidade de se justificar a decisão de se converter em lei este ou aquele enunciado”. Daí que, o princípio da positivação seja característico do Direito moderno. A esse princípio implica-se um outro, a saber, o princípio da fundamentação. Isso porque o aparato jurídico carece de instituições que o legitimem. É exatamente isso que os Direitos Humanos (Direitos Fundamentais) juntamente com o princípio da Soberania Popular realizam ao encontrarem-se consolidados nas Constituições dos Estados de Direito. Para Luiz Moreira:

Portanto, são precisamente tais instâncias que garantem simbiose entre o sistema jurídico eticamente neutro, reduzido à heteronomia, e a moralidade, reduzida à esfera interna, ou seja, à autonomia. Em outras palavras, é isso que garante a comunicação entre o Direito público e o Direito privado. Entre minha intimidade,

⁵² MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 46-47.

⁵³ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 47.

⁵⁴ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 48-49.

esfera do Direito privado, e minha vida social, esfera do Direito público.⁵⁵

Para Habermas, o fato de uma decisão ser legal não significa que ela seja legítima. As decisões, bem como os procedimentos formais devem ser justificados mediante razões para serem dados como legítimos.⁵⁶

A tese de Habermas é que a fundamentação das normas se encontra no consenso alcançado pelos indivíduos através de suas ações comunicativas. [...] Habermas sustenta que no processo de chegar a um consenso não só entra em jogo um equilíbrio entre interesses particulares, mas também princípios universais ligados à lógica do discurso prático. [...] Para Habermas, não basta sustentar que a validade das normas se encontra no consenso, mas é preciso localizar um princípio crítico que permita distinguir entre a multiplicidade de consensos, aqueles que possuem caráter racional.⁵⁷

Da interligação conceitual entre Direito e poder político⁵⁸ decorre uma futura necessidade de legitimação, isto é, a necessidade de

⁵⁵ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 49.

⁵⁶ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**. Uma abordagem garantista. 2. Ed. Atual. e Ampl. Campinas: Millennium, 2007, p. 155.

⁵⁷ “La tesis de Habermas es que la fundamentación de las normas se encuentra en el consenso al que acceden los hombres a través de sus acciones comunicativas. [...] En cambio, Habermas sostiene que en el proceso de acceder a un consenso comunicativo no solo entra en juego un equilibrio entre intereses particulares, sino también principios universales ligados a la lógica del discurso práctico. [...] para Habermas, no basta sostener que la validez de las normas se encuentra en el consenso, sino que hay que localizar un principio crítico que nos permita distinguir entre la multiplicidad de consensus, aquéllos que tiene un carácter racional”. SERRANO, Enrique. **Legitimación y racionalización**. Weber y Habermas: la dimensión normativa de un orden secularizado. Barcelona: Anthropos, 1994, p.193. O conceito de ação comunicativa alude a um tipo de ação (social) mediada pela comunicação. A linguagem é o meio de comunicação que serve ao entendimento, entretanto, os atores, ao se entenderem entre si com intuito de coordenar suas ações, perseguem, cada um, uma determinada meta. De modo que não se trata primariamente de atos de comunicação, mas de um tipo de interação coordenada mediante atos de fala. Dessa forma, a chave para a compreensão da teoria do agir comunicativo está na idéia de que a comunicação força a observar determinadas regras que garantem que as intenções dos falantes não se imponham sem “razões”. Trata-se de um agir “orientado para o entendimento” porque os planos de agir se baseiam em um acordo que não resulta de influências mas do reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade ligadas aos atos de fala. VELASCO, Marina. **Ética do Discurso: Apel ou Habermas?** Rio de Janeiro: FAPERJ: Mauad, 2001. p. 83. Habermas compreende por “discurso” uma “comunicação emancipada da experiência e despreocupada com o agir, não submetida a limitação alguma de participações, temas e contribuições convenientes para contrastar as pretensões de validade, na qual não se inclui outro motivo do que aquele da busca cooperativa da verdade”. CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**. Uma abordagem garantista. 2. Ed. Atual. e Ampl. Campinas: Millennium, 2007, p. 158.

⁵⁸ A relação entre Direito e poder político não será abordada com profundidade no presente trabalho. Todavia, mister esclarecer alguns pontos para a possível compreensão do todo. Para

“canalizar o poder político executivo, de organização e da sanção, pelas vias do direito. Esta é a idéia do Estado de direito”.⁵⁹ Para Clélia Aparecida Martins, esse Estado “só pode esperar a obediência de seus cidadãos à lei, se, e na medida em que” consegue justificar como legítimo o que é legal.⁶⁰

Como vislumbrado, o princípio da democracia constitui, para Habermas, o núcleo do sistema de Direito, pois o Direito legítimo (garantidor de princípios) somente é possibilitado através do processo democrático e sem subordinação à Moral. Dessa forma, o principal desafio de Habermas constitui na conexão entre legitimidade e comunicação. Martins leciona:

Como a legitimidade da lei (positiva) é dependente do reconhecimento de um sistema de direitos fundamentais, também os direitos fundamentais são dependentes de seu estabelecimento em procedimentos democráticos, por conseguinte, e sob este aspecto, sucedem os direitos de participação [...].⁶¹

Habermas, “Na ótica de sua função estabilizadora de expectativas, o direito apresenta-se como um sistema de direitos. Os direitos subjetivos só podem ser estatuídos e impostos através de organismos que tomam decisões que passam a ser obrigatórias para a coletividade. E, vice-versa, tais decisões devem a sua obrigatoriedade coletiva à forma jurídica da qual se revestem. Esse *nexo interno do direito com o poder político* reflete-se nas implicações objetivas e jurídicas do direito subjetivo [...]. O direito a iguais liberdades subjetivas de ação concretiza-se nos direitos fundamentais, os quais, enquanto direitos positivos, revestem-se de ameaças de sanções, podendo ser usados contra interesses opostos ou transgressões de normas. Nesta medida, eles pressupõem o poder de sanção de uma organização, a qual dispõe de meios para o emprego legítimo da coerção, a fim de impor o respeito às normas jurídicas. Neste ponto, surge o Estado que mantém como reserva um poder militar, a fim de ‘garantir’ seu poder de comando. [...] Em síntese: O Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implementados. Tais aspectos não constituem meros complementos, funcionalmente necessários para o sistema de direitos, e sim, *implicações* jurídicas objetivas, contidas *in nuce* nos direitos subjetivos. Pois o poder organizado politicamente não se chega ao direito como que a partir de fora, uma vez que é *pressuposto* por ele: ele mesmo se estabelece em formas do direito. O poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais. [...] Contraopondo-se a isso, a fundamentação do sistema dos direitos pela via da teoria do discurso esclarece o nexo interno que existe entre autonomia privada e pública. O direito não consegue o seu sentido normativo pleno *per se* através de sua *forma*, ou através de um *conteúdo* moral dado *a priori*, mas através de um *procedimento* que instaura o direito, gerando legitimidade”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 171-172.

⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 169-170.

⁶⁰ MARTINS, Clélia Aparecida. A teoria do discurso na filosofia do direito de Habermas. In: PINZANI, Alessandro, DUTRA, Delamar José Volpato.(Organizadores). **Habermas em discussão**: Anais do Colóquio Habermas. Florianópolis: NEFIPO, 2005. p. 75.

⁶¹ MARTINS, Clélia Aparecida. A teoria do discurso na filosofia do direito de Habermas. In: PINZANI, Alessandro, DUTRA, Delamar José Volpato.(Organizadores). **Habermas em discussão**: Anais do Colóquio Habermas. Florianópolis: NEFIPO, 2005. p. 76.

Em outras palavras, para Habermas, legitimidade é a validade moral de uma norma. Pode-se dizer, também, que é a “qualidade de um ordenamento normativo pela qual este possui força moral para ser reconhecido e obedecido”.⁶² Entretanto, quando pode-se dizer que existe legitimidade? As normas adquirem legitimidade, quando forem o resultado de um processo de diálogo ocorrido sob condições ideais (ou seja, sob condições que por sua vez serão legitimadas). “O diálogo em condições ideais é, pois, o pressuposto, a condição de validade, de toda legitimidade”.⁶³ Entrementes, pode-se deduzir que “as condições ideais de comunicação legitimam o diálogo que, por sua vez legitima o acordo e o consenso, por sua vez legitimadores da validade moral de uma norma”.⁶⁴

A partir disso, quais são as condições ideais de comunicação⁶⁵?

- 1) Forma de comunicação emancipada da experiência e despreocupada do agir;
- 2) Não existirá restrição alguma de participantes, temas e contribuições;
- 3) Toda pretensão de validade pode e deve ser problematizada e submetida ao contraste;
- 4) Não se permitirá nenhuma coação que não seja a do melhor argumento e assim está excluído todo outro motivo que não seja a busca cooperativa da verdade;
- 5) Reconhecimento dos demais como pessoas com igualdade de direitos;
- 6) Levar em consideração a todos os membros virtuais, pelo que somente poderá argumentar-se pelo critério da universalidade de interesses.⁶⁶

⁶² CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**. Uma abordagem garantista. 2. Ed. Atual. e Ampl. Campinas: Millennium, 2007, p. 161.

⁶³ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**. Uma abordagem garantista. 2. Ed. Atual. e Ampl. Campinas: Millennium, 2007, p. 161.

⁶⁴ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**. Uma abordagem garantista. 2. Ed. Atual. e Ampl. Campinas: Millennium, 2007, p. 161.

⁶⁵ “La comunidad ideal de comunicación está presupuesta e implícita en todo acto de habla, y por tanto en toda propuesta normativa”. SAAVEDRA, Modesto. **La Libertad de expresión en el Estado de Derecho**. Entre Utopía y realidad. Barcelona: Ariel, 1987. p. 175.

⁶⁶ “1) Forma de comunicación emancipada de la experiencia y despreocupada del actuar. 2) No habrá limitación alguna respecto de participantes, temas y contribuciones. 3) Toda pretension de validez puede y debe ser problematizada y sometida a contrastación. 4) No se ejercerá coacción alguna, como no sea la del mayor argumento, por consiguiente, queda excluido todo otro motivo que no consista en la búsqueda cooperativa de la verdad. 5) Reconocimiento de los demás como personas con igualdade de derechos. 6) Tener en cuenta a todos los miembros virtuales, por lo

Dessa forma, as normas jurídicas não são legítimas por possuírem uma validade objetiva incondicionada em si e por si, mas sim:

a) por serem fruto de um acordo adotado por meio de um diálogo em condições ideais de comunicação; b) por serem o pressuposto para a existência empírico-real da comunidade ideal de comunicação.⁶⁷

Entretanto, Habermas desenvolve a tese de que a legalidade “pode atingir a legitimidade a partir de uma racionalidade processual rica em conteúdos morais”.⁶⁸

A legalidade pode gerar legitimidade na proporção que o ordenamento jurídico – de maneira reflexiva – dê resposta à necessidade de justificação conseqüente à positivação do direito.⁶⁹

Para Habermas, a relação existente entre Moral⁷⁰ e Direito constitui uma verdadeira simbiose e deriva do fato de que os sistemas constitucionais utilizam-se de instrumentos do Direito positivo com o condão de distribuir ônus argumentativos e institucionalizar modelos de justificação que devem permanecer “abertos” nos confrontos de argumentações morais. A Moral não se encontra acima do Direito positivo (como em um sistema jusnaturalista, por exemplo), ela está no centro do Direito positivo.⁷¹

Para Habermas, a característica básica do Direito moderno é a exigência de positivação e fundamentação. Neste momento, a desconexão

que sólo podrá argumentarse en función del criterio de universalidad de los intereses”. SAAVEDRA, Modesto. **La Libertad de expresión en el Estado de Derecho**. Entre Utopía y realidad. Barcelona: Ariel, 1987. p. 194.

⁶⁷ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**. Uma abordagem garantista. 2. Ed. Atual. e Ampl. Campinas: Millennium, 2007, p. 162-163.

⁶⁸ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**. Uma abordagem garantista. 2. Ed. Atual. e Ampl. Campinas: Millennium, 2007, p. 167-168.

⁶⁹ Original: “La legalità può generare legittimità solo nella mistura in cui l’ordinamento giuridico – in maniera riflessiva – dia una risposta al fabbisogno di giustificazione conseguente al farsi positivo del diritto”. HABERMAS, Jürgen. *Morale, Diritto, Política*. Torino: Einaudi, 1992 p. 32-33 *apud* CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**. Uma abordagem garantista. 2. Ed. Atual. e Ampl. Campinas: Millennium, 2007, p. 169 (nota 42).

⁷⁰ A relação de complementaridade entre Moral e Direito será tratada no item 1.4 deste capítulo.

⁷¹ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**. Uma abordagem garantista. 2. Ed. Atual. e Ampl. Campinas: Millennium, 2007, p. 170.

entre sistema e mundo da vida é mais clara. O Direito ao ser entendido como *medium* regulativo (instrumento que através da sanção ou ameaça de sanção garante a convivência pacífica entre as pessoas) não se questiona por sua fundamentação, mas sim pela gênese de sua formulação processual.⁷² Dessa forma, a desconexão entre mundo da vida e sistema é harmonizada com a estrutura do Direito.

1.4 O PRINCÍPIO DO DISCURSO E SUA CONCRETIZAÇÃO NOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE (UNIVERSALIDADE) E DA DEMOCRACIA

Uma fundamentação moral tem como característica apresentar princípios que possibilitam julgar a correção de normas de ação ou de juízos sobre normas. Um princípio da ética do discurso⁷³ pode delinear um procedimento universal para a discussão sobre a justiça de pretensões

⁷² MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 61.

⁷³ “O princípio da ética do Discurso refere-se a um *procedimento*, a saber, o resgate discursivo de pretensões de validade normativas; nessa medida, a ética do Discurso pode ser corretamente caracterizada como *formal*. Ela não indica orientações contedísticas, mas um processo: o Discurso prático. Todavia, este não é um processo para a geração de normas justificadas, mas, sim, para o exame da validade de normas propostas e consideradas hipoteticamente. Os Discursos práticos têm que fazer com que os seus conteúdos lhes sejam dados. Sem o horizonte do mundo da vida de um determinado grupo social e sem conflitos de ação numa determinada situação, na qual os participantes considerassem como sua tarefa a regulação consensual de uma matéria social controversa, não teria sentido querer empreender um Discurso prático. A situação inicial concreta de um acordo normativo perturbado, ao qual os Discursos práticos se referem em cada caso como um antecedente, determina os objetos e problemas que ‘estão na vez’ de serem debatidos. Formal, por conseguinte, esse procedimento não o é no sentido da abstração de conteúdos. Em sua abertura, o Discurso precisa justamente que os conteúdos contingentes ‘dêem entrada’ nele. Todavia, esses conteúdos serão processados no Discurso de tal sorte que os pontos de vista axiológicos particulares acabem por ser deixados de lado, na medida em que não são passíveis de consenso; não será esta seletividade que torna o processo imprestável para a solução de questões práticas? Se definimos as questões práticas como questões do ‘bem viver’, que se referem em cada caso ao todo de uma forma de vida individual, o formalismo ético é de fato decisivo: o princípio da universalização funciona como uma faca que faz um corte entre ‘o bom’ e ‘o justo’, entre enunciados valorativos e enunciados estritamente normativos. Os valores culturais encerram, é verdade, uma pretensão de validade intersubjetiva, mas encontram-se tão entrelaçados com a totalidade de uma forma de vida particular que não podem originariamente pretender uma validade normativa no sentido estrito – eles *candidatam-se*, em todo o caso, a materializar-se em normas que dêem vez a um interesse universal”. HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. De Almeida. 2a. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, Biblioteca Tempo Universitário- 84, 2003, p. 126.

normativas.⁷⁴ Habermas expõe o ponto nevrálgico da ética discursiva ao apresentar o princípio do Discurso (D) e o princípio da universalização (especificamente moral) (U).

Sobre o princípio D, especificamente moral:

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

D: São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais.⁷⁵

Encontram-se presentes nesta formulação conceitos carentes de explicação. O predicado “válidas” se refere à normas de ação e à proposições normativas gerais correspondentes. Ele expressa um sentido não-específico da validade normativa, ainda indiferente em relação à distinção entre moralidade e legitimidade.⁷⁶ Habermas prossegue:

Eu entendo por ‘normas de ação’ expectativas de comportamento generalizadas temporal, social e objetivamente. Para mim, ‘atingido’ é todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis conseqüências provadas pela regulamentação de uma prática geral através de normas.⁷⁷

Para o filósofo alemão, “discurso racional” consiste em toda a tentativa de entendimento acerca de pretensões de validade problemáticas na medida em que ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior

⁷⁴ OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **Moralidade e Jurisdição**: A compreensão procedimentalista do direito em Jürgen Habermas. Orientação de Dr. Sérgio Cademartori. 2006. Tese (Doutorado em Direito) -Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, 2006. p. 74.

⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 142.

⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 142.

⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 142.

de um espaço público⁷⁸ constituído através de obrigações ilocucionárias⁷⁹. Indiretamente a expressão refere-se também a negociações, na medida em que estas são reguladas através de procedimentos fundamentados discursivamente.⁸⁰

Importante ressaltar que a definição do princípio D refere-se a discursos racionais⁸¹ e discursos práticos⁸². Ele não se remete diretamente à

⁷⁸ Habermas entende por esfera ou espaço público autônomo, espaços existentes no mundo da vida social no qual assuntos de interesse geral podem ser discutidos onde diferenças de opinião podem ser resolvidas através de argumentos racionais, sem recursos a dogmas estabelecidos ou costumes. TONETTO, Milene Consenso. A fundamentação absoluta e relativa dos direitos em Habermas. In: PINZANI, Alessandro, DUTRA, Delamar José Volpato. (Organizadores). **Habermas em discussão**: Anais do Colóquio Habermas. Florianópolis: NEFIPO, 2005. p. 126.

⁷⁹ Essa expressão refere-se ao termo cunhado pelo lingüista inglês John Austin (1911- 1960). “Evidentemente, Austin considerava a análise da língua comum ponto de partida da reflexão filosófica, mas não se deve concluir que, em seu modo de ver, a linguagem ordinária seja sacrossanta ou intocável. Embora lhe concebe a primeira palavra, não lhe fornece a última e não abomina neologismos. Aliás, até forjou alguns que já são de reconhecimento público. Os exemplos mais característicos são o par ‘performativo-constatativo’ e o trio ‘ato locutório, ilocutório e perlocutório’. Esses termos designam conceitos da teoria da enunciação por ele criada em *How to Do Things With Words*. Austin percebeu que dizer “prometo” não é descrever uma promessa, mas fazê-la, enquanto dizer “ando” é descrever uma ação por meio de um enunciado que pode ser verdadeiro ou falso. O enunciado constatativo descreve e representa, ao passo que o enunciado performativo transforma o real. Transformar é agir. Os performativos são ações que produzem efeitos, não em razão de nexos causais, mas principalmente por convenções sociais. Se o prefeito, nas circunstâncias previstas em lei, pronuncia a frase ‘Batizo essa rua com o nome de X...’, a rua passará a ter o nome X... o enunciado performativo só é compreendido sobre o pano de fundo de convenções jurídicas ou sociais. Os verbos performativos (batizar, legar, apostar, ordenar etc.) supõem a existência da instituição da aposta, do legado etc., e mais particularmente, de um procedimento. Ora, todos os enunciados têm um modo. Assim, se for dito o que o modo – ou o tom de voz – desempenha o mesmo papel que um performativo explícito, será obrigado a concluir que todos os enunciados são performativos, até mesmo, por exemplo, o enunciado ‘a terra é redonda’, pronunciado em tom peremptório, pois esse enunciado é pragmaticamente sinônimo do enunciado ‘Afirmo que a terra é redonda’. Se de certo modo os enunciados são performativos, não é mais possível empregar ‘performativo’ e ‘constatativo’ para designar duas classes mutuamente excludentes de verbos, a menos que se admita que a segunda classe é vazia. Foi por isso que Austin substituiu a dicotomia ‘performativo/constatativo’ pela tricotomia ‘atos locutórios, ilocutórios e perlocutórios’. A novidade centra-se no fato de que esses três atos podem coexistir como as três facetas de um mesmo ato de discurso. O oficial instrutor que diz ao recruta imprudente ‘A granada vai explodir’ está criando um enunciado que, por seu sentido *lexical*, é um ato locutório de afirmação e de previsão, mas, em virtude das convenções sociojurídicas, esse mesmo ato tem força ilocutória de advertência. Por fim, pode ter o efeito perlocutório de alarmar. A distinção entre ilocutória e perlocutória é simples: o primeiro ato é de natureza convencional; o segundo é de natureza causal. Se previno alguém do perigo, terei advertido, mesmo que Não tenha conseguido alarmá-lo psicologicamente. A distinção, em um primeiro momento, entre locutório e ilocutório revela-se preciosa. Se digo: ‘Vocês vão me trazer o dicionário amanhã, por favor’, trata-se de um ato locucionário de afirmação de uma oração condicional, entretanto, este ato é um ato ilocucionário de solicitação”. HUISMAN, Denis. **Dicionário dos Filósofos**. Tradução de Claudia Berlinder; Eduardo Brandão; Ivone Castilho Benedetti; Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 72-75.

⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 142.

⁸¹ Discurso racional pode ser concebido “como um procedimento formal que permite testar, de forma rigorosa, as pretensões de correção normativa e verdade. [...] As ‘regras’ do discurso racional não podem ser compreendidas como no sentido de mandamentos morais que devemos

moral, mas sim ao contrário, o princípio moral será deduzido do princípio D, como a seguir vislumbrar-se-á. Dessa forma, tanto os discursos racionais (teóricos) quanto os práticos têm o condão de tomar decisões racionalmente motivadas, tendo por base a resolução discursiva das pretensões de validade, as quais podem ser aceitas ou não.⁸³

Mister esclarecer o que Habermas entende por pretensões de validade do ato de fala. Primeiramente, as pessoas que se comunicam buscando alcançar o entendimento devem pressupor que estão atribuindo idêntica significação aos proferimentos que utilizam (ou seja, devem pressupor a generalidade dos conceitos). Falantes e ouvintes podem compreender as expressões gramaticais que utilizam de forma idêntica.⁸⁴

Em segundo lugar, elas devem pressupor que os destinatários são responsáveis, sinceros e autônomos, uns com os outros. A saber, entre falante e ouvinte, estabelece-se uma relação de reconhecimento e respeito mútuo. Por último, pressupõe que falante e ouvinte vinculam seus proferimentos à pretensões de validade. Essas pretensões de validade são: 1) à verdade proposicional: falante e ouvinte pressupõem que os proferimentos emitidos por cada um podem ser aceitos como verdadeiros, pois a comunicação de ambos visa o compartilhamento do saber mútuo; 2) à veracidade subjetiva: eles pressupõem que cada um diz ao outro o que realmente pensa, não há mentira, pois cada um almeja que o outro acredite no que ele diz; 3) à correção normativa: falante e ouvinte pressupõem que o proferimento pode ser aceito como

cumprir para que a nossa fala concreta aproxime-se de um modelo ideal, elas não possuem sentido moral, apenas pragmático-formal. São regras porque explicitam uma intuição que falantes socializados pela via da comunicação lingüística têm inevitavelmente de pressupor, a de que uma argumentação acerca das pretensões de validade controversas deve permitir juízos de 'sim' ou 'não' que transcendem os contextos concretos de surgimento, e que portanto são apoiados nas informações e argumentos relevantes". OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **Moralidade e Jurisdição: A compreensão procedimentalista do direito em Jürgen Habermas.** Orientação de Dr. Sérgio Cademartori. 2006. Tese (Doutorado em Direito) -Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, 2006. p. 52,59.

⁸² Pode-se depreender do conceito de discurso prático que, através dele, questões e fundamentos morais, éticos e pragmáticos estejam interligados. FERREIRA, Fernando Galvao de Andreia. O discurso jurídico como discurso prático: aspectos do debate entre Robert Alexy e Jürgen Habermas. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VII, n. 9, dezembro de 2006, p.92.

⁸³ REPOLÊS, María Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 97.

⁸⁴ REPOLÊS, María Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 49.

justo, que tem como referência normas e valores vigentes, intersubjetivamente reconhecidos.⁸⁵

Toda a fala que ocorre factualmente pressupõe condições ideais, isto é, a partir delas que a fala pode ser questionada. Em outras palavras, falante e ouvinte buscam entender-se sobre algo no mundo e esse entendimento é um processo de obtenção de um consenso acerca da base pressuposta das condições de validade reconhecidas por ambos.

Este consenso é construído em três níveis: inteligibilidade, verdade, veracidade e correção normativa. O sentido habermasiano da palavra “discurso” é justamente o uso reflexivo da razão comunicativa que permite a problematização. Dessa forma, a partir das pretensões de validade, pode-se formular inúmeros tipos de discursos: científicos, jurídicos, morais, psicológicos etc. O escopo das pretensões de validade é fornecer o processo pelo qual os seres humanos fazem isso quando falam e não a prescrição de uma regra de ação.⁸⁶

Acerca do princípio D:

A proposta de Habermas, ao formular o princípio D, é que só se pode distinguir o ‘bom’ motivo, ou o melhor motivo, para validar uma norma, ao se apresentarem razões, em favor da aceitação das mesmas. Assim, uma norma de ação torna-se válida se as pretensões de validade por ela levantadas podem ser reconhecidas pelos possíveis atingidos (intersubjetivamente) na medida em que esses levantam razões; ou seja, pelo reconhecimento motivado racionalmente e que a todo momento pode ser problematizado.⁸⁷

Ao se especificar o princípio D conforme às normas de ação a que ele se refere, podem-se deduzir dois princípios, com relação aos discursos práticos: o princípio moral (‘U’) e o princípio da democracia.⁸⁸

⁸⁵ REPOLÊS, María Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 49-50.

⁸⁶ REPOLÊS, María Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 50-51.

⁸⁷ REPOLÊS, María Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 98.

⁸⁸ REPOLÊS, María Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 99.

Para Habermas, o princípio moral (U) resulta de uma especificação do princípio geral do discurso para normas de ação que somente poderão ser justificadas sob o viés da consideração simétrica de interesses.

Nas minhas pesquisas sobre a ética do discurso, publicadas até o momento, não há uma distinção satisfatória entre princípio moral e princípio do discurso. O princípio do discurso explica apenas o ponto de vista sob o qual é possível *fundamentar imparcialmente* normas de ação, uma vez que eu parto da idéia de que o próprio princípio está fundado nas condições simétricas de reconhecimento de formas de vida estruturadas comunicativamente. A introdução de um princípio do discurso já pressupõe que questões práticas em geral podem ser julgadas imparcialmente e decididas racionalmente.⁸⁹

Entretanto, depreende-se que o princípio D é neutro, “pois refere-se a normas de ação em geral”. Ele é abstrato porque explicita o marco inicial a partir do qual é possível fundamentar as normas de ação. Além disso, é desprovido de conteúdo, “uma vez que os argumentos que poderão ser utilizados para a fundamentação das normas de ação não podem ser determinados a não ser posteriormente, na discussão”. É possível, ainda, afirmar que ele é procedimental, já que requer que toda a forma de vida comunicativamente estruturada tenha como condição de realização o reconhecimento mútuo, a simetria entre os participantes e a relação de inclusão entre eles. Por fim, o princípio D possui sentido normativo, pois define como as questões práticas podem ser julgadas imparcialmente e decididas de modo racional, entretanto, apesar de configurar-se neutro no tocante à Moral e ao Direito.⁹⁰

Ao se determinar o princípio D, podem-se deduzir dois princípios, com relação aos discursos práticos: princípio moral (“U”) e princípio da democracia (De).

O princípio U pode ser assim formulado:

Só é imparcial o ponto de vista a partir do qual são passíveis de universalização exatamente aquelas normas que, por encarnarem

⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 143-144.

⁹⁰ REPOLÊS, María Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 98.

manifestamente um interesse comum a todos os concernidos, merecem assentimento intersubjetivo.⁹¹

O princípio moral se refere a normas de ação que unicamente podem ser justificadas se for levado em consideração o interesse de todos, de forma simétrica. Assim, esse princípio opera como critério construtivo da argumentação. “O princípio U é regulador dos argumentos, em outras palavras, uma regra de argumentação pela qual se pergunta: ‘o interesse X pode ser justificado como universal?’”⁹² Habermas leciona:

Não devemos, contudo, confundir esse princípio de universalização com um princípio no qual já se exprima a idéia fundamental de uma ética do Discurso. De acordo com a ética do Discurso, uma norma ‘só deve pretender validade quando todos os que possam ser concernidos por ela cheguem (ou possam chegar), enquanto *participantes de um Discurso prático*, a um acordo quanto à validade dessa norma. Esse *princípio ético-discursivo* (D), ao qual voltarei a propósito da fundamentação do *princípio da universalização* (U), já pressupõe que a escolha de normas *pode* ser fundamentada.⁹³

Habermas introduziu U como uma regra de argumentação que possibilita o acordo em discursos práticos sempre que as matérias possam ser regradas no interesse igual de todos os concernidos. Para o filósofo alemão, é “só com a fundamentação desse princípio-ponte que poderemos dar o passo para a ética do Discurso”. Todavia, Habermas dá a U uma versão que exclui uma aplicação monológica desse princípio; ele somente regra as argumentações entre diversos participantes e contém até mesmo a perspectiva para argumentações a

⁹¹ HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, Biblioteca Tempo Universitário n. 84 –Série Estudos Alemães, 1989, p. 86.

⁹² REPOLÊS, María Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 99.

⁹³ HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, Biblioteca Tempo Universitário n. 84 –Série Estudos Alemães, 2003, p. 86.

serem realmente levadas a cabo, às quais estão admitidos como participantes todos os concernidos.⁹⁴

William Rehg⁹⁵ tenta explicitar a passagem de D para U. Para ele, uma distinção inicial consiste no fato de que D:

É ao mesmo tempo mais e menos que um princípio moral. Ele é mais na medida em que preenche mais áreas da ação social e menos na proporção que ele não diz o que diferencia a validade de normas morais dos demais tipos de normas de ação.⁹⁶

Para William Rehg, na formulação habermasiana de U, Habermas pretende ressaltar a dupla função da moral racional:

(U): uma norma é alcançada com base em boas razões, e um consenso racional é atingido, se e somente se
 (a) cada um dos afetados pode convencer todos, em termos que eles consideram adequados para a percepção de seus próprios interesses e dos demais, de que as limitações e impactos resultantes da observância geral da norma são aceitáveis para todos; e
 (b) cada um pode ser convencido por todos, da forma que eles consideram adequados, de que as limitações e impactos resultantes da observância geral da norma são aceitáveis para todos.⁹⁷

⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, Biblioteca Tempo Universitário n. 84 –Série Estudos Alemães, 2003, p. 86-87.

⁹⁵ “William Rehg, S.J. (Ph.D., Northwestern, 1991) brings an interest in argumentation theory to issues in science studies, ethics and social-political philosophy. In 2005 he participated in the exchange program between Saint Louis University and the University of Frankfurt. In 2004 he delivered the Presidential Address to the Jesuit Philosophical Association. His forthcoming book is entitled *Cogent Science in Context: The Science Wars, Argumentation Theory, and Habermas* (MIT P, 2009). He is also the author of *Insight and Solidarity: The Discourse Ethics of Jürgen Habermas* (U of California P, 1994), the translator of Habermas's *Between Facts and Norms* (MIT P, 1996), and co-editor (with James Bohman) of *Deliberative Democracy* (MIT P, 1997) and *Pluralism and the Pragmatic Turn: The Transformation of Critical Theory* (MIT P, 2001)”. Disponível em: <<http://www.slu.edu/colleges/AS/philos/Faculty/frehg.html>>. Acesso em: 11 de setembro de 2008.

⁹⁶ “Is both more and less than a moral principle. It is more in that it covers more areas of social action, less in that it does not tell us that distinguishes the validity of moral norms from that of others kinds of action norm”. REGH, William. **Insight and Solidarity**: a study in the discourse ethics of Jurgen Habermas. Berkeley: UCP, 1994. p. 31.

⁹⁷ “(U) A norm is reached on the basis of good reasons, and a rational consensus thereby attained, if and only if (a) each of those affected can convince the others, in terms they hold appropriate for the perception of both their own and others interests, that the constraints and impacts of a norm's general observance are acceptable for all; and (b) each can be convinced by all, in terms she or he considers appropriate, that the constraints and impacts of a norm's general observance are

Como já foi ventilado, o que D pretende demonstrar é que as normas almejam uma validade que não esteja tradicionalmente garantida, nem seja imposta ou simulada, mas sim requerem aceitação por parte daqueles que possam vir a ocupar o papel de destinatários como previsto na própria norma em pauta. A diferença entre D e U pode ser sustentada porque com isso ainda não é dado o critério mediante o qual os participantes na argumentação podem julgar a norma.⁹⁸

D expressa uma condição que atinge toda e qualquer pretensão de validade normativa, não somente das normas morais: “se falta consenso prévio da tradição, se rejeita-se a imposição violenta, se é levada a sério a validade, então é necessário que a norma seja aceitável”.⁹⁹ A questão passa a ser a de como atingir o critério de aceitabilidade ou de U.

Com (D) ressalta-se a condição, moderna por excelência mas não exclusivamente moderna, de que as normas de ação que pretendem validade legítima precisam de argumentos racionalmente aceitáveis por todos, tanto faz que tais normas pretendam regular algumas questões morais fundamentais ou que sejam normas jurídicas que, por exemplo, estabeleçam a maioria civil ou tratam da distribuição de vagas nos estabelecimentos de ensino superior. O que o princípio mostra é sobretudo a situação de partida de que não dispomos do recurso ao pano de fundo tradicional mas que podemos perseguir o objetivo de restabelecer um consenso agora fundamentado em razões.¹⁰⁰

Já, com o princípio U, a abrangência dos discursos é reduzida passando a tratar-se com questões morais, exclusivamente. O critério fornecido para a validação das normas propostas consiste na consideração

acceptable for all”. REGH, William. **Insight and Solidarity**: a study in the discourse ethics of Jürgen Habermas. Berkeley: UCP, 1994. p. 75.

⁹⁸ OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **Moralidade e Jurisdição**: A compreensão procedimentalista do direito em Jürgen Habermas. Orientação de Dr. Sérgio Cademartori. 2006. Tese (Doutorado em Direito) -Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, 2006. p. 79.

⁹⁹ OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **Moralidade e Jurisdição**: A compreensão procedimentalista do direito em Jürgen Habermas. Orientação de Dr. Sérgio Cademartori. 2006. Tese (Doutorado em Direito) -Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, 2006. p. 79.

¹⁰⁰ OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **Moralidade e Jurisdição**: A compreensão procedimentalista do direito em Jürgen Habermas. Orientação de Dr. Sérgio Cademartori. 2006. Tese (Doutorado em Direito) -Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, 2006. p. 85.

simétrica dos interesses e conseqüências da obediência da norma para todos os possíveis atingidos pela mesma.¹⁰¹

A partir do exposto, é possível passar ao estudo do princípio com o qual Habermas pretende fundamentar a legitimidade do Direito positivo (princípio da democracia [De]). Como já ventilado, Habermas pretende que D seja “neutro” em relação aos princípios da Moral e do Direito.¹⁰²

Contrariamente, U é um princípio que pretende autoridade para julgar todos tipos de normas, inclusive normas jurídicas. O escopo é explicar a legitimidade do Direito sem depender diretamente da submissão à Moral, embora os discursos de justificação¹⁰³ do Direito dependam parcialmente de

¹⁰¹ OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **Moralidade e Jurisdição**: A compreensão procedimentalista do direito em Jürgen Habermas. Orientação de Dr. Sérgio Cademartori. 2006. Tese (Doutorado em Direito) -Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, 2006. p. 85.

¹⁰² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 142.

¹⁰³ “Os discursos de justificação (termo cunhado por Klaus Günther) se referem à validade abstrata e descontextualizada na qual os participantes examinam casos típicos para refletir se, hipoteticamente, esses encontrariam assentimento de todos os afetados. As normas daí derivadas só podem se aplicar fora de contextos e circunstâncias concretos, dentro das situações *standard* consideradas de antemão, sob a fórmula condicional “se”. Nos discursos de justificação não é possível levar em consideração todos os possíveis casos que no futuro podem vir a surgir. Nos casos concretos futuros as circunstâncias de aplicação tem que se dar em termos distintos e mais específicos do que através de um princípio de universalização”. REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 100. Em outras palavras, “o discurso de justificação diz respeito à elaboração de normas válidas, pautadas pelo princípio universalista (U), o qual busca levar em conta os interesses de todos os possíveis afetados pela norma em discussão. Este tipo de discurso tem lugar, especialmente, no momento de justificação de uma norma moral. Ocorre que o discurso de justificação assim concebido possui sua legitimidade derivada do imperativo de se considerar *todos os interesses* dos afetados pela norma em discussão”. Correlato aos discursos de justificação, Günther também faz a distinção entre discursos de aplicação. “O discurso de aplicação é proposto como forma de complementar a norma válida com considerações sobre os efeitos colaterais não antecipados ou desconsiderados no discurso de justificação, porque somente diante da singularidade do caso é que se pode, e ainda assim com reservas, determinar todos os possíveis efeitos de uma norma. Uma norma válida descreve os fatos a partir de condições iguais e previsíveis. Esta noção, no entanto, não garante sua aplicação sob quaisquer circunstâncias. Assim, a situação de aplicação, antecipada pela norma válida em condições normais, deve ser suplementada por uma completa descrição da situação que considere também as circunstâncias variáveis não antecipadas pela descrição normativa. O discurso de aplicação parte da existência de normas válidas e aplicáveis *prima facie* que deverão ser adequadas a um determinado caso. Uma norma aplicável *prima facie* é aquela cuja aplicação não deve ser determinada, exclusivamente, pela identidade semântica entre os fatos hipoteticamente descritos na disposição normativa e aqueles utilizados na descrição do caso concreto e singular. É também necessário considerar os fatos não previstos. No discurso de justificação, a imparcialidade existe quando se considera todos os interesses envolvidos.[...] No discurso de aplicação, por sua vez, a imparcialidade é assegurada pela consideração de todos os fatos relevantes do caso.” MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Hermenêutica principiológica e ponderação de direitos fundamentais: os princípios podem ser equiparados diretamente a valores?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1453, 24 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9952>>. Acesso em: 11 ago.

argumentos morais. Habermas avocará a si a tarefa de: explicar como é possível a legitimidade a partir da legalidade e esta resposta conta com argumentos morais. “Mas ele também quer evitar uma dedução do direito positivo legítimo a partir de um conjunto de normas morais cuja validade é anterior a todo e qualquer direito positivo”.¹⁰⁴

Nas próprias palavras do filósofo alemão:

Em síntese: O Estado é necessário como poder de organização, sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de direitos necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implantados.[...] Contrapondo-se a isso, a fundamentação do sistema de direitos pela via da teoria do discurso esclarece o nexó interno que existe entre autonomia privada e pública. O direito não consegue seu sentido normativo pleno *per se* através de sua *forma*, ou através de um conteúdo moral dado *a priori*, mas através de um *procedimento* que instaura o direito, gerando legitimidade.¹⁰⁵

O princípio da democracia “destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito”.¹⁰⁶ O princípio De pode ser assim formulado:

[...] somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva. O princípio da democracia explica, noutros termos, o sentido performativo da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente.¹⁰⁷

2008.

¹⁰⁴ OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **Moralidade e Jurisdição**: A compreensão procedimentalista do direito em Jürgen Habermas. Orientação de Dr. Sérgio Cademartori. 2006. Tese (Doutorado em Direito) -Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, 2006. p. 91.

¹⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 171-172.

¹⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 145.

¹⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 145.

É por esse motivo que o princípio da democracia não se encontra no mesmo patamar que o princípio U (moral).

Enquanto este último funciona como regra de argumentação para a decisão racional de questões morais, o princípio da democracia pressupõe preliminarmente a possibilidade da decisão racional de questões práticas, mais precisamente, a possibilidade *de todas* as fundamentações, a serem realizadas em discursos (e negociações reguladas pelo procedimento), das quais depende a legitimidade das leis.¹⁰⁸

Habermas prossegue:

Por si mesmo, o princípio da democracia não é capaz de dizer se e como é possível abordar discursivamente questões políticas – esse problema teria que ser esclarecido preliminarmente numa teoria da argumentação. Partindo do pressuposto de que uma formação política racional da opinião e da vontade é possível, o princípio da democracia simplesmente afirma como esta pode ser institucionalizada – através de um sistema de direitos que garante a cada um igual participação num processo de normatização jurídica, já garantido em seus pressupostos comunicativos.¹⁰⁹

Em outras palavras, enquanto o princípio U opera na constituição interna de um determinado jogo argumentativo, o princípio da democracia refere-se à “institucionalização externa e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade”, realizada por meio das formas de comunicação garantidas pelo Direito.¹¹⁰

O princípio kantiano¹¹¹ que estatui um direito às liberdades subjetivas de ação, pode ser compreendido da seguinte maneira: deve ser

¹⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 145-146.

¹⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 145-146.

¹¹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 146.

¹¹¹ Immanuel Kant (1724-1804) nasceu e morreu em Königsberg (Prússia). Para Kant, a missão do Estado é realizá-lo. O direito natural não é uma norma que paire acima da realidade histórica concreta, da qual tudo o afasta. Como mostra a disposição da obra, em que o direito público aparece por último, Kant indicava uma dinâmica do direito, cabendo ao Estado realizar o direito natural e levá-lo ao concreto. O movimento do direito é teleologia da conduta humana, e somente neste sentido se deve compreender a idéia de que o Estado, assim como a pessoa, é fim em si. Essa dinâmica possui uma designação extremamente precisa: ela é reforma, sem nunca se tornar revolução. É por falta de reformas que são deflagradas as revoluções. Aferrando-se à reforma, fazendo do Estado um fim em si, Kant realiza o ajuste da moral com a filosofia política. A

composto por um código jurídico na figura de direitos subjetivos, os quais imunizam os sujeitos jurídicos contra a imputação da liberdade comunicativa. A liberdade de cada um deve poder conviver com a igual liberdade de todos, segundo uma lei geral. Somente assim, poderá entrar em jogo a pretensão de legitimidade do direito positivo. Na formulação kantiana do princípio do direito, a “lei geral” carrega o fardo da legitimação. Dessa forma, ela implica a distribuição das liberdades de ação subjetivas, porque nele se expressa um bem-sucedido teste de generalização da razão que examina as leis. Resulta disto, pois, uma subordinação do direito à moral, para Kant, a qual remete-se inconciliável com a idéia de uma autonomia que se realiza no *medium* do próprio direito.¹¹²

Segundo Habermas, a idéia da autolegislação de civis exige que os que estão submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, possam entender-se também enquanto autores do direito. Enquanto legisladores morais, os atores não se configuram como sujeitos jurídicos ou destinatários, aos quais esse direito é conferido. É verdade que cada sujeito do direito, no papel de uma pessoa moral, entende que poderia dar-se a si mesmo determinadas leis jurídicas; mesmo assim, essa ratificação moral privada e posterior não elimina o paternalismo de uma dominação de leis à qual os sujeitos de direito, heterônomos politicamente, continuam submetidos.¹¹³

Somente a normatização politicamente autônoma permite aos destinatários do direito uma compreensão correta da ordem jurídica. O direito legítimo somente se coaduna com um tipo de coerção jurídica que salvaguarda os motivos racionais para a obediência ao direito. Normas jurídicas devem poder ser seguidas com discernimento. Além disso, a idéia de autolegislação de cidadãos não pode, pois ser deduzida da autolegislação moral de pessoas singulares. A autonomia deve ser entendida de modo mais geral e neutro.¹¹⁴

moral diz que é necessário tratar cada indivíduo com um fim em si, jamais simplesmente, como meio. HUISMAN, Denis. **Dicionário dos Filósofos**. Tradução de Claudia Berlinder; Eduardo Brandão; Ivone Castilho Benedetti; Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 552-560.

¹¹² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 156-157.

¹¹³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 157.

¹¹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 158.

Por isso introduzi um princípio do discurso, que é indiferente em relação à moral e ao direito. Esse princípio deve assumir – pela via da institucionalização jurídica – a figura de um princípio da democracia, o qual passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização. A idéia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma *gênese lógica de direitos*, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursiva da autonomia política, a qual pode equiparar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um *sistema* de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de *modo co-originário*.¹¹⁵

O princípio da democracia deve, além de determinar os procedimentos de normatização legítima do Direito, dirigir a produção do próprio Direito. Isso porque a Filosofia do Direito habermasiana “tem no conceito de legitimidade a sua *clef de voûtre*”.¹¹⁶ Esse princípio estatui a condição de possibilidade da legitimidade do Direito.¹¹⁷ Como bem expressa Habermas, em seu prefácio em “Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade”, não se pode ter nem manter um Estado de direito sem democracia radical.¹¹⁸ Para que possa ser compreendida toda essa questão, a seguir, tratar-se-á acerca da relação complementar entre Moral e Direito.

¹¹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 158.

¹¹⁶ DUTRA, Delamar José Volpato. **Razão e Consenso em Habermas**. A teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. 2. ed. Florianópolis: Editora da UFSC. 2005. p. 222.

¹¹⁷ DUTRA, Delamar José Volpato. **Razão e Consenso em Habermas**. A teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. 2. ed. Florianópolis: Editora da UFSC. 2005. p. 224.

¹¹⁸ “Suponho, todavia, que a inquietação possui uma razão mais profunda: ela deriva do pressentimento de que, numa época política inteiramente secularizada, não se pode ter nem manter um Estado de direito sem democracia radical”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 13.

1.5 A RELAÇÃO DE COMPLEMENTARIDADE ENTRE MORAL E DIREITO

A proposta de Habermas consiste em uma relação de complementaridade entre Moral e Direito, de forma a instaurarem-se como procedimento. “Ou seja, a proposta de uma teoria procedimental do Direito fundamenta-se em princípios morais”. A legalidade somente é legítima à proporção que os discursos morais permearem os discursos jurídicos.¹¹⁹

Para Habermas, tanto a Moral quanto o Direito têm como fundamento o princípio D. No entanto, são esferas distintas. “Essa separação se dá historicamente, no processo de racionalização moderno, que exige que o Direito atue enquanto instituição neutra”.¹²⁰ Assim, o Direito moderno não medeia a Moral e a democracia, mas configura-se como tensão permanente entre facticidade e validade.¹²¹

A Moral pode ser descrita por Habermas como

Especializada em questões de justiça e aborda em princípio *tudo* à luz forte e restrita da universalizabilidade. O seu *telos* consiste na avaliação imparcial de conflitos de ação, relevantes do ponto de vista moral, visando, pois, a um saber capaz de orientar o agir, mesmo que não seja capaz de *dispor* para o agir correto.¹²²

Em contrapartida, Habermas conceitua Direito e o distingue da Moral:

Por ‘direito’ eu entendo o moderno sistema normatizado, que se apresenta com a pretensão à fundamentação sistemática, à interpretação obrigatória e à imposição. O direito não representa apenas uma forma do saber cultural, como a moral, pois forma,

¹¹⁹ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 82.

¹²⁰ REPOLÊS, María Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 104.

¹²¹ “a idéia de Direito, constituído pela tensão entre facticidade e validade, vale dizer entre a imposição de suas normas e pretensão de legitimidade das mesmas”. REPOLÊS, María Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 105 (nota 38).

¹²² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 149.

simultaneamente, um componente importante do sistema de instituições sociais. O direito é um sistema de saber e, ao mesmo tempo, um sistema de ação. Ele tanto pode ser entendido como um texto de proposições e de interpretações normativas, ou como uma instituição, ou seja, como um complexo de reguladores da ação. E, dado que motivos e orientações axiológicas encontram-se interligados no direito interpretado como sistema de ação, as proposições do direito adquirem uma eficácia direta para a ação, o que não acontece nos juízos morais.¹²³

O Direito apresenta um caráter funcional que a Moral desprovém, pois requer a tomada de decisões e sua implementação. “Essa necessidade de chegar a uma decisão, e ao tempo fazê-lo legitimamente, evidencia a *tensão entre facticidade e validade*”.¹²⁴ A Moral trabalha no interior da argumentação e não tem que institucionalizar suas decisões. “Ela pretende a aceitabilidade universal das normas que se submetem ao princípio moral, e pretende que esta aceitabilidade se dê na discussão”.¹²⁵

Em outras palavras, a Moral é um critério de argumentação racionalmente construído “que reduz a decisão *ao âmbito da validade* e que opera como princípio de universalização na construção das regras do jogo argumentativo”.¹²⁶ Dessa forma, a Moral promove e garante a efetiva implementação das decisões tomadas no processo, já que ninguém poderá ser constrangido a agir moralmente, a não ser pela força do melhor argumento.¹²⁷

Para Habermas, mais do que uma complementaridade, importa o entrelaçamento entre as categorias Moral e Direito. “Enquanto a Moral é fim em si mesma, o Direito pode servir como instrumento a partir do momento em que serve para efetivar decisões políticas”.¹²⁸ A Moral constitui-se como

¹²³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 110-111.

¹²⁴ REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 104-105.

¹²⁵ REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 105.

¹²⁶ REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 105.

¹²⁷ REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 105.

¹²⁸ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 85.

procedimento que permite a fundamentação das normas de acordo com conteúdos que são fracos normativamente.¹²⁹

Esclarecemos como o direito, exteriorizado de modo convencional, e a moral interiorizada se complementam. Porém não nos interessamos apenas na relação complementar, e sim no *entrelaçamento* simultâneo entre moral e direito. Este resulta do fato de que, nas ordens do Estado de direito, lança-se mão de meios de direito positivo, a fim de distribuir os pesos da argumentação e institucionaliza caminhos de fundamentação abertos a argumentos morais. A moral não paira mais *sobre* o direito, como era sugerido pela construção do direito racional, tido como uma série de normas suprapositivas: ela emigra para o direito positivo, sem perder sua identidade.¹³⁰

Entretanto, a moralidade se estabelece no próprio Direito e apresenta natureza procedimental; “ela se despojou de todos os conteúdos normativos determinados, sublimando-se num processo de fundamentação e de aplicação de possíveis conteúdos normativos”. Direito e Moral procedimentalizada controlam-se de forma mútua. Nos discursos jurídicos, a argumentação de questões práticas e morais é domesticada pela institucionalização do Direito, a saber, a argumentação moral é limitada: a) através da ligação com o Direito vigente, de forma metódica; b) no tocante a temas e encargos de prova, de forma objetiva; c) em relação aos pressupostos de participação, imunidades e distribuição de papéis, de forma social; d) no tocante aos prazos de decisão, de forma temporal. Entretanto, como já ventilado, a argumentação moral é institucionalizada como um aberto processo que segue sua própria lógica e controla sua racionalidade.¹³¹ A Moral e o Direito servem para regular conflitos entre os indivíduos e devem proteger, simetricamente, todos os envolvidos.

¹²⁹ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 85. Ainda, mister ressaltar que, para Habermas, a Moral padece, sob o viés funcional, de duas fraquezas: cognitiva e motivacional. “Nos processos morais, a possibilidade de se saber se tal norma obteria o consentimento dos possíveis envolvidos não garante a adesão necessária [...] [No tocante à fraqueza motivacional]. A moralidade não seria capaz de acoplar ao seu redor, sozinha, uma motivação para o agir, pois ela não se depreende uma obrigatoriedade geral.” MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 83.

¹³⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 218.

¹³¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 218-219.

O curioso é que a positividade do direito força uma *divisão* de autonomia, que não possui equivalente no campo da moral. A autodeterminação moral constitui um conceito unitário, segundo o qual cada um segue exatamente as normas que ele, de acordo com um juízo próprio e imparcial, tem como obrigatórias; [...] Na moral existe naturalmente uma simetria entre direitos e deveres, ao passo que os *deveres* resultantes do direito são consequência da preservação de *direitos* que tomaram a dianteira conceitual.¹³²

Para Habermas, o universo da Moral, o qual possui fronteiras sociais e históricas, abarca todas as pessoas naturais, “deste modo, a proteção moral refere-se à integridade de sujeitos completamente individuados”.¹³³ Por outro lado, o universo do Direito, localizado em espaço e tempo determinados, tutela a integridade de seus membros, entretanto, isso se dá na proporção em que os próprios integrantes assumem o status de portadores de direitos subjetivos.¹³⁴

O Direito apresenta uma estrutura mais complexa que a Moral pois:

1) desencadeia e, ao mesmo tempo, circunscreve liberdades de ação subjetivas (e a respectiva orientação por valores e interesses); 2) integra objetivos coletivos e regulamentações concretas, o que impede uma justificação apenas sob pontos de vista morais.¹³⁵

Em síntese, no marco da teoria do discurso, Habermas não admite a dependência entre Direito e Moral. Ao tomar-se o Direito como compensador das restrições que se encontram no discurso moral da realidade, ele tenta fundamentar a complementaridade entre Direito e Moral; nesse sentido, o filósofo alemão desenvolve a teoria do Direito como uma teoria procedimental que, baseada na teoria do discurso, refere-se à relação Direito-Moral não como uma relação de dependência, mas sim complementar. Tanto as normas legais

¹³² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 310-311.

¹³³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 312.

¹³⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 312.

¹³⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 313.

quanto as morais, ainda que diferentes, são tão complementares como é a relação que pode ser estabelecida entre a lei natural e a positiva.¹³⁶

A relação complementar entre Direito e Moral não significa que exista uma neutralidade Moral do Direito. Pois o processo legislativo permite que razões morais flutuam para o direito. E a política e o direito têm que estar afinados com a moral, em base de fundamentação pós-metafísica, mesmo que os pontos de vista morais não sejam suficientemente seletivos para a legitimação de programas de direito.¹³⁷

¹³⁶ Daí porque, talvez, seja compreensível o fato de ele transformar a hierarquia clássica entre direito natural e direito positivo em tensão entre facticidade e valor. No fundo, esta tensão assume a forma de uma tensão entre direito e poder. Entretanto, quando se pensa na teoria do discurso da filosofia do direito, a primeira suposição a surgir é que, uma vez que o direito moderno tornou-se autônomo em relação à moral e ao respaldo metafísico ou religioso de suas normas, fica constituído como um âmbito aberto à argumentação, à ação comunicativa, que só pode basear-se no entendimento como fonte da legitimidade de normas. MARTINS, Clélia Aparecida. A teoria do discurso na filosofia do direito de Habermas. In: PINZANI, Alessandro, DUTRA, Delamar José Volpato.(Organizadores). **Habermas em discussão**: Anais do Colóquio Habermas. Florianópolis: NEFIPO, 2005. p. 70.

¹³⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 313.

CAPÍTULO 2

A TENSÃO ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE NO DIREITO

Habermas, ao incorporar a idéia de Estado de Direito e tentando explicá-la a partir da teoria do discurso, esboça uma tese que tem que ser confrontada com a tensão entre facticidade e validade de um Direito que se encontra em determinado tempo, modo e espaço. Dessa forma, ao aprofundar a relação entre facticidade e validade de um Direito historicamente considerado, o filósofo alemão é obrigado a rever a complementaridade entre Moral e Direito, dando uma nova perspectiva à teoria do discurso e ao conceito de racionalidade comunicativa. A partir daí, o autor conseguirá lançar seus fundamentos para uma Filosofia do Direito.

Mister ressaltar, como já ventilado alhures, que a idéia de Direito constituído pela eterna tensão entre facticidade e validade, a saber, entre imposição de suas normas e pretensão de legitimidade das mesmas, torna possível a compreensão da relação entre moral e direito como equíprimordiais. Isto é defendido por Habermas em *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Entretanto, a posição habermasiana em outras obras, difere significativamente. Em *Teoria do Agir Comunicativo*, por exemplo, o filósofo alemão trabalha com a idéia de comunidade ideal de comunicação e a explicação do que seja Direito pode levar a uma interpretação com base em dualidade platônica entre ideal e real: ora o Direito se configura como ação comunicativa, ora como sistema.¹³⁸

2.1 A PASSAGEM DA RAZÃO PRÁTICA PARA A RAZÃO COMUNICATIVA

¹³⁸ REPOLÊS, María Fernanda Salcedo, **Habermas e a desobediência civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 105 (nota 38).

Para Habermas, a modernidade criou o conceito de razão prática¹³⁹ como faculdade subjetiva. Transferindo conceitos aristotélicos para premissas da filosofia do sujeito, a modernidade desenraizou a razão prática “de suas encarnações nas formas de vida culturais e nas ordens da vida política”.¹⁴⁰ Nas próprias palavras do filósofo alemão:

Isso tornou possível referir a razão prática à felicidade, entendida de modo individualista e à autonomia do indivíduo moralmente agudizada – à liberdade do homem tido como um sujeito privado, que também pode assumir os papéis de um membro da sociedade civil, do Estado e do mundo.¹⁴¹

Em outras palavras, a razão prática, atrelada a uma faculdade subjetiva, tornou-se uma razão normativista. Assim, “é o conteúdo normativista da razão prática que permite à modernidade oferecer ao indivíduo uma alternativa aos problemas que afetam sua vida e sua comunidade”.¹⁴² No entendimento de Luiz Moreira:

Caberia à razão prática servir de guia para a ação do indivíduo, oferecendo-lhe uma orientação normativa para a ação, cabendo ao Direito natural, por sua vez, a institucionalização dessa ação em termos sociopolíticos.¹⁴³

Para Habermas, a única opção é a substituição da razão prática pela comunicativa. Em suas próprias palavras:

¹³⁹ “Habermas toma este conceito de Kant. A razão prática é a razão humana, a capacidade de pensar e raciocinar enquanto está voltada para o agir. O termo prática tem precisamente este sentido, de mostrar qual o princípio que a orienta. Ao contrário, nossa capacidade de pensar e raciocinar voltada apenas para a atividade intelectual é denominada por Kant de razão teórica”. GUZZELLI, Iara. A especificidade do fato moral em Habermas. O uso moral da razão prática. Disponível em << http://www.sedes.org.br/Centros/Filosofia/fato_moral_em_habermas.htm>>. Acesso em 20/01/2009.

¹⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 17.

¹⁴¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 17.

¹⁴² MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 107.

¹⁴³ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 107-108.

Ora, todo pesquisador na área das ciências sociais que não deseja apostar tudo em algo contra-intuitivo, não será atraído por tal solução. Por esta razão, eu resolvi encetar um caminho diferente, lançando mão da teoria do agir comunicativo: substituo a razão prática pela comunicativa. E tal mudança vai muito além de uma simples troca de etiqueta.¹⁴⁴

É através do *linguistic turn*¹⁴⁵ (reviravolta lingüística ou giro lingüístico) que Habermas substituirá a razão prática pela comunicativa. É por meio do *medium* lingüístico que a razão comunicativa se distingue da prática.

Todavia, se transportarmos o conceito de razão para o *medium* lingüístico e o aliviarmos da ligação exclusiva com o elemento moral, ele adquirirá outros contornos teóricos, podendo servir aos objetivos descritivos da reconstrução de estruturas da

¹⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 19.

¹⁴⁵ “É através da reviravolta lingüística que a filosofia se coloca sob o signo da linguagem. Há uma mudança na maneira de se entender e do procedimento adotado em filosofia. Não se pergunta mais pela essência de algo, mas por seu uso na prática. Dessa forma, a filosofia deixa de perguntar pelo “o que é?” e passa a questionar o sentido de algo: “qual o sentido de uma dada expressão”. A partir daí, a linguagem é vista como condição de possibilidade para a compreensão do mundo. “A reviravolta lingüística do pensamento filosófico no século XX se centraliza, então, na tese fundamental de que é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que esta é o momento necessário constitutivo de todo e qualquer saber humano, de tal modo que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige reflexão sobre sua infraestrutura lingüística”. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Lingüístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2006, p. 13. Duas correntes se destacam nesse “giro” e na tematização entre linguagem e ética: 1) Filosofia analítica (anglo-saxã-americana): analisa a filosofia do discurso. Filósofos que a integram: Russell, Wittgenstein, Peirce. 2) Ética do discurso (alemã): a linguagem é vislumbrada como categoria transcendental que fundamenta as condições de possibilidade do discurso filosófico sobre a ética. Filósofos que a integram: Apel, Habermas. A ética discursiva busca fundamentar uma ética pós-metafísica através da linguagem. No caso de Habermas, por meio da validade normativa do consenso na comunidade universal de comunicação. Assim, o grande questionamento habermasiano, dentro de sua ética do discurso é: na possibilidade histórica de uma comunidade universal de comunicação, em que o consenso será o lugar teórico, como fundamentar sobre esse consenso uma macro-ética do discurso que atenda às exigências éticas de uma civilização da livre comunicação? Desse modo, a nova racionalidade articula-se com a reviravolta lingüística e vai além das racionalidades objetiva e subjetiva. A primeira (objetiva) compreende a razão antiga (platônica), em que a razão era considerada imanente ao real, presente em todos os entes e que permite uma hierarquização de toda a realidade. Já, a racionalidade subjetiva (história moderna) é faculdade exclusiva do homem. É o sujeito que aplica racionalidade no mundo em que vive. Com a ética do discurso (racionalidade comunicativa), a razão não é atribuída nem à natureza, nem ao sujeito individual e nem a um macro-sujeito social-estatal. A razão é *medium* lingüístico por meio de cuja mediação se entrelaçam as interações e se constituem as formas de vida. A razão comunicativa é um procedimento argumentativo por meio do qual os sujeitos buscam se colocar de acordo sobre as questões relacionadas com verdade e justiça. A razão comunicativa não é objetiva, nem subjetiva; é intersubjetiva. Ela é imanente, pois situa-se historicamente. Incorpora os contextos concretos do jogo de linguagem e transcende, porque fornece os critérios para a crítica da vida e da história. JESUS, Rodrigo Marcos de. **A ética do discurso no contexto poético**. Disponível em: http://www.belopoetico.com/anteriores/palestrantes/downloads/3_edicao_belo_poetico.pdf. Acesso em 13 de agosto de 2008.

competência e da consciência, além de possibilitar a conexão com modos de ver funcionais e com explicações empíricas.¹⁴⁶

A razão comunicativa também se diferencia da razão prática por não estar adstrita a nenhum ator singular e nem a um macrosujeito sociopolítico. É o *medium* linguístico que possibilita a razão comunicativa, por meio da qual as interações se interligam e as formas de vida são estruturadas. A razão comunicativa, contrariamente à razão prática, não é uma fonte de normas do agir.

Ela [razão comunicativa] possui um conteúdo normativo, porém somente na medida em que o que age comunicativamente é obrigado a apoiar-se em pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual. Ou seja, ele é obrigado a empreender idealizações, por exemplo, a atribuir significado idêntico a enunciados, a levantar uma pretensão de validade em relação aos proferimentos e a considerar os destinatários imputáveis, isto é, autônomos e verazes consigo mesmos e com os outros.¹⁴⁷

Ao fazer isso, aquele que age comunicativamente não se defronta com o “ter que” prescritivo de uma regra de ação, mas sim com o “ter que” de uma coerção transcendental fraca (derivado da validade deontológica de um mandamento moral, da validade axiológica de uma constelação de valores preferidos ou da eficácia empírica de uma regra técnica).¹⁴⁸ No entendimento habermasiano:

Um leque de idealizações inevitáveis forma a base contrafactual de uma prática de entendimento factual, a qual pode voltar-se criticamente contra seus próprios resultados, ou *transcender-se* a si própria. Deste modo, a tensão entre idéia e realidade irrompe

¹⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 19.

¹⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 20.

¹⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 20.

na própria facticidade de formas de vida estruturadas lingüisticamente.¹⁴⁹

A razão comunicativa possibilita uma orientação na base de pretensões de validade. Em contrapartida, ela mesma não é capaz de fornecer nenhum tipo de indicação concreta para o desempenho de tarefas práticas. Ela não é informativa, nem prática, de forma imediata. Nas palavras de Habermas:

De um lado, ela abrange todo o espectro de pretensões de validade da verdade proposicional, da veracidade subjetiva e da correção normativa, indo além do âmbito exclusivamente moral e prático. De outro lado, ela se refere apenas às intelecções e asserções criticáveis e abertas a um esclarecimento argumentativo – permanecendo neste sentido aquém de uma razão prática, que visa à motivação e à condução da vontade.¹⁵⁰

Em todo o ato de linguagem, isto é, através da fala, busca-se o entendimento com outrem acerca de algo no mundo. Na busca desse entendimento, adota-se um enfoque performativo, ou seja, uma *performance*, o que implica a aceitação de certos pressupostos. Precisamente, adota-se as seguintes pretensões universais de validade: **o falante deve expressar-se de modo a se fazer compreender; sua comunicação se dá através de conteúdo proposicional verdadeiro, a saber, ele dá a entender algo; suas intenções são expressas verazmente de modo que se firme um entendimento a partir do que é comunicado; sua manifestação tem que ser correta para que seja possível o entendimento.** Mister ressaltar que essas pretensões de validade da fala comunicam-se às formas de vida e comunicativamente são reproduzidas.¹⁵¹

Importante frisar a distinção feita por Habermas, expressa alhures, entre a normatividade da razão prática, que possui sentido de uma orientação que se faz necessária para o agir de modo que a ação é regida por

¹⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 21.

¹⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 21.

¹⁵¹ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 109.

uma obrigatoriedade, e, por outro lado, a racionalidade do discurso que se depreende da abertura ao entendimento via *medium* linguístico.

Ou seja, a razão prática parte de uma orientação vinculante para o agir, ao passo que na razão comunicativa o agir é orientado para o entendimento, pois tendo a linguagem como *medium*, o entendimento lhe é acoplado.¹⁵²

Assim, a razão comunicativa, na teoria habermasiana, passa a integrar uma “teoria reconstrutiva da sociedade”.¹⁵³ É a partir dessa formulação que Habermas recusará o conceito tradicional de razão prática (abandonando a concepção normativa – a qual interpreta o Direito como filiado à Moral).¹⁵⁴ Para Habermas:

O princípio da teoria do discurso, configurado inicialmente de acordo com a formação da vontade individual, comprovou-se no campo ético e no da filosofia moral. Entretanto, é possível provar, sob pontos de vista funcionais, por que a figura pós-tradicional de uma moral orientada por princípios depende de uma complementação através do direito positivo.¹⁵⁵

A partir de uma teoria do discurso, fundamentada em uma racionalidade comunicativa, poder-se-á formular uma teoria do Direito e do Estado

¹⁵² MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 111.

¹⁵³ “De modo geral, pode-se dizer que o cientista social tentará decifrar como operam essas e outras regras de natureza social e como os atores sociais geram algo em função delas. É claro que os próprios atores só têm um saber intuitivo, pré-teórico, por assim dizer, a respeito dessas regras. Cabe ao cientista ‘reconstruir’ esse saber, ‘reconstruir’ o modo como um determinado produto cultural foi gerado conforme essas regras, transformando esse saber pré-teórico em teórico. É por esse motivo que Habermas chama sua teoria de uma ‘teoria reconstrutiva da sociedade’. A expressão recorrente em Habermas de ‘reconstrução’, se refere à investigação do sistema de regras subjacente a um determinado produto social, e isso tanto num plano horizontal, sincrônico – no interior de uma determinada fase do desenvolvimento social –, quanto num plano vertical, diacrônico – na articulação histórica progressiva daquele desenvolvimento”. REPA, Luiz. A categoria do Direito no quadro da teoria da Ação Comunicativa. **Prisma Jurídico**. v. 5. São Paulo, 2006. p. 189 (p. 185-204).

¹⁵⁴ “Ora, é justamente a recusa ao caráter normativo da razão prática que propiciará a Habermas, em *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, formular um novo conceito de direito que abandonará a clássica relação com a moral, bem como introduzir um conceito jurídico dependente de uma razão procedimental. [...] Assim, com a recusa à razão prática e à filosofia solipsista, Habermas interpretará a teoria do Direito no seio da teoria do discurso”. MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 111 (nota 11).

¹⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 23.

de Direito, nos moldes propostos por Habermas.¹⁵⁶ A moralidade fundada em princípios, necessita ser complementada através do Direito positivo. Por esse motivo, a juridicidade rompe o quadro de conceitos ofertado por uma reflexão meramente normativa. A partir da teoria do discurso, fundada em uma racionalidade comunicativa, será formulada uma teoria do Direito e, conseqüentemente, do Estado de Direito, incorporando, contudo, os questionamentos elaborados pela filosofia social e política, de forma a ultrapassar os padrões conceituais do Direito formal burguês de cunho privado e do Estado social.¹⁵⁷

2.2 LINGUAGEM: A TENSÃO ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE

Para Habermas, a teoria do agir comunicativo tenta assimilar a tensão existente entre facticidade e validade. Ao tomar tal decisão, ela preserva, de um lado, o engate na interpretação clássica de um nexos interno entre sociedade e razão, o qual pode ser mediado de diferentes maneiras, portanto, um nexos entre circunstâncias e coerções pelas quais transcorre a reprodução da vida social; por outro lado, ela não abandona a idéia de uma condução consciente da vida.¹⁵⁸ Nas próprias palavras de Habermas:

E, ao optar por isso, envolve-se num problema: como explicar a possibilidade de reprodução da sociedade num solo tão frágil como é o das pretensões de validade transcendentais? O *medium* do direito apresenta-se como um candidato para tal explicação,

¹⁵⁶ “No entanto, após a guinada lingüística, é possível reinterpretar essa compreensão deontológica da moral em termos de uma teoria do discurso. Com isso, o modelo do contrato é substituído por um modelo do discurso ou da deliberação: a comunidade jurídica não se constitui através de um contrato social, mas na base de um entendimento obtido através do discurso. Enquanto a argumentação *moral* continuar servindo como padrão para o discurso constituinte, a ruptura com a tradição do direito racional não será, evidentemente, completa. Pois a autonomia dos cidadãos coincidirá com a vontade livre de pessoas morais [...]”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 309.

¹⁵⁷ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 112-113.

¹⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 25.

especialmente na figura moderna do direito positivo. As normas desse direito possibilitam comunidades extremamente artificiais, mais precisamente, associações de membros livres e iguais, cuja coesão resulta simultaneamente da ameaça de sanções externas e da suposição de um acordo racionalmente motivado.¹⁵⁹

É assim que o conceito de agir comunicativo, para Habermas, “atribui às forças ilocucionárias da linguagem orientada ao entendimento a função importante da coordenação da ação”.¹⁶⁰ Sua estratégia, explanada no início do primeiro volume da obra “Direito e Democracia: entre facticidade e validade” consistirá em lembrar, em primeiro lugar, como a compreensão clássica da relação entre facticidade e validade, delineada na tradição platônica, modifica-se quando a linguagem passa a ser concebida como um *medium* universal de incorporação da razão.

A tensão entre facticidade e validade, que se introduz no próprio modo de coordenação da ação, coloca exigências elevadas para a manutenção de ordens sociais. O mundo da vida, as instituições que surgem de forma natural e o direito, têm que amortizar as instabilidades de um tipo de socialização que se realiza através das tomadas de posição – em termos de sim/não – com relação a pretensões de validade criticáveis. Nas modernas sociedades econômicas esse problema geral se agudiza, principalmente no tocante ao envoltório normativo das interações estratégicas, não englobada pela eticidade tradicional. Isso explica, por um lado, a estrutura e o sentido de validade de direitos subjetivos e, de outro lado, as conotações idealistas de uma comunidade jurídica que, enquanto associação de cidadãos livres e iguais, determina por si mesma as regras de sua convivência.¹⁶¹

Dessa forma, Habermas pretende demonstrar que a tensão entre facticidade e validade migra da linguagem para o Direito. Para Habermas,

¹⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 25.

¹⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 25.

¹⁶¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 25-26.

“os pensamentos articulam-se através de proposições”.¹⁶² Em outras palavras, “os pensamentos são expressos através de enunciados que denotam fatos ou estados de coisas”.¹⁶³ Para Habermas, os pensamentos, mesmo que sejam apreendidos por sujeitos diferentes, em lugares e momentos históricos distintos, eles continuam sendo, de acordo com o seu conteúdo e em sentido estrito, os mesmos pensamentos.¹⁶⁴ O filósofo alemão observa:

A partir do momento em que as idéias sobre a oposição abstrata entre o inteligível e o fenomenal, que serviam de pano de fundo à metafísica kantiana, não convenciam mais a ninguém e a partir do momento em que o entrelaçamento especulativo e dialético entre as esferas da essência e da aparência, criado por Hegel, perdeu sua plausibilidade, entraram em cena, no decorrer do final do século XIX, interpretações empiristas que passaram a dar preferência a uma explicação psicológica das relações lógicas ou conceituais: contextos de validade foram assimilados a processos fáticos da consciência. Contra tal psicologismo levantaram-se, utilizando quase todos os mesmos argumentos, Ch. S. Peirce na América, Gottlob Frege e Edmund Husserl na Alemanha e G. E. Moore e B. Russell na Inglaterra. E, ao se recusarem a tomar a psicologia como base para a lógica, a matemática e a gramática, eles lançaram as bases para a filosofia do século XX.¹⁶⁵

Assim, mister explicar que, para Frege, o pensamento, enquanto conteúdo de um ato de pensar, não configura-se como elemento da corrente da consciência; ele não pertence ao conteúdo da consciência em contraposição a tudo aquilo que ele denomina “representação”, a saber, sensação, imagens etc. O pensamento é objetivo, enquanto a representação não. O pensamento pertence a todos, porque todos têm acesso a ele. Daí a dicotomia radical entre o objetivo e o subjetivo: o pensamento pertence ao terceiro reino de

¹⁶² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 28.

¹⁶³ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 115.

¹⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 28.

¹⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 27.

entidades atemporais e imutáveis, cuja existência independe do fato de serem captadas e expressas.¹⁶⁶

Frege¹⁶⁷ resume a objeção central na seguinte tese: há uma diferença entre nossos pensamentos e nossas representações. Representações sempre pertencem a alguém; são atribuíveis a um sujeito identificável no espaço e no tempo, ao passo que os pensamentos ultrapassam os limites de uma consciência individual.¹⁶⁸

Com o conceito de um mundo compartilhado de forma intersubjetiva por meio do *medium* linguístico, para Habermas, Charles S. Peirce¹⁶⁹ completou a *linguistic turn*.¹⁷⁰ Por considerar a comunicação e a interpretação de sinais peças-chave da representação linguística para um possível intérprete, é que a Peirce será possibilitado, articular um conceito de

¹⁶⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2006, nota 10, p. 60.

¹⁶⁷ “Friedrich Ludwig Gottlob Frege (b. 1848, d. 1925) was a German mathematician, logician, and philosopher who worked at the University of Jena. Frege essentially reconceived the discipline of logic by constructing a formal system which, in effect, constituted the first ‘predicate calculus’. In this formal system, Frege developed an analysis of quantified statements and formalized the notion of a ‘proof’ in terms that are still accepted today. Frege then demonstrated that one could use his system to resolve theoretical mathematical statements in terms of simpler logical and mathematical notions. One of the axioms that Frege later added to his system, in the attempt to derive significant parts of mathematics from logic, proved to be inconsistent. Nevertheless, his definitions (of the *predecessor* relation and of the concept of *natural number*) and methods (for deriving the axioms of number theory) constituted a significant advance. To ground his views about the relationship of logic and mathematics, Frege conceived a comprehensive philosophy of language that many philosophers still find insightful. However, his lifelong project, of showing that mathematics was reducible to logic, was not successful”. ZALTA, Edward N. **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. 2008. Disponível em <<http://plato.stanford.edu/entries/frege/>>. Acesso em 22 de Janeiro de 2009.

¹⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 27-28.

¹⁶⁹ “Charles Sanders Peirce (1839-1914) was the founder of American pragmatism (later called by Peirce “pragmaticism” in order to differentiate his views from others being labelled “pragmatism”), a theorist of logic, language, communication, and the general theory of signs (which was often called by Peirce “semeiotic”), an extraordinarily prolific mathematical logician and general mathematician, and a developer of an evolutionary, psycho-physically monistic metaphysical system. A practicing chemist and geodesist by profession, he nevertheless considered scientific philosophy, and especially logic, to be his vocation. In the course of his polymathic researches, he wrote voluminously on an exceedingly wide range of topics, ranging from mathematics, mathematical logic, physics, geodesy, spectroscopy, and astronomy, on the one hand, to psychology, anthropology, history, and economics, on the other”. BURCH, Robert. **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. 2006. Disponível em: < <http://plato.stanford.edu/entries/peirce/>>. Acesso em 22 de Janeiro de 2009.

¹⁷⁰ Nas palavras de Habermas: “Contra-pondo-se a essa linha, Ch. S. Peirce completou a guinada lingüística, incluindo na análise formal o uso da linguagem”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 31.

linguagem que abrange não apenas a formação dos conceitos, mas também o momento atemporal da formação de juízos verdadeiros. A partir dessa estrutura será possível articular o nexo entre mundo e comunidade de interpretação, uma vez que só tem sentido falar em mundo quando os seus integrantes se entendem entre si em um mundo compartilhado intersubjetivamente.¹⁷¹ Habermas esclarece:

O importante é saber que podemos ler a estrutura dos pensamentos observando a estrutura das proposições; e as proposições são as partes elementares de uma linguagem gramatical, passíveis de verdade.¹⁷²

Exatamente porque os pensamentos são expressos através de proposições é que necessita-se do *medium* linguístico. Disso se depreende que as expressões linguísticas “têm *significados idênticos* para usuários diferentes”.¹⁷³ Isso quer dizer que uma mesma comunidade linguística possui a mesma compreensão acerca de determinada expressão gramatical.

Na prática, os membros de uma determinada comunidade de linguagem têm que supor que falantes e ouvintes podem compreender uma expressão gramatical de modo idêntico. Eles supõem que as mesmas expressões conservam o mesmo significado na variedade de situações e dos atos de fala nos quais são empregadas. No próprio nível do substrato significativo, o sinal tem que ser reconhecido como sendo o mesmo sinal, na pluralidade de eventos significativos correspondentes.¹⁷⁴

Mister ressaltar que o conteúdo de todo pensamento completo é “determinado por um estado de coisas que pode ser expresso numa proposição assertórica”.¹⁷⁵ Em contrapartida, todo pensamento exige uma determinação ulterior: questiona-se se ele é verdadeiro ou falso.

¹⁷¹ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 118.

¹⁷² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 28.

¹⁷³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 29.

¹⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 29.

¹⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 29.

Sujeitos pensantes e falantes podem tomar posição em relação a qualquer pensamento dizendo 'sim' ou 'não'; por isso, ao simples 'ter um pensamento' vem acrescentar-se um ato de apreciação crítica. Somente o pensamento traduzido em proposições ou a proposição verdadeira expressam um fato.¹⁷⁶

Habermas utiliza como exemplo a proposição: "Essa bola é vermelha". Essa proposição não expressa a representação individual de uma bola vermelha. Entrementes, ela representa a circunstância de que a bola é vermelha.

Isso significa que um falante que afirma 'p' no modo assertórico, não está se referindo, com sua afirmação ou apreciação afirmativa, à existência de um objeto, mas à permanência de um estado de coisas correspondente. Se expandirmos 'p' para a proposição: 'Existe pelo menos um objeto, que é uma bola e do qual vale que ele é vermelho', veremos que a verdade de 'p' e o ser-o-caso do correspondente estado de coisas ou circunstâncias não pode ser interpretado em analogia com a existência de um objeto. O sentido veritativo não pode ser confundido com a existência.¹⁷⁷

Em outras palavras, a idéia de verdade não pode ser explicada com o mesmo padrão de generalidade do significado. Com isso, distingue-se o real do verdadeiro.

'Real' é o que pode ser representado em proposições verdadeiras, ao passo que 'verdadeiro' pode ser explicado a partir da pretensão que é levantada por um em relação ao outro no momento em que assevera uma proposição. Com o sentido assertórico de sua afirmação, um falante levanta a pretensão, criticável, à validade da proposição proferida; e como ninguém dispõe diretamente de condições de validade que não sejam interpretadas, a 'validade' (*Gültigkeit*) tem de ser entendida epistemicamente como 'validade que se mostra para nós' (*Geltung*). A justificada pretensão de verdade de um proponente deve ser defensável, através de argumentos, contra objeções de possíveis oponentes e, no final, deve poder contar com um acordo racional da comunidade de interpretação em geral.¹⁷⁸

¹⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 29.

¹⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 30.

¹⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 32.

Com a idéia de verdade, toca-se na relação existente entre validade e facticidade que se constitui no entendimento mediado pela linguagem, “o que nos coloca diante da questão de como significados idênticos preservam-se na multiplicidade de empregos linguísticos, como também a de explicar como se dá a transcendência das pretensões de validade”.

E é exatamente essa transcendência que vai permitir a distinção entre os procedimentos que se orientam por pretensões de verdade dos que se orientam pela facticidade imanente à provincialidade. Essa transcendência permite que a tensão entre facticidade e validade converta-se em pressupostos comunicativos, uma vez que a idealidade de seus conteúdos tem de ser aceita factivamente para que seja possível a pergunta pela verdade proposicional ou ainda para legitimar uma pretensão de validade.¹⁷⁹

Ao explicar o significado das expressões lingüísticas e a validade das proposições assertóricas, está-se tocando em idealizações ligadas ao *medium* lingüístico, isto é: “a idealidade da generalidade do conceito e do significado é acessível a uma análise pragmática da linguagem utilizada para o entendimento”. Essas idealizações, inseridas no seio da linguagem, podem, caso as forças de ação ilocucionárias de atos de fala venham a ser utilizadas para a coordenação de planos de ação de diversos atores, assumir um significado relevante para a teoria da ação.¹⁸⁰

A partir disso, depreende-se de que o conceito de agir comunicativo considera o entendimento lingüístico como mecanismo de coordenação para a ação e faz “com que as suposições contrafactuais dos atores que orientam seu agir por pretensões de validade adquiram relevância imediata para a construção a manutenção de ordens sociais”.¹⁸¹ Para Habermas, isso significa que a tensão existente entre facticidade e validade, embutida no bojo da linguagem e em seu uso, retorna no modo de integração de indivíduos socializados (comunicativamente). Assim, é seu intento demonstrar que essa

¹⁷⁹ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 119-120.

¹⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 35.

¹⁸¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 35.

tensão encontra-se tanto na prática comunicativa cotidiana quanto nos pressupostos pragmáticos¹⁸² da linguagem.

2.3 A LINGUAGEM E A CONSTITUIÇÃO DE FORMAS DE VIDA SÓCIO-CULTURAIS

Habermas pretende demonstrar, como já ventilado alhures, que a partir do conceito de agir comunicativo, a tensão entre facticidade e validade inerente à linguagem, conecta-se com a integração dos sujeitos socializados comunicativamente.¹⁸³

Dessa forma, integração social não violenta, para Habermas, significa a coordenação entre os planos de ação dos diversos atores, de tal forma que as ações de um partido possam ser “engatadas” nas do outro.¹⁸⁴

Tal engate contínuo reduz o jogo das possibilidades de escolha, duplamente contingentes, a uma medida que possibilita o entrelaçamento menos conflituoso possível de intenções e ações, portanto o surgimento de padrões de comportamento e da ordem social em geral.¹⁸⁵

Em outras palavras, no ato da integração social, as diversas perspectivas de comportamento são canalizadas para um fim comum que permite, ao mesmo tempo, tanto a realização de uma respectiva ação como também mobilizá-la no sentido dessa ação gerar adesão. É exatamente a canalização das diferentes alternativas de ação que possibilita o surgimento de

¹⁸² Para Habermas, pragmática universal corresponde ao programa de investigação que possui por fim reconstruir a base universal de validade da fala. Original: “He propuesto el nombre de <<pragmática universal>> para el programa de investigación que tiene por objeto reconstruir la base universal de validez del habla”. HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa: Complementos y estudios previos**. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. 2a. Ed. Madrid: Cátedra, 1994, p. 302.

¹⁸³ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 121-122.

¹⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 36.

¹⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 36.

uma ordem social, uma vez que essa canalização reduz as possibilidades a uma medida comum que passa a estabilizar o risco do dissenso.¹⁸⁶

Com o uso da linguagem surge uma coordenação que prima para o entendimento (ao utilizar a linguagem como fonte primária de integração social, através do uso das forças ilocucionárias das ações da fala). É exatamente aí que surge o agir comunicativo. Este vem a ser “a disponibilidade que existe entre falantes e ouvintes a estabelecer um entendimento que surge de um consenso sobre algo no mundo”.¹⁸⁷ Nas palavras de Habermas:

Enquanto a linguagem é utilizada apenas como *medium* para a transmissão de informações e redundâncias, a coordenação da ação passa através da influência recíproca de atores que agem uns sobre os outros de modo funcional. Tão logo, porém, as forças ilocucionárias das ações de fala assumem um papel coordenador na ação, a própria linguagem passa a ser explorada como fonte primária da integração social. É nisso que consiste o ‘agir comunicativo’. Neste caso, os atores, na qualidade de falantes e ouvintes, tentam negociar interpretações comuns da situação e harmonizar entre si os seus respectivos planos através de processos de entendimento, portanto, pelo caminho de uma busca incondicionada de fins ilocucionários.¹⁸⁸

Para Marina Velasco, a chave do conceito de agir comunicativo encontra-se na idéia de que a comunicação força a absorção de regras que garantem que as intenções dos falantes não se imponham sem “razões”. Em outras palavras, é um agir orientado para o entendimento, porque os planos de ação encontram-se baseados em um acordo que não resulta de influências, mas sim, “do reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade ligadas aos atos de fala”.¹⁸⁹ Importante destacar, que para Habermas, não é

¹⁸⁶ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 122.

¹⁸⁷ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 123.

¹⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 36.

¹⁸⁹ VELASCO, Marina. **Ética do Discurso: Apel ou Habermas?** Rio de Janeiro: FAPERJ: Mauad, 2001. p. 83. Mister diferenciar o agir estratégico do agir comunicativo. O agir estratégico se orienta para o sucesso, diferentemente do agir comunicativo que se orienta para o entendimento. Um sujeito age estrategicamente quando se orienta para a consecução de uma finalidade (ditada por um interesse subjetivo) e segue as regras de escolha racional – estratégicas – apropriadas, de modo a *influenciar* outros sujeitos a tomar determinadas decisões em consonância com a

possível entender o que significa provocar linguisticamente efeitos no ouvinte se antes não se sabe o que significa falante e ouvinte chegarem a um consenso sobre algo com auxílio da linguagem.

De acordo com a compreensão da autora, em Habermas, o conceito de ação comunicativa não é moralmente neutro. Isso porque o conceito supõe que cada sujeito persiga as metas determinadas, de acordo com seus próprios interesses, mas ao mesmo tempo, supõe que os agentes não se orientem primariamente pelo sucesso: “eles perseguem seus interesses sob a condição de que possam chegar a um entendimento com os outros sobre seus planos de ação”.¹⁹⁰ Para Marina Velasco:

Quando um ato de fala é ‘aceito’, gera-se uma relação interpessoal, pretendida pelo falante, que tem *conseqüências para a ação*, pois, ao aderir ao acordo alcançado, o ouvinte declara-se disposto a ligar suas ações subseqüentes e conformidade com as obrigações de ação estabelecidas convencionalmente pelo significado do que foi dito. Dessa maneira, o agir comunicativo não se resume ao ato de entendimento, mas inclui também as ações subseqüentes, ‘motivadas’ pelo entendimento lingüístico. A idéia é que, na comunicação normal, por exemplo, as ações que um ouvinte realiza em cumprimento a um convite que demonstra estar justificado em virtude das circunstâncias e de normas válidas são resultados normais de ‘ações comunicativas’, isto é, de coordenações de ação que não se produzem através do uso estratégico da linguagem, mas apenas sob a condição da *compreensão e da aceitação* de pretensões de validade ligadas aos atos de fala.¹⁹¹

Para Habermas, a teoria da ação comunicativa coloca-se como tarefa a investigação da razão inserida na própria prática comunicativa cotidiana e a reconstrução, a partir da base de validade da fala de um conceito não reduzido de razão.¹⁹²

finalidade pré-determinada. VELASCO, Marina. **Ética do Discurso: Apel ou Habermas?** Rio de Janeiro: FAPERJ: Mauad, 2001. p. 81.

¹⁹⁰ VELASCO, Marina. **Ética do Discurso: Apel ou Habermas?** Rio de Janeiro: FAPERJ: Mauad, 2001. p. 83.

¹⁹¹ VELASCO, Marina. **Ética do Discurso: Apel ou Habermas?** Rio de Janeiro: FAPERJ: Mauad, 2001. p. 85.

¹⁹² HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa: Complementos y estudios previos.** Tradução de Manuel Jiménez Redondo. 2a. Ed. Madrid: Cátedra, 1994, p. 506. “La teoría de la acción comunicativa se propone además como tarea investigar la <<razón>> inscrita en la propia práctica comunicativa cotidiana y reconstruir a partir de la base de validez del habla un concepto no reducido de razón”.

Isso porque um ato de fala é entendido quando se sabe o que o torna aceitável. Da perspectiva do falante, as condições de aceitabilidade são idênticas às condições de seu êxito ilocucionário.¹⁹³ A aceitação não vem definida em sentido objetivo desde a perspectiva do observador, mas sim, desde a atitude realizativa do participante na comunicação. Um ato de fala será dito aceitável se cumprir as condições que são necessárias para que um ouvinte possa tomar postura positiva (como um “sim”) frente à pretensão de validade proposta pelo falante. Habermas leciona:

Essas condições não podem ser cumpridas unilateralmente, nem relativamente ao falante, nem relativamente ao ouvinte; antes se trata de condições para o reconhecimento intersubjetivo de uma pretensão lingüística que, de forma típica para cada classe de atos de fala, funda um acordo, especificado quanto a seu conteúdo, acerca das obrigações relevantes para a interação que se segue.
194

Assim, uma pretensão¹⁹⁵ de validade, para ser racionalmente aceita, deve ser constituída enquanto facticidade (pois integra uma sociedade histórica real) e validade (pois faz, necessariamente, idealizações ao remeter-se às razões potenciais transcendentais).¹⁹⁶

Mister ressaltar que a reconstrução das regras das ações sociais e lingüísticas depende de uma confirmação empírica por parte dos sujeitos

¹⁹³ Vide nota de rodapé n. 79.

¹⁹⁴ A presente dissertação não discorrerá acerca da classificação dos atos de fala cunhada por Habermas. HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa: Complementos y estudios previos**. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. 2a. Ed. Madrid: Cátedra, 1994, p. 506.

¹⁹⁵ “A validade pretendida para enunciados e normas (também para frases que expressam vivências) transcende, de acordo com seu sentido, os espaços e tempos, ao passo que a pretensão atual é levantada sempre aqui e agora, no interior de determinados contextos, sendo aceita ou rejeitada – o que acarreta conseqüências para a ação, gerando fatos. A validade pretendida por nossos proferimentos e pelas práticas de nossa justificativa distingue-se da validade social dos *standards* exercitados factualmente, das expectativas estabilizadas através da ameaça de sanções ou do simples costume. O momento ideal de incondicionalidade está enraizado no processo de entendimento factuais, porque as pretensões de validade põem à mostra dupla face de Jano: enquanto pretensões, elas ultrapassam qualquer contexto; no entanto, elas têm que ser colocadas e aceitas aqui e agora, caso contrário não poderão ser portadoras de um acordo capaz de coordenar a ação – pois não existe para isso um contexto zero. A universalidade da aceitabilidade racional inserida explode todos os contextos; entretanto, somente a aceitação obrigatória *in loco* pode fazer das pretensões de validade trilhos para uma prática cotidiana ligada ao contexto”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 39.

¹⁹⁶ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 124.

do saber pré-teórico, a prioridade de Habermas ao agir comunicativo tem que ser entendida como uma hipótese sociológica. Se esse é o ponto de partida da investigação, isso traz consequências na hora de avaliar o alcance argumentativo de fundamentação do princípio U. Este princípio pode mostrar-se válido para todo o ser capaz de falar e atuar *apenas se o agir moral é comunicativo*.¹⁹⁷

A fim de um maior entendimento de como a tensão entre facticidade e validade permite uma integração social dependente de condições de socialização instáveis, no campo de uma sociologia hermenêutica, Habermas sugere que ela passe a “considerar-se como ciência social que procede reconstitivamente” propondo três passos reconstitutos das condições de integração social através das categorias: mundo da vida, instituições arcaicas e sociedade secularizada. Somente através desses degraus, poder-se-á chegar à categoria Direito.¹⁹⁸

2.3.1 O método reconstitutivo e as categorias mundo da vida, instituições arcaicas e sociedade secularizada

Como já ventilado, é o mundo da vida que propicia as situações de fala, como também “o pano de fundo interpretativo o qual se reproduz a partir das ações comunicativas”.¹⁹⁹ Na opinião de Habermas:

Durante o agir comunicativo o mundo da vida nos envolve no modo de uma certeza imediata, a partir da qual nós vivemos e falamos diretamente. Essa presença do pano de fundo do agir comunicativo, latente e imperceptível, que tudo perpassa, pode ser descrita como uma forma condensada e, mesmo assim, deficiente, de saber e de poder. De um lado, nós nos servimos inadvertidamente deste saber, isto é, sem saber *que* nós o possuímos reflexivamente. [...] De um ponto de vista objetivo, é a qualidade que falta ao saber objetivo: nós nos utilizamos desse tipo de saber sem ter a consciência de que ele pode ser falso. Ele

¹⁹⁷ VELASCO, Marina. **Ética do Discurso: Apel ou Habermas?** Rio de Janeiro: FAPERJ: Mauad, 2001. p. 86.

¹⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 39.

¹⁹⁹ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 126.

não representa um saber em sentido estrito, pois não é falível nem falsificável enquanto tal.²⁰⁰

Esse saber, entretanto, perde essa dimensão de fonte inatacável quando confronta com as pretensões de validade. No momento em que ele é chamado como uma fonte para oferecer base interpretativa, sua inquestionabilidade se decompõe no mundo da vida, como fonte. Em outras palavras, no instante em que uma certeza inatacável passa a não ser mais suficiente para gerar um consenso racionalmente motivado, porque lhe são exigidas as razões que legitimam sua pretensão à aceitabilidade.²⁰¹

Entretanto, há algo que lhe confere uma surpreendente estabilidade, imunizando-o contra a pressão de experiências geradoras de contingência: é o curioso *nivelamento da tensão entre facticidade e validade*: na própria dimensão da validade é extinto o momento contrafactual de uma idealização, a qual ultrapassa respectivamente o que é factual e que poderia propiciar um confronto decepcionante com a realidade; ao mesmo tempo permanece intacta a dimensão da qual o saber implícito extrai a força de convicções.²⁰²

O segundo passo reconstrutivo realiza-se através das instituições arcaicas. Nessas instituições, o saber disponível forma-se a partir da

²⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 41. “O conceito elementar de ‘agir comunicativo’ explica como é possível surgir integração social através das energias aglutinantes de uma linguagem compartilhada intersubjetivamente. Esta impõe limitações pragmáticas aos sujeitos desejosos de utilizar essas forças de linguagem, obrigando-os a sair do egocentrismo e a se colocar sob os critérios públicos da racionalidade do entendimento. Nesta ótica, a sociedade se apresenta como um mundo da vida estruturado simbolicamente, que se reproduz através do agir comunicativo. Isso não impede o surgimento de interações estratégicas no mundo da vida. [...] Elas não são mais entendidas como o mecanismo para a *produção* de uma ordem instrumental. Interações estratégicas têm o seu lugar num mundo da vida enquanto pré-constituído em outro lugar. Mesmo assim, o que age estrategicamente mantém o mundo da vida como um pano de fundo; porém neutraliza-o em sua função de coordenação da ação. Ele não fornece mais um adiantamento de consenso, porque o que age estrategicamente vê os dados institucionais e os outros participantes da interação apenas como fatos sociais. No enfoque objetivador, um observador não consegue entender-se com eles como se fossem segundas pessoas”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 45-46 (nota 19).

²⁰¹ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 127.

²⁰² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 41-42.

fusão entre facticidade e validade, mediado pelo agir comunicativo que canaliza, por meio de tabus, a ação para uma base comum. “As ações recebem uma orientação imediata por parte dessas instituições, que, por sua vez, sedimentam as relações sociais”.²⁰³

Em instituições arcaicas, que se apresentam com uma pretensão de autoridade aparentemente inatacável, pode-se detectar uma fusão semelhante entre facticidade e validade no nível do saber disponível tematicamente, portanto do saber que já passou pelo agir comunicativo, porém numa figura inteiramente diferente, a qual também estabiliza expectativas de comportamento. Em instituições de sociedades tribais protegidas por tabus, as expectativas cognitivas e normativas solidificam-se, formando um complexo indiviso de convicções, que se liga a motivos e orientações axiológicas. A autoridade de instituições detentoras de poder atinge os que agem *no interior* de seu mundo vital social. [...] O mundo da vida, do qual as instituições são uma parte, manifesta-se como um complexo de tradições entrelaçadas, de ordens legítimas e de identidades pessoais – tudo reproduzido pelo agir comunicativo.²⁰⁴

Em decorrência do exposto alhures,

Há uma mudança no sentido do agir comunicativo. O agir comunicativo deixa de ser considerado como um entrelaçamento entre as diversas ações na busca de uma base legitimatória para as ações, passando a entender-se como um fragmento de uma realidade em que se deposita o peso da tradição.²⁰⁵

Para Moreira, “a tradição funciona como um depósito dos fragmentos da realidade que informa imediatamente toda a sociedade e como tal passa a ter um caráter prescritivo que une a autoridade ao sagrado”.²⁰⁶ Esta ligação entre autoridade e o sagrado possui o escopo de guardar essa relação de possíveis problematizações e assim, efetuar-se enquanto poder factual. A partir

²⁰³ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 128.

²⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 42.

²⁰⁵ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 128.

²⁰⁶ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 128.

de tudo isso, surge a seguinte questão: onde está a tensão entre facticidade e validade?

Essa tensão, ao contrário de um mundo da vida estruturado comunicativamente, não se realiza a partir de um entendimento que apela para as pretensões de validade de um ato de fala²⁰⁷. A integração social apela para a esfera mítica (que solidifica-se através dos ritos). Desse entrelaçamento, forma-se uma costa de convicções que efetivam-se enquanto poder factual, pois concretizam-se através dos ritos. Assim, a reprodução da vida material realiza-se como uma cerimônia, ou rito. “Isso pode ser observado em sociedades guerreiras ou agrárias”.²⁰⁸ Para Habermas:

O fascínio despertado por instituições detentoras do poder, que ao mesmo tempo atraí e repele, revela a fusão de dois momentos aparentemente incompatíveis. A ameaça de um poder vingador e a força de convicções aglutinadoras não somente coexistem, como também nascem da mesma fonte mística. As sanções impostas pelos homens são secundárias: elas apenas vingam transgressões contra uma autoridade *cogente e obrigatória* que vem antes delas. Dela as sanções sociais extraem, por assim dizer, o seu significado ritual. Parece que a integração de coletividades sociais através de um agir que se orienta por pretensões de validade só foi assegurada a partir do momento em que o risco de disseño pôde ser interceptado *na própria dimensão de validade*.²⁰⁹

Assim, nas sociedades não orientadas pelo agir comunicativo, as sanções sociais possuem caráter ritual. Muito mais do que um poder secular, “a sanção surge como uma cerimônia de purificação que tem o

²⁰⁷ Original: “Entendemos un acto de habla cuando sabemos qué lo hace acceptable. [...] Llamaremos <<acceptable>> a un acto de habla cuando cumple las condiciones necesarias para que un oyente pueda tomar postura con un sí frente a la pretension que a ese acto vincula el hablante. Estas condiciones no pueden quedar cumplidas de forma unilateral, es decir, ni sólo relativamente al hablante, ni sólo relativamente al oyente; sino que son más bien condiciones del *reconocimiento intersubjetivo* de una pretension lingüística que, de forma típica a los actos de habla, establece un acuerdo, especificado en cuanto a su contenido, sobre las obligaciones relevantes para la interacción posterior.” HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa I: racionalidad de la acción y racionalización social**. Tradução de Manuel Jiménez Redondo De Madrid: Taurus, 1999, p. 382.

²⁰⁸ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 129.

²⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 43.

escopo de vingar e assim restabelecer a ligação (religião: *re-ligare*) com uma autoridade estabelecida desde sempre”.²¹⁰

A autoridade fascinosa só pôde ser desconsiderada quando a integração social guiou-se por uma pretensão de validade que contém em si uma possibilidade de dissenso. Com isso, a sanção deixa de ser um poder revestido de uma autoridade mística e passa a ser um poder secular. Entretanto, em instituições arcaicas, a validade confunde-se com o fático, pois, com o mito, que se efetiva através do rito, temos a fonte factual das certezas não problematizáveis, e, assim, as prescrições de conduta surgem da factualidade.²¹¹

Em um terceiro estágio reconstrutivo, tem-se as sociedades secularizadas ou profanizadas. Esse degrau desaguará na categoria do Direito moderno. No entendimento de Moreira:²¹²

Para se chegar, no entanto, a *sociedades secularizadas* é mister ultrapassar os limites de um *mundo da vida* que obtém seu pano de fundo consensual da tradição e, também, superar uma ordem social que se funda a partir de *instituições arcaicas*, que realizam a integração social por meio do fascínio e do medo.

Habermas leciona:

Em sociedades organizadas em Estado, a necessidade de legitimação as alcança, por razões estruturais, em detrimento das sociedades tribais. Nas sociedades organizadas através do parentesco, o sistema institucional é ancorado no ritual, a saber, interpretado através de narrativas míticas, que estabilizam sua validade normativa por si. Em contrapartida, a autoridade das leis em que uma ordem política geral é articulada, tem que ser garantida, em primeiro lugar, pelo poder da sanção. Mas a dominação política tem o poder social de integração somente quando a disposição sobre os meios da sanção não repousa na repressão despida, mas sob a autoridade de um departamento amparado por uma ordem legal. Por esta razão, a lei necessita ser intersubjetivamente reconhecida pelos cidadãos; Eles devem ser legitimados de forma apropriada. Isso deixa a cultura com a tarefa de fornecer razões pelas quais uma ordem política existente

²¹⁰ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 129.

²¹¹ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 130.

²¹² MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 130.

merece ser reconhecida. Considerando que as narrativas míticas interpretam e tornam compreensível uma prática de que elas mesmas são parte, as visões de mundo religiosas e metafísicas de origem profética têm a forma das doutrinas que podem ser trabalhadas acima do intelectual e que explicita e justifica uma ordem política existente nos termos da ordem-mundo que explicita.²¹³

O problema típico das sociedades modernas consiste em como estabilizar, na perspectiva dos próprios atores, a validade de uma ordem social, na qual as ações comunicativas tornam-se autônomas e distintas das interações estratégicas? De forma natural, uma ordem normativa sempre comportou um agir orientado por interesses.²¹⁴

Em sociedades que encontram organizadas sob a forma de Estado, a ordem normativa natural compreende as normas do Direito. Em contrapartida, em sociedades tradicionais “o próprio direito ainda se alimenta da força do sagrado religiosamente sublimado”. Para Habermas:

Na fusão sacral entre facticidade e validade se enraíza, por exemplo, a hierarquia de leis, da tradição jurídica européia, segundo a qual o direito estabelecido pelo governante permanece *subordinado* ao direito natural cristão, administrado eclesiasticamente.²¹⁵

²¹³ Tradução livre. Original: “In societies organized around a state, a need of legitimation arises that, for structural reasons, could not yet exist in tribal societies. In societies organized through kinship, the institutional system is anchored ritually, that is, in a practice that is interpreted by mythical narratives and that stabilizes its normative validity all by itself. By contrast, the authority of the laws in which a general political order is articulated has to be guaranteed, in the first instance, by the ruler’s power of sanction. But political domination has socially integrating power only insofar as disposition over means of sanction does not rest on naked repression, but on the authority of an office anchored in turn in a legal order. For this reason, laws need to be intersubjectively recognized by citizens; they have to be legitimated as right as proper. This leaves culture with the task of supplying reasons why an existing political order deserves to be recognized. Whereas mythical narratives interpret and make comprehensible a ritual practice of which they themselves are part, religious and metaphysical worldviews of prophetic origin have the form of doctrines that can be worked up intellectually and that explain and justify an existing political order in terms of the world-order they explicate”. HABERMAS, Jürgen. **The theory of communicative action**. The critique of functionalist reason. Volume two. Translated by Thomas McCarthy. UK: Oxford, 1998, p. 188.

²¹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 45.

²¹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 45.

O filósofo prossegue:

Por isso, o fardo da integração social se transfere cada vez mais para as realizações de entendimento de atores para os quais a facticidade (coação de sanções exteriores) e a validade (força ligadora de convicções racionalmente motivadas) são incompatíveis, ao menos fora dos domínios de ação regulados pela tradição e pelos costumes.²¹⁶

Em outras palavras, e deixando claro a posição habermasiana, quando “complexos de interação não se estabilizam apenas através da influência recíproca de atores orientados pelo sucesso, então a sociedade tem que ser integrada, *em última instância*, através do agir comunicativo”.²¹⁷

O nó da questão encontra-se no fato de que mesmo aquele que age estrategicamente precisa situar a sua ação em certo contexto de validade, ou seja, a ação estratégica recebe limites da factualidade que apontam para uma dimensão intersubjetiva para a obtenção da força do fático. Caso contrário, esta ação não teria eficácia.

No precípuo momento em que a ação estratégica aponta para a normatividade do fático, traz um apelo para as pretensões de validade reconhecidas intersubjetivamente, e como elas apresentam uma dimensão normativa de transcendentalidade fraca, o que aponta para o binômio liberdade subjetiva de ação e sanção do Direito objetivo, que forma a origem do Direito moderno.²¹⁸

²¹⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 45.

²¹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 45.

²¹⁸ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 134.

2.4 A VALIDADE DO DIREITO

Desde o advento da modernidade, as regras do Direito privado têm servido de modelo para o direito. Nas palavras de Luiz Moreira:

Segundo Habermas, Kant formulara sua teoria do Direito tendo em vista a compreensão de que os direitos subjetivos da pessoa natural valem diante dos demais cidadãos. Com o processo de positivação do Direito, essa capacidade subjetiva, naturalmente agregada aos seres humanos, passa a valer também perante a intervenção estatal. Assim, temos a passagem do Direito Natural para o Direito positivo, ficando, contudo, assegurado o caráter subjetivista do Direito. Examinaremos, nesse ponto, como se constituem as dimensões de validade do Direito. Essas dimensões serão analisadas em três perspectivas, a saber: legalidade e processo de normatização do Direito; o processo legislativo como espaço de integração social; o direito como *medium* da tensão entre facticidade e validade; e a pretensão de efetivação do direito através da positividade da aceitabilidade racional.²¹⁹

Clélia Aparecida Martins é peremptória:

A validade legal relaciona as duas faces da tensão interna entre fatos e normas, entre legalidade e legitimidade, em uma inter-relação que faz o direito, por uma parte, enquanto fato social, ser forçosamente coercitivo a fim de assegurar os direitos dos cidadãos e, por outra, enquanto procedimento (procedimentos jurídicos cujos conteúdos asseguram a multiplicidade de perspectivas do mundo da vida) para conformar a lei, aberto a uma racionalidade discursiva legitimadora, democraticamente organizada. Aqui está uma das maiores contribuições de Habermas para a filosofia do direito: tanto a tradição da filosofia prática kantiana e, com menos intensidade, a do contrato social na linha de Rousseau não conceberam essa dualidade estrutural do direito considerada pela teoria habermasiana.²²⁰

Nesta dimensão, mais uma vez, a facticidade interliga-se com a validade, porém, nas palavras de Habermas, “não chega a formar um

²¹⁹ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 134-135.

²²⁰ MARTINS, Clélia Aparecida. A teoria do discurso na filosofia do direito de Habermas. In: PINZANI, Alessandro, DUTRA, Delamar José Volpato.(Organizadores). **Habermas em discussão**: Anais do Colóquio Habermas. Florianópolis: NEFIPO, 2005. p. 74.

amálgama indissolúvel”²²¹ (como ocorre no mundo da vida ou nas instituições fortes, subtraídas a qualquer discussão). Para Habermas,²²² no modo de validade do Direito, a facticidade da imposição do Direito pelo Estado conecta-se com a força de um processo de normatização do próprio Direito (que busca ser racional por garantir a liberdade e fundar a legitimidade). A tensão existente entre esses momentos é intensificada e operacionalizada em prol do comportamento.

Habermas parte de Kant²²³. Ao formular sua doutrina do Direito, Kant tomou como ponto de partida direitos naturais subjetivos, que concediam a cada pessoa o direito de usar a força quando suas liberdades subjetivas de ação, juridicamente asseguradas, fossem feridas.²²⁴

Quando o direito positivo sucedeu ao natural, momento em que todos os meios legítimos de usar a força passaram a ser monopolizados pelo Estado, esses direitos de usar a força transformaram-se em autorizações para iniciar uma ação judicial. Ao mesmo tempo, os direitos privados subjetivos foram complementados, através de direitos de defesa estruturalmente homólogos, contra o próprio poder do Estado. Esses direitos de defesa protegiam as pessoas privadas contra interferências ilegais do aparelho do Estado na vida, liberdade e propriedade.²²⁵

²²¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 48.

²²² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 48.

²²³ “Immanuel Kant (1724-1804) nasceu e morreu em Königsberg (Prússia). Sua última grande obra (que merece destaque por estar estudando o Direito, e em cuja filosofia, Habermas se apóia) é a ‘Metafísica dos Costumes’. Ela compõe-se de dois momentos: Doutrina do Direito e Doutrina da Virtude. Seus fundamentos teóricos encontram-se no escrito de 1785 e na “Crítica da Razão Prática”. Para Kant, a missão do Estado é alcançar a sua própria realização. Kant é um jusnaturalista e para ele, o direito não público, a saber, fora do Estado, ou também denominado de direito natural, é aquele que regula as relações entre os homens no estado de natureza. Como mostra a disposição da obra, em que o direito público aparece por último, Kant indicava uma dinâmica do direito, cabendo ao Estado realizar o direito natural e levá-lo ao concreto. O movimento do direito é teleologia da conduta humana, e somente neste sentido se deve compreender a idéia de que o Estado, assim como a pessoa, é fim em si. Essa dinâmica possui uma designação extremamente precisa: ela é reforma, sem nunca se tornar revolução. É por falta de reformas que são deflagradas as revoluções. Aferrando-se à reforma, fazendo do Estado um fim em si, Kant realiza o ajuste da moral com a filosofia política. A moral diz que é necessário tratar cada indivíduo com um fim em si, jamais simplesmente, como meio”. HUISMAN, Denis. **Dicionário dos Filósofos**. Tradução de Claudia Berlinder; Eduardo Brandão; Ivone Castilho Benedetti; Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 552-560.

²²⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 48.

²²⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 48.

Retomando Kant, o Direito apresenta-se como uma relação interna entre coerção e liberdade. Nas palavras de Luiz Moreira:

O Direito é entendido como aquela categoria que apela para a coerção, que é um monopólio estatal, toda vez que alguém, pelo uso abusivo de sua liberdade, causar empecilhos à liberdade de outrem. Segundo Habermas, da relação interna entre coerção e liberdade surge uma pretensão à validade do ordenamento jurídico e, nesse sentido, o Direito é aquela instituição que, sob os auspícios da coerção, garante a liberdade, que é entendida como a soma das liberdades individuais.²²⁶

Portanto, para Kant, a relação entre facticidade e validade estabiliza-se na validade jurídica, como relação entre coerção e liberdade, fundada pelo Direito. Por si mesma, a idéia de Direito está ligada à autorização para o uso da coerção. Entretanto, este uso somente se justifica quando visar eliminar empecilhos à liberdade. Dessa relação, extrai-se a pretensão de validade do Direito. Citando Kant, Habermas declara que as regras do direito estatuem condições do uso da coerção “sob as quais o arbítrio de uma pessoa pode ser ligado ao arbítrio de outra, segundo uma lei geral de liberdade”.²²⁷

Embora as leis de Direito estejam relacionadas à autorizações de coerção, elas também podem e devem ser seguidas somente por “respeito à lei”, a saber, levando-se em conta sua pretensão de validade normativa. As regras de ação, que exigem somente um comportamento objetivo, conforme normas, não levando em consideração a possibilidade de seu reconhecimento moral, resolve-se através do conceito kantiano de legalidade: normas de Direito são, ao mesmo tempo e sob aspectos diferentes, leis de coerção e leis de liberdade.²²⁸

Empiricamente, a validade do Direito positivo é determinada pelo fato de que somente vale como Direito aquilo que obtém força de Direito por meio de procedimentos juridicamente válidos e que mantêm força de Direito,

²²⁶ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 136.

²²⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 49.

²²⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 49.

apesar da possibilidade de derrogação, dada pelo próprio Direito. Entrementes, o sentido dessa validade só se explica pela referência simultânea à sua validade social ou fática (*Geltung*) e à sua legitimidade (*Gültigkeit*). A primeira (*Geltung*) é determinada pelo grau em que consegue se impor (ou melhor, pela possível aceitação fática entre os membros do Direito). Já, *Gültigkeit* é medida pela

resgatibilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa; e o que conta, em última instância, é o fato de elas terem surgido num processo legislativo racional – ou o fato de que elas poderiam ter sido justificadas sob pontos de vista pragmáticos, éticos e morais.²²⁹

Habermas prossegue:

A legitimidade de uma regra independe do fato de ela conseguir impor-se. Ao contrário, tanto a validade social, como a obediência fática, variam de acordo com a fé dos membros da comunidade de direito na suposição da legitimidade, isto é, na fundamentabilidade das respectivas normas.²³⁰

Uma ordem jurídica não pode limitar-se, tão-somente, a garantir que toda pessoa seja reconhecida em seus direitos por todos. O reconhecimento recíproco dos direitos de cada um por todos deve ser apoiado em leis legítimas que garantam a cada um liberdades iguais. As leis morais preenchem esta condição. Já, no caso das regras do direito positivo, essa condição somente será preenchida pelo legislador político. No sistema jurídico, o processo legislativo constitui o local da integração social.²³¹ Nas palavras de Habermas:

Por isso, temos que supor que os participantes do processo de legislação saem do papel de sujeitos privados do direito e assumem, através de seu papel de cidadãos, a perspectiva de membros de uma comunidade jurídica livremente associada, na

²²⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 50.

²³⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 50.

²³¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 50.

qual um acordo sobre os princípios normativos da regulamentação da convivência já está assegurado através da tradição ou pode ser conseguido através de um entendimento segundo regras reconhecidas normativamente.²³²

Assim, o conceito de Direito moderno intensifica e operacionaliza a tensão entre facticidade e validade na área comportamental e absorve o pensamento democrático, segundo o qual a pretensão de legitimidade “de uma ordem jurídica construída com direitos subjetivos só pode ser resgatada através da força socialmente integradora da ‘vontade unida e coincidente de todos’ os cidadãos livres e iguais”.²³³

Para Habermas, a legitimidade de regras se mede pela resgatabilidade discursiva²³⁴ de sua pretensão de validade normativa; o que importa, para o filósofo, é o fato delas terem surgido a partir de um processo racional, ou a possibilidade de elas poderem ser justificadas sob aspectos éticos, morais e/ou pragmáticos. A legitimidade de uma norma independe do fato de ela conseguir ou não impor-se. Tanto a validade social, como a obediência fática variam com a fé dos membros da comunidade de direito na legitimidade. Esta fé estrutura-se na suposição de legitimidade, a saber, na fundamentabilidade das respectivas normas.²³⁵ Em outras palavras, no instante em que o Direito positivo não se fundamenta em bases legítimas, fica a mercê do puro arbítrio.²³⁶ Habermas é peremptório:

²³² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 52-53.

²³³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 53.

²³⁴ “Por meio da idéia de resgatabilidade discursiva, portanto, é que Habermas julga ser possível suprir a exigência pós-metafísica de legitimar racionalmente o Direito, garantindo-o como instância de integração social. Se o Direito não puder ser auto-reconhecível, isto é, entendido pelos cidadãos como fruto de seu próprio consenso, não poderá almejar legitimidade e conduzirá a um processo de paulatino distanciamento entre Estado e cidadãos [...] Habermas, valendo-se o argumento da imanente e constante necessidade de legitimação, não somente justifica a necessidade de atualizar as leis sempre que os valores históricos forem modificados substancialmente, como também admite um sistema em que eventuais falhas encontradas no processo legislativo possam ser sanadas”. PRAZERES, Gustavo Cunha. Teoria da Legislação no Pensamento de Habermas. Disponível em: <<http://www.diritto.it/archivio/1/25375.pdf>>. Acesso em: 24 de março de 2009.

²³⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 50.

²³⁶ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 138.

Em geral, o sistema jurídico global possui um grau maior de legitimidade do que as normas jurídicas singulares. Dreier estatui a seguinte condição necessária para a validade jurídica de um sistema de direitos: *'em primeiro lugar, ele precisa ter eficácia na sociedade e, em segundo lugar, tem que ser justificado eticamente; ao passo que a validade jurídica de normas particulares depende de uma legalização conforme a uma constituição que satisfaça aos critérios apresentados; além disso, essas normas jurídicas devem revelar por si mesmas um mínimo de eficácia social ou chance de eficácia, bem como um mínimo de justificativa ética, ou seja, capacidade de justificativa'*.²³⁷

O Direito é estruturado como ordenamento que supõe serem suas normas seguidas pelo receio de sua sanção, mas também, pelo reconhecimento racional de suas prescrições (ou seja, segue-se o Direito por dever, por respeito à lei). Disso decorre a necessidade racional da legitimação do Direito.

No entendimento de Habermas, o local apropriado para a realização da racionalidade legitimadora do Direito encontra-se no processo legislativo. É neste precípuo momento que os atores abandonam suas perspectivas egoísticas em favor da busca de uma mentalidade engajada nos ideais comuns, própria de membros de uma comunidade política associada livremente e concernida em tutelar as liberdades individuais.

O processo legislativo, em Habermas, tem o condão de superar e estabilizar, na busca pela concretização da vontade democrática dos cidadãos, uma tensão entre autonomia privada e autonomia pública dos cidadãos, ou seja, entre direitos humanos e soberania política. Para conseguir cumprir tal desiderato, o processo legislativo deve pautar-se pela auto-constituição da liberdade comunicativa (em outras palavras, pela composição livre de temas e argumentos que deverão fornecer as diretrizes dos discursos públicos a serem institucionalizados juridicamente) e pela correção processual.²³⁸

A referida correção procedimental, além de significar formalidade, também configura-se como a garantia de um diálogo legítimo e válido. Desta forma, é mister resguardar tanto os direitos de comunicação quanto

²³⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 51.

²³⁸ PRAZERES, Gustavo Cunha. **Teoria da Legislação no Pensamento de Habermas**. Disponível em: <<http://www.diritto.it/archivio/1/25375.pdf>>. Acesso em: 24 de março de 2009.

os oriundos da participação política. Deve ser garantido tanto o acesso ao maior número de alternativas e argumentos envolvidos no debate político, como também a igual oportunidade de cada um efetivamente influenciar no resultado final, obtido através do consenso fundado nas melhores razões. É por meio do processo legislativo que será possível assegurar que tais liberdades sejam preservadas e que as normas produzidas possam ser referenciáveis aos seus respectivos destinatários. A norma deve poder se afirmar a partir da lógica do melhor argumento do debate, de forma a não poder ser alvo de dissensos.²³⁹

Habermas leciona:

O nexó interno entre 'direitos humanos' e soberania popular, que buscamos aqui, reside, pois no fato de que a exigência de institucionalizar a auto-legislação em termos de direito tem que ser preenchida com o auxílio de um código, o qual implica, *ao mesmo tempo*, a garantia de liberdades subjetivas de ação e de reclamação. Inversamente, a repartição igualitária desses direitos subjetivos (e de seu 'valor equitativo') só pode ser satisfeita através de um processo democrático que justifica a suposição de que os resultados da formação política da opinião e da vontade são racionais. Deste modo, a autonomia privada e a pública pressupõem-se mutuamente, sem que uma possa reivindicar o primado sobre a outra.²⁴⁰

Assim, os direitos humanos configuram-se como essencial na formalidade para a instituição do processo legislativo, através dos quais se explicita a soberania popular. Desta composição entre os momentos da soberania do povo e dos direitos humanos surge a legitimação do Direito em uma democracia.²⁴¹

Mister frisar que, para Habermas, o simples fato de uma norma ser fruto de um procedimento legislativo não a confere grau de autoridade absoluta, mas tão-somente relativa, porque a sua legitimidade sempre estará aberta à comprovação fática. A partir daí, Habermas introduz a possibilidade de

²³⁹ PRAZERES, Gustavo Cunha. **Teoria da Legislação no Pensamento de Habermas**. Disponível em: <<http://www.diritto.it/archivio/1/25375.pdf>>. Acesso em: 24 de março de 2009.

²⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 316.

²⁴¹ PRAZERES, Gustavo Cunha. **Teoria da Legislação no Pensamento de Habermas**. Disponível em: <<http://www.diritto.it/archivio/1/25375.pdf>>. Acesso em: 24 de março de 2009.

falibilidade da norma, e assim sendo, sua revisão ou revogação. O filósofo esclarece:

A realização paradoxal do direito consiste, pois, em domesticar o potencial de conflito embutido em liberdades subjetivas desencadeadas, utilizando normas cuja força coercitiva só sobrevive durante o tempo em que forem reconhecidas como legítimas na corda bamba das liberdades comunicativas desencadeadas. Deste modo, uma figura que alhures se opõe à força social integradora da comunicação converte-se aqui num meio da integração social, assumindo a forma de coerção legítima do Estado. E, nesse momento, a integração social assume forma totalmente reflexiva, pois, na medida em que o direito supre a sua cota de legitimação com o auxílio da força produtiva da comunicação, ele utiliza o risco permanente de dissenso, transformando-o num agulhão capaz de movimentar discursos públicos institucionalizados juridicamente.²⁴²

Nas palavras de Luiz Moreira:

Temos a suposição de que a coerção fática, que as normas jurídicas exercem, deve comprovar sua validade a partir de um processo legislativo em que, pela correição procedimental, constitui-se enquanto norma que efetiva a liberdade. Com isso, temos, mais uma vez, realizada a tensão entre facticidade e validade, visto que as ações jurídicas são descritas a partir da esfera da conformidade às normas jurídicas em vigência, seja por um receio de sanção embutido na norma jurídica, quando se dá o seu não-cumprimento, seja também em cumprimento a uma norma que se supõe válida porque fruto de um processo legislativo.²⁴³

O Direito moderno é nutrido a partir de uma solidariedade centrada no cidadão, a qual, surge do agir comunicativo. A liberdade comunicativa²⁴⁴ dos cidadãos pode assumir uma autodeterminação organizada,

²⁴² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 325.

²⁴³ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 142.

²⁴⁴ Para Habermas, liberdade comunicativa corresponde “à possibilidade – pressuposta no agir que se orienta para o entendimento – de tomar posição frente aos proferimentos de um oponente e às pretensões de validade aí levantadas, que dependem de um reconhecimento intersubjetivo. A isso estão ligadas obrigações, das quais as liberdades subjetivas, protegidas pelo direito *eximem*. Liberdade comunicativa só existe entre atores que desejam entender-se entre si sobre algo num enfoque performativo e que contam com tomadas de posição perante pretensões de validade reciprocamente levantadas. Essa característica peculiar da liberdade comunicativa, que depende sempre de uma relação intersubjetiva, explica porque ela se liga a obrigações ilocucionárias. Para alguém poder tomar uma posição, dizendo ‘sim’ ou ‘não’, é preciso que o outro esteja disposto a

mediada por meio de instituições e processos jurídicos. Entretanto, não pode ser substituído, em sua integralidade, por um Direito coercitivo. Para Habermas:

Essa conexão interna entre a facticidade e a validade da imposição do direito e da legitimidade do processo de legislação que funda a validade social (*Geltung*) constitui uma hipoteca pesada para sistemas jurídicos destinados a tirar dos ombros dos atores que agem comunicativamente a sobrecarga da integração social.²⁴⁵

Quando for possível se ter, no Direito, o entendimento de que suas normas apresentam uma manifestação racional livre das vontades particulares, ele transformar-se-á em fonte de integração social. Dessa forma, com o processo legislativo, os indivíduos abandonarão o Direito solipsista para se constituírem como membros de uma sociedade livremente associada.

2.4.1 Facticidade e Validade: o Direito como *Medium*

Como já ventilado alhures (ver item 2.1 deste capítulo), após a guinada linguística (ou *linguistic turn*) as idéias passam a ser concebidas e analisadas como incorporações da linguagem, “de tal modo que a facticidade dos signos e das expressões linguísticas que surgem no mundo liga-se internamente

fundamentar, caso se torne necessário, uma pretensão levantada através de atos de fala. Uma vez que os sujeitos que agem comunicativamente se dispõem a ligar a coordenação de seus planos de ação a um consentimento apoiado nas tomadas de posição recíprocas em relação a pretensões de validade e no reconhecimento dessas pretensões, somente contam os argumentos que podem ser aceitos *em comum* pelos partidos participantes. São respectivamente *os mesmos* argumentos que têm uma força racionalmente motivadora. No entanto, para um ator que toma as suas decisões em força da liberdade subjetiva, pouco importa se os argumentos que são decisivos *para ele*, também poderiam ser aceitos por outros. Por isso, a autonomia privada de um sujeito de direito pode ser entendida essencialmente como a liberdade negativa de retirar-se do espaço público das obrigações ilocucionárias recíprocas para uma posição de observação e de influência recíproca. A autonomia privada vai tão longe, que o sujeito de direito *não* precisa prestar contas, nem apresentar argumentos publicamente aceitáveis para seus planos de ação. Liberdades de ação subjetivas justificam a *saída* do agir comunicativo e a recusa das obrigações ilocucionárias; elas fundamentam uma privacidade que libera o peso da liberdade comunicativa atribuída e imputada reciprocamente”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 156.

²⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 54-55.

com a idealidade da universalidade do significado e da validade em termos de verdade”.²⁴⁶ Para Habermas:

A generalidade semântica de significados lingüísticos obtém sua determinabilidade ideal no *medium* de sinais e expressões que sobressaem, como tipos reconhecíveis, da corrente de eventos lingüísticos e processos de fala (por exemplo, testemunhos escritos) seguindo regras gramaticais.²⁴⁷

Para Habermas, esclarece-se a diferença entre a validade de um proferimento e a pretensão à sua veracidade. Na concepção do filósofo alemão, a validade ideal deve ser concebida como aceitabilidade racional sob condições ideais, ou seja, somente por meio da referência ao resgate discursivo das pretensões de validade.²⁴⁸ Segundo o entendimento habermasiano:

Se entendermos “válido” como um predicado com três valores, a idealidade da validade em termos de verdade só se expressa nos pressupostos pretensiosos de nossa prática de justificação, portanto, no nível do uso da linguagem. Nisso se revela o nexo interno que existe entre a validade de uma proposição e a prova de sua validade para um auditório idealmente ampliado. O que é válido precisa estar em condições de comprovar-se contra as objeções apresentadas factualmente. Como no caso do caráter ideal do significado em geral, na linguagem, a dimensão da validade constitui-se através de uma tensão entre facticidade e validade: a verdade e as condições discursivas para a aceitabilidade racional de pretensões de verdade esclarecem-se mutuamente.²⁴⁹

Nesse momento, como consequência da possibilidade de um resgate discursivo das pretensões de validade, é introduzida a categoria de uma linguagem que visa o entendimento, capaz de coordenar as ações entre os atores. Como a coordenação da ação se dá através de uma ação linguisticamente mediada, o “conceito de agir comunicativo possibilita que a permanente tensão

²⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 55.

²⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 55-56.

²⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 56.

²⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 56.

entre facticidade e validade se instaure no mundo da vida e seja inerente aos fatos sociais”.²⁵⁰ Em outras palavras, a tensão causada pelas pretensões de validade inerentes ao agir comunicativo constitui um momento da facticidade social.

Habermas pretende demonstrar que, no agir comunicativo, estão presentes uma universalidade que se situa nas pretensões de validade e uma factualidade que se refere à vivência histórica. De qualquer forma, a aporia subsiste: como alcançar, nas sociedades modernas, a integração social? Como se estabiliza a tensão entre facticidade e validade? Para Habermas, a saída é através da positivação do Direito.

Sob condições modernas de sociedades complexas, que exigem um agir conduzido em larga escala por interesses e neutralizado do ponto de vista normativo, surge uma situação paradoxal, na qual o agir comunicativo *não-circunscrito* não está em condições de carregar seriamente o fardo da integração social, nem, tampouco, de livrar-se dela. Se depender dos próprios recursos, ele apenas consegue domesticar o risco de dissenso embutido nele, porém através de uma intensificação do risco, ou seja, prolongando os discursos. Ora, a positivação completa do direito, antes apoiado no sagrado e entrelaçado com a eticidade convencional, vai apresentar-se como uma saída plausível do paradoxo e como um mecanismo, com o auxílio do qual uma comunicação não-circunscrita pode aliviar-se das realizações de integração social sem se desmentir: através dele inventa-se um sistema de regras que une e, ao mesmo tempo, diferencia ambas as estratégias, a da circunscrição e a da liberação do risco do dissenso embutido no agir comunicativo, no sentido de uma divisão de trabalho.²⁵¹

Mister explicar. Para Habermas, na ação comunicativa, há duas estratégias para fugir ao dissenso: circunscrição e não-circunscrição. O risco embutido no agir comunicativo é circunscrito através de certezas intuitivas que se entendem inquestionáveis por si mesmas, “por não estarem atreladas a qualquer tipo de argumentos disponíveis comunicativamente e mobilizáveis

²⁵⁰ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 144.

²⁵¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 59.

intencionalmente”.²⁵² Na explicação de Moreira, uma ação comunicativa encontra-se circunscrita quando permeada por certezas advindas do mundo da vida, de tal forma que se fazem inquestionáveis e não estabilizam o comportamento.²⁵³

Em contrapartida, o agir comunicativo não-circunscrito é aquele em que “estão liberados os mecanismos comunicativos que propiciam um entendimento racional”.²⁵⁴ Entretanto, mas de que maneira o Direito se configura como *medium* de integração social? A resposta é simples. A positividade do Direito e sua legitimidade possibilita a integração. Mas de que forma isso ocorre?

Luiz Moreira esclarece com propriedade:

Em sociedades em que a autoridade sagrada é fonte imediata da integração, a tensão entre facticidade e validade é suprimida em proveito de uma realidade social que passa a se pautar pela factualidade transmitida através da tradição. Com isso, há a conseqüente eliminação dessa tensão. O factual é a fonte da interação. Com o fenômeno da posituação do Direito, o monopólio estatal da sanção passa a funcionar como eliminação do risco de dissenso, à medida que assume a coordenação da ação. Com isso, há uma mudança no conceito de validade, pois na validade jurídica ‘a aceitação da ordem jurídica é distinta da aceitabilidade dos argumentos sobre os quais ela apóia a sua pretensão de legitimidade’ (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, I, p. 59). Outro modo de o direito tornar-se *medium* de integração é no momento em que se assume, pelo fenômeno da positividade e sua pretensão a uma validade legítima, o exame crítico de normas e princípios. Esse exame se deve ao fato de se pressupor que todo o poder emana do povo, [...] Isso porque os membros de uma comunidade jurídica devem pressupor que a formação da vontade legislativa deve ser representativa de suas opiniões e vontades, sendo, nesse sentido, uma instância que institucionaliza e consagra a liberdade, tornando-se, por isso legítima.²⁵⁵

Para Habermas, o direito moderno é considerado como mecanismo que alivia as realizações de entendimento dos que agem

²⁵² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 58.

²⁵³ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 148.

²⁵⁴ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 148.

²⁵⁵ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 148-149.

comunicativamente de tarefas da integração social, sem descartar a liberação do espaço da comunicação. Assim, para o filósofo alemão, dois aspectos do direito tornam-se compreensíveis: a positividade e a pretensão de aceitabilidade racional.²⁵⁶

No tocante à positividade jurídica, esta consiste em, ao se criar de forma consciente uma estrutura de normas, urge um fragmento de realidade social artificialmente produzido, o qual somente existe até segunda ordem, pois ela pode ser modificada ou posta fora de ação em qualquer um de seus componentes singulares. Sob o prisma da modificabilidade, a validade do direito positivo emerge como expressão pura de uma vontade, a qual empresta duração a determinadas normas para que se oponham à possibilidade presente de virem a ser declaradas sem efeito. Assim, o *pathos* do positivismo jurídico alimenta-se do voluntarismo da criação pura.²⁵⁷

De outro lado, a positividade do direito não pode fundar-se somente a contingência de decisões arbitrárias, sem correr o risco de perder seu poder de integração social. O direito extrai a sua força muito mais da aliança que a positividade do direito estabelece com a pretensão à legitimidade. Nessa ligação reflete-se o entrelaçamento estrutural entre a aceitação, que fundamenta os fatos, e a aceitabilidade exigida por pretensões de validade, que já estava introduzida no agir comunicativo e na ordem social mais ou menos natural, na forma de tensão entre facticidade e validade. Essa tensão ideal retorna intensificada no nível do direito, mais precisamente na relação entre a coerção do direito, que garante um nível médio de aceitação da regra, e a idéia da auto-legislação – ou da suposição da autonomia política dos cidadãos associados – que resgata a pretensão de legitimidade das próprias regras, ou seja, aquilo que as torna racionalmente aceitáveis.²⁵⁸

Para Luiz Moreira, na positividade, há duas categorias que merecem destaque. A primeira é que o ordenamento jurídico cria um conjunto de integração, administrado artificialmente, o qual detém uma validade hipotética, uma vez que seus elementos podem vir a ser derogados. Essa normatividade

²⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 60.

²⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 60.

²⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 60-61.

hipotética surge com a inserção do elemento vigência.²⁵⁹ Ou seja, a norma jurídica passa a ter temporalidade intrínseca. Assim, sua estrutura passa a ser modificável. Essa modificabilidade quer dizer que as normas jurídicas podem vir a ser derogadas quando não representarem mais a vontade legítima do povo. Isso não quer dizer que a juridicidade perdeu efeito.

Essa relação entre legitimidade e positividade assume caráter de tensão pelo fato do Direito reunir elementos sancionadores e também provenientes de auto-legislação. Desse modo, a tensão entre facticidade e validade retorna pela circunstância de que com a sanção se restringe o nível de dissenso, contudo este dissenso é superado no momento em que se introduz, em seu seio, a idéia de que as normas jurídicas emanam no povo.

Habermas prossegue:

Esta tensão na dimensão de validade do direito implica a organização do poder político, empregado para impor legitimamente o direito (e o emprego autoritativo do direito); poder político ao qual o direito deve a sua positividade. A idéia do Estado constitui uma resposta ao desiderato da transformação jurídica pressuposta pelo próprio direito. No Estado de direito a prática da auto-legislação dos cidadãos assume uma figura diferenciada institucionalmente. A idéia do Estado de direito coloca em movimento uma espiral da auto-aplicação do direito, a qual deve fazer valer a suposição internamente inevitável da autonomia política contra a facticidade do poder não domesticado juridicamente, introduzida no direito *a partir de fora*. O aperfeiçoamento do Estado de direito pode ser entendido como uma seqüência, aberta em princípio, de medidas cautelares, conduzidas pela experiência, contra a subjugação do sistema jurídico através do poder – ilegítimo – das circunstâncias, o qual contradiz sua auto-compreensão normativa. E aqui se trata de uma relação *externa* entre facticidade e validade (percebida na perspectiva do sistema jurídico), uma tensão entre norma e realidade, que constitui um desafio para uma elaboração normativa.²⁶⁰

Habermas leciona que sociedades modernas encontram-se interligadas através de valores, normas, processos de entendimento e

²⁵⁹ “A vigência é um elemento temporal que marca o lapso específico pelo qual uma norma surte efeito”. MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 149.

²⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 61.

sistematicamente, por meio de mercados e do poder administrativo. Dinheiro e poder administrativo consistem em mecanismos que propiciam a integração social, formadores de sistema. O direito está ligado a três fontes de integração social. Por meio de uma prática de autodeterminação que exige dos cidadãos o comum exercício de suas liberdades comunicativas, o direito extrai sua força integradora de fontes de solidariedade social. Já, as instituições de direito privado e público possibilitam a instauração de mercados e a organização do poder estatal. Assim, as operações dos sistemas econômico e administrativo, configurado a partir do mundo da vida, que é parte da sociedade e completam-se em formas de direito.²⁶¹

Desse modo, uma vez que o direito é interligado com o dinheiro, poder administrativo e solidariedade, ele também assimila imperativos de diferentes procedências. Nos imperativos funcionais do aparato estatal do sistema econômico e de outros domínios sociais, impõe-se, muitas vezes, interesses não filtrados, servindo-se da força legitimadora da forma jurídica, a fim de disfarçar sua imposição factual. O direito moderno persiste em ser um meio ambíguo de integração social. Isso pode ser vislumbrado nas inúmeras ocasiões em que o direito conferiu aparência de legitimidade ao poder ilegítimo. Em um primeiro momento ele não denota se as realizações de integração jurídica encontram-se apoiadas no assentimento dos cidadãos associados, ou se resultam de mera auto-programação do Estado e do poder estrutural da sociedade; tampouco revela se elas produzem por si próprias a lealdade das massas.

As realizações sistêmicas econômicas e estatais, realizadas através do dinheiro e do poder administrativo, devem permanecer conectadas, segundo a auto-compreensão constitucional da comunidade jurídica, ao processo integrador da autodeterminação dos cidadãos. A tensão existente entre o idealismo do direito constitucional e o materialismo da ordem jurídica, encontra seu eco entre as práticas empíricas e filosóficas do direito.²⁶²

²⁶¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 61-62.

²⁶² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 62-63.

Entretanto, no bojo da tensão existente entre facticidade e validade, uma comunidade jurídica autônoma será constituída a partir do abandono de uma razão prática delineada pela filosofia do sujeito. Essa comunidade jurídica tem que se realizar pelo entendimento. Assim, a teoria da ação comunicativa alavancará a concepção tradicional do Direito e da Moral, possibilitando uma revisão dos fundamentos do Direito e as bases que constituem e legitimam o Estado de Direito.

CAPÍTULO 3

ACERCA DO ALICERÇAMENTO HABERMASIANO DO DIREITO

3.1 A TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO

Para Habermas, a doutrina dos direitos subjetivos inicia quando os direitos subjetivos morais passam a pretender uma maior legitimidade do que o direito posto pelo legislador. Dessa forma, a legitimidade do direito positivo deve se fundamentar no princípio da soberania do povo. Entretanto, para Habermas, tratam-se de três princípios distintos, embora interligados, os quais não podem ser confundidos entre si, a saber: o princípio moral; o princípio da democracia e o princípio dos direitos que não se encontram em relação de concorrência, mas sim de co-originariedade, de co-dependência, de pressuposição recíproca²⁶³. É exatamente nesta relação de co-originariedade existente entre autonomia privada e pública, entre direitos humanos e soberania popular, que o filósofo alemão encontrará o alicerçamento ou a fundamentação pós-tradicional de legitimidade do direito.²⁶⁴

Antes de prosseguir com a análise da fundamentação do Direito, em Habermas, é mister que sejam esclarecidos alguns pontos. Como ventilado, e, de acordo com Luiz Moreira, Habermas parte de uma teoria

²⁶³ “L’existence d’un rapport dialectique entre autonomie privée et autonomie publique est attestée par le fait que le statut d’un tel citoyen démocratique, dote de compétences législatives, ne peut de son côté, être institutionnalisé qu’au moyen du droit coercitif. Mais comme ce droit s’adresse à des personnes qui, sans disposer de droits pries subjectifs, ne peuvent pas même accéder au statut de sujets de droit, l’autonomie privée et l’autonomie publique se présupposent **réciproquement**.” HABERMAS, Jürgen. La reconciliation grace à l’usage public de la raison. Remarques sur le libéralisme de John Rawls. In: **Débat sur la justice politique**. Traduction de Catherine Audard et Rainer Rochlitz. Paris: CERF, 1997, p. 46.

²⁶⁴ SIMIONI. Rafael Lazzarotto. **Direito e Racionalidade Comunicativa** – A Teoria Discursiva do Direito no Pensamento de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2007, p. 143.

discursiva para o estudo do Direito. A partir disso, três perspectivas orientam seu projeto²⁶⁵.

Primeiramente, há uma cisão com a razão prática, à proporção que a razão comunicativa se coloca como informativa para a ação.²⁶⁶ “Não há o recurso a uma esfera normativa²⁶⁷, nem mesmo a normatividade fornecida pelo imperativo categórico de Kant²⁶⁸ para orientar nossa ação”.²⁶⁹ Logo, para a Filosofia do Direito de Habermas não bastam as formulações kantianas.

Em segundo lugar, a razão comunicativa não é imediatamente prática, assim, é possível considerar uma validade falível intrínseca ao Direito. Nas palavras de Luiz Moreira:

Isto é, como o Direito se institucionaliza através de um procedimento que emana da relação de complementaridade entre direitos humanos e soberania popular dos cidadãos, esse procedimento permite ao Direito estabelecer-se como normativo. No entanto, a validade decorrente deste processo é sempre passível de ser problematizada, ou seja, uma norma jurídica, embora válida, pode a todo o tempo ser questionada abrindo

²⁶⁵ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 155.

²⁶⁶ “Ora, segundo Habermas, no momento em que se realiza a *linguistic turn* a figura de uma razão prática implode. Daí por que a razão prática é substituída pela razão comunicativa”. MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 155 (nota 1). “Mesmo sem pretender recapitular os pontos fundamentais da teoria do agir comunicativo, convém lembrar rapidamente de que modo se apresenta a relação entre facticidade e validade *apos a guinada lingüística*, a qual surge inicialmente no nível elementar da formação dos conceitos e dos juízos”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 27.

²⁶⁷ “É verdade que as questões fundamentais da filosofia prática tinham sido extraídas do dia-a-dia: ‘o que devo fazer?’, ou ainda: ‘o que é bom para mim em geral e em longo prazo?’, porém, sem nenhuma mediação, sem passar pelo filtro da objetivação social. A renúncia ao conceito fundamental da razão prática sinaliza a ruptura com esse normativismo. Todavia, o conceito sucessor ‘razão comunicativa’ conserva fragmentos idealistas desta herança, os quais nem sempre são vantajosos, no contexto modificado de uma teoria comprometida com o esclarecimento”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 26.

²⁶⁸ “Um imperativo categórico (incondicional) é aquele que representa uma ação como objetivamente necessária e a torna necessária não indiretamente através da representação de algum fim que pode ser atingido pela ação, mas da mera representação dessa própria ação (sua forma) e, por conseguinte, diretamente.” A formulação do imperativo categórico kantiano pode ser dada da seguinte forma: “age com base em uma máxima que também possa ter validade como uma lei universal.” KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Tradução: Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 65, 67.

²⁶⁹ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 155.

espaço para a sua própria revogação. Assim, o Direito tem de estabilizar-se enquanto ordem normativa e, ao mesmo tempo, falível.²⁷⁰

Em terceiro lugar, há uma novidade no tocante à relação Direito – Moral. Como ventilado no capítulo 1 deste trabalho, a relação entre Direito e Moral se dava de maneira complementar. Agora, há uma recusa dessa complementaridade, em favor de uma co-originariedade.²⁷¹ Em outras palavras, as normas jurídicas e as normas morais são co-originárias²⁷² à proporção que se desenvolveram “a partir das reservas da eticidade substancial em decomposição”.²⁷³

A partir do exposto, busca-se articular o princípio do discurso como deontologicamente neutro. Luiz Moreira prossegue:

Possuindo uma neutralidade deontológica, o princípio do discurso vai esclarecer qual o sentido da co-originariedade entre as normas

²⁷⁰ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 156.

²⁷¹ “Convém notar, todavia, que atualmente eu não determino mais a relação complementar entre Moral e direito seguindo a linha traçada nas Tanner Lectures”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 10. Convém salientar que este tema será explicitado ao final do presente item.

²⁷² “Eu penso que no nível de fundamentação pós-metafísico, tanto as regras morais como as jurídicas diferenciam-se da eticidade tradicional, colocando-se como dois tipos diferentes de normas de ação, que surgem *lado a lado*, complementando-se. “Em conformidade com isso, o conceito de autonomia precisa ser delineado abstratamente para que possa assumir, não somente a figura do princípio Moral, mas também a do princípio da democracia.” HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 139. Mister salientar o que se entende por nível pós-metafísico: “ambiente pós-metafísico coincide com a fragmentação da razão, em que os conteúdos contingente e histórico, sempre subsumidos pelo formalismo, e o a priori, ganham um novo status. Nesse espaço, a razão apresenta-se finita e situada, indo numa direção contrária a todo o pensamento ocidental, enquanto defesa do atemporal, do necessário e do universal. [...] Sobretudo com a queda do absoluto ou do fundamento último, entram em cena diferentes cosmovisões e a razão não consegue mais exercer um papel unificador, tornando-se um campo aberto para novos enfrentamentos e para a dificuldade de fazer o plural harmonizar-se na unidade. O pluralismo das múltiplas razões substitui a razão totalizante”. HERMANN, Nadja. **Pluralidade e ética em educação**. Rio de Janeiro: DP&A, 2001, p. 92.

²⁷³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 115. A decomposição da eticidade substancial consiste na substituição do direito natural pela força legitimadora dos discursos racionais os quais pressupõem uma concepção de racionalidade prático-comunicativa, pós-cartesiana, que se não reduz, de forma alguma, à lógica formal. MOTA, Marcel Moraes. Afirmção da inafastabilidade do todo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1852, 27 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11525>>. Acesso em: 25 mar. 2009.

jurídicas e as normas morais. O princípio do discurso, através da forma do Direito se converte em princípio da democracia.²⁷⁴

Exatamente por se tratar de um princípio deontologicamente neutro é que ocorre a recusa da subordinação do Direito positivo ao Direito natural e, conseqüentemente, uma recusa da relação complementar entre Direito e Moral. Surge, pois, a questão: qual é o fundamento do Direito para Habermas?

O Direito é, concomitantemente, criação e reflexo da produção discursiva da opinião e da vontade dos integrantes de uma dada comunidade jurídica. Nesse campo, o processo legislativo é “a instância que se constitui como síntese entre os direitos que cada cidadão tem de se atribuir e à sua autonomia política”.²⁷⁵ Luiz Moreira esclarece:

Em uma palavra, através desse princípio do discurso, neutro do ponto de vista normativo, Habermas poderá fundamentar o Direito de modo a estabilizar a tensão entre autonomia privada e pública através do procedimento legislativo.²⁷⁶

Habermas, como ele mesmo afirmou, resolveu encetar um caminho diferente, substituindo a razão prática pela comunicativa.²⁷⁷ Este rompimento é deveras importante e fundamental para a teoria do discurso e mais, para uma teoria discursiva do Direito.²⁷⁸

²⁷⁴ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 156-157.

²⁷⁵ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 157.

²⁷⁶ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 157.

²⁷⁷ “Por esta razão, eu resolvi encetar um caminho diferente, lançando mão da teoria do agir comunicativo: substituo a razão prática pela comunicativa. E tal mudança vai muito além de uma simples troca de etiqueta”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 19.

²⁷⁸ Na modernidade a razão prática passa a funcionar como esfera legislativa fornecendo aos indivíduos normas para o agir, submetendo de modo imediato a vontade. “Em Kant não é outra a figura do imperativo categórico.” (p. 158-159) Tal faculdade legisladora da razão prática vinculou ao normativismo proveniente da razão prática uma descrição da ordem social e política considerada como correta. Em outras palavras, de uma faculdade que era apenas para os sujeitos concretos, com um grau elevado de solipsismo, passou-se a uma normatividade que “assume as rédeas da história e da ordem social” (p. 159). “Esse caráter prescritivo da razão prática assume a forma de um mandamento Moral, que possui validade deontológica. Esse mandamento é prescritivo quando sua dimensão de validade assume feições deontológicas, pois passa a ser

Primeiramente, “porque a normatividade da razão comunicativa só se dará mediatamente, isto é, se torna prescritiva após ser estabelecida por um consenso discursivamente estabelecido”. Em segundo lugar, porque, “ao distanciar-se da normatividade de um mandamento moral, a razão comunicativa vai poder estabelecer-se a partir de um princípio do discurso deontologicamente neutro [...]”. Esta neutralidade deontológica será a linha mestra que propiciará a Habermas estabelecer uma Filosofia do Direito, diferentemente da modernidade, na qual a relação entre Direito e Moral se dá de forma co-originária.²⁷⁹

Para responder a questão da ausência de uma normatividade imediata do jurídico é mister lembrar que, diferentemente do momento anterior, quando direito e moral estavam atrelados:

A recusa dessa situação, ou seja, o atrelamento do Direito a uma instância imediatamente informativa para a ação, possibilitada pela permuta da razão prática pela razão comunicativa, gerou a oportunidade de explicitar-se o modo como se realiza a relação entre Direito e Moral, o que, no seio de uma teoria discursiva do Direito tem de levar em consideração a pergunta pela validade.²⁸⁰
(p. 169)

Outrossim, não é mais possível estabelecer uma relação de subordinação entre Direito positivo e o Direito moral (natural). Surge, pois, a grande pergunta: em que proporção as normas morais e as jurídicas são co-originárias? “Quando uma não é legisladora para a outra. E isso quer dizer que

normativa do ponto de vista Moral.”(p. 159) A associação dessa instância de fundamentação a uma figura normativa nos moldes da razão prática, típica da modernidade, determina a recusa de Habermas a uma instância de fundamentação última. “A pergunta por uma esfera de fundamentação última é associada a uma esfera prescritiva que se apresenta como imediatamente informativa para a ação, isto é, como esfera legisladora. Na figura do direito natural racional, esse aspecto deontológico pode ser caracterizado com a necessária vinculação do direito positivo a essa esfera como que a uma medida de legitimidade.” Em outras palavras, o direito positivo para obter legitimidade precisa remeter-se ao Direito natural racional que “assume a forma de um mandamento Moral que possui validade com contornos deontológicos”. (p. 160) Um direito positivo é justo e legítimo na medida em que mais se guiar dessa medida prescritiva. MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999.

²⁷⁹ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 160-161.

²⁸⁰ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 169.

não se pode buscar o fundamento de uma apelando para a normatividade da outra, uma vez que ambas originam-se simultaneamente”.²⁸¹

Como vislumbrado, Habermas rejeita a relação de subordinação entre Moral e Direito, a fim de não admitir mais a razão prática como adequada para sua Filosofia. No entanto, Habermas afirma, mais adiante, que “a moral autônoma e o direito positivo, que depende de fundamentação, encontram-se numa *relação de complementação* recíproca”.²⁸² Anteriormente, ele afirmara: “que atualmente eu não determino mais a relação de complementar entre moral e direito seguindo a linha traçada nas *Tanner Lectures*”.²⁸³ Habermas não estaria sendo contraditório?

Inicialmente, é mister retomar o sentido da complementaridade entre Direito e Moral esboçado nas aulas em Harvard (*Tanner Lectures*, 1986). Luiz Moreira esclarece:

Nesse artigo, a idéia de uma racionalidade jurídica fora acoplada a uma racionalidade em sentido prático-formal. Isso porque só eram legítimas as normas legais que obrigavam, na perspectiva moral, todos os membros de uma comunidade jurídica. Então, a normatividade do jurídico representava o apelo a uma medida de validade deontológica em sentido prático-moral.²⁸⁴

Daí, depreende-se que a relação complementar entre Moral e Direito significava que o critério de validade é dado pela medida com que a Moral percorre o ordenamento jurídico.

Assim, a complementaridade assume uma função deontológica, pois a moralidade é designadora do grau de legitimidade do Direito positivo. Em uma palavra, a complementaridade moral em relação ao direito representa a equiparação da ordem jurídica a uma esfera moral que lhe é superior. Portanto, com a relação de complementaridade, assume-se uma dimensão normativa para o Direito no sentido da razão prática. E, com isso, há o

²⁸¹ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 169.

²⁸² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 141.

²⁸³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 10.

²⁸⁴ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 171.

reconhecimento de uma esfera que é imediatamente informativa para a validade jurídica.²⁸⁵

Habermas assume, em princípio, que “uma ordem jurídica somente pode ser legítima quando não contraria princípios morais”.²⁸⁶ Em meados dos anos oitenta, no século passado, durante as *Tanner Lectures*, em Harvard, é introduzido pela pergunta acerca da legitimidade e legalidade um dos pontos de contato mais elucidativos entre Habermas e Kant, a saber, a relação que a concepção habermasiana de racionalidade comunicativa estabelece entre Direito e Moral. Na ocasião, a concepção de Habermas era a de que Direito e Moral se complementam. “Mais do que essa relação complementar”, escreve, “nos interessa, porém, o *entrelaçamento* simultâneo de moral e direito”.²⁸⁷

O texto é discretamente crítico, no tocante a Habermas, quando constata que a moral não oscila mais sobre o direito na forma de uma sentença sobrepositiva, mas que se desloca para dentro do direito positivo, sem nele desaparecer. Assim, vale dizer que Habermas concebe a moral, originariamente, como um universo simétrico entre direitos e deveres.²⁸⁸

Esta posição habermasiana não será mantida. Já, no início da década de noventa, é a democracia e não a Moral que encontra-se comprometida *ab ovo* com o princípio discursivo e com a forma jurídica. Para Habermas, trata-se de um processo circular “no qual o código do direito e o mecanismo para geração de direito legítimo, portanto o princípio democrático, são constituídos de modo *co-originário*”.²⁸⁹

²⁸⁵ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 171.

²⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p. 137. “[...] eine Rechtsordnung kann nur legitim sein, wenn sie Moralischen Grundsätzen nicht widerspricht”.

²⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. **Recht und Moral (Tanner Lectures 1986). Faktizität und Geltung**. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p. 568. “Mehr als dieses komplementäre Verhältnis interessiert uns jedoch die gleichzeitige *Verschränkung* von Moral und Recht”.

²⁸⁸ HECK, José H. Habermas e Rousseau: uma relação difícil. **Intuitio**. Porto Alegre, V.1, no. 2, novembro de 2008, p. (11-32) p. 12.

²⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. Zur Rekonstruktion des Rechts (I): Das System der Rechte. **Faktizität und Geltung**. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p. 155. “Die logische Genese dieser Rechte bildet einen Kreisprozess, in dem sich der Kode des Rechts und der Mechanismus für die Erzeugung legitimen Rechts, also das Demokratieprinzip, *gleichursprünglich* konstituieren”.

Entretimentos, já no prefácio de *Facticidade e Validade*, Habermas chama atenção para a mudança quando observa que “atualmente eu não determino mais a relação complementar entre moral e direito seguido na linha traçada nas Tanner Lectures”.²⁹⁰

Enquanto na posição original a moral é designadora de legitimidade para o Direito e a noção de complementaridade submete o Direito a uma esfera normativa que lhe é superior (ou seja, a Moral é imediatamente informativa para a validade jurídica), “a moral autônoma e o direito positivo, que depende de fundamentação, encontram-se numa *relação de complementação recíproca*.”²⁹¹

Outra significação acerca da complementaridade é a presente no livro de 1992 (*Direito e Democracia: entre facticidade e validade*). Nele, a relação existente entre Moral e Direito é mais profunda. Essa simultaneidade genética possibilita a preservação da independência do Direito no tocante à Moral, por meio de um princípio do discurso deontologicamente neutro. Já, a complementaridade quanto ao procedimento, proporciona à Moral uma irradiação além de seus limites.²⁹² À guisa de hipótese para esta questão, Habermas leciona:

Podemos constatar, pois, que o direito possui uma estrutura mais complexa que a da moral, porque: 1) desencadeia e, ao mesmo tempo, circunscreve liberdades de ação subjetivas (e a respectiva orientação por valores e interesses); 2) integra objetivos coletivos e regulamentações concretas, o que impede uma justificação apenas sob pontos de vista morais. Como alternativa para a subordinação do direito ao direito natural, recomenda-se abordar o direito positivo exigível como um complemento funcional da moral, pois ele *alivia* as pessoas que devem agir e julgar, tomando-lhes o fardo das exigências cognitivas, motivacionais e organizatórias de uma moral ligada à consciência subjetiva. O direito compensa, de certa forma, as fraquezas funcionais de uma moral que, encarada

²⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung** (Vorwort). Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p. 10. “Allerdings gelange ich jetzt zu einer anderen Bestimmung des komplementären Verhältnis von Moral und Recht als noch in den Tanner Lectures”.

²⁹¹ HABERMAS, Jürgen. Zur Rekonstruktion des Rechts (I): Das System der Rechte. **Faktizität und Geltung**. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p. 137. “Die autonome Moral und das auf Begründung angewiesene positive Recht stehen vielmehr in einem *Ergänzungsverhältnis*”.

²⁹² MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 171-172.

na perspectiva do observador, proporciona muitas vezes resultados indeterminados do ponto de vista cognitivo e inseguros do ponto de vista motivacional. A relação *complementar*, no entanto, não significa uma neutralidade moral do direito. Pois o processo legislativo permite que razões morais fluam para o direito. E a política e o direito têm que estar afinados com a moral – numa base comum de fundamentação pós-metafísica – mesmo que os pontos de vista morais não sejam suficientemente seletivos para a legitimação de programas do direito.²⁹³

A relação de dependência do Direito em relação à Moral é substituída pela relação de simultaneidade genética. “Essa co-originariedade representa um desligamento da eticidade tradicional, à medida que significa a secularização desses preceitos”.²⁹⁴

Só que as sociedades pós-metafísicas não conseguem solucionar a contento somente através do agir comunicativo a integração social. Nas sociedades arcaicas, para integrar socialmente bastava a autoridade do sagrado e do costume. Já através do agir comunicativo a integração propiciada é precária, eis que existem dois caminhos possíveis. Primeiro, porque a coesão não é mais possível pelo recurso à entidades metafísicas ou consuetudinárias e não se tem a solução imediata das questões, existe sempre a possibilidade do dissenso. Por outro lado, existe a probabilidade de ser reconhecido como autoridade normativa o melhor argumento. Logo, na medida em que se estabelecem pretensões de validade discursivas, a normatividade que surge reconhece aqueles que atuam de modo comunicativo. Já se a atuação for estratégica, não existem motivos para acreditar-se que “todos agirão segundo as prescrições discursivas”.²⁹⁵

A teoria do agir comunicativo dará um valor central ao Direito criando um contexto adequado para uma teoria do Direito baseada no princípio do discurso em razão da modernidade atribuir ao direito a solução dos problemas de dissenso. Assim, “as expectativas geradas pelas convicções pessoais são

²⁹³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 313, posfácio.

²⁹⁴ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 172.

²⁹⁵ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 162.

substituídas, através do monopólio estatal da força, pela possibilidade de aplicação de uma sanção para a não-adesão à normatividade jurídica”.²⁹⁶

A normatividade de um ordenamento jurídico só ocorre quando ele incorpora a liberdade comunicativa. Uma norma jurídica tem um status de autoridade relativa, eis que na medida em que sua legitimidade for comprovada faticamente, essa passa a ser “tributária de sua vinculação a processos democráticos”.²⁹⁷ Nas palavras de Habermas:

À luz dessa idéia da auto-constituição de uma comunidade de pessoas livres e iguais, as práticas usuais de criação, de aplicação e de imposição do direito são expostas inevitavelmente à crítica e a autocrítica. [...] A realização paradoxal do direito consiste, pois, em domesticar o potencial de conflito embutido em liberdades subjetivas desencadeadas, utilizando normas cuja força coercitiva só sobrevive durante o tempo em que forem reconhecidas como legítimas na corda bamba das liberdades comunicativas desencadeadas.²⁹⁸

A validade desse processo é sempre passível de revisão, eis que a legitimidade do direito depende da correição processual que por sua vez, depende da conjunção entre soberania política e direitos humanos.

Resta responder a questão da ausência de uma normatividade imediata do jurídico. No momento anterior a “normatividade era fruto de uma medida de correspondência entre o direito positivo e o direito natural racional” o que levava a “secular associação do Direito à Moral” ou a vinculação do Direito “a uma instância imediatamente informativa para a ação”. Ora, a troca da razão prática pela razão comunicativa fez com que surgisse a possibilidade de esclarecer o modo como se dá a relação entre Direito e Moral. No seio desta teoria discursiva do direito, esta questão leva a questão da validade e não é mais possível estabelecer uma relação de subordinação entre o Direito positivo e o Direito moral ou natural.

²⁹⁶ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 162.

²⁹⁷ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 167.

²⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 324-325.

A idéia de legitimação do ordenamento jurídico é que os cidadãos são produtores das leis (soberania popular ou autodeterminação política). Ou seja, somente quando o Direito emanar da vontade de seus cidadãos ele poderá ser tido como legítimo. Para Habermas:

Onde se fundamenta a legitimidade de regras que podem ser modificadas a qualquer momento pelo legislador político? [...] Ora, o processo democrático da criação do direito constitui a única fonte pós-metafísica da legitimidade. No entanto, é preciso saber de onde ele tira sua força legitimadora. A teoria do discurso fornece uma resposta simples, porém inverossímil à primeira vista: o processo democrático, que possibilita a livre flutuação de temas e de contribuições, de informações e de argumentos, assegura um caráter discursivo à formação política da vontade, fundamentando, deste modo, a suposição falibilista de que os resultados obtidos de acordo com esse procedimento são mais ou menos racionais.²⁹⁹

Tanto mais legítimo será o Direito quanto mais este preservar o espaço da liberdade privada. “A autonomia do cidadão se mede através da liberdade negativa que cabe a cada indivíduo”.³⁰⁰ Assim, as prescrições do Direito somente serão válidas quando as partes receptoras tiverem sua autonomia e liberdade preservadas.³⁰¹

Assim sendo, a questão pela validade das prescrições jurídicas aponta para o procedimento legislativo. Como afirma Luiz Moreira³⁰², a ordem jurídica não é heterônoma, mas emana da produção discursiva da vontade política dos membros de uma comunidade jurídica. Para Habermas:

O processo democrático carrega o fardo da legitimação. Pois tem que assegurar simultaneamente a autonomia privada e pública dos sujeitos de direito; e para formular adequadamente os direitos privados subjetivos ou para impô-los politicamente, é necessário que os afetados tenham esclarecido antes, em discussões públicas, os pontos de vista relevantes para o tratamento igual ou

²⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 308, posfácio.

³⁰⁰ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 164.

³⁰¹ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 164.

³⁰² MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 165.

não-igual de casos típicos e tenham mobilizado o poder comunicativo para a consideração de suas necessidades interpretadas de modo novo. Por conseguinte, a compreensão procedimentalista do direito tenta mostrar que os pressupostos comunicativos e as condições do processo de formação democrática da opinião e da vontade são a única fonte de legitimação.³⁰³

Além disso, “a produção discursiva da vontade democrática dos cidadãos exige um processo de institucionalização”.³⁰⁴ O processo de institucionalização leva a uma compreensão procedimentalista do direito que se opera através de dois passos. No primeiro passo, “os membros de uma comunidade jurídica formulam, como co-autores da ordem jurídica, as diretrizes dos discursos públicos que devem ser institucionalizados juridicamente” através da livre composição de temas que formam a agenda de institucionalização. O segundo passo, compreende a “correição processual”, isto é, “devem ser institucionalizados procedimentos que afastem a contingência decisões arbitrárias e que não permitam a constituição de uma normatividade jurídica *autopoietica*”.³⁰⁵ Pode ocorrer que mesmo observando os dois passos relatados acima, a normatividade seja injusta.

Sendo injusta, a normatividade jurídica abre-se para dois caminhos: o primeiro, permanecer injusta e aí ela deixa de ser uma ordem legítima e passa a constituir-se como arbítrio, violência. O segundo atrelar ao conceito de direito a possibilidade de que sua normatividade seja fruto não da vontade democrática dos cidadãos, mas do arbítrio e da violência. Então criva-se, nessa normatividade, a abertura para a falibilidade e com isso a

³⁰³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 310, posfácio.

³⁰⁴ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 165.

³⁰⁵ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 166. O conceito de autopoiesis foi elaborado por Humberto Maturana, biólogo chileno, que buscava explicar a organização de organismos vivos. MEYER, Emílio Peluso Neder. O caráter normativo dos princípios jurídicos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 994, 22 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8126>>. Acesso em: 26 março de 2009. "Un sistema vivo, según Maturana, se caracteriza por la capacidad de producir y reproducir por sí mismo los elementos que lo constituyen, y así define su propia unidad: cada célula es el producto de un retículo de operaciones [...] internas al sistema del cual ella misma es un elemento; y no de una acción externa". CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; e BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhman**. Tradución de Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos, Javier Torres Nafarrate, Barcelona/México, Anthropos/U. Ibero, 1996, p. 31-32).

presunção de que preceitos jurídicos possam ser revistos, revogados.³⁰⁶

A vontade democrática dos cidadãos necessita ser institucionalizada pelo processo legislativo. Isso ocorre de maneira que as liberdades comunicativas devem ser canalizadas possibilitando a livre constituição no âmbito normativo por meio de processos democráticos. Com isso, os membros de “uma comunidade jurídica formulam, como co-autores da ordem jurídica, as diretrizes dos discursos públicos que devem ser institucionalizados juridicamente”.³⁰⁷ Além disso, a vontade democrática dos cidadãos deve ser institucionalizada através de procedimentos que inibam decisões arbitrárias. Em síntese:

O ordenamento jurídico só passa a ser normativo no momento em que incorpora a dimensão da liberdade comunicativa, pois essa normatividade é tão-somente mediata, porque, para constituir-se como normativo, o ordenamento jurídico precisa ser reconhecido como legítimo.³⁰⁸

O fato de um ordenamento ou norma ser decorrente de um processo legislativo não o confere validade, tão-somente *status* de autoridade. O que, definitivamente, confere validade e legitimidade ao ordenamento jurídico é a plena expressão da vontade discursiva dos cidadãos.

Entretanto, surge a grande indagação: como gerar consenso por meio de normas legítimas? Como será analisado, esta pergunta põe-se tanto para o Direito quanto para a Moral.³⁰⁹ Um determinado indivíduo, ao situar-se como membro de uma dada comunidade jurídica, tem sua moral aliviada de suas

³⁰⁶ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 166-167.

³⁰⁷ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 166.

³⁰⁸ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 166.

³⁰⁹ A relação de dependência normativa do Direito em relação à Moral é substituída pela relação de simultaneidade de origem. Essa relação de complementaridade se faz através do procedimento. A Moral racional passa a ser concebida como uma esfera cultural secular – um saber ao lado de outros. Seu requisito fundamental é a universalização. Ela assume a feição de um procedimento argumentativo. A Moral racional só obtém a obrigatoriedade institucional caso apele para a relação com o direito. MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 172-173.

decisões, à proporção que o ordenamento jurídico possibilita uma integração social (porque gera normatividade).

Sendo assim, ao suprimir o peso das decisões individuais, o direito realiza a translação da esfera da vontade individual para a produção de uma normatividade institucional. Enquanto pessoa moral, o ator encontra-se sob determinada experiência e vivência cultural, um saber a quem cabe fazer a passagem do universal para o particular.³¹⁰ Ao fazer isso, conforme Habermas, a pessoa moral encontra-se sob três exigências: cognitivas, motivacionais e organizacionais. As três exigências são aliviadas à medida que a pessoa moral se assume como membro de uma dada comunidade jurídica, a saber, como pessoa de direito.

No tocante à primeira exigência (cognitiva), pode-se afirmar que corresponde à passagem da norma para fato. É aquela que exige, por meio de um procedimento universal argumentativo, que se chegue à formação imparcial do juízo.³¹¹

Para Habermas, a moral da razão exige apenas que os sujeitos formem seu próprio juízo. Para além, suas liberdades comunicativas (propiciadas por discursos morais) leva à opiniões falíveis no conflito das interpretações. Nas palavras de Habermas:

De um lado, as características relevantes da situação precisam ser descobertas e descritas à luz de normas possíveis, porém ainda indeterminadas; de outro lado, a norma apropriada deve ser escolhida, interpretada e aplicada à luz de uma descrição possivelmente completa da situação. Problemas de fundamentação e de aplicação de questões complexas sobrecarregam freqüentemente a capacidade analítica do indivíduo. E tal *indeterminação cognitiva* é absorvida pela facticidade da normatização do direito. O legislador político decide quais as normas valem como direitos e os tribunais resolvem, de forma razoável e definitiva para todas as partes, a disputa sobre a aplicação de normas válidas, porém carentes de interpretação.³¹²

³¹⁰ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 174-175.

³¹¹ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 175.

³¹² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 151.

O filósofo alemão é peremptório:

Sob o ponto de vista da complementaridade entre direito e moral, o processo de legislação parlamentar, a prática de decisão judicial institucionalizada, bem como o trabalho profissional de uma dogmática jurídica, que sistematiza decisões e concretiza regras, significam um alívio para o indivíduo, que não precisa carregar o peso cognitivo da formação do juízo moral próprio.³¹³

Em outras palavras, como sujeito de direito, a pessoa moral alivia-se de suas decisões à proporção que o ordenamento jurídico possibilita aos indivíduos agir conforme normas que geram liberdade e justiça.

A segunda exigência é a motivacional. Em sociedades pós-metafísicas³¹⁴, a formação discursiva da opinião e da vontade encontra-se sob uma aporia: existe a probabilidade de se reconhecer a autoridade normativa do melhor argumento e o que gera obrigatoriedade para a ação, mas também, há a possibilidade de que a normatividade, oriunda do acordo comunicativo, não seja suficiente para gerar consenso. Com o Direito, esse problema é absorvido pelo monopólio estatal da força.³¹⁵

³¹³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 151.

³¹⁴ A expressão “sociedades pós-metafísicas” remete-se às sociedades atuais em que há um Estado de Direito positivado. As sociedades metafísicas compreendem àquelas em que predominava o jusnaturalismo racionalista. Para um maior esclarecimento acerca do tema “jusnaturalismo” tem-se: “O jusnaturalismo se afigura como uma corrente jurisprudencial de fundamentação do direito justo que remonta às representações primitivas da ordem legal de origem divina, passando pelos sofistas, estóicos, padres da igreja, escolásticos, racionalistas dos séculos XVII e XVIII, até a filosofia do direito natural do século XX. [...] duas teses básicas do movimento jusnaturalista [podem ser identificadas]. A primeira tese é a pressuposição de duas instâncias jurídicas: o direito positivo e o direito natural. O direito positivo corresponderia ao fenômeno jurídico concreto, apreendido através dos órgãos sensoriais, sendo, deste modo, o fenômeno jurídico empiricamente verificável, tal como ele se expressa através das fontes de direito, especialmente, aquelas de origem estatal. Por sua vez, o direito natural corresponderia a uma exigência perene, eterna ou imutável de um direito justo, representada por um valor transcendental ou metafísico de justiça. A segunda tese do jusnaturalismo é a superioridade do direito natural em face do direito positivo. Neste sentido, o direito positivo deveria, conforme a doutrina jusnaturalista, adequar-se aos parâmetros imutáveis e eternos de justiça. O direito natural enquanto representativo da justiça serviria como referencial valorativo (o direito positivo deve ser justo) e ontológico (o direito positivo injusto deixa de apresentar juridicidade), sob pena da ordem jurídica identificar-se com a força ou o mero arbítrio. SOARES, Ricardo Maurício Freire. Reflexões sobre o jusnaturalismo: o direito natural como direito justo. Disponível em: <http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_abril2007/docente/doc1.doc>. Acesso em 11 de setembro de 2008.

³¹⁵ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 178.

No âmbito da Moral, a normatividade emana da universalidade. É esta que propicia o consenso (integração social). Para Habermas, o problema da fraqueza de vontade gera a imputabilidade.³¹⁶ Assim, de acordo com uma moral da razão, os indivíduos avaliam a validade das normas (pressupondo que estas são cumpridas faticamente por todos). Se a validade implica o assentimento racional (motivado) de todos os atingidos, sob a condição de obediência geral a normas, então não é possível exigir de ninguém que se atenha a normas válidas, enquanto a condição citada não for preenchida. “Normas válidas só são imputáveis quando puderem ser impostas faticamente contra um comportamento desviante”.³¹⁷

A sanção contra comportamentos desviantes (determinação para o uso da força) decorre da legitimidade que fundamenta as normas jurídicas. Dessa forma, no âmbito jurídico, a normatividade emana da legitimidade e esta gera o consenso.³¹⁸

Em relação à terceira exigência, a organizacional, pode-se compreender o seguinte: o Direito é naturalmente reflexivo. Ele possui normas secundárias que servem para a produção de normas primárias da orientação do comportamento. Ele determina competências e funda organizações, corporações e institutos. Todavia, a Moral que fornece os pontos de vista para a avaliação sóbria e desapassionada das instituições não se encontra em condições de oferecer qualquer manejo operativo para sua reconstrução. Assim, neste

³¹⁶ “Enquanto autor, o ator deve concordar consigo mesmo, por ser destinatário de mandamentos. À indeterminação cognitiva do juízo orientado por princípios deve-se acrescentar à *incerteza motivacional* sobre o agir orientado por princípios conhecidos. Esta é absorvida pela facticidade da imposição do direito. Na medida em que não está ancorada suficientemente nos motivos e enfoques de seus destinatários, uma Moral da razão depende de um direito que impõe um agir conforme a normas, deixando livres os motivos e enfoques. O direito coercitivo cobre de tal modo as expectativas normativas com ameaças de sanção, que os destinatários podem limitar-se a considerações orientadas pelas consequências. Além disso, o problema da fraqueza de vontade acarreta o da *imputabilidade*. De acordo com uma Moral da razão, os indivíduos singulares examinam a validade de normas, pressupondo que estas são seguidas faticamente por cada um. E, se a validade das normas implica o assentimento racionalmente motivado de todos os atingidos, sob a condição de uma prática de obediência *geral* a normas, então não pode ser exigido de ninguém que se atenha a normas válidas, enquanto a condição citada não estiver preenchida. Cada um deve poder esperar que todos sigam as normas válidas”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 152-153.

³¹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 152.

³¹⁸ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 180.

contexto, o Direito positivo (enquanto sistema de ação), consiste em uma reserva que pode adentrar no lugar das outras instituições.³¹⁹

Instituições como família, educação são reformuladas por meio do Direito, o qual propicia a criação de sistemas de ação organizados formalmente, como mercados, administrações e empresas. A economia capitalista organizada por meio de competências, surge no *medium* de sua institucionalização jurídica.³²⁰

A partir das explicitações acima, ver-se-á, como que da composição entre direitos humanos e soberania popular será possível à teoria discursiva do Direito legitimar seu ordenamento.

3.2 A CONEXÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E SOBERANIA POPULAR

A compreensão do Direito moderno tem seu cerne no conceito de Direito subjetivo. Para Habermas, direitos subjetivos são:

Direitos negativos que protegem os espaços da ação individual, na medida em que fundamentam pretensões, reclamáveis judicialmente, contra intervenções ilícitas na liberdade, na vida e na propriedade. A autonomia privada é garantida, nessa esfera colocada sob a proteção do direito, principalmente através do direito de fechar contratos, de adquirir, herdar ou alienar propriedade.³²¹

Para o filósofo alemão, o *status* de direitos humanos deve situar-se entre o direito positivo e o direito moral. Os direitos humanos não são, na verdade, assegurados ou negados; em relação aos mesmos ou se exercem garantias ou violações. Essas formulações de ocasião permitem ao legislador

³¹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 153.

³²⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 153-154.

³²¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 116-117.

constitucional traduzir para as palavras do direito positivo normas morais previamente dadas. O conceito de direitos humanos é de origem moral, mas também configura-se em uma manifestação específica do conceito moderno de direitos subjetivos, a saber, uma manifestação da conceitualidade jurídica. Os direitos humanos são, já a partir de sua Gênese, de natureza jurídica. O que lhes confere a aparência de direitos morais não é nem seu conteúdo, nem mesmo sua estrutura, mas sim um sentido validativo orientado para além das ordens jurídicas singulares dos Estados nacionais.³²²

A respeito de direitos fundamentais, Habermas leciona:

Direitos fundamentais estão investidos de tal anseio de validação universal porque só podem, *exclusivamente*, ser fundamentados sob um ponto de vista moral. É certo que as outras normas jurídicas *também* são fundamentadas com o auxílio de argumentos morais, mas em geral a fundamentação se dá igualmente com pontos de vista ético-políticos e pragmáticos que se referem à forma de vida concreta de uma comunidade jurídica histórica, ou então ao estabelecimento concreto de objetivos ligados a determinadas políticas. Os direitos fundamentais, ao contrário, regulam matérias de tal generalidade que *bastam os argumentos morais para sua fundamentação*. Eis aí argumentos que fundamentam a razão pela qual o assecuramento de regras como esta desperta em igual medida o interesse de todas as pessoas na sua qualidade de pessoas em geral, ou ainda, por que elas são igualmente boas para *todo mundo*.³²³

Para o filósofo, o *modus* de fundamentação em nada prejudica a qualidade jurídica dos direitos fundamentais e nem mesmo faz deles normas morais. As normas jurídicas conservam sua conformidade jurídica não importando a natureza das razões que fundamentem sua pretensão de legitimidade, pois elas devem esse caráter à sua própria estrutura e não ao seu conteúdo. Os direitos fundamentais, de acordo com sua estrutura, consistem em direitos subjetivos que se podem vindicar em juízo e que possuem o sentido de desvincular pessoas do direito dos mandamentos morais, à proporção que reservam aos agentes espaços legais em que estes possam agir segundo suas próprias preferências. Se direitos morais podem ser estruturados a partir de

³²² HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 221-222.

³²³ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 223.

deveres que vinculem o “arbítrio de pessoas autônomas, os deveres jurídicos resultam apenas *como consequência* de autorizações a um agir arbitrário, ou seja, da restrição legal dessas liberdades subjetivas”.³²⁴

Consoante noção cediça habermasiana,

Esse desdobramento da discussão encobre, porém, o verdadeiro problema, que está ligado à posição central dos direitos subjetivos privados: não se conseguiu esclarecer de onde o direito positivo obtém sua legitimidade. Certamente a fonte de toda legitimidade está no processo democrático da legiferação; e esta apela, por seu turno, para o princípio da soberania do povo.³²⁵

Só que a maneira através do qual o positivismo jurídico introduz tal princípio acaba não preservando o conteúdo moral independente dos direitos subjetivos, isto é, a proteção da liberdade individual. Nenhum dos dois modos atinge o sentido intersubjetivo das liberdades de ação subjetivas estruturadas juridicamente, no qual ambos os momentos aparecem por inteiro, e nem a relação entre autonomia privada e a do cidadão.³²⁶

Como já ventilado, em Habermas, o tipo de legitimação do Direito, no mundo ocidental, pressupõe a ligação entre direitos políticos e direitos individuais fundamentais. Estes, devem ser concedidos aos cidadãos livres e iguais para regulamentar o seu convívio, de forma legítima, com os meios do direito positivo, combinados com a soberania do povo. Esta estabelece um procedimento que, a partir de suas características democráticas, fundamenta a suposição de resultados legítimos. Esse princípio é expresso por meio dos direitos à comunicação e à participação, os quais garantem a autonomia pública dos cidadãos.³²⁷

Para Habermas, o nexó interno existente entre direitos humanos e soberania popular consiste em que os primeiros institucionalizam as

³²⁴ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 224.

³²⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 122.

³²⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 122.

³²⁷ TONETTO, Milene Consenso. A fundamentação absoluta e relativa dos direitos em Habermas. In: PINZANI, Alessandro, DUTRA, Delamar José Volpato.(Organizadores). **Habermas em discussão**: Anais do Colóquio Habermas. Florianópolis: NEFIPO, 2005. p. 121.

condições de comunicação para gerar a vontade de forma política e racional.³²⁸ No entendimento do filósofo alemão, o conceito de direitos humanos possui origem moral, entretanto, também é manifestação específica do conceito moderno de direitos subjetivos. Os direitos humanos possuem natureza jurídica desde sua origem. “O que lhes confere a aparência de direitos morais não é seu conteúdo, nem menos ainda sua estrutura, mas um sentido validativo que aponta para além das ordens jurídicas características dos Estados nacionais”.³²⁹

Habermas é peremptório:

os direitos humanos, segundo sua estrutura, pertencem a uma ordem do direito positivo e coercitivo que fundamenta reivindicações jurídicas subjetivas que se podem reclamar em juízo. Em tal medida, é inerente ao sentido dos direitos humanos o fato de exigirem para si o *status* de direitos fundamentais cuja observância se deve assegurar no âmbito de uma ordem jurídica subsistente, seja ela nacional, internacional ou global.³³⁰

E continua:

No entanto, quando pretendemos falar do direito apenas no sentido do direito positivo, temos que fazer uma distinção entre direitos *humanos* enquanto normas de ação justificadas moralmente e *direitos* humanos enquanto normas constitucionais positivamente válidas. O *status* de tais direitos fundamentais não é o mesmo que o das normas morais – que possivelmente têm o mesmo significado. Na forma de direitos constitucionais normatizados e de reclamações, eles encontram abrigo no campo de validade de determinada comunidade política. Todavia, esse *status* não contradiz o sentido universalista dos direitos de liberdade clássicos, que incluem todas as pessoas em geral e não somente todos os que pertencem a um Estado. Enquanto direitos fundamentais, eles se estendem a todas as pessoas, na medida em que se detêm no campo de validade da ordem do direito; nesta medida, todos gozam de proteção da constituição.³³¹

Nesse ínterim, Milene Tonetto leciona:

³²⁸ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 298-299.

³²⁹ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 222.

³³⁰ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 225.

³³¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 316-317.

O sistema de direitos fundamentais, para Habermas, não deve apenas institucionalizar uma formação da vontade política racional, mas também proporcionar o próprio *medium* no qual essa vontade pode se expressar como vontade comum de membros do direito livremente associados. Ou seja, ele quer fundamentar um sistema de direitos que faça *jus* a autonomia privada, garantida pelas iguais liberdades de ação subjetivas, e a autonomia pública, ou seja, como um processo de formação intersubjetiva da opinião e da vontade, garantida pelos direitos de participação democrática.³³²

Contra a redução do Direito a um espaço de liberdade negativa, insurge-se a teoria discursiva do Direito. Seu escopo consiste em explicitar as pretensões de validade do processo de entendimento do universo jurídico. Entrementes, o Direito é válido pois alivia o sujeito moral do peso de suas decisões ao instituir critérios normativos. “Ou seja, ao instituir-se por meio do processo legislativo, o Direito retira da Moral o peso da integração social”.³³³ Assim sendo, não é o processo legislativo a medida de legitimidade do ordenamento jurídico. Para ser legítimo, o processo legislativo emana da composição entre soberania do povo e direitos humanos. A idéia dos direitos humanos e da soberania popular determinam até hoje a “auto-compreensão normativa de Estados de direito democráticos”.³³⁴ Com isso, temos que a legitimidade surge da legalidade.³³⁵

Mas de que forma isso ocorre? Ora, à proporção que a legalidade coincide com criação e reflexo da produção discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos. Assim, a legalidade vem a ser a instância síntese entre os direitos que cada um tem de se atribuir e sua autonomia política.³³⁶

³³² TONETTO, Milene Consenso. A fundamentação absoluta e relativa dos direitos em Habermas. In: PINZANI, Alessandro, DUTRA, Delamar José Volpato.(Organizadores). **Habermas em discussão**: Anais do Colóquio Habermas. Florianópolis: NEFIPO, 2005. p. 122.

³³³ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 185.

³³⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 128.

³³⁵ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 185.

³³⁶ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 185.

O nexa existente entre direitos humanos e soberania do povo³³⁷ pode ser descrito como a única base sobre a qual pode-se justificar o Direito moderno (pois este não pode ser mais alicerçado em tradições religiosas e metafísicas). Somente através da participação simétrica e respeito mútuo (ambos garantidos por meio do princípio do discurso) e densificados pelo Direito (no princípio democrático), a autonomia privada será condição do discurso e assim, condição de existência do Direito positivo.³³⁸ Em outras palavras:

Sem os direitos liberais clássicos, garantidores da autonomia privada, não haveria condições de instituição de um código (sistema de direitos) que institucionalize as condições de abertura de espaços de discussão e de formação da vontade política. Os indivíduos não teriam, pois, condições de exercer a sua autonomia enquanto cidadãos. Ao mesmo tempo, esses direitos subjetivos privados têm que ser divididos simetricamente, garantindo a igualdade de participação nos processos de formação de opinião e de vontade. E isso só é possível pela abertura de espaços em que essa simetria seja garantida. [...] essa condição só é satisfeita através de um processo democrático que aposta na formação racional da vontade e da decisão políticas.³³⁹

A partir disso, conclui-se que a tanto a autonomia privada quanto a pública são co-originárias. É sob esse foco que nasce o nexa entre soberania popular e direitos humanos. Na soberania do povo, os destinatários das normas também encontram-se como co-autores das mesmas. Consequentemente, o legislador político não pode decidir contra os direitos humanos, pois “eles são a garantia e a *condição* de manutenção da soberania popular e do exercício da autonomia política dos cidadãos, que só reconhecendo

³³⁷ “A soberania popular não consiste pois em uma reunião de cidadãos autônomos identificáveis como o ‘povo’, mas em um emaranhado de redes de comunicação, de foros, de corporações, em que a discussão e a decisão podem ocorrer de forma racional. Nesse sentido é que no Estado de Direito não se pode mais falar em um soberano, ou [...] em um ‘legislador político’, e sim em uma dominação organizada juridicamente que deve ser exercida em sua ligação a um direito legítimo, e que deve lidar a todo o momento com a tensão, na dimensão da validade do Direito, entre positividade e legitimidade, e no interior do sistema de direitos, entre autonomia pública e autonomia privada”. REPOLÊS, María Fernanda Salcedo, **Habermas e a desobediência civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 112-113.

³³⁸ REPOLÊS, María Fernanda Salcedo, **Habermas e a desobediência civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 109.

³³⁹ REPOLÊS, María Fernanda Salcedo, **Habermas e a desobediência civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 111.

a simetria de participação podem fundar processos democráticos”.³⁴⁰ Para Habermas, o sistema dos direitos não pode se reduzir a uma simples interpretação da soberania popular, isso porque a autonomia dos cidadãos não pode ser nem sobreposta nem subordinada à sua autonomia política. O filósofo prossegue:

A co-originariade da autonomia privada e pública somente se mostra, quando conseguimos decifrar o modelo da auto-legislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos. A substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica.³⁴¹

No entendimento habermasiano:

Se os discursos [...] constituem o lugar no qual se pode formar uma vontade racional, a legitimidade do direito apóia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos. Por conseguinte, o almejado nexos interno entre soberania popular e direitos humanos só se estabelecerá, se o sistema dos direitos apresentar as condições exatas sob as quais as formas de comunicação – necessárias para uma legislação política autônoma – podem ser institucionalizadas juridicamente.³⁴²

Para Habermas, o nexos entre soberania popular³⁴³ e direitos humanos é representado no conteúdo normativo de um modo de exercício da

³⁴⁰ REPOLÊS, María Fernanda Salcedo, **Habermas e a desobediência civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 112.

³⁴¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 139.

³⁴² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 138.

³⁴³ Mister esclarecer a diferença entre soberania popular em Habermas para a soberania popular rousseauiana. “A soberania, para Rousseau, é o exercício da vontade geral. Desse modo, a soberania não pode ser alienada ou dividida e jamais está concentrada nas mãos de um homem ou de um grupo. A vontade geral favorece ou obriga a todos os cidadãos de maneira equitativa, por ser uma convenção que tem como base o contrato social e útil por não ter outro objeto que não o bem geral. Ela é o fundamento da convenção entre os indivíduos que, vivendo na sociedade civil, podem resgatar a liberdade original. Contudo, as questões relacionadas ao alcance e limites do poder soberano exercido pela vontade geral, são apontadas como importantes fontes de contradição e portadoras de conseqüências funestas para a formação de um Estado legítimo bem

ordenado. Uma dessas possíveis objeções é aquela que acusa Rousseau de ter firmado os primeiros passos do totalitarismo, atribuindo um poder absoluto ao Estado em detrimento da liberdade dos indivíduos. No entanto, Rousseau pretende absolutamente o contrário, ou seja, recuperar a liberdade individual. Há, portanto, a necessidade de se analisar o *Contrato Social* a partir de uma relação de complementaridade entre as partes que o compõem. Desse modo, pode-se perceber uma seqüência coerente do pensamento de Rousseau, partindo do estabelecimento dos princípios à sua aplicação prática". ANTUNES, Vanderlei Lemos. O conceito de soberania em Jean-Jacques Rousseau. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/ethic@vanderlei.pdf>> Acesso em 26 de março de 2009. "Não há, na esteira de Habermas, razões para deixar-se envolver pelas supostas pretensões universais da *volonté générale*. A vontade geral do genebrino é uma vontade particular, a faculdade volitiva de um determinado grupo de seres humanos que articulam nela a comunidade; a validade e a obrigatoriedade da vontade geral ficam necessariamente restritas aos membros do grupo; em suma, o republicanismo rousseauiano é decididamente anti-universal. [...] Para Rousseau, o ser humano tão-só torna-se ser humano quando convertido em cidadão; enquanto não-cidadão, o ser humano como tal não passa de uma porção de natureza carente de domesticação. Direitos humanos, imperativo categórico e regras formais de coordenação não são suficientes para gerar um senso de comunidade, transformar uma multidão de pessoas em coletividade, pois o universal é abstrato, não caseiro, inabitável. Como crítico mordaz do cosmopolitismo, Rousseau aprecia o ser humano feito cidadão, de modo que ignora direitos humanos e desconhece os princípios do direito dos povos. Para o genebrino, somente a humanidade unida por vontade comum e articulada por uma unidade política integradora configura objeto Moral e político relevante; em contraste, o conceito de cidadão do mundo é considerado por Rousseau uma *contradictio in adjecto*. [...] Rousseau não articula a soberania popular e o papel do legislador na vida de um povo nos termos de um padrão constitucional. Por um lado, a indivisibilidade e a inalienabilidade do poder soberano dos cidadãos são rigorosamente mantidas e, por outro, o ofício de legislador, constitutivo à república, não faz parte da constituição. O legislador elabora a constituição, mas nela não tem lugar. Segundo Rousseau, uma vez em suas mãos, qualquer atribuição constitucional abalaria os fundamentos da república; na abertura do *Contrato social*, Rousseau promete legitimar *les fers*, na ausência de uma explicação histórica para a perda da liberdade natural; em seu Livro Segundo, não há legitimação do Estado, substituído que está pela figura histórica de um gênio na origem da república. A pretendida construção jurídico-normativa, por não operar com fatos, mas com princípios constitutivos, não sai do lugar; o constitucionalismo rousseauiano acaba apelando para a poderosa virtualidade do fático, consubstanciada na *Science du législateur*, o saber de um grande homem, gerando efeitos dos quais desconhece as causas. Ao enveredar pela aporia, o crítico cultural acompanha seu discípulo para o campo e abandona a cidade ao poder inexorável dos fatos. A república do genebrino não é conhecida como universo da comunicação, não constitui arena repleta de opiniões, controvérsias, disputas teóricas, opções práticas; tampouco nela se costura compromissos e, muito menos, se prestigia a maioria. Quando há discussões, a unanimidade é festejada no mais tardar com bocejos coletivos. Embora também o aristotelismo político girasse em torno do bem-comum, a democracia ateniense era inconcebível sem muita discussão, troca de argumentos e comércio de idéias. A rigor, por mais ambígua e leviana que fosse com a verdade, a retórica era um patrimônio da pólis. A república de Rousseau ostenta a autenticidade como logomarca; como tal, ela é tudo menos um autêntico republicanismo, composta de pequenos burgueses que, bem comportados, querem brincar de republicanos. À distância, o cenário espartano da cidadania do genebrino não passa de um desencanto com os tempos modernos, seus marcos civilizatórios e seu senhorio político. Enquanto educador, Rousseau considera a grande ciência da política inútil e, enquanto filósofo político, ele enaltece o contrato social como instante feliz em que o homem adquire estatura Moral, tornando-se senhor de si mesmo. [...] Ainda que Rousseau seja visto como o fundador de um metódico procedimento de justificação, por ser o único contratualista que faz do contrato enquanto tal o princípio da organização política, da legislação e da justiça, à luz de um exame mais acurado a qualificação ética da unificação contratual do genebrino sufoca o caráter procedimental que a modernidade propõe como substituto ao saber ético intuitivo da tradição. O procedimento contratual rousseauiano, por estar intimamente comprometido com uma estrutura compacta de caráter ético, a república da virtude perde o seu traçado cognitivo. Não se trata mais de um processo de conhecimento, um modo racional e sistemático de configurar padrões de justiça e delinear o bem-estar coletivo. Evidentes que são para os cidadãos, a justiça e o bem-estar coletivo não carecem em Rousseau de uma

autonomia política, assegurado por meio da formação discursiva da opinião e da vontade, não através de leis gerais.³⁴⁴ Em suma, a legitimidade do Direito (evidenciado no nexos entre soberania popular e direitos humanos) apresenta como consequência a incorporação do exercício de autonomia pública dos cidadãos para o âmbito do Estado. Repolês esclarece:

Isso porque a prática de autodeterminação dos cidadãos dada pelo entrelaçamento jurídico entre autonomia pública e privada não basta para tornar jurídicos os direitos subjetivos de ação e os direitos comunicativos dos cidadãos. Esses devem ser estendidos ao poder político, por meio do Direito, de forma a garantir a obrigatoriedade fática das normas jurídicas que os consagram, que [...] são aquelas que consagram os direitos fundamentais.³⁴⁵

O Direito busca sua legitimidade dentro de seu próprio sistema de direitos, o que significa que ele é um ato referencial. Assim sendo, é possível compreender que o princípio da democracia além de positivizar as liberdades subjetivas de ação e as liberdades comunicativas dos cidadãos, regula a produção do Direito, pois estende-se ao poder político. Neste sentido, Repolês leciona:

A soberania popular em ligação com o poder politicamente organizado concretiza-se pelos procedimentos e pressupostos comunicativos da formação da opinião e da vontade institucionalizada. É daí que se pode deduzir a forma do Estado de Direito, que se concentra no 'poder comunicativamente diluído' e na sua ligação com o poder administrativo do Estado, atento a esses círculos de comunicação e de decisão estruturados racionalmente.³⁴⁶

maneira especial de apresentação. Com isso, o modo de proceder rousseauiano limita-se à liberdade do bem-viver. Na medida em que os cidadãos fazem uso de seu direito ao voto e dão existência à *volonté générale* por meio da vivência coletiva de cidadania, eles fazem jus a seu direito e têm a experiência de serem cidadãos livres. O *cognitivismo* procedimental da ética do discurso não encontra lugar na república cidadã do genebrino". HECK, José N. Habermas e Rousseau: uma relação difícil. Intuituo. Porto Alegre, V. 1, no.2, novembro de 2008, p. 22-24.

³⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 137.

³⁴⁵ REPOLÊS, María Fernanda Salcedo, **Habermas e a desobediência civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 112.

³⁴⁶ REPOLÊS, María Fernanda Salcedo, **Habermas e a desobediência civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 112.

“O Estado Democrático de Direito resulta da ligação entre o meio do Direito e o poder político”. Ou seja, depreende-se da necessidade de legitimação jurídica e da obrigatoriedade fática de normatização e efetividade do Direito.³⁴⁷ Em outras palavras, a composição entre direitos humanos e soberania popular se mostra à proporção que a estrutura intersubjetiva dos direitos é parte integrante e intrínseca da dimensão discursiva de formação da opinião e da vontade. A partir dessa ética do discurso, como já citado anteriormente, Habermas defende que os parceiros do direito devem examinar se uma norma é ou não controvertida e mais, buscar encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos.

3.3 FUNDAMENTAÇÃO OU LEGITIMIDADE DO DIREITO AUFERIDA ATRAVÉS DO PROCEDIMENTO COMUNICATIVO

O processo de criação do Direito (ou seja, o processo que permite interpretar o Direito como emanção da opinião e da vontade discursiva), para ser legítimo, deve-se referir aos direitos que cada um tem que atribuir com o escopo de obter reconhecimento como sujeito de direito. Dessa forma, os sujeitos de direito podem agir, almejando seu sucesso, cumprindo as prescrições legais, ou agir visando a coordenação da ação. Nas palavras de Moreira:

Isso porque cabe ao Direito não somente o estabelecimento de liberdades subjetivas em geral, mas igualmente a institucionalização da igualdade dessas liberdades subjetivas.³⁴⁸

Importante frisar que para que o Direito possa ser compreendido como expressão da composição entre soberania popular e direitos humanos (a saber, como emanção da vontade discursiva dos cidadãos), mister

³⁴⁷ REPOLÊS, María Fernanda Salcedo, **Habermas e a desobediência civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 113.

³⁴⁸ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 191.

que os atores posicionem-se acerca de sua manifestação de vontade. Isso porque para que o Direito constitua-se como legítimo primordial é que os membros de determinada comunidade jurídica entendam-se sobre o que é passível de obrigatoriedade jurídica. Para tanto, esse entendimento somente será possível se todos tiverem igual liberdade comunicativa.³⁴⁹

O levantamento das pretensões de validade só fará sentido, quando a igual liberdade comunicativa puder ser questionada. Assim,

Levantados os questionamentos, faz-se necessário que se arrole os motivos pelos quais se fundamentam tais pretensões. Aceitas as pretensões, temos uma normatividade legítima. Mas, para que a figura desse questionamento possa estar presente na deliberação do que é ou não é normativo em uma sociedade pós-metafísica, é preciso que todos tenham acesso à igual liberdade comunicativa para que, munidos dessa faculdade, possam posicionar-se sobre a legitimidade da integração social.³⁵⁰

A partir disso surge o princípio do discurso, neutro em relação à Moral e ao Direito, que deixa livre de conotações legislativas o processo de formação da normatividade oriunda do melhor argumento. Entrementes, esse princípio do discurso, após assumir forma jurídica, converte-se em princípio da democracia, como já ventilado.

Em uma palavra: como o princípio do discurso, pelo *medium* jurídico, transforma-se em princípio da democracia, temos que a normatividade é obtida através de um procedimento, no qual são arroladas todas as razões que possam fundamentar esta ou aquela pretensão de validade.³⁵¹

Para Habermas, a idéia básica é a seguinte: o princípio da democracia é resultante da interligação entre princípio do discurso e forma jurídica. Para o filósofo, esse entrelaçamento corresponde a uma gênese lógica de direitos, que pode ser reconstruída passo a passo. Ela tem seu início com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em

³⁴⁹ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 191-192.

³⁵⁰ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 192.

³⁵¹ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 192.

geral e termina com a institucionalização jurídica de condições para o exercício discursivo da autonomia política.³⁵²

Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um *sistema* de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de *modo co-originário*.³⁵³

A partir disso, Luiz Moreira questiona-se: de que forma o princípio do discurso se converte em princípio da democracia? Pode-se responder: com a institucionalização jurídica. Entrementes, somente com a compreensão de que o Direito emana do povo é que o cidadão pode tomar seu lugar na comunidade jurídica. Para tanto, é mister que estabeleçam condições para que esse procedimento seja possível, isto é, igual liberdade comunicativa (que permite ao sujeito de direito posicionar-se acerca de qualquer pretensão). Nos estudos de Fábio de Oliveira:

É assim que o Filósofo alemão postula [...] A racionalidade advém do cumprimento do procedimento deliberativo, sob certos requisitos, **as condições do discurso** que confessa, o autor, são **contrafáticas**, [...] **uma interpretação correta da situação e da descrição adequada do problema que se tem pela frente**, oportunidades iguais de manifestação [...] os participantes devem atuar honestamente, sem querer ludibriar, sem distorcer fatos ou idéias, **exclusão de enganos ou ilusões**; os sujeitos devem ser capazes de justificar suas assertivas de modo lógico; ademais devem crer nelas [...] o agente não pode fazer uma argumentação contraditória em si mesma, [...] ter a sua autonomia cerceada.³⁵⁴

Para que a convivência dos sujeitos de direito seja regulada pelo Direito positivo, é mister que os integrantes situem-se como destinatários e autores das normas. Habermas dispõe separadamente sobre esses dois momentos e analisa sobre os direitos necessários para que os indivíduos se

³⁵² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 158.

³⁵³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 158.

³⁵⁴ OLIVEIRA, Fábio de. A Teoria do Direito e a da Constituição: entre o Procedimentalismo e o Substancialismo. **QUAESTIO IURIS**, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, no. 5, marco de 2007, p. 6.

compreendam como destinatários da ordem jurídica e, logo após, como autores dessa ordem.³⁵⁵

Luiz Moreira preconiza:

Pois bem, o primeiro passo, ou seja, aquele que é permeado pela compreensão de que as normas jurídicas destinam-se aos indivíduos, é composto pelos direitos que garantem o exercício da autonomia privada dos sujeitos. Conseqüentemente, temos um escalonamento horizontal das pretensões à juridicidade. É essa pretensão horizontal que garante uma validade objetiva aos direitos subjetivos e que gera obrigatoriedade recíproca; o segundo passo, ou aquele que é permeado pela compreensão de que as normas jurídicas emanam da opinião e da vontade dos indivíduos, implica que os sujeitos de direito assumem o papel de autores, isto é, de produtores do ordenamento jurídico.³⁵⁶

Nas próprias palavras de Habermas,

O conceito 'forma jurídica', que estabiliza as expectativas sociais de comportamento [...], e do princípio do discurso, à luz do qual é possível examinar a legitimidade das normas de ação em geral, nos fornece os meios suficientes para introduzir *in abstracto* as categorias de direitos que geram o próprio código jurídico, uma vez que determinam o *status* das pessoas de direito:

- (1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*.

Esses direitos exigem como correlatos necessários:

- (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito;
- (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.

Essas três categorias de direitos nascem da aplicação do princípio do discurso ao *medium* do direito enquanto tal, isto é, às condições de formalização jurídica de uma socialização horizontal em geral. Eles ainda não podem ser interpretados no sentido de direitos liberais de defesa, uma vez que regulam apenas as

³⁵⁵ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 194.

³⁵⁶ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 194-195.

relações entre os civis livremente associados, *antes de* qualquer organização objetiva ou jurídica de um poder do Estado, contra o qual os civis precisam proteger-se. E esses direitos fundamentais garantem a autonomia *privada* de sujeitos jurídicos somente na medida em que esse sujeitos se reconhecem mutuamente em seu papel de *destinatários* de leis, erigindo destarte um *status* que lhes possibilita a pretensão de obter direitos e de fazê-los valer reciprocamente. Somente no próximo passo os sujeitos do direito assumem também o papel de *autores* de sua ordem jurídica através de:

- (4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo.³⁵⁷

Desta construção depreende-se:

- (5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) a (4).³⁵⁸

À proporção em que os referidos direitos fundamentais são institucionalizados, garante-se que a formação discursiva da opinião e da vontade seja determinante do grau de legitimidade do ordenamento jurídico. Determinante pois, a normatividade, oriunda da legalidade, deve estar acoplada a uma pretensa revogabilidade, toda a vez em que não se mostrar compatível com os direitos fundamentais, ou ainda, quando dispuser contra a vontade discursiva dos cidadãos.³⁵⁹ Para Luiz Moreira:

Essa tensão entre o factual e o universal, entre facticidade e validade, é estabilizada pelo Direito uma vez que esse realiza, através da compreensão discursiva dos direitos, a composição entre direitos humanos e soberania do povo. Em uma palavra, através da compreensão de que o direito emana do povo.³⁶⁰

³⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 159.

³⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 160.

³⁵⁹ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 196.

³⁶⁰ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 196.

Em uma palavra: para o Direito ser legítimo, deve estar de acordo com os direitos humanos e com a soberania popular. São esses dois conceitos que constituem o âmago da legitimidade do Direito. Disso, depreende-se, o escopo do Direito: institucionaliza a liberdade. Para Habermas:

O surgimento da legitimidade a partir da legalidade não é paradoxal, a não ser para os que partem da premissa de que o sistema do direito tem que ser representado como um processo circular que se fecha recursivamente, legitimando-se *a si mesmo*. A isso opõe-se a evidência de que instituições jurídicas da liberdade decompõem-se quando inexistem iniciativas de uma população acostumada à liberdade. Sua espontaneidade não pode ser forçada através do direito; ele se regenera através das tradições libertárias e se mantém nas condições associacionais de uma cultura política liberal. Regulações jurídicas podem, todavia, estabelecer medidas para que os custos das virtudes cidadãs pretendidas não sejam muito altos. A compreensão discursiva do sistema dos direitos conduz o olhar para dois lados: De um lado, a carga de legitimação da normatização jurídica das qualificações dos cidadãos desloca-se para os procedimentos da formação discursiva da opinião e da vontade, institucionalizados juridicamente. De outro lado, a juridificação da liberdade comunicativa significa também que o direito é levado a explorar fontes de legitimação das quais ele não pode dispor.³⁶¹

Contudo, essa corresponde a grande tensão vivenciada pelo Direito: como institucionalizador e garantidor do exercício das liberdades, através dos procedimentos de formação discursiva da opinião e da vontade (os quais condicionam sua legitimidade e validade), suas prescrições jurídicas são sempre passíveis de revogação (caso oposto, poder-se-iam ser estabelecidas normas – embora perfeitamente legítimas quanto à sua forma – que aprisionariam ou restringiriam a liberdade). Eis o motivo pela qual a legitimidade e validade de um ordenamento deve estar sempre aberta ao discurso e desnuda da carga moral tradicional.

³⁶¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 168.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um dos expoentes principais do procedimentalismo é, sem dúvida, Habermas. A idéia central, que perpassa todo o paradigma procedimentalista, é a de que, em um contexto pós-convencional (ou pós-metafísico), marcado fulcralmente pela ruptura de valores, relatividade, crítica, enfraquecimento de suporte à religião, dessacralização em uma sociedade complexa, fragmentada e diversificada, o Direito e sobretudo a democracia, não podem se fiar em uma concepção substancial, que, desde o início, estabeleça resultados e postule uma materialidade irrecusável naturalista ou uma axiologia apriorística. Ao contrário, devem se ocupar de discussão pública, dos meios (e não dos fins), das formas dialógicas, do debate.

Segundo o próprio Habermas, sua teoria tem por espaço o mundo ocidental, mais especificamente o capitalismo avançado (Europa, Estados Unidos e Canadá). Isso porque sua teoria, centrada na razão comunicativa e na ética do discurso pressupõem uma coesão social em correspondência aos direitos fundamentais, que formas as condições indispensáveis do agir comunicativo. Sob este aspecto, Habermas fala para a Alemanha e não para o Brasil.

Para Habermas, a racionalidade comunicativa consiste em uma racionalidade inerente ao uso da linguagem quando voltada para a produção de um consenso entre seus membros, tornada visível na força que possui para assegurar horizontes de saberes, valores e expectativas comuns, a partir do qual os participantes na comunicação podem referir-se a algo no mundo objetivo e idêntico para todos.

Assim, Habermas desenvolve sua teoria centrado na ação comunicativa. A ação comunicativa consiste em um agir que se orienta para o entendimento. Os participantes envolvidos não se orientam diretamente pelo próprio sucesso; antes perseguem seus objetivos individuais, sob a condição de que seus planos de ação possam buscar a harmonia entre si. O conceito de ação comunicativa alude a um tipo de ação (social) mediada pela comunicação.

A linguagem é o meio de comunicação que serve ao entendimento, entretanto, os atores, ao se entenderem entre si com intuito de coordenar suas ações, perseguem, cada um, uma determinada meta. De modo que não se trata primariamente de atos de comunicação, mas de um tipo de interação coordenada mediante atos de fala. Dessa forma, a chave para a compreensão da teoria do agir comunicativo está na idéia de que a comunicação força a observar determinadas regras que garantem que as intenções dos falantes não se imponham sem “razões”. Trata-se de um agir “orientado para o entendimento” porque os planos de agir se baseiam em um acordo que não resulta de influências mas do reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade ligadas aos atos de fala.

Entretanto, essa verificação não impede o reconhecimento da dimensão universal de sua obra, pois a formulação da teoria do agir comunicativo, bem como a democracia discursiva e a ética do discurso, compreendem-se como aplicáveis, em tese, para toda a humanidade. A partir disso, Habermas refuta a filosofia do sujeito (filosofia do conhecimento), pois a declara esgotada. Sua proposta é a substituição da razão monológica pela razão dialógica, a saber, a superação da razão centrada no sujeito para a razão centrada no procedimento.

A teoria do agir comunicativo busca assimilar a tensão existente entre validade e facticidade. A primeira entendida como legitimidade ou como “força ligadora de convicções racionalmente motivadas”³⁶². Habermas informa que o Direito é o *medium* capaz de ultrapassar esta tensão, pois age como amortizador de instabilidades e integra os indivíduos.

Para Habermas, a legitimidade jurídica provém do assentimento ou consentimento dos cidadãos interligados através de trocas discursivas. Assim, a legitimidade é advinda do procedimento comunicativo. Nas palavras de Habermas, “o princípio da democracia destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito. Ele significa, com efeito, que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar

³⁶² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 45.

o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva”.³⁶³

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

D: São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais.³⁶⁴

Mister notar que o referido princípio apresenta natureza formal, pois indica um processo que deve garantir a imparcialidade do juízo. Note-se que a ética do discurso é pautada pela liberdade de comunicação. Os participantes têm o direito de dialogar, mas não o dever, podendo retirarem-se do espaço público.

Da concepção universalista de Habermas pode-se depreender: a) a universalidade substancial é relativa, pois o que hoje é tido como válido poderá amanhã, não sê-lo; b) a universalidade procedimental é absoluta e os pressupostos da teoria do agir comunicativo são requisitos inafastáveis pelo tempo e espaço.

O paradigma procedimentalista propõe o asseguramento de procedimentos de negociação, e visa proteger e tutelar as condições do procedimento democrático. No que diz respeito à jurisdição constitucional, Habermas defende uma Corte Constitucional ocupada, essencialmente, em garantir os procedimentos democráticos, pois sua função é proteger a democracia e assegurar os processos deliberativos.

Com a leitura dos capítulos anteriores pode-se perceber que são poucas as abordagens do Direito com tamanho apoio em categorias

³⁶³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 145.

³⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 142.

sociológicas, filosóficas e antropológicas, como as verificadas em Jürgen Habermas. Com a publicação de sua obra: *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade* (tomos I e II), uma série de abordagens sociológicas, políticas e filosóficas foram postas a serviço de uma teoria do Direito com escopo democratizante.

Na obra em comento, a célebre frase de que “não se pode ter nem manter um Estado de direito sem democracia radical” guia toda o estudo. Pretende explicitar os pressupostos normativos do Estado democrático de Direito, analisar sua formação e fundamentação e guiar a auto-correção desse Estado na concretização e efetivação de seus princípios.

O propósito da idéia procedimentalista de Direito é, sem dúvida, a tutela das condições de procedimento e processo democráticos. Isto torna possível, a partir do desenvolvimento de procedimentos discursivos pautados na livre opinião e vontade dos cidadãos, o desdobramento do processo legislativo, o qual se configura como garantidor do surgimento da legitimidade a partir da legalidade.

No presente trabalho buscou-se extrair algumas teses fundamentais habermasianas de forma a desenvolver alguns institutos delineados na obra *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Assim, foi possível analisar que os conceitos fundantes da teoria do discurso de Habermas, bem como os princípios (D) e (De) e a concepção de democracia levam Habermas a conferir legitimidade às normas jurídicas e assim, galgar sua teoria para a fundamentação do Direito.

Nos trabalhos anteriores à obra *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*, Habermas trata as questões jurídicas como permeadas por moralidade. Dessa forma, o Direito passaria a ser praticamente um acessório da Moral. A medida de legitimidade do Direito ou seu fundamento era obtido por meio da moralidade. Habermas defendeu, por algum tempo, esta premissa. Em síntese, existiria uma relação de dependência entre Direito e Moral, em que os problemas jurídicos encontrar-se-iam submetidos aos argumentos morais. Ao resolverem-se as questões morais, automaticamente, solver-se-iam os jurídicos.

A partir da publicação de *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*, Habermas muda sua concepção. Cabe, todavia, ao

Direito, aliviar o peso das decisões dos sujeitos individuais. Com o desenvolvimento da teoria discursiva do Direito, não há mais espaço para uma dependência do Direito à Moral; ambos originam-se concomitantemente. A ligação entre ambas as esferas expressa-se somente no procedimento.

A partir de então, o Direito passa a ser secularizado, e as questões jurídicas somente adquirem força cogente no momento em que passíveis de resistência ao procedimento democrático. Assim, o Direito obtém fundamentação e legitimidade quando estiver de acordo com a opinião e a vontade discursiva dos cidadãos. Por esta razão, a teoria discursiva do Direito criada por Habermas possui como ponto nodal os direitos humanos e a soberania popular.

Nesse ínterim, a medida de legitimidade conferida às normas jurídicas e ao ordenamento jurídico como um todo é definida pelo melhor argumento em que o Direito estabiliza a tensão imanente entre facticidade e validade. O Direito passa a ser vislumbrado como produto originado da vontade dos cidadãos e assim, garantidor da liberdade. Finalizando esse estudo, o tema não se esgota.

Este trabalho é, simplesmente, o primeiro passo. Espera-se contribuir para novas discussões e pareceres acerca da fundamentação e legitimidade do Direito sob o olhar da teoria discursiva do Direito desenvolvida por Jürgen Habermas. A pesquisa não finda neste momento. Deseja-se que ela se constitua em um estímulo para o prosseguimento de estudos, discussões e, principalmente, argumentações acerca da fundamentação do Direito e legitimidade do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

1. BIBLIOGRAFIA ESPECÍFICA:

HABERMAS, Jürgen. **Logique des sciences sociales et autres essais.** Traduction de Rainer Rochlitz. Paris: PUF, 1982. Título original: *Zur Logik der Sozialwissenschaften* .

_____. **Morale et communication:** conscience morale et activité communicationnelle. Traduction de Christian Bouchindhomme. Paris: Cerf, 1986. Título original: *Moralbewusstsein und Kommunikatives Handeln*.

_____. **Théorie de l'agir communicationnel.** Rationnalité de l'action et rationalisation de la société. Tome 1. Traduction de Jean-Marc Ferry. Paris: Fayard, 1987. Título original: *Theorie des kommunikativen Handelns*.

_____. **Consciência Moral e agir comunciativo.** Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, Biblioteca Tempo Universitário n. 84 – Série Estudos Alemães, 1989. Título original: *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*.

_____. **Faktizität und Geltung.** Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

_____. Recht und Moral (Tanner Lectures 1986). **Faktizität und Geltung.** Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

_____. **Teoría de la Acción Comunicativa: Complementos y estudios previos.** Tradução de Manuel Jiménez Redondo. 2a. Ed. Madrid: Cátedra, 1994. Título original: *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*.

_____. **Direito e Democracia.** Entre facticidade e validade. Vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Título original: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Recht und des demokratischen Rechtsstaats*.

_____. La reconciliation grace à l'usage public de la raison. Remarques sur le libéralisme de John Rawls. In: **Débat sur la justice politique.** Traduction de Catherine Audard et Rainer Rochlitz. Paris: CERF, 1997. Título original: *Politischer Liberalismus*.

_____. **The theory of communicative action.** The critique of functionalist reason. Volume two. Translated by Thomas McCarthy. UK: Oxford, 1998. Título original: *Theorie des kommunikativen Handelns. Band II.*

_____. **Teoría de la Acción Comunicativa I:** racionalidad de la acción y racionalización social. Tradução de Manuel Jiménez Redondo De Madrid: Taurus, 1999. Título original: *Theorie des kommunikativen Handelns. Band I.*

_____. **A inclusão do outro.** Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. Título original: *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur Politischen Theorie.*

_____. **Direito e Democracia.** Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Título original: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Recht und des demokratischen Rechtsstaats.*

_____. **Consciência moral e agir comunicativo.** Tradução de Guido A. De Almeida. 2a. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, Biblioteca Tempo Universitário-84, 2003. Título original: *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln.*

2. BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR:

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito.** Teorias da Argumentação Jurídica. Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. Tradução de Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Interpretação jurídica no marco do Estado Democrático de Direito: um estudo a partir do sistema de controle difuso de constitucionalidade no Brasil. In: **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3588>>. Acesso em: 11 set. 2008.

BARBACENA, Juliana Martins. J. Habermas e M. Weber: dois modelos de racionalidade jurídica. Revista **Urutágua** – revista acadêmica multidisciplinária. DCS/UEM no. 11 – dez./jan./fev./mar./2007 Paraná: Maringá. Disponível em: <<http://www.urutagua.uem.br/011/11barbacena.htm>>. Acesso em 7 de abril de 2009.

BOURDIEU, Pierre. **Choses dites.** Paris, Minuit, 1987.

BURKE, Peter J.; SERPE, Richard; THOITS, Peggy A. **Advances in Identity Theory and Research**. Published by Springer, 2003.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**. Uma abordagem garantista. 2. Ed. Atual. e Ampl. Campinas: Millennium, 2007

CRAIN, W. C. **Theories of Development**. NY: Prentice-Hall, 1985.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; e BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhman**. Tradución de Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos, Javier Torres Nafarrate, Barcelona/México, Anthropos/U. Ibero, 1996.

DORNELLES, Simone Bochi; DELLAGNELO, Eloise Helena Livramento. Autogestão e racionalidade substantiva. Disponível em: <<http://anpad.org.br/enanpad/2003/dwn/enanpad2003-teo-0972.pdf>>. Acesso em 13 de agosto de 2008.

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

ENGELSTAD, Fredrik; ØSTERUD, Øyuind. **Power and Democracy: Critical Interventions**. Ashgale Publishing, LTD, 2004.

FELDHAUS, Charles. Resenha do livro: Jürgen Habermas, de Alessandro Pinzani. München: C. H. Beck Verlag, 2007. Publicado na **Revista ethic@** - Florianópolis v. 7, n. 1 p. 109 – junho 2008, p. 111.

FERREIRA, Fernando Galvao de Andreia. O discurso jurídico como discurso prático: aspectos do debate entre Robert Alexy e Jürgen Habermas. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VII, n. 9, dezembro de 2006.

FIEDLER, Regina Célia do Prado. A Teoria da ação Comunicativa de Habermas e uma nova proposta de desenvolvimento e emancipação do humano. **Revista Brasileira de Educação**, v. 1, p. 93-100, 2006.

GUAZZELLI, Iara. A especificidade do fato moral em Habermas. O uso moral da razão prática. Disponível em <http://www.sedes.org.br/Centros/Filosofia/fato_moral_em_habermas.htm>. Acesso em 20/01/2009.

GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade**: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas. Tradução de Magda França Lopes. São Paulo: Ed. Unesp, 1994.

HECK, José H. Habermas e Rousseau: uma relação difícil. **Intuitio**. Porto Alegre, V.1, no. 2, novembro de 2008.

HERMANN, Nadja. **Pluralidade e ética em educação**. Rio de Janeiro: DP&A,

2001.

HERRERO, Francisco Xavier. Racionalidade comunicativa e modernidade. **Síntese Nova Fase** n. 37, Belo Horizonte, 1986.

HUISMAN, Denis. **Dicionário dos Filósofos**. Tradução de Claudia Berlinder; Eduardo Brandão; Ivone Castilho Benedetti; Maria Ermantina Galvão São Paulo: Martins Fontes, 2001.

JESUS, Rodrigo Marcos de. A ética do discurso no contexto poético. Disponível em:
<http://www.belo poetico.com/anteriores/palestrantes/downloads/3_edicao_belo_poetico.pdf>. Acesso em 13 de agosto de 2008.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Tradução: Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

LIMA, Fernando Roque de. Turismo, inovações e desarticulação das atividades tradicionais. In: **Scripta Nova** – Revista electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona, no. 69 (59), 1 de agosto de 2000.

MARQUES, Ramiro. O Ensino dos Valores em Kohlberg. ESE do Instituto Politécnico de Santarém. Disponível em:
<<http://www.eses.pt/usr/ramiro/Kohlberg.htm>> Acesso em 15 de junho de 2009.

MARSH, James L. **Unjust Legality**. A critique of Habermas's philosophy of law. Maryland: Rowman & Littlefield Publishes, INC, 2001.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Hermenêutica principiológica e ponderação de direitos fundamentais: os princípios podem ser equiparados diretamente a valores?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1453, 24 jun. 2007. Disponível em:
<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9952>>. Acesso em: 11 ago. 2008.

MARTINS, Clélia Aparecida. A teoria do discurso na filosofia do direito de Habermas. In: PINZANI, Alessandro, DUTRA, Delamar José Volpato.(Organizadores). **Habermas em discussão**: Anais do Colóquio Habermas. Florianópolis: NEFIPO, 2005.

MELKEVIK, Bjarne. **Horizons de la philosophie du droit**. Québec: Publié par Presses Université Laval, 1998.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos/Fortlivros, 1999.

MOTA, Marcel Moraes. Afirmação da inafastabilidade do todo . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1852, 27 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11525>>. Acesso em: 25 mar. 2009.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **Moralidade e Jurisdição**: A compreensão procedimentalista do direito em Jürgen Habermas. Orientação de Dr. Sérgio Cademartori. 2006. Tese (Doutorado em Direito) -Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, 2006.

OLIVEIRA, Vítor João. Jürgen Habermas. Três modelos normativos de democracia (parte II). Disponível em: <<http://qualia-esob.blogspot.com/2008/03/trs-modelos-normativos-de-democracia-ii.html>>. Acesso em 18 de setembro de 2008.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética e racionalidade moderna**. São Paulo: Loyola, 1993. Col. Filosofia 28.

_____. **Reviravolta Lingüístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2006.

PRAZERES, Gustavo Cunha. Teoria da Legislação no Pensamento de Habermas. Disponível em: <<http://www.diritto.it/archivio/1/25375.pdf>>. Acesso em: 24 de março de 2009.

PINZANI, Alessandro, DUTRA, Delamar José Volpato.(Organizadores). **Habermas em discussão**: Anais do Colóquio Habermas. Florianópolis: NEFIPO, 2005

REGH, William. **Insight and Solidarity**: a study in the discourse ethics of Jurgen Habermas. Berkeley: UCP, 1994.

REPA, Luiz. A categoria do Direito no quadro da teoria da Ação Comunicativa. **Prisma Jurídico**. v. 5. São Paulo, 2006, p. 185-204.

REPOLÊS, María Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

RITZER, George. **Sociological Theory**, 4th edition. New York: McGraw-Hill, 1996, p. 549. Disponível em: <http://uregina.ca/~gingrich/m1600.htm>. Acesso em 10 de agosto de 2008.

ROUANET, Sérgio Paulo. **Mal-estar na modernidade**: Ensaios. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SAAVEDRA, Modesto. **La Libertad de expresión en el Estado de Derecho.** Entre Utopía y realidad. Barcelona: Ariel, 1987.

SCHNEIDER, Cornelia. The Constitutional Protection of Rights in Dworkin's and Habermas' Theories of Democracy. *UCL Jurisprudence Review*, 2000, p. 111. Disponível em: <http://www.ucl.ac.uk/laws/jurisprudence/jurisprudence-review/content/jr_sneider_2000.pdf>. Acesso em 2 de outubro de 2008.

SERRANO, Enrique. **Legitimación y racionalización.** Weber y Habermas: la dimensión normativa de un orden secularizado. Barcelona: Anthropos, 1994.

SIEBENEICHLER, Flávio Beno. O direito entre comunicação e automanutenção: J. Habermas e N. Luhmann. In: PINZANI, Alessandro, DUTRA, Delamar José Volpato.(Organizadores). **Habermas em discussão:** Anais do Colóquio Habermas. Florianópolis: NEFIPO, 2005.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e Racionalidade Comunicativa** – A Teoria Dicursiva do Direito no Pensamento de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2007.

SOARES, Marcos Cáprio Fonseca. Direito Privado e Racionalidade: um novo paradigma. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 51, 31/03/2008 [Internet]. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2452>. Acesso em 08/04/2009.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. Reflexões sobre o jusnaturalismo: o direito natural como direito justo. Disponível em: <http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_abril2007/docente/doc1.doc>. Acesso em 11 de setembro de 2008.

TONETTO, Milene Consenso. A fundamentação absoluta e relativa dos direitos em Habermas. In: PINZANI, Alessandro, DUTRA, Delamar José Volpato.(Organizadores). **Habermas em discussão:** Anais do Colóquio Habermas. Florianópolis: NEFIPO, 2005.

VELASCO, Marina. **Ética do Discurso:** Apel ou Habermas? Rio de Janeiro: FAPERJ: Mauad, 2001.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WEBER, Max. **Economia e sociedade:** fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Vol. I. Brasília: UnB, 1991.

GLOSSÁRIO

Ação

Ação ou ações “são aquelas manifestações simbólicas em que o ator [...] entra em relação ao menos com um mundo (mas sempre *también* com o mundo objetivo). Distingo dela os *movimientos corporais* e as *operaciones* que se *co-realizam* com as ações e que somente *secundariamente* podem chegar a adquirir a autonomia que caracteriza as ações, a saber: por *inclusão* em um *jogo* ou na *aprendizagem*”.³⁶⁵

Ação comunicativa

“A ação comunicativa consiste em um agir que se orienta para o entendimento. Os participantes envolvidos não se orientam diretamente pelo próprio sucesso; antes perseguem seus objetivos individuais, sob a condição de que seus planos de ação possam buscar a harmonia entre si”. O conceito de ação comunicativa alude a um tipo de ação (social) mediada pela comunicação. A linguagem é o meio de comunicação que serve ao entendimento, entretanto, os atores, ao se entenderem entre si com intuito de coordenar suas ações, perseguem, cada um, uma determinada meta. De modo que não se trata primariamente de atos de comunicação, mas de um tipo de interação coordenada mediante atos de fala. Dessa forma, a chave para a compreensão da teoria do agir comunicativo está na idéia de que a comunicação força a observar determinadas regras que garantem que as intenções dos falantes não se imponham sem “razões”. Trata-se de um agir “orientado para o entendimento” porque os planos de agir se baseiam em um

³⁶⁵ Original: “Llamo acciones sólo a aquellas manifestaciones simbólicas en que el actor [...] entra en relación al menos con un mundo (pero siempre *también* con el mundo objetivo). Distingo de ella los *movimientos corporales* y las *operaciones* que se *co-realizan* en las acciones y que sólo *secundariamente* pueden llegar a adquirir la autonomía que caracteriza a las acciones, a saber: por *inclusión* en un *juego* o en un *aprendizaje*”. HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa I: racionalidad de la acción y racionalización social**. Tradução de Manuel Jiménez Redondo De Madrid: Taurus, 1999. p. 139.

acordo que não resulta de influências mas do reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade ligadas aos atos de fala.³⁶⁶

Argumentação

“Chamo *argumentação* um tipo de fala em que os participantes tematizam as pretensões de validade duvidosas e tratam de aceitá-las ou recusá-las através de argumentos. Uma *argumentação* contém razões que estão conectadas de forma sistemática com a *pretensão de validade* da manifestação ou emissão problematizadas. A força de uma argumentação é medida através do contexto fornecido pela pertinência das razões. [...] A lógica da argumentação requer um marco conceitual que permita dar razão ao fenômeno da peculiar coação sem coações que caracteriza o melhor argumento”.³⁶⁷ Para complementar, “Chamamos argumentação o tipo de discurso em que as partes envolvidas tematizam pretensões de validade que são objeto de litígios, e tentam aceitá-lo ou rejeitá-lo através de argumentos. Um argumento contém razões que relaciona sistematicamente a pretensão à validade de expressão problemáticas. De um argumento mede-se, num contexto dado, à justificação das razões; esta justificação mostra-se, designadamente, na capacidade de determinada expressão de convencer os participantes de uma discussão, ou seja fundamentar a admissão de uma pretensão à validade”.³⁶⁸

³⁶⁶ VELASCO, Marina. **Ética do Discurso: Apel ou Habermas?** Rio de Janeiro: FAPERJ: Mauad, 2001. p. 81; 83.

³⁶⁷ Original: “Llamo *argumentación* al tipo de habla en que los participantes tematizan las pretensiones de validez que se han vuelto dudosas y tratan de desempeñarlas o de recusarlas por medio de argumentos. Una *argumentación* contiene razones que están conectadas de forma sistemática con la *pretension de validez* de la manifestación o emisión problematizadas. La fuerza de una argumentación se mide en un contexto dado por la pertinencia de las razones. [...] La lógica de la argumentación requiere un marco conceptual que permita dar razón del fenómeno de la peculiar coacción sin coacciones que caracteriza al mayor argumento”. HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa I: racionalidad de la acción y racionalización social.** Tradução de Manuel Jiménez Redondo De Madrid: Taurus, 1999. p. 37-51.

³⁶⁸ Original: “Nous appelons argumentations le type de discours où le parties prenantes thématisent des prétentions à la validité qui font l’objet de litiges, et tentent de les admettre ou de les critiquer au moyen d’arguments. Un argument contient des raisons qui sont systématiquement reliées à la prétention à la validité d’expression problématiques. La <<force>> d’un argument se mesure, dans un contexte donné, au bien-fondé des raisons; ce bien-fondé se montre, entre autres, dans la capacité d’une expression à convaincre les participants d’une discussion, c’est-à-dire à motiver l’admission d’une prétention à la validité”. HABERMAS, Jürgen. **Théorie de l’agir communicationnel.** Rationnalité de l’action et rationalisation de la société. Traduction de Jean-Marc Ferry. Paris: Fayard, 1987, tome 1, p. 34.

Atingido

“Para mim, ‘atingido’ é todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis conseqüências provocadas pela regulamentação de uma prática geral através de normas”.³⁶⁹

Ato locucionário, ilocucionário e perlocutório

Essas expressões referem-se ao termo cunhado pelo linguista inglês John Austin (1911- 1960). Evidentemente, Austin considerava a análise da língua comum ponto de partida da reflexão filosófica, mas não se deve concluir que, em seu modo de ver, a linguagem ordinária seja sacrossanta ou intocável. Embora lhe conceda a primeira palavra, não lhe fornece a última e não abomina neologismos. Aliás, até forjou alguns que já são de reconhecimento público. Os exemplos mais característicos são o par “performativo-constativo” e o trio “ato locutório, ilocutório e perlocutório”. Esses termos designam conceitos da teoria da enunciação por ele criada em *How to Do Things With Words*. Austin percebeu que dizer “prometo” não é descrever uma promessa, mas fazê-la, enquanto dizer “ando” é descrever uma ação por meio de um enunciado que pode ser verdadeiro ou falso. O enunciado constativo descreve e representa, ao passo que o enunciado performativo transforma o real. Transformar é agir. Os performativos são ações que produzem efeitos, não em razão de nexos causais, mas principalmente por convenções sociais. Se o prefeito, nas circunstâncias previstas em lei, pronuncia a frase “Batizo essa rua com o nome de X...”, a rua passará a ter o nome X... o enunciado performativo só é compreendido sobre o pano de fundo de convenções jurídicas ou sociais. Os verbos performativos (batizar, legar, apostar, ordenar etc.) supõem a existência da instituição da aposta, do legado etc., e mais particularmente, de um procedimento. Ora, todos os enunciados têm um modo. Assim, se for dito que o modo – ou o tom de voz – desempenha o mesmo papel que um performativo explícito, concluir-se-á que todos os enunciados são

³⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 142.

performativos, até mesmo, por exemplo, o enunciado “a terra é redonda”, pronunciado em tom peremptório, pois esse enunciado é pragmaticamente sinônimo do enunciado “Afirmo que a terra é redonda”. Se de certo modo os enunciados são performativos, não é mais possível empregar “performativo” e “constatativo” para designar duas classes mutuamente excludentes de verbos, a menos que se admita que a segunda classe é vazia. Foi por isso que Austin substituiu a dicotomia “performativo/constatativo” pela tricotomia “atos locutórios, ilocutórios e perlocutórios”. A novidade centra-se no fato de que esses três atos podem coexistir como as três facetas de um mesmo ato de discurso. O oficial instrutor que diz ao recruta imprudente “A granada vai explodir” está criando um enunciado que, por seu sentido *lexical*, é um ato locutório de afirmação e de previsão, mas, em virtude das convenções sociojurídicas, esse mesmo ato tem força ilocutória de advertência. Por fim, pode ter o efeito perlocutório de alarmar. A distinção entre ilocutório e perlocutório é simples: o primeiro ato é de natureza convencional; o segundo é de natureza causal. Se previno alguém do perigo, terei advertido, mesmo que não tenha conseguido alarmá-lo psicologicamente. “A distinção, em um primeiro momento, entre locutório e ilocutório revela-se preciosa. Se digo: ‘Vocês vão me trazer o dicionário amanhã, por favor’, trata-se de um ato locucionário de afirmação de uma oração condicional, entretanto, este ato é um ato ilocucionário de solicitação”.³⁷⁰

Cidadão

“Em primeiro lugar, diferenciam-se as *concepções de cidadão*. Segundo a concepção liberal, o *status* dos cidadãos define-se pelos direitos subjetivos de que dispõem diante do Estado e dos demais cidadãos. Como portadores de direitos subjetivos, os cidadãos contam com a defesa do Estado desde que defendam os seus próprios interesses nos limites impostos pelas leis - e isso se refere igualmente à defesa contra as intervenções do Estado que excedam as exceções previstas na lei. Os direitos subjetivos são direitos negativos que garantem um âmbito de escolha dentro do qual os cidadãos estão livres de

³⁷⁰ HUISMAN, Denis. **Dicionário dos Filósofos**. Tradução de Claudia Berlinder; Eduardo Brandão; Ivone Castilho Benedetti; Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 72-75.

coações externas. Os direitos políticos têm a mesma estrutura. Eles oferecem aos cidadãos a possibilidade de fazer valer os seus interesses particulares, ao permitir que possam ser agregados a outros interesses privados (por meio de eleições, da composição do parlamento e do governo) até que se forme uma vontade política capaz de exercer uma efetiva influência sobre a administração. Dessa maneira, os cidadãos, como membros do Estado, podem controlar em que medida o poder do Estado se exerce no interesse deles próprios como pessoas privadas. De acordo com a concepção republicana, o *status* de cidadão não é definido por esse critério de liberdades negativas das quais só se pode fazer uso como pessoa privada. Os direitos de cidadania, direitos de participação e de comunicação política, são melhor entendidos como liberdades positivas. Eles não protegem a liberdade de coações externas, mas a participação numa prática comum, cujo exercício é o que permite aos cidadãos transformar-se no que querem ser – sujeitos políticos responsáveis de uma comunidade de pessoas livres e iguais. Nessa medida, o processo político não serve somente para o controle da atividade do Estado por cidadãos que, no exercício dos seus direitos privados e das suas liberdades pré-políticas, alcançaram uma autonomia que já pré-existe. Também não cumpre uma função de articulação entre o Estado e a sociedade, já que o poder do estado democrático não é sob hipótese alguma uma força originária. Na realidade, esse poder provém do poder gerado comunicativamente na prática da autodeterminação dos cidadãos e legitima-se na medida em que protege essa prática por meio da institucionalização da liberdade pública. A justificação da existência do Estado não se encontra primariamente na proteção dos direitos subjetivos privados iguais, mas na garantia de um processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, em que cidadãos livres e iguais se entendem sobre quais os fins e as normas que possam corresponder ao interesse comum de todos. Com isso, exige-se do cidadão republicano mais do que a orientação segundo os seus respectivos interesses privados”.³⁷¹

³⁷¹ OLIVEIRA, Vítor João. Jürgen Habermas. Três modelos normativos de democracia (parte II). Disponível em: <<http://qualia-esob.blogspot.com/2008/03/trs-modelos-normativos-de-democracia-ii.html>>. Acesso em 18 de setembro de 2008.

Comunidade ideal de fala

“A comunidade ideal de fala pressupõe como a estrutura de comunicação que, além de excluir distorções, garante a livre passagem entre ação e discurso e, dentro do discurso, o livre trânsito entre os distintos níveis de discurso”.³⁷²

Condições ideais de comunicação

“1) Forma de comunicação emancipada da experiência e despreocupada do agir; 2) Não existirá restrição alguma de participantes, temas e contribuições; 3) Toda pretensão de validade pode e deve ser problematizada e submetida ao contraste; 4) Não se permitirá nenhuma coação que não seja a do melhor argumento e assim está excluído todo outro motivo que não seja a busca cooperativa da verdade. 5) Reconhecimento dos demais como pessoas com igualdade de direitos; 6) Levar em consideração todos os membros virtuais, mas somente poderá argumentar-se pelo critério da universalidade de interesses”.³⁷³

Democracia

“Para Habermas, o sentido de democracia radical é muito mais limitado; a saber, as temáticas no âmbito privado apreciam liberdades iguais e exercitam sua autonomia política, vislumbram interesses e padrões justificados e concordam acerca de aspectos relevantes sob os quais iguais devem ser tratados de forma

³⁷² PIZZI, Jovino. Os ajustes de Habermas aos pressupostos ideais do entendimento lingüístico: um (re)estudo do nível 6 do desenvolvimento moral. In: PINZANI, Alessandro, DUTRA, Delamar José Volpato.(Organizadores). **Habermas em discussão**: Anais do Colóquio Habermas. Florianópolis: NEFIPO, 2005. p. 21.

³⁷³ Original: “1) Forma de comunicación emancipada de la experiencia y despreocupada del actuar. 2) No habrá limitación alguna respecto de participantes, temas y contribuciones. 3) Toda pretension de validez puede y debe ser problematizada y sometida a contrastación. 4) No se ejercerá coacion alguna, como no sea la del mejor argumento, por consiguiente, queda excluido todo otro motivo que no consista en la búsqueda cooperativa de la verdad. 5) Reconocimiento de los demás como personas con igualdad de derechos. 6) Tener en cuenta a todos los miembros virtuales, por lo que sólo podrá argumentarse en función del criterio de universalidad de los intereses”. SAAVEDRA, Modesto. **La Libertad de expresión en el Estado de Derecho**. Entre Utopía y realidad. Barcelona: Ariel, 1987, p. 194.

igual e diferentes de forma diferente”.³⁷⁴ “Habermas define democracia como uma comunidade de comunicação e reconhecimento em que inserem-se na ação comunicativa – ou seja, diálogo e formação de opinião, no âmbito de um espaço público político que permanece fragmentado em unidades nacionais”.³⁷⁵ “A idéia de democracia, apoiada no conceito do discurso, parte da imagem de uma sociedade descentrada a qual constitui – ao lado da esfera pública – uma arena para a percepção, a identificação e o tratamento de problemas de toda a sociedade”.³⁷⁶ Além disso, é mister ressaltar que “O princípio da democracia destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito. Ele significa, com efeito, que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva. O princípio da democracia explica, noutros termos, o sentido performativo da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente. Por isso, o princípio da democracia não se encontra no mesmo nível que o princípio moral”.³⁷⁷ “Para Habermas, a justificação para a democracia é evidente na estrutura da linguagem comum. A condição prévia intersubjetiva do discurso revela o potencial de liberação da razão, do discurso racional e da comunicação pública. Este compromisso teórico à racionalidade comunicativa de uma comunicação intersubjetiva permite que Habermas discuta os rompimentos da democracia sob uma economia política capitalista que podem ser reformados estendendo e

³⁷⁴ Original: “Habermas’ sense of radical democracy is much more limited; namely, that private subjects enjoying equal liberties and exercising their political autonomy in common achieve clarity about justified interests and standards and agree about the relevant aspects under which equals should be treated equally and unequals unequally”. MARSH, James L. **Unjust Legality**. A critique of Habermas’s philosophy of law. Maryland: Rowman & Littlefield Publishes, INC, 2001, p. 17.

³⁷⁵ Original: “Habermas defines democracy as a communication community and acknowledges that such communities grounded in communicative action - that is, dialogue and opinion formation within the framework of a political public space remain fragmented into national units.” ENGELSTAD, Fredrik; ØSTERUD, Øyuind. **Power and Democracy**: Critical Interventions. Ashgale Publishing, LTD, 2004, p. 173.

³⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 24.

³⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 145.

aprofundando práticas democráticas discursivas”.³⁷⁸ “A concepção de Jürgen Habermas da democracia é fundada no ideal abstrato de ‘uma comunidade de livres e iguais cidadãos’, co-ordenando os casos coletivos sob uma razão comum. Habermas encontra a base da democracia em geral na pós-metafísica teoria da razão humana, representada na teoria da ação comunicativa. Habermas denomina sua teoria de ‘pós-metafísica’ porque adapta o princípio metafísico kantiano de razão universal que, ele reivindica, pode não ser defendido em seu formulário original por causa das condições sociais e ideológicas de pluralismo”.³⁷⁹ Em outras palavras, “[...] por democracia radical, nessa concepção que deita as suas raízes intelectuais e políticas no republicanismo democrático, na esteira da Revolução Francesa, deve-se entender aquela que garante, institucionalmente, os procedimentos que permitam ao povo, em um retorno a Rousseau, criar o seu próprio direito. [...] Por democracia deliberativa não se deve entender, segundo Habermas, um campo alternativo de constituição de poder, ou um circuito alternativo, como em Garapon, de criação de um direito pluralista, mas um lugar de influência, de onde, a partir das associações voluntárias e das redes de organização espontânea delas originárias, se produzem e se disseminam convicções práticas. [...] Dificuldades semelhantes derivariam dos partidos políticos, peças-chave na articulação da democracia deliberativa (formação da opinião) com a democracia representativa (formação da vontade), que não apresentariam oportunidades iguais de vocalização dos

³⁷⁸ Original: “For Habermas, the foundational justification for democracy is evident in the very structure of ordinary language. The intersubjective prerequisite of the speech act reveals the liberating potential of reason, rational discourse and public communication. This theoretical commitment to the communicative rationality of intersubjective communication allows Habermas to argue that the disruptions of democracy under a capitalist political economy can be resisted and reformed by extending and deepening discursive democratic practices”. BURKE, Peter J.; SERPE, Richard; THOITS, Peggy A. **Advances in Identity Theory and Research**. Published by Springer, 2003, p. 61.

³⁷⁹ Original: “Jürgen Habermas’ conception of democracy is founded on the abstract ideal of ‘a self-organising community of free and equal citizens’, co-ordinating their collective affairs through their common reason. In brief, Habermas finds the basis of democracy in a general, ‘post-metaphysical’ theory of human reason, which he presents in the theory of communicative action. Habermas calls his theory ‘post-metaphysical’ because it adapts the Kantian metaphysical principle of universal reason which, he claims, can no longer be defended in its original form because of ‘conditions of social and ideological pluralism’”. SCHNEIDER, Cornelia. **The Constitutional Protection of Rights in Dworkin’s and Habermas’ Theories of Democracy**. UCL Jurisprudence Review, 2000, p. 111. Disponível em: <http://www.ucl.ac.uk/laws/jurisprudence/jurisprudence-review/content/jr_sneider_2000.pdf> Acesso em 2 de outubro de 2008.

diferentes grupos sociais”.³⁸⁰

Direito

“Por ‘direito’ eu entendo o moderno sistema normatizado, que se apresenta com a pretensão à fundamentação sistemática, à interpretação obrigatória e à imposição. O direito não representa apenas uma forma do saber cultural, como a moral, pois forma, simultaneamente, um componente importante do sistema de instituições sociais. O direito é um sistema de saber e, ao mesmo tempo, um sistema de ação. Ele tanto pode ser entendido como um texto de proposições e de interpretações normativas, ou como uma instituição, ou seja, como um complexo de reguladores da ação. E, dado que motivos e orientações axiológicas encontram-se interligados no direito interpretado como sistema de ação, as proposições do direito adquirem uma eficácia direta para a ação, o que não acontece nos juízos morais”.³⁸¹

Direitos humanos

“Os direitos humanos, segundo sua estrutura, pertencem a uma ordem do direito positivo e coercitivo que fundamenta reivindicações jurídicas subjetivas que se podem reclamar em juízo. Em tal medida, é inerente ao sentido dos direitos humanos o fato de exigirem para si o *status* de direitos fundamentais cuja observância se deve assegurar no âmbito de uma ordem jurídica subsistente, seja ela nacional, internacional ou global”.³⁸² Em contrapartida, “[...] quando pretendemos falar do direito apenas no sentido de direito positivo, temos que fazer uma distinção entre direitos *humanos* enquanto normas de ação justificadas moralmente e *direitos* humanos enquanto normas constitucionais positivamente válidas. O *status* de tais direitos fundamentais não é o mesmo que o das normas morais – que possivelmente têm o mesmo significado. Na norma de direitos constitucionais normatizados e de reclamações, eles encontram abrigo no campo

³⁸⁰ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 30-33.

³⁸¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 110-111.

³⁸² HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 225.

de validade de determinada comunidade política. Todavia, esse *status* não contradiz o sentido universalista dos direitos e liberdade clássicos, que incluem todas as pessoas em geral e não somente todos os que pertencem a um Estado. Enquanto direitos fundamentais, eles se estendem a todas as pessoas, na medida em que detêm o campo de validade da ordem do direito: nesta medida, todos gozam da proteção da constituição”.³⁸³

Discurso

Habermas compreende por “discurso” uma “comunicação emancipada da experiência e despreocupada com o agir, não submetida a limitação alguma de participações, temas e contribuições convenientes para contrastar as pretensões de validade, na qual não se inclui outro motivo do que aquele da busca cooperativa da verdade”.³⁸⁴ Mister complementar que “Na interação ordinária, as pretensões de validade que se ligam a cada ato de fala são aceitas de modo mais ou menos ingênuo. Mas essas pretensões podem ser também problematizadas, e quando o que se problematiza são as pretensões de verdade ou de correção, ocorre a passagem da ação (a ação comunicativa) para o que Habermas chama de discurso. Isso quer dizer que o falante tem de dar razões para fundamentar que suas asserções sejam verdadeiras (discurso teórico) ou que uma determinada ação ou norma de ação seja correta (discurso prático). [...] Habermas não considera a argumentação, o discurso, como uma série de proposições, e sim como uma série de atos de fala; a argumentação não é (ou não é apenas) um encadeamento de proposições, é também um tipo de interação, de comunicação. [...] o discurso é essa forma ‘peculiarmente improvável’ de comunicação, em que todos os participantes se submetem à ‘coação não-coativa do melhor argumento’, com a finalidade de se chegar a um acordo sobre a validade ou não validade das pretensões problemáticas. [...] Nesse sentido, o discurso é, como diz Habermas, ‘a condição do incondicionado’. Resumindo, o discurso, a argumentação, remete a uma situação ideal de fala ou de diálogo [...]. A verdade das proposições ou a correção das normas depende,

³⁸³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 316-317, posfácio.

³⁸⁴ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**. Uma abordagem garantista. 2. Ed. Atual. e Ampl. Campinas: Millennium, 2007, p. 158.

em última instância, de que se possa alcançar um consenso numa situação de total liberdade e simetria entre todos os participantes do discurso”.³⁸⁵

Discurso de aplicação

Correlato aos discursos de justificação, Günther também faz a distinção entre discursos de aplicação. O discurso de aplicação é proposto como forma de complementar a norma válida com considerações sobre os efeitos colaterais não antecipados ou desconsiderados no discurso de justificação, porque somente diante da singularidade do caso é que se pode, e ainda assim com reservas, determinar todos os possíveis efeitos de uma norma. Uma norma válida descreve os fatos a partir de condições iguais e previsíveis. Esta noção, no entanto, não garante sua aplicação sob quaisquer circunstâncias. Assim, a situação de aplicação, antecipada pela norma válida em condições normais, deve ser suplementada por uma completa descrição da situação que considere também as circunstâncias variáveis não antecipadas pela descrição normativa. O discurso de aplicação parte da existência de normas válidas e aplicáveis *prima facie* que deverão ser adequadas a um determinado caso. Uma norma aplicável *prima facie* é aquela cuja aplicação não deve ser determinada, exclusivamente, pela identidade semântica entre os fatos hipoteticamente descritos na disposição normativa e aqueles utilizados na descrição do caso concreto e singular. É também necessário considerar os fatos não previstos. No discurso de justificação, a imparcialidade existe quando se considera de todos os interesses envolvidos. No discurso de aplicação, por sua vez, a imparcialidade é assegurada pela consideração de todos os fatos relevantes do caso.³⁸⁶

³⁸⁵ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica. Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. Tradução de Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002. p. 237-239.

³⁸⁶ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Hermenêutica principiológica e ponderação de direitos fundamentais: os princípios podem ser equiparados diretamente a valores?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1453, 24 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9952>>. Acesso em: 11 ago. 2008.

Discurso de justificação

Os discursos de justificação (termo cunhado por Klaus Günther) se referem à validade abstrata e descontextualizada na qual os participantes examinam casos típicos para refletir se, hipoteticamente, esses encontrariam assentimento de todos os afetados. As normas daí derivadas só podem se aplicar fora de contextos e circunstâncias concretos, dentro das situações *standard* consideradas de antemão, sob a fórmula condicional “se”. Nos discursos de justificação não é possível levar em consideração todos os possíveis casos que no futuro podem vir a surgir.³⁸⁷ Em outras palavras, o discurso de justificação diz respeito à elaboração de normas válidas, pautadas pelo princípio universalista (U), o qual busca levar em conta os interesses de todos os possíveis afetados pela norma em discussão. Este tipo de discurso tem lugar, especialmente, no momento de justificação de uma norma moral. Ocorre que o discurso de justificação assim concebido possui sua legitimidade derivada do imperativo de se considerar *todos os interesses* dos afetados pela norma em discussão.³⁸⁸

Discurso racional

“[...] ‘discurso racional’ é *toda* a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas na medida em que ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias. Indiretamente a expressão refere-se também a negociações, na medida em que estas são reguladas através de procedimentos fundamentados discursivamente”.³⁸⁹ “Discurso racional pode ser concebido como um procedimento formal que permite testar, de forma rigorosa, as pretensões de correção normativa e verdade. As “regras” do discurso racional não podem ser compreendidas como no sentido de mandamentos morais que devem ser

³⁸⁷ REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 100.

³⁸⁸ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Hermenêutica principiológica e ponderação de direitos fundamentais: os princípios podem ser equiparados diretamente a valores?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1453, 24 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9952>>. Acesso em: 11 ago. 2008.

³⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 142.

cumpridos para que a fala concreta aproxime-se de um modelo ideal, elas não possuem sentido moral, apenas pragmático-formal. São regras porque explicitam uma intuição que falantes, através da comunicação linguística têm que pressupor, a de uma argumentação acerca das pretensões de validade controversas deve permitir juízos de “sim” ou “não” que transcendem os contextos concretos de surgimento, e que são apoiados nas informações e argumentos relevantes”.³⁹⁰

Dupla moral racional

“(U): uma norma é alcançada na base de boas razões, e um consenso racional é atingido, se e somente se (a) cada um dos afetados pode convencer todos, em termos que eles consideram adequados para a percepção de seus próprios interesses e dos demais, de que as limitações e impactos resultantes da observância geral da norma são aceitáveis para todos; e (b) cada um pode ser convencido por todos, em termos que eles consideram adequados, de que as limitações e impactos resultantes da observância geral da norma são aceitáveis para todos”.³⁹¹

Espaço público ou esfera pública.

“Habermas entende por esfera ou espaço público autônomo, espaços existentes no mundo da vida social no qual assuntos de interesse geral podem ser discutidos em que diferenças de opinião podem ser resolvidas através de argumentos racionais, sem recursos a dogmas estabelecidos por costumes ou tradições”.³⁹²

“O espaço público exprime a quinta-essência da formação discursiva da vontade que assegura uma troca cada vez mais ampla de argumentos e razões que pode,

³⁹⁰ OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **Moralidade e Jurisdição**: A compreensão procedimentalista do direito em Jürgen Habermas. Orientação de Dr. Sérgio Cademartori. 2006. Tese (Doutorado em Direito) -Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, 2006. p. 52-59.

³⁹¹ Original: “(U) A norm is reached on the basis of good reasons, and a rational consensus thereby attained, if and only if (a) each those affected can convince the others, in terms they hold appropriate for he perception of both their own and others interests, that the constraints and impacts of a norm’s general observance are acceptable for all; and (b) each can be convinced by all, in terms she or he considers appropriate, that the constraints and impacts of a norm’s general observance are acceptable for all”. REGH, William. **Insight and Solidarity**: a study in the discourse ethics of Jurgen Habermas. Berkeley: UCP, 1994. p. 75.

³⁹² TONETTO, Milene Consenso. A fundamentação absoluta e relativa dos direitos em Habermas. In: PINZANI, Alessandro, DUTRA, Delamar José Volpato.(Organizadores). **Habermas em discussão**: Anais do Colóquio Habermas. Florianópolis: NEFIPO, 2005. p. 126.

concomitantemente, iluminar os indivíduos e contribuir para a formação de uma vontade coletiva. Os limites do espaço público correspondem aos limites da democracia”.³⁹³

Estado democrático de Direito

“O Estado Democrático de Direito representa um processo de construção de uma sociedade livre, autônoma e emancipada. Projeto este que só sobrevive e se atualiza ação cultural críticas, vigilante e criativa da sociedade civil. O paradigma procedimentalista reconhece o processo democrático de manifestação da soberania do povo, como a fonte do poder comunicativo que fornece, em última análise, validade e legitimidade ao direito. Tal situação representa a contínua relação de tensão entre as dimensões da positividade ou vigência formal (facticidade) e validade material do direito (legitimidade). Numa sociedade democrática, somente o público de cidadãos pode validar crítica e discursivamente as normas jurídicas, emprestando, assim, legitimidade às decisões estatais. De fato, a legitimação do direito deixou de ser “decisiva no processo de integração social” e perdeu muito de sua “eficácia ideológica”, nesse sentido, pode-se aferir que talvez estejamos condenados a alguma forma de “positivismo”. O trabalho profissional da doutrina jurídica pode dar uma contribuição para a legitimação somente quando e na medida em que ajudar a satisfazer a necessidade de fundamentação, a qual surge na medida em que o direito como um todo se transforma em direito positivo. Assim, no direito positivo as normas perderam, em princípio, a validade consuetudinária, visto que, as contribuições de sistematização dos juristas profissionais chamaram a atenção para o modo pós-tradicional da validade do direito”.³⁹⁴

³⁹³ Original: “L’espace public exprime de cette façon la quintessence de la formation discursive de volonté en assurant un échange de plus en plus élargi d’arguments et de raisons qui peut à la fois éclairer les individus et contribuer à la formation d’une volonté collective. Les limites de l’espace public sont les limites de la démocratie”. MELKEVIK, Bjarne. **Horizons de la philosophie du droit**. Québec: Publié par Presses Université Laval, 1998, p. 140.

³⁹⁴ BARBACENA, Juliana Martins. J. Habermas e M. Weber: dois modelos de racionalidade jurídica. Revista **Urutágua** – revista acadêmica multidisciplinária. DCS/UEM no. 11 –

Estruturalismo genético

Pode-se compreender por estruturalismo genético a análise das estruturas objetivas, nos diferentes campos existentes, sem afastar, no entanto, a investigação da gênese, nos interior dos indivíduos biológicos, das estruturas mentais, posto que representam o produto da incorporação de estruturas sociais.³⁹⁵ O estruturalismo genético se funda na razão, inclui a sociedade na reflexão, reconstrói a gênese do julgamento e considera fundamental o discurso.³⁹⁶

Facticidade

Por facticidade e validade vale entender entre imposição de suas normas (facticidade) e pretensão de legitimidade das mesmas (validade).³⁹⁷

Formalismo do Direito

“O direito moderno define âmbitos em que as pessoas privadas podem exercer legitimamente seu arbítrio. Pressupõe-se a liberdade de arbítrio das pessoas jurídicas em seu âmbito, eticamente neutralizado, de ações que são privadas, mas que levam conseqüências jurídicas. O comércio jurídico privado pode assim ser regulado negativamente através de restrições das faculdades reconhecidas a princípio (e não por via de regulação positiva mediante deveres e mandatos materiais concretos). Neste âmbito é permitido todo aquele que não é juridicamente proibido”.³⁹⁸

dez./jan./fev./mar./2007 Paraná: Maringá. Disponível em:
<<http://www.urutagua.uem.br/011/11barbacena.htm>>. Acesso em 7 de abril de 2009.

³⁹⁵ BOURDIEU, Pierre. **Choses dites**. Paris, Minuit, 1987, p. 24.

³⁹⁶ FREITAG, Barbara. Revista "**Tempo Social**", revista de Sociologia da USP, 1(2) outubro de 1989. Disponível: <http://www.cefetsp.br/edu/eso/textossociologia.html>. Acesso em 9 de agosto de 2008.

³⁹⁷ REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 100 (nota 38).

³⁹⁸ Original: "*Formalismo*. El derecho moderno define ámbitos en que las personas privadas pueden ejercer legítimamente su arbítrio. Se presupone la libertad de arbitrio de las personas jurídicas en su ámbito, éticamente neutralizado, de acciones que son privadas, pero que llevan anejas consecuencias jurídicas. El comercio jurídico privado puede así quedar regulado negativamente por vía de restricción de las facultades reconocidas en principio (y no por vía de regulación positiva mediante deberes y mandatos materiales concretos). En este ámbito está permitido todo aquello que no esté jurídicamente prohibido". HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la**

Imperativo categórico

“Um imperativo categórico (incondicional) é aquele que representa uma ação como objetivamente necessária e a torna necessária não indiretamente através da representação de algum fim que pode ser atingido pela ação, mas da mera representação dessa própria ação (sua forma) e, por conseguinte, diretamente.”³⁹⁹ A formulação do imperativo categórico kantiano pode ser dada da seguinte forma: “age com base em uma máxima que também possa ter validade como uma lei universal.”⁴⁰⁰

Jusnaturalismo

“O jusnaturalismo se afigura como uma corrente jurisprudencial de fundamentação do direito justo que remonta às representações primitivas da ordem legal de origem divina, passando pelos sofistas, estóicos, padres da igreja, escolásticos, racionalistas dos séculos XVII e XVIII, até a filosofia do direito natural do século XX. [...] duas teses básicas do movimento jusnaturalista [podem ser identificadas]. A primeira tese é a pressuposição de duas instâncias jurídicas: o direito positivo e o direito natural. O direito positivo corresponderia ao fenômeno jurídico concreto, apreendido através dos órgãos sensoriais, sendo, deste modo, o fenômeno jurídico empiricamente verificável, tal como ele se expressa através das fontes de direito, especialmente, aquelas de origem estatal. Por sua vez, o direito natural corresponderia a uma exigência perene, eterna ou imutável de um direito justo, representada por um valor transcendental ou metafísico de justiça. A segunda tese do jusnaturalismo é a superioridade do direito natural em face do direito positivo. Neste sentido, o direito positivo deveria, conforme a doutrina jusnaturalista, adequar-se aos parâmetros imutáveis e eternos de justiça. O direito natural enquanto representativo da justiça serviria como referencial valorativo (o direito positivo deve ser justo) e ontológico (o direito positivo injusto deixa de

Acción Comunicativa I: racionalidad de la acción y racionalización social. Tradução de Manuel Jiménez Redondo De Madrid: Taurus, 1999. p. 336.

³⁹⁹ KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Tradução: Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 65.

⁴⁰⁰ KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Tradução: Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 67.

apresentar juridicidade), sob pena da ordem jurídica identificar-se com a força ou o mero arbítrio. Neste sentido, o direito vale caso seja justo e, pois, legítimo, daí resultando a subordinação da validade à legitimidade da ordem jurídica. Embora se oriente pela busca de uma justiça eterna e imutável, a doutrina do direito natural ofereceu, paradoxalmente, diversos fundamentos para a compreensão de um direito justo ao longo da história ocidente. Diante disto, o jusnaturalismo pode ser agrupado nas seguintes categorias: a) O jusnaturalismo cosmológico, vigente na antiguidade clássica; b) o jusnaturalismo teológico, surgido na Idade Média, tendo como fundamento jurídico a idéia da divindade como um ser onipotente, onisciente e onipresente; c) o jusnaturalismo racionalista, surgido no seio das revoluções liberais burgueses do século XVII e XVIII, tendo como fundamento a razão humana universal; d) o jusnaturalismo contemporâneo, gestado no século XX, que enraíza a justiça no plano histórico e social, atentando para as diversas acepções culturais acerca do direito justo. [Acerca do jusnaturalismo racionalista] Quando o homem do renascimento produziu uma inversão antropocêntrica na compreensão do mundo, vendo-o a partir de si mesmo, e não mais a partir de Deus, o tratamento do problema da justiça sofreu uma marcante inflexão. A concepção do jusnaturalismo teológico foi, gradativamente, substituída, a partir do século XVII, em face do processo de secularização da vida social, por uma doutrina jusnaturalista subjetiva e racional, buscando seus fundamentos na identidade de uma razão humana universal. O jusnaturalismo racionalista consolida-se com o advento da ilustração, despontando a razão humana como um código de ética universal e pressupondo um ser humano único em todo o tempo e em todo espaço. Os iluministas acreditavam, assim, que a racionalidade humana, diferentemente da providência divina, poderia ordenar a natureza e vida social. Este movimento jusnaturalista, de base antropocêntrica, utilizou a idéia de uma razão humana universal para afirmar direitos naturais ou inatos, titularizados por todo e qualquer indivíduo, cuja observância obrigatória poderia ser imposta até mesmo ao Estado, sob pena do direito positivo corporificar a injustiça. [...] no âmbito da presente concepção jusnaturalista, a natureza do ser humano foi concebida de diversas formas: genuinamente social; originariamente individualista; ou decorrente de uma racionalidade prática e inata. Na visão de pensadores como Grotius, Pufendorf e Locke, a natureza humana seria

genuinamente social. Sob a perspectiva de pensadores como Hobbes e Rousseau, a natureza humana é vislumbrada como originariamente a-social ou individualista. É, entretanto, com a obra de Kant que a proposta de racionalização do jusnaturalismo atinge um maior grau de profundidade e sofisticação intelectual. O criticismo transcendental de Emmanuel Kant procura conciliar o empirismo e o idealismo, redundando num racionalismo que reorienta os rumos da filosofia moderna e contemporânea. Para ele, o conhecimento só é possível a partir da interação a experiência e as condições formais da razão. Promove uma verdadeira revolução copernicana na teoria do conhecimento, ao valorizar a figura do sujeito cognoscente, o que nos ajuda a compreender sua discussão ética. Kant preocupa-se em fundamentar a prática moral não na pura experiência, mas em uma lei inerente à racionalidade universal humana, o chamado imperativo categórico – age só, segundo uma máxima tal, que possas querer, ao mesmo tempo, que se torne uma máxima universal. Aqui a razão prática é legisladora de si, definindo os limites da ação e da conduta humana. O imperativo categórico é único, absoluto e não deriva da experiência. A ética é, portanto, o compromisso de seguir o próprio preceito ético fundamental, e pelo fato de segui-lo em si e por si. O homem que age moralmente deverá fazê-lo, não porque visa à realização de qualquer outro algo, mas pelo simples fato de colocar-se de acordo com a máxima do imperativo categórico. O agir livre é o agir moral. O agir moral é o agir de acordo com o dever. O agir de acordo com o dever é fazer de sua lei subjetiva um princípio de legislação universal, a ser inscrita em toda a natureza. Sendo assim, revela-se a preocupação kantiana de superar o plano empírico no qual se defrontavam tais contrastes, a fim de atingir uma regra de justiça de validade universal. Algo de novo surgia, com Kant, na dramaturgia da justiça, alçando-se ele ao plano transcendental, no qual a justiça se impõe como um imperativo da razão, segundo duas regras que se complementam: age de modo a tratar a humanidade, na sua como na pessoa de outrem, sempre como fim, jamais como simples meio, bem como age segundo uma máxima que possa valer ao mesmo tempo como lei de sentido universal. Somente assim, a seu ver, poderá haver um acordo universal de liberdade, base de uma comunidade universal. Não cuida Kant de definir a justiça, ao contrário do que faz com o direito, preferindo inseri-la no sistema de sua visão transcendental da vida ética, o que vem, mais uma vez,

confirmar a tese de que a justiça somente pode ser compreendida em uma visão abrangente de valor universal. Deste modo, com o jusnaturalismo racionalista moderno, o conhecimento jurídico passa a ser um construído sistemático da razão, conforme o rigor lógico da dedução, e um instrumento de crítica da realidade, ao permitir a avaliação crítica do direito posto em nome de padrões éticos contidos em princípios reconhecidos pela razão humana.⁴⁰¹

Lawrence Kohlberg

“Lawrence Kohlberg doutorou-se em Psicologia na Universidade de Chicago, em 1958, com uma Tese de Doutorado sobre o Raciocínio Moral em Rapazes Adolescentes. Antes de se doutorar, Kohlberg ofereceu-se como voluntário para integrar a tripulação de um navio mercante norte-americano que conduziu ao novo Estado de Israel dezenas de judeus, recém-libertados dos campos de concentração nazis. A experiência na construção do novo Estado de Israel e o contacto com os campos de extermínio nazis seriam acontecimentos marcantes na sua vida. De origem judaica, Kohlberg aderiu, bastante cedo, a uma ética humanista, de influência kantiana. Na psicologia, a sua maior influência foi a obra de Piaget, em particular, o livro **Le Jugement Morale Chez les Enfants**, que leu enquanto estudante universitário. Professor de Psicologia do Desenvolvimento na Graduate School of Education da Harvard University, Kohlberg fundou e dirigiu, durante vários anos, o Center for Moral Education. Morreu em 1987. **A Teoria da Educação Moral** - Lawrence Kohlberg é o nome mais importante deste século no âmbito da educação moral. A sua investigação domina praticamente todos os debates sobre educação moral no mundo universitário e a sua teoria é presença constante em revistas de educação. A sua investigação influenciou não apenas o mundo da educação, mas também da justiça. O reconhecimento de Kohlberg surgiu nos anos 80, embora os seus trabalhos fossem conhecidos e debatidos no mundo restrito dos académicos que se dedicavam ao estudo do desenvolvimento moral. De certa forma, o seu reconhecimento e popularidade constituiu uma resposta ao mal estar causado pela ineficácia do modelo curricular da clarificação

⁴⁰¹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. Reflexões sobre o jusnaturalismo: o direito natural como direito justo. Disponível em: www.facs.br/revistajuridica/edicao_abril2007/docente/doc1.doc. Acesso em 11 de setembro de 2008.

de valores, tão em voga durante os anos 60 e 70. Por outro lado, a sua teoria abriu uma porta de esperança para os que vêem a sociedade norte-americana e as sociedades européias ameaçadas pela corrupção, criminalidade e crescente egoísmo social. O interesse pela teoria de Kohlberg deve-se, também, à seriedade e à monumentalidade do trabalho de investigação conduzido por ele ao longo de três décadas, sem nunca se desviar do seu objetivo central: o estudo do desenvolvimento moral e de uma abordagem à educação moral preocupada com a questão da justiça. Nessa caminhada, Kohlberg soube, como poucos, associar os contributos da psicologia do desenvolvimento, em particular dos trabalhos de Piaget, da filosofia moral, nomeadamente o pensamento de Kant e da sociologia política, com particular destaque para o liberalismo social de John Rawls. Psicologicamente, Kohlberg afastou-se das influências psicanalítica e comportamentalista, representadas ao mais alto nível por Freud e Skinner, procurando as suas raízes na psicologia cognitivista de inspiração piagetiana. Filosoficamente, Kohlberg recusou a influência da filosofia analítica, procurando um retorno à filosofia crítica de inspiração kantiana. Sociologicamente, reagiu à influência do relativismo moral, procurando justificações para a defesa de uma ética universal, independente dos condicionalismos sociais e culturais. Kohlberg iniciou a sua investigação sobre desenvolvimento moral em crianças e adolescentes, com a apresentação da sua Tese de Doutoramento, na Universidade de Chicago, em 1958. Daí até à sua morte, em 1987, nunca mais abandonou o estudo do desenvolvimento e da educação moral. Lawrence Kohlberg e os seus colaboradores, ao longo de 30 anos, nunca deixaram de colocar novas hipóteses, reexaminaram dados anteriores, fizeram revisões dos estudos e responderam às inúmeras críticas vindas, sobretudo, de teorias não cognitivistas do desenvolvimento moral. [...] A literatura sobre educação moral tem apelidado a teoria de Kohlberg de cognitivo-desenvolvimentista, construtivista e interaccionista. Kohlberg e colaboradores têm afirmado, frequentemente, as influências de Sócrates, Platão, Kant, Rawls, Dewey e Piaget. Nos fundamentos filosóficos, a teoria de Kohlberg deve muito ao pensamento de Sócrates, Platão e Kant. Nos fundamentos psicológicos, a sua dívida é enorme para com Piaget. Nos fundamentos sociais, políticos e educacionais, a sua dívida é grande para com Dewey e Rawls. [...] Epistemologicamente, Kohlberg assume-se como um

continuador de Piaget, rejeitando a noção de que o conhecimento seja o produto da cultura ou do inatismo. Ao invés, o conhecimento constrói-se a partir da interação do sujeito com o objeto, do organismo com o meio, não fazendo sentido algum a separação de um do outro. Esta ligação íntima entre o individual e o social assume um lugar central na moral de Kohlberg. A justiça surge como o expoente máximo dessa ligação, porque pressupõe que o indivíduo seja capaz de equilibrar os seus interesses e pontos de vista com os interesses mais gerais da sociedade. A partir dos anos 70, com o início do seu envolvimento na criação de programas curriculares de educação moral, em cenários de escolas secundárias, Kohlberg passou a acentuar mais o caráter social da moralidade, aproximando-se de alguns aspectos da moralidade durkheimiana e dos programas educativos postos em prática em alguns kibbutz israelitas. Esse movimento levou Kohlberg a dar cada vez mais importância ao desenvolvimento de um estágio 4 da moralidade e ao papel da escola e do professor na promoção do desenvolvimento moral. O maior contributo de Kohlberg para o estudo do desenvolvimento moral foi, sem dúvida, a sua teoria dos estágios do desenvolvimento moral. A melhor forma de apresentar essa teoria é recorrendo a um quadro explicativo. **Estádio 1.** Orientação pela obediência e punição. deferência egocêntrica face ao poder e à autoridade. **Estádio 2.** Estádio da individualidade instrumental. Orientação egoísta. A ação correta é aquela que satisfaz as necessidades do indivíduo e apenas ocasionalmente dos outros. Igualitarismo radical. **Estádio 3.** Orientação bom rapaz, linda menina. Orientação para a aprovação e para agradar aos outros. Conformidade aos estereótipos sociais. **Estádio 4.** Orientação para a manutenção da ordem e da autoridade. Respeito pela autoridade e pelas expectativas que a sociedade deposita em nós. **Estádio 5.** Orientação contratual legalista. O dever é definido em termos de contrato. deferência para com o bem estar dos outros e pelo cumprimento dos contratos. **Estádio 6.** Orientação pelos princípios éticos. A ação é conforme a princípios universais. Primado da consciência individual e pelo cumprimento do dever. Os estágios 1 e 2 agrupam-se no nível pré-convencional. Para o estágio 1, o certo é a obediência cega às regras e à autoridade, de forma a evitar a punição. O que está certo é evitar a violação das regras e evitar danos físicos aos outros e à propriedade. As razões para fazer o que está certo é evitar a punição e os castigos. A criança neste estágio assume

um ponto de vista meramente egocêntrico. Não considera os interesses dos outros e não relaciona vários pontos de vista em simultâneo. Para o estágio 2, o certo é a satisfação das nossas necessidades. O que está certo é seguir as regras quando elas nos servem. O certo é a satisfação dos nossos interesses e necessidades. O certo é deixar os outros fazerem o mesmo. Neste estágio, a criança reconhece que os outros também têm interesses. A criança, neste estágio, assume uma perspectiva concreta individualista. Separa os seus interesses dos interesses dos outros. Os conflitos de interesses resolvem-se dando a todos uma parte igual. Os estágios 3 e 4 agrupam-se no nível convencional. Para o estágio 3, o certo é ser simpático, leal e digno de confiança. O adolescente, neste estágio, preocupa-se com as necessidades dos outros e procura cumprir as regras e as normas. O que está certo é viver de acordo com aquilo que os outros esperam de nós e fazer aquilo que os outros esperam que nós façamos. O adolescente, neste estágio, mostra gratidão e apreço pelas autoridades e procura ser digno dessa confiança. O adolescente, neste estágio, respeita a regra de ouro, isto é, reconhece a importância da reciprocidade e trata bem os outros porque espera que os outros também o tratem bem. Este estágio tem em conta tanto a perspectiva do indivíduo como a perspectiva dos outros. Uma pessoa, neste estágio, sabe partilhar sentimentos e sabe relacionar diferentes pontos de vista em simultâneo. [...] Para o estágio 4, o certo é cumprir o dever para com a sociedade, manter a ordem social e velar pelo bem estar de todos. As leis são para serem cumpridas e a sociedade espera que cada um dê o seu contributo para o bem estar geral. A razão para fazer o que está certo é ajudar a manter a ordem social e o bom funcionamento das instituições. Este estágio distingue os pontos de vista da sociedade dos pontos de vista dos grupos e dos indivíduos. Uma pessoa, neste estágio, assume o ponto de vista do sistema e considera as relações interpessoais em termos do seu lugar no sistema. Os estágios 5 e 6 agrupam-se no nível pós-convencional. Para o estágio 5, a escolha moral é baseada nos direitos básicos, nos contratos legais e nos valores morais, mesmo quando há conflito com as leis ou as regras do grupo. O que está certo é ter consciência que as pessoas nem sempre partilham os mesmos valores e que, por vezes, as leis e as regras do grupo são injustas e não merecem, portanto, ser obedecidas. A razão para fazer o que está certo reside na

necessidade de respeitar os contratos e os direitos dos outros. Neste estágio, a pessoa toma decisões na base do maior bem para o maior número. Neste estágio, há verdades mais importantes que os interesses da sociedade. A pessoa, neste estágio, considera o ponto de vista legal e o ponto de vista dos outros e procura reconhecer o conflito entre eles, de forma a fazer escolhas que tragam o maior bem para o maior número. Para o estágio 6, o certo é o que obedece aos princípios éticos universais. As leis ou os contratos e acordos sociais são válidos sempre que respeitam esses princípios. Quando a lei viola os princípios éticos, a pessoa deve agir de acordo com os princípios éticos, ainda que tenha de violar as leis. Os princípios éticos relacionam-se com a noção de justiça, dignidade humana, direitos humanos e igualdade de direitos. A razão para fazer o que está certo é que a pessoa reconhece a validade dos princípios e procura cumpri-los. Este estágio reconhece que os princípios de justiça não são apenas produtos da sociedade para resolver eficazmente os conflitos, mas sobretudo o reflexo de uma ordem natural que reside tanto na natureza humana como na ordem cósmica. Estes princípios são eternos e universais, no sentido de que são um produto do desenvolvimento da natureza humana. Estão, por isso, presentes em todas as sociedades e em todas as culturas. A interação do sujeito com o meio pode ser necessária para revelar o princípio da justiça, mas não é essa interação que cria o princípio. O princípio ético é prévio à sociedade. É uma categoria a priori no sentido kantiano. A teoria de Kohlberg é um dos exemplos mais significativos de uma teoria moral centrada na defesa dos princípios éticos e preocupada com o desenvolvimento do raciocínio moral, em vez da mera defesa das convenções sociais, regras de conduta e leis. O que é que Kohlberg entende por princípio ético? Antes de mais, é um procedimento ou um conjunto de orientações para habilitar a pessoa ao confronto de escolhas morais alternativas. Constitui uma forma universal de tomada de decisões morais, com base na lógica formal e na razão. O princípio ético constitui um padrão universal que orienta a reflexão sobre questões morais. Por outro lado, o princípio ético refere-se a uma forma mais avançada e mais madura de encarar o conceito de justiça, o qual, no entender de Kohlberg, define o ponto de vista moral. De uma certa forma, o princípio ético significa duas coisas: um procedimento racional para orientar a reflexão sobre questões morais e um conteúdo identificável com o conceito de

justiça. O que é que Kohlberg entende por justiça? A justiça é o mesmo que igualdade e universalidade dos direitos humanos. A justiça é tratar, com igualdade, todas as pessoas, independentemente da sua posição social. É tratar cada pessoa como um fim e não como um meio. Assemelha-se ao imperativo categórico de Kant. É o mesmo que o respeito pela dignidade humana e pressupõe o respeito pela reciprocidade. A justiça pressupõe a preocupação pelo bem estar dos outros. De uma certa forma é o mesmo que o maior bem para o maior número. Kohlberg rejeita quer a idéia de que a moralidade é a expressão das normas do grupo quer a idéia de que a moralidade é uma questão de gosto e de preferência individual. Os princípios éticos não derivam da sociedade ou da cultura. Eles são autônomos, fazem parte da natureza humana e estão inscritos na ordem cósmica. Qual é o papel da cognição na teoria de Kohlberg? Conhecida como teoria cognitivo-desenvolvimentista, a teoria de Kohlberg concede um lugar central à cognição no processo de desenvolvimento moral. Alguns críticos acusam-no de conceder uma demasiada importância à cognição, desvalorizando o papel das emoções, dos sentimentos e dos hábitos. [...] Kohlberg defende que o desenvolvimento moral deve ser visto em termos de desenvolvimento de certas formas ou estruturas de pensamento e não em termos de transmissão de conteúdos morais ou de formas de conduta. O hábito não tem, na sua teoria, qualquer papel especial. O conteúdo moral e a ação têm pouco a ver com o estágio do desenvolvimento moral. [...] Em vez da ênfase nos conteúdos e nos comportamentos, a teoria de Kohlberg centra-se na forma, na estrutura e no processo de pensamento, o qual é tanto mais adequadamente moral quanto mais imparcial e universal forem os juízos produzidos. A teoria de Kohlberg afasta-se da noção aristotélica da virtude. Para Kohlberg, ao contrário de Aristóteles, não é possível separar a dimensão intelectual da dimensão comportamental. [...] A crença de que a pessoa tende a agir de acordo com os seus juízos morais é central na teoria da educação de Kohlberg e é essa correspondência que o obriga a desvalorizar uma educação preocupada com o desenvolvimento do carácter e com os comportamentos e ações morais. [...] No final dos anos 70, Kohlberg começa a admitir a necessidade de um certo equilíbrio entre a forma e o conteúdo e os valores e o raciocínio. reconhecendo uma certa desvalorização dos comportamentos e das ações, Kohlberg, nos seus últimos escritos, começou a dar

mais importância ao desenvolvimento de comportamentos específicos considerados mais desejáveis em função de uma moralidade orientada para a justiça. Esta mudança foi delineada em duas direções: primeiro, mais ênfase ao clima moral da escola e, segundo, utilização de acontecimentos reais como pretexto para a reflexão e a discussão de dilemas. O que é uma pessoa moralmente educada, na perspectiva de Kohlberg? É uma pessoa capaz de fazer uso da reflexão quando perante um problema moral e que consegue chegar a uma solução em termos da consonância com o princípio da justiça, de forma a deliberar em consistência com o princípio do maior bem para o maior número. Exemplos de pessoas moralmente educadas: Jesus Cristo, Sócrates, Janus Korczak e Martin Luther King. Qual é a posição de Kohlberg face ao doutrinamento moral? A teoria de Kohlberg não reconhece validade a um processo educativo que recorra a técnicas doutrinantes. O doutrinamento é, para Kohlberg, típico de uma educação que fixa os alunos no nível pré-convencional do desenvolvimento moral. As técnicas doutrinantes convidam à heteronomia moral e, portanto, não podem ter lugar nos modelos curriculares cognitivo-desenvolvimentistas. Mas Kohlberg afasta-se, também, das técnicas que acentuam a defesa do relativismo moral. Embora seja de louvar a educação para a defesa do pluralismo cultural, Kohlberg discorda que se conceda igual legitimidade a todas as perspectivas morais ou que se faça depender o processo de deliberação moral de dados contextuais. Uma educação que recuse a existência de hierarquias de valores e de princípios éticos universais coloca o aluno desarmado face à influência das opiniões públicas, dos poderosos e das autoridades. A ausência de referenciais éticos abre caminho a toda a espécie de injustiças e, portanto, é incompatível com uma educação moral orientada para a justiça. Qual é o papel do professor na teoria de Kohlberg? O papel essencial é servir como facilitador do aluno no processo de desenvolvimento do raciocínio moral. O professor é um recurso do aluno e deve assumir-se como um facilitador no processo de reflexão, de elaboração de juízos e de deliberação. [...] O professor deve ajudar os alunos a identificar um tema, um problema ou um dilema moral. A sua tarefa é manter viva a discussão em torno do problema, permitir que todos os alunos participem na discussão e ajudar a evitar o uso de conceitos errados. De seguida, o professor deve ajudar os alunos a refletirem sobre formas

alternativas de reflexão sobre questões morais. Com esta função, o professor ajuda os alunos a relacionarem o raciocínio com os juízos morais. Por último, o professor deve ajudar os alunos a refletirem criticamente sobre a adequação dos processos de raciocínio empregues, sobre a sua coerência interna e sobre a sua lógica. É crucial que o professor seja capaz de formular juízos de valor um estágio acima dos juízos emitidos pelos alunos. Desta forma, Kohlberg acredita que os alunos terão a tendência para avançarem do estágio em que se encontram para o estágio imediatamente superior. No contexto dos programas educativos de tipo comunidade justa, o professor desempenha, ainda, a função de dinamizador da participação dos alunos nos processos deliberativos de tomada de decisões sobre assuntos escolares. O professor deve incentivar os alunos a participarem nos órgãos de gestão da escola, em particular, nos conselhos de turma, nos conselhos pedagógicos e nos conselhos diretivos. Nos casos em que há comissões de justiça, os alunos são convidados a fazerem-se eleger para esse órgão e, dessa forma, poderem deliberar sobre casos concretos relacionados com a violação das normas escolares e casos de indisciplina. Até meados dos anos 70, Kohlberg privilegiava o papel do professor na promoção da discussão de dilemas morais hipotéticos. Acusado por muitos de propor um modelo curricular pouco eficaz, Kohlberg começou a dar maior importância à dimensão social da moralidade, aproximando-se em muitos aspectos do pensamento educacional de John Dewey e da teoria moral de Durkheim. Essa alteração coincide com a criação dos programas educativos do tipo comunidade justa. A partir daí, Kohlberg começa a valorizar o uso de dilemas morais reais, a partir de situações concretas do dia-a-dia escolar e a acentuar a importância do clima moral da escola na promoção do desenvolvimento moral. Nos seus últimos escritos, Kohlberg acaba por reconhecer a importância da personalidade e do exemplo do professor no processo de desenvolvimento moral dos alunos, aproximando-se, assim, do ponto de vista aristotélico sobre a moralidade, sem nunca abandonar, contudo, o formalismo e o estruturalismo da sua abordagem. É possível concluir que a teoria de Kohlberg encerra um modelo pedagógico? Embora durante a primeira fase da sua investigação, Kohlberg não estivesse diretamente interessado em aplicar a sua teoria em cenários educacionais, a partir de meados dos anos 70 essa começou a ser a sua preocupação central. Podemos, por isso,

responder pela afirmativa. Foi a tese de doutoramento de um seu aluno, Moshe Blatt, que levou Kohlberg a interessar-se seriamente pela criação de programas de educação moral inspirados na sua teoria. A investigação de Moshe Blatt tentara avaliar em que medida é que a discussão de dilemas morais, em salas de aula, contribui para o desenvolvimento moral dos alunos. As conclusões a que chegou foram apelidadas de efeito Blatt e podem resumir-se no seguinte: entre um quarto e metade dos alunos que participaram na experiência avançaram pelos menos um estágio. A experiência conduzida por Moshe Blatt incluiu três componentes: apresentação de dilemas morais controversos em áreas que geravam desacordo e conflito cognitivo entre os alunos; turmas moderadamente heterogêneas, com alunos em diferentes estádios de desenvolvimento moral; utilização do interrogatório socrático. Com efeito, estas três componentes estão presentes no modelo pedagógico de inspiração kohlbergiana. Durante os primeiros anos, Kohlberg utilizava um conjunto de dilemas hipotéticos. Nos últimos anos da sua vida, Kohlberg introduz mudanças significativas no modelo pedagógico: ênfase na participação dos alunos na tomada de decisões escolares; uso de dilemas reais originados a partir de situações da sala de aula ou da comunidade local; reconhecimento da influência da personalidade e do exemplo do professor. Esse reconhecimento conduziu Kohlberg a acentuar a necessidade de preparar eficazmente os professores, de forma a torná-los competentes na aplicação da sua teoria”.⁴⁰²

Legalidade

“O direito moderno não supõe às pessoas jurídicas nenhuma classe de motivação ética, exceto a obediência geral ao direito; protege suas inclinações privadas dentro de limites sancionados. Não são sancionadas as más intenções, mas

⁴⁰² MARQUES, Ramiro. O Ensino dos Valores em Kohlberg. ESE do Instituto Politécnico de Santarém. Disponível em: <<http://www.eses.pt/usr/ramiro/Kohlberg.htm>> Acesso em 15 de junho de 2009.

somente as ações que se desviam do preconizado nas normas (o que supõe as categorias de responsabilidade e culpa)”.⁴⁰³

Legitimidade

Legitimidade é a validade moral de uma norma. Pode-se dizer, também, que é a “qualidade de um ordenamento normativo pela qual este possui força moral para ser reconhecido e obedecido”.⁴⁰⁴ Em outras palavras, “A legitimidade, na definição de Habermas, significa ‘merecimento para ser reconhecido’. Em outras palavras, significa que há ‘bons argumentos para uma norma ser reconhecida como justa e correta’ e - uma norma legítima merece reconhecimento. Quando aplicada a um sistema político, legitimidade pode significar duas coisas: (i) que as normas legítimas serão observadas pelos membros do sistema político, primeiro porque as normas devem ser respeitadas e, segundo, porque são consideradas corretas e justas, ou (ii) que as normas legítimas conferem ao Estado o poder de coerção e submissão, devido à legitimidade”.⁴⁰⁵

Liberdade comunicativa

Para Habermas, liberdade comunicativa corresponde “à possibilidade – pressuposta no agir que se orienta para o entendimento – de tomar posição frente aos proferimentos de um oponente e às pretensões de validade aí levantadas,

⁴⁰³ Original: “*Legalidad*. El derecho moderno no supone a las personas jurídicas ninguna clase de motivación ética, fuera de una obediencia general al derecho; protege sus inclinaciones privadas dentro de límites sancionados. No se sancionan las malas intenciones, sino las acciones que se desvían de las normas (lo que supone las categorías de responsabilidad y de culpa)”. HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa I: racionalidad de la acción y racionalización social**. Tradução de Manuel Jiménez Redondo De Madrid: Taurus, 1999. p. 336.

⁴⁰⁴ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**. Uma abordagem garantista. 2. Ed. Atual. e Ampl. Campinas: Millennium, 2007, p. 161.

⁴⁰⁵ Original: “Legitimacy, in Habermas’ definition, means ‘worthiness to be recognised’. Or, in other words, it means that there are ‘good arguments for a [norm’s] claim to be recognised as right and just’ - a legitimate norm deserves recognition. When applied to a political system, legitimacy thus could mean two things: (I) that legitimate norms will be observed by members of the political system out of respect for them and because they are considered as right and just, or (ii) that legitimate norms give a state the power to coerce members into submission precisely because of their legitimacy”. SCHNEIDER, Cornelia. The Constitutional Protection of Rights in Dworkin’s and Habermas’ Theories of Democracy. **UCL Jurisprudence Review**, 2000, p. 112. Disponível em: http://www.ucl.ac.uk/laws/jurisprudence/jurisprudence-review/content/jr_sneider_2000.pdf. Acesso em 2 de outubro de 2008.

que dependem de um reconhecimento intersubjetivo. [...] Liberdade comunicativa só existe entre atores que desejam entender-se entre si sobre algo num enfoque performativo e que contam com tomadas de posição perante pretensões de validade reciprocamente levantadas. Essa característica peculiar da liberdade comunicativa, que depende sempre de uma relação intersubjetiva, explica porque ela se liga às obrigações ilocucionárias. Para alguém poder tomar uma posição, dizendo 'sim' ou 'não', é preciso que o outro esteja disposto a fundamentar, caso se torne necessário, uma pretensão levantada através de atos de fala. Uma vez que os sujeitos que agem comunicativamente se dispõem a ligar a coordenação de seus planos de ação a um consentimento apoiado nas tomadas de posição recíprocas em relação a pretensões de validade e no reconhecimento dessas pretensões, somente contam os argumentos que podem ser aceitos *em comum* pelos partidos participantes. São respectivamente *os mesmos* argumentos que têm uma força racionalmente motivadora. No entanto, para um ator que toma as suas decisões em força da liberdade subjetiva, pouco importa se os argumentos que são decisivos *para ele*, também poderiam ser aceitos por outros. Por isso, a autonomia privada de um sujeito de direito pode ser entendida essencialmente como a liberdade negativa de retirar-se do espaço público das obrigações ilocucionárias recíprocas para uma posição de observação e de influência recíproca. A autonomia privada vai tão longe, que o sujeito de direito *não* precisa prestar contas, nem apresentar argumentos publicamente aceitáveis para seus planos de ação. Liberdades de ação subjetivas justificam a *saída* do agir comunicativo e a recusa das obrigações ilocucionárias; elas fundamentam uma privacidade que libera o peso da liberdade comunicativa atribuída e imputada reciprocamente".⁴⁰⁶

Linguistic turn

É através da reviravolta linguística que a filosofia se coloca sob o signo da linguagem. Há uma mudança na maneira de se entender e do procedimento adotado em filosofia. Não se pergunta mais pela essência de algo, mas por seu

⁴⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 156.

uso na prática. Dessa forma, a filosofia deixa de perguntar pelo “o que é?” e passa a questionar o sentido de algo: “qual o sentido de uma dada expressão”. A partir daí, a linguagem é vista como condição de possibilidade para a compreensão do mundo. “A reviravolta lingüística do pensamento filosófico no século XX se centraliza, então, na tese fundamental de que é impossível filosofia sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que esta é o momento necessário constitutivo de todo e qualquer saber humano, de tal modo que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige reflexão sobre sua infra-estrutura lingüística”.⁴⁰⁷ Duas correntes se destacam nesse “giro” e na tematização entre linguagem e ética: 1) Filosofia analítica (anglo-saxã-americana): analisa a filosofia do discurso. Filósofos que a integram: Russell, Wittgenstein, Peirce. 2) Ética do discurso (alemã): a linguagem é vislumbrada como categoria transcendental que fundamenta as condições de possibilidade do discurso filosófico sobre a ética. Filósofos que a integram: Apel, Habermas. A ética discursiva busca fundamentar uma ética pós-metafísica através da linguagem. No caso de Habermas, por meio da validade normativa do consenso na comunidade universal de comunicação. Assim, o grande questionamento habermasiano, dentro de sua ética do discurso é: na possibilidade histórica de uma comunidade universal de comunicação, em que o consenso será o lugar teórico, como fundamentar sobre esse consenso uma macro-ética do discurso que atenda às exigências éticas de uma civilização da livre comunicação? Desse modo, a nova racionalidade articula-se com a reviravolta lingüística e vai além das racionalidades objetiva e subjetiva. A primeira (objetiva) compreende a razão antiga (platônica), em que a razão era considerada imanente ao real, presente em todos os entes e que permite uma hierarquização de toda a realidade. Já, a racionalidade subjetiva (história moderna) é faculdade exclusiva do homem. É o sujeito que aplica racionalidade no mundo em que vive. Com a ética do discurso (racionalidade comunicativa), a razão não é atribuída nem à natureza, nem ao sujeito individual e nem a um macro-sujeito social-estatal. A razão é *medium* lingüístico por meio de cuja mediação se entrelaçam as interações e se constituem as formas de vida. A razão comunicativa é um procedimento

⁴⁰⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Lingüístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2006, p. 13.

argumentativo por meio do qual os sujeitos buscam se colocar de acordo sobre as questões relacionadas com verdade e justiça. A razão comunicativa não é objetiva, nem subjetiva; é intersubjetiva. Ela é imanente, pois situa-se historicamente. Incorpora os contextos concretos do jogo de linguagem e transcende, porque fornece os critérios para a crítica da vida e da história.⁴⁰⁸

Moral

A Moral remete-se a “[...] questões de justiça e aborda em princípio *tudo* à luz forte e restrita da universalizabilidade. O seu *telos* consiste na avaliação imparcial de conflitos de ação, relevantes do ponto de vista moral, visando, pois, a um saber capaz de orientar o agir, mesmo que não seja capaz de *dispor* para o agir correto”.⁴⁰⁹

Mundo social

“Conjunto de todas as relações interpessoais legitimamente reguladas”.⁴¹⁰

Mundo subjetivo

“Totalidade das vivências do falante, em que este possui acesso privilegiado”.⁴¹¹

Mundo da vida

“O mundo vivido é o lugar das relações sociais espontâneas, das certezas pré-reflexivas, dos vínculos que nunca foram postos em dúvida. Ele tem três

⁴⁰⁸ JESUS, Rodrigo Marcos de. A ética do discurso no contexto poético. Disponível em: http://www.belopoetico.com/antiores/palestrantes/downloads/3_edicao_belo_poetico.pdf. Acesso em 13 de agosto de 2008.

⁴⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 149.

⁴¹⁰ Original: “Conjunto de todas las relaciones interpersonales legítimamente reguladas”. HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa I: racionalidad de la acción y racionalización social**. Tradução de Manuel Jiménez Redondo De Madrid: Taurus, 1999. p. 144.

⁴¹¹ Original: “Totalidad de las vivencias del hablante, a las que éste tiene un acceso privilegiado”. HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa I: racionalidad de la acción y racionalización social**. Tradução de Manuel Jiménez Redondo De Madrid: Taurus, 1999. p. 144.

componentes estruturais: cultura, sociedade e personalidade. A cultura é o estoque de saber da comunidade, que contém os conteúdos semânticos da tradição, onde os indivíduos se abastecem dos modelos de interpretação necessárias ao convívio social. A sociedade, *stricto sensu*, é composta de ordenamentos legítimos pelos quais os membros da comunidade regulam suas solidariedades. A personalidade é um conjunto de competências que qualificam um indivíduo para participar da vida social”.⁴¹² Mister ressaltar que “O mundo da vida constitui [...] o horizonte de processos de entendimento em que os implicados chegam a um acordo ou discutem acerca de algo pertencente ao mundo objetivo, ao mundo social que compartilham, ou ao mundo subjetivo de cada um”.⁴¹³

Mundo objetivo

“Conjunto de todas as entidades sobre as quais são possíveis enunciados verdadeiros”.⁴¹⁴

Nível ou ambiente pós-metafísico

“[...] ambiente pós-metafísico coincide com a fragmentação da razão, em que os conteúdos contingente e histórico, sempre subsumidos pelo formalismo, e o *a priori*, ganham um novo status. Nesse espaço, a razão apresenta-se finita e situada, indo numa direção contrária a todo o pensamento ocidental, enquanto defesa do atemporal, do necessário e do universal. [...] Sobretudo com a queda do absoluto ou do fundamento último, entram em cena diferentes cosmovisões e a razão não consegue mais exercer um papel unificador, tornando-se um campo aberto para novos enfrentamentos e para a dificuldade de fazer o plural

⁴¹² ROUANET, Sérgio Paulo. **Mal-estar na modernidade**: Ensaio. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 214.

⁴¹³ Original: “Un mundo de la vida constituye [...] el horizonte de procesos de entendimiento con que los implicados llegan a un acuerdo o discuten sobre algo perteneciente al mundo objetivo, al mundo social que comparten, o al mundo subjetivo de cada uno”. HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa I**: racionalidad de la acción y racionalización social. Tradução de Manuel Jiménez Redondo De Madrid: Taurus, 1999. p. 184.

⁴¹⁴ Original: “Conjunto de todas las entidades sobre las que son posibles enunciados verdaderos”. HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa I**: racionalidad de la acción y racionalización social. Tradução de Manuel Jiménez Redondo De Madrid: Taurus, 1999. p. 144.

harmonizar-se na unidade. O pluralismo das múltiplas razões substitui a razão totalizante”.⁴¹⁵

Nível pós-convencional

Habermas propõe uma reconstituição de modelos racionais de desenvolvimento moral e cognitivo que ocorre tanto na esfera individual quanto no desenvolvimento das sociedades. Isso ocorre do sentido egocêntrico para uma interação universal e reflexiva, o qual poderá originar uma moral pós-convencional – moral esta que caracteriza um posicionamento utópico do autor, pois afirma que nenhuma sociedade atingiu tal estágio. O próprio Habermas, para abarcar características dos três níveis de desenvolvimento moral, utilizou-se da tabela de Lawrence Kohlberg. Para Habermas, no nível pré-convencional, a criança é capaz de perceber regras culturais e noções de justiça simples (certo/errado; bom/mau), através de consequências físicas ou hedonistas, nas quais a figura da reciprocidade linguística representa autoridade e poder. Assim, essa etapa pode ser dividida em dois estágios. No primeiro estágio (orientação por punição e obediência), o aprendizado se dá por consequências físicas e não significa, necessariamente, o entendimento do valor moral da sanção ou recompensa. Habermas nomeia esse estágio como interação governada por autoridade. No segundo momento, ou orientação instrumental relativista – a ação justa é caracterizada por algo que satisfaça seus próprios carecimentos ou de outrem, quando este possuir alguma utilidade para si. Habermas situa essa fase como fase da cooperação orientada para o interesse. No tocante ao nível convencional, o indivíduo absorve os valores morais mais sofisticados, que são sobrepostos às expectativas particulares do indivíduo. Assim, ele age seguindo normas sociais com o intuito de se identificar com o grupo ao qual pertence e, simultaneamente, busca definir-se como identidade una, inserida em um contexto social pré-determinado. Este momento também desenvolve-se em dois estágios. O primeiro, ou concordância interpessoal ou a orientação “bom moço – boa moça”, é a fase do agir em papéis, em que o arbítrio do indivíduo é orientado pela regra social. Nesse degrau, o indivíduo é dirigido pelo comportamento da aprovação da

⁴¹⁵ HERMANN, Nadja. **Pluralidade e ética em educação**. Rio de Janeiro: DP&A, 2001, p. 92.

maioria. Já, no segundo, ou orientação lei e ordem, há a expectativa de agir conforme a autoridade e ordem social. Habermas designa que a interação que impera neste nível é guiada por normas interiorizadas da vontade coletiva e este tipo de puro agir orientado por regras origina o entendimento mútuo. Finalmente, no tocante ao nível pós-convencional, há o esforço de descentralização total das regras morais impostas pela sociedade. O indivíduo busca uma autonomia em relação aos princípios morais a fim de fundamentar outras normas ou as próprias normas dos conceitos morais. Este processo de diferenciação comunicacional constitui-se em discurso. Este nível compreende dois estágios. O primeiro ou orientação legalista social contratual, refere-se à realização do discurso orientado em análises de princípios gerais de direito e de justiça, nos quais o indivíduo busca examinar, de forma crítica, a sociedade e suas regras, instituindo leis gerais democráticas, por exemplo, obtidas consensualmente e relativizá-las em função de valores e opiniões pessoais autônomas. Já, no segundo momento, tem-se a orientação no sentido de princípios éticos universais, no qual o que é moral é definido pela consciência orientada por princípios éticos, tornando o discurso mais abstrato à medida que mais distante dos acontecimentos factuais da vida prática, e mais éticos, construído pela compreensão lógica, pela universalidade e pela consciência. Os princípios de justiça, de reciprocidade e de igualdade são definidos através de um discurso dialético de busca cooperativa da verdade.⁴¹⁶ Além disso, é mister ressaltar que “O nível pós-convencional supõe sempre uma comunidade ideal de comunicação, onde os pressupostos idealizantes abarcam todos os afetados. Ou seja, o princípio de universalização [ou princípio Moral] exige que os implicados adotem a perspectiva de todos os demais. Neste sentido, o processo de argumentação da ação comunicativa supõe que os participantes identifiquem seus próprios interesses e necessidades, porém constantemente abertos a uma interpretação discursiva, isto é, expostos a um processo de revisão, do qual *todos* tomam parte”.⁴¹⁷

⁴¹⁶ FIEDLER, Regina Célia do Prado. A Teoria da Ação Comunicativa de Habermas e uma nova Proposta de Desenvolvimento e Emancipação do Humano. Revista **Educação**, - I (1): 93-100, 2006 Universidade de Guarulhos, p. 93-100.

⁴¹⁷ PIZZI, Jovino. Os ajustes de Habermas aos pressupostos ideais do entendimento lingüístico: um (re)estudo do nível 6 do desenvolvimento moral. In: PINZANI, Alessandro, DUTRA, Delamar José Volpato.(Organizadores). **Habermas em discussão**: Anais do Colóquio Habermas. Florianópolis: NEFIPO, 2005. p. 26.

Nível pós-tradicional

Por nível pós-tradicional entende-se ser o momento em que as decisões são tomadas com base em uma reflexão mais ou menos continua acerca das condições de ação de cada um.⁴¹⁸ Além disso, refere-se a um momento em que uma sociedade “já não pode mais contar com fundamentos últimos baseados no sagrado ou em uma ‘razão absoluta’ que *a priori* forneçam respostas universais à solução de problemas que vão desde os comportamentos desviantes ocorridos em seu interior, até à questão mais básica concernente àquilo que mantém unidos os indivíduos, isto é, daquilo que os torna uma comunidade e não um mero aglomerado de pessoas”.⁴¹⁹ Ainda, para Anthony Giddens, “Uma ordem pós-tradicional não é uma ordem na qual a tradição tenha desaparecido – longe disso. É uma ordem em que a tradição muda de status. As tradições devem explicar-se, tornar-se abertas à interrogação ou ao discurso.”⁴²⁰

Normas de ação

“Eu entendo por ‘normas de ação’ expectativas de comportamento generalizadas temporal, social e objetivamente”.⁴²¹

Pessoa racional

“Chamamos racional uma pessoa que interpreta suas necessidades a luz dos *standards* de valor apreendidos em sua cultura; mas, sobretudo, quando é capaz

⁴¹⁸ LIMA, Fernando Roque de. Turismo, inovações e desarticulação das atividades tradicionais. In: **Scripta Nova** – Revista electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona, no. 69 (59), 1 de agosto de 2000. Disponível em: <<http://www.ub.es/geocrit/sn-69-59.htm>>. Acesso em 11 de setembro de 2008.

⁴¹⁹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Interpretação jurídica no marco do Estado Democrático de Direito: um estudo a partir do sistema de controle difuso de constitucionalidade no Brasil. In: **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3588>>. Acesso em: 11 set. 2008.

⁴²⁰ GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade**: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas. Tradução de Magda França Lopes. São Paulo: Ed. Unesp, 1994., p. 39.

⁴²¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 142.

de adotar uma atitude reflexiva frente aos *standards* de valor com que interpreta suas necessidades”.⁴²²

Positividade

“O direito moderno se rege como um direito positivamente instituído. Não se forma por interpretação de tradições sagradas e conhecidas, mas expressa a vontade de um legislador soberano, que, fazendo uso de um meio de organização que é o direito, regula, de forma convencional, situações sociais”.⁴²³

Pragmática universal

Para Habermas, pragmática universal corresponde ao “programa de investigação que possui por fim reconstruir a base universal de validade da fala”.⁴²⁴ Além disso, “A pragmática universal, ressalta Pinzani, consiste numa reconstrução de transposição do saber pré-teórico (*know how*) de sujeitos capazes de falar e agir em um saber explícito (*know that*)”.⁴²⁵

Pretensões universais de validade no ato de fala

Em todo o ato de linguagem, isto é, com a fala, busca-se o entendimento com outrem acerca de algo no mundo. Na busca desse entendimento, adota-se um enfoque performativo, ou seja, uma *performance*, o que implica a aceitação de certos pressupostos. Precisamente, adota-se as seguintes pretensões universais de validade: o falante deve expressar-se de modo a se fazer compreender; sua

⁴²² Original: “Llamamos racional a una persona que interpreta sus necesidades a la luz de los estándares de valor aprendidos en su cultura; pero sobre todo, cuando es capaz de adoptar una actitud reflexiva frente a los estándares de valor con que interpreta sus necesidades”. HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa I: racionalidad de la acción y racionalización social**. Tradução de Manuel Jiménez Redondo De Madrid: Taurus, 1999. p. 39.

⁴²³ Original: “*Positividad*. El derecho moderno rige como un derecho positivamente estatuido. No se forma por interpretación de tradiciones sagradas y reconocidas, sino que expresa más bien la voluntad de un legislador soberano, que, haciendo uso del medio de organización que es el derecho, regula convencionalmente situaciones sociales”. HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa I: racionalidad de la acción y racionalización social**. Tradução de Manuel Jiménez Redondo De Madrid: Taurus, 1999. p. 336.

⁴²⁴ Original: “He propuesto el nombre de <<pragmática universal>> para el programa de investigación que tiene por objeto reconstruir la base universal de validez del habla” HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa: Complementos y estudios previos**. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. 2a. Ed. Madrid: Cátedra, 1994, p. 302.

⁴²⁵ FELDHAUS, Charles. Resenha do livro: Jürgen Habermas, de Alessandro Pinzani. München: C. H. Beck Verlag, 2007. Publicado na **Revista ethic@** - Florianópolis v. 7, n. 1 p. 109 – junho 2008, p. 111.

comunicação se dá através de conteúdo proposicional verdadeiro, a saber, ela dá a entender algo; suas intenções são expressas verazmente de modo que se firme um entendimento a partir do que é comunicado; sua manifestação tem que ser correta para que seja possível o entendimento. Mister ressaltar que essas pretensões de validade da fala comunicam-se às formas de vida e comunicativamente são reproduzidas.⁴²⁶

Princípio da ética do discurso

“O princípio da ética do Discurso refere-se a um *procedimento*, a saber, o resgate discursivo de pretensões de validade normativas; nessa medida, a ética do Discurso pode ser corretamente caracterizada como *formal*. Ela não indica orientações contedísticas, mas um processo: o Discurso prático. Todavia, este não é um processo para a geração de normas justificadas, mas, sim, para o exame da validade de normas propostas e consideradas hipoteticamente. Os Discursos práticos têm que fazer com que os seus conteúdos lhes sejam dados. Sem o horizonte do mundo da vida de um determinado grupo social e sem conflitos de ação numa determinada situação, na qual os participantes considerassem como sua tarefa a regulação consensual de uma matéria social controversa, não teria sentido querer empreender um Discurso prático. A situação inicial concreta de um acordo normativo perturbado, ao qual os Discursos práticos se referem em cada caso como um antecedente, determina os objetos e problemas que ‘estão na vez’ de serem debatidos. Formal, por conseguinte, esse procedimento não o é no sentido da abstração de conteúdos. Em sua abertura, o Discurso precisa justamente que os conteúdos contingentes ‘dêem entrada’ nele. Todavia, esses conteúdos serão processados no Discurso de tal sorte que os pontos de vista axiológicos particulares acabem por ser deixados de lado, na medida em que não são passíveis de consenso; não será esta seletividade que torna o processo imprestável para a solução de questões práticas? Se definimos as questões práticas como questões do ‘bem viver’, que se referem em cada caso

⁴²⁶ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Co-edição Mandamentos e Fortlivros, 1999, p. 109.

ao todo de uma forma de vida individual, o formalismo ético é de fato decisivo: o princípio da universalização funciona como uma faca que faz um corte entre ‘o bom’ e ‘o justo’, entre enunciados valorativos e enunciados estritamente normativos. Os valores culturais encerram, é verdade, uma pretensão de validade intersubjetiva, mas encontram-se tão entrelaçados com a totalidade de uma forma de vida particular que não podem originariamente pretender uma validade normativa no sentido estrito – eles *candidatam-se*, em todo o caso, a materializar-se em normas que dêem vez a um interesse universal”.⁴²⁷

Princípio do discurso (ou princípio D)

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

‘D: São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais’.⁴²⁸

Princípio da universalização (ou princípio U)

O princípio U pode ser assim formulado: “Só é imparcial o ponto de vista a partir do qual são passíveis de universalização exatamente aquelas normas que, por encarnarem manifestamente um interesse comum a todos os concernidos, merecem assentimento intersubjetivo”.⁴²⁹ A partir desse entendimento, “qualquer norma válida deve [...] satisfazer a condição segundo a qual as consequências e os efeitos secundários que (de maneira previsível) provêm do fato de que a norma

⁴²⁷ HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. 2a. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, Biblioteca Tempo Universitário- 84, 2003, p. 126.

⁴²⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 142.

⁴²⁹ HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, Biblioteca Tempo Universitário n. 84 – Série Estudos Alemães, 1989, p. 86.

é universalmente observada na intenção de satisfazer com que os interesses de cada um possam ser aceitos por todos os envolvidos (e preferidas às repercussões das outras possibilidades conhecidas do ordenamento).⁴³⁰

Racionalidade comunicativa

“É uma racionalidade inerente ao uso da linguagem (não à linguagem em si mesma) quando voltada para a produção de um consenso entre seus membros, tornada visível na força que possui para assegurar horizontes de saberes, valores e expectativas comuns, a partir do qual os participantes na comunicação podem referir-se a algo no mundo objetivo e idêntico para todos”.⁴³¹ Este conceito de uma racionalidade comunicativa é permeado de conotações que remontam, em última instância, à importante experiência da força do discurso argumentado, capaz de suscitar um acordo sem constrangimento e de criar um consenso. Através deste discurso argumentativo, os diferentes interlocutores excedem a subjetividade inicial das suas concepções racionalmente fundamentadas e asseguram-se ao mesmo tempo da unidade do mundo objetivo e intersubjetivo da sua vida”.⁴³²

⁴³⁰ Original: “Toute norme valable doit [...] satisfaire la condition selon laquelle les conséquences et les effets secondaires qui (de manière prévisible) proviennent du fait que la norme a été universellement observée dans l’intention de satisfaire les intérêts de tout un chacun peuvent être acceptés pour toutes les personnes concernées (et préférés aux repercussions des autres possibilités connues de règlement)”. HABERMAS, Jürgen. **Morale et communication**: conscience morale et activité communicationnelle. Traduction de Christian Bouchindhomme. Paris: Cerf, 1986. p. 86-87.

⁴³¹ OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **Moralidade e Jurisdição**: A compreensão procedimentalista do direito em Jürgen Habermas. Orientação de Dr. Sérgio Cademartori. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, 2006. p. 41.

⁴³² Original: “Ce concept d’une rationalité communicationnelle est chargé de connotations qui remontent, en dernière instance, à l’expérience centrale de la force proper au discours argumenté, capable de susciter un accord sans contrainte et de créer un consensus; au moyen de ce discours argumenté, les différents interlocuteurs dépassent la subjectivité initiale de leurs conceptions rationnellement motivées s’assurent en même temps de l’unité du monde objectif et de l’intersubjectivité de leur vie”. HABERMAS, Jürgen. **Logique des sciences sociales et autres essais**. Traduction de Rainer Rochlitz. Paris: PUF, 1982, p. 445.

Real e verdadeiro

“Real” é o que pode ser representado em proposições verdadeiras, ao passo que “verdadeiro” pode ser explicado a partir da pretensão que é levantada por um em relação ao outro no momento em que assevera uma proposição. Com o sentido assertórico de sua afirmação, um falante levanta a pretensão, criticável, à validade da proposição proferida; e como ninguém dispõe diretamente de condições de validade que não sejam interpretadas, a “validade” (*Gültigkeit*) tem de ser entendida epistemicamente como “validade que se mostra para nós” (*Geltung*). A justificada pretensão de verdade de um proponente deve ser defensável, através de argumentos, contra objeções de possíveis oponentes e, no final, deve poder contar com um acordo racional da comunidade de interpretação em geral.⁴³³

Sistema

“O sistema é sede das instituições existentes e está baseado não somente no ponto de vista e experiência ou dos assuntos atuais, mas na perspectiva do outro. Disso decorre o crescimento das instituições, das estruturas, economia de troca e a racionalidade formal (a racionalidade formal encontra-se vinculada à ação social em relação aos fins). Configura-se no reino do poder, em que alguns desenvolvem meios de exercer o poder sobre os demais. As instituições de ensino, locais de trabalho e instituições políticas fazem parte do sistema. O sistema é o domínio da racionalidade formal, enquanto que o mundo da vida é a sede da racionalidade substantiva (esta racionalidade está associada à ação social em relação a valores)”.⁴³⁴

⁴³³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 32.

⁴³⁴ “The system is the set of institutions that exist that are based not so much on the viewpoint an experiences of acting subjects, but on the perspective of others. These involve the growth of institutions and structures, economy and exchange, and formal rationality. These are the realm of power, whereby some are able to develop means of exercising power over others and dominating them. Educational institutions, workplaces, and political institutions are part of the system. The system is the domain of formal rationality, while the life-world is the site of substantive rationality”. RITZER, George. **Sociological Theory**, 4th edition. New York: McGraw-Hill, 1996, p. 549. Disponível em: <http://uregina.ca/~gingrich/m1600.htm>. Acesso em 10 de agosto de 2008.

Situação ideal de fala

“Denomino ideal a uma situação de fala em que as comunicações não somente não vêm impedidas por influxos externos contingentes, mas tampouco pelas coações que se seguem decorrentes da própria estrutura da comunicação. A situação ideal de fala exclui as distorções sistemáticas da comunicação. E a estrutura da comunicação deixa de gerar coações para todos os participantes do discurso quando é dada uma distribuição simétrica das oportunidades de eleger e executar os atos de fala. Desta exigência geral e simétrica podem deduzir-se para as distintas classes de atos de fala exigências especiais de equidistribuição das oportunidades de eleger e executar atos de fala. As situações ideais de fala têm que cumprir, primeiramente, duas condições triviais: 1) Todos os participantes potenciais em um discurso têm que possuir a mesma oportunidade de empregar atos de fala comunicativos, de sorte que em todo o momento tenham a oportunidade tanto de abrir um discurso como de perpetuá-lo mediante intervenções e réplicas, perguntas e respostas. 2) Todos os participantes do discurso devem possuir igual oportunidade de fazer interpretações, afirmações, recomendações, dar explicações e justificações e de problematizar, concordar ou refutar as pretensões de validade, de sorte que nenhum prejuízo seja subtraído da tematização e da crítica. Não triviais são as duas condições seguintes, que as condições ideais de fala terão de cumprir para que fique garantido que os participantes possam empreender um discurso e não simplesmente imaginarem-se estar desenvolvendo um discurso quando, na verdade, estão comunicando submetidos às coações da ação. Não deixa de ser surpreendente que a situação ideal de fala exija determinações que somente mediatamente se referem aos discursos, mas imediatamente afetam a organização dos contextos de ação. Pois a liberdade do discurso livre das coações da ação somente é possível no contexto da ação comunicativa pura: 3) Para o discurso somente se permitem falantes que como agentes, ou seja, nos contextos de ação, tenham iguais oportunidades de empregar atos de fala representativos, isto é, de expressar suas atitudes, sentimentos e desejos. Pois somente a recíproca sintonia dos espaços de expressão individual e a complementaridade no jogo de proximidade e distância nos contextos de ação garantem que os agentes, também como participantes do

discurso, sejam verdadeiros uns com os outros e transparentes em sua natureza interna. 4) Para o discurso somente se permitem falantes que como agentes tenham a mesma oportunidade de executar atos de fala regulativos, ou seja, permitir e proibir, fazer e retirar promessas, dar razões e exigí-las. Pois somente a completa reciprocidade de expectativas de comportamento, que exclui privilégios no sentido de normas de ação e valoração que somente obriguem unilateralmente, pode garantir que a equidistribuição formal das oportunidades de iniciar uma discussão e prosseguí-la se execute facticamente para deixar em suspenso coações da realidade e passar ao âmbito de comunicação livre de experiências e desbloqueado da ação que é o discurso”.⁴³⁵

⁴³⁵ Original: “Llamo ideal a una situación de habla en que las comunicaciones no solamente no vienen impedidas por influjos externos contingentes, sino tampoco por las coacciones que se siguen de la propia estructura de la comunicación. La situación ideal de habla excluye las distorsiones sistemáticas de la comunicación. Y la estructura de la comunicación deja de generar coacciones solo si para todos los participantes en el discurso está dada una distribución simétrica de las oportunidades de elegir e ejecutar actos de habla. De esta exigencia general de simetría pueden deducirse para las distintas clases de actos de habla exigencias especiales de equidistribución de las oportunidades de elegir y ejecutar actos de habla. Las situaciones ideales de habla tienen que cumplir, primero, dos condiciones triviales: 1) Todos los participantes potenciales en un discurso tienen que tener la misma oportunidad de emplear actos de habla comunicativos, de suerte que en todo momento tengan la oportunidad tanto de abrir un discurso como de perpetuarlo mediante intervenciones y replicas, preguntas y respuestas. 2) Todos los participantes en el discurso tienen que tener igual oportunidad de hacer interpretaciones, afirmaciones, recomendaciones, dar explicaciones y justificaciones y de problematizar, razonar o refutar las pretensiones de validez de ellas, de suerte que a la larga ningún prejuicio queda sustraído a la tematización y la crítica. No triviales son las dos condiciones siguientes, que las situaciones ideales de habla han de cumplir para que quede garantizado que los participantes puedan en efecto emprender un discurso, y no simplemente imaginarse estar desarrollando un discurso cuando en realidad están comunicando bajo las coacciones de la acción. No deja de ser sorprendente que la situación ideal de habla exija determinaciones que solo mediatamente se refieren a los discursos, pero que inmediatamente afectan a la organización de los contextos de acción. Pues la liberación del discurso respecto de las coacciones de la acción sólo es posible en el contexto de la acción comunicativa pura: 3) Para el discurso sólo se permiten hablantes que como agentes, es decir, en los contextos de acción, tengan iguales oportunidades de emplear actos de habla representativas, esto es, de expresar sus actitudes, sentimientos y deseos. Pues sólo la recíproca sintonización de los espacios de expresión individual y la complementariedad en el juego de proximidad y distancia en los contextos de acción garantizan que los agentes, también como participantes en el discurso, sean también veraces unos con otros y hagan transparente su naturaleza interna. 4) Para el discurso sólo se permiten hablantes que como agentes tengan la misma oportunidad de emplear actos de habla regulativos, es decir, de mandar y oponerse, de permitir y prohibir, de hacer y retirar promesas, de dar razón y exigirla. Pues sólo la completa reciprocidad de expectativas de comportamiento, que excluye privilegios en el sentido de normas de acción y valoración que sólo obliguen unilateralmente, puede garantizar que la equidistribución formal de las oportunidades de abrir una discusión y proseguirla, se emplee también fácticamente para dejar en suspenso las coacciones de la realidad y pasar al ámbito de comunicación exento de experiencia y descargado de acción que es el discurso”. HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa**: Complementos y estudios previos. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 2a. Ed. Madrid: Cátedra, 1994, p. 153.

Soberania popular

“A soberania popular não consiste pois em uma reunião de cidadãos autônomos identificáveis como o ‘povo’, mas em um emaranhado de redes de comunicação, de foros, de corporações, em que a discussão e a decisão podem ocorrer de forma racional. Nesse sentido é que no Estado de Direito não se pode mais falar em um soberano, ou [...] em um ‘legislador político’, e sim em uma dominação organizada juridicamente que deve ser exercida em sua ligação a um direito legítimo, e que deve lidar a todo o momento com a tensão, na dimensão da validade do Direito, entre positividade e legitimidade, e no interior do sistema de direitos, entre autonomia pública e autonomia privada”.⁴³⁶

Sociedades pós-metafísicas

A expressão “sociedades pós-metafísicas” remete-se às sociedades atuais em que há um Estado de Direito positivado. As sociedades metafísicas compreendem àquelas em que predominava o jusnaturalismo racionalista.⁴³⁷

Teoria reconstrutiva da sociedade

“De modo geral, pode-se dizer que o cientista social tentará decifrar como operam essas e outras regras de natureza social e como os atores sociais geram algo em função delas. É claro que os próprios atores só têm um saber intuitivo, pré-teórico, por assim dizer, a respeito dessas regras. Cabe ao cientista ‘reconstruir’ esse saber, ‘reconstruir’ o modo como um determinado produto cultural foi gerado conforme essas regras, transformando esse saber pré-teórico em teórico. É por esse motivo que Habermas chama sua teoria de uma ‘teoria reconstrutiva da sociedade’. A expressão, recorrente em Habermas de ‘reconstrução’ se refere à investigação do sistema de regras subjacente a um determinado produto social,

⁴³⁶ REPOLÊS, María Fernanda Salcedo, **Habermas e a desobediência civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 112-113.

⁴³⁷ SOARES, Ricardo Maurício Freire. Reflexões sobre o jusnaturalismo: o direito natural como direito justo. Disponível em: <http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_abril2007/docente/doc1.doc>. Acesso em 11 de setembro de 2008.

e isso tanto num plano horizontal, sincrônico – no interior de uma determinada fase do desenvolvimento social - quanto num plano vertical, diacrônico – na articulação histórica progressiva daquele desenvolvimento”.⁴³⁸

Validade

A validade do Direito positivo é determinada pelo fato de que somente vale como Direito aquilo que obtém força de Direito por meio de procedimentos juridicamente válidos e que mantêm força de Direito, apesar da possibilidade de derrogação, dada pelo próprio Direito. Entrementes, o sentido dessa validade só se explica pela referência simultânea à sua validade social ou fática (*Geltung*) e à sua legitimidade (*Gültigkeit*). A primeira (*Geltung*) é determinada pelo grau em que consegue se impor (ou melhor, pela possível aceitação fática dos membros do Direito). Já, a segunda (*Gültigkeit*) é medida pela resgatibilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa; “e o que conta, em última instância, é o fato de elas terem surgido num processo legislativo racional – ou o fato de que elas poderiam ter sido justificadas sob pontos de vista pragmáticos, éticos e morais”.⁴³⁹

A validade legal relaciona as duas faces da tensão interna entre fatos e normas, entre legalidade e legitimidade, em uma inter-relação que faz o direito, por uma parte, enquanto fato social, ser forçosamente coercitivo a fim de assegurar os direitos dos cidadãos e, por outra, enquanto procedimento (procedimentos jurídicos cujos conteúdos asseguram a multiplicidade de perspectivas do mundo da vida) para conformar a lei, aberto a uma racionalidade discursiva legitimadora, democraticamente organizada. Aqui está uma das maiores contribuições de Habermas para a filosofia do direito [...]”.⁴⁴⁰

⁴³⁸ REPA, Luiz. A categoria do Direito no quadro da teoria da Ação Comunicativa. **Prisma Jurídico**. v. 5. São Paulo, 2006. p. 189. (p. 185-204).

⁴³⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 50.

⁴⁴⁰ MARTINS, Clélia Aparecida. A teoria do discurso na filosofia do direito de Habermas. In: PINZANI, Alessandro, DUTRA, Delamar José Volpato.(Organizadores). **Habermas em discussão**: Anais do Colóquio Habermas. Florianópolis: NEFIPO, 2005. p. 74.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)