

CLÁUDIO LADEIRA DE OLIVEIRA

**A FUNDAMENTAÇÃO DO PRINCÍPIO FILOSÓFICO DE  
LEGITIMIDADE JURÍDICA EM JÜRGEN HABERMAS**

MESTRADO EM DIREITO

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
FLORIANÓPOLIS - 2000

CLÁUDIO LADEIRA DE OLIVEIRA

**A FUNDAMENTAÇÃO DO PRINCÍPIO FILOSÓFICO DE  
LEGITIMIDADE JURÍDICA EM JÜRGEN HABERMAS**

Dissertação apresentada à banca examinadora do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do professor doutor Edmundo Lima de Arruda Júnior.

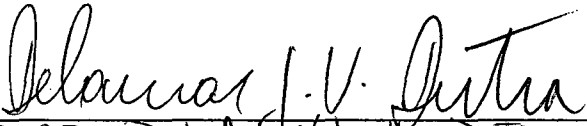
FLORIANÓPOLIS - 2000

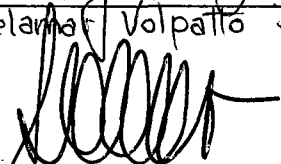
A FUNDAMENTAÇÃO DO PRINCÍPIO FILOSÓFICO DE LEGITIMIDADE  
JURÍDICA EM JÜRGEN HABERMAS

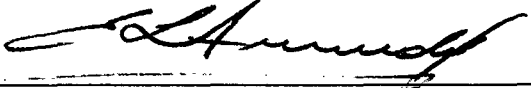
CLÁUDIO LADEIRA DE OLIVEIRA

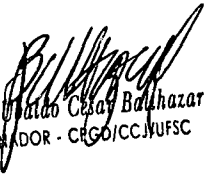
Dissertação de mestrado defendida e aprovada pela banca examinadora, constituída pelos senhores:

Banca Examinadora:

  
Prof. Dr. Delamar Volpato Dutra

  
Prof. Dr. Sérgio V. Cadermattori.

  
Orientador: Prof. Dr. Edmundo Lima de Arruda Júnior

  
Prof. Dr. Paulo César Balhazar  
COORDENADOR - CEG/CC/UFSC

Florianópolis, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2000.

*Senhor! Senhor!  
quem vos salvará  
de vossa própria, de vossa terrível  
estremendona  
inkomunikhassão?*

Carlos Drummond de Andrade – *As Impurezas do Branco*

*Cuántas veces me pregunto si esto no es más  
que escritura, en un tiempo en que corremos  
al engaño entre ecuaciones infalibles y  
máquinas de conformismos.*

Julio Cortázar - *Rayuela*

Para

Plácido Manoel de Oliveira,  
Livia Cortes Ladeira de Oliveira,  
Stela Cortes Ladeira e  
Caroline Ladeira de Oliveira.

Com amor.

A presente dissertação de mestrado possui como objeto a apresentação do tópico central da filosofia do direito do pensador alemão Jürgen HABERMAS. Trata-se de descrever a fundamentação, realizada por este pensador, de um princípio racional e discursivo apto a servir de critério em questões de disputa de pretensões de legitimidade de sistemas jurídicos. Este princípio assume a forma de um “princípio da democracia”, e consiste numa especificação de um princípio discursivo apto à ponderação de pretensões de validade normativa em geral, e que é concebido como núcleo de um sistema de direitos, capazes de sustentar uma autoridade não-contingente para os princípios do Estado Democrático de Direito.

La presente disertación de mestrado tiene como su objeto la presentación del tópico central de la filosofía del derecho del pensador alemán Jürgen HABERMAS. Consiste el trabajo en una descripción de la fundamentación, hecha por este mismo pensador, de un principio racional y discursivo, que tiene la aptitud de servir de criterio en cuestiones de disputa entre pretensiones de legitimidad de sistemas jurídicos. Este principio tiene la forma de un “principio de la democracia”, e consiste en una especificación de un principio discursivo capaz de ponderación de pretensiones de validez normativa en general, y que es concebido como núcleo de un sistema de derechos, capaces de sostener una autoridad no-contingente para los principios del Estado Democrático de Derecho.

## Agradecimentos

Este trabalho não seria possível sem o inestimável estímulo de meu orientador, Prof. Dr. Edmundo Lima de Arruda Júnior. Não apenas pelas críticas e sugestões recebidas durante a realização desta dissertação, que apenas fazem comprovar uma vez mais seu vínculo militante com um pensamento radicalmente crítico e comprometido com seu tempo, como também pelo apoio pessoal e companheirismo, que vão bem além da esfera acadêmica, dedicado não apenas a mim, mas a toda uma legião de orientandos seus. Por tudo, minha sincera gratidão.

Agradeço também ao Prof. Dr. Delamar Volpato Dutra, do Dpto. de Filosofia da UFSC. Seu raro despreendimento – incapaz de poupar esforços, sua leitura atenta deste trabalho e sobretudo sua crítica paciente e esclarecedora, não apenas auxiliaram-me na penosa tarefa de aproximação deste autor tão complexo quanto rico, que é Jürgen Habermas, como também permitiu-me realizar correções fundamentais no texto original, ainda que o resultado final não esteja à altura da confiança empenhada. Certamente que a contribuição deste professor não pode encerrar-se no âmbito pessoal deste pequeno trabalho: sua maior proximidade com este CPGD não apenas confirmará a tradição crítica e interdisciplinar do curso como também proporcionará trabalhos de qualidade exemplar. Que a grata surpresa que foi conhecê-lo possa ser traduzida em sincera amizade.

De volta ao início: ao mestre e amigo Prof. Dr. Luís Alberto Scaloppe, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso, reafirmo uma vez mais minha gratidão. Em suas aulas, nos semestres iniciais do curso de graduação, demonstrou-me ser possível conjugar a prática acadêmica radicalmente rigorosa com a atividade política mais cotidianamente democrática. E sem seu auxílio, ininterrupto no decorrer de todos estes

anos, nem mesmo o pequeno trajeto percorrido seria possível. Espero apenas, no futuro, fazer jus às lições recebidas, das quais a maior de todas foi sem dúvida o exemplo.

Ao Prof. Dr. Sergio U. Cadermatori agradeço não apenas ao desprendimento com que dispôs-se a fazer parte da banca examinadora, como também às sugestões diversas vezes fornecidas em nossas discussões. Em suas aulas pude não apenas desenvolver inicialmente temas que posteriormente resultaram no primeiro capítulo deste trabalho, como também, o que é mais importante, pude participar de um diálogo crítico e aberto com temas contemporâneos da Filosofia do Direito.

A Katie Silene Argüello, pelas críticas que tanto auxiliaram na fase final deste trabalho, e certamente servirão ainda mais no futuro.

Aos amigos Adriano De Bortolli, Almir Pilon, Cláudia Rivera Bohn, Gerson dos Santos Sicca, Geyson Gonçalves, Gustavo Fontana Pedrollo e Rogério Duarte, pelo apoio recebido em minha estadia em Florianópolis.

Gostaria de registrar também meu agradecimento às secretárias do CPGD/USFC, pelo carinho e prontidão jamais negado, e à CAPES, cujo apoio financeiro permitiu a realização desta pesquisa.

Por fim, mas jamais com menor importância, agradeço ao meus pais, o Plácido e a Livinha, à minha irmã Caroline e a Stella. Sem seu amor e compreensão – 24 hs por dia!, muito mais que este trabalho não haveria sido possível. Um abraço.

Florianópolis, Fevereiro de 2000.



# Sumário

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO 1 – A DISSOLUÇÃO EMPÍRICA DO CONCEITO DE LEGITIMIDADE</b> .....	<b>17</b>
1.1 LEGITIMIDADE E VALIDADE EM MAX WEBER .....	19
1.1.1 <i>A Sociologia jurídica de Max WEBER</i> .....	20
1.1.2 <i>A reconstrução habermasiana da sociologia de WEBER</i> .....	24
1.2. O “MÍNIMO DE EFICÁCIA” EM HANS KELSEN .....	34
1.3. OS FUNDAMENTOS DOS DIREITOS HUMANOS EM NORBERTO BOBBIO .....	42
<b>CAPÍTULO 2 - A PONDERAÇÃO RACIONAL DE PRETENSÕES DE VALIDADE NORMATIVA EM GERAL: O PRINCÍPIO DO DISCURSO</b> .....	<b>48</b>
2.1 - OS TIPOS RACIONAIS DE AÇÃO SOCIAL EM HABERMAS .....	49
2.2 - O CONCEITO DE “MUNDO-DA-VIDA” .....	59
2.3 - A ÉTICA DO DISCURSO .....	70
<b>CAPÍTULO 3 - A PONDERAÇÃO RACIONAL DE PRETENSÕES DE VALIDADE NORMATIVA NO ÂMBITO JURÍDICO: O PRINCÍPIO DA DEMOCRACIA E O PARADIGMA PROCEDIMENTAL</b> .....	<b>89</b>
3.1 A RELAÇÃO ENTRE MORAL E DIREITO .....	90
3.2 O PRINCÍPIO DA DEMOCRACIA E O SISTEMA DE DIREITOS .....	94
3.3 A RELAÇÃO COMPLEMENTAR ENTRE O SISTEMA JURÍDICO E O PODER POLÍTICO .....	108
3.3.1 <i>Uma descrição “funcionalista” das relações entre os códigos do Poder e do Direito</i> .....	109
3.3.2 <i>Dois tipos de poder político: administrativo e comunicativo</i> .....	114
3.4 UM MODELO DE FORMAÇÃO DO DIREITO LEGÍTIMO .....	117
3.5 OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA PERSPECTIVA DA TEORIA DO DISCURSO .....	122
3.6 O PARADIGMA JURÍDICO “PROCEDIMENTAL” .....	125
3.6.1 <i>A definição de “paradigma jurídico”</i> .....	126
3.6.2 <i>A disputa entre os paradigmas “liberal” e “social”</i> .....	129
3.6.3 <i>A Definição do Paradigma Jurídico Procedimental</i> .....	133
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>137</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>146</b>

## Introdução

No primeiro prefácio à *Crítica da Razão Pura*, KANT traçou uma distinção entre os três estágios assumidos pelo pensamento filosófico: o dogmatismo, o ceticismo e a crítica. A cada um deles corresponderia uma forma específica de relação com a validade veritativa. Os dogmáticos são comparáveis aos governantes despóticos, pela forma como apropriam-se da verdade. Eles são superados pelos cépticos, cuja “*repugnância em se estabelecer definitivamente numa terra*”<sup>1</sup> contesta não apenas os diversos conteúdos da verdade dogmática mas também as próprias pretensões universalistas da *verdade*. Sob a preponderância destas, a filosofia recai em anarquia, pela ausência de ordem científica. A pretensão de KANT é apresentar a forma crítica de filosofia: “*um convite à razão para de novo empreender a mais difícil das suas tarefas, a do conhecimento de si mesma e da constituição de um tribunal que lhe assegure as pretensões legítimas e, em contrapartida, possa condenar-lhe todas as presunções infundadas*”<sup>2</sup>. Algo que KANT não chega a afirmar, mas que talvez pudéssemos concluir, é que a autoridade da filosofia crítica é comparável à de um governo democrático constitucional, por oposição ao despotismo e à anarquia. De fato, ele afirma: “*A nossa época é a época da crítica, à qual tudo tem que submeter-se. A religião, pela sua santidade e a legislação, pela sua majestade, querem igualmente subtrair-se a ela. Mas então suscitam contra elas justificadas suspeitas e não*

---

<sup>1</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*, trad. Manulela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão, 3a ed.- Lisboa: FKG, 1994, p. 4.

<sup>2</sup> Idem, p. 5.

*podem aspirar ao sincero respeito, que a razão só concede a quem pode sustentar o seu livre e público exame.*"<sup>3</sup>

A possibilidade de afirmar a verdade de algo não decorre apenas da imediata referência a conteúdos presentes numa cultura ou socialmente aceitos como válidos, pois também estes conteúdos, para a filosofia crítica, precisam ser justificados. Trata-se de um critério formal, que exige a configuração de um espaço onde possamos participar de um "livre e público exame" das pretensões de validade em jogo. Novamente a comparação assume contornos políticos: também a legislação jurídica só faz jus ao "sincero respeito" se passa pelo teste da crítica pública.

Estas observações iniciais servem para apresentar um importante tema da filosofia jurídica: como falar da legitimidade do Direito, superando tanto o jusnaturalismo como o positivismo jurídico? Enquanto jusnaturalistas assemelham-se aos dogmáticos de KANT - pois já dispõem de valores absolutamente válidos e isentos de crítica, os positivistas assumem o aspecto de cépticos - já que rejeitam qualquer afirmação universalista da legitimidade de normas. Mas ainda que isto seja verdadeiro, cabe uma pergunta: é possível então uma filosofia jurídica que assuma os padrões da crítica kantiana, isto é, que seja capaz de sustentar uma oposição consistente tanto ao jusnaturalismo quanto ao positivismo?

Há muito que a Filosofia já não pode abordar a legitimidade do Direito sem despertar a suspeita de um retorno a formulações jusnaturalistas. Isto pode ser uma consequência natural do descrédito que parece atingir a *metafísica*, desde o advento da era moderna. De todo modo, o fato é que desde KANT e HEGEL pouquíssimos filósofos intentaram realizar algo explicitamente denominado "Filosofia do Direito". Apenas muito recentemente Otfried HÖFFE<sup>4</sup> e John RAWLS<sup>5</sup> arriscaram-se a reformular, na tradição do pensamento liberal, formulações filosóficas sobre a justiça mediante argumentos cuja qualidade é inegável. Mas também aqui o caminho que leva de uma "Justiça Política" a uma "Filosofia do Direito" não está livre de obstáculos.

---

<sup>3</sup> Idem, p. 5.

<sup>4</sup> HÖFFE, Otfried. *Justiça Política: fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado*, trad. Ernildo Stein.- Rio de Janeiro: Vozes, 1991.

<sup>5</sup> RAWLS, John, *Uma Teoria da Justiça*, trad. Lenita Esteves e Almiro Pisetta.- São Paulo: Martins Fontes, 1997. Idem, *Liberalismo Político*, trad. Sergio René Madero Báez.- México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

A questão não decorre apenas da crise da metafísica ocidental. Ela agravou-se com o surgimento da Sociologia do Direito e seu relativo sucesso em tratar com o fenômeno institucional do Direito de um modo empírico. A verdade é que, pelo menos a partir de Max WEBER, a sociologia parece demonstrar competência para tratar do problema da legitimidade, com a peculiar vantagem de não levantar suspeitas de jusnaturalismo. Como veremos a seguir, no autor de “Economia e Sociedade” o problema é solucionado com o auxílio de um conceito empírico: a ordem é legítima quando houver de fato a probabilidade de que um número essencial de pessoas, envolvidas na ação comunitária, venha a considerá-la como válida, e orientem por ela suas ações. Este conceito de ordem jurídica dispensa o reconhecimento intersubjetivo do direito por todos os envolvidos na ação, já que à probabilidade da consideração da ordem como legítima está ligado um mecanismo de coerção social, capaz de **impor** a ordem. Pode-se questionar até que ponto esta definição nos levaria a um conceito positivista do direito, problema cuja resposta não se afigura evidente. De qualquer modo a sociologia jurídica foi capaz de produzir um conceito de legitimidade sem lançar mão de conteúdos imediatamente referidos a um “direito ideal”, recusando a tradição jusnaturalista. Acrescente-se a isto o fato de que o pensamento jurídico, desde o momento em que se viu liberto da autoridade divina e metafísica, tende a desconsiderar qualquer necessidade de justificação meta-jurídica do Direito positivo. Sendo assim, qual o sentido de uma outra abordagem da legitimidade? O que tal abordagem pode nos apresentar de novo sem que produza contra-sensos? Não correríamos o risco de retornar a uma filosofia dogmática?

O presente trabalho objetiva enfrentar as questões acima a partir das respostas fornecidas pelo pensador alemão Jürgen HABERMAS. Esta tarefa requer a exposição tanto dos fundamentos discursivos de sua filosofia prático-moral como também de sua apropriação filosófica de pontos essenciais da sociologia moderna, de modo a alcançar o conceito de “razão comunicativa”, com o qual pretende enfrentar o problema da legitimidade, indo além do positivismo sem retornar ao jusnaturalismo.

Atingimos uma formulação provisória do problema já nesta exposição inicial, mas podemos melhor defini-lo nos termos seguintes. Nas condições do pensamento pós-metafísico, qualquer tentativa de abordagem teórica da legitimidade do direito deve necessariamente partir do seguinte problema: como identificar a legitimidade sem defini-la

de um modo jusnaturalista? Entretanto, em se tratando especificamente de uma abordagem filosófica do direito, a questão inicial pode ser assim formulada: **como identificar a legitimidade do direito indo além da sociologia mas sem retornar ao jusnaturalismo?** Trata-se de um duplo obstáculo imposto a qualquer tentativa contemporânea de filosofia do direito.

De imediato poderíamos perguntar pela necessidade de promover tal abordagem, uma vez que esta se apresenta repleta de riscos e dificuldades. Não seria este um caso peculiar de “falso problema”, contra o qual WITTGENSTEIN recomendaria o silêncio<sup>6</sup>? Consistiria a resposta tão somente em suprimir a questão da legitimidade? Certamente algumas influentes respostas foram motivadas por uma espécie de semelhante temor à metafísica, posição que compartilham entre si Max WEBER e Hans KELSEN. Não obstante, é possível que ambos tenham apontado para a total diluição da legitimidade no elemento empírico de faticidade do ordenamento, o que seria um modo específico de suprimir qualquer possibilidade de abordagem racional e supra-positiva da legitimidade jurídica. Mas se por um lado esta resposta alcança sucesso frente aos jusnaturalistas, por outro ela descuida de uma questão essencial: o Direito positivo permanece carente de fundamentação. Com o descrédito do jusnaturalismo esgota-se não apenas uma das respostas por longo tempo aceitas, mas uma *forma* específica de responder. Porém, a questão por si mesma não desaparece. O fato, no qual insiste HABERMAS, é que o Direito positivo não está mais fundamentado por conteúdos valorativos imediatamente disponíveis em nossa cultura, mas isto não afasta o problema de que as leis necessitam de alguma fundamentação. Apenas ocorre que esta somente pode surgir no decurso de um processo que é argumentativo e reflexivo. No primeiro capítulo, retomando os argumentos de HABERMAS, desenvolverei uma aproximação a algumas teses da sociologia e da teoria jurídicas, presentes em Max WEBER, Hans KELSEN e Norberto BOBBIO. A apropriação destes autores é feita de modo coerente com as teses de Jürgen HABERMAS.

A intenção é demonstrar, por um lado, que a sociologia jurídica não é um obstáculo, mas um instrumento do qual deve se valer qualquer filosofia jurídica conseqüente. Por

---

<sup>6</sup> Refiro-me à célebre proposição n° 7, com a qual fecha seu *Tractatus*: “Sobre aquilo de que não se pode falar, deve-se calar”, WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*, trad. Luiz Henrique Lopes dos Santos, 2ª ed. revista e ampliada.- São Paulo: EdUSP, 1994.

outro lado, para que isto ocorra a sociologia deve ser reconstruída a partir de intuições oriundas da filosofia.

No prefácio a “Faticidade e Validade”<sup>7</sup> HABERMAS recorda sua crítica, que 25 anos antes dirigira a MARX:

MARX (...) descreditou de maneira tão eficaz (...) por meio da crítica ideológica o Estado de direito burguês, a idéia de legalidade mesma, e, por meio da dissolução sociológica da base dos direitos naturais, a intenção do direito natural como tal, que, desde então, se soltou a peça que mantinha unidos direito natural e revolução. Os partidos de uma guerra civil internacionalizada dividiram o legado de um modo fatalmente unívoco: uma parte recebeu a herança da revolução, a outra, a ideologia do direito natural<sup>8</sup>.

Não que HABERMAS proponha um retorno ao jusnaturalismo, pois o que ele pretende é justamente abandonar a razão prática em benefício da razão comunicativa, com os meios da Ética do Discurso. A pretensão é reconstruir discursivamente os princípios do Estado democrático de Direito e demonstrar que eles resguardam certas liberdades comunicativas possuidoras de germes “anárquicos”. Aqui temos o reengate dos princípios do estado de Direito com o potencial revolucionário, isto é, “anárquico”, no sentido de que permitem a fundação e a manutenção do direito por meio de procedimentos de poder comunicativo. Em sua crítica a WEBER, Jürgen HABERMAS afirma que o Direito moderno, além de caracterizar-se pelo princípio da fundamentação, possui um vínculo implícito com uma necessidade de fundamentação: “*O catálogo de direitos fundamentais que contém as constituições burguesas quando estão fixadas por escrito, junto com o princípio da soberania popular, o qual vincula a faculdade de legislar a uma compreensão democrática da tomada de decisões coletivas, é expressão dessa justificação que agora se tornou estruturalmente necessária.*”<sup>9</sup>

A razão comunicativa pretende traçar uma diferença entre os princípios formais e abstratos do nível de fundamentação e a configuração empírica das ordens jurídicas na história. Veremos nos capítulos 2 e 3 que isto não implica um retorno a normas anteriores e superiores a qualquer direito positivo, como no discurso jusnaturalista. No capítulo 2 isto

---

<sup>7</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*, vol. I, trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 12.

<sup>8</sup> Idem, *Teoria y Praxis*, trad. Salvador Mas Torres, 3a ed.- Madrid: Tecnos, 1997, p. 116.

será demonstrado no nível da argumentação prática em geral, pressuposto necessário para que possamos finalmente passar ao nível seguinte, no capítulo 3, o da disputa racional entre pretensões de legitimidade dos paradigmas jurídicos. Adiantando a argumentação, a reconstrução que HABERMAS empreende dos princípios do Estado democrático de Direito pretende alcançar “os direitos que os cidadãos são obrigados a atribuir-se reciprocamente, caso queiram regular legitimamente sua convivência com os meios do direito positivo”<sup>10</sup>. Abstratamente estes direitos podem ser apresentados em cinco categorias, fruto da interligação da forma jurídica com o princípio do discurso:

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

(...)

2- Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de uma membro* numa associação politicamente autônoma da proteção jurídica individual.

3- Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.

(...)

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

(...)

5- Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de 1 a 4.<sup>11</sup>

É neste sentido que podemos vislumbrar a “legitimidade a partir da legalidade”. Não que a legalidade, a própria forma jurídica, seja capaz por si mesma de legitimar-se de modo auto-suficiente, antes pelo contrário. HABERMAS aponta como exemplo o caso conhecido de ordens jurídicas que positivaram liberdades e garantias, mas que decompuseram-se frente à inexistência de cidadãos dispostos a agir de modo livre<sup>12</sup>. A legitimidade *pode* surgir caso cidadãos dispostos a agir comunicativamente disponham de instituições que resguardem expectativas de comportamento capazes de suprir certos déficits de integração

---

<sup>9</sup> Idem, *Teoria de la Acción Comunicativa*, vol. 1, trad. Manoel Jiménez Redondo.- Madrid: Taurus, 1987, p. 338-9

<sup>10</sup> Idem, *Direito e Democracia*, op. cit. p. 158.

<sup>11</sup> Idem, *ibidem*, ps. 159-160.

<sup>12</sup> Idem, *ibidem*, p. 168.

social. O Direito na verdade não pode obrigar as pessoas a agir comunicativamente, mas pode positivizar direitos políticos que permitem a formação discursiva da opinião e da vontade.

Ao reconstruir a auto-compreensão das ordens jurídicas modernas, revelando os “germes anárquicos” dos princípios do Estado Democrático de Direito, HABERMAS pretende demonstrar que as condições de produção e reprodução da legitimidade do direito exigem uma interpretação segundo um parâmetro racional procedimental: o **princípio da democracia**. Criticando tanto interpretações da dogmática jurídica e da tradição do direito natural racional, HABERMAS pretende superar duas relações de concorrência: a primeira existente entre os direitos subjetivos e direito público; a segunda entre direitos humanos e soberania do povo. E faz isto para explicar por que a autonomia pública e privada pressupõem-se mutuamente. A primeira vista isto pode parecer um paradoxo, já que por um lado os direitos políticos individuais devem poder ser interpretados de modo a liberar o cidadão da formação discursiva da vontade política, e por outro lado o processo legislativo da autonomia pública necessita retirar sua legitimação justamente de processos discursivos de entendimento. É explicação do princípio da democracia que nos permite desvendar este falso paradoxo. De fato, o nexos interno entre os direitos humanos e a soberania coletiva, entre os direitos subjetivos e o direito público, consiste num modo discursivo do exercício da autonomia política, que a forma jurídica, na medida em que estabiliza expectativas de comportamento, visa garantir. Esta prática discursiva, que confere força legitimadora ao processo de legislação, pode ser expressa com o auxílio do Princípio da Democracia. E resulta da interligação entre o princípio do discurso e a forma jurídica. O princípio do discurso busca fundamentar imparcialmente juízos para conflitos de ação: ele exige a generalização racional de formas de vida estruturadas comunicativamente. E o direito moderno, para HABERMAS, possui como características a pretensão à fundamentação sistemática, à interpretação obrigatória e à imposição. Quando este direito moderno reveste com sua forma normativa o princípio do discurso, temos então o princípio da democracia, que permite o surgimento da legitimidade a partir da legalidade.

HABERMAS partira inicialmente de uma intuição weberiana: a de que a ordem jurídica deve ser entendida em seus momentos de legitimidade e coerção. Duas afirmações são repetidas constantemente por HABERMAS: a primeira, é a de que faticidade e validade



são fenômenos internos ao direito; a segunda, é que pretende ele interrogar-se quais os direitos que os homens deveriam mutuamente atribuir-se caso queiram organizar suas vidas legitimamente com os mecanismos do direito. Se a primeira observação encontra um paralelo visível com Max WEBER, a segunda será respondida com a reconstrução do sistema dos direitos, cuja gênese lógica HABERMAS crê ser possível reproduzir a partir da compreensão do princípio da democracia. Podemos então observar um trajeto percorrido que inicia em Max WEBER e retorna a KANT e ROUSSEAU, à impositividade da forma jurídica e à soberania da vontade coletiva manifesta em leis gerais e abstratas. Mas em tal trajeto, HABERMAS encontra o engate numa concepção discursiva de formação da opinião e da vontade política: o poder comunicativo. Isto se esclarece até mesmo pelo título de um dos capítulos centrais de “Faticidade e Validade”: “Poder comunicativo e formação legítima do direito”. E neste momento ele apropria-se criticamente de intuições formuladas por Hanna ARENDT. É o conceito comunicativo de poder que permite compreender a formação da legitimidade a partir da legalidade. E que permite superar uma deficiência presente não apenas em WEBER: a realização de uma filosofia do Direito nas condições do pensamento pós-metafísico.

Semelhante a KANT, a solução requer a configuração de um espaço público para justificação das pretensões de legitimidade. Mesmo que não possamos dispor de conteúdos universalmente válidos, podemos reivindicar um espaço público não deformado onde a discussão sobre as pretensões de legitimidade terá seu lugar. Trata-se de um critério formal e discursivo, pois seu paradigma jurídico e político é procedimental e universalista. Porém sua explicação requer a fundamentação de uma ética do discurso.

ARENDT, que relacionava a faculdade política com a natalidade, a capacidade de gerar algo novo, gostava de recordar o dito platônico: “*Pois o início é como uma divindade que se arraiga no humano e salva todas as coisas, sempre e quando seus devotos lhe tributem as honras devidas*”<sup>13</sup> (Leis, 775). Não haveria aqui uma semelhança quase que acidental com a resposta de HABERMAS? Enquanto houver espaço público onde o discurso racional possa ser posto em prática, ainda que não exista um consenso quanto ao conteúdo da legitimidade, as coisas estarão salvas.

---

<sup>13</sup> PLATÃO. *Las Leyes, o De La Legislación*, in *Obras Completas*, trad. Francisco de P. Samaranch, 2a ed.-Madrid: Aguilar, 1993, p.1380.

## Capítulo 1 – A dissolução empírica do conceito de legitimidade

Na Europa do século XIX diversos pensadores manifestaram uma desconfiança radical para com a metafísica clássica, levando ao ápice um processo iniciado com a própria modernidade. O ambiente, não apenas acadêmico, nas décadas que se seguiram a HEGEL, foi marcado “*pela viva convicção de que a filosofia havia chegado ao fim*”<sup>14</sup>. MARX revoltara-se contra os filósofos que, até então, haveriam apenas interpretado o mundo de diversas maneiras quando a questão seria transformá-lo<sup>15</sup>. É verdade que NIETZSCHE promove inversão semelhante com sua “*transvaloração*” dos valores, colocando, não a verdade, mas “*a inverdade como condição de vida*”<sup>16</sup>. Hanna ARENDT interpretou este fenômeno como o fim da tradição de nosso pensamento político, perda da autoridade e do “*mundo comum*”<sup>17</sup>. Foi neste ambiente que as cosmovisões jusnaturalistas, até então arraigadas nos valores culturais com força suficiente para oferecer fundamentos de legitimidade para a dominação política, perdem por completo sua aceitabilidade social. De modo que podemos afirmar a existência de motivações comuns à perda de legitimidade do paradigma do Direito natural e à decadência da metafísica, sem que isto implique afirmar uma identidade quanto à consistência racional dos argumentos de ambos.

---

<sup>14</sup> MARCUSE, Herbert. *Razão e Revolução: Hegel e o Advento da Teoria Social*, trad. Marília Barroso.- Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978, 2a ed., p. 242.

<sup>15</sup> MARX, Karl. *Teses sobre Feuerbach*, trad. Álvaro Pina.- Lisboa: Avante, Moscou: Progresso, 1982, p. 3, tese 11.

<sup>16</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *Além do Bem e do Mal*, trad. Paulo César de Souza.- São Paulo: Cia das Letras, 1992, p. 12.

<sup>17</sup> ARENDT, Hanna. *Entre o Passado e o Futuro*, trad. Mauro Barbosa de Almeida.- São Paulo: Perspectiva, 1992, 3a ed., p. 28 e ss.

Dito isto, torna-se problemática a tese defendida por Celso LAFER<sup>18</sup>, segundo a qual o paradigma da Filosofia do Direito haveria substituído o do Direito natural. É correta sua descrição do surgimento dos processos de racionalização formal do Direito moderno, descritos em termos de “*secularização, sistematização, positivação e historicização*”<sup>19</sup>. Ocorre porém que, desta mesma descrição do “desencantamento” dos valores tradicionais, podemos perceber que este processo não foi motivado pelo surgimento de um paradigma filosófico e sim pela desconfiança para com a metafísica e a filosofia, atitude melhor exemplificada pelo surgimento da sociologia jurídica e da teoria jurídica de cunho historicista e mais tarde positivista.

LAFER afirma que a “*explicitação de uma Filosofia do Direito é a busca de um saber confiável em matéria de Direito, provocado pela fratura na crença do Direito natural.*”<sup>20</sup>. Não há dúvidas quanto ao fato de que o pensamento jurídico do século XIX deve ser descrito em termos de uma busca por um novo saber, de caráter cognoscitivo-instrumental (“confiável”). Porém, não coube à filosofia prover esta demanda. No âmbito jurídico a elaboração deste saber foi realizada em termos empíricos, com os meios da sociologia e da dogmática jurídica. O próprio LAFER está atento para este problema, pois afirma: “*Foram as propriedades ideais do discurso científico (...) que levaram à idéia de substituir o relativismo contraditório do saber jurídico-filosófico, inverificável e não-conclusivo, pelo conhecimento científico*”<sup>21</sup> (grifo nosso). O paradigma do Direito natural conseguira reunir sob sua alçada uma grande diversidade de temas que, após a “ruptura” não se encontrarão reunidos numa filosofia do Direito. Ao invés disto, podemos observar uma pulverização de temas, doravante distribuídos pela teoria geral do Direito, Sociologia do Direito, Teoria da Justiça e Teoria política. Mais uma vez o próprio LAFER parece estar atento ao problema, já que divide as linhas de pesquisa da filosofia do Direito em preocupações correlatas a estas disciplinas<sup>22</sup>. Mas dificilmente Hans Kelsen, Max Weber e John Rawls poderiam ser postos como colegas de disciplina. Melhor seria duvidar das possibilidades de existência de uma Filosofia do Direito e conferir, por

---

<sup>18</sup> LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Uma Diálogo com o Pensamento de Hanna Arendt*. São Paulo: Cia das Letras, 1991, ps 35 e ss.

<sup>19</sup> Idem, ibidem, p. 37.

<sup>20</sup> Idem, ibidem, p. 41.

<sup>21</sup> Idem, ibidem, p. 43.

<sup>22</sup> Idem, ibidem, ps 49-79.

exemplo, à sociologia jurídica o título de disciplina autônoma. Pelo menos assim não afastaríamos o problema que deve ser solucionado, qual seja, sobre a possibilidade de estudo da legitimidade do Direito positivo. De todo modo, é necessário insistir neste ponto: não se trata de mera curiosidade literária o fato de que após as elaborações do Direito natural racional, de KANT e HEGEL, não tenha surgido, até muito recentemente, tentativas sólidas de empreender uma “Filosofia do Direito”. Tampouco é de se desconsiderar a ausência, durante o mesmo lapso de tempo, de autores ou obras que tenham afirmado novas teses de filosofia do direito (e não apenas realizado excelentes compilações em manuais), sem o que não seria possível falar, sob hipótese alguma, num novo paradigma. A afirmação, incessantemente repetida por LAFER, de que o paradigma da filosofia do direito se inicia no século XIX, deve ser confrontada com uma objeção simples: começa com que autor e com que obra? Ou a filosofia do direito está em KANT e HEGEL, e deste modo não supera o Direito natural, já que seria com ele compatível, ou ela simplesmente não inicia no século XIX sendo ainda suas possibilidades de existência algo bastante problemático.

Afirmamos que o surgimento da sociologia impôs um obstáculo às tentativas de realizar uma filosofia do Direito, e que o melhor exemplo seria encontrado na sociologia jurídica de Max WEBER. Este, como já veremos (1.1), procurou definir as tarefas da Sociologia do Direito em oposição tanto à dogmática jurídica quanto à teoria econômica. Por outro lado, Hans KELSEN (1.2) admite a possibilidade de uma Sociologia do Direito, principalmente a de WEBER, e pretende realizar uma Teoria “*do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial*”<sup>23</sup>. O que é comum em ambos é a silenciosa recusa em tentar definir uma “Filosofia do Direito”. Por fim, nem mesmo quando um jurista pergunta-se acerca dos fundamentos de legitimidade dos Direitos Humanos a questão filosófica da legitimidade parece adquirir relevância para o Direito (1.3)

## **1.1 Legitimidade e validade em Max WEBER**

Inicialmente, gostaria de deter-me na definição weberiana de Sociologia Jurídica e suas considerações quanto à legitimidade (1.1.1), para em seguida abordar a interpretação

que HABERMAS realiza de WEBER, buscando afirmar conteúdos universalistas para a racionalização do Direito moderno (1.1.2).

### 1.1.1 A Sociologia jurídica de Max WEBER

Em sua sociologia WEBER destaca que a dominação, quando baseada apenas no costume ou em interesses, torna-se instável. Daí que nas relações entre dominantes e dominados “a dominação costuma apoiar-se em bases jurídicas, nas quais funda sua ‘legitimidade’”<sup>24</sup>. Por sua vez, a legitimidade pode aparecer sob três tipos puros, em virtude de aspectos vinculados à tradição, ao carisma ou de caráter racional. Neste último caso, a “crença na legitimidade” decorre da obediência à “ordem impessoal, objetiva e legalmente estatuída e aos superiores por ela determinados”<sup>25</sup>. A vigência de uma ordem, sendo “algo mais do que a mera regularidade, condicionada pelo costume ou pela situação de interesses, do decorrer de uma ação social”, possui uma força tal que a transgressão de seus mandatos “não apenas seria prejudicial, mas – normalmente – também é abominada de maneira racional referente a valores, por seu ‘sentimento de dever’ (ainda que com graus muito variados de eficácia)”<sup>26</sup>. Graças a este sentimento de dever as ordens podem aparentar o “prestígio de ser modelar ou obrigatória, ou, conforme dizemos, ‘legítima’”<sup>27</sup>.

Estas definições iniciais podem ser aclaradas pelo desenvolvimento dos conceitos weberianos de sociologia jurídica e teoria normativa do direito:

Quando se fala de “direito”, “ordem jurídica”, e “norma jurídica”, deve-se observar muito rigorosamente a diferença entre os pontos de vista jurídico e sociológico. Quanto ao primeiro, cabe perguntar o que idealmente se entende por direito. Isto é, que significado, ou seja, que sentido normativo, deveria corresponder, de modo logicamente correto, a um complexo verbal que se apresenta como norma jurídica. Quanto ao último, ao contrário, cabe perguntar o que de fato ocorre em uma comunidade em

---

<sup>23</sup> Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado São Paulo: Martins Fontes, 1994, 4a ed., p. 1.

<sup>24</sup> WEBER, Max. *Economia y Sociedad*, trad. José Medina Echavarría et al., 2a ed.- México: Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 707.

<sup>25</sup> Idem, *Economia e Sociedade*, trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa.- Brasília, DF: Editora UnB, 1991, p. 141.

<sup>26</sup> Idem, *ibidem*, p. 19.

<sup>27</sup> Idem, *ibidem*, p. 19.

razão de que existe a probabilidade de que os homens que participam na atividade comunitária, sobretudo aqueles que podem influir consideravelmente nessa atividade, considerem subjetivamente como válida uma determinada ordem e orientem por ela sua conduta prática.<sup>28</sup>

Desde já devemos perceber que WEBER não exige que os sujeitos de fato reconheçam intersubjetivamente a ordem como ordem jurídica e passem a orientar por ela sua conduta. Ao sociólogo basta tão somente constatar a *probabilidade* de que um número relevante de pessoas reconhecerá subjetivamente como válido o sistema normativo. Trata-se de uma postura metodológica (a probabilidade de que a validade será reconhecida de forma relevante) e não de uma exigência ou constatação de fato (que seria o efetivo reconhecimento intersubjetivo por parte de todos aqueles submissos ao sistema jurídico em questão). Retornaremos neste ponto logo a seguir, mas devemos notar que aqui encontra-se um ponto chave das relações entre o conceito weberiano de sociologia jurídica e as teorias normativas do direito.

Por outro lado, a pesquisa desenvolvida pela ciência econômica interroga-se acerca das ações humanas que estão condicionadas pela necessidade de orientar-se, na realidade econômica, em suas “conexões efetivas”. Importa ressaltar que, para WEBER, a ordem econômica é definida como a distribuição do poder efetivo sobre bens e serviços econômicos, que é produzida segundo *consensus*, i.e., por meio da consciência da obrigatoriedade de certas condutas do atuar. Deste modo também aqui podemos opor tal linha de pesquisa à dogmática jurídica, já que esta procura interpretar o “reto sentido” de preceitos cujo conteúdo se apresenta como ordem determinante das condutas de certos homens. À “ciência jurídico-dogmática” interessa (1) as situações de fato passíveis de serem subsumidas nestes preceitos normativos e (2) as formas logicamente possíveis de subsunção. Pressupõe uma validade aceita como indiscutível, e procura determinar logicamente o sentido dos preceitos singulares de todas as classes, ordenando-os em um sistema isento de contradições denominado ordem jurídica. Nesta definição podemos notar que a Filosofia do Direito encontra-se ausente. Segundo HABERMAS,

WEBER pensa que o trabalho reconstutivo e analítico dos conceitos é atribuição da ciência do Direito; aqui ele não distingue suficientemente entre dogmática jurídica, teoria do direito e filosofia do Direito. O descuido em relação à filosofia do

---

<sup>28</sup> Idem, *ibidem*, p. 209.

direito talvez se deva ao fato de ele manter uma atitude céptica em relação a princípios cognotivistas na teoria moral (do modo como hoje é representada atualmente por RAWLS e pela Teoria do Discurso). Ao atribuir a reconstrução das condições do sentido e da validade unicamente à dogmática jurídica, WEBER sublinha mais a oposição entre essas duas perspectivas metódicas do que o nexó que ele julga estar pelo menos implícito<sup>29</sup>

Retornaremos a este ponto da crítica de HABERMAS no próximo Item. De todo modo, é o conceito empírico de validade jurídica que permite compreender sociologicamente as ordens jurídica e econômica. Neste caso a ordem jurídica “*não significa um cosmos lógico de normas ‘corretamente’ inferidas, mas sim um complexo de motivações efetivas do atuar real*”<sup>30</sup>. E para que exista a validade jurídica, segundo este conceito empírico, não é necessário que a obrigação seja reconhecida intersubjetivamente, pelos sujeitos do Direito, como obrigação jurídica. Na verdade, que as pessoas se conduzam observando conscientemente os mandamentos prescritos pela ordem jurídica é um fator sob muitos aspectos relevante, porém: ...

isto não implica que *todos* ou sequer a maioria dos participantes naquelas ações se comportem assim por esse motivo. Ao contrário, isso nunca ocorre. Amplas camadas dos participantes comportam-se de acordo com a ordem jurídica ou porque o mundo circundante o aprova e desaprova o oposto, ou por habituarem-se inconscientemente às regularidades da vida que se tornaram costume, mas não por obediência sentida como dever jurídico. Se esta última atitude fosse universal, então o direito perderia completamente seu caráter subjetivo de direito e só seria observado, subjetivamente, como mero costume. Mas enquanto existe a probabilidade de que um aparato coativo, num caso dado, force o cumprimento daquelas normas, temos de considerá-las “direito”. (...) O “direito” é para nós uma “ordem” com certas garantias específicas da probabilidade de sua vigência empírica.<sup>31</sup>

Este conceito weberiano também dispensa a certeza da eficácia da coação, e isto por que a validade jurídica decorre do fato da *probabilidade da orientação* da ação pela ordem normativa, mas não do efetivo resultado da aplicação desta ordem. Neste sentido, o Direito caracteriza-se por ser uma ordem dotada de garantias especiais sobre a probabilidade de sua validade empírica. E no caso em que estas garantias consistam na existência de um aparato coativo formado por pessoas, designadas juridicamente, dispostas a impor a ordem prescrita

---

<sup>29</sup> HABERMAS, J. *Direito e Democracia*, op. cit., p. 99.

<sup>30</sup> WEBER, M. *Economia e Sociedade*, op. cit., p. 252.

<sup>31</sup> Idem, *ibidem*, p. 210.

por meio de medidas coativas, então estaremos diante de “Direito objetivo garantido”. Os conceitos de “validade jurídica” e “Direito objetivo garantido” possuem como suporte teórico o conceito de “coação jurídica”, que WEBER define como a atividade que busca impor a obediência a uma ordem enquanto tal, de modo puramente formal, pelo simples fato de que se admite sua validade obrigatória, e não por razões de conveniência pessoal ou outras motivações relacionadas às condições materiais. Assim, verifica-se a existência de Direito “garantido” somente nos casos em que exista a probabilidade de que, chegado o caso, pessoas especialmente designadas para tanto farão funcionar a coação jurídica.

Obviamente nem todo direito garantido o está pelo uso direto da coação física. Trata-se daqueles casos nos quais o aparato coativo somente pode ser posto em movimento por meio de “queixa” jurídica. Aqui a sociologia weberiana pode afirmar a existência de Direito “garantido” caso esteja prevista a ação do aparato coativo mediante o uso não violento desta coação e, principalmente, que possua efetivamente uma importância prática, de modo que uma norma válida seja observada em consequência daquela coação jurídica não violenta. Este tipo de coação é ainda mais importante nas condições do Estado moderno, que, segundo WEBER, detém o monopólio da coação jurídica violenta.

Aqui, portanto, cabe definir o Direito estatal, que, para WEBER, é aquele no qual a coação jurídica, que garante a ordem jurídica, é estabelecida mediante os meios da comunidade política: Direito estatal é aquele garantido pelo Estado. E no sentido do Direito estatal, a existência empírica de uma norma jurídica significa que, sob determinados acontecimentos, existe a probabilidade de atuação dos órgãos estatais, *em virtude da aceitação do sistema de normas como sendo obrigatório (consensus)*.

O conceito de validade jurídica, para a sociologia weberiana, não exige uma relação de causalidade entre o comportamento de submissão à ordem jurídica e a existência do aparato coativo. Os motivos de submissão à norma podem ser os mais variados, em geral relacionados a concepções éticas particulares e a considerações de desaprovação social. Mas se é assim, qual a posição que ocupa a coerção na definição weberiana? O que interessa é a probabilidade suficiente de intervenção por um grupo de pessoas, especialmente estabelecidas para tanto, “*nos casos em que se trata somente de infração das normas como tais, isto é, quando o motivo da intervenção é puramente formal*”<sup>32</sup>. Assim, a

---

<sup>32</sup> Idem, ibidem, p. 212.



validade empírica da norma jurídica permite raciocínios instrumentais de cálculo quanto às probabilidades de manter ou vir a dispor de certos bens econômicos.

E finalmente poderemos falar em **vigência do direito**, no caso de Direito objetivo garantido, sempre que funcione a ajuda jurídica em uma medida relevante. E tratando-se de Direito “não-garantido”, quando a inobservância de comportamentos prescritos acarretar conseqüências jurídicas em virtude de uma norma empiricamente válida. O exemplo citado por WEBER é o caso da anulação de atos jurídicos, por uma instância dotada de coação jurídica, caso não sejam observados alguns dos pressupostos obrigatórios para a validade do ato anulado.

Estas considerações permitem a WEBER afirmar a existência de ordem jurídica sempre que exista a perspectiva de aplicar qualquer meio coativo (físico ou psíquico), exercido por um aparato coativo, ou seja, por uma ou várias pessoas dispostas a aplicar a coação sempre que se apresente a situação prevista (motivo meramente formal). Há ordem jurídica caso *“exista a perspectiva de aplicação de quaisquer meios coativos, físicos ou psíquicos, realizada por um aparato coativo, isto é, por uma ou várias pessoas, disponíveis para este fim, quando se apresente uma situação que o exija, ou seja, sempre que exista uma forma específica de associação para fins de ‘coação jurídica’”*.<sup>33</sup>

### **1.1.2 A reconstrução habermasiana da sociologia de WEBER.**

Max WEBER observa que o exercício da dominação política moderna requer um elemento formal, passível de um manejo racional, sem o que estaria à mercê da instabilidade da concorrência de interesses ou fundada tão somente na tradição de valores culturais. A dominação moderna está apoiada internamente em bases jurídicas, e isso somente é possível à medida que o Direito possa contar com a “fé na legitimidade” de suas normas. Jürgen HABERMAS acredita que estas teses de WEBER resguardam uma ambivalência capaz de sustentar um enfoque universalista.

---

<sup>33</sup> Idem, *ibidem*, p. 213.

Em sua crítica à definição de Sociologia jurídica de WEBER, como vimos no ponto anterior, HABERMAS reclama a ausência de uma definição da filosofia jurídica, que deveria possuir seu espaço ao menos como possibilidade metodológica. E completa:

As condições da validade ideal, supostas pela fé na legitimidade, formam condições necessárias, não suficientes, é verdade, para a validade social de uma ordem do Direito. Pois as ordens do direito são "ordens legítimas", incapazes de unir diretamente idéias com interesses; no entanto, elas podem tornar faticamente relevantes razões e pretensões de validade, interpretando interesses através de idéias<sup>34</sup>.

A correlação que há entre idéias e interesses, capaz de elucidar o problema da legitimidade do Direito, HABERMAS pretende abordá-la a partir da própria obra de WEBER. Para que possamos melhor compreender esta apropriação, faz-se necessário descrever o percurso da interpretação habermasiana da sociologia de WEBER. Ela tem início com uma abordagem sobre a descrição dos fenômenos do racionalismo ocidental.

HABERMAS pretende reconstruir as interpretações weberianas sobre este tema destacando inicialmente seus diversos conteúdos; em seguida, realiza uma tentativa de aclaração conceitual; e a seguir detém-se na questão do possível conteúdo universalista dos processos de racionalização desencadeados a partir da Europa ocidental.

Abordando os aspectos pertinentes à sociedade e à cultura, HABERMAS percebe que, na sociologia weberiana, a modernização da sociedade é um processo pelo qual surgem a empresa capitalista e o Estado moderno, que complementam-se e estabilizam-se. A primeira, separada da economia doméstica, e, através do cálculo de capital, orienta suas decisões perante as oportunidades de mercados de bens, capital e trabalho, organizando a força de trabalho (formalmente livre) segundo critérios de eficiência. O Estado moderno apresenta-se como um sistema de controle centralizado e estável, dispendo de poder militar e burocracia permanentes, do monopólio da criação do Direito e uso legítimo da força. O Direito formal, ancorado no princípio da positividade (*Satzungsprinzip*), é o meio de organização da empresa capitalista e do Estado racional, isoladamente e entre si.

Na esfera da cultura a racionalização se manifesta no surgimento da ciência e técnica modernas, na arte autônoma e numa ética e Direito regidos por princípios. Quanto a

---

<sup>34</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia*, op. cit., p. 99.

este último ponto, que mais nos interessa, o racionalismo ético e jurídico proporcionam o desligamento entre Direito positivo e moral. Por um lado, a ética universalista regida por princípios recusa normas jurídicas que apelam à magia, tradições sagradas etc, afirmando um princípio segundo o qual as normas necessitam de fundamentação. Por outro, as normas jurídicas tornam-se meras convenções, estabelecidas positivamente, perante as quais podemos assumir posturas hipotéticas de observador e ajuizá-las, e, graças ao princípio da positivação, qualquer Direito poderia ser criado por meio de estatuto formalmente sancionado. Ainda que WEBER tenha insistido sobretudo neste último, é preciso ressaltar que "*Tão importante quanto o princípio de positivação ou de estatuto sancionado é a idéia básica de que toda decisão jurídica necessita de fundamentação*"<sup>35</sup>.

Se esta é a interpretação dos *conteúdos* da racionalização, no que tange aos *conceitos* de racionalização HABERMAS tenta organizar a definição weberiana de racionalidade prática da seguinte maneira: a ação *racional referente a fins* pode assumir dois aspectos: (a) instrumental, quando afeta a utilização eficaz dos meios e (b) eletiva, correção do cálculo dos fins para valores articulados com precisão; *racional referente a valores*, quando assume aspectos normativos, tratando-se de uma força sistematizadora e unificante, com capacidade de penetração que tem os padrões de valores e os princípios que subjazem às preferências da ação.

Os atores, relativamente emancipados de suas tradições culturais e paixões, podem optar por duas vias do processo de racionalização. A (a) racionalidade referente a *fins* conjuga os aspectos instrumental da escolha dos meios e o aspecto da correção da dedução dos fins a partir de preferências e condições dadas. Do ponto de vista desta racionalidade, somente podemos esperar que os atores sejam conscientes de suas preferências, sendo capazes de apontar com precisão os valores que os motivaram. Não há, para WEBER, uma ponderação racional entre os postulados de valor, ou dos conteúdos dos postulados últimos de valor: "*WEBER é um céptico em questões normativas: está convencido de que a decisão entre os distintos sistemas de valores (por mais clarificados que estejam analiticamente) não pode justificar-se, não pode ser motivada racionalmente*"<sup>36</sup>. De fato, tal a definição de WEBER: "*Age de maneira racional referente a fins quem orienta sua ação pelos fins,*

---

<sup>35</sup> Idem, *Teoria de la Acción Comunicativa*, vol I, trad. Manuel Jiménez Redondo.- Madrid: Taurus, 1987, p. 221.

<sup>36</sup> Idem, *Ibidem*, p. 232.

*meios e conseqüências secundárias, ponderando racionalmente tanto os meios em relação às conseqüências secundárias, assim como os diferentes fins possíveis entre si*<sup>37</sup>.

“Todavia, a obra de WEBER abre outra possibilidade de análise. Para HABERMAS, ela permitira concluir que a impossibilidade de uma ponderação racional diz respeito aos conteúdos dos postulados de valor, sendo possível uma ponderação racional da *“forma que os sujeitos justificam suas preferências, a forma pela qual ser orientam com referência a valores”*<sup>38</sup> (grifo nosso). HABERMAS extrai esta possibilidade da definição fornecida por WEBER:

Age de maneira puramente racional referente a valores quem, sem considerar as conseqüências previsíveis, age a serviço de sua convicção sobre o que parecem ordenar-lhe o dever, a dignidade, a beleza, as diretivas religiosas, a piedade ou a importância de uma “causa” de qualquer natureza. Em todos os casos, a ação racional referente a valores (no sentido de nossa terminologia) é uma ação segundo “mandamentos” ou de acordo com “exigências” que o agente crê dirigidos a ele. Somente na medida em que a ação humana se orienta por tais exigências – o que acontece em grau muito diverso, na maioria dos casos bastante modesto – falaremos de racionalidade referente a valores.<sup>39</sup>

Nisto consiste a (b) racionalidade com referência a *valores*, que HABERMAS interpreta da forma seguinte:

A racionalidade dos valores que subjazem às preferências da ação se mede não por seu conteúdo material, e sim por suas propriedades formais, ou seja, vendo se são suficientemente fundamentais para poder servir de base a uma *forma de vida regida por princípios*. Somente os valores que possam ser abstraídos e *generalizados* e transformados assim em princípios, que podem ser interiorizados como princípios basicamente *formais* e aplicados *procedimentalmente*, podem exercer uma força orientadora da ação intensa o bastante para transcender as situações concretas e, no limite, penetrar sistematicamente todos os âmbitos da vida, colocar sob a força unificadora de uma idéia toda uma biografia ou inclusive a história inteira de grupos sociais.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> WEBER, *Economia e Sociedade*, op. cit., p. 16.

<sup>38</sup> HABERMAS, *Teoria de la Acción Comunicativa*, op. cit., p. 232.

<sup>39</sup> WEBER, *Economia e Sociedade*, op. cit. p. 15.

<sup>40</sup> HABERMAS, *Teoria de la Acción Comunicativa*, op. cit., p. 232.

Note-se que, para definir a racionalidade referente a valores, WEBER não enumerou um catálogo de “valores”, mas forneceu uma definição formal, portanto um critério formal de análise do tipo de racionalidade em questão. As ações que conseguem reunir todos estes aspectos da racionalidade prática podem ser definidas como exemplo de um “*modo metódico-racional de vida*” (*methodisch-rationale Lebensführung*). Isto possibilita aos atores solucionarem, simultaneamente, questões de natureza técnica, construindo meios eficazes; escolher entre alternativas de ação de maneira consistente; e, por fim, solucionar conflitos prático-morais por meio de uma ética regida por princípios.

A racionalização cultural impõe uma diferenciação das imagens do mundo em seus componentes cognoscitivos, normativos e expressivos da cultura, cada qual com sua respectiva esfera de valor e pretensão de validade. Deste modo, o processo de modernização libera as esferas cognitivo-instrumental, prático-moral e estético-expressiva, cada qual com sua pretensão de validade própria: verdade, retitude normativa e autenticidade. Isto pode ser exemplificado com o surgimento de uma consciência moral e jurídica autônoma e pós-tradicional. De fato, não se trata apenas de uma profanação da cultura ocidental, metafísico-religiosa, pois com esta descrição WEBER busca retratar sobretudo “*o desenvolvimento das sociedades modernas*”<sup>41</sup>.

Mas este processo de modernização, desencadeado a partir da Europa ocidental, com suas particularidades históricas e sociais, possui uma validade universal? Ou será que isto ocorre apenas em aparência? E ainda, o relativismo dos diversos conteúdos culturais de valor afeta a direção do processo de racionalização como um todo? Ainda que WEBER tenha assumido uma postura ambígua perante esta questão, HABERMAS pretende desenvolver uma posição universalista. E isto por que o racionalismo ocidental pode ser abordado a partir de dois enfoques distintos: o primeiro diz respeito à racionalidade referida a fins, da dominação do mundo e da natureza, e o segundo aborda a racionalização das imagens do mundo, que promove uma descentração e desencantamento da compreensão do mundo. A questão é “*se nas esferas culturais de valor, cada uma das quais se desenvolve segundo sua própria legalidade interna conforme aos critérios de valor abstratos que são a*

---

<sup>41</sup> Idem, *O Discurso Filosófico da Modernidade*, trad. Ana Maria Bernardo et al.- Lisboa: Dom Quixote, 1990, p. 13.

*verdade, a retitude normativa e autenticidade expressiva, não se expressa um fundo formal de estruturas universais de consciência*<sup>42</sup>.

A afirmação de uma posição universalista não necessita negar o pluralismo histórico e social, nem mesmo a incompatibilidade de culturas da “humanidade civilizada”. Todavia, se é possível afirmar a existência deste “*fundo formal de estruturas universais de consciência*”, então dispomos de um critério mediante o qual podemos limitar as contingências e especificidades ao plano dos conteúdos da cultura, e sustentar a existência de “*propriedades formais da compreensão moderna do mundo*”<sup>43</sup>, invariáveis frente aos conteúdos mutáveis. Esta distinção, que permite afirmar juízos com pretensões universais de validade a partir de critérios formais, está na base estrutural da ética do Discurso, e também é capaz de “*reduzir a multiplicidade de conteúdos em face das formas universais do juízo moral*”<sup>44</sup>, e a ela voltaremos oportunamente.

As “reservas relativistas” que WEBER mantém quanto às possibilidades de uma posição universalista se expressam, para HABERMAS, na “equivoca expressão” racionalidade “material”. O erro consistiria em identificar as configurações concretas e históricas dos valores, sempre de natureza particular, com os critérios formais de validade. Também a racionalidade referente a valores possui critérios formais:

Quando WEBER fala de “pontos de vista últimos” sob os que pode racionalizar-se a vida, não está se referindo sempre a valores culturais, ou seja, ao conteúdos que se formam, em constelações historicamente cambiantes, dentro de cada esfera de existência, mas sim às vezes está entendendo também as idéias abstratas que regem a legalidade própria de cada esfera enquanto tal: estas idéias são a verdade e o êxito para a esfera cognoscitiva; a justiça e, em geral, a retitude normativa para a esfera prático-moral; a beleza, a autenticidade, ou a veracidade, para a esfera expressiva. Estas “idéias” (ou aspectos de validade) não devem confundir-se com as matérias de valor, quer dizer, com os conteúdos particulares das distintas esferas de valor.<sup>45</sup>

Segundo SCHLÜCHTER, “WEBER (...) considera prioritariamente a validade sob o aspecto de eficácia. Mas no pano de fundo destas análises se esconde uma teoria do valor

---

<sup>42</sup> Idem, *Teoría de la Acción Comunicativa*, op. cit., p. 242-3.

<sup>43</sup> Idem, *Ibidem*, p. 243.

<sup>44</sup> Idem, *Consciência Moral e Agir Comunicativo*, trad. Guido A. de Almeida.- Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 143.

<sup>45</sup> Idem, *Teoría de la Acción Comunicativa*, op. cit., p. 246.

na qual não de apoiar-se as investigações histórico-empíricas”<sup>46</sup>. O que HABERMAS pretende é justamente aclarar este ponto. À medida que o racionalismo ocidental promove o desencantamento das imagens religiosas do mundo, seria natural esperar que o paradigma jusnaturalista perdesse sua força motivacional e justificadora. Mas as conseqüências deste processo não foram apenas negativas. Graças aos aspectos formais de pretensão de validade das esfera cognoscitiva, prático-moral e expressiva, este processo de racionalização

também leva a uma reorganização da validade do direito na medida em que transporta simultaneamente os conceitos fundamentais da moral e do direito para um nível de fundamentação pós-convencional. Com a distinção entre normas e princípios de ação, com o conceito de uma produção de normas conduzida por princípios e da estipulação espontânea de regras normativamente obrigatórias, com a noção da força normatizadora de pessoas autônomas privadas etc., formou-se a representação de normas estabelecidas positivamente, portanto modificáveis e, ao mesmo tempo, criticáveis e carentes de justificação.<sup>47</sup>

Voltemos agora à crítica de HABERMAS à definição de sociologia jurídica de WEBER, que recordamos acima. Se é verdade que o Direito positivo passa a depender, cada vez mais, de critérios formais de justificação prático-moral, então poderemos distinguir entre a validade social do direito por um lado, e aquelas “*condições da validade ideal, supostas pela fé na legitimidade*”<sup>48</sup> por outro. Estas últimas encontram-se entre as condições necessárias à validade social da ordem jurídica, pois esta necessita mobilizar faticamente razões e pretensões de validade, estabilizando uma interpretação recíproca entre idéias e interesses.

Esta estabilidade HABERMAS a explica desenvolvendo as teses de WEBER. As ordens da vida social necessitam integrar idéias e interesses para que possam organizar oportunidades legítimas de satisfação de interesses materiais e ideais:

A compenetração de idéias e interesses e sua mútua estabilização servem para regular a apropriação de bens materiais e ideais e para ancorar esta regulação nos motivos e orientações de valor dos afetados, de sorte que exista suficiente probabilidade de que em geral serão respeitadas as normas (...). WEBER fala de validade e legitimidade quando uma ordem é reconhecida subjetivamente como vinculante e obrigatória. Este reconhecimento se apoia diretamente em idéias, que são as que

---

<sup>46</sup> SCHLUCHTER, apud HABERMAS, *ibidem*, p. 250.

<sup>47</sup> *Idem*, *Direito e Democracia*, op. cit., p. 100-1.

<sup>48</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 99.

levam consigo um potencial de fundamentação e justificação, e não em tramas de interesses”<sup>49</sup>.

A legitimidade proporciona estabilidade a um sistema de ação, que por isso se apoia também numa “validade consensual”. Interesses proporcionam as razões e as pretensões de validade e eficácia prática. Recorrer às ordens legítimas para explicar a ação social significa supor que; o que move a ação é a dinâmica de interesses, e que esta se impõe dentro dos limites fixados pelas valorações normativas faticamente vigentes; que esta validade normativa requer idéias capazes de justificar, com força de convicção. Finalmente, é supor também que esta força depende do potencial de fundamentação e justificação que estas idéias representam num dado contexto: isto pode ser submetido a um julgamento objetivo, pois dispomos dos critérios formais de validade da racionalização prático-moral.

É a ausência deste aspecto de fundamentação ideal que HABERMAS critica na definição de sociologia jurídica proposta por WEBER, atribuindo esta lacuna ao ceticismo deste quanto aos princípios cognoscitivistas da teoria moral, como por exemplo da ética do Discurso. A esta objeção, segue-se imediatamente outra, pela qual HABERMAS insiste que o Direito moderno só pode ser compreendido, **simultaneamente**, como a) institucionalização da racionalidade instrumental, permitindo o desenvolvimento da economia regida pelo mercado e pela administração; e b) enquanto sistema normativo legítimo, pelo que o Direito moderno tem de ser fundamentado, justificado, segundo princípios abstratos da racionalidade moral-prática. Mas, para HABERMAS, “*WEBER considera a racionalização social exclusivamente sob o aspecto da racionalidade referente a fins*”<sup>50</sup>.

Naturalmente que as instituições normativas não podem mais retirar sua legitimidade diretamente de conteúdos valorativos pertencentes à tradição cultural, social e política. Mas a legitimidade da dominação nem por isso torna-se menos carente de argumentos racionais. Não apenas permanece, mas se agrava, a necessidade de elaborar princípios abstratos (na moral e no direito) universalizáveis pelas suas qualidades formais, capazes de transcender os momentos histórico, social e cultural de seu surgimento. HABERMAS vê, na sociologia jurídica de WEBER, duas tendências ambivalentes. Por um

---

<sup>49</sup> Idem, *Teoría de la Acción Comunicativa*, op. cit., ps. 252-253.

<sup>50</sup> Idem, *ibidem*, p. 329.



lado o Direito é descrito como subsistema onde preponderam formas de racionalidade prático-moral. Mas por outro lado, WEBER reduz a racionalização do Direito ao aspecto da racionalidade referente a fins, enquanto materialização da racionalidade cognoscitivo-instrumental.

WEBER possui o mérito de apresentar os traços essenciais da racionalidade do Direito moderno, numa descrição que SCHLUCHTER denominou de “*desencantamento das vias jurídicas*”<sup>51</sup>. Trata-se de um evolução que parte de um Direito primitivo, onde falta o conceito de norma jurídica objetiva; segue-se o Direito tradicional, onde o conceito de norma jurídica objetiva está presente, mas apoiado irrefletidamente na tradição; alcançando o Direito moderno, apenas este permitindo compreender as normas como regras livremente estatuídas e ponderadas segundo princípios. Nesta etapa de desenvolvimento, o Direito, principalmente o privado se caracteriza pelos seguintes critérios formais: (a) **positividade**, referida ao modo de validade e de criação do Direito, que é positivamente estatuído, não se formando por interpretação de tradições sagradas, mas por imposição de um legislador soberano que utiliza o Direito como meio de organização de situações sociais; (b) **legalidade**, referida aos critérios de punibilidade e modos de sanção, afirma a independência para com motivações éticas e a exigência de obediência geral ao Direito estatuído, que protege inclinações privadas dentro de limites sancionados; finalmente, (c) **formalismo**, quanto ao tipo de organização da ação jurídica, pelo que o Direito garante espaços legítimos de arbítrio privado, num âmbito eticamente neutralizado, mas que produz consequências jurídicas. Estes três aspectos estruturais supõem que os atores, titulares de personalidade jurídica, utilizam sua autonomia de modo racional com referência a fins; explicam como o Direito moderno pode “*satisfazer os imperativos funcionais de um tráfico econômico regulado através de mercados*”<sup>52</sup>; e demonstram como estruturas jurídicas generalizam, institucionalizando, a ação racional com referência a fins. Porém, o que esta análise não permite vislumbrar são as condições que tornam possíveis estas mesmas estruturas jurídicas. Ao direito moderno não é mais acessível a legitimação pela pertença à tradição, sem que isto elimine o problema da fundamentação. A questão que permanece é como fundamentar este direito positivo, que serve à institucionalização da racionalidade

---

<sup>51</sup> SCHLUCHTER, apud HABERMAS, *ibidem*, p. 334.

<sup>52</sup> HABERMAS, *ibidem*, p. 337.

estratégica, pois quando todas as normas jurídicas são em princípio suscetíveis de crítica, mais que nunca torna-se necessário justificá-las.

Isto nos permite falar num “deslocamento dos problemas de fundamentação”. O manejo técnico cotidiano do Direito fica descarregado dos problemas de fundamentação meta-jurídica. Mas isto não elimina o problema de fundamentação. Antes pelo contrário ele é agudizado pela estrutura pós-tradicional da consciência jurídica, que converte a justificação em questão de princípio. Empiricamente isto encontra reflexos na história do Direito constitucional, proporcionando um exemplo que é, como veremos, recorrente na obra de HABERMAS: “*O catálogo de direitos fundamentais que contém as constituições burguesas quando estão fixadas por escrito, junto com o princípio da soberania popular, o qual vincula a faculdade de legislar a uma compreensão democrática da tomada de decisões coletivas, é expressão dessa justificação que agora se tornou estruturalmente necessária.*”<sup>53</sup>

WEBER revela as características estruturais do Direito moderno, mas afasta o problema de fundamentação. Ele “*associa de forma conceitualmente tão estreita Direito moderno e dominação legal, que o princípio de que o Direito necessita de justificação se desvanece e resta somente o princípio de positivação (Satzungprinzip)*”<sup>54</sup>. Mais que não priorizar esta questão, WEBER parece confundir toda necessidade de fundamentação da dominação com apelação a valores particulares, de modo que a racionalidade com referência a valores torna-se fonte de irracionalidade para o Direito. Um exemplo disto pode ser encontrado na equiparação, feita por WEBER, entre “razão” e “natureza” como conteúdos de valor de igual importância, dos quais o Direito moderno haveria desprender-se em benefícios de suas qualidades formais.

Os critérios materiais para julgar o que é legítimo no sentido jusnaturalista são a “natureza” e a “razão” (...). O que tem validade obrigatória é identificado com o que de fato se dá em todas as partes. As “normas” obtidas pela colaboração lógica de conceitos éticos ou jurídicos pertencem, no mesmo sentido que as “leis naturais”, a estes princípios universais que “nem Deus pode modificar” e aos quais nenhum ordenamento jurídico deve opor-se.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> Idem, ibidem, p. 338-9

<sup>54</sup> Idem, ibidem, p. 339.

<sup>55</sup> WEBER, M. *Economia y Sociedad*, op. cit., p. 642.

Contra esta identificação revolta-se HABERMAS, definindo-a como “desconcertante” e “extremamente confusa”, pois reuniria “*uma crítica imanente à falta de radicalizasse do conceito jusnaturalista de fundamentação, ao que acusa de não ser suficiente formal, com uma crítica transcendente à exigência de princípios de fundamentação, e apresenta ambas na forma de uma falácia naturalista*”<sup>56</sup>. Afinal, como podemos identificar quais os elementos capazes de promover ganhos em termos de racionalização formal, a não ser com os meios argumentativo da razão?

E como afirmar a legitimidade de uma dominação, se a legalidade dispensa, por princípio, toda fundamentação? A resposta de WEBER é conhecida, ancorando a legitimidade “*na crença na legalidade de ordenações estatuídas e dos direitos de mando daqueles que, em virtude destas ordens, estão nomeados para exercer a dominação (dominação legal)*”<sup>57</sup>. HABERMAS porém objeta, afirmando que deste modo apenas fugimos ao problema e caímos num círculo vicioso, pois:

se a legalidade não significa outra coisa que concordância com uma ordem jurídica faticamente vigente, e se esta, como direito estatuído que é, não resulta acessível a uma justificação prática moral, então não fica claro de onde extrai a fé na legalidade sua força legitimadora. A fé na legalidade só pode criar legitimidade se se supõe a legitimidade da ordem jurídica que determina o que é legal.<sup>58</sup>

## 1.2. O “mínimo de eficácia” em Hans Kelsen

Ao discernir sociologia jurídica e jurisprudência como duas disciplinas possíveis, ainda que de diversos objetos de estudo, WEBER apoiou-se na distinção entre ser (sein) e dever-ser (sollen). À jurisprudência cabe afirmar o que vale idealmente como direito, ao passo que a sociologia preocupa-se com o que de fato pode ocorrer face à **probabilidade** de que membros da comunidade orientem suas condutas relevantes pela validade ideal do direito. Além disto, a própria caracterização da ordem jurídica dispensa que as pessoas subordinadas ao direito reconheçam subjetivamente o ordenamento normativo como direito, pois deste modo o direito dissolver-se-ia em convenção ou costume. Para WEBER,

<sup>56</sup> HABERMAS, J. *Teoria de la Acción Comunicativa*, op. cit., p. 342.

<sup>57</sup> WEBER, M. *Economia e Sociedade*, op. cit., p. 141.

<sup>58</sup> HABERMAS, J. *Teoria de la Acción Comunicativa*, op. cit., p. 343

o que o direito possui de específico são “*certas garantias específicas da probabilidade de sua vigência empírica*”<sup>59</sup>.

Não é por mero acaso que WEBER, no momento inicial de sua sociologia jurídica, creê ser necessário distingui-la preliminarmente da dogmática jurídica. Ele pretende dirigir uma crítica a alguns de seus ilustres contemporâneos que, como STAMMLER, KANTOROWICZ e EHRLICH, confundem a “validade ideal” das normas (dever-ser) com a influência exercida pela idéia desta validade (ser). Quanto a STAMMLER, afirma que ele confunde:

a “vigência” ideal de uma norma, cientificamente dedutível pelo dogmatismo jurídico ou pela ética, com a influência real da ação empírica por representações sobre a vigência das normas; e é esta que cabe tomar por objeto de uma consideração empírica. Confunde-se além disso, a “regulação” normativa de um comportamento por regras – que uma multiplicidade de pessoas trata de fato como regras que “*devem estar vigentes*” – com as regularidades efetivas do comportamento humano. Em ambos os casos, cabe fazer uma distinção conceitual rigorosa<sup>60</sup>

Mas estes argumentos de WEBER poderiam ser dirigidos também contra Eugen EHRLICH. Este defende a tese segundo a qual o direito não seria apenas o conjunto de regras das quais os tribunais se socorrem em sua atividade de decisão, mas seria também e principalmente as regras segundo as quais os homens efetivamente se conduzem. Este conceito de direito é melhor compreendido se confrontado com sua definição de sociologia jurídica como a única ciência autônoma possível do direito. Para ele, a jurisprudência trata de “*servir a fins práticos*”<sup>61</sup> e, por isto, “*não conhece um conceito científico de direito*”<sup>62</sup>, ao passo que a sociologia jurídica, esta sim, tende ao “*conhecimento puro; ela não trata de palavras, mas de fatos*”<sup>63</sup>. Confrontadas com os argumentos da sociologia jurídica Weberiana, estas definições de EHRLICH não são capazes de sustentar-se. Em primeiro lugar por que definitivamente, para WEBER, a sociologia jurídica não é a única ciência possível do direito, pois há também a jurisprudência. Mas além disto, EHRLICH visivelmente confunde o conjunto de normas que é tratado pela comunidade como “devendo-valer” com as regularidades efetivas do atuar social. Neste ponto é visível a

<sup>59</sup> WEBER, M, *Economia e Sociedade*, op. cit. p. 210.

<sup>60</sup> Idem, *ibidem*, p. 220.

<sup>61</sup> EHRLICH, Eugen, *Fundamentos de Sociologia do Direito*, trad. René Emani Gertz.- Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, p. 9.

<sup>62</sup> Idem, *ibidem*, p. 14.

semelhança com a crítica de KELSEN, para quem os conceitos de EHRLICH não permitem diferenciar o direito das demais “ordens” sociais, como a moral ou o costume<sup>64</sup>. Esta semelhança é ressaltada por Norberto BOBBIO:

Em relação a KANTOROWICZ e a EHRLICH, WEBER e KELSEN encontram-se no mesmo lado da barricada. Os dois sociólogos tendiam a reduzir a jurisprudência a disciplina sociológica, a não reconhecer a distinção entre validade ideal e validade real, tese que WEBER considerou sempre, e KELSEN com ele, se não propriamente atrás dele, uma fonte de confusão.<sup>65</sup>

No tocante àquela sociologia jurídica que simplesmente desconsidera a jurisprudência, WEBER e KELSEN compartilham não apenas uma posição radicalmente crítica mas também importantes pressupostos metodológicos. Todavia, o distanciamento entre o sociólogo do direito e o jurista normativista ocorre, podemos dizer, no momento em que já se admite a distinção entre as duas disciplinas, restando apenas a tarefa de delimitar mais especificamente seus campos de estudo.

Não há dúvidas quanto ao fato de que a obra de WEBER influenciou, em muito, Hans KELSEN. Podemos concordar com Ordóñez, quando este afirma que “*sem a teoria de WEBER não seria possível entender a de KELSEN*”<sup>66</sup>. Não quer isto dizer que os conceitos essenciais da “Teoria Pura do Direito” devam ser tributados a WEBER. O que ocorre é que a tomada de postura de KELSEN e seu distanciamento frente à sociologia foram precedidos, em momentos decisivos, da leitura e da tomada de posição frente à obra de WEBER. Norberto BOBBIO ressaltava que KELSEN, já em uma de suas primeiras obras<sup>67</sup>, chegou a citar a WEBER como exemplo da postura metodológica que pretendia empreender, e concluiu: “*Que a referência a WEBER seja correta de todo, se pode discutir. O que é certo é a dívida que KELSEN tem, mostra ou acredita ter em relação com as teses*

---

<sup>63</sup> Idem, ibidem, p. 9.

<sup>64</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, trad. Luís Carlos Borges.- 2ª ed.- São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 34.

<sup>65</sup> BOBBIO, Norberto. *KELSEN y Max WEBER*, in *El Otro KELSEN*, org. Óscar Correas.- México: Universidad Autónoma de México, 1989, p. 61.

<sup>66</sup> ORDÓÑEZ, Ulises Schmill, *El Concepto del Derecho en las Teorías de WEBER y de KELSEN*, in *El Otro KELSEN*.

<sup>67</sup> KELSEN, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre Entwickelt aus der Lehre von Rechtssatzes*, Mohr, Tübingen, 1911, p. IX., apud BOBBIO, *KELSEN Y Max WEBER*, op. cit., p. 58: “...si puedo (...) precisar mi punto de vista con las palabras de Max WEBER, la característica del fin cognoscitivo de mi trabajo consiste en que éste no quiere ir más allá de un tratamiento puramente formal de las normas jurídicas proque, según mi parecer, en esta limitación está escondida la esencia del tratamiento formal-normativo de la jurisprudencia.”.

*metodológicas weberianas, tanto como para conectar uma afirmação weberiana ao núcleo fundamental de sua própria teoria.*<sup>68</sup>

Cabe recordar também que mesmo em suas obras de maturidade, como já citamos, KELSEN continuaria considerando a obra de WEBER o empreendimento mais bem sucedido até então, no tocante à sociologia jurídica<sup>69</sup>. Por fim, se é possível afirmar que KELSEN “pretende liberar a construção dos conceitos jurídicos de elementos sociológicos e psicológicos”<sup>70</sup> também devemos reconhecer que WEBER compartilha desta pretensão de discernimento metodológico, porém para utilizá-la em favor da sociologia jurídica, e não da dogmática jurídica.

Por outro lado, sendo KELSEN posterior a WEBER, isto lhe confere a possibilidade de realizar uma abordagem crítica da obra do sociólogo alemão. Contudo, pelo mesmo motivo, não podemos dispor de um debate entre os dois autores. Ainda assim é possível esboçar algumas respostas às questões levantada por KELSEN.

São duas as principais objeções levantadas por KELSEN à sociologia jurídica de WEBER: (1) o conceito de sociologia jurídica de WEBER exclui incorretamente eventos que deveriam permanecer a seu alcance; e (2) a sociologia jurídica não é uma ciência autônoma, uma vez que depende da ciência normativa do direito para delimitar seu objeto.

A primeira objeção provém de uma interpretação de KELSEN de uma definição weberiana. Trata-se da delimitação conceitual da sociologia jurídica. Na “Teoria Geral do Direito e do Estado”, no capítulo dedicado principalmente à crítica da “jurisprudência sociológica” norte-americana, KELSEN transcreve a definição de sociologia jurídica fornecida por WEBER em “Economia e Sociedade”, para a seguir interpretá-la do seguinte modo: “segundo esta definição, o objeto de uma sociologia do Direito é a conduta humana que o indivíduo adaptou (*orientiert*) a uma ordem porque considera essa ordem como sendo ‘válida’”<sup>71</sup>. A seguir, propõe como exemplo da suposta incorreção do conceito weberiano a hipótese do sujeito que comete um delito sem nenhum conhecimento da ordem

<sup>68</sup> BOBBIO, Norberto, *KELSEN Y Max WEBER*, op. cit., p. 58.

<sup>69</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, op. cit., p. 173.

<sup>70</sup> BARROSO, Pêrsio Henrique. *Os Conceitos de Direito e Estado em Max WEBER e Hans KELSEN: Contribuição para Repensar a Racionalidade Jurídica*, in *Max WEBER: Direito e Modernidade*, org. Edmundo Lima de Arruda Jr.. - Santa Catarina: Editora Obra Jurídica, 1996, p. 185.

<sup>71</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, op. cit., p. 177.

jurídica que tipifica a conduta como crime. Se é verdade que KELSEN não rejeita totalmente a definição Weberiana, o fato é que a considera “muito restrita”<sup>72</sup>.

Quanto a esta objeção pode-se contestá-la sob um aspecto essencial. O que WEBER afirma é que à sociologia jurídica cabe o estudo daquilo que de fato ocorre em virtude de existir a “probabilidade” de que sujeitos, relevantes para a ação, virão a considerar como válida uma ordem jurídica. Como anteriormente já destacamos, esta definição não exige que todas as pessoas **considerem de fato**, subjetivamente, uma ordem jurídica como válida. O único elemento que efetivamente deve existir é uma probabilidade, um juízo acerca de um possível estado de coisas futuro, este sim referindo-se à consideração subjetiva de validade da ordem jurídica. A diferença vai além de um jogo de palavras: o que WEBER exige não é um juízo de fato, de que as pessoas envolvidas na ação de fato consideraram subjetivamente como válida uma ordem jurídica, que elas “sintam” a obrigação como “direito”. Pelo contrário, ele mesmo tratou de esclarecer que esta consideração subjetiva não pertence sequer à sua definição de ordem jurídica, pois deste modo o direito reduziria-se ao mero costume, como anteriormente expusemos<sup>73</sup>.

Na definição de sociologia jurídica de WEBER o que encontramos é uma exigência de postura metodológica. O sociólogo deverá antes considerar se há a *probabilidade* de que uma dada ordem jurídica venha a ser considerada subjetivamente válida por pessoas que estão envolvidas na ação. Se for assim compreendida, e penso que esta é a forma correta de compreendê-la, a definição de sociologia jurídica Weberiana é menos restrita que pretende KELSEN, bastando que consideremos o exemplo fornecido por este último. O sujeito que comete um delito, sem saber que a ordem jurídica tipifica como crime a referida ação, não está, obviamente, agindo assim porque considere subjetivamente aquela ordem como válida, pelo simples fato de que a desconhece até então. Todavia, sua ação não escapa ao âmbito de análise da sociologia jurídica Weberiana, porque tal ação pode ser interpretada à luz de um sistema normativo que, provavelmente, será considerado subjetivamente válido por pessoas “que participam na atividade comunitária”. O não pagamento de um imposto por alguém que desconhecia a norma jurídica tributária em questão, pode ser estudado pela sociologia jurídica, pois poderá desencadear outras ações por parte de pessoas relevantes para ação comunitária (um corpo de funcionários da administração pública) que, estes sim,

---

<sup>72</sup> Idem, *ibidem*, p. 179.

provavelmente irão considerar subjetivamente como válida a ordem jurídica. Em outras palavras, o delito, praticado na ignorância da proibição, deve ser estudado por que pode ser comparado a uma ordem jurídica que “pressupomos como válida”, para utilizar-mos uma terminologia kelseniana. É que só podemos pressupor como válido um ordenamento jurídico se pudermos também admitir que a ordem jurídica em questão possui uma grande probabilidade de ser reconhecida como válida por um número significativo de pessoas envolvidas na ação comunitária.

KELSEN pretende “corrigir” a definição weberiana afirmando que “*a única maneira satisfatória de traçar um limite entre a sociologia do Direito e a sociologia geral*” é determinar como objeto da sociologia jurídica toda ação, já prevista na ordem jurídica, “*na medida em que provavelmente ocorre ou provavelmente ocorrerá*”<sup>74</sup>. Porém, aqui podemos devolver a objeção lançada pelo próprio KELSEN: esta proposta não é aceitável por ser demasiado restrita. Basta que consideremos as ações coletivas de desobediência sistemática às normas jurídicas vigentes e de tentativa de criação de novos ordenamentos jurídicos, ações que não possuíam nenhuma probabilidade de ocorrer e que sequer eram previstas na ordem jurídica. O conceito de sociologia jurídica de KELSEN exclui de antemão nada menos que todas as revoluções já ocorridas na história, e exclui portanto os momentos mais explícitos de **criação de novos ordenamentos jurídicos**. Mas cabe perguntar de que valeria a sociologia do direito se não pudesse ela pesquisar, por exemplo, os processos de codificação jurídica desencadeados pela Revolução Francesa.

Por fim, a segunda objeção de KELSEN às categorias weberianas trata da possibilidade da pesquisa sociológica sobre o Direito. KELSEN afirma que a sociologia não possui autonomia face à dogmática, por que pressupõe o conceito de Direito da jurisprudência normativa. É que a sociologia, no momento em que se interroga sobre as causas que originaram o surgimento, ou a eficácia, de uma determinada ordem jurídica (ou conjunto de normas), deve trabalhar com a definição dogmático-jurídica de ordem e/ou normas. Não podemos pesquisar as possíveis conseqüências sócio-econômicas de certos direitos trabalhistas se antes não dispusermos de sua definição fornecida por uma interpretação normativa, ou seja, dogmático-jurídica. Trata-se de uma limitação imposta ao sociólogo, e portanto, segundo KELSEN, “*A sociologia ‘compreensiva’ deve ser também*

---

<sup>73</sup> conf. infra, ps



*jurisprudência, ou melhor, ver com olhos de juristas para poder – resumidamente – perceber que o sentido da ação social, que ela transmite, é freqüentemente o direito.”*<sup>75</sup>

Ainda que esta crítica seja explicitamente dirigida tão somente à sociologia compreensiva de WEBER, ela pode na verdade ser compreendida como uma exigência de KELSEN face a toda e qualquer forma de pesquisa sociológica acerca do direito. É um argumento que atinge pretensão universal. A questão aqui torna-se um pouco mais complexa. Em primeiro lugar porque nem toda interpretação normativa é também jurídica. Quando estudamos proposições morais buscando desvendar o sentido de seu comando, qual o mandamento resguardam, devemos empreender uma interpretação normativa, que busca o *sollen* (dever-ser) contido na norma, e que sob este aspecto não diferencia-se em nada da análise normativa-jurídica. A diferença consiste que apenas uma das duas espécies de normas possui uma qualidade específica, que é a de pertencer a um sistema normativo que pressupomos deva-ser obedecido, ou, em termos Weberianos, que muito provavelmente será considerado subjetivamente válido por uma parte significativa dos sujeitos envolvidos na ação comunitária e que além disto é dotado de um aparato coercitivo. Aqui podemos falar, inclusive como KELSEN, que apenas as normas jurídicas estão vinculadas a um sistema normativo que possui um aparato de coerção organizado socialmente. É importante recordar esta distinção pois devemos ter claro que a interpretação normativa — que busca o sentido de um comando, de uma ordem, não é de modo algum privilégio dos juristas, ainda que no caso das normas jurídicas estes geralmente possuam melhor competência técnica. Podemos inquirir-nos acerca de qual significado normativo possui um estatuto legislativo, contanto que saibamos relacioná-lo com as demais normas jurídicas afins, sem que sejamos dotados de alguma “autoridade” jurídica. Não que KELSEN rejeite esta definição, pelo contrário. Ocorre que ele parece esquecê-la justo no momento de interpretar a definição Weberiana de sociologia jurídica. Quando WEBER nos fornece sua definição afirma que o interesse é pesquisar (1) o que de fato ocorre, (2) em virtude da probabilidade de que (3) certas pessoas relevantes (4) irão considerar subjetivamente válidas (5) **determinadas ordens**. A questão é que a sociologia jurídica não perde sua autonomia face à jurisprudência simplesmente porque precisa, necessariamente interpretar, **normativamente**, um comando jurídico. A não ser que entendamos por “jurisprudência” toda e qualquer

---

<sup>74</sup> KELSEN, H. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, op. cit., p. 179.

interpretação normativa do direito, realizada até mesmo por um sociólogo. O que KELSEN pretende é que a sociologia jurídica não pode ser verdadeiramente científica, já que não pode definir seu objeto, algo que somente à ciência do direito compete. Todavia, neste ponto, cabe concordar com ARGÜELLO, que afirma que a “vantagem de WEBER está exatamente em ter diferenciado, no plano lógico e metodológico, o âmbito de cada disciplina, de forma a inferir igual legitimidade a ambas, sem estabelecer o predomínio de uma sobre a outra, senão apenas um caráter de complementaridade”.<sup>76</sup>

O que é importante destacar é que a definição Weberiana de sociologia jurídica não exclui uma prévia compreensão *normativa*, já que a questão é justamente saber se há a probabilidade de considerar como válida uma *ordem*. Deste modo, já está prevista a necessidade de uma interpretação de proposições de caráter normativo. E a sociologia jurídica, por resguardar um procedimento de interpretação normativa, não pode ser considerada subordinada à dogmática jurídica, pelos mesmos motivos que a sociologia das religiões (as religiões que, por sua vez, também resguardam proposições normativas) não é subordinada a doutrinas teológicas e às autoridades eclesásticas.

Por outro lado, até mesmo a interpretação normativa-jurídica em KELSEN ao menos pressupõe uma consideração de *fato*. Penso que devemos repensar a tese, tão difundida, segundo a qual para KELSEN não interessava a “eficácia” mas somente a validade normativa. Para KELSEN, o que faz com que uma norma seja jurídica é estar ela incluída num sistema de normas positivas, sistema este que pressupomos deva ser obedecido. E se é verdade que não podemos confundir a validade normativa de um ordenamento com a eficácia de suas normas, também não podemos esquecer que existe, para KELSEN, uma “relação essencial” entre validade e eficácia. É que “*uma ordem coercitiva que se apresenta como Direito só será considerada válida quando for globalmente eficaz. Quer dizer: a norma fundamental que representa o fundamento de validade de uma ordem jurídica refere-se apenas a uma Constituição que é a base de uma ordem de coerção eficaz.*”<sup>77</sup>

Somente um sistema jurídico que seja “globalmente eficaz” alberga normas que podemos pressupor como válidas. Ao contrário, “*se esse ordenamento não tem aquela*

---

<sup>75</sup> Idem, *El Concepto de Estado de la Sociología Comprensiva*, in *El Otro KELSEN*, op. cit., p. 274.

<sup>76</sup> ARGÜELLO, Katie, *O Ícaro da Modernidade: direito e política em Max Weber*, - São Paulo: Acadêmica, 1997, p. 144.

*eficácia duradoura*<sup>78</sup> não podemos pressupor que possua ele “validade objetiva”<sup>79</sup>. Aprofundar-se ainda mais na rica obra de KELSEN nos faria desviar do tema inicialmente proposto. Todavia, ignorar que a jurisprudência normativa exige uma consideração quanto à faticidade do sistema normativo, sua “eficácia global”. E certamente isto não permite levantar a hipótese segundo a qual a jurisprudência normativa estaria “subordinada” à sociologia, já exige uma consideração quanto ao fato social da eficácia global da ordem sociológica. A manutenção da autonomia da teoria jurídica, mesmo diante de uma análise da “eficácia social”, deve-se aos mesmos motivos pelos quais a sociologia jurídica não está “subordinada” à jurisprudência, por necessitar de um questionamento normativo. Trata-se de duas disciplinas diversas, com objetos diversos, e autônomas. Mas creio podemos afirmar que, para falar como KELSEN, o jurista deve também olhar com olhos de “sociólogo”, para que possa pressupor como válido um ordenamento.

### **1.3. Os fundamentos dos Direitos Humanos em Norberto BOBBIO**

Nos argumentos de BOBBIO ecoam muito da desconfiança de WEBER para com a fundamentação racional. E, assim como KELSEN, ele também recusa qualquer pretensão universalista de legitimidade das normas, atribuindo maior a relevância à vigência social. Estes três autores utilizam-se de conceitos neokantianos, da distinção entre ser e dever-ser, e rechaçam qualquer possibilidade de fundamentação racional de conflitos moral-práticos. BOBBIO porém é ainda mais radical que KELSEN e WEBER. Questionando-se sobre os fundamentos que justificam o moderno catálogo de direitos humanos, considera o problema como hipoteticamente válido, mas trata de retirar completamente sua importância, não apenas teórica, mas sobretudo prática. Ele afirma que o problema dos fundamentos de legitimidade dos direitos humanos deve ser tratado “*não como inexistente, mas como em*

---

<sup>77</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, trad. João Batista Machado.- 4a ed.- São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 52.

<sup>78</sup> Idem, *ibidem*, p. 53.

<sup>79</sup> idem, *ibidem*, p. 53.

*certo sentido - resolvido, ou seja, como um problema com cuja solução não devemos nos preocupar*<sup>80</sup> (grifo nosso).

BOBBIO crê ser possível organizar o desenvolvimento histórico da positivação dos Direitos Humanos em três grandes períodos. No primeiro eles são formulados abstratamente, em conceitos dotados de pretensões universais de validade, pelo pensamento filosófico do Direito natural racional. A seguir são positivados de forma isolada pelos diversos ordenamentos jurídicos nacionais, de modo que à sua universalidade declarada opõe-se sua particularidade de fato, vinculada aos diversos Estados-nação. Finalmente, os direitos humanos são positivados nas declarações de direitos do século XX, quando finalmente conquistam uma universalidade de fato, reconciliando-se com suas pretensões de validade, formuladas pelo jusnaturalismo. Trata-se de um processo histórico descrito de forma semelhante à clássica divisão da filosofia do Direito de HEGEL, com seus períodos correspondendo, respectivamente, aos momentos do Direito abstrato, da moralidade e da eticidade<sup>81</sup>. Obviamente que BOBBIO não dispõe da segurança de uma filosofia da história. Todavia, sua argumentação sofre de modo ainda mais radical de carências presentes em WEBER e KELSEN. A história dos Direitos humanos, descrita como um processo que inicia com pretensões abstratas de validade universal e que termina com a positivação institucional, não pode prescindir de argumentos universalistas de validade. Este é o ponto central da crítica de HABERMAS à sociologia jurídica de WEBER, como vimos no item 1.1.2. E esta validade dos direitos humanos não pode dissolver-se por completo na “faticidade” de sua positivação, até mesmo porque esta ainda hoje parece não haver atingido ainda a amplitude que BOBBIO lhe confere.

Ele insiste corretamente na diferença que há entre a fundamentação de um direito que já encontra-se institucionalizado e a de direitos que desejaríamos adquirir, porém apenas para no momento seguinte descartar a segunda classe de preocupações. Sem esta distinção, afirma, corremos o risco de cair na ilusão do fundamento absoluto, de uma razão última e irresistível. O problema começa tão logo estejamos diante da tarefa de definir quais são os direitos que inserimos nesta qualidade de “humanos”, não apenas pela ambigüidade do termo mas principalmente por sua sujeição a interesses de classes sociais,

---

<sup>80</sup> BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*; trad. de Carlos Nelson Coutinho.- Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 26.

<sup>81</sup> HEGEL, G. W. F., *Princípios da Filosofia do Direito*, trad. Orlando Vitorino.- 4a ed.- Lisboa: Guimarães Editores, 1990.

vinculações a visões de mundo diversas e interpretações históricas conflitantes. BOBBIO preocupa-se não somente negar a possibilidade de encontrarmos valores últimos capazes de fundamentar estes direitos, mas também em anular a possibilidade de uma argumentação fundada num “primado da razão”: mesmo que os direitos humanos pudessem ser demonstrados por meio de teoremas, isto não tornaria mais fácil o problema de sua aplicação. A estrutura de seu argumento é semelhante à de WEBER, que iguala “razão” e “natureza” como argumentos jusnaturalistas<sup>82</sup>. A novidade é que BOBBIO insiste não apenas na impossibilidade de uma fundamentação racional, mas principalmente em sua irrelevância. Sustenta sua posição na observação empírica de que “*a maior parte dos governos existentes proclamou (...) uma declaração universal dos direitos do homem. Por conseguinte, depois dessa declaração, o problema dos fundamentos perdeu grande parte de seu interesse*”<sup>83</sup>. Sua desconfiança em relação aos “valores absolutos”, dentre eles a razão, não o impede de confiar na solidez dos estatutos que positivaram os direitos humanos, numa postura que poderíamos denominar de “ceticismo humanista”. Todavia, será esta uma postura realista? BOBBIO argumenta que “*se a maioria dos governos existentes concordou com uma declaração comum, isto é sinal de que se encontram boas razões para fazê-lo*”<sup>84</sup>. Em primeiro lugar, se boas-razões existem, ou existiram, o observador deve ser capaz de expressá-las por meio de argumentos racionais, ao menos de modo a reconstruir concepções intuitivamente presentes. A tarefa de fundamentar algo, principalmente em se tratando de direitos humanos com pretensões universais, significa precisamente apresentar quais as boas-razões pelas quais estes direitos, e não outros quaisquer, podem ser aceitos pelos sujeitos da dominação política.

Partindo do correto pressuposto de que, nas condições modernas, não é mais possível apontar um fundamento imediatamente comum a todos, ele acaba por recusar não apenas a resposta errada à pergunta sobre a legitimidade, como também a própria pergunta. Ele dissolve o problema da fundamentação em questões de aplicação de ordens, já supostas como válidas: “*O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas*

---

<sup>82</sup> WEBER, *Economia y Sociedad*, op. cit., p. 642.

<sup>83</sup> BOBBIO, *A Era dos Direitos*, op. cit., p. 23.

<sup>84</sup> Idem, *ibidem*, p. 23.

*político*”<sup>85</sup>. Todavia, uma das tarefas da política, quando esta se difere da violência, é exatamente apresentar, perante um público supostamente de iguais, as “boas-razões” pelas quais os que encontram-se submetidos às leis devem obedecê-las. A busca pelo fundamento objetivo, comum a todos, é substituída pela tarefa contingente de encontrar os “*vários fundamentos possíveis*”<sup>86</sup>. Mas isto significa apenas um “*estudo dos problema históricos, sociais e econômicos, psicológicos, inerentes à sua realização: o problema dos fins não pode ser dissociado do problema dos meios*”<sup>87</sup>. É de se notar a semelhança com a ambivalência de WEBER (item 1.2), pois BOBBIO admite apenas uma racionalização na escolha dos instrumentos de realização dos Direitos humanos, supondo como irracionais os argumentos que buscam fundamentá-los.

Ao invés de WEBER porém, BOBBIO acredita dispor de um substituto eficaz para a ausência do fundamento absoluto. Já não se trata de mandamentos divinos, de imperativos racionais ou de uma teleologia histórica, e sim de um estatuto positivo universalmente válido: “*pode-se dizer que o problema do fundamento dos direitos humanos teve sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948*”<sup>88</sup>.

Assim expressamente são admitidas três formas de fundamentação dos Direitos humanos, vinculadas respectivamente à natureza humana, à verdades evidentes por si, e à aceitação num dado período histórico. É verdade que ele pretende justificar os “valores” que representam estes direitos mostrando que eles são apoiados num “consenso”, por meio do qual “*substitui-se pela prova da intersubjetividade a prova da objetividade*”<sup>89</sup>. Mas neste momento ele não investe na possibilidade, presente nos próprios termos de sua argumentação, na busca argumentativa dos “vários fundamentos possíveis”. Desta intersubjetividade somente sabemos que historicamente já ocorreu no passado, e que dela resultou a declaração. Não se trata apenas de uma suposição de consenso, mas sim da “*maior prova histórica até hoje dada do consensus omnium gentium sobre um determinado sistema de valores*”<sup>90</sup> proporcionada pela ação efetiva dos 48 estados membros da

---

<sup>85</sup> Idem, *ibidem*, p. 24.

<sup>86</sup> Idem, *ibidem*, p. 24

<sup>87</sup> Idem, *ibidem*, p. 24

<sup>88</sup> Idem, *ibidem*, p. 26.

<sup>89</sup> Idem, *ibidem*, p. 27.

<sup>90</sup> Idem, *ibidem*, p. 27.

assembléia. Graças a estes “*um sistema de valores é - pela primeira vez na história - universal, não em princípio, mas de fato, na medida em que o consenso sobre sua validade e sua capacidade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado*”<sup>91</sup>. Não é um tópico facilmente superável o que diz respeito ao problemático caráter juridicamente vinculante que a declaração possui para os Estados-nação, diante da ausência de algo como um Direito internacional socialmente vigente, o que somente transportaria o problema da fundamentação para um nível mais elevado de abstração. Mas principalmente, como uma declaração que ocorreu no passado possa ser prova de uma intersubjetividade que se quer atual? Aliás, até que ponto podemos constatar uma efetiva intersubjetividade nos procedimentos da ONU? Talvez não saibamos tanto acerca dos debates parlamentares e diplomáticos que desembocaram na declaração, mesmo naqueles espaços representativos restritos à Organização. O próprio BOBBIO desconsidera esta questão. Afirmar faticamente a existência da intersubjetividade, não utilizá-la como conceito abstrato e contrafático, é algo bastante problemático, principalmente se estamos tratando de relações político e econômicas de um contingente de Estados-nação numa época em que talvez nem mesmo a metade de seus membros pudesse ser incluída no rol das democracias liberais. BOBBIO lança mão de um conceito de validade fundada na intersubjetividade, que pretende ser de fato existente. A contradição é que ele não poderia sustentar esta “validade” se não fosse capaz de aceitá-la como supra-positiva e sobretudo, fundada na razão. Ao considerar a intersubjetividade como de fato já alcançada ele descuida do problema de que, na ausência do jusnaturalismo, esta intersubjetividade torna-se bastante instável, necessitando ser renovada e suprida com argumentos mais fracos. Daí que o problema da fundamentação torna-se prioritário. Ele mesmo conclui pelo “*fato de que a Declaração Universal é apenas o início de um longo processo, cuja realização final ainda não somos capazes de ver*”<sup>92</sup>. O problema é saber como podemos continuar este processo se não somos capazes de fundamentá-lo racionalmente.

Entre a declaração Universal, prova histórica da intersubjetividade, e a continuidade da realização dos direitos humanos ergue-se um abismo, pois falta precisamente a *prática* intersubjetiva de apresentar argumentos e justificar em público as boas-razões pelas quais

---

<sup>91</sup> Idem, ibidem, p. 28.

<sup>92</sup> Idem, ibidem, p. 31.

os Direitos humanos deveriam ser não apenas aceitos e implementados, como também aperfeiçoados e ampliados. O problema de apresentar fundamentos para os Direitos humanos aponta para a necessidade de justificá-los com argumentos morais pós-metafísicos, e não pode ser diluído no debate de estratégias de proteção aos direitos já positivados. Fundamentar a legitimidade dos direitos humanos não significa necessariamente apontar para um conjunto de valores previamente consensuais no âmbito de uma cultura específica. Ao contrário, significa construir uma legitimidade por meio de argumentos aceitáveis. Porém, BOBBIO não decide aprofundar o caminho que ele mesmo abre ao prever a possibilidade da busca argumentativa dos “*vários fundamentos possíveis*” para a aceitabilidade dos direitos humanos. A contradição do argumento de BOBBIO pode ser expressa assim: ao mesmo tempo em que ele intui um conteúdo universalista de aceitabilidade nos direitos humanos promulgados pela ONU, ele recusa como irracional qualquer tentativa supra-positiva de fundamentação. Mas se aceitamos como verdadeira esta última proposição, então a intuição de BOBBIO deve, também ela, pagar o preço da irracionalidade, com o que o rol dos direitos humanos “positivados” dependeria exclusivamente de um aparato coercitivo internacional. Ou então, deveríamos investir na via bastante fértil dos procedimentos de fundamentação destes direitos, recusando de antemão a postura dogmática que consiste em apresentar direitos absolutamente válidos. É este o caminho que HABERMAS pretende trilhar, e que passaremos agora a expor.



## CAPÍTULO 2 - A ponderação racional de pretensões de validade normativa em geral: o Princípio do Discurso

A filosofia do Direito de HABERMAS pretende abordar a legitimidade do ordenamento jurídico evitando as unilateralidades jusnaturalista e positivista, pois não apenas recusa qualquer pretensão de fundamentação “última” de conteúdos de um Direito “ideal” que deveria ser aplicado no mundo dos fatos, como também nega-se a dissolver a pretensão de legitimidade do direito em sua vigência social. Ele não recusa para a “legitimidade” um momento racional universalista, porém este é explicado de forma “procedimentalizada”. Pois bem, para que esta resposta seja plausível, é preciso antes demonstrar que conflitos entre pretensões de legitimidade normativa em geral (moral e/ou jurídica) podem ser solucionados de forma racional. Se não fosse assim, já seria inútil restringir tal questão ao âmbito do fenômeno jurídico. E esta é justamente a preocupação fundamental da “Ética do Discurso”, tal como foi desenvolvida em HABERMAS e Karl-Otto APPEL<sup>93</sup>, ou seja, fornecer os meios para a solução consensual e racional de conflitos entre pretensões de validade normativa.

Na arquitetura da obra de HABERMAS podemos compreender então porque sua filosofia do Direito resulta do desenvolvimento da Ética discursiva: esta trata da legitimidade racional em geral, ao passo que a segunda aplica estas conclusões à fundamentação do ordenamento jurídico. Convém aqui apresentar a definição que HABERMAS fornece para legitimidade:

---

<sup>93</sup> Quanto à formulação original da ética do discurso neste último, ver especialmente APPEL, K-O, *La Transformación de la Filosofía*, vol. 2, trad. Adela Cortina, Joaquín Chamorro e Jesús Conill.- Madrid: Taurus, 1985, ps. 341 e ss..

significa que a pretensão que acompanha uma ordem política de ser reconhecida como correta e justa não está desprovida de bons argumentos; uma ordem legítima merece o reconhecimento. *Legitimidade significa o fato do merecimento de reconhecimento por parte de uma ordem política.* O que esta definição destaca é que a legitimidade constitui uma pretensão de validade discutível de cujo reconhecimento (ão menos) fático depende (também) a estabilidade de uma dominação.<sup>94</sup>

Neste capítulo apresento os principais argumentos desenvolvidos pela Ética do Discurso. O núcleo central é composto pelos princípios de universalização (PU) e do discurso (PD), pois são eles que permitem fundamentar no âmbito da argumentação moral um consenso racional intersubjetivamente válido (3). Ocorre que HABERMAS tratou de levantar em favor destes princípios filosóficos o conceito auxiliar de “mundo-da-vida” (2). Antes porém apresentarei os conceitos elementares de ação comunicativa e estratégica, já que estes problemas são desenvolvidos a partir da teoria da ação social de HABERMAS (1).

## 2.1 - Os tipos racionais de ação social em HABERMAS

No capítulo anterior foi possível observar como HABERMAS pretende desenvolver sua teoria em grande medida como resposta a perplexidades originadas em sua peculiar leitura da obra de Max WEBER. Recordemos a clássica tipologia weberiana das ações sociais:

A ação social, como toda ação, pode ser determinada: 1) *de modo racional referente a fins*: por expectativas quanto ao comportamento de objetos do mundo exterior e de outras pessoas, utilizando essas expectativas como “condições” ou “meios” para alcançar *fins* próprios, ponderados e perseguidos racionalmente, como sucesso; 2) *de modo racional referente a valores*: pela crença consciente no valor – ético, estético, religioso ou qualquer que seja sua interpretação – absoluto e *inerente* a determinado comportamento como tal; independentemente do resultado; 3) *de modo afetivo*, especialmente *emocional*: por afetos ou estados emocionais atuais; 4) *de modo tradicional*: por costume arraigado.<sup>95</sup>

---

<sup>94</sup> HABERMAS, Jürgen. *La reconstrucción del Materialismo Histórico*, trad. Jaime Nicolás Muñiz y Ramon García Cotarelo.- Madrid: Taurus, 1992, ps. 243-4.

<sup>95</sup> WEBER, Max, *Economia e Sociedade*, op. cit., p. 15.

Nesta tipologia a racionalidade das ações sociais refere-se ou aos instrumentos para alcançar certo fim, ou então a valores aceitos como absolutamente válidos. HABERMAS, como vimos, havia realizado uma vigorosa crítica à identificação, feita por WEBER, entre as teorias do Direito racional, entre elas as de KANT e ROUSSEAU, e as concepções jusnaturalistas tradicionais, ou seja, uma identificação da autoridade que dispõe de argumentos que podem ser resgatados através de um discurso racional por um lado, e os valores culturais e religiosos que podem servir de motivos para a ação. Esta identificação já encontra-se prevista na tipologia acima transcrita, pois nela a fundamentação da legitimidade de normas de ação (moral ou jurídicas) é tão racional quanto a opção por valores religiosos ou pertencentes a uma cultura específica. Tanto a ação guiada por princípios universalistas, tais como o princípio universal do Direito kantiano ou a “vontade geral” de ROUSSEAU, como os atos motivados por uma adoração cega em algum valor religioso, são identificados como exemplos de ação racional com referência a valores.

Mas além do privilégio conferido à racionalidade instrumental, já que ela parece encontrar-se no “topo” do rol de ações racionais<sup>96</sup>, HABERMAS critica em WEBER principalmente o fato de que este haveria identificado a racionalização social com a institucionalização da racionalidade com referência a fins. Para demonstrar que a racionalização das ações sociais resguarda potenciais outros que não apenas o “instrumental”, ele nos fornece sua própria tipologia das ações. Inicialmente, devemos utilizar dois critérios: o caráter “social” das ações e sua “orientação” específica. Vejamos o quadro seguinte<sup>97</sup>:

Orientada ao êxito	Orientada ao entendimento
--------------------	---------------------------

<sup>96</sup> Esta é uma lição que HABERMAS retira de W. SCHLUCHTER, para quem “esta tipologia poderia responder, por parte de WEBER, às características formais da ação racional com referência a fins. Se comporta de forma racional com referência a fins o agente que a partir de um horizonte de valores claramente articulado seleciona fins e organiza os meios apropriados tendo em conta os efeitos secundários alternativos. Nos sucessivos tipos de ação, vai-se estreitando, passo a passo, a consciência do sujeito agente: desaparecem do campo da consciência e com ele ficam subtraídos a um controle racional a) na ação “racional com referência a valores” as conseqüências secundárias, b) na ação afetiva as conseqüências secundárias e os valores e c) na ação determinada somente pelo costume desaparece do campo da consciência inclusive o fim”. HABERMAS, J. “Aspectos de la Racionalidad de la Acción” in “Teoria de la Acción Comunicativa: Complementos y Estudios Previos”, trad. Manuel Jiménez Redondo, 2ª ed.- Madrid: Cátedra, 1994, p. 384.

<sup>97</sup> Idem, Ibidem, p. 385.

Não social	Ação instrumental	
Social	Ação estratégica	Ação comunicativa

Vejamos agora a definição fornecida para cada um dos tipos de ação:

Chamamos uma ação orientada ao êxito de *Instrumental* quando a consideramos sob o aspecto de observância de regras técnicas de ação e avaliamos o grau de eficácia da intervenção num estado físico; chamamos uma ação orientada ao êxito *estratégica* quando a consideramos sob o aspecto de observância de regras de escolha racional e valoramos o grau de eficácia alcançado no intento de influir sobre as decisões de um oponente racional. As ações instrumentais podem ser associadas a interações sociais, as ações estratégicas *são* ações sociais. As ações estratégicas vou opor-lhes as ações comunicativas. Falo de ação comunicativa quando as ações dos atores participantes não são coordenadas através de cálculos egocêntricos de interesses, mas sim a através do entendimento (*Verständigung*). Na ação comunicativa os agentes não se orientam primariamente por seu próprio êxito, e sim pelo entendimento. (...) Quando se alcança um entendimento, conduz entre os participantes a um acordo. Um acordo comunicativamente alcançado (ou pressuposto em comum no contexto de ação) cumpre não só as condições de um acordo faticamente existente. Antes, o acordo somente se produz sob condições que remetem a uma base racional. O acordo descansa sobre uma convicção comum.<sup>98</sup>

Em WEBER a ação racional carrega uma opção incontornável: em primeiro lugar, o ator pode agir racionalmente para realizar fins, sejam estes individuais ou coletivos. Neste caso, a descrição é moldada para atores que agem egoisticamente: trata-se de uma nomenclatura útil para descrever tanto as ações de indivíduos postos em concorrência num mercado capitalista como também os imperativos auto-referenciais de sistemas sociais de ação, como as burocracias organizadas juridicamente. Este primeiro tipo de ação weberiano está portanto compreendido, sem maiores contratempos, pelo aspecto da "racionalidade estratégica" habermasiana.

O problema surge no tratamento do segundo tipo weberiano de ação racional: a ação racional com referência a valores identifica irremediavelmente a *razão* com quaisquer outros valores e conteúdos com pretensão de validade absoluta. Para o observador, é indiferente que aqueles que agem racionalmente com referência a valores possuam como máximas de sua ação conteúdos sagrados ou normas abstratas consensuais. HABERMAS considera a definição deste tipo como insuficiente para abrigar as conclusões da própria

descrição weberiana do desencantamento das visões de mundo, realizado em sua sociologia das religiões.

Estes distintos aspectos da racionalidade da ação servem para ilustrar a duas formas básicas de ação social, vinculadas a formas diversas do uso linguístico:

- ação estratégica: esta é definida como uma interação na qual os atores estão orientados egoisticamente para o próprio sucesso, buscando alcançá-lo por meio de influências externas recíprocas, expressas através de ameaças ou prêmios levando em conta as conseqüências de seu agir. *"A coordenação das ações de sujeitos que se relacionam dessa maneira, isto é, estrategicamente, depende da maneira como se entrosam os cálculos de ganho egocêntricos. O grau de cooperação e estabilidade resulta então das faixas de interesses dos participantes."*<sup>99</sup>

- ação comunicativa: neste tipo, o pontencial de interação social inerente ao uso linguístico é aproveitado ao máximo: *"os atores tratam de harmonizar internamente seus planos de ação e de só perseguir suas respectivas metas sob a condição de um acordo existente ou a se negociar sobre a situação e as conseqüências esperadas."*<sup>100</sup>

Nas duas formas de ação existe a possibilidade da aplicação de princípios teleológicos. Também na ação comunicativa os atores devem decidir com que meios podem realizar de forma mais eficaz o objetivo definido cooperativamente. Porém, apenas a ação comunicativa exige algo mais que esta estrutura teleológica: *"o modelo estratégico da ação pode se satisfazer com a descrição de estruturas do agir imediatamente orientado para o sucesso, ao passo que o modelo do agir orientado para o entendimento mútuo tem que especificar condições para um acordo alcançado comunicativamente sob as quais Alter pode anexar suas ações às do Ego."*<sup>101</sup>

Estas formas básicas podem ser subdivididas. As ações estratégicas, em: a) abertamente estratégica; b) estratégica "encoberta", que por sua vez pode assumir os aspectos de b1) engano inconsciente, quando a comunicação é sistematicamente distorcida,

---

<sup>98</sup> Idem, Ibidem, p. 384-5..

<sup>99</sup> idem. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*, trad. Guido A. de Almeida.- Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 165.

<sup>100</sup> Idem, ibidem.

<sup>101</sup> Idem, Ibidem.

onde ao menos um dos participantes sofre de “auto-engano”; e b2) engano consciente, caso da manipulação.<sup>102</sup>

Já a ação comunicativa apresenta uma subdivisão mais importante, uma vez que, como veremos adiante, está relacionada à reprodução das estruturas internas do “mundo-da-vida”. O acordo que os participantes da interação buscam alcançar levanta inevitavelmente distintas pretensões de validade, e para cada uma das quais corresponde um tipo “puro” de ação comunicativa. O quadro seguinte<sup>103</sup> é elucidativo:

Tipos de ação social	Características			
	Orientação da ação	Atitudes básicas	Pretensões de validade	Referência ao mundo
Ação estratégica	Orientada ao êxito	Objetivante	Eficácia	Mundo objetivo
Ato de fala constativo	Orientada ao entendimento	Objetivante	Verdade	Mundo objetivo
Autorepresentação expressiva	Orientada ao entendimento	Expressiva	Veracidade	Mundo interno
Ação regulada por normas	Orientada ao entendimento	De conformidade com as normas	Retitude	Mundo social

Esta tipologia permite uma melhor compreensão dos processos de racionalização social. Para HABERMAS, sua tipologia apresenta duas grandes virtudes:

Uma vantagem de tal teoria é que, com a análise dos tipos puros de ação, são elucidados precisamente aqueles aspectos sob os quais as ações podem racionalizar-se, ou seja, aqueles aspectos sob os quais as ações, na medida em que encarnam um “saber”, podem submeter-se à crítica e corrigir-se; uma segunda vantagem consiste em que com o conceito de ação comunicativa dispomos de um ponto de vista não arbitrário desde o qual podemos julgar o sistema de instituições sociais como mais ou menos “racional”: refiro-me ao ponto de vista que representa o que chamei de “o entendimento racionalmente motivado”.<sup>104</sup>

<sup>102</sup> Idem, *Aspectos de la Racionalidad de la Acción* in *Teoria de la Acción Comunicativa: Complementos y Estudios Previos*, p. 386.

<sup>103</sup> Idem, *Ibidem*, p. 388.

Em primeiro lugar esta tipologia permite interpretar as ações sociais, voltadas ao êxito ou ao entendimento, revelando os critérios de racionalidade específicos a cada tipo. Deste modo, HABERMAS evita a unilateralidade da tipologia de WEBER, que sobrecarrega a racionalidade instrumental voltada à realização de fins com a tarefa de servir de “modelo” à racionalização social em geral. A racionalidade das ações sociais pode agora ser ponderada da forma seguinte<sup>105</sup>:

Tipos puros de ação	Tipos de saber	Formas de exame argumentativo	Tipos de saber suscetíveis de serem transmitidos
Atos de fala constatativos	Saber teórico-empírico	Discurso teórico	Teorias
Ação racional com referência a fins: a) Instrumental b) Estratégica	Saber utilizável em técnicas e estratégias	Discurso teórico	Tecnologias Estratégias
Ação expressiva	Saber prático-estético	Crítica terapêutica e crítica estética	Obras de arte
Ação regulada por normas	Saber prático-moral	Discurso prático	Idéias morais e jurídicas.

Dispomos agora de um critério de racionalidade específico para as ações reguladas por normas. Os princípios morais e jurídicos podem ser submetidos, através de discursos prático-morais, a critérios de uma racionalidade normativa que não é “subordinada” à racionalidade instrumental. Está dado portanto o primeiro passo para superar a unilateralidade positivista sem retornar ao jusnaturalismo: se as ações reguladas por normas dispõem de um critério de racionalidade próprio, que se manifesta numa certa forma argumentativa, então a disputa entre pretensões de legitimidade pode ser tratada com vistas à formação do “consenso”. Qual a questão inevitável para qualquer filosofia jurídica? É saber se podemos tratar a legitimidade do Direito sem dissolvê-la na mera vigência do ordenamento. Pois bem, esta tipologia das ações sociais já permite concluir que existem

<sup>104</sup> Idem, ibidem, p. 390.

<sup>105</sup> Idem, ibidem, p. 392.

critérios de racionalidade normativa que podem servir a este fim, e mais, que estes critérios são levantados inevitavelmente nos pressupostos inerentes a um dos tipos de ação social, a regulada por normas.

É exatamente este o “potencial” de sua tipologia que mais parece interessar a HABERMAS, pois o conceito de ação comunicativa fornece um “*ponto de vista não arbitrário desde o qual podemos julgar o sistema de instituições sociais como mais ou menos ‘racional’*”<sup>106</sup>, cujo aprimoramento pela Ética do Discurso resultará na formulação dos princípios de Universalização e do Discurso.

Antes porém de apresentar estes princípios filosóficos, “esotéricos”, nas palavras de Karl-Otto Apel<sup>107</sup>, convém insistir no fato de que a formulação destes aspectos de racionalidade resultam da interpretação das formas “cotidianas” de agir. Por isso as duas formas básicas de ações sociais, voltadas ao êxito ou ao entendimento, podem ser explicadas com o auxílio de uma descrição de formas distintas de uso ordinário da linguagem. Inicialmente, devemos diferenciar entre (i) ações propriamente linguísticas, por meio das quais um falante pode entender-se com um ouvinte acerca de um evento no mundo; e (ii) ações não-linguísticas sensíveis, por meio das quais os atores intervêm no mundo produzindo sucessos. A estas duas formas de uso da linguagem correspondem, respectivamente, critérios de racionalidade comunicativa - inerente ao entendimento linguístico, e racionalidade referida a fins, cujo critério é a eficácia dos meios.

Neste ponto é útil uma referência à diferença de perspectivas para demonstrar por que os dois tipos de ação remetem a condições específicas de compreensão. O exemplo de HABERMAS é o seguinte: alguém que corre pela calçada realiza uma ação que pode ser descrita por um observador, na perspectiva da terceira pessoa. Podemos inclusive atribuir hipoteticamente à ação uma intenção. Mas esta perspectiva não permite descrever com segurança como sendo a execução de um plano específico de ação. Uma situação distinta nos surge diante de uma ordem como “tire sua arma”. Esta ação não necessita de interpretação no mesmo sentido da anterior, pois neste caso o conteúdo semântico da emissão permite compreender a intenção do falante. “*O componente ilocucionário fixa (...)*

---

<sup>106</sup> Idem, *ibidem*, p. 390.

<sup>107</sup> APEL, Karl-Otto. *Ética do Discurso como Ética da Responsabilidade*, trad. Maria Nazaré de Camargo Pacheco Amaral., in “Cadernos de Tradução”, n. 3, Dpto de Filosofia da USP.- São Paulo: USP.



o sentido em que se está empregando o que se diz"<sup>108</sup>. Este último sentido do ato de fala só é acessível à perspectiva do participante. É necessário compartilhar a mesma língua e, ao menos parcialmente, entrar no mundo-da-vida compartilhado intersubjetivamente de uma comunidade de linguagem.

A diferença entre as ações sociais estratégica e comunicativa também pode ser explicada recorrendo ao tipo de metas que os atos de fala podem buscar alcançar. É que a linguagem pode sempre servir, em alguma medida, a aspectos teleológicos, caso em que é utilizada para a realização de fins e produção de estados de coisas. Porém, este uso teleológico da linguagem, ainda que possível, é dependente de seu uso comunicativo.

O argumento central de HABERMAS é este: mesmo atos não linguísticos podem ser instrumentalizados para assumir tarefas teleológicas - a aplicação da violência física nas relações humanas é um excelente exemplo, ao passo que qualquer ato de fala, por mais manipulativo que seja, não pode negar-se a levantar certas pretensões de validade coordenadoras da ação. Atos de fala carregam consigo, na qualidade de pressuposições inevitáveis, pretensões de validade que funcionam como coordenadoras da ação, como por exemplo a necessidade de que falante e ouvinte atribuam significado idêntico para as mesmas expressões usadas dentro de uma comunidade de linguagem à qual ambos pertencem.

Deste modo abrem-se aos atos de fala opções excludentes:

a) suas forças ilocucionárias podem adotar papel coordenador da ação, caso em que a linguagem não apenas transmite informações como também é fonte de integração social, mobilizando "*as energias que a própria linguagem possui no tocante a criar vínculos*".<sup>109</sup>

b) podem estar submetidos à dinâmica não-linguística do uso estratégico, caso em que a linguagem natural serve apenas como meio de transmissão de informações. A interação passa a depender das influências dos atores entre si e com o meio.

É importante notar que o problema da interação social não pode ser explicado apenas com base em interações estratégicas. Vejamos: a busca egocêntrica de realização de um plano de ação é levada a cabo por um ator que interpreta, e busca dominar, uma dada situação, sendo tal situação definida como fragmento do mundo circundante do ator. O

---

<sup>108</sup> HABERMAS, Jürgen, *Pensamiento Postmetafísico*, trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1990, p. 69.

problema surge quando a execução do plano depende da ajuda de outros atores, o que implica a necessidade de coordenar planos diversos de ação.

A ação comunicativa está voltada para o entendimento entre atores que coordenam seus planos de ação com base numa interpretação comum da situação. Cada ato de fala levanta uma pretensão de validade (referida ao mundo objetivo, subjetivo e social) suscetível de crítica. A capacidade de criar vínculos resulta do fato de que o ouvinte pode aceitar a oferta contida no ato de fala, na qual o falante garante que poderá resgatar com razões a pretensão de validade proferida.

Note-se como o argumento de HABERMAS detém-se na elucidação de certos pressupostos que os atos de fala estão constrangidos a cumprir. Vamos nos deter melhor neste ponto, caracterizando os tipos de *êxito* que os atos de fala podem reivindicar. Eles são de dois tipos:

a) ilocucionário: envolve o consenso articulado comunicativamente pela compreensão e aceitação da oferta contida nos atos de fala;

b) perlocucionário: refere-se outros efeitos que não poderiam ser tornados públicos, sem prejuízo para a eficácia da ação;

Um exemplo: Zico entende (ilocucionário 1) e aceita (ilocucionário 2) a exigência de Nunes para que lhe passe a bola. Zico passa a bola para Nunes que marca o gol, para alegria de dona Stela, que é torcedora rubro-negra. Esta última classe de efeitos é composta de critérios públicos, seja porque efetivamente conhecidos pelos atores envolvidos, seja por que poderia vir a tornar-se pública sem que isto tornasse inviável a realização do ato. Porém, outra coisa ocorreria se, com sua exigência, o falante - Nunes, visasse um objetivo que não poderia vir a público sob pena de não ser aceito pelo ouvinte - Zico. Supondo que sua intenção fosse marcar um gol contra, cujo sucesso configuraria um êxito perlocucionário, o falante não poderia explicitar sua intenção sob pena de motivar o ouvinte a tomar uma atitude completamente diversa. Neste exemplo fica claro como o ator só pode alcançar sua meta “delituosa”, não-pública, que é o êxito perlocucionário, caso ele simule uma tentativa de alcançar um êxito ilocucionário. É por isto que ações flagrantemente estratégicas fracassam quando é revelado ao destinatário que o oponente apenas aparentemente busca o entendimento:

---

<sup>109</sup> Idem, *Ibidem*, p. 73

O uso latentemente estratégico da linguagem vive parasitariamente do uso normal da mesma, porque somente pode funcionar se ao menos uma das partes supõe falsamente que a linguagem está sendo empregada com o objetivo de entendimento. Este status derivado remete à específica legalidade subjacente à comunicação linguística, a qual só pode ter efeitos coordenadores submentendo a atividade teleológica dos atores a determinadas restrições.<sup>110</sup>

Um ato de fala regulativo, realizado por X, como "Dê dinheiro a Y", sob os pressupostos da ação comunicativa, pressupõe um contexto normativo, seja ele composto de normas jurídicas de Direito positivo, de recomendações do costume, de normas morais etc. A pretensão de validade que o ator engata em sua fala pode no entanto ser rechaçada pelo ouvinte: "Não X, você não tem o direito de me pedir tal coisa". No caso da ação flagrantemente estratégica, esta pretensão de validade é posta de lado, não assumindo nenhum papel na coordenação da ação, que passa a depender não de razões pretensamente resgatáveis e sim de prêmios ou ameaças.

"Se você não der dinheiro a Y, conto para sua esposa o que você estava fazendo com Z ontem à noite". Apenas na aparência esta é uma exigência apoiada em razões de um contexto normativo, pois de fato mesmo é uma ameaça, que substitui as pretensões abstratas de validade pela faticidade do domínio. E é justamente na dependência desta aparência, mediante a qual o ato não linguístico simula uma razão linguística, que reside o caráter parasitário dos efeitos perlocucionários. A linguagem neste caso perde sua força ilocucionária de coordenação das ações, e reduz-se apenas a um veículo de transmissão de informações. Eles tiram seu significado de outros contextos, nos quais estas mesmas orações são empregadas com vistas ao entendimento. Trata-se agora de atos cujos efeitos perlocucionários foram autonomizados, não podendo ser considerados atos ilocucionários já que não objetivam a tomada de posição racionalmente motivada. O sucesso dos efeitos perlocucionários está restrito ao âmbito empírico, e somente neste âmbito esta pretensão pode ser rejeitada: "Não, você não pode prejudicar-me pois eu me divorciei". Assim, podemos explicar estas classes de efeitos em:

a) ilocucionários – apoiam-se em razões gerais, que serviriam de motivo para o ouvinte agir, não se esgotando numa relação específica entre falante e ouvinte;

---

<sup>110</sup> Idem, Ibidem, p. 75.

b) perlocucionários autonomizados - a estrutura "se-então" remete a razões particulares que, sob determinadas circunstâncias podem constituir-se em motivos empíricos para alguma reação. No exemplo anterior, "OK, eu sou casado, mas meu primo é o proprietário da empresa na qual VOCÊ trabalha, portanto guarde segredo!"

Estes problemas que surgem inicialmente num patamar de relações individuais pode ser recolocado no âmbito de um espaço social e tempo histórico mais ampliados, e isto por que a análise de HABERMAS detém-se nos pressupostos inerentes ao meio linguístico, e não apenas a qualidades particulares de sujeitos individuais racionais ou mega-sujeitos histórico-sociais. O conceito de ação comunicativa pretende portanto desenvolver a intuição de que a função de entendimento é imanente à linguagem, pois ela ultrapassa a mera compreensão gramatical: "*Na linguagem, a dimensão do significado e a dimensão da validade estão inteiramente unidas uma à outra.*"<sup>111</sup>

Mas se o meio linguístico possui um potencial de coordenação das ações, uma vez comprovada a inevitabilidade de seu uso - em maior ou menor medida, poderemos nos perguntar também em que medida estes pressupostos da comunicação podem auxiliar a tarefa de responder ao problema colocado pela teoria da ação social: como é possível o surgimento de padrões de comportamento em geral sem a imposição da violência? A resposta, que ainda necessita de explicitação racional, é mediante a mobilização de recursos disponíveis no uso linguístico, capazes de formar consenso. Este passo é realizado deliberadamente no capítulo inicial de "Direito e Democracia", e é um dos pressupostos para a filosofia do Direito de HABERMAS, como veremos a seguir.

## 2.2 - O conceito de "Mundo-da-vida".

Até aqui foram apresentados os conceitos de ação estratégica e comunicativa, bem como suas distintas funções no tocante ao uso linguístico. Agora, passamos à exposição do conceito de "*mundo-da-vida*", ou "*mundo vivido*", para que possamos enfim apresentar os fundamentos da Ética do Discurso.

---

<sup>111</sup> Idem, *Ibidem*, p.

"Mundo-da-vida" é um conceito complementar ao de ação comunicativa, mediante o qual os pressupostos ideais dos atos de fala podem ser colocados "no coração da prática comunicativa cotidiana"<sup>112</sup>. Com seu auxílio "HABERMAS quer dar um substrato de conteúdos, de evidências originárias, para usar a expressão de HUSSERL, que sustentem o consenso da ação comunicativa"<sup>113</sup>. Trata-se de pressupostos sem os quais seria impossível qualquer de entendimento linguístico. Um exemplo: dois sujeitos que discutem sobre a verdade de uma descrição do mundo qualquer inevitavelmente precisam concordar ao menos quanto a algumas formas básicas de expressão (uma certa "língua" por exemplo), sem o que não seria possível nem mesmo uma discordância. WITTGENSTEIN já havia afirmado que as disputas de opinião pressupõem um certo modo de vida comum, já presente na linguagem: " 'Assim, pois, você diz que o acordo entre os homens decide o que é correto e o que é falso?' – Correto e falso é o que os homens dizem; e na linguagem os homens estão de acordo. Não é um acordo sobre as opiniões, mas sobre o modo de vida"<sup>114</sup>.

Mais acima mostramos que na ação comunicativa, os sujeitos buscam entender-se sobre algo situado no mundo objetivo, subjetivo ou social. Vamos agora desenvolver melhor esta afirmação.

Sempre que realizamos um ato de fala comunicativo, inevitavelmente fazemos referência a algo que está situado:

i- no mundo objetivo, composto pela totalidade das coisas, objetos, fenômenos etc. sobre os quais é possível enunciar afirmações verdadeiras;

ii- no mundo social, composto por todas as ordens sociais legítimas e relações intersubjetivas legitimamente reguladas; e

iii- no mundo subjetivo, definido como o conjunto das experiências pessoais dos atores, e que podem ser expostas aos demais reivindicando veracidade.

É claro que na ação comunicativa os atores referem-se, em geral, simultaneamente a estes três mundos, ainda que suas proposições realcem em cada caso apenas um deles.

---

<sup>112</sup> Idem, *Direito e Democracia: Entre Faticidade e Validade*, op. cit., Vol. I, p. 37.

<sup>113</sup> DUTRA, Delamar José Volpato, *O Mundo Vivido*, in *Ética, Economia e Liberalismo*, Jovinó Pizzi e Marcos Kammer (org). Pelotas: EDUCAT, 1998, p. 99.

<sup>114</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*, trad. José Carlos Bruni.- São Paulo: Nova Cultural, 1996, p.98. § 241.

Por sua vez, a emissão comunicativa requer algo como um "pano de fundo" composto de definições da situação que gozem de uma aceitação suficiente para suprir a necessidade de entendimento de falante e ouvinte. Este pano de fundo é denominado por HABERMAS "*mundo-da-vida*", e pode ser definido inicialmente como um "*acervo de padrões de interpretação transmitidos culturalmente e organizados linguisticamente*"<sup>115</sup> Trata-se de "*depósitos de auto-evidências ou convicções inquestionadas, as quais os participantes na comunicação utilizam nos processos cooperativos de interpretação. Mas só quando se tornam relevantes para uma situação (...) podem determinadas autoevidências serem mobilizadas na forma de um saber sobre o qual existe consenso e ao mesmo tempo é suscetível de problematização.*"<sup>116</sup>

O conceito de "mundo-da-vida" busca explicar certas condições necessárias para a existência dos atos de fala. Os participantes de uma comunicação, ao tentarem entender algo no mundo, não podem colocar sua própria linguagem totalmente "*entre si*", como se fosse algo intersubjetivo: eles se movimentam "*dentro de sua linguagem.*"<sup>117</sup> Com isto podemos afirmar que a linguagem, e o conjunto de saberes e valores que ela carrega consigo, possuem um status de "*semi-transcendência*". É por isso que o mundo-da-vida cumpre a função de "acervo de saber", que "*provê os participantes na comunicação de convicções de fundo aproblemáticas, de convicções de fundo que eles supõem garantidas; e dessas convicções de fundo se forma em cada caso o contexto dos processos de entendimento, nos quais os participantes utilizam as definições acreditadas da situação ou negociam definições novas*"<sup>118</sup>. Seu caráter de "suporte" da ação comunicativa é evidente, pois o Mundo-da-vida "*é uma forma de estocar o justificado, cuja função evidente é não nos tornarmos, insuportavelmente, argumentativos em todos os momentos*"<sup>119</sup>

É possível observar que o mundo-da-vida e os três conceitos formais de mundo possuem um *status* diferente, pois estes últimos formam, junto com as pretensões de validade suscetíveis de crítica, um "*armazém categorial*" útil para classificar no mundo-da-vida as situações que "desabaram", tornaram-se carentes de acordo. Para isto é preciso que

---

<sup>115</sup> HABERMAS, J. *Teoria de la Acción Comunicativa*, trad. Manoel Jiménez Redondo.- Madrid: Taurus, 1987, tomo II, p. 176.

<sup>116</sup> Idem, p. 176.

<sup>117</sup> Idem, p. 177.

<sup>118</sup> Idem, p. 178.

<sup>119</sup> DUTRA, D. *O Mundo Vivido*, op. cit., p. 105.

os conteúdos do mundo-da-vida sejam previamente interpretados. Os conceitos formais de mundo permitem ao falante e ao ouvinte "*qualificar os referentes possíveis de seus atos de fala de modo que lhes seja possível referir-se a eles como a algo objetivo, como a algo normativo; ou como a algo subjetivo*"<sup>120</sup>. Contudo, se estas qualificações são úteis para lidar com os três conceitos formais de mundo, elas absolutamente não se prestam a lidar com o mundo-da-vida: falante e ouvinte movem-se dentro do horizonte que é seu mundo-da-vida, e simplesmente não podem dele retirar-se. É isto que significa afirmar a posição transcendental ocupada por este conceito, no qual encontram-se dos atores que participam da ação social. É neste local que podem apresentar a pretensão de que suas emissões sejam válidas com referência aos distintos conceitos de mundo. Enquanto o mundo-da-vida é inerente à própria atividade do entendimento, os conceitos formais de mundo compõem um conjunto de categorias que permitem aos participantes fazer referências aos objetos carentes de entendimento. Os membros da interação entendem-se a partir da perspectiva de um mundo-da-vida comum, visando algo no mundo objetivo, subjetivo e social.

Agora, retornemos aos tipos fundamentais de ações sociais e recordemos que são elas uma forma de lidar e dominar situações. Afirmamos acima que HABERMAS ressalta na ação comunicativa dois aspectos: um, propriamente comunicativo, de interpretação comum da situação de ação e busca de um acordo sobre a situação, e um aspecto teleológico, de execução de um plano de ação. Mas o consenso, que é o pressuposto para a busca comum de um fim, pode apresentar-se problemático (uma das certezas cotidianas do mundo-da-vida que pode "desabar"), quando então a questão passa a ser justamente alcançar o consenso. Assim, os critérios para avaliar as ações passam a ser o êxito das ações teleológicas e o consenso obtido pelos atos de entendimento. Porém, tanto para perseguir instrumentalmente uma causa definida em comum, e ainda mais para obter um acordo sobre algo, falante e ouvinte recorrem inevitavelmente ao estoque de saber compartilhado intersubjetivamente, que é o mundo-da-vida. Para definir melhor este conceito é preciso ressaltar três características, inicialmente desenvolvidas por SCHÜTZ e LUCKMANN:

- i- *intuição consensual* - trata-se de um saber com o qual possuímos uma familiaridade ingênua: é um pano de fundo sempre presente de forma intuitiva, isento de dúvidas e problemas, mas, ao mesmo tempo impossível

---

<sup>120</sup> HABERMAS, J. *Teoria de la Acción Comunicativa*, op. cit., ps 178-9.

de ser colocado na condição de objeto de estudo. Ele permanece na condição de pano de fundo saberes, mesmo quando alguns de seus fragmentos são tematizados e absorvidos pelo "redemoinho" da problematização.

- ii- *válido intersubjetivamente* - não se trata-se de um saber inerente aos sujeitos individuais, e tampouco de posses "privadas", mas sim de estruturas comuns a todos os membros de uma dada comunidade, prévia a todo dissenso possível.
- iii- *Não podemos transcendê-lo* - Mesmo que as situações com as quais os atores se deparam estejam sempre submetidas à instabilidade dos processos de mudança, não é possível transcender os limites de algum mundo-da-vida, pois este, na qualidade de contexto entendido mas não tematizado, delimita as situações de ação. Os atores sempre estarão em meio a algum mundo da vida.

Graças à compreensão moderna do mundo, a tradição cultural de uma dada comunidade pode ser submetida reflexivamente ao juízo crítico e metódico de seus próprios membros. Um dos aspectos da modernidade ocidental é submeter o mundo-da-vida a um processo constante de crítica e reflexão. Segundo DUTRA, a modernidade, "*a partir de DESCARTES, orienta-se por um processo de crítica à tradição, de estabelecimentos de certezas a partir do cogito. Com a dúvida metódica, foram postas em questão todas as tradições*"<sup>121</sup>. Este autor encontra ainda neste processo de crítica, inerente à modernidade, o "pano de fundo" de sentido para as famosas proposições de KANT, "*sapere aude! Tem coragem de te servires do teu próprio entendimento! Heis a palavra de ordem do iluminismo*"<sup>122</sup>, e MARX, "*Tudo o que era sólido desmancha no ar*"<sup>123</sup>.

É claro que, no âmbito das interações regidas por normas, a separação entre o pano de fundo difuso que é o mundo-da-vida e o mundo social de relações interpessoais legitimamente reguladas ocorre com maior lentidão.

---

<sup>121</sup> DUTRA, D., op. cit., p. 110.

<sup>122</sup> KANT, I. *Resposta à pergunta: o que é iluminismo?* Lisboa: Edições 70, 1988, p. 11.

<sup>123</sup> MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*, trad. Victor Hugo Klagsbrunn, in *O Manifesto Comunista 150 Anos Depois*, Daniel Aarão Reis Filho (org). – Rio de Janeiro: Contraponto; São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1998, p. 11.



De fato, chega mesmo a ser *"tentador identificar o mundo-da-vida com o saber de fundo transmitido culturalmente, e isso devido a que a cultura e a linguagem não figuram normalmente entre os ingredientes da situação"*<sup>124</sup>, a não ser naquelas situações onde a linguagem e a cultura deixam de servir de recurso para alcançar o consenso. Porém, isto não ocorre na mesma velocidade com as ordens institucionais e as estruturas de personalidade, que com muito mais frequência aparecem restringindo o espaço de iniciativa dos atores. Ocorre que normas e vivências também tem um duplo *status*: podem aparecer enquanto ingredientes de um mundo social ou subjetivo ou como componentes estruturais de um mundo da vida. *"A ação, ou a dominação de situações, se apresenta como um processo circular no qual o ator é ao mesmo tempo o iniciador de atos que lhe são imputáveis e produto de tradições em cujo seio vive, de grupos solidários aos quais pertence e de processos de socialização e aprendizagem aos quais está sujeito"*<sup>125</sup>. As estruturas da sociedade e da personalidade também assumem uma posição recurso: a ação comunicativa requer o pano de fundo não problemático do mundo da vida, que deve ser capaz de fornecer solidariedades com as quais o ator possa contar, e mesmo competências pessoais comprovadas.

Os participantes numa ação entendem-se sobre uma dada situação: neste caso encontram-se já numa tradição cultural que utilizam para entender-se ao mesmo tempo em que a renovam. O mesmo ocorre com a integração social, pois ao coordenarem suas ações utilizando pretensões de validade (enquanto tais suscetíveis de crítica) que reconhecem intersubjetivamente, os atores ratificam sua pertença a grupos sociais. Também a criança, ao tomar parte em interações com pessoas de referência internaliza as orientações valorativas de seu grupo social e adquire capacidades gerais de ação.

Agora vejamos as conclusões mais importantes de HABERMAS. Os componentes estruturais do mundo da vida são:

i- cultura: trata-se de um acervo de saber que abastece os participantes com interpretações e sentido;

ii- sociedade: são as ordenações legítimas que regulam a pertença a grupos sociais e asseguram a solidariedade; e

---

<sup>124</sup> HABERMAS, *Teoria de la Acción Comunicativa: complementos y estudios previos*, op. cit., p. 191.

<sup>125</sup> Idem, p. 192

iii- personalidade: as estruturas de competências que permitem ao sujeito ser capaz de linguagem e ação.

Por sua vez, a ação comunicativa, única capaz de reproduzir o mundo da vida, cumpre os seguintes papéis no âmbito da:

i' - cultura: permite o entendimento, renovando o saber cultural;

ii'- sociedade: coordena as ações, servindo como fonte de integração social e solidariedade; e

iii'- personalidade: auxilia na socialização, servindo como fonte para a formação de identidades pessoais.

As funções que a ação comunicativa é capaz de cumprir para a reprodução das estruturas do mundo da vida são:

i"- permite a continuação do saber aceito como válido;

ii"- serve para a estabilização da solidariedade dos grupos; e

iii"- forma atores capazes de responder autonomamente por suas ações.

A prática comunicativa cotidiana pode ser definida como uma "rede de interações", que funciona como meio de reprodução das estruturas simbólicas do mundo-da-vida. Estas devem ser diferenciadas do substrato material do mundo da vida.

A reprodução cultural do mundo-da-vida assegura a continuidade e a coerência do saber necessário em cada caso à prática comunicativa cotidiana. O critério é "*a continuidade do saber aceito como válido*"<sup>126</sup>. A integração social do mundo da vida assegura que situações novas surgidas no espaço social fiquem conectadas com estados do mundo já existentes. Assegura que "*ações sejam coordenadas através de relações interpessoais legitimamente reguladas e dá continuidade à identidade de grupos num grau que baste à prática comunicativa cotidiana*"<sup>127</sup>. O critério é a solidariedade dos membros, que evita perturbações na integração social, produtoras de anomia. Por fim, a socialização dos membros do mundo da vida faz com que novas situações que se produzem na dimensão

---

<sup>126</sup> Idem, p. 200.

<sup>127</sup> Idem, p. 200.

do tempo histórico sejam conectadas aos estados de mundo já existentes. Assegura às novas gerações as capacidades gerais de ação. O critério aqui é a "*capacidade das pessoas para responder autonomamente por suas ações*"<sup>128</sup>. Cada um desses processos de reprodução fornece também ganhos à manutenção dos outros dois aspectos.

Os três quadros seguintes<sup>129</sup> permitem a melhor compreensão do que foi dito acima. Em cada um deles as células em destaque representam o tipo de "tarefa principal" que deve ser satisfatoriamente realizada pelo respectivo processo de reprodução, para que então possa produzir reflexos na reprodução das demais estruturas do mundo da vida. Exemplo: se a integração social é reproduzida de modo satisfatório, proporcionando à estrutura "sociedade" a coordenação das ações sociais por pretensões de legitimidade intersubjetiva, então a integração social é capaz também de auxiliar a reprodução dos componentes cultura e personalidade. Vejamos:

- a) A contribuição dos processos de reprodução à manutenção dos componentes estruturais do mundo da vida:

Compenentes estruturais	Cultura	Sociedade	Personalidade
Processos de reprodução			
Reprodução cultural	Esquemas de interpretação suscetíveis de consenso (saber válido)	Legitimação para as instituições existentes	Padrões de comportamento eficazes no processo de formação, metas educativas
Integração social	Vinculações de caráter moral ou obrigações; núcleo de valores culturais e institucionais (Passível de crítica mas subtraído ao teste permanente da ação orientada ao	Relações interpessoais legitimamente reguladas	Vinculação dos indivíduos a grupos (legitimamente regulados)
Socialização	Interpretações que os indivíduos produzem	Motivações para atuar conforme as normas	Capacidades de interação ("identidade pessoal")

<sup>128</sup> Idem, ibidem.

<sup>129</sup> Idem, ibidem, ps 202, 203, 204



b) Os casos de perturbação na reprodução do mundo da vida:

Componentes estruturais.	Cultura	sociedade	Personalidade	Critério de avaliação
Perturbações no âmbito da:				
Reprodução cultural	Perda de sentido	perda de legitimação	crise de orientação; crise educacional	Racionalidade do saber aceito como válido
Integração social	Insegurança e perturbação da identidade coletiva	anomia	Alienação	Solidariedade dos membros
Socialização	ruptura das tradições	perda de motivações	Psicopatologias	Autonomia da pessoa

c) As funções de reprodução que competem à ação comunicativa:

Componentes estruturais Processos de reprodução	Cultura	sociedade	Personalidade
Reprodução cultural	Tradição crítica; aquisição de saber cultural	renovação do saber legitimatório	Reprodução do saber eficaz nos processos de formação
Integração social	Imunização de um núcleo de orientações valorativas	coordenação das ações através do reconhecimento de pretensões de validade	Reprodução dos padrões de pertença individual
Socialização	Enculturação	internalização de valores	Formação da identidade individual

Por fim, a racionalização do mundo da vida possui certas características que HABERMAS extrai de sua leitura peculiar das obras de MEAD e DURKHEIM.

a) *diferenciação estrutural do mundo da vida*. Este aspecto revela a liberação do potencial de racionalidade que é inerente à ação comunicativa, que resulta da diferenciação entre as estruturas do mundo-da-vida, num processo que é:

i- **interno**: a **cultura** é atingida por um processo reflexivo de contínua revisão dos valores tradicionais; a **sociedade** passa a depender cada vez mais de procedimentos formais de criação e justificação de normas para que suas ordem sejam aceitas como legítimas; e no âmbito da **personalidade** a identidade do sujeito é estabilizada e controlada mediante critérios mais abstratos; e

ii- **externo**, quando aumenta a distância entre: **cultura e sociedade** na medida em que os sistemas institucionais vão se descolando das imagens do mundo; **sociedade e personalidade**, graças à ampliação do espaço da contingência no estabelecimento de relações interpessoais; e entre **personalidade e cultura**, pois a renovação das tradições depende da sujeição à crítica e capacidade inovadora dos indivíduos.

b) *separação entre forma e conteúdo*. No âmbito da cultura, onde estão presentes os núcleos da tradição que garantem a identidade coletiva, ocorre uma separação entre os três conceitos formais de mundo, os pressupostos abstratos da comunicação, os procedimentos argumentativos etc. e os conteúdos concretos que estão entrelaçados nas imagens míticas do mundo. Na sociedade, os princípios normativos que resguardam pretensões universalistas, como por exemplo os princípios jurídicos constitucionais do Estado democrático de direito, ou mesmo da moral moderna, separam-se dos contextos particulares aos quais estão ligados nas sociedades primitivas. Quanto à personalidade, as estruturas cognitivas adquiridas no processo de socialização tendem a emancipar-se dos conteúdos do saber cultural com o qual inicialmente estavam integrados.

c) *reflexivização da produção simbólica*. Especificação funcional dos correspondentes processos de reprodução das estruturas do mundo da vida. Isto pôde ser observado na tendência, que acompanha o surgimento da modernidade, de formação de instituições profissionais especializadas na tradição cultural, na integração social e na educação. No âmbito político, podemos identificar os aspectos “evolutivos” da democracia na medida em que esta institucionaliza *"formas de geração discursiva da vontade política"* que atingem o *"caráter não reflexivo da legitimação tradicional do poder"*<sup>130</sup>, ou seja, as ordens de dominação política são constringidas ao menos a institucionalizar certos

---

<sup>130</sup> Idem, p.208

procedimentos de decisão coletiva que permitam a suposição de que as normas resultantes deste processo merecem legitimidade.

### 2.3 - A Ética do Discurso.

Como expusemos no capítulo anterior, a questão inicial com a qual depara-se qualquer filosofia do Direito contemporânea é: como afirmar a legitimidade do Direito negando o ceticismo positivista, sem recorrer a conteúdos absolutamente válidos como faz o jusnaturalismo? A resposta que HABERMAS fornece a esta questão resulta diretamente de sua resposta a uma questão “logicamente” anterior, que pertence ao âmbito dos discursos práticos em geral: é possível fundamentar uma “moral secularizada” com pretensões universalistas, porém sem o amparo de conteúdos concretos retirados das tradições culturais e religiosas? Esta é a questão a ser trabalhada neste capítulo. As respostas que em geral são fornecidas a esta pergunta assumem basicamente duas direções:

- i- os *céticos*, que rejeitam esta possibilidade, já que a “razão” é exclusivamente teleológica, ou seja, capaz de tratar apenas da relação instrumental, encontrando os meios mais eficazes para realizar os fins desejados, ao passo que a escolha destes fins não pode ser submetida a uma deliberação racional; e
- ii- os *cognitivistas*, que defendem a possibilidade de tratar disputas morais como capazes de uma validade análoga à “verdade”, avaliando imparcialmente questões práticas e fundamentando as decisões com boas razões.

HABERMAS insere-se explicitamente no segundo grupo, e pretende utilizar o argumento da “contradição performativa”, auxiliado pelo conceito complementar de mundo da vida, para fundamentar seus argumentos ético-filosóficos. Isto ocorre da seguinte maneira: ele recorda que também o cético moral inevitavelmente recorre a certas intuições morais em sua vida cotidiana. Pretende vencer a disputa forçando os não-cognitivistas a entrarem numa “*contradição performática*”, argumento este elaborado por Karl-Otto

APEL. Porém, este argumento não pode ser utilizado quando o cético recusa-se a participar de uma argumentação racional sobre as pretensões de validade. Neste caso, a tarefa que cabe ao filósofo é “*abrir os olhos ao empirista que se apresenta como cético moral para suas próprias intuições morais na vida cotidiana*”<sup>131</sup>, que são reveladas com o conceito de ação comunicativa. A importância de ação comunicativa reside no fato de que o cético pode até mesmo fugir dos discursos práticos, nos quais entraria inevitavelmente em contradições performáticas. Não pode porém fugir da prática comunicativa cotidiana, ao mundo da vida. Mas a postura do cético encontra respaldo, na idade moderna, na ampliação dos espaços cognitivo e instrumental, vistos cada vez mais como os únicos que podem fornecer argumentos racionais. Como vimos na tipologia das ações sociais de HABERMAS, também a regulada por normas levanta critérios racionais específicos, que agora serão melhor elaborados a fim de permitir procedimentos de resposta a questões de “dever moral”. Além disto, como vimos no item anterior, a reprodução das estruturas do mundo da vida (sociedade, cultura e personalidade) depende não apenas das ações cognitivas, mas também das expressivas e reguladas por normas, cuja ausência estimula patologias como a anomia social problemas na formação da personalidade. A afirmação de STRAWSON é elucidativa:

Olhamos com um olhar objetivo o comportamento compulsivo do neurótico ou o comportamento enfadonho de uma criança muito novinha, pensando em termos de tratamento ou adestramento. Mas às vezes podemos olhar com um olhar parecido para o comportamento da pessoa normal e amadurecida. Dispomos deste recurso e às vezes podemos usá-lo: como um refúgio, digamos, das tensões do envolvimento; ou como uma linha política; ou simplesmente por curiosidade intelectual. Humanos que somos, não podemos, no caso normal, fazer isso durante muito tempo ou de modo algum<sup>132</sup>

Nos contextos do mundo-da-vida, que sabemos ser carentes de reflexão, já é possível encontrar pretensões de validade normativa referentes ao mundo social. Obviamente que as respostas a questões de dever moral não ambicionam possuir uma validade “veritativa”, pois não se referem ao mundo objetivo. A validade de seus critérios aponta para a “correção normativa”. Isto foi possível perceber desde o momento em que

---

<sup>131</sup> Idem, *Consciência Moral e Agir Comunicativo*, p. 62.

<sup>132</sup> STRAWSON, P. F. *Freedom and Resentment*.- Londres, 1974, p. 9, APUD, HABERMAS, *Consciência Moral e Agir Comunicativo*, op. cit., p. 66.



estudamos a tipologia das ações sociais em HABERMAS. E a diferença que há entre a validade “veritativa” e a “normativa” explica-se pela forma diversa como seus respectivos proferimentos são capazes de coordenar as ações e relacionar-se com os mundos objetivo e social.

As proposições normativas podem ser objeto de referência secundária de atos de fala, mas antes disso, as normas podem ser pensadas independente de seu assentamento numa frase, graças ao caráter impessoal que está vinculado à sua expressão: “*uma norma moral reclama sentido e validez também independentemente de ser ou não proclamada e reivindicada*”<sup>133</sup>. As proposições assertóricas, ao contrário, não podem reivindicar esta autonomia frente aos atos de fala. E porque isto ocorre? Resulta do fato de que pretensões de validade veritativa residem apenas em atos de fala, enquanto as pretensões de validade normativa estão vinculadas primeiramente a normas e apenas de modo secundário aos atos de fala: “*A realidade social, à qual nos referimos com atos de fala regulativos, já está desde o início numa relação interna com pretensões de validade normativas.*”<sup>134</sup> Isto é bastante compreensível, já que as instituições sociais dependem de considerações de validade por parte dos concernidos<sup>135</sup>, ao passo que as pretensões de verdade não são inerentes aos fatos descritos mas apenas aos atos de fala descritivos. Os estados de coisas existem ainda que não sejam descritos por proposições verdadeiras, ao passo que as normas dependem da reprodução contínua de relações interpessoais ordenadas de maneira legítima<sup>136</sup>. Por isso é que, no mundo “social” a aceitação da validade de uma norma, num dado tempo histórico e espaço social, não esgota a questão de sua validade “legítima”. E ainda, é por isso que a vigência de um ordenamento jurídico não pode apoiar-se apenas na coerção mas necessita ser capaz de mobilizar argumentos:

---

<sup>133</sup> HABERMAS, J, idem, p. 81.

<sup>134</sup> Idem, ibidem, p. 81.

<sup>135</sup> Max WEBER já assinalava esta característica inerente às “ordens” sociais, como podemos ver, por exemplo, em suas definições de ordem legítima e dos tipos “puros” de dominação legítima (racional, tradicional e carismática) pois em todos eles a “legitimidade” depende em parte de uma “crença” dos próprios concernidos. A legitimidade “deve naturalmente ser considerada apenas uma probabilidade de, em grau relevante, ser reconhecida e praticamente tratada como tal.” (WEBER, “Economia e Sociedade”, op. cit. p. 140). E ainda, quanto aos tipos ideais de domínio, eles baseiam-se na “crença” na legitimidade em virtude ou da legalidade, ou da tradição ou do “carisma” do líder (Idem, ibidem, p. 141).

<sup>136</sup> Como vimos acima, a ação comunicativa cumpre funções de reprodução dos componentes estruturais do mundo-da-vida (sociedade, cultura e personalidade), por exemplo, na medida em que coordena as ações reproduzindo integração social, evitando patologias como a anomia.

As pretensões de validade normativas *mediatizam* manifestamente, entre a linguagem e o mundo social, uma *dependência recíproca* que não existe para a relação da linguagem e do mundo objetivo. É a esse entrelaçamento de pretensões de validade, que tem sua sede em normas e pretensões de validade erguidas com atos de fala regulativos, que também se vincula o *caráter ambíguo da validade deontica*. Ao passo que entre os estados de coisas existentes e os enunciados verdadeiros existe uma relação unívoca, a “existência” ou a validade social (Geltung) das normas não quer dizer nada ainda acerca da questão se estas também são válidas (gültigkeit). Temos que distinguir entre o fato social do reconhecimento intersubjetivo e o fato de uma norma ser digna de reconhecimento. Pode haver boas razões para considerar como ilegítima a pretensão de validade de uma norma vigente socialmente; e uma norma não precisa, pelo simples fato de que sua pretensão de validade poderia ser resgatada discursivamente, encontrar também um reconhecimento factual. A *imposição* de normas está duplamente codificada, porque os motivos para o reconhecimento de pretensões de validade normativas podem remeter tanto a convicções quanto a sanções, ou a uma mescla complicada de discernimento e violência. Em regra geral, o *assentimento* motivado racionalmente associar-se-á a uma *aceitação* empírica, ou seja, produzida pelas armas ou por bens materiais, numa crença na legitimidade cujos componentes não são simples de se analisar. Esses amálgamas, porém, são interessantes na medida em que constituem um indício de que não basta a *entrada em vigor* positivista das normas para assegurar *duradouramente* sua validade social. A imposição duradoura de uma norma depende *também* da possibilidade de mobilizar, num dado contexto da tradição, razões que sejam suficientes pelo menos para fazer parecer legítima a pretensão de validade no círculo das pessoas a que se endereça. Aplicado às sociedades modernas, isso significa: sem legitimidade, não há lealdade das massas.<sup>137</sup> (*grifo nosso*)

Na passagem acima encontram-se expostos os argumentos ético-discursivos que nos remetem, inevitavelmente, a uma filosofia do direito de cunho universalista: o ponto de partida é a afirmação de que é possível traçar uma distinção entre a aceitação social de certas normas como válidas por um lado, e a existência de argumentos racionais que possam ser levantados em defesa desta pretensão, por outro. É claro que a possibilidade de realizar esta distinção não nos leva, necessariamente, a alcançar conteúdos absolutamente racionais e válidos, pois se assim fosse, estaríamos retornando ao postulado básico da argumentação dogmática e jusnaturalista, que HABERMAS pretende evitar. Para a teoria da ação comunicativa não há nenhuma outra maneira de pensar a distinção entre validade

---

<sup>137</sup> HABERMAS, *Consciência Moral e Agir Comunicativo*, op. cit., ps. 82-3.

“aceita socialmente” e validade “legítima”, senão na forma de uma discussão onde cada uma das pretensões de validade poderá apresentar seus argumentos com critérios racionais, sendo estes critérios indiferentes aos conteúdos arrolados pelos participantes do debate<sup>138</sup>. Pois bem, a Ética do Discurso quer exatamente pensar estes critérios formais que devem “reger” a argumentação. A propósito, Hanna ARENDT recordava que a Atenas clássica concebia a relação entre as leis jurídicas (*nomos*) e a ação política de forma similar à relação entre as muralhas que cercavam e protegiam a cidade-estado e as atividades políticas desenvolvidas na praça pública, no interior das muralhas, ou seja a lei jurídica resguardava o espaço no interior do qual a política se desenvolveria: “*esta lei-muralha era sagrada, mas só o recinto era político*”<sup>139</sup>. Cito a passagem da obra desta autora apenas porque o que a Ética do Discurso ambiciona é pensar aquilo que poderíamos chamar de “muralhas” das argumentações sobre pretensões de validade: os elementos que não apenas dão forma aos discursos racionais, como também permitem sua existência<sup>140</sup>.

O fato é que entre (1) a existência de normas e (2) a expectativa de sua fundamentação, existe uma relação muito peculiar, sem paralelo na relação entre estado de coisas e asserções teórico-empíricas: a (1) “validade” de normas depende, em alguma medida, de sua (2) “aceitação” por parte dos concernidos, que por sua vez depende da (3)

---

<sup>138</sup> Iniciei este trabalho recordando as páginas iniciais da “Crítica da Razão Pura”, de KANT, onde este expôs, quase que acidentalmente, uma série de argumentos que bem poderiam desenvolver-se até alcançar o patamar de uma filosofia do Direito com pretensões universalistas. É certo que HABERMAS insere-se, como veremos agora, na tradição cognitivista kantiana, porém ele investiu, de modo mais radical que o próprio KANT, no potencial discursivo da “crítica”. Caberia perguntar porém o quanto esta formulação provisória de KANT, para que a legislação seja capaz de sustentar a crítica publicamente como pré-requisito para obter “respeito” (ou seja, legitimidade), é idêntica ao princípio universal do Direito. Infelizmente, o tratamento desta questão, certamente pertinente, fugiria da competência da presente dissertação.

<sup>139</sup> ARENDT, Hanna. *La Condición Humana*, trad. Ramón Gil Novales.- Barcelona: Paidós, 1993, p. 72.

<sup>140</sup> Se a ação comunicativa é capaz de auxiliar os mecanismos de integração social do mundo-da-vida, renovando as pretensões de validade que se tornaram problemáticas por intermédio de um consenso alcançado com os meios do discurso, então o problema da legitimidade pode ser pensado a partir dos elementos formais do discurso racional. Como veremos mais adiante, a formação do poder legítimo a partir do poder comunicativo também pode ser pensada a partir dos conceitos de “ação” e “poder” de ARENDT, como de resto o próprio HABERMAS observou. Em outro lugar, afirmei que também as “categorias de ARENDT possuem a dupla vantagem de, por um lado, não recorrer a um conceito metafísico de justiça como critério” ao mesmo tempo que “nos permite evitar o não menos problemático normativismo exarcebado que simplesmente recusa-se a qualquer questionamento acerca da legitimidade, dissolvendo o sentido específico do jurídico em relações de força não mediadas por um pacto comum” (OLIVEIRA, C. L. “Direitos Humanos e Legitimidade Política: um estudo sobre Hanna Arendt”.- Huelba: Universidade Internacional de Andalucía, dissertação de mestrado, 1998, p. 124). Contudo, as diferenças entre HABERMAS e ARENDT são decisivas, e serão apresentadas no próximo capítulo.

expectativa de justificação destas normas com argumentos racionais<sup>141</sup>. Trata-se então de percorrer a distância que há entre a “validade aceita socialmente” e a “validade legítima”. Tratando desta questão, KANT apresentou o imperativo categórico, que exigia a universalização da máxima de uma ação como critério da legitimidade racional, com o qual iniciou uma tradição, ainda viva, de respostas “cognitivist” ao problema:

O imperativo categórico, que só enuncia em geral o que é obrigação, estabelece: age segundo uma máxima, que possa valer também como lei universal! – Por conseguinte, debes considerar tuas ações primeiro desde seu princípio subjetivo: mas só podes reconhecer este princípio como objetivamente válido quando, submetido por tua razão à prova de pensarte por meio dele enquanto universalmente legislador, se qualifique para uma tal legislação universal.<sup>142</sup>

É a partir do imperativo categórico que KANT deriva o princípio universal do Direito: “Uma ação é conforme ao direito (*Recht*) quando permite, ou cuja máxima permite, à liberdade do arbítrio de cada um coexistir com a liberdade de todos segundo uma lei universal.”<sup>143</sup> Estes argumentos produziram muitos “herdeiros”, dentre os quais, encontra-se, declaradamente, o próprio HABERMAS. Outro exemplo de apropriação do imperativo kantiano é John RAWLS, que formula seu primeiro princípio da justiça nos seguintes termos: “cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras”.<sup>144</sup> No entanto, HABERMAS distancia-se de ambos, na medida em que pretende reconstruir suas intuições (que ele crê corretas) com os meios da Ética do Discurso. Em ambos os casos, os princípios estariam formulados para sujeitos singulares

---

<sup>141</sup> As normas jurídicas promulgadas por um governo ditatorial precisam ser capazes, ao menos, de serem reconhecidas como válidas por boa parte dos membros do aparato coercitivo, sem o que já não seria possível sequer a repressão pela força física, com o que a dominação política em questão estaria extinta. Mas neste caso os membros do aparato coercitivo que aceitam a validade das normas em questão assim o fazem graças, em geral, a uma mescla de relações de poder “carismáticas” ou “tradicionais”, no sentido weberiano, com um tipo muito peculiar de “educação”, fornecida pelas escolas militares, quartéis etc, onde é disseminado o “sentimento de dever”. Este exemplo serve apenas para mostrar que, mesmo quando o problema da legitimidade está posto nas ruas, durante a contestação a um regime autoritário, é inevitável um mínimo de orientação por pretensões de validade normativa.

<sup>142</sup> KANT, Immanuel. *La Metafísica de las Costumbres*, trad. Adela Cortina Orts e Jesús Conill Sancho. 2ª ed.- Madrid: Tecnos, 1994, p. 31-2.

<sup>143</sup> Idem, *ibidem*, p. 39.

<sup>144</sup> RAWLS, Jonh. *Uma Teoria da Justiça*, op. cit., p. 64.

capazes de assumir a perspectiva imparcial a partir de qualidades inatas da razão, à qual eles tem acesso enquanto indivíduos, posição esta criticada por HABERMAS:

Como KANT, RAWLS operacionaliza de tal maneira o ponto de vista da imparcialidade que cada indivíduo possa empreender por si só a tentativa de justificar normas básicas. Isto vale também para os filósofos morais eles próprios. Conseqüentemente, RAWLS entende a parte material de sua própria investigação, por exemplo o desenvolvimento do princípio do benefício médio, não como uma contribuição de um participante da argumentação para a formação discursiva da vontade acerca das instituições básicas de uma sociedade capitalista avançada, mas justamente como resultado de uma “teoria da Justiça” para a qual ele tem uma competência a título de especialista.<sup>145</sup>

De fato, o fundamento apontado por RAWLS para justificar a imparcialidade de seu ponto de vista é a adoção, pelos indivíduos envolvidos na avaliação da justiça, de uma “posição original” hipotética, na qual desconhecem as diferenças que futuramente assumirão na sociedade futura<sup>146</sup>. É necessário insistir no fato de que HABERMAS concorda com as intuições universalistas, presentes nestes princípios, mas pretende reconstruí-los discursivamente<sup>147</sup>.

É óbvio que o teste de universalização das máximas de ação, intuído por KANT, não pode esgotar-se na forma gramatical de leis gerais e abstratas, e tampouco limitar-se a alguns especialistas ou mesmo a indivíduos isolados. A imparcialidade do ponto de vista não pode existir se aos concernidos não é dado participar do procedimento de ponderação da validade normativa. Quando então é imparcial o ponto de vista? Quando a partir dele são passíveis de universalização as normas que, *“por encarnarem manifestamente um interesse comum a todos os concernidos, podem contar com o assentimento universal – e, nesta medida, merecem reconhecimento intersubjetivo”*<sup>148</sup>. Para que um juízo seja formado imparcialmente é preciso então que todos aqueles que possivelmente serão atingidos por

<sup>145</sup> HABERMAS, *Consciência Moral e Agir Comunicativo*, op. cit., p. 88.

<sup>146</sup> RAWLS, op. cit., ps. 19 e segs.

<sup>147</sup> Não caberia neste trabalho estender-me sobre esta “reconstrução”, que é citada apenas por que o próprio HABERMAS é quem declara vincular-se à tradição cognitivista de KANT (à qual pertencem também RAWLS e APEL), pretendendo porém reconstruí-la com os meios da ética do discurso. Sobre o tema, consultar DUTRA, Delamar, “A Reformulação Discursiva da Moral Kantiana”. Porto Alegre: UFRGS, tese de doutorado, 1997. De todo modo, o vínculo entre os autores e suas formulações é explícito: *“todas as éticas cognitivistas retomam a intuição que KANT exprimiu no imperativo categórico. A mim interessam aqui, não as diferentes formulações kantianas, mas a idéia subjacente que deve dar conta do caráter impessoal ou universal dos mandamentos morais válidos.”* (HABERMAS, J. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*, op. cit., p. 84.

efeitos das normas adotem o ponto de vista dos demais, ao ponderar seus próprios interesses. HABERMAS fornece um “Princípio de Universalização”, doravante “PU”, cuja função é exatamente fundamentar o ponto de vista imparcial necessário à avaliação de normas:

U - Toda norma válida tem que preencher a condição de que as conseqüências e efeitos colaterais que previsivelmente resultem de sua observância *universal*, para a satisfação dos interesses de *todo* indivíduo possam ser aceitas sem coação por *todos* os concernidos<sup>149</sup>

A função atribuída a PU é demonstrar que a escolha de normas morais pode ser fundamentada de modo racional. Este princípio regula as argumentações, mostrando que é possível um acordo fundamentado, com argumentos, isento de violência (física ou psíquica), sempre que a matéria possa ser regulada no interesse simétrico de todos. Para HABERMAS, a grande vantagem desta formulação é abandonar a estrutura monológica das definições de KANT e RAWLS. Do modo como foi expresso, U explica o ponto de vista que deverá ser adotado pelos participantes no diálogo moral racional de avaliação de normas, porém ele não é ainda a expressão do princípio da Ética do Discurso (D). Vejamos como HABERMAS expressa este princípio que fundamenta U:

D: São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais.<sup>150</sup>

---

<sup>148</sup> HABERMAS, J. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*, op. cit., p. 86.

<sup>149</sup> Idem, ibidem, p. 147. Outra definição fornecida, quase com as mesmas palavras: “*toda norma válida deve satisfazer a condição: que as conseqüências e efeitos colaterais, que (previsivelmente) resultarem para a satisfação dos interesses de cada um dos indivíduos do fato de ser ela universalmente seguida, possam ser aceitos por todos os concernidos (e preferidos a todas as conseqüências das possibilidades alternativas e conhecidas de regragem)*”, idem, ibidem, p. 86.

<sup>150</sup> Idem, *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*, op. cit., vol. 1, p. 142. Outras definições deste princípio são fornecidas pelo autor: “*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 desta norma*”; ou ainda “*Toda norma válida encontraria o assentimento de todos os concernidos, se eles pudessem participar de um Discurso prático*”, idem, “*Consciência Moral e Agir Comunicativo*”, op. cit., ps. 86 e 148.

O princípio do Discurso é “*neutro em relação à moral e ao Direito, pois refere-se a normas de ação em geral*”<sup>151</sup>. Ele exerce autoridade sobre as avaliações de todos os tipos de pretensão de validade normativa. É certo que este princípio já possui uma ligação com o ponto de vista imparcial da moral e com a forma jurídica, porém a expressão mesma do princípio do Discurso não permite revelar satisfatoriamente esta ligação. Para que isto ocorra é necessário que o princípio do Discurso seja “especializado” num princípio moral e num princípio jurídico. No primeiro caso, obtemos o princípio de universalização, e no segundo, como veremos no capítulo seguinte, o “princípio da democracia”.

O princípio do Discurso, quando especializado no princípio de Universalização, destaca-se por exigir a participação dos sujeitos envolvidos com os efeitos possíveis das normas, para que estes levem a cabo, em argumentações reais, o ponto de vista imparcial: “*Em semelhante processo, cada um indica ao outro as razões porque ele pode querer que um modo de agir seja tornado socialmente obrigatório. Cada pessoa concernida tem que poder convencer-se de que a norma proposta é, nas circunstâncias dadas, ‘igualmente boa’ para todos. É a semelhante processo que chamamos justamente de discurso prático*”<sup>152</sup>.

Definidos os princípios D e U, é preciso agora resistir às críticas lançadas pelos céticos. Contra estas pretensões universalistas podem ser levantados argumentos que apropriam-se de constatações antropológicas, segundo as quais D e U não passam códigos morais presentes na cultura ocidental, concorrendo com as demais culturas, mas que não podem reivindicar nenhuma forma de preferência frente a outros códigos com os quais outras sociedades não apenas existiram como ainda hoje permanecem existindo. HABERMAS desenvolve uma argumentação pragmático-transcendental, capaz de sustentar a fundamentação dos dois princípios, cuja estratégia apresenta como pontos principais as seguintes afirmações:

---

<sup>151</sup> Idem, *Direito e Democracia*, op. cit., vol. 1, p. 142.

<sup>152</sup> Idem, *Consciência Moral e Agir Comunicativo*, op. cit., p. 91.

- a) mesmo o cético, ao argumentar contra a validade destes princípios, está envolvido com certos pressupostos inevitáveis presentes nas argumentações em geral, e estes já pressupõem a validade destes princípios;
- b) ainda que o cético recuse sua participação no jogo argumentativo racional, ele estará sob a jurisdição destes princípios, que já encontram-se presentes no mundo-da-vida; e
- c) do caráter formal da ética do discurso não decorre necessariamente inutilidade prática.

O argumento inicial é obtido a partir das formulações de Karl-Otto APEL, expressas no conceito de “contradição performativa”, aplicável aos discursos argumentativos em geral, e que *“surge quando um ato de fala constataativo ‘Cp’ se baseia em pressuposições não-contingentes cujo conteúdo proposicional contradiz o enunciado asserido ‘p’”*<sup>153</sup>. Vejamos o exemplo de uma discussão travada entre um “cognitivista”, que propõe os princípios U e D, e o “cético”, que argumenta pela impossibilidade da fundamentação destes princípios, recusando como insensata toda tentativa de fundamentação universal de princípios. Pois bem, neste caso, o oponente ver-se-á envolvido numa contradição performativa caso o cognitivista consiga demonstrar que, ao engajar-se na argumentação, o cético passou a compartilhar de certas pressuposições inevitáveis, que constroem todo jogo argumentativo com pretensões de verdade. E, o mais importante, estas pressuposições seriam contraditórias com a afirmação do cético. Daí a contradição ser “performativa”: a própria ação de participar da argumentação contradiz o conteúdo do argumento levantado pelo cético. Neste caso, *“o oponente, ao apresentar sua objeção, pressupõe inevitavelmente a validade pelo menos daquelas regras lógicas que não podem ser substituídas, caso compreenda o argumento apresentado como uma refutação. Mesmo o criticista, ao participar de uma argumentação, já aceitou como válido um acervo mínimo de regras irrecusáveis da crítica”*<sup>154</sup>. Agora estes pressupostos devem ser pensados dentro de um processo de “esclarecimento”, que afasta o risco da fundamentação de princípios “últimos” e insiste no caráter “incontornável” de certas regras da argumentação: não se

---

<sup>153</sup> Idem, ibidem, p. 102.



trata de regras passíveis de uma “demonstração verdadeira”, mas apenas de uma espécie de aproximação satisfatória, e permanecem incapazes, para HABERMAS, de permitir a dedução direta de normas éticas.

HABERMAS utiliza, de modo tão somente exemplificativo, um conjunto de regras propostas por R. ALEXY<sup>155</sup>, para exemplificar os três planos de pressupostos argumentativos de que poderíamos tratar, e que dever ser agrupados em três níveis:

a) plano lógico-semântico dos produtos da argumentação, que tem de ser argumentos convincentes para resgatar pressupostos de validez. Trata-se de regras desprovidas de conteúdos éticos, incapazes de servirem como ponto de partida para a fundamentação que se pretende atingir. São exemplificados pelas seguintes regras, elaboradas por ALEXY: “nenhum falante pode contradizer-se” e “todo falante que aplicar um predicado *F* a um objeto ‘*a*’ tem de estar disposto a aplicar *F* a qualquer outro objeto que se assemelhe a ‘*a*’ sob todos os aspectos relevantes.”<sup>156</sup>

b). Plano dos procedimentos de diálogo, que destaca o caráter de entendimento mútuo das argumentações. Os debatedores podem, em atitude hipotética, liberados das pressões externas, examinar pretensões de validez que se tronaram problemáticas. Trata-se aqui dos pressupostos necessários à busca cooperativa da verdade. As regras que a expressam tem um conteúdo ético, mas já diz respeito à teoria da ação, no caso, comunicativa: “todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita” e “quem atacar um enunciado ou uma norma que não for objeto da discussão tem que indicar uma razão para isto.”<sup>157</sup>

c) Por fim, o plano dos aspectos processuais da argumentação, que descreve o discurso argumentativo enquanto “processo comunicacional que, em relação com o objetivo de um acordo racionalmente motivado, tem que satisfazer condições inverossímeis”<sup>158</sup>. Este discurso mostra estruturas de comunicação imunes face às repressões e desigualdades:

---

<sup>154</sup> Idem, ibidem, p. 103.

<sup>155</sup> Idem, ibidem, p. 110.

<sup>156</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica: La Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. Manuel Stienza e Isabel Epejo.- Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 283

<sup>157</sup> Idem, ibidem, ps 283-4.

<sup>158</sup> HABERMAS, *Consciência Moral e Agir Comunicativo*, op. cit., p. 111.

ela apresenta-se como uma forma de comunicação suficientemente aproximada de condições ideais (...). Os participantes de uma argumentação não podem se esquivar à pressuposição de que a estrutura de sua comunicação, em razão de características a se descreverem formalmente, exclui toda a coerção atuando do exterior sobre o processo de entendimento mútuo ou procedendo dele próprio, com exceção da coerção do argumento melhor, e que ela assim neutraliza todos os motivos, com exceção do motivo da busca cooperativa da verdade<sup>159</sup>.

As correspondentes regras da argumentação, extraídas de ALEXY são as seguintes:

“(1) *Quem pode falar pode tomar parte no Discurso*”, e ainda “(2) *a – é lícito a qualquer um problematizar qualquer asserção; b – é lícito a qualquer um introduzir qualquer asserção no Discurso; c – é lícito a qualquer um manifestar suas atitudes, desejos e necessidades*” e, por fim, “*Não é lícito impedir falante algum, por uma coerção exercida dentro ou fora do Discurso, de valer-se de seus direitos estabelecidos em (1) e (2)*”<sup>160</sup>. São estas as regras que mais interessam a HABERMAS, pois é nelas que encontra-se o vínculo com o princípio U.

As pressuposições descritas neste último plano argumentativo não representam “convenções”, do tipo que podemos simplesmente não adotar durante alguma argumentação, e que, somente depois que estivéssemos de acordo sobre sua validade passariam a governar uma prática com exatidão. Ao contrário, são pressuposições inevitáveis cuja satisfação sempre ocorrerá de forma aproximada, e os exemplos retirados a partir de Robert ALEXY, em que pese possuam a forma gramatical de regras, permissões e proibições, são “*apenas a representação de pressuposições pragmáticas, feitas tacitamente e sabidas intuitivamente, de uma prática discursiva privilegiada*”<sup>161</sup>. Os participantes do debate são como que constrangidos a presumir um preenchimento aproximado destas condições, sem os quais a linguagem perde sua capacidade de coordenar as ações, e a própria argumentação ou torna-se inviável ou realiza-se apenas como simulacro, para esconder uma relação que não é efetivamente argumentativa.<sup>162</sup> É claro que todas as argumentações sempre estarão submetidas a uma série de limitações que derivam de sua

<sup>159</sup> Idem, *ibidem*, ps. 111-2.

<sup>160</sup> ALEXY, *op. cit.*, p. 283.

<sup>161</sup> HABERMAS, *Consciência Moral e Agir Comunicativo*, *op. cit.*, p. 114.

<sup>162</sup> Estas conseqüências do descumprimento das “regras” discursivas, bem como o caráter parasitário das ações manipulativas que se apropriam do uso comunicativo da linguagem, foram desenvolvidas no ponto 1, do presente capítulo. Ver *infra*.

concreta existência apenas em espaços sociais e tempos históricos determinados, e é isto que torna necessário que tais discursos sejam institucionalizados “a fim de neutralizar as limitações empíricas inevitáveis e as influências externas e internas evitáveis, de tal sorte que as condições idealizada, já sempre pressupostas pelos participantes da argumentação possam ser preenchidas pelo menos numa aproximação suficiente.”<sup>163</sup> Veremos no capítulo terceiro que a institucionalização destes pressupostos com os meios da forma jurídica, capaz de assegurar expectativas de comportamento válidas e mobilizar aparato coercitivo, é exatamente a razão de ser do Estado democrático de Direito, a um só tempo, seu objetivo primeiro e condição de legitimidade, o que pode ser representado graças a um terceiro princípio, o “Princípio da Democracia”.<sup>164</sup> HABERMAS exemplifica a inevitabilidade de um compromisso intuitivo com estas regras, através da contradição performativa que acomete a afirmação seguinte: “Depois de excluir A, B, C... da discussão (ou, conforme o caso, depois de tê-los reduzido ao silêncio ou de Ter-lhes imposto nossa interpretação), podemos finalmente nos convencer de que N é legítima”<sup>165</sup>. As regras correspondentes ao terceiro plano argumentativo, fornecem premissas para que possamos derivar o princípio de universalização. O raciocínio é o seguinte: as pessoas que entram participam de uma argumentação comprometem-se com certos pressupostos cujos conteúdos podem ser expressos, sempre provisoriamente, com o auxílio das regras de ALEXYY. Agora,

se, além disso compreendemos as normas justificadas como regrando matérias sociais no interesse comum de todas as pessoas possivelmente concernidas, então todos os que empreendem seriamente a tentativa de resgatar *discursivamente* pretensões de validade normativas aceitam intuitivamente condições de procedimento que equivalem a um reconhecimento implícito de “U”.<sup>166</sup>

Esta fundamentação pramático-transcendental é que garante a aceitabilidade de U, o princípio moral que regula as argumentações a partir da lógica do Discurso moral prático. Mas devemos distinguir com certa rigidez o tratamento dado aos pressupostos, conteúdos e regras da argumentação, pois nenhum dos três pode ser confundido com “D”, o princípio filosófico da ética do discurso. E sua grande vantagem é ser capaz de configurar uma

---

<sup>163</sup> HABERMAS, op. cit., p. 115.

<sup>164</sup> Idem, *Direito e Democracia*, op. cit., vol 1. O terceiro capítulo possui como objeto central a exposição deste princípio.

<sup>165</sup> Idem, *Consciência Moral e Agir Comunicativo*, op. cit., p. 114.

<sup>166</sup> Idem, *ibidem*, ps. 115-6.

espécie de “espaço público racional”: graças a seu caráter formal a pretensão universalista recusa argumentos conteudísticos e, graças a seu aspecto procedimental-discursivo, não apenas permite, como na verdade exige, que a universalização de normas seja continuamente testada no “espaço público” da argumentação cotidiana:

As tentativas feitas até agora de fundamentar uma ética do Discurso padecem do fato de que as *regras* da argumentação são curto-circuitadas com *conteúdos* e *pressupostos* da argumentação – e confundidas com “princípios morais” enquanto princípios da ética filosófica. ‘D’ é a asserção alvo que o filósofo tenta fundamentar em sua qualidade de teórico moral. O programa de fundamentação esboçado descreve a *via* que talvez se possa designar agora com a mais auspiciosa, a saber, a fundamentação pragmático-transcendental de uma regra de argumentação com conteúdo normativo. Esta é, certamente, seletiva, ainda que formal; ela não é compatível com todos os princípios morais e jurídicos conteudísticos, mas, enquanto regra de argumentação, não prejudica nenhuma regulamentação conteudística. Todos os conteúdos, mesmo que concirnam normas de ação as mais fundamentais, têm que ser colocados na dependência de Discursos reais (ou empreendidas substitivamente, levadas a cabo advocatoriamente). O teórico moral pode participar delas enquanto concernido, eventualmente enquanto perito, mas ele não pode proceder a esses Discursos *por sua própria conta*. Uma teoria moral, que entre no terreno dos conteúdos, como por exemplo a teoria da justiça de RAWLS, deve ser entendida como uma contribuição para um Discurso desenvolvido entre cidadãos.<sup>167</sup>

A forma adotada para expor e fundamentar o princípio ético-discursivo está portanto imune às posturas do jusnaturalismo. Não apenas recusa conteúdos previamente válidos, como mais ainda, recusa o isolamento platônico do filósofo-especialista. É que estes princípios morais não podem ser isolados, como que fisicamente, das argumentações concretas nas quais são levantados os pressupostos discursivos que constroem o debate. E estas argumentações, por definição, versam sobre conteúdos determinados. Portanto, é no interior da própria argumentação cotidiana, onde conteúdos diversos são levantados, que devemos buscar os fundamentos destes princípios formais. A exigência racional e formal de uma efetiva participação na argumentação por parte dos concernidos adquire assim o caráter, antes mesmo de postulado político, de pressuposto lógico que deve ser satisfeito aproximadamente mesmo em meio a uma argumentação “não-política”. O que de resto

---

<sup>167</sup> Idem, *ibidem*, ps. 116-7.

também explica a existência de “*certos germes anárquicos*” nas liberdades subjetivas garantidas pelo Estado Democrático de Direito.<sup>168</sup>

O argumento da contradição performativa, que acusa a existência de pressupostos inafastáveis ao uso linguístico argumentativo, com os quais todo argumentador está intuitivamente familiarizado, não pode evitar que o cético moral recuse sua participação em alguma argumentação. Aparentemente o ponto fraco do argumento é que uma das partes, pela sua simples recusa à participação no debate, estaria evitando assim qualquer contradição. Se o cético não pode argumentar contra a validade de U, pois estará envolvendo-se com pressupostos vinculados ao princípio que quer negar, o que configura a contradição, talvez então a solução seja mais simples ainda: não argumentar, não participar do Discurso. Poderia então o cético negar os princípios munido apenas de seu próprio silêncio?

HABERMAS admite que o silêncio do cético inviabiliza o uso do argumento da contradição performática, porém isto de modo algum significa a impossibilidade de fundamentar U e D. Ao adotar o silêncio como recurso, por mais que o cético recuse a companhia daqueles que argumentam a favor dos princípios, ainda assim ele não consegue recusar-se a agir comunicativamente no mundo-da-vida. Retornamos então a este conceito que, como afirmamos no item 2, é auxiliar ao de ação comunicativa. Por mais que o cético recuse a prática da argumentação sobre os princípios, ainda assim ele não poderá retirar-se da prática comunicativa, pois nas relações cotidianas, independente de sua escolha racional, também o cético vai agir comunicativamente em algum momento:

Pela recusa da argumentação ele não pode, por exemplo, nem mesmo indiretamente, negar que comparte uma forma de vida sócio-cultural, que cresceu em contextos do agir comunicativo e aí reproduziu sua vida. Numa palavra, ele pode renegar a moralidade, mas não a eticidade das relações vitais em que, por assim dizer, se mantém o dia todo. De outro modo, teria que se refugiar no suicídio ou numa grave doença mental. Em outras palavras, ele não pode desvencilhar-se da prática comunicativa do quotidiano, na qual está obrigado continuamente a tomar posição por “sim” ou por “não”; na medida em que continua *simplesmente* a viver, não é possível imaginar sequer a título de experiência fictícia uma robinsonada com que o céptico

---

<sup>168</sup> Idem, *Direito e Democracia*, op. cit., vol 1, p. 11.

conseguisse demonstrar de maneira muda e impressiva seu salto para fora do agir comunicativo.<sup>169</sup>

Claro que, individualmente, o ator poderá preferir, ao menos hipoteticamente, agir estrategicamente em detrimento da opção comunicativa. Porém, pelo simples fato de compartilhar um certo mundo-da-vida, qualquer que seja ele, retira do sujeito a soberania absoluta acerca do modo de agir. Em algum momento, seu agir será comunicativo:

Eis por que, para os indivíduos (...), que não podem adquirir e afirmar sua identidade a não ser através da apropriação das tradições, através do pertencimento a grupos sociais e através da participação em interações socializadoras, a escolha entre o agir comunicativo e o agir estratégico só está em aberto num sentido abstrato, isto é, caso a caso. Eles não têm a opção de um salto prolongado para fora dos contextos do agir orientado para o entendimento mútuo. Este salto significaria a retirada para dentro do isolamento monádico do agir estratégico – ou para dentro da esquizofrenia e do suicídio. A longo prazo, ele é autodestruidor.<sup>170</sup>

Mas admitindo como inevitável sua pertença a algum mundo-da-vida, com as conseqüências que isto acarreta, o cético ainda poderia duvidar senão da validade dos princípios U e D, pelo menos de sua utilidade, ou viabilidade prática. Neste caso o cético estaria transformando em fraqueza justamente aquilo que permitiu à ética discursiva permitir desvendar a inevitabilidade do compromisso com U e D: seu caráter formal. Segundo este derradeiro argumento, seria ilusória a idéia de um discurso isento de dominação, pois não poderíamos nos emancipar da faticidade de nossa situação histórica, carregada de normas, costumes, relações de força, irracionalismos, para que pudéssemos olhar para nossa própria posição dentro da história. HABERMAS aponta alguns aspectos a partir dos quais esta objeção deve ser tratada.

Em primeiro lugar, o princípio da ética do discurso é formal porque apresenta um procedimento de resgate argumentativo de pretensões de validade. Ela parte de conteúdos que já estão dados, exerce sua autoridade formal a partir destes conteúdos que já existem no solo concreto do mundo-da-vida, porém *“este não é um processo para a geração de normas justificadas, mas, sim, para o exame da validade de normas propostas e consideradas hipoteticamente”*<sup>171</sup>. Esta qualidade formal dos Discursos práticos não

---

<sup>169</sup> Idem, *Consciência Moral...*, op. cit., p. 123

<sup>170</sup> Idem, *ibidem*, p. 125.

<sup>171</sup> Idem, *ibidem*, p. 126.

suprime a necessidade de que lhe sejam dados os conteúdos que serão processados, p. ex., um conjunto de normas jurídicas cuja legitimidade vem sendo contestada. É no interior deste processo de argumentação que, testando a todo momento a universalização de normas, poderemos separar os valores e preferências particulares daquilo sobre o que é possível um consenso.

Em segundo lugar, uma das virtudes de PU, graças mesmo a seu caráter formal, é ser capaz de separar os enunciados valorativos dos enunciados normativos. Pois se é verdade que a pretensão de validade intersubjetiva que existe nos valores culturais está muito ligada a uma forma de vida particular, isto não impede que estes valores possam “candidatar-se” a serem reformulados em normas, com o que poderão expressar um interesse universal. Os princípios da ética do discurso não se aplicam a quaisquer tipo questões, mas somente em relação àqueles que podem submeter-se a uma avaliação racional, pois a atitude hipotética universalista só pode ser adotada pelos que examinam a aceitabilidade de normas.

E ainda, convém recordar que os discursos práticos estão submetidas a uma série de limitações à pretensões universalistas expressas em U e D. Vejamos: (a) como os discursos práticos tratam também da interpretação das necessidades, ele está mais vinculado às formas menos rigorosas de discursos, como por exemplo, à crítica estética e à terapêutica. Isto significa que nem sempre um acordo racionalmente motivado pode ser atingido, por mais que a discussão seja aberta e prolongada: trata-se de uma *“hipoteca que provém do situamento histórico-social da razão.”*<sup>172</sup> (b) Os discursos práticos estão inevitavelmente às voltas com problemas surgidos da ação social, vinculados portanto à pressão de movimentos sociais, grupos, partidos, sujeitos, etc., ao contrário dos discursos teórico e expressivo. (c) Por fim, os discursos práticos estão constantemente ameaçados de supressão por instrumentos da violência, assumindo a forma de *“ilhas ameaçadas de se verem submersas pelas ondas no oceano de uma prática onde o modelo da solução consensual dos conflitos da ação não é de modo algum dominante.”*<sup>173</sup>

---

<sup>172</sup> Idem, ibidem, p. 128.

<sup>173</sup> Idem, ibidem, p. 128.

Em todas estas restrições o “*poder da história se faz valer em face das pretensões e interesses transcendentais da razão*”<sup>174</sup> o que não é motivo para dramatizar tais limitações. Uma coisa é certa: os juízos morais realmente exigem uma espécie de compensação para fornecerem respostas desmotivadas a questões descontextualizadas. Quando participamos de discursos práticos, examinamos pretensões de validade normativa, o que por si só já relativiza, por pouco que seja, a força atual de nossas experiências quotidianas. A autoridade de instituições, quando examinada, perde seu caráter inquestionável: “*à luz das pretensões de validade examinadas hipoteticamente o mundo das relações ordenadas institucionalmente vê-se moralizado de maneira análoga à maneira pela qual o mundo dos estados de coisas existentes é teorizado – o que até então valera inquestionavelmente como um fato ou como uma norma pode, agora, ser ou não ser o caso, pode ser válido ou não.*”<sup>175</sup> Como vimos no item 2 do presente capítulo, é exatamente o que ocorre quando aspectos do mundo-da-vida, até então familiares, “desabam”, caindo sob a custódia do exame de pretensões de validade<sup>176</sup>. É este mundo-da-vida, em todos seus componentes estruturais (sociedade, cultura e personalidade), que pouco a pouco desaba sempre que participamos de argumentações morais, que HABERMAS denomina “*esfera da eticidade*”<sup>177</sup>. Como já foi visto, trata-se de um pano de fundo de obviedades culturais, sociais e “*personais*”, com as quais estamos desde sempre familiarizados, e perante este horizonte de respostas aceitas há muito, é que são levantados os problemas morais:

Sob o olhar moralizante e sem indulgência do participante do Discurso, essa totalidade perdeu sua validade nativa, a força normativa do factual ficou tolhida – as instituições que nos são familiares podem se tornar outros tantos casos de justiça problematizada. Diante deste olhar, o legado de normas tradicionais desintegrou-se, dividindo-se no que pode ser justificado a partir de princípios e naquilo que só conserva uma validade factual. A fusão no mundo-da-vida entre validade e validade social dissolveu-se. Ao mesmo tempo a práxis cotidiana dissociou-se em norma e valores, ou seja, no componente da esfera prática que se pode submeter à exigências de uma rigorosa justificação moral e em um outro componente, não passível de moralização e abrangendo as orientações axiológicas integradas em modos de vida individuais ou coletivos.<sup>178</sup> (grifo nosso)

---

<sup>174</sup> Idem, ibidem, p. 129.

<sup>175</sup> Idem, ibidem, p. 129.

<sup>176</sup> Ver ps. 16 e ss., *infra*.

<sup>177</sup> HABERMAS, op. cit. p. 130.

<sup>178</sup> Idem, ibidem, op. cit. p. 130.



Assim, a esfera prática é submetida a tipos distintos de questionamentos: (a) questões morais, que tratam verificar, com os meios do discurso racional, se são realmente universalizáveis de certas pretensões de validade normativa, e (b) questões valorativas, que tratam da auto-realização de atores que compartilham, ao menos parcialmente, um mesmo mundo-da-vida, formando uma comunidade apenas dentro da qual é possível o discurso racional acerca destas questões. Com o discernimento entre estas duas classes de questões, “duas coisas ficam claras: o ganho de racionalidade que o isolamento das questões de justiça propicia e a seqüela de problemas que daí derivam para a mediação da moralidade e da eticidade.”<sup>179</sup> Neste momento é não apenas possível, mas urgente, dar o passo rumo à filosofia do Direito de HABERMAS. Com este “ganho de racionalidade” é possível ponderar racionalmente pretensões de validade normativa, ou seja, é possível expressar um princípio do discurso capaz de orientar nosso debate sobre a justiça de normas em geral, evitando a solução positivista que simplesmente recusa o status de racional a um debate deste teor. Mas o trânsito à filosofia jurídica é urgente também pelo outro motivo: com a dissociação crescente entre moralidade e eticidade, entre normas e valores, a regulamentações da ação, em que pese possam estar agora mais adequadas a PD (gozando portanto de mais legitimidade racional), perdem a capacidade de motivação que possuíam quando ainda vinculadas ao pano de fundo empírico de valores aceitos no mundo da vida. Agora correm o risco de uma fraqueza em termos de mobilização social, a não ser que consigam substituir a perda das evidências inquestionáveis que ruíram no próprio processo de moralização. O direito positivo, na medida em que estabiliza expectativas de comportamentos válidas, garantidas pela existência de um aparato coercitivo é capaz de auxiliar esta “compensação” em termos de motivação empírica. Nas palavras de HABERMAS: “*Em sociedades complexas, a moral só obtém efetividade em domínios vizinhos, quando é traduzida para o código do direito*”<sup>180</sup>.

---

<sup>179</sup> Idem, *ibidem*, op. cit. p. 131.

<sup>180</sup> Idem, *Direito e Democracia*, op. cit., vol. 1, p. 145.

### **CAPÍTULO 3 - A ponderação racional de pretensões de validade normativa no âmbito jurídico: o Princípio da Democracia e o paradigma procedimental.**

Encerramos o capítulo anterior ressaltando que a problematização moral de contextos sociais e culturais do mundo da vida encerra uma ambivalência: tanto pode ser uma conquista em termos de possibilidades racionais de resolução de conflitos, como pode também desencadear uma série de problemas, tal como a perda da capacidade de mobilização para a ação, uma vez que os valores que antes eram aceitos sem contestação, graças à própria necessidade de justificação, perdem a autoridade “natural” que dispunham<sup>181</sup>. A constatação desta ambivalência torna imprescindível o passo rumo a uma Filosofia do Direito, e isto por dois motivos. Em primeiro lugar, se é possível ponderar racionalmente pretensões de validade normativa em geral, como pretende demonstrar HABERMAS com a fundamentação do princípio do Discurso, então não há por que recusar a possibilidade de tal análise também para as pretensões normativas do direito positivo. Em segundo lugar, o problema motivacional exposto acima poderia ser resolvido com o auxílio do aspecto impositivo das normas jurídicas.

O que podemos denominar de uma “Filosofia do Direito” de HABERMAS resulta de uma especialização do Princípio do Discurso para atender não mais apenas a discursos morais, como fazia o princípio de Universalização, mas sim o problema da legitimidade racional do ordenamento jurídico. Desta especialização, resultará o “Princípio da Democracia” (De).

No que se segue, vou realizar a seguinte exposição: inicio com a distinção entre moral e direito, ponto de partida, ao menos desde KANT, para qualquer Filosofia do

---

<sup>181</sup> Estas possibilidades não estão apenas “previstas” logicamente, pois a própria história ocidental moderna assumiu de fato uma variedade que vai dos Estados democráticos constitucionais ao holocausto nazista.

Direito, e que é retomada e modificada por HABERMAS, que ressalta também sua relação de complementariedade (3.1). A seguir, passo a expor o Princípio da Democracia, a partir do qual é possível deduzir um sistema dos direitos mediante o qual uma comunidade jurídica expressa sua auto-organização legítima (3.2). Como no Princípio do Discurso e no sistema de direitos já está expressa a idéia de auto-legislação, é necessário expor outra relação fundamental, que é a existente entre direito e poder político (3.3). Por fim, a fundamentação filosófica do Princípio da Democracia abre a perspectiva de uma teoria social expressa juridicamente no paradigma procedimental (3.4).

### **3.1 A relação entre moral e direito.**

Pelo menos depois que KANT apresentou sua “Metafísica dos Costumes”<sup>182</sup>, dividida em “*princípios metafísicos da doutrina do Direito*” e “*princípios metafísicos da doutrina da virtude*”, parece que toda Filosofia do Direito encontra-se como que constrangida a apresentar uma distinção entre Direito e moral. É certo que KANT dividira a jurisdição de cada um destes tipos de legislação de um modo tal que a moralidade ainda possui superioridade hierárquica sobre o direito, já que o princípio universal do direito é deduzido de uma lei fundamental da liberdade moral. HABERMAS, ao contrário, coloca a esfera da legislação moral ao lado da legislação jurídica, numa relação recíproca de complementariedade, e não de subordinação. Esta postura parte da constatação de que a modernidade constitui-se, entre outras características, pela diferenciação crescente entre moral e direito enquanto âmbitos normativos práticos.

Normas morais e jurídicas distanciam-se cada vez mais da eticidade substancial que é o mundo-da-vida. No capítulo segundo foi possível observar: (a) que no âmbito da cultura os valores tradicionalmente aceitos sofrem com um processo de contínua reflexão, ao mesmo tempo em que a sociedade passa a depender de procedimentos formais para criação e justificação de normas de ação aceitas como válidas<sup>183</sup>; (b) que o ponto de vista imparcial da moral racional exige um considerável esforço de distanciamento autônomo do pano de fundo de nossas convicções irrefletidas, imparcialidade esta que é expressa na forma de um

---

<sup>182</sup> KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, op. cit.

princípio de universalização, especialização do Princípio do Discurso para tratar de questões morais<sup>184</sup>. Como porém o que há entre moral e direito não é uma relação de derivação, mas de complementaridade, então é necessário que D possa assumir uma figura paralela à do princípio moral, que o torne capaz de assumir a posição de princípio guia para discursos no âmbito jurídico. Veremos a seguir que este é o papel do Princípio da Democracia (De).

Antes da fundamentação de De, cabe ressaltar a complementaridade que há entre a legislação moral e a jurídica, cuja exposição pode iniciar pela seguinte constatação: *“Através dos componentes de legitimidade da validade jurídica, o direito adquire uma relação com a moral”*<sup>185</sup>. É da própria natureza das regras jurídicas levantar pretensões de validade normativa que estão de alguma maneira garantidas por instituições coercitivas. Mas para que possam contar com este sentido normativo especificamente jurídico, e não apenas com o sentido normativo inerente a qualquer proposição da linguagem que resguarda um “dever-ser”, é necessário que o ordenamento jurídico possa gozar da aceitação como legítimo, e esta aceitação, como vimos, requer a possibilidade, ao menos em aparência, de dispor de argumentos racionais que justifiquem, isto é, legitimem, a validade normativa pretendida. Agora bem, tanto a moral como o direito tratam do mesmo problema, apenas adotando perspectivas diversas: o problema consiste na regulação das ações por meio de normas reconhecidas intersubjetivamente e justificáveis racionalmente. Já quanto às perspectivas *“a moral pós-tradicional representa apenas uma forma do saber cultural, ao passo que o direito adquire obrigatoriedade também no nível institucional”*<sup>186</sup>.

Já sabemos que com a racionalização do mundo da vida, Direito e moral a um só tempo separam-se entre si e distanciam-se da “eticidade” tradicional. À medida que isto ocorre, cada vez mais a moral racional exerce o juízo crítico sobre as orientações tradicionais da ação, atingindo até mesmo aquelas que já estão solidificadas institucionalmente em padrões de socialização: *“a moral da razão é especializada em questões de justiça e aborda em princípio tudo à luz forte e restrita da*

---

<sup>183</sup> Vide infra, 2.2.

<sup>184</sup> Vide infra, 2.3.

<sup>185</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia*, op. cit., vol. 1, p. 141.

<sup>186</sup> Idem, ibidem, vol. 1, p. 141.

*universalizabilidade*”<sup>187</sup>. Mas da exigência moral da adoção de uma perspectiva imparcial, não resulta imediatamente a capacidade de mobilização para a ação social nem com as instituições sociais. A moral racional depende, para concretizar-se, da adoção consciente e reflexiva de princípios orientadores por parte dos próprios sujeitos. Com isto ela tende a abandonar o componente “sociedade” do mundo da vida, e a recolher-se para as esferas da “cultura” e “personalidade”: a moral torna-se um saber cultural entre outros, que precisa ser adotado de forma auto-consciente, não assumindo a forma de instituição social legítima dotada de possibilidade de coerção.<sup>188</sup> É exatamente por isto que a relação entre direito e moral é definida por HABERMAS como complementar: “*a constituição da forma jurídica torna-se necessária, a fim de compensar déficits que resultam da decomposição da eticidade tradicional. Pois a moral autônoma, apoiada em argumentos racionais, só se responsabiliza por juízos corretos e eqüitativos*”<sup>189</sup>. Deste juízos morais não resultam necessariamente decisões eficazes, e na medida que prossegue tal distanciamento do mundo da vida provinciano, a tradição e o costume perdem cada vez mais espaço para o direito positivo, enquanto reguladores da ação social. A moral da razão exige condições sociais demasiado pretensiosas para a ação, sendo improvável que encontrem um mundo-da-vida que satisfaça tais condições. Além disto, para motivar as ações, esta moral que refugiou-se no âmbito cultural e distanciou-se das formas institucionais, precisa internalizar-se nas estruturas de personalidade do mundo-da-vida dos agentes. É por isto que esta moral permanece frágil, caso não seja complementada pelos atributos institucionais de um sistema jurídico, que pode torná-la eficaz em termos motivacionais.

O direito pode exercer esta atividade complementar por que ele não apenas é um sistema de “saber”, expresso na forma de proposições normativas sistematizadas, como também é um sistema de “ação”, já que é instituição social que conta com a possibilidade de colocar em funcionamento um aparato coercitivo e dispõe, além disto, de um mínimo de “aceitação” social, sem o que nem mesmo tal coerção funcionaria. Este direito positivo é capaz de liberar a pessoa que julga moralmente das rigorosas exigências levantadas pelo princípio de Universalização, e que estão implicadas no ato de julgar moralmente. Pode cumprir este papel na medida em que atribui, ao que julga moralmente, a qualidade de

---

<sup>187</sup> Idem, ibidem, p. 149.

<sup>188</sup> Ver infra, capítulo 2, item 2.2.

<sup>189</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia*, vol. 1, op. cit., p. 148.

“pessoa jurídica”. HABERMAS descreve quais são estas “exigências”<sup>190</sup>, quais são as sobrecargas para a moral, e como o direito pode aliviá-las:

- i) *problemas de indeterminação cognitiva*: U não é capaz de fornecer normas, apenas exige a formação imparcial e autônoma do juízo, configurando um procedimento de avaliação. Porém, mesmo em condições de uma liberdade comunicativa radical é natural que existam conflitos de interpretação. Estes problemas crescem quando se trata de normas abstratas cujo âmbito de aplicação ultrapassa o mundo-da-vida no qual inicialmente foram formuladas. Por isto a moral sobrecarrega o indivíduo com as tarefas complexas de justificar a positividade de uma norma, e aplicá-la ao caso concreto. Neste caso, a função do direito positivo é, graças a instituições legislativas e judiciais especializadas, **decidir** quais normas valem e interpretar tais normas de modo “profissional”;
- ii) *Problemas de incerteza motivacional*: mesmo supondo que as normas e suas interpretações já sejam conhecidas, podem surgir problemas quanto à força de vontade dos agentes, já que não há relação de necessidade lógica entre o conhecimento das normas e a motivação para executá-las. Quando as normas morais distanciam-se demasiadamente dos mundos-da-vida de seus destinatários ocorre tal sobrecarga motivacional. Neste caso, a função do direito positivo, por ser coercitivo, é preencher este déficit motivacional com as ameaças de sanção, permitindo aos destinatários limitarem-se às considerações estratégicas;
- iii) *Problemas organizacionais*: normas morais universalistas, que muitas vezes exigem a cooperação positiva dos sujeitos, contrastam com as coerções fáticas que impedem sua concretização. Neste caso a função do direito, graças a seu caráter reflexivo, é atribuir competências aos sujeitos e criar organizações, ou seja, “*um sistema de imputabilidade, que se refere não só às pessoas jurídicas naturais, mas também a sujeitos de direito fictícios, tais como corporações e institutos*”<sup>191</sup>. Assim, o direito positivo pode substituir ou reorganizar as instituições tradicionais que foram desvalorizadas com os processos de racionalização do mundo-da-vida (família,

---

<sup>190</sup> Idem, ibidem, ps. 150 e ss.

<sup>191</sup> Idem, ibidem, p. 153.

escola), como também pode estabelecer um tipo novo de integração formal (mercado capitalista, burocracia estatal).

### **3.2 O Princípio da Democracia e o sistema de direitos.**

Agora vamos descrever a especialização do Princípio do Discurso para o âmbito jurídico, que ocorre na forma de um Princípio da Democracia capaz de fundamentar um sistema abstratos de direitos. O princípio moral de Universalização exige a adoção do ponto de vista imparcial da consideração simétrica de interesses como critério de fundamentação para normas de ação válidas. Já o princípio discursivo que legitima normas de ação jurídicas não pode ser tão exigente, devendo admitir como critério de justificativa de normas argumentos pragmáticos, morais, éticos, políticos etc. No entanto, a distinção entre estes dois princípios não é levada a cabo por HABERMAS segundo os moldes da dicotomia “responsabilidade pessoal” versus “justiça política”, e isto porque tanto U como De podem tratar de temas situados historicamente em espaços públicos e privados. Isto é fácil de compreender, já que U exige a adoção universal do ponto de vista dos demais, o que não deixa de ser um critério público, ao passo que De está moldado para normas jurídicas, que podem regular ações privadas com meios institucionais. Além do mais, como foi demonstrado pela relação de complementaridade entre direito e moral, “*Em sociedades complexas, a moral só obtém efetividade em domínios vizinhos, quando é traduzida para o código do direito*”<sup>192</sup>. Antes de apresentar o Princípio da Democracia, convém definir o significado de “*forma jurídica*”: proposições normativas às quais atribuímos o predicado de jurídicas são “*normas nas quais se prescinde da capacidade do destinatário de ligar sua vontade por própria iniciativa; que se referem a assuntos bem tipificados e que, por tanto, representam em sua matéria uma violenta abstração a respeito da complexidade do mundo da vida; e nas quais se prescinde da motivação do agente na hora de ater-se ou não às normas*”<sup>193</sup>. A forma jurídica, que é capaz de estabilizar expectativas de comportamento

---

<sup>192</sup> Idem, ibidem, p. 145.

<sup>193</sup> REDONDO, Manoel Jiménez. *Introducción*, in HABERMAS, J. *Facticidad y Validez*, trad. M. J. Redondo.- Madrid: Trotta, 1998, p. 9.

válidas, não precisa ser “fundamentada”, pois é possível partir da observação empírica de que, em sociedades complexas, não existem alternativas às normas do direito positivo:

A filosofia *não necessita* de argumentos morais para demonstrar que é recomendável organizar nossa convivência com os meios do direito, ou seja, formar comunidades jurídicas em geral, pois bastam argumentos funcionais. O filósofo deve satisfazer-se com a idéia de que, em sociedades complexas, só é possível estabelecer, de modo confiável, condições morais de respeito mútuo (...) se se apelar para o *medium* do direito.<sup>194</sup>

Como então distinguir as duas derivações de D? Do modo seguinte: enquanto U fundamenta a adoção do ponto de vista imparcial, De fundamenta “*um procedimento de normatização legítima do direito*”<sup>195</sup>. Vejamos agora a formulação que HABERMAS fornece para o Princípio da Democracia:

(...) 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 dos membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente.<sup>196</sup>

De, na qualidade de especialização de D, já pressupõe a possibilidade de solução consensual de conflitos de ação em geral, acrescentando-lhe a qualidade vinculante e coercitiva que a forma jurídica possui, enquanto instituição social. Trata-se portanto de “institucionalizar” o princípio da ética do discurso:

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. Enquanto o princípio moral opera no nível da constituição *interna* de um determinado jogo da argumentação, o Princípio da Democracia refere-se ao nível da institucionalização *externa* e eficaz da participação simétrica

---

<sup>194</sup> HABERMAS, J. *Direito e Democracia*, vol. 2, op. cit., p. 322-3.

<sup>195</sup> Idem, *ibidem*, vol. 1, p. 145.

<sup>196</sup> Idem, *ibidem*, p. 145.



numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo direito<sup>197</sup>.

Mas agora atenção: como as regras jurídicas possuem um caráter eminentemente “artificial”, convencional, sendo capazes de estabelecer as regras do próprio processo de reprodução de normas válidas na forma de procedimentos válidos, então “o *Princípio da Democracia não deve apenas estabelecer um processo legítimo de normatização, mas também orientar a produção do próprio medium do direito*”<sup>198</sup>. O princípio da democracia pode fundamentar um sistema de direitos, aptos para garantir a reprodução do poder comunicativo e complementar a uma moral universalista. Este sistema de direitos “*apenas interpreta aquilo que os participantes da prática de auto-organização de uma sociedade de parceiros do direito, livres e iguais, têm que pressupor mutuamente*”<sup>199</sup>. Vejamos portanto como HABERMAS apresenta a fundamentação deste sistema de direitos. Ressalte-se que não se trata ainda da descrição de princípios jurídicos necessários à institucionalização do Estado Democrático de Direito, mas sim da fundamentação discursiva abstrata, formal, de um conjunto de “direitos” que os cidadãos devem atribuir-se reciprocamente numa prática constitucional de modo a criar um direito legítimo. Trata-se dos direitos fundamentais que os membros de uma comunidade precisam atribuir-se racionalmente para coordenar suas ações de modo legítimo com os meios do direito positivo, com o que torna-se possível resolver o paradoxo do surgimento da legitimidade a partir da legalidade. Isto é possível por que tais direitos fundamentais “*garantem e compatibilizam entre si as liberdades subjetivas imputáveis individualmente*”<sup>200</sup>. Estas liberdades subjetivas devem aparecer como o resultado do revestimento jurídico das liberdades comunicativas. Vejamos como HABERMAS define estas liberdades comunicativas:

Seguindo Klaus GÜNTHER, eu entendo a “liberdade comunicativa” como a possibilidade – pressuposta no agir que se orienta pelo entendimento – de tomar posição frente aos proferimentos de um oponente e às pretensões de validade aí levantadas, 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

---

<sup>197</sup> Idem, *ibidem*, p. 146.

<sup>198</sup> Idem, *ibidem*, p. 146.

<sup>199</sup> Idem, *Direito e Democracia*, vol. 2, p. 159.

<sup>200</sup> Idem, *Direito e Democracia*, vol. 1, p. 155

contam com tomadas de posição perante pretensões de validade reciprocamente levantadas.<sup>201</sup>

Os atores que agem comunicativamente coordenam suas ações por meio de argumentos aceitos em comum, e com isto logram obter, nos argumentos racionais, uma força capaz de motivar ações. Porém, se o discurso desenvolvido entre falante e ouvinte é realmente “racional”, estas mesmas liberdades comunicativas garantem a independência do sujeito autônomo frente aos argumentos que valem para os demais. Daí que podem ser compreendidas também como liberdades “negativas”: protegem o participante que prefere retirar-se do espaço público argumentativo, para refletir ou buscar influenciar os demais. Mas se é assim, então seria possível deduzir do princípio racional do discurso “*direitos individuais de liberdade que implicam que, enquanto se respeite o espaço de liberdade dos demais, o indivíduo fica também facultado para um comportamento irracional*”<sup>202</sup>? Estaria o Princípio do Discurso resguardando tal contradição? Penso que não, e isto por um motivo simples: da tomada de postura negativa frente à oferta de validade normativa contida em algum ato de fala, se justificada racionalmente, não decorre necessariamente irracionalidade. A irracionalidade resulta não da “negação” do sujeito, do mesmo modo que a simples aceitação positiva da oferta normativa, por si só, não permite supor a racionalidade na decisão. O que o Princípio do Discurso exige para qualificar como racional é a tomada de posição que obedece os critérios rigorosos e contra-fáticos de um procedimento de justificação, pois: “*A autonomia privada não vai tão longe, que o sujeito do direito não precisa prestar contas, nem apresentar argumentos publicamente aceitáveis para seus planos de ação.*”<sup>203</sup> É fato que as liberdades comunicativas, quando equiparadas a direitos subjetivos, adquirem um aspecto de liberdade “negativa”, mas isto não confere razão ao argumento que afirma resguardarem elas potenciais irracionais: “*Liberdades de ação subjetivas justificam a saída do agir comunicativo e a recusa de obrigações ilocucionárias; elas fundamentam uma privacidade que libera do peso da liberdade comunicativa atribuída e imputada comunicativamente.*”<sup>204</sup> Porém não é possível confusão alguma: este aspecto de “negatividade” não é o mesmo que irracionalidade. Este problema

---

<sup>201</sup> idem, ibidem, p. 155

<sup>202</sup> REDONDO, M. J., op. cit., p. 10.

<sup>203</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia*, vol. 1, op. cit., p. 156.

<sup>204</sup> Idem, ibidem, p. 156.

pode ser melhor esclarecido se atentarmos para fato de que o Princípio do Discurso exige a *participação* dos concernidos: um público de cidadãos que exercita comunicativamente a autolegislação, atribuindo-se, autonomamente, iguais liberdades de ação subjetivas. Aqueles que participam do discurso racional devem avaliar se a pretensão de validade erguida com um ato de fala merece realmente ser aceita como legítima, e no decorrer desta argumentação sua resposta, eventualmente, poderá ser negativa ou positiva, ou mesmo, a resposta poderá ser adiada: nos três casos o que define tal argumentação como racional é o fato do procedimento discursivo de debate de razões, e nunca a afirmação ou negação em si mesma. Do Princípio do Discurso não podemos deduzir nenhuma autorização para um comportamento irracional, mas sim para poder dizer “não” no interior de uma argumentação racional.

Por outro lado, a forma jurídica, na medida em que estabiliza expectativas de comportamento aceitas como válidas, garante mesmo aos direitos subjetivos mais fundamentais, protegidos coercitivamente, a possibilidade de serem abordados segundo uma perspectiva de racionalidade estratégica. O que não pode ocorrer porém é uma situação na qual o sistema jurídico com um todo esteja submetido exclusivamente às ações estratégicas de sujeitos egocêntricos. Como vimos no capítulo segundo, somente a ação comunicativa é capaz de reproduzir o elemento de solidariedade das estruturas sociais, e sua falta resulta necessariamente em “anomia”. A própria forma jurídica, uma vez que depende do vínculo com a possibilidade de fundamentação, não poderia existir numa situação na qual nenhum argumento é levantado com pretensão de aceitabilidade intersubjetiva.

Não se trata portanto de direitos já fundamentados moralmente que necessitam apenas serem positivados. É isto que evita qualquer tipo de paternalismo filosófico dos princípios morais. Com isto podemos entender sua afirmação, feita no prefácio, acerca dos “germes anárquicos”<sup>205</sup> dos direitos fundamentais. Não basta que sujeitos heterônomos estejam submetidos a leis gerais e iguais:

---

<sup>205</sup> Idem, ibidem, p. 11. O Princípio do Discurso é capaz de sustentar uma espécie de “revolução permanente”, pois qualquer decisão, por mais fundamentada que esteja, não escapa eternamente ao crivo da argumentação racional. E quando as liberdades comunicativas estão positivadas, elas levam para o interior da forma jurídica (estável por excelência) essa por vezes “irritante” necessidade de justificar decisões, submetendo o poder administrativo à argumentação pública dos atingidos pelos efeitos das regras.

Somente a normatização politicamente autônoma permite aos destinatários do direito uma compreensão correta da ordem jurídica em geral. Pois o direito legítimo só se coaduna com um tipo de coerção jurídica que salvaguarda os motivos racionais para a obediência ao direito. O direito coercitivo não pode obrigar os seus destinatários a isso; deve ser-lhes facultado renunciar ou não, conforme o caso, ao exercício de sua liberdade comunicativa e à tomada de posição em relação à pretensão de legitimidade do direito, ou seja, deve-se permitir que abandonem, num caso concreto, o enfoque performativo em relação ao direito, trocando-o pelo enfoque de um ator que calcula as vantagens e que decide arbitrariamente. Normas jurídicas devem poder ser seguidas com discernimento.<sup>206</sup>

O aparente “paradoxo” consiste no fato de que, pelo simples fato de possuírem forma jurídica, estes direitos “comunicativos” poderão ser objeto, por parte dos atores, de uma ponderação racional estratégica, e não comunicativa. Porém, esta possibilidade de egocentrismo juridicamente garantido não é em si mesma irracional, pois também a ação estratégica deve ser considerada “racional”, ainda que de forma instrumental. De todo modo, e o que é mais importante, a possibilidade de abandonar a argumentação racional resulta da forma jurídica, e não do Princípio do Discurso. O que este nos revela, na medida em que se especializa em questões jurídicas assumindo a forma do Princípio da Democracia, é que existem limites para o uso da opção de abandono da comunicação. Se é verdade que uma ordem de dominação “*como legítima há de ser reconhecida se é que se pretende que dure*”<sup>207</sup>, e se tal legitimidade, como já vimos, depende do reconhecimento de razões, então a manutenção de uma ordem jurídica depende da capacidade de contar com um público que exerça tais liberdades comunicativas, depende de um público de cidadãos que articule comunicativamente suas interações sociais, reproduzindo as estruturas sociais do mundo da vida, no qual a própria ordem jurídica deverá estar ancorada.

Por outro lado, é impossível deduzir a autonomia da legislação jurídica diretamente da autonomia moral de atores isolados. E por isso é necessário um princípio “indiferente” à moral e ao direito: o Princípio do Discurso. Este princípio indica a trilha a seguir quando o problema é fundamentar normas morais, que é a especificação num princípio de Universalização capaz de avaliar imparcialmente interesses. Porém, o Princípio do Discurso não esgota o conteúdo moral que só pode ser revelado por “U”, já que apenas este limita-se

---

<sup>206</sup> Idem, *ibidem*, ps. 157-8.

<sup>207</sup> Idem, *La Reconstrucción del Materialismo Histórico*, op. cit., p. 245.

exclusivamente a discursos morais, os quais exigirão sempre de todas as instituições e proposições normativas a prática da universalização de interesses. O Princípio da Democracia, ao contrário, não especializa “D” para o âmbito restrito e exigente de um tipo específico de discursos: sua exclusividade consiste no tipo de normas às quais ele se aplica, as normas jurídicas, tolerando, como ainda veremos, uma multiplicidade de discursos (pragmáticos, éticos, políticos, morais). Voltaremos a esta questão mais adiante, no ponto 3.4, neste mesmo capítulo.

Por ora é fundamental compreender que o Princípio do Discurso é capaz de especializar-se num princípio “paralelo” ao princípio moral: o Princípio da Democracia:

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 discursivo da autonomia política, a qual pode equipar 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 do direito legítimo, portanto o Princípio da Democracia, se constituem de *modo co-originário*.<sup>208</sup>

Não se trata de concretizar no mundo dos fatos um princípio ideal de direito legítimo, já que a configuração de De e da forma jurídica é cooriginária. A relação “circular” entre o Princípio da Democracia e a forma jurídica permite representar “*os direitos que os cidadãos são obrigados a atribuir-se reciprocamente, caso queiram regular legitimamente a sua convivência com os meios do direito positivo*”<sup>209</sup>. Este é sem dúvida o ponto central da Filosofia do Direito de HABERMAS: a representação abstrata das categorias de direitos fundamentais, conferidos ao sujeito por meio de sua personalidade jurídica. Sobre tal representação podemos afirmar que (a) é abstrata e fôrmal, ou seja, não assume ainda a forma de normas concretas, específicas, interpretadas, por exemplo, pelo Estado liberal ou “de Bem-estar Social”. Seus conteúdos dependem de interpretações

<sup>208</sup> idem, *Direito e Democracia*, vol. 1, op. cit., p. 158.

<sup>209</sup> Idem, *ibidem*, p. 158.

contingentes, realizadas em contextos de decisão política e interpretação jurídica limitados; (b) só é possível explicitá-la na medida em que pretendemos “positivar” o Princípio do Discurso, ou seja, conferir-lhe forma jurídica. As cinco categorias de direitos fundamentais descritas por HABERMAS cumprem, no interior do código jurídico, função semelhante à das regras do discurso racional (ver capítulo 2); (c) “*Como no direito racional clássico, esses direitos devem ser introduzidos inicialmente na perspectiva de alguém que não está participando.*”<sup>210</sup> Isto não significa que o filósofo ocupe o cargo de especialista incumbido de apresentar os direitos legítimos. Por um lado trata-se de uma perspectiva, a do não-participante, aberta em princípio igualmente a todos, por outro lado trata-se apenas da “introdução” das categorias com as quais pretende-se fundamentar os direitos, e não da apresentação de conteúdos já fundamentados de modo absoluto.

O entrelaçamento entre o Princípio do Discurso e a forma jurídica, é descrito como “gênese lógica” de um sistema de direitos: isto significa um “*processo de reconstrução conceitual da idealidade articuladora da realidade do direito, que opera como agulhão interno para essa própria realidade*”<sup>211</sup>, e não uma exposição de eventos tais como se desenrolaram efetivamente na história. Na medida em que cidadãos que pretendem regular suas ações com os meios do direito positivo discorrem sobre quais normas deverão estabelecer, se nesta discussão manifesta-se um contato intuitivo com o Princípio do Discurso, se agem eles comunicativamente, e se pretendem eles proteger esta forma instável e frágil de argumentação, então “*eles têm que institucionalizar juridicamente os próprios pressupostos comunicativos e os procedimentos de um processo de formação da opinião e da vontade, no qual é possível aplicar o Princípio do Discurso*”<sup>212</sup>.

Passemos pois às cinco categorias do sistema de direitos fundamentais, cujo “núcleo” é composto pelo Princípio da Democracia. A primeira delas é uma reformulação discursiva do princípio universal do direito kantiano, que exige a universalização de iguais liberdades subjetivas. As duas seguintes são desdobramentos “práticos” necessários para a efetividade da primeira, pois garantem o status de membro da comunidade jurídica e o acesso à jurisdição. Estas três categorias iniciais resultam da aplicação à forma jurídica de um princípio que inicialmente lhe é externo, D. Com isto é possível explicitar os princípios

---

<sup>210</sup> Idem, ibidem, p. 155.

<sup>211</sup> REDONDO, M. J., op. cit., p. 11.

<sup>212</sup> HABERMAS, J. *Direito e Democracia*, vol. 2, op. cit. p. 319.

pelos quais o legislador constitucional deve orientar-se para estabelecer um código do direito, e neles já “*transparece o sentido racionalizador da forma jurídica enquanto tal*”<sup>213</sup>.

A quarta categoria trata da participação política e a quinta de direitos que servem de “suporte”, fornecendo condições para o usufruto das categorias anteriores. Vejamos como HABERMAS define cada uma destas categorias, e os problemas que ele próprio levanta:

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

(...)

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

(3) Direitos fundamentais que resultam da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.

(...)

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

(...)

(5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos de (1) a (4).<sup>214</sup>

Com a aplicação do Princípio do Discurso à forma jurídica em geral obtemos as três primeiras categorias. Elas asseguram a autonomia privada de sujeitos que se reconhecem livremente, por enquanto, apenas como destinatários de leis, que configuram, autonomamente, seu próprio papel de destinatários, sem ainda participarem como autores destas leis. Estas categorias preexistem a qualquer instituição estatal, e regulam relações entre pessoas “*comunicativamente*” livres. HABERMAS faz algumas observações sobre as categorias acima.

HABERMAS afirma que as categorias de direitos de 1 a 4 são fundamentados de modo absoluto, e isto para contrastar com a quinta categoria, cuja fundamentação é relativa, já que sua “razão de ser” neste sistema de direitos é a de auxiliar as condições materiais de exercício dos demais direitos do sistema. Este caráter, nos termos de uma “gênese lógica”,

---

<sup>213</sup> Idem, *Direito e Democracia*, vol. 1, op. cit., p. 163.

<sup>214</sup> Idem, *ibidem*, ps. 159-160.

é secundário, pois só tomamos conhecimento de sua importância devido às contingências que opõem-se, no mundo dos fatos, à concretização das categorias iniciais.

(1) A legitimidade destas leis não se esgota na “forma” de direitos subjetivos, pois estes precisam distribuir iguais liberdades. “São legítimas somente as regulamentações que fazem jus a esta condição da compatibilidade dos direitos de cada um com os iguais direitos de todos.”<sup>215</sup> Esta categoria precisa ser aplicada dentro da comunidade jurídica, mas não basta para institucionalizar liberdades jurídicas.

(2) Se a moral racional regula ações entre seres racionais em geral, o direito sempre regula uma comunidade concreta, limitada no tempo histórico e no espaço social. É no interior deste horizonte provinciano que os sujeitos conferem a competência para o uso legítimo da força a uma instituição social inevitavelmente finita, que por isso precisa de direitos que identifiquem os sujeitos como membros de uma comunidade jurídica específica. Ao aplicar o Princípio do Discurso à forma jurídica é preciso concluir que estes direitos garantem a titularidade das iguais liberdades subjetivas, e não podem ser unilateralmente subtraídos, se bem que devam contar ao menos com a anuência hipotética dos sujeitos-membros.

(3) Por fim, para institucionalizar o código jurídico é necessário estabelecer também os procedimentos jurídicos que asseguram a vigência do direito positivo, ou seja, garantem aos titulares das liberdades subjetivas que estas sejam interpretadas e aplicadas de forma autorizada e vinculante.

Sobre estas categorias iniciais HABERMAS insiste que não se tratam dos direitos liberais de defesa. Em primeiro lugar por que preexistem a qualquer organização estatal, contra a qual os direitos liberais dirigem-se defensivamente. Em segundo lugar, por que são princípios que devem orientar a interpretação por legisladores concretos, localizados no horizonte de um mundo-da-vida específico: as constituições liberais podem ser entendidas como “interpretações” contingentes destas liberdades subjetivas, concorrendo com outras interpretações possíveis. Assim como nos atos de fala comunicativos que realizamos corriqueiramente já levantamos certas pretensões de validade abstratas, que podem ter seus aspectos racionais explicitados pela ética do discurso, também em alguns eventos políticos que estabelecem novas constituições é possível verificar, em meio a discursos carregados

---

<sup>215</sup> Idem, *ibidem*, p. 160.



de contingências históricas e sociais, as pretensões universalistas também explicitadas pela ética do discurso, que agora assume forma de um Princípio da Democracia e um sistema de direitos. O sistema de direitos não possui uma existência independente e anterior à prática política constitucional de autolegislação de cidadãos, pois deste modo o argumento assumiria a forma platônica de concretização nos fatos de um sistema ideal racional. Trata-se, como no uso comunicativo da linguagem cotidiana, de pretensões universalistas de validade que são levantadas no momento em que realizamos um ato de fala. Estas pretensões, com as quais já lidamos intuitivamente, podem ser apenas explicitadas pelo filósofo, que neste caso estará assumindo inevitavelmente a perspectiva da terceira pessoa.

As demais categorias resultam de uma mudança de perspectiva. Não se trata mais do teórico que apresenta aos cidadãos os direitos necessários a uma regulação legítima de suas ações: agora são estes que aplicam o Princípio do Discurso, reconhecendo-se mutuamente enquanto autores do direito.

(4) Se é verdade que os cidadãos já se encontram submetidos a um código jurídico, não podendo recusar o papel coordenador de ações das normas jurídicas, também é verdade que podem utilizá-las para exprimir sua autonomia política. Para isso é necessário garantir que os sujeitos possam avaliar a legitimidade das normas por eles criadas. Se isto ocorre então *“são os próprios civis que refletem e decidem – no papel de um legislador constitucional – como devem ser os direitos que conferem ao Princípio do Discurso a figura jurídica de um Princípio da Democracia”*<sup>216</sup>. Trata-se de “juridificar” as liberdades comunicativas às quais os sujeitos tem acesso no uso cotidiano da linguagem voltada para o entendimento, de modo que estas adquirem status público-institucional: é neste ponto que se revela com mais clareza o que significa conferir forma jurídica ao Princípio do Discurso. Com a institucionalização do igual uso comunicativo da linguagem são asseguradas, via coerção jurídica, as condições necessárias à regulação legítima das ações sociais.

O Princípio do Discurso e a forma jurídica, se isolados, não bastam para a fundamentação dos direitos legítimos. É verdade que a existência de ambos precede a prática de autodeterminação dos cidadãos, mas esta se caracteriza exatamente por colocar em funcionamento as liberdades comunicativas explicitadas pelo Princípio da Democracia, atribuindo-lhes as competências institucionais decorrentes da forma jurídica.

---

<sup>216</sup> Idem, *ibidem*, p. 164.

Este sistema de direitos precisa ser interpretado por um legislador concreto, que somente pode fazê-lo ao exercitar sua própria autonomia política. Por outro lado, o exercício continuado desta autonomia requer a institucionalização deste sistema. Há portanto uma relação de pressuposição mútua, e por isso *“tal sistema dos direitos não é dado preliminarmente ao legislador constitucional como um direito natural. Esses direitos só chegam à consciência numa determinada interpretação constituinte.”*<sup>217</sup> Os cidadãos legisladores partem de uma situação concreta, contingente, e interpretam o sistema de direitos. Fazendo isto eles *“apenas explicitam o sentido do empreendimento ao qual eles já se dedicaram, ao decidirem regulamentar legitimamente sua convivência através do direito.”*<sup>218</sup> Isto se explica por que nas tentativas de coordenação das ações sociais com os meios da linguagem os sujeitos já adquirem um contato intuitivo com o Princípio do Discurso. Como observamos no capítulo anterior, a linguagem possui uma função de coordenação de ações que não pode ser simplesmente posta de lado. O sistema de direitos não precede nem resulta da autonomia política. Ele surge ao tempo em que os cidadãos organizados num espaço público que reproduz as condições exigidas pelo Princípio do Discurso buscam coordenar suas ações utilizando as vantagens institucionais da forma jurídica. O próprio teórico que apresenta as categorias de direitos, cujo núcleo é composto pelo Princípio da Democracia, lança mão de um artifício, pois ele já se apoia numa história política capaz de fornecer inúmeros exemplos concretos de tal interpretação contingente. O filósofo do direito, por mais que radicalize a abstração de sua interpretação, o que pode ser necessário para fins cognitivos, só pode acessar este sistema de direitos por que eles já se manifestaram de fato em práticas intersubjetivas, portanto plurais. Apenas em meio a esta pluralidade comunicativa tal sistema é acessível:

Ninguém é capaz de lançar mão de um sistema de direitos no singular, sem apoiar-se em interpretações já elaboradas na história. “O” sistema de direitos não existe num estado de pureza transcendental. Porém, após mais de duzentos anos de desenvolvimento constitucional na Europa, temos vários modelos à disposição; eles podem servir como introdução a uma reconstrução generalizadora da compreensão que acompanha necessariamente a prática intersubjetiva de uma autolegislação compreendida com os meios do direito positivo.<sup>219</sup>

---

<sup>217</sup> Idem, *ibidem*, p. 166.

<sup>218</sup> Idem, *ibidem*, p. 166.

<sup>219</sup> Idem, *ibidem*, p. 166.

O Princípio do Discurso e a forma jurídica aparecem assim como complementares: só assim é possível compatibilizar a distribuição de iguais liberdades comunicativas com a estabilidade de um processo jurídico de legislação continuado. Ocorre que nesta compatibilidade surge um aparente paradoxo, que consiste no fato de que o Princípio do Discurso, institucionalizado juridicamente, pode agora ser apropriadas por sujeitos que agem segundo critérios de uma racionalidade estratégica, voltada ao êxito na consecução de fins<sup>220</sup>. Também as liberdades comunicativas, quando juridificadas, adquirem a forma de direitos subjetivos que os sujeitos podem optar por não utilizar. Sendo assim, da positivação destas liberdades não podemos deduzir imediatamente seu uso por parte dos destinatários: *“Compete aos destinatários decidir se eles, enquanto autores, vão empregar sua vontade livre, se vão passar por uma mudança de perspectivas que os faça sair do círculo dos próprios interesses e passar para entendimento sobre normas capazes de receber o assentimento geral, se vão ou não fazer um uso público de sua liberdade comunicativa.”*<sup>221</sup>

Ainda que o direito positivo seja capaz de resguardar, com meios coercitivos e vinculantes, as liberdades comunicativas, tornando-as disponíveis aos sujeitos que pretendam praticá-las, ele não pode forçar os sujeitos ao uso destas mesmas liberdades. Precisa de sujeitos dispostos voluntariamente à prática da ação comunicativa. O direito positivo pode assegurar os procedimentos legais para cidadãos avaliarem a legitimidade de pretensões normativas. Este é um dos problemas centrais da Filosofia do Direito que resulta da teoria do discurso, ao qual já nos referimos no primeiro capítulo: o surgimento da legitimidade a partir da legalidade. Vejamos:

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,

---

<sup>220</sup> Ver capítulo 2, *infra*.

<sup>221</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 167.

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 os dois lados: de um lado, a carga da 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.<sup>222</sup>

Neste argumento de HABERMAS ecoa claramente a história política de uma Alemanha na qual o totalitarismo nazista estabeleceu-se afastando tacitamente, com o respaldo das massas, uma das mais exemplares constituições modernas, a da República de Weimar, que resguardava, numa amplitude retrospectivamente louvável, os direitos fundamentais civis, políticos e sociais. Temos aqui um exemplo da já mencionada “dupla face” das liberdades comunicativas positivadas na forma de direitos subjetivos: ainda que o uso comunicativo seja garantido juridicamente ele não pode ser forçado. Mesmo que certos direitos políticos sejam obrigatórios, como o de votar, isto não impede que as pessoas que o exerçam o façam exclusivamente por considerações racionais estratégicas (evitar alguma penalidade). Porém, os sujeitos de direito devem efetivamente fazer o uso comunicativo destas liberdades, mobilizando o potencial ilocucionário da linguagem para articular sua existência coletiva, pois da amplitude em que tal opção é adotada depende, como já vimos, a durabilidade da própria ordem de dominação política. Por mais generosa que seja uma ordem jurídica concreta, ela precisa alimentar-se de uma certa “espontaneidade” política dos concernidos, que dispõem-se a agir comunicativamente. Nem mesmo a constituição de Weimar era imune à ingratitude.<sup>223</sup>

---

<sup>222</sup> Idem, ibidem, p. 168

<sup>223</sup> Ao afirmar que os homens não podiam dispor da liberdade pública como um “bem” que pudessem passar adiante para seus herdeiros, sob a forma testamentária, Hanna ARENDT citava os versos do poeta francês René Char: “*Notre héritage n'est précédé d'aucun testament* (Nossa herança nos foi deixada sem nenhum testamento). Para ela, a história das manifestações concretas de liberdade pública, e seu rápido desaparecimento, nas revoluções modernas, poderia ser entendida como “*a lenda de um antigo tesouro, que, sob as circunstâncias mais várias, surge de modo abrupto e inesperado, para de novo desaparecer qual fogo-fátuo, sob diferentes condições misteriosas*” ARENDT, Hanna, *Entre o Passado e o Futuro*, op. cit., p. 30.

### **3.3 A Relação complementar entre o sistema jurídico e o poder político.**

A explicitação do sistema de direitos pela teoria do discurso revelou certas categorias de direitos que os cidadãos devem utilizar no momento da institucionalização de sua autonomia política. Claro que este momento raramente é histórico, e sim limitado ao âmbito “lógico-racional”, pois afinal de contas o que a teoria do discurso faz é reconstruir o sentido do sistema de direitos, não sendo uma teoria da história dos direitos fundamentais nas constituições concretas. O momento inicial, no qual ocorre o reconhecimento recíproco dos direitos, é altamente improvável sob o aspecto dos fatos, se bem que “válido” do ponto de vista da razão. Disso decorre a instabilidade inerente a este momento “contrafactual”, pois mesmo que na história política concreta de uma sociedade específica pudéssemos encontrar condições aproximadas capazes de satisfazer as exigências rigorosas do Princípio do Discurso (só podemos contar com aproximações) ainda assim deveríamos estar preparados para um tempo, sempre próximo, no qual tais condições não mais estivessem presentes. Porém, se estamos tratando do Princípio da Democracia então dispomos de um “artifício” inacessível ao princípio moral: trata-se do poder institucional do Estado. Como já vimos, ele pode estabilizar o reconhecimento do sistema de direitos revestindo as liberdades comunicativas com a proteção de uma coerção institucionalizada. Mas tão logo o poder político é arregimentado para conferir durabilidade ao momento constituinte originário, ele passa a sofrer também a necessidade de legitimação, cuja solução depende da capacidade de regular o uso do poder político com os meios do direito: *“Da constituição co-originária e da interligação conceitual entre direito e poder político resulta uma ulterior necessidade de legitimação, ou seja, a de canalizar o poder político executivo, de organização e de sanção, pelas vias do direito. Esta é a idéia do Estado de direito.”*<sup>224</sup> Deste modo, o Princípio da Democracia nos impele à fundamentação do Estado Democrático de Direito.

O sistema jurídico prescreve procedimentos de legislação que possibilitam o uso efetivo das liberdades comunicativas pelos cidadãos. Por outro lado, a ação comunicativa requer a institucionalização jurídica como garantia de estabilidade. Se estas afirmações são

---

<sup>224</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia*, vol. 1, op. cit., p. 169.

verdadeiras, então elas descrevem uma relação complementar entre a ação política e a institucionalização jurídica que precisa ser elucidada. Nos sub-itens a seguir descrevo como HABERMAS interpreta esta relação inicialmente a partir de um ponto de vista sociológico (3.3.1), e a seguir descrevo sua observação complementar, mediante a qual ele revela as ambivalências da práxis política, na qual já estão postos também tensões entre pretensões de legitimidade racional e vigência social (3.3.2).

### **3.3.1 Uma descrição “funcionalista” das relações entre os códigos do Poder e do Direito.**

Inicialmente HABERMAS fornece uma descrição funcionalista da relação complementar entre o sistema jurídico e o poder político, o primeiro entendido como regulador de expectativas válidas de comportamento e o segundo como instância autorizada para tomar decisões impositivas. Trata-se de uma reconstrução teórica que exige ser complementada, como veremos no item 3.3.2, por uma abordagem das dimensões “comunicativas” do poder político. Este nexos interno entre direito e política pode ser descrito inicialmente assim: *“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 sua obrigatoriedade coletiva à forma jurídica da qual se revestem.”*<sup>225</sup> Os direitos subjetivos pressupõem instituição coercitiva autorizada para o uso legítimo da força. Além disto, a deliberação comunicativa, por mais que possa estar aproximada das exigências rigorosas de um discurso racional, ainda não é capaz de solucionar sozinha o problema da implementação dos programas decididos em conjunto. Como foi possível observar no capítulo 2, a ação comunicativa também pode exigir considerações teleológicas afim de realizar o plano de ação consensual. É por isto que as liberdades comunicativas institucionalizadas pelo direito exigem a formação de um aparato burocrático-administrativo competente para tarefas executivas. Com esta exigência atingimos um novo patamar de fundamentação: *“O estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque*

---

<sup>225</sup> Idem, *ibidem*, p. 170.

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.”<sup>226</sup> Já vimos que a Filosofia do Direito, que trata de fundamentar o Princípio da Democracia, satisfaz-se com a constatação do valor funcional da forma jurídica<sup>227</sup>. Também aqui o “Estado” pode surgir, à primeira vista, a partir de uma constatação empírica para o filósofo, dadas as vantagens funcionais que resultam da existência de uma organização administrativa, uma “associação de dominação política” no sentido que foi fixado por WEBER<sup>228</sup>. A importância de semelhante instituição explica-se pela necessidade de realizar e proteger, com eficácia, o sistema de direitos. Porém, ao contrário da “forma jurídica”, o poder organizado administrativamente, na medida em que precisa ser legitimado, precisa estar aberto a um processo de fundamentação com razões, ou seja, precisa estar vinculado ao poder comunicativo.

Estes problemas devem ser tratados inicialmente através de uma “reconstrução conceitual da gênese do direito e da política” na forma de um “modelo abstrato.”<sup>229</sup> É possível observar, na passagem das sociedades primitivas organizadas pelo parentesco para sociedades primitivas já organizadas politicamente, o surgimento de relações complexas entre direito e poder administrativo, que apenas no início da idade moderna tornaram-se problemáticas<sup>230</sup>. Trata-se de sociedades tribais, onde existe um consenso valorativo prévio de cunho sagrado, mítico-religioso. Nelas o poder tribal de líderes já estava ligado a normas de ação tradicionalmente aceitas como válidas. É sobre esta base arcaica de integração social que se ergue o moderno complexo entre direito e poder administrativo.

---

<sup>226</sup> Idem, *ibidem*, p. 171.

<sup>227</sup> Idem, *Direito e Democracia*, vol. 2, op. cit., p. 322.

<sup>228</sup> As definições que WEBER fornece para “associação política” e “Estado” ressaltam o aspecto funcional do poder administrativo, que HABERMAS não desconsidera, se bem que não acredite ser ele autosuficiente face ao poder comunicativo. Vejamos a definição weberiana: “A uma associação de dominação denominamos associação política, quando e na medida em que sua subsistência e a vigência de suas ordens, dentro de um determinado território geográfico, estejam garantidas de modo contínuo mediante ameaça e a aplicação de coação física por parte do quadro administrativo. Uma empresa com caráter de instituição política denominamos Estado, quando e na medida em que seu quadro administrativo reivindica com êxito o monopólio legítimo da coação física para realizar as ordens vigentes”, in WEBER, M. *Economia e Sociedade*, op. cit., p. 34.

<sup>229</sup> HABERMAS, J., *Direito e Democracia*, vol. 1, op. cit., p. 176.

<sup>230</sup> Como a Filosofia do Direito satisfaz-se com a fundamentação de De, a partir de uma “gênese lógica” do sistema de direitos, HABERMAS não é necessário deter-se aqui em abordagens de cunho sociológico, histórico ou de antropologia jurídica.

Para explicar melhor tal “gênese lógica”, HABERMAS apresenta dois tipos de arbitragem de litígios e formação da vontade coletiva, que são a base sobre qual o direito sancionado pelo estado e o poder político organizado juridicamente poderão estabelecer-se reciprocamente. Neles podemos observar a opção pelas duas formas básicas de ação social racional: comunicativa e estratégica.

Isto pode ser compreendido a partir do problema da coordenação das ações sociais: padrões de comportamento estáveis estão apoiados ou em influências recíprocas (agir orientado por interesses) ou no entendimento (agir orientado por valores). Deste modo, os problemas de coordenação apresentam-se em dois âmbitos: (i) regulamentação de conflitos interpessoais, quando a questão é saber quais são as regras aplicáveis, capazes de estabilizar expectativas de comportamento; ou (ii) na formação da vontade coletiva, quando questão é delimitar quais os objetivos comuns, quais os fins que podem atingir consenso. Assim, os dois níveis de conflitos podem ser resolvidos através da compensação de interesses ou do consenso sobre valores e normas. Vejamos o quadro a seguir:



Quadro: tipos elementares de solução de conflitos e de formação da vontade coletiva<sup>231</sup>:

<b>Problemas:</b>	<b>Regulação de conflitos</b>	<b>Persecução de objetivos coletivos:</b>	
<b>Coordenação da ação através de:</b>	<b>interpessoais</b>	<b>Colocação de objetivos</b>	<b>Implementação</b>
<b>Orientações Valorativas</b>	Consenso	Decisão através de autoridade	Poder de mando através de uma divisão de trabalho organizada
<b>Situação de Interesses</b>	Arbitragem, pacto	Formação do compromisso	

Em sociedades primitivas conflitos no nível interpessoal podem ser resolvidos mediante um consenso normativo auxiliado por autoridades morais, tais como líderes religiosos, ou então por meio de um acordo de interesses entre as partes capazes de ameaça. Por outro lado, problemas da vontade coletiva podem ser solucionados graças à autoridade que dispõem clãs ou líderes carismáticos para interpretações axiológicas, ou novamente por um compromisso concreto entre os partidos rivais. A coordenação da ação via arbitragem ou compromisso está apoiada diretamente em posições de poder social, no caso de sociedades tribais, no prestígio de famílias ou sacerdotes, e secundariamente numa estrutura normativa de cunho mítico-religioso. Somente a coordenação via consenso ou autoridade está apoiada imediatamente num complexo normativo, que nas sociedades tribais ainda mescla costume, moral e direito.

Por outro lado, a constituição do direito e do poder político deve ser compreendido em duas etapas:

Em primeiro lugar, ocorre uma monopolização das funções de solução de conflitos. Trata-se de duas modificações simultâneas:

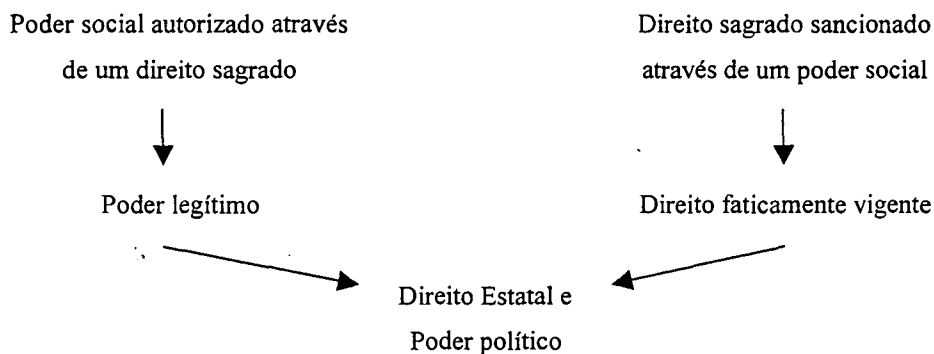
\* Um poder social fático transforma-se em poder político: um líder carismático pode monopolizar as funções de arbitragem, aparecendo como intérprete faticamente reconhecido de normas sagradas, que por serem aceitas como justas, podem legitimar o poder político. Com isto, o líder em questão ocupa agora um cargo de magistrado autorizado a proferir decisões válidas.

<sup>231</sup> HABERMAS, ibidem, p. 178.

\* Um direito sagrado transforma-se em direito sancionado pelo estado: o magistrado, que segue decidindo disputas transforma sua prática em normas, os quais adquirem a validade impositiva de um direito cuja obediência não mais recorre apenas a um consenso mítico-religioso.

HABERMAS afirma que “a autorização do poder através do direito sagrado e a sanção do direito através do poder social realizam-se uno acto. Deste modo, o poder político e o direito sancionado pelo Estado surgem como dois componentes dos quais se origina o poder do Estado organizado de acordo com o direito”<sup>232</sup>. Vejamos o esquema seguinte:

Constituição do direito e da política<sup>233</sup>.



Mas a constituição do direito e do poder político possui um momento seguinte de institucionalização jurídica do domínio político, quando Direito e Poder parecem exercer funções próprias e recíprocas:

Ao emprestar forma jurídica ao poder político, o direito serve para a constituição de um código de poder binário. Quem dispõe do poder pode dar ordens aos outros. E, neste sentido, o direito funciona como meio de organização do poder do Estado. Inversamente, o poder, na medida em que reforça as decisões judiciais, serve para a constituição de um código jurídico binário. Os tribunais decidem sobre o que é direito e o que não é. Nesta medida, o poder serve para a institucionalização política do direito.<sup>234</sup>

<sup>232</sup> idem, ibidem, p. 180.

<sup>233</sup> idem, ibidem, p. 181.

<sup>234</sup> Idem, ibidem, p. 182

O nexu funcional entre código do direito e código do poder é descrito por HABERMAS com o auxílio do quadro<sup>235</sup> a seguir:

Funções	Função própria	Função recíproca
Códigos		
Poder	Realização de fins coletivos	Institucionalização do direito por parte do Estado
Direito	Estabilização das expectativas de comportamento	Meios de organização da dominação política

### 3.3.2. Dois tipos de poder político: administrativo e comunicativo.

Neste item é necessário demonstrar que os dois tipos de poder político que HABERMAS descreve, o comunicativo e o administrativo, correspondem às formas básicas de ações sociais e uso da linguagem: comunicativo e estratégico. Deste modo, o poder político comunicativo é definido como formação discursiva de uma vontade comum, isenta de violência, ao passo que o poder político administrativo é definido como a capacidade eficaz de implementação de prescrições do direito positivo.

Que HABERMAS prefira apresentar o problema inicialmente pela perspectiva funcionalista, não significa que a relação entre poder político e forma jurídica seja autosuficiente. A preferência por esta ordem de exposição resulta de uma consideração “didática”, pois logo a seguir, de acordo com a perspectiva da teoria da ação comunicativa, é necessário acrescentar a necessidade estrutural de legitimação que acomete as relações políticas em geral. Não há necessidade de retornarmos aqui à exposição das conclusões que podem ser obtidas a partir da interpretação das ações sociais proporcionadas pela ética do discurso. Convém apenas insistir na tese central: a ponderação racional de pretensões de validade normativa concorrentes apenas pode ser pensada a partir de procedimentos, que quando observados na prática discursiva ensejam a qualidade de legítimo à conclusão final da argumentação. Foi possível observar nos dois capítulos anteriores que HABERMAS recusa um tipo de compreensão, de certo modo já presente em WEBER, segundo a qual a legitimidade esgota-se em procedimentos prescritos anteriormente pelo direito e aceitos

<sup>235</sup> Idem, ibidem, p. 182

como válidos, cuja obediência pode exigir imediatamente validade institucional. Para a ética do discurso, ao contrário, todos os procedimentos estabelecidos juridicamente estarão sempre na iminência de serem submetidos a discursos morais, onde sua validade poderá ser problematizada. Para a ética do discurso um conceito de legitimidade com pretensões universalistas só pode ser pensado a partir de “processos”, mas estes não estão dados previamente numa prática institucionalizada e aceita como válida: “*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.*”<sup>236</sup> Este “sentido normativo pleno” do ordenamento jurídico reúne aquilo que podemos chamar de “validade social”, ou vigência – validade aceita socialmente como legítima, e a “validade legítima”, a legitimidade sustentada também por argumentos racionais de forte pretensão universalista. Ao contrário dos argumentos jusnaturalistas, este “sentido normativo pleno” não resulta diretamente de uma moral superior, mas tampouco, como no positivismo, resulta de características autosuficientes do direito positivo de estabilizar expectativas válidas de comportamento.

Sendo assim, é preciso “corrigir” o aspecto “funcionalista” da descrição fornecida no “3.3.1”. É certo que a forma jurídica é necessária para estabilizar as decisões políticas, mas de modo algum é suficiente, pois “*o direito só mantém força legitimadora enquanto puder funcionar como fonte de justiça.*”<sup>237</sup> Obviamente este conceito de justiça é tratado segundo os critérios procedimentais da ética do discurso, e por isso, como já foi visto no capítulo anterior, “*a produção de um direito legítimo implica a mobilização das liberdades comunicativas dos cidadãos*” o que, por sua vez, “*coloca a legislação na dependência do poder comunicativo*”<sup>238</sup>. É por isso que não podemos conceber como autosuficiente a relação entre poder político e forma jurídica, pois o próprio poder político precisa corresponder às condições da ação comunicativa. É preciso portanto distinguir entre o poder político que corresponde à ação comunicativa, e o poder político que corresponde às ações estratégicas. Deste modo é possível “corrigir” o funcionalismo do item anterior afirmando que o poder administrativo-estatal, constituído segundo a forma jurídica, precisa

---

<sup>236</sup> Idem, ibidem, p. 172

<sup>237</sup> idem, ibidem, p. 184.

<sup>238</sup> Idem, ibidem, p. 185

apoiar-se num poder político comunicativo-normatizador, capaz de servir de fonte de legitimidade.

HABERMAS encontra em Hanna ARENDT uma percepção inicial do aspecto comunicativo do poder político, quando esta autora define o poder como algo essencialmente distinto da violência e que não pode ser “contabilizado” ou produzido de modo instrumental. Surge da formação consensual de uma vontade comum: “*o poder surge entre os homens quando atuam juntos e desaparece no momento em que se dispersam*”<sup>239</sup>. Ao contrário, a força física é a qualidade que os homens possuem mesmo no mais completo isolamento, e sua aplicação no âmbito das relações sociais, no momento em que ocorre, inviabiliza uma socialização de tipo horizontal, fundada num plano de ação consensual. É o poder político comunicativo que possui o aspecto de “força autorizadora”, manifesto no momento de criação do direito legítimo. Ocorre que HABERMAS não pretende perder de vista o aspecto administrativo do poder: “*Com o conceito de poder comunicativo atingimos apenas o surgimento do poder político, não a utilização administrativa do poder já constituído, portanto o processo de exercício do poder*”<sup>240</sup>. Ele critica em ARENDT uma sobrevalorização do sentido comunicativo do poder político, em prejuízo do sentido administrativo do mesmo, já que “*ela não explica o outro lado da agregação para a qual o poder comunicativo precisa ser transportado, antes de poder assumir, na figura do poder administrativo, as funções de sanção, organização e execução, das quais o sistema dos direitos depende e as quais ele pressupõe.*”<sup>241</sup> Como vimos no capítulo anterior, se por um lado as ações comunicativas podem exigir considerações teleológicas para realizar seus planos de ação consensuais, por outro lado o uso estratégico da linguagem ocupa uma posição de certo modo parasitária frente ao uso comunicativo. As conseqüências disto, para a Filosofia do Direito, são (i) um poder político comunicativo, que pode manifestar-se na deliberação pública de cidadãos, pode exigir a contrapartida da institucionalização de um poder administrativo cujo objetivo é a realização eficaz do programa político estabelecido anteriormente; e (ii) este poder político administrativo não é autosuficiente quanto à sua própria legitimidade, dependendo de uma ligação permanente com a “*fonte de justiça*” que é o poder político comunicativo: “*O poder administrativo não deve reproduzir-se a si*

<sup>239</sup> ARENDT, Hanna. *La Condición Humana*, op. cit., p. 223

<sup>240</sup> HABERMAS, “Direito e Democracia”, op. cit., p. 189.

<sup>241</sup> Idem, *ibidem*, p. 189.

*mesmo, e sim regenerar-se a partir da transformação do poder comunicativo*<sup>242</sup>. Sendo assim, a importância do sistema jurídico é servir de meio “*através do qual o poder comunicativo se transforma em poder administrativo*”<sup>243</sup>. Veremos logo a seguir que é preciso considerar também a importância de outro tipo de poder, o “social”, e que cada um destes tipos corresponde aos mecanismos básicos de integração social: mercado, estado e solidariedade.

### **3.4 Um modelo de formação do direito legítimo.**

Vimos até aqui que a idéia da Filosofia do Direito de HABERMAS é fundamentar a legitimidade do direito positivo em procedimentos democráticos de legislação, nos quais o Princípio do Discurso está presente com o auxílio da forma jurídica, e é capaz de conferir o predicado de “racionalmente aceitável” às normas jurídicas que resultam deste processo. Mas será que tal raciocínio não recupera a dualidade jusnaturalista entre um direito racional legítimo carente de positivação versus um sistema jurídico positivo hierarquicamente inferior? Não, pois a normatividade que teoria da ação comunicativa trata de revelar encontra-se numa espécie de “semi-transcendência”, que pode ser pensada a partir de nossas práticas comunicativas cotidianas, nas quais inevitavelmente já levantamos, com nossos atos de fala, pretensões de validade intersubjetiva de caráter universalista. Então, como veremos agora, trata-se a um só tempo, de manter distância dos pressupostos da metafísica jusnaturalista, como de avançar rumo à fundamentação universalista da idéia de Estado Democrático de Direito, a partir das constatações abertas pela teoria da ação comunicativa. Segundo KRIELE, a teoria do discurso pode:

tornar consciente aquilo que já está pressuposto em todo o discurso, a saber, a possibilidade da razão, a qual depende da manutenção das regras do discurso. Tal conscientização tem ainda uma função política: ela defende a forma política da discussão – portanto, o Estado Democrático de Direito – contra teorias políticas, que questionam seu fundamento filosófico.<sup>244</sup>

---

<sup>242</sup> Idem, *ibidem*, p. 189.

<sup>243</sup> Idem, *ibidem*, p. 190.

<sup>244</sup> KRIELE, apud HABERMAS *Direito e Democracia*, p. 198.

Ainda que HABERMAS considere necessárias certas correções na interpretação de KRIELE, ela sem dúvida é capaz de perceber a direção adotada pela argumentação habermasiana.

Vamos agora descrever a interpretação que HABERMAS realiza do processo de legislação do direito legítimo, um aspecto que resulta imediatamente do cruzamento do Princípio do Discurso com a forma jurídica. Quando apresentamos o princípio de universalização vimos que ele estava moldado para resolver conflitos exclusivamente morais, fundamentando o ponto de vista imparcial. Ainda que ele não seja capaz de produzir normas morais, é ele que fornece um critério para que os concernidos avaliem racionalmente a legitimidade de normas morais. Porém, o princípio de universalização sofre com as pressões factuais, históricas e sociais, que dificultam a realização de discursos morais. Vimos também que as normas jurídicas são capazes de contornar algumas das dificuldades impostas às normas morais, o que não exige o sistema jurídico de manter vínculos com o poder comunicativo a fim de manter sua carga de legitimidade. Pois agora iremos nos deter um pouco mais neste processo de normatização, atentando para os vários tipos de problemas com os quais ele deve lidar. A diferença resulta principalmente do fato de que as normas morais podem exigir uma validade que independe de relações institucionais, ao passo que as normas jurídicas devem lidar com problemas outros que não apenas os de moralidade. Enquanto a moral racional pressupõe, de modo deveras contrafactual, sujeitos dispostos a compartilhar perspectivas universais e contextos gerais de ação, o direito legítimo deve regular as interações sociais de comunidades concretas, e por isso deve estar disposto a lidar com questões repletas de vínculos com o cotidiano histórico e social. Graças ao poder político comunicativo, o direito recebe problemas “pragmáticos” e “ético-políticos”, que deverá considerar lado a lado com as questões morais. Assim, podemos afirmar que a especialização do Princípio do Discurso ocorre na forma seguinte:

Especialização	Âmbitos de aplicação	
	Tipos de normas	Tipos de discursos
Princípio de Universalização	Quaisquer normas (sentido amplo de Dever)	Moralidade, justiça
Princípio da		Moralidade

Princípio do Discurso

Democracia	Exclusivamente normas jurídicas	Ética e política
		Pragmatismo

Enquanto o Princípio de Universalização exige uma autoridade para quaisquer tipo de normas, mediante discursos exclusivamente morais, expressando assim um sentido deontológico deveras rígido, o Princípio da Democracia, na medida em que está moldado para o tratamento de normas exclusivamente jurídicas, manifesta-se em discursos jurídicos, que mantêm, inevitavelmente, um vínculo com questões da mais diversa procedência, morais inclusive, mas também pragmáticas, políticas e éticas. Isto se explica por que o princípio moral U aplica-se à coordenação de ações de sujeitos racionais em geral, ao passo que os discursos jurídicos, sob o Princípio da Democracia, tratam de regular interações entre sujeitos concretos, provincianos no tempo histórico e no espaço social. Portanto, devemos compreender a formação do direito legítimo como um processo de autolegislação discursiva capaz de absorver estas três classes de questionamentos, nas quais o próprio sentido da validade normativa não permanece constante, ao contrário dos discursos regulados pelo Princípio de Universalização. Vejamos as questões para as quais deve estar moldado o Princípio da Democracia:

- a) **questões pragmáticas** – assumem a seguinte forma: “*quais estratégias seguir, já que sabemos o que queremos?*” O direito legítimo deve estar preparado para lidar com problemas segundo critérios de racionalidade estratégica e/ou instrumental, a luz de valores previamente consensuais no âmbito de uma certa comunidade concreta, cujas orientações ético-políticas não são ainda essencialmente problemáticas. Nestes discursos o sentido ilocucionário do “dever-ser” presente nos discursos pragmáticos é moldado para o “arbítrio” (*Willkür*) dos sujeitos do direito, aptos para tomadas de decisão orientadas pelo sucesso estratégico. Assim, é garantido à vontade privada um espaço autorizado para tomada de decisões desmotivadas de qualquer critério de racionalidade comunicativa;
- b) **questões ético-políticas** – o problema agora é: “*o que realmente queremos?*” Neste tipo de problemas as orientações axiológicas antes consensuais tornam-se problemáticas. As normas jurídicas que surgem do processo de autolegislação discursiva devem estar aptas a lidar com problemas de auto-entendimento de uma comunidade concreta. As disputas entre preferências axiológicas antagônicas não



encontram mais solução no âmbito de discursos pragmáticos, já que a comunidade depara-se com dúvidas quanto à forma de vida concretamente compartilhada por seus membros, no tocante à apropriação das tradições e à continuação dos saberes e instituições válidos. O sentido do “dever-ser” assume então a forma de “recomendações clínicas” em discursos que tratam da identidade coletiva, nos quais podemos observar uma relação de determinação recíproca entre razão e vontade. Estas encontram-se problematizadas no interior de uma forma concreta de vida;

- c) *questões morais* – “o que é igualmente bom para todos?” Neste tipo de discursos o sentido ilocucionário do dever-ser prescinde de considerações quanto ao sucesso e/ou preferências valorativas subjetivas: aqui “dever” significa “justiça”. A perspectiva da comunidade precisa ser ampliada de tal modo que seja ela capaz de produzir normas de ação distanciadas dos contextos provincianos do mundo-da-vida, num processo cujas virtudes e problemas já foram descritos ao final do capítulo 2. Nestes discursos uma vontade autônoma é internalizada na razão: “O ‘dever-ser’ categóricos de mandamentos morais dirige-se à vontade autônoma de atores que se deixam determinar racionalmente, através da compreensão daquilo que todos poderiam querer.”<sup>245</sup> Esta vontade racional, cuja fraqueza diante do mundo social é evidente, é compensada através das instituições dotadas de coerção jurídica;

Estas três categorias de problemas convivem no interior dos discursos de criação do direito legítimo. Podemos compreender pensando inicialmente numa série de discursos que parte de considerações estratégicas. Obviamente este desenvolvimento é apenas hipotético, pois nada obsta que as três categorias de problemas apareçam de forma recorrente e circular. HABERMAS cita o exemplo inicial de discussões parlamentares que num primeiro momento podem limitar-se a problemas de técnica legislativa (requisitos procedimentais necessários à votação de alguma lei), ou acerca dos instrumentos mais eficazes para atingir objetivos como proteção ao meio ambiente, redução da criminalidade, desenvolvimento econômico, eficiência na prestação de serviços públicos etc. A seguir, os discursos parlamentares podem superar este nível inicialmente pragmático, rumo a

---

<sup>245</sup> HABERMAS, *idem*, p. 205.

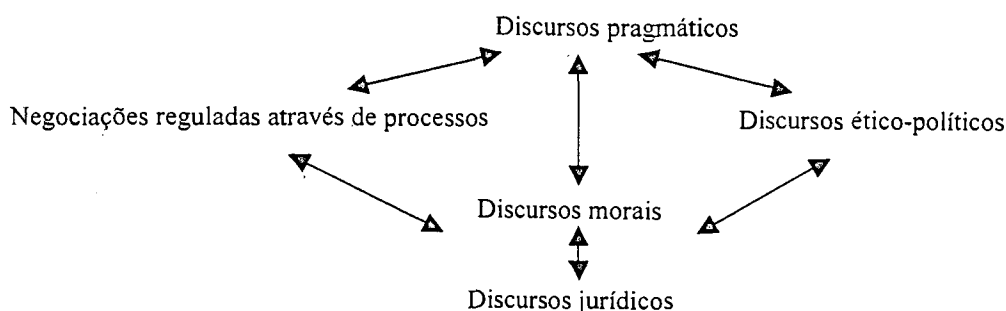
considerações de índole ético-política, tais como sobre o efetivo significado de “desenvolvimento econômico” ou mesmo sobre o confronto sobre até que ponto preferimos este valor ao de “proteção ao meio ambiente”. Problemas como este podem ser solucionados através de negociações entre os partidos, nas quais eles tratam de ajustar seus interesses num processo de influências recíprocas, na forma de promessas, ameaças, barganhas etc. Não se trata, obviamente, da formação comunicativa do consenso sob a coerção exclusiva do melhor argumento, mas nelas o Princípio do Discurso já exerce uma influência ao menos indireta. Isto ocorre por que estas negociações precisam ser capazes de (ou ao menos aparentar que o são) produzir um acordo que: é simetricamente vantajoso para os partidos, exclui sujeitos que participam da argumentação para auferir exclusivamente vantagens, e exclui sujeitos na condição de “explorados” sistemáticos. Observadas estas condições, o acordo formado pode ser considerado “equitativo”. Como se vê, são argumentações nas quais os participantes permanecem orientados pelo sucesso. Onde reside então a influência indireta do Princípio do Discurso? No fato de que as condições genéricas acima citadas, necessárias para que o acordo seja equitativo, precisarem ser justificadas numa argumentação moral, esta sim orientada pelo Princípio do Discurso.

Por fim, os problemas parlamentares do exemplo de HABERMAS podem assumir a forma de considerações morais, de universalização, que geralmente terminam por ser fixadas em princípios constitucionais democráticos, normas do direito penal (como por exemplo o aborto), etc. Neste procedimento os vários tipos de problemas e discursos e negociações correspondentes relacionam-se em forma de “rede” na qual “*podem ser retroligados entre si por várias sendas*”<sup>246</sup>. Vejamos o esquema por ele fornecido<sup>247</sup>:

---

<sup>246</sup> Idem, *ibidem*, p. 209.

<sup>247</sup> Idem, *ibidem*, p. 210.



### ***3.5 Os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito na perspectiva da Teoria do Discurso.***

Já foi possível observar o posto ocupado pelo “Princípio da Democracia” na formação de direito legítimo, exigindo a participação dos concernidos num processo autônomo de legislação. Sabemos também que este princípio não é capaz de fornecer as regras válidas, pois sua utilidade consiste em exigir certos procedimentos de discussão sobre as regras que pretendemos sejam válidas. Por fim, se a questão é institucionalizar a prática discursiva que garante as liberdades comunicativas, então somos estimulados na direção da constituição de um Estado Democrático de Direito. Neste momento HABERMAS apresenta uma série de princípios que deveriam estar presentes em instituições concretas das democracias constitucionais. Aqui, como será possível perceber, o filósofo vai além da fundamentação abstrata do sistema de direitos, na direção de uma contribuição para construção efetiva de um Estado Democrático de Direito, apresentando um rol de princípios que deveriam configurar a organização institucional do poder político. Não se trata porém de “platonismo com outros meios”, já que os princípios aqui apresentados resultam da mudança de perspectiva do filósofo, que agora “atua” também como participante na tarefa de interpretar o próprio sistema de direitos. Além disso, sua contribuição permanece na forma de princípios, carentes ainda de interpretação mais concreta por parte do legislador constitucional. Trata-se de princípios que servem à institucionalização jurídica dos tipos de discursos descritos acima, e que possuem seu núcleo no princípio da soberania popular interpretado em termos discursivos. Eles revelam a idéia central do Estado Democrático de Direito, que é formar uma organização capaz de promover a *“auto-organização política autônoma de uma comunidade, a qual se constitui,*

com o auxílio do sistema de direitos, como uma associação de membros livres e iguais do direito”<sup>248</sup>. A formulação técnica destes princípios não cabe certamente ao filósofo, mas aos “especialistas” do Direito. Porém, à filosofia do Direito cabe fornecer argumentos capazes de sustentar a intuição, muitas vezes presente entre juristas, de que tais princípios não estão submetidos à absoluta contingência política. Para tanto, o filósofo deve valer-se do Princípio da Democracia, o qual exprime um procedimento de auto regulação de uma comunidade jurídica do mesmo modo que o Princípio do Discurso exprime uma prática de argumentação racional. Vejamos quais são estes princípios:

1 - **Princípio da soberania popular** – “Na linha da teoria do discurso, o princípio da soberania do povo significa que todo o poder político é deduzido do poder comunicativo dos cidadãos.”<sup>249</sup> É este princípio que funciona como elo de ligação entre o sistema de direitos e a construção do Estado Democrático de Direito: ao mesmo tempo em que as liberdades comunicativas institucionalizadas legitimam o resultado normativo obtido conforme os procedimentos, é necessária a institucionalização destas mesmas liberdades como forma de vencer os inúmeros obstáculos contra-factuais do mundo social. Esta institucionalização estimula o uso público da razão prática, nos âmbitos pragmático, ético-político e moral. Este princípio precisa ser “especificado” em dois outros princípios: (i) o da *representação parlamentar*, que decorre da dificuldade que possuem os cidadãos para de fato praticarem a todo momento a autolegislação segundo os critérios exigentes do poder comunicativo, e que delega esta competência, de modo “advocático”, para corporações nas quais são reproduzidas aproximadamente as condições do discurso ideal; e (ii) o *princípio do pluralismo político*, já que a compreensão discursiva da formação da vontade política não tolera uma “especialização” da competência deliberativa, exigindo uma esfera pública que não se limita às instituições parlamentares, na qual pode surgir uma opinião pública informal.

Os princípios seguintes são implicações da soberania popular:

2 - **princípio da garantia de uma proteção jurídica individual ampla.** As leis elaboradas por representantes protegem pretensões individuais que agora possuem o estatuto de direitos subjetivos, e que por isso podem ser objeto de reclamações judiciais.

---

<sup>248</sup> Idem, *ibidem*, p. 220.

<sup>249</sup> Idem, *ibidem*, p. 213

Com isto surgem problemas na aplicação das leis aos casos concretos. Isto exige como especificação outro princípio, o da “ligação da justiça ao direito vigente”, pelo qual a administração da justiça perde a capacidade de autoprogamar-se, devendo limitar-se à aplicação de normas que já foram fundamentadas em discursos políticos comunicativos.

**3 - princípio da legalidade da administração:** *“tem por finalidade amarrar a aplicação do poder administrativo ao direito normatizado democraticamente, de tal modo que o poder administrativo só se regenera a partir do poder comunicativo produzido conjuntamente pelos cidadãos.”*<sup>250</sup> A pertinência deste princípio resulta da diferença entre discursos de fundamentação de normas e discursos de aplicação de normas, e pode ser complementado ainda com os princípios do “controle (parlamentar e judicial) dos atos administrativos” e da “proibição da arbitrariedade no interior do Estado”, isto é, na organização interna do poder administrativo.

**4 - princípio da separação entre Estado e sociedade:** *“significa em geral a garantia jurídica de uma autonomia social que atribui a cada um, enquanto cidadão, as mesmas chances de utilizar-se de seus direitos políticos de participação e comunicação.”*<sup>251</sup> Este princípio busca proteger uma sociedade civil formada por associações políticas espontâneas, local privilegiado de uma opinião pública informal, estruturada discursivamente, principal responsável pela formação de poder político comunicativo, contra as disparidades resultantes da desigual distribuição do “poder social”. Este é definido por HABERMAS como *“a possibilidade de um ator impor seus interesses próprios em relações sociais, mesmo contra as resistências de outros. O poder social tanto pode possibilitar como restringir a formação do poder comunicativo.”*<sup>252</sup> Se o poder comunicativo é definido por referência a ARENDT, o poder social é definido de forma semelhante a WEBER. Este princípio portanto bloqueia a intervenção direta do poder social no poder administrativo: se por um lado o poder administrativo deve estar ligado ao poder comunicativo a fim de manter-se legitimado, por outro lado é necessário garantir que o exercício do poder administrativo não sofrerá as influências não-discursivas do poder social. Obviamente HABERMAS recusa como mera ideologia a afirmação de neutralidade

---

<sup>250</sup> Idem, ibidem, p. 216.

<sup>251</sup> Idem, ibidem, p. 218.

<sup>252</sup> Idem, ibidem, p. 219.

do Estado frente à sociedade, porém isto não o impede de reivindicar que seja garantida, até mesmo com meios da coerção institucional, uma autonomia relativa para as deliberações resultantes de comunicações não violentas, expressas no poder comunicativo e originadas na sociedade civil.

### **3.6 O Paradigma Jurídico “Procedimental”.**

O Princípio da Democracia recusa a hipótese cética, adotada pelo positivismo, segundo a qual é impossível qualquer solução racional e universalista para o problema da legitimidade do ordenamento jurídico, por que esta solução dilui o elemento de validade jurídica na mera faticidade da imposição. KELSEN, como vimos no primeiro capítulo, exige um “mínimo de eficácia” global do ordenamento como condição para o uso do argumento metodológico da “norma fundamental”<sup>254</sup>. Porém, o Princípio da Democracia não é capaz de “produzir” as normas positivas legítimas, tampouco de deduzi-las imediatamente da natureza ou da razão, pois deste modo estaria apenas renovando a compreensão jusnaturalista, opção que desde o início prefere evitar. Mas então qual é sua utilidade? Explicitar, com critérios formais, procedimentos de avaliação pública da legitimidade de normas jurídicas, que são pensados a partir da racionalidade imanente ao meio lingüístico. Com isto, é possível levar adiante a pretensão kantiana de expor a legislação jurídica à crítica racional, como exigência para conferir-lhe “legitimidade” (ou “sincero respeito” nas palavras de KANT) “*que a razão só concede a quem pode sustentar o seu livre e público exame*”<sup>255</sup>. Com este princípio podemos dispor de argumentos para esclarecer um público de cidadãos acerca de sua própria prática legislativa, na medida em que nela devem estar presentes as condições comunicativas de formação e reprodução da solidariedade no mundo da vida. O Princípio da Democracia não apenas recusa-se a assumir um posto “externo” e superior ao direito positivo, já que resulta do cruzamento entre o Princípio do Discurso e a forma jurídica institucional, como também exige ser “internalizado” pelas práticas de produção e interpretação de normas jurídicas. Isto já foi demonstrado na fundamentação abstrata do sistema de direitos, que precisa ser interpretado

---

<sup>254</sup> KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, op. cit., ps. 215 e ss.

nas práticas de legislação constitucional, mas agora é possível dar um passo além, na direção da configuração de uma visão “prática” do direito capaz de orientar as diversas formas de “interpretação” do direito positivo situadas num tempo histórico e espaço social delimitados. É isto que HABERMAS pretende fazer ao apresentar seu “paradigma procedimental”, capaz de superar a concorrência entre os conhecidos paradigmas do direito liberal (formal-burguês) e social (do Estado de Bem-estar Social).

No que se segue vou apresentar o conceito de “paradigma” jurídico (a), recordar a disputa entre os paradigmas “liberal” e “social”, descrevendo sua insuficiência (b) e finalmente apresentar a definição do paradigma procedimental (c).

### 3.6.1 A definição de “paradigma jurídico”.

HABERMAS utiliza o conceito de paradigma para descrever aquilo que em outros autores surge como “cultura jurídica” ou “senso comum dos juristas”. Em geral a intenção é descrever uma espécie de “pano de fundo” teórico que orienta a prática de interpretação judicial das leis, decretos, ou mesmo a atividade legislativa infra-constitucional. Porém, é preciso observar que em HABERMAS este conceito amplia seu campo de ação, para tratar não apenas das práticas “internas” do sistema jurídico atingindo também a compreensão dos cidadãos submetidos ao sistema jurídico em questão.

Antes de HABERMAS este conceito já havia sido utilizado de forma semelhante por Ronald DWORKIN, que define paradigma jurídico como um conjunto de “*convicções sobre o ‘sentido’ – o propósito, objetivo ou princípio justificativo – da prática do direito como um todo (...). Toda comunidade tem seus paradigmas de direito, proposições que na prática não podem ser contestadas sem sugerir corrupção ou ignorância.*”<sup>256</sup> Ainda que DWORKIN utilize este conceito para fundamentar sua peculiar teoria da interpretação jurídica, já é possível perceber aqui o cerne da questão:

Podemos obter uma visão mais ampla de nossa cultura jurídica observando de que modo ela se desenvolve e como seu caráter geral muda através dos tempos. Certas soluções interpretativas, incluindo pontos de vista sobre a natureza e a força da legislação

---

<sup>255</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*, op. cit. ps. 5.

<sup>256</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, trad. Jefferson Luiz Camargo.- São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 110.

e do precedente, são muito populares em determinada época, e sua popularidade, ajudada pela inércia intelectual normal, estimula os juizes a considerá-las estabelecidas para todos os propósitos práticos. Elas são os paradigmas e quase-paradigmas de sua época.<sup>257</sup>

A definição fornecida por HABERMAS compartilha com DWORKIN o caráter de pré-compreensão valorativa que antecedem disputas sobre interpretações e decisões coerentes. Porém, HABERMAS insiste no fato de que este paradigma, para cumprir tais funções, precisa ser capaz de mobilizar convicções sociais que vão muito além daquelas abrangidas pelos discursos jurídicos especializados. Trata-se de uma “*teoria social que serve como pano de fundo*”<sup>258</sup> para interpretações dogmáticas, práticas legislativas, formulações jurídicas de demandas sociais ou disputas políticas, ou seja, para a concretização autônoma do sistema de direitos:

Para caracterizar a compreensão paradigmática do direito, própria a determinada época social, introduziram-se as expressões: “ideal social” ou, simplesmente, “teoria”. Todas tem a ver com as concepções implícitas de cada pessoa acerca da própria sociedade e conferem uma perspectiva à prática da criação e da aplicação do direito, ou melhor, conferem orientação ao projeto geral de concretização de uma associação de parceiros do direito, livres e iguais.<sup>259</sup>

Esta pré-compreensão sobre o sistema jurídico não orienta apenas a atividade dos profissionais da “técnica” jurídica exercida em tribunais e outras instâncias especializadas. Ele poder ser compartilhada por todos os demais “atores” do sistema jurídico em questão, e orienta a atividade de interpretação e criação de direitos também do legislativo e da administração. É por isso que devemos compreender a disputa entre paradigmas concorrentes como uma questão essencialmente política, que precisa ser tratada de acordo com critérios de racionalidade comunicativa, pois refere-se exatamente à compreensão que os membros de uma república de cidadãos possui sobre seu próprio sistema jurídico, não apenas sobre o significado de suas normas, mas sobre a suficiência de sua concretização ou necessidade de reorganização. Os paradigmas jurídicos “*permitem diagnosticar a situação e servem de guias para a ação. Eles iluminam o horizonte de determinada sociedade, tendo*

---

<sup>257</sup> Idem, ibidem, p. 111.

<sup>258</sup> HABERMAS, J. *Direito e Democracia*, vol. II., op. cit., p. 129.



*em vista a realização do sistema de direitos. Nesta medida, sua função primordial consiste em abrir portas para o mundo*”<sup>260</sup>

É possível afirmar que o “paradigma jurídico” possui um vínculo com as estruturas do mundo-da-vida de uma comunidade concreta de cidadãos. Do mesmo modo que o mundo da vida serve de suporte, para “*não nos tornarmos, insuportavelmente, argumentativos em todos os momentos*”<sup>261</sup>, armazenando saberes e normas aceitos irrefletidamente como válidos, também o paradigma jurídico serve de suporte para nossas compreensões jurídicas, na medida em que reduz ao absurdo os argumentos que recusam certas teses, permitindo que lhes sejam lançadas acusações, nas palavras de DWORKIN, de “*corrupção ou ignorância*”. Estes são adjetivos que certamente poderíamos lançar contra aqueles que recusassem, hoje, no Brasil, a vigência e validade da Constituição de 1988 em benefício da Constituição do Império, ou que afirmassem que a Constituição da República Farroupilha ainda gera efeitos jurídicos no território gaúcho. Parodiando a afirmação de DUTRA, podemos afirmar que, se o sistema de direitos, na interpretação da teoria do discurso, é sempre “carente” de uma concretização mais “adequada”, são os paradigmas jurídicos que nos livram de sermos insuportavelmente “revolucionários” o tempo inteiro, com o que estaria dissolvida a ligação que há, no direito entre faticidade e validade. Porém, assim como ocorre com certos conteúdos do mundo-da-vida, pode ocorrer que o paradigma jurídico seja atingido pelo “*redemoinho de problematização*”<sup>262</sup>, cessando de fundamentar interpretações consensuais, exigindo um esforço conjunto de compreensão: “*De repente, o que parecia incontestável é contestado; uma nova interpretação – ou mesmo uma interpretação radical – de uma parte importante da aplicação do direito é desenvolvida por alguém em seu gabinete de trabalho, vendo-se logo aceita por uma minoria ‘progressista’.* Os paradigmas são rompidos, e surgem novos paradigmas.”<sup>263</sup> Quando isto ocorre é preciso reestabelecer um acordo que substitua a pré-compreensão que foi seriamente abalada. Mas o paradigma jurídico, na definição fornecida pela teoria do discurso, não é exclusividade técnica de especialistas já que envolve a autocompreensão de uma comunidade integrada com os meios do poder político comunicativo; e por isso este

---

<sup>259</sup> Idem, *ibidem*, p. 127.

<sup>260</sup> Idem, *ibidem*, p. 181.

<sup>261</sup> DUTRA, D. *O Mundo Vivido*, in *Ética, Economia e Liberalismo*, op. cit., p. 105.

<sup>262</sup> HABERMAS, *Teoria de la Acción Comunicativa*, vol. 1, op. cit., p.

problema precisa ser enfrentado com uma disputa política com a qual o Estado Democrático de Direito certamente encontra-se envolvido. Mais que isto, da própria institucionalização jurídica do Princípio do Discurso decorre a exigência de auto-esclarecimento da comunidade acerca de sua própria teoria social que serve de pano de fundo à compreensão do direito.

### 3.6.2. A disputa entre os paradigmas “liberal” e “social”.

Antes de apresentar a definição que HABERMAS fornece para seu “paradigma procedimental” do direito, é preciso mostrar a disputa clássica entre os paradigmas “liberal” e “social”. Ambos são criticados por não permitir uma correta compreensão da relação de complementaridade que há entre a autonomia privada e autonomia pública dos cidadãos e equipar os direitos subjetivos a “bens” que precisam ser distribuídos.

O paradigma liberal do direito encontra suas primeiras formulações relacionadas àquilo que HABERMAS descreve como um processo de juridicização responsável pelo surgimento das ordens constitucionais do Estado de Direito graças ao qual “*o moderno mundo da vida da burguesia é objeto de reconhecimento e proteção*”<sup>264</sup>. A ordem jurídica do Estado liberal nasce voltada, principalmente, contra a “incerteza” e “insegurança” jurídicas decorrentes do poder absolutista das monarquias europeias do início da formação da idade moderna:

A economia capitalista necessita de *segurança jurídica* e a segurança jurídica não estava garantida no Estado Absoluto, dadas as frequentes intervenções do príncipe na esfera jurídico-patrimonial dos súbditos e o direito discricionário do mesmo príncipe quanto à alteração e revogação das leis. Ora, toda a construção constitucional liberal tem em vista a *certeza do direito*. O laço que liga ou vincula às leis gerais as funções estaduais protege o sistema da liberdade codificada do direito privado burguês e a economia do mercado.<sup>265</sup>

---

<sup>263</sup> DWORKIN, R. *O Império do Direito*, op. cit., p. 112.

<sup>264</sup> HABERMAS, J. *Teoria de la Acción Comunicativa*, Vol. 2, op. cit., p. 509 e ss.

<sup>265</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed.- Coimbra: Almedina, 1999, p. 105

O paradigma liberal pressupõe uma divisão rígida entre Estado organizado burocraticamente e sociedade organizada espontaneamente pelo mercado capitalista. Esta é apresentada como uma esfera capaz de manter-se estável contanto que seja deixada sob a autoridade de relações de mercado de livre-concorrência, com a distribuição de iguais chances formais de participação nas relações de mercado capitalista onde devem vigorar os princípios do *laissez faire*. Supõe-se que esta esfera de mercado é livre de coerções de poder, e que ao Estado cabe apenas o papel de árbitro das disputas privadas travadas no mercado, entre cidadãos que são proprietários, e cuja igualdade e liberdade jurídica esgota-se no aspecto formal de igual possibilidades de participarem da disputa. Daí que este Estado deva assumir a forma de “guarda noturno”, e contra ele devam erguer-se os direitos subjetivos compreendidos como direitos de defesa frente à máquina burocrática que detém o monopólio do poder coercitivo: “*As garantias jurídicas, ou seja, vincular as funções do Estado a normas gerais, protegem, junto com as liberdades codificadas no sistema do Direito Privado burguês, a ordem do ‘mercado livre’*”<sup>266</sup>. E estas normas jurídicas do direito privado, geralmente estruturadas em códigos “civis”, consideram

a autodeterminação individual, no sentido da liberdade negativa de fazer ou não fazer ou que se deseja, garantida suficientemente através dos direitos da pessoa e da proteção jurídica contra delitos, através da liberdade de contratos (especialmente para a troca de bens e serviços), através do direito à propriedade, que incluía o direito de utilizar e de dispor, inclusive no caso de herança, e através da garantia institucional do casamento e da família.<sup>267</sup>

Porém, não foi difícil perceber o abismo existente ente a liberdade jurídica formal e a liberdade material sob a base econômica de uma sociedade de mercado capitalista, entre o direito subjetivo para celebrar contratos com autonomia de vontade e os constrangimentos materiais que impelem à aceitação de certos contratos, como os de trabalho, por exemplo. A própria história européia deste século só pode ser compreendida enquanto um processo de explosão de conflitos sociais de classe decorrente da incapacidade distributiva do mercado, acrescida de uma necessidade de intervenção do Estado na economia afim de

---

<sup>266</sup> HABERMAS, J. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*, trad. Flávio R. Kothe.- Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 99.

<sup>267</sup> Idem, *Direito e Democracia*, vol. 2, op. cit., p. 134.

estruturar a produção capitalista<sup>268</sup>. Estas transformações conduziram, em alguns países do atlântico norte, na direção de um “*Estado de Bem-estar social*”, ligado a um novo paradigma jurídico, que HABERMAS define do seguinte modo:

Esta nova compreensão, que serve de pano de fundo, engloba dois aspectos: de um lado, surge a imagem de uma sociedade cada vez mais complexa, composta de esferas de ação funcionais, as quais forçam os atores individuais a assumir a posição marginal de “clientes”, entregando-os às contingências de operações sistêmicas independentes; de outro lado, existe a expectativa de que essas contingências venham a ser controladas normativamente através das operações reguladoras de um Estado social que intervém de modo preventivo ou reativo.<sup>269</sup>

Este Estado social investe suas forças na incongruência que há entre as liberdades jurídicas formais e a liberdade de fato dos cidadãos de uma comunidade do direito. Se é verdade que o sistema jurídico protege espaços de decisão privados para atores voltados ao sucesso próprio que podem decidir segundo critérios de racionalidade estratégica, por outro lado não é recomendável o descuido para com as conseqüências sociais que decorrem do uso destas mesmas liberdades jurídicas por sujeitos que dispõem de desigual poder social. Agora, constata-se que “*O princípio da liberdade de direito gera desigualdades fáticas, pois permite o uso diferenciado dos mesmos direitos por parte de sujeitos diferentes.*”<sup>270</sup> É graças a considerações como esta que o “Estado Social” vê-se motivado a promover compensações econômicas e administrativas de modo a prover com igualdade efetiva de chances os sujeitos que possuem já a liberdade jurídica formal. Esta tendência de alteração

---

<sup>268</sup> O impacto das crises econômicas e sociais decorrentes da quebra da bolsa de valores de New York em 1929, foi descrito por HOBBSAWM como um verdadeiro “desabamento” do caráter funcional e científico das teorias liberais. Na série de eventos narrados pelo historiador e marxista inglês é possível perceber, com facilidade incomum, um aspecto do ambiente de uma época acometida por uma “crise” ou “ruptura” radical na teoria social que serve de pano de fundo às instituições jurídicas, no caso, o paradigma liberal: “*A Grande Depressão confirmou a crença de intelectuais, ativistas e cidadãos comuns de que havia alguma coisa fundamentalmente errada no mundo em que viviam. Quem sabia o que se podia fazer a respeito? Certamente poucos dos que ocupavam cargos de autoridade em seus países e com certeza não aqueles que tentavam traçar um curso com os instrumentos de navegação tradicionais do liberalismo secular ou da fé tradicional, e com cartas dos mares do século XIX, nas quais era claro que não se devia mais confiar. Até onde se podia confiar nos economistas, por mais brilhantes que fossem, quando demonstravam, com grande lucidez, que a Depressão em que eles mesmos viviam não podia acontecer numa sociedade de livre mercado propriamente conduzida, pois (segundo uma lei econômica com o nome de um francês do início do século XIX) não era possível nenhuma superprodução que logo não se corrigisse.*” HOBBSAWM, Eric. *A Era dos Extremos*, trad. Marcos Santarrita.- São Paulo: Companhia das Letras, 1995, ps. 106-7, grifo nosso.

<sup>269</sup> HABERMAS, J. *Direito e Democracia*, vol. 2, op. cit., p. 142.

<sup>270</sup> Idem, *ibidem*, p. 155.

do Direito positivo a fim de tratar de modo desigual os desiguais, já havia sido identificada por WEBER, que percebeu tratar-se de uma redução dos aspectos formais do direito:

(...) com o surgimento dos modernos problemas de classe surgem diversas exigências materiais dirigidas ao direito por parte de um setor dos particulares (principalmente a classe trabalhadora) e por parte dos ideólogos juristas que reUdiavam a vigência exclusiva de tais critérios de moralidade mercantil e exigiam um direito social sobre a base de patéticos postulados morais (“justiça”, “dignidade humana”, etc). Mas isto põe em questão radicalmente o formalismo do direito, pois a aplicação de conceitos como o de “exploração do estado de necessidade” (na lei sobre a usura), ou os ensaios tendentes a reUdiar, considerando-os como inexistentes, os contratos leoninos, fundamentalmente descansam, desde o ponto de vista jurídico, sobre normas antiformais, que não tem caráter jurídico, convencional ou tradicional, mas sim Uramente ético, e pretendem representar uma justiça material em vez de uma legalidade formal.<sup>271</sup>

Com isto surgem novas áreas de produção jurídicas que fazem desabar a divisão rígida, própria ao liberalismo, entre direito público e privado, seja pela “Ublicização” de temas antes restritos ao direito privado, seja pelo surgimento de novas categorias de direitos, os sociais, que exigem prestações de benefícios com vistas a “corrigir” desigualdades na distribuição de poder social, como o Direito do Trabalho, Previdenciário, do Consumidor, etc. Todavia, justamente por isso é possível identificar neste paradigma “o caráter ambivalente de uma garantia da liberdade e de uma privação da liberdade”.<sup>272</sup> Sejam quais forem as conseqüências desta tese, é possível constatá-la, por exemplo, no direito do trabalho, onde a autonomia jurídica que as partes (empregador e empregado) possuem no tocante a celebrar contratos de trabalho é atingida por limitações tais como as que decorrem da fixação pela legislação de salário mínimo a ser pago ao empregado, ou da fixação da jornada de trabalho e horas extraordinárias. Em ambos os casos trata-se de uma limitação jurídica da liberdade contratual das partes cujo objetivo é impedir que a evidente desigualdade, em termos de poder social, que há entre capital e trabalho, possa adquirir sem mais a forma jurídica de contratos de trabalho válidos, o que seria admitir a escravidão de fato sob a fachada de liberdade jurídica. O problema é que a distribuição de chances de vida quando agudizada, pode levantar problemas em termos da relação co-originária que deve haver entre autonomia pública e privada a fim de assegurar a produção de direito legítimo:

<sup>271</sup> WEBER, M. *Economia y Sociedad*, op. cit., p. 653.

<sup>272</sup> HABERMAS, J. *Teoria de la Acción Comunicativa*, vol. 2, op. cit. 511.

Um Estado social providente, que distribui chances de vida, garantindo a cada um a base material para uma existência humana digna através do direito ao trabalho, à segurança, à saúde, à habitação, à educação, ao lazer, à constituição de um patrimônio e às condições naturais de vida, correria o risco de prejudicar, através de suas intervenções antecipadas, a própria autonomia que ele deve proteger, preenchendo os pressupostos fáticos de um aproveitamento, em igualdade de chances, das liberdades negativas.<sup>273</sup>

Obviamente que a constatação desta “*ameaça de paternalismo*” por parte do Estado social não significa advogar o retorno ao paradigma do direito formal burguês, já que a constatação de problemas em seu concorrente não pode simplesmente conferir-lhe razão, eludindo as críticas teóricas bem fundamentadas e a própria experiência histórica que, segundo HOBBSBAWM, muitos economistas, dotados de uma “*incrível memória curta (...) desejam esquecer*”<sup>274</sup>. Todavia, se o paradigma procedimental exige uma prática discursiva de auto-legislação democrática na qual participam os membros da comunidade jurídica, exercendo uma cidadania procedimentalizada e continuada, então é inevitável deparar-se mais detidamente com o “dilema” de um Estado social cujas intervenções, que visam materializar uma igualdade jurídica formal, combatendo distribuições assimétricas de poder social, parecem apenas lograr tal objetivo sob o preço da redução dos espaços de exercício da autonomia privada dos sujeitos de direito.

### 3.6.3. A Definição do Paradigma Jurídico Procedimental.

HABERMAS apresenta seu paradigma procedimental como alternativa à disputa anterior, por ele identificada como demasiado “concretista”. Repita-se, ele não o faz retornando a uma compreensão liberal-burguesa sobre as funções do Estado. Sua recusa do paradigma do Estado social não decorre de argumentos econômicos contra o “inchaço” da máquina administrativa e muito menos pela exigência de que relações sociais que hoje cabem ao Estado sejam transferidas para a alçada do mercado capitalista. Sua crítica não se dirige à pretensão do Estado Social de solucionar problemas de desigualdade na distribuição de poder social, pois, como foi possível observar na fundamentação do

---

<sup>273</sup> Idem, *Direito e Democracia*, vol. 2, op. cit., p. 145.

Princípio da Democracia e na proteção do poder administrativo gerado comunicativamente contra desigualdades de poder social, esta é uma exigência inerente à produção de direito legítimo. O cerne da questão reside nos instrumentos concretos com os quais o Estado social pretendeu solucionar o problema, que podem colocar em perigo a relação complementar entre autonomia pública e privada. No entanto, o paradigma jurídico do Estado social consegue perceber que a institucionalização do sistema de direitos não se completa sem a “quinta” categoria de direitos fundamentais<sup>275</sup>, que visam garantir uma proteção a condições concretas de vida para que as liberdades comunicativas institucionalizadas possam ser exercidas igualmente por todos. Daí que o paradigma procedimental possa apresentar-se como “*continuidade reflexiva*”<sup>276</sup> do projeto do Estado social. Enquanto os paradigmas liberal e social haviam colocado no centro das atenções, respectivamente, o proprietário individual no mercado e o cliente de burocracias assistenciais, o núcleo do paradigma procedimental é formado por um público de cidadãos que articulam sua convivência em termos de política comunicativa<sup>277</sup>.

Sabemos que os três mecanismos básicos de integração social são o mercado, as burocracias estatais e a solidariedade produzida comunicativamente<sup>278</sup>. Estas três formas de integração social são priorizadas, respectivamente, pelos paradigmas liberal, social e procedimental. Vimos que o Princípio da Democracia pretende extrair do poder político formado comunicativamente as condições de legitimidade do Direito. Pois então é possível definir o paradigma procedimental do Direito da seguinte maneira: “*Segundo esta concepção, a comunicação jurídica pode ser entendida como um medium através do qual as estruturas de reconhecimento concretizadas no agir comunicativo passam do nível das simples interações para o nível abstrato das relações organizadas.*”<sup>279</sup> É por isso que, em sintonia com a especificação do Princípio do Discurso para discursos jurídicos, é possível afirmar que este paradigma “*procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático*”<sup>280</sup>. Este paradigma está apto à concretização de uma concepção de Estado Democrático de Direito que, interpretado em termos da Teoria do Discurso,

---

<sup>274</sup> HOBBSAWM, E. *A Era dos Extremos*, op. cit., p. 107.

<sup>275</sup> Ver infra, capítulo 3, ponto 2. HABERMAS, *Direito e Democracia*, vol. 1, op. cit., p. 163.

<sup>276</sup> HABERMAS, J. *Direito e Democracia*, vol. 2, op. cit., p. 148.

<sup>277</sup> Idem, ibidem, p. 183.

<sup>278</sup> Idem, *Teoria de la Acción Comunicativa*, vols. 1 e 2, op. cit.

<sup>279</sup> Idem, *Direito e Democracia*, vol. 2, op. cit., p. 181.

significa a institucionalização jurídica de mecanismos que ligam o exercício do poder político administrativo ao poder comunicativo, protegendo-o das interferências diretas do poder social<sup>281</sup>.

O Estado social pretendeu solucionar problemas de integração social com meios exclusivamente sistêmicos do poder administrativo. E o maior perigo que resulta do crescimento destas burocracias não é sequer a perda de eficácia normativa como decorrência da inflação legislativa, e sim os riscos de uma administração que pretende auto-programar-se, o que a torna surda para os problemas surgidos a partir do mundo da vida dos atingidos pelo sistema jurídico: *“Quanto mais a formação institucionalizada da opinião e da vontade perde o contato com um processo de livre articulação das necessidades, tanto mais ela sente necessidade de parâmetros, os quais ela não pode produzir por si mesma”*<sup>282</sup>. Estes parâmetros apenas podem ser formados em comunicações não deformadas, mediante as quais as estruturas intersubjetivas do mundo da vida são reproduzidas. É por isso, como já vimos, que o poder administrativo precisa alimentar-se da legitimidade produzida espontaneamente pelo poder comunicativo: o sistema administrativo não pode cindir-se completamente do mundo da vida dos cidadãos, sob pena de tornar-se deficiente em termos de legitimidade. Já o paradigma procedimental nos alerta para o fato de que *“a concretização de direitos fundamentais constitui um processo que garante a autonomia privada de sujeitos privados iguais em direitos, porém em harmonia com a ativação de sua autonomia enquanto cidadãos”*<sup>283</sup>. É por isso que a definição de tal paradigma deve ser compreendido como uma contribuição para a prática de um *“processo constituinte duradouro”*<sup>284</sup> capaz de interpretação reflexiva do sistema dos direitos, de um modo tal que mantém-se a autonomia pública e privada.

Especificar o paradigma procedimental seria trabalho de uma sociologia jurídica. Fugiria ao tema da presente dissertação, que é apresentar a fundamentação do Princípio da Democracia como a Filosofia do Direito de Jürgen HABERMAS. Aqui, basta apenas demonstrar que o princípio mediante o qual podemos tratar racionalmente a validade legítima de normas jurídicas, com pretensões universalistas que vão mais além da mera

---

<sup>280</sup> Idem, ibidem, p. 183.

<sup>281</sup> Idem, *Direito e Democracia*, vol. 1, op. cit., ps. 221 e ss.

<sup>282</sup> Idem, *Direito e Democracia*, vol. 2, op.cit., p. 172.

<sup>283</sup> Idem, ibidem, p. 169.



vigência empírica do ordenamento jurídico, exige um público de cidadãos disposto a exercitar o uso público da razão. O paradigma procedimental do direito é apenas o pano de fundo que impele os sujeitos do direito a tomar partido num processo político-comunicativo, garantido institucionalmente, no qual os próprios concernidos deverão articular seus próprios interesses. Com isto é possível precaver-se contra a perda de legitimidade que não decorre somente da ineficácia das políticas compensatórias do Estado social, mas também da ruptura entre o sistema administrativo e o mundo da vida dos sujeitos do direito. Especificar as diversas “soluções” práticas que podem ser pensadas a partir deste paradigma não seria tarefa realizável neste trabalho. Aqui, é possível apenas insistir no fato de que a legitimidade do sistema jurídico precisa alimentar-se da ampliação dos mecanismos de participação democrática, do uso consciente, por parte dos envolvidos, das liberdades comunicativas institucionalizadas.

---

<sup>284</sup> Idem, *ibidem*, p. 148.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

*“A legitimidade do direito positivo não deriva mais de um direito moral superior: porém ele pode conseguí-la através de um processo de formação da opinião e da vontade”*<sup>285</sup>. Nesta afirmação atingimos o cerne da filosofia do direito de HABERMAS, pois a um só tempo ele recusa as soluções positivista e jusnaturalista e aponta qual a via correta para compreendermos a legitimidade jurídica. É fácil compreender a recusa à solução jusnaturalista, uma vez que não admite uma relação de autoridade entre um “direito ideal” e o direito positivo: o elemento de legitimidade pode ser acessado a partir do sistema jurídico, se bem que não esteja nele limitado. Por outro lado, recusa a solução positivista que identifica a legitimidade com uma espécie de “fé” na obrigatoriedade de certos comportamentos que resultaria imediatamente da observância de procedimentos já prescritos. É verdade que a Teoria do Discurso propõe um caminho “processual” para acessar a legitimidade, porém trata-se de um processo mais exigente, para o qual não basta obedecer procedimentos prescritos juridicamente, pois também estes devem passar pelo constrangimento da justificação. É preciso atender aos critérios contra-factuais de uma formação discursiva da vontade coletiva.

No entanto, será que a Filosofia do Direito habermasiana não retornaria assim à postura “dogmática”, uma vez que apresenta um processo de comunicação ideal que devemos cumprir sob pena de ilegitimidade das decisões produzidas? A resposta a tal pergunta é negativa, e isso por que tal processo de comunicação não nos é simplesmente “oferecido” pelo filósofo, como se fora algo que a princípio nos é estranho. A despeito das

---

<sup>285</sup> HABERMAS, J. *Direito e Democracia*, vol. 2, op. cit., p. 319.

acusações de idealismo, o Princípio do Discurso possui bases muito sólidas, pois é deduzido inicialmente a partir da prática intersubjetiva cotidiana da ação comunicativa. Trata-se de pensá-lo a partir de processos de comunicação com os quais estamos inevitavelmente envolvidos, e nos quais já adquirimos um contato intuitivo com tal princípio.

Se já convivemos com o Princípio do Discurso nas comunicações cotidianas, então cumpre iniciar sua exposição a partir da tipologia das ações sociais de HABERMAS. E é talvez na definição do predicado de “social” às ações, que os vínculos que ele mantém com WEBER tornam-se mais evidentes, pois a tipologia habermasiana não poderia ser corretamente compreendida sem pressupor a clássica definição que WEBER fornece para ação social: *“uma ação que, quanto a seu sentido visado pelo agente ou os agentes, se refere ao comportamento de outros, orientando-se por este em seu curso”*<sup>286</sup>. Porém, como já vimos, é na definição dos tipos ideais de ação social (mais exatamente nos tipos racionais) que HABERMAS crê serem necessárias algumas modificações. Para ele, uma ação social é instrumental ou comunicativa. No primeiro caso buscamos influenciar a conduta de alguém, mediante um raciocínio de “se-então”, no qual o critério para julgar a ação é o da eficácia na realização do objetivo inicialmente proposto. Apenas no caso da ação comunicativa é que mobilizamos os potenciais ilocucionários da linguagem, para estabelecermos um consenso fundamentado racionalmente com alguém acerca de algo no mundo (objetivo, social e subjetivo), e neste caso, o critério para julgar a ação é o do “consenso racionalmente justificado”. Esta tipologia pode servir de ponto de partida para uma Filosofia do Direito pós-metafísica, já que nos fornece *“um ponto de vista não arbitrário desde o qual podemos julgar o sistema de instituições sociais como mais ou menos ‘racional’”*<sup>287</sup>. O tipo de consenso que a ação comunicativa busca alcançar permite uma abordagem racional da legitimidade, capaz de evitar tanto o dogmatismo jusnaturalista quanto o ceticismo positivista.

Não caberia aqui repetir os argumentos expostos anteriormente, mediante os quais HABERMAS pode expressar um Princípio do Discurso que deve nortear as argumentações racionais que promovem disputas entre pretensões de validade legítima. Apenas cabe

---

<sup>286</sup> WEBER, M. *Economia e Sociedade*, vol. 1, op. cit., p. 3.

<sup>287</sup> HABERMAS, J. *Teoria de la Acción Comunicativa: Complementos y Estudios Previos*, op. cit., p. 390.

recordar que existe uma relação especial de pressuposição mútua entre as pretensões de validade legítima e o mundo social das normas e instituições, que não encontra paralelo com as relações entre pretensões de validade veritativa e o mundo objetivo. É que a existência social de normas, a aceitação de normas como válidas, depende em alguma medida da expectativa de que tais normas possam ser fundamentadas com argumentos. Considerando que nas sociedades pré-modernas este problema justificação era solucionado mediante o recurso à força imediatamente evidente de valores sagrados, é preciso admitir que em sociedades complexas tal resposta é insuficiente. Se não dispomos mais do consenso normativo, sua falta poder ser sanada mediante a imposição pela força, a influência de argumentos estratégicos, ou substituído por um novo acordo alcançado argumentativamente. Trata-se de uma opção que apenas em uma explicação filosófica surge com aparente “radicalidade”, pois nas interações cotidianas não podemos optar exclusivamente por uma destas vias.

É o Princípio do Discurso que permite percorrer a distância que há entre as normas que são aceitas socialmente como válidas e as que demonstram merecer tal aceitação graças à capacidade de mobilizar argumentos racionais. Este princípio D é indiferente tanto às normas morais como às normas jurídicas, o que não significa porém isolamento frente a estas categorias de normas. “D” enuncia a necessidade de um procedimento argumentativo no qual as pretensões de legitimidade possam ser debatidas pelos concernidos, sem o que não há que falar em legitimidade. Ele já está igualmente ligado à moral e ao direito, de modo que tais “ligações” necessitam ser melhor aprofundadas, em distintas direções. Quando D especializa-se em questões morais, ele precisa assumir a forma de um Princípio de Universalização, que já pressupõe a possibilidade de decidir racionalmente disputas de legitimidade, e acrescenta a exigência de que sujeitos racionais universais adotem um ponto de vista imparcial, desde o qual possam avaliar se as normas propostas (sejam elas quais forem) atendem igualmente aos interesses de todos. “U” é aplicado à avaliação de todos os tipos de normas (morais, jurídicas, técnicas etc) mas levado a cabo exclusivamente em discursos morais.

Por outro lado, D também possui uma ligação com o direito positivo. Se, como vimos, a forma jurídica caracteriza-se por estabilizar expectativas válidas de comportamento, protegendo direitos subjetivos com a coerção organizada, então é preciso

recordar que sua própria característica de durabilidade depende em alguma medida da expectativa de que sua legitimidade possa ser resgatada com argumentos racionais. Neste sentido ela já pressupõe uma argumentação na qual D é irrecusável. Da explicitação da relação entre D e a “forma jurídica” nasce o princípio apto a tratar da legitimidade de normas jurídicas: o Princípio da Democracia. Esta “relação” pode ser explicada em duas vias: por um lado a forma jurídica é “aplicada” a D, transformando as liberdades comunicativas em direitos subjetivos e protegendo-os com a coerção institucionalizada, com o que confere um mínimo de instabilidade a um discurso que é intrinsecamente instável. Por outro, D é “aplicado” à forma jurídica, possibilitando processos comunicativos de produção e reprodução de consenso acerca das pretensões de validade legítima das quais a forma jurídica depende para uma existência duradoura. Ao contrário de U, o Princípio da Democracia está apto exclusivamente para tratar de normas jurídicas, porém submetendo-se a considerações de ordem moral, ético-política e pragmáticas. E do mesmo modo que já manejamos intuitivamente o Princípio do Discurso nas ações comunicativas cotidianas, também os civis que pretendem organizar autonomamente sua vida com as vantagens institucionais da forma jurídica já possuem um contato intuitivo com o Princípio da Democracia. Assim como ocorre com D, a tarefa do filósofo consiste na fundamentação de De, e não em sua “invenção”. Somente com a fundamentação do Princípio da Democracia é que levamos às últimas conseqüências a especialização, para o âmbito jurídico, daquilo que HABERMAS havia afirmado a maior vantagem da teoria da ação comunicativa: um critério não-arbitrário para julgar a legitimidade de instituições.

Com o Princípio da Democracia, a Teoria da Ação Comunicativa revela que as ordens jurídicas não podem reduzir-se exclusivamente a aspectos de racionalidade estratégica. É certo que este tipo de racionalidade tem, como vimos, relativa liberdade para operar dentro do sistema jurídico, já que De pode estar presente nos discursos que ponderam normas jurídicas segundo critérios de eficácia<sup>288</sup>. Porém, a racionalidade do sistema jurídico deve ser compreendida também como racionalidade normativa. Trata-se de uma conclusão que de fato já foi aberta a partir de outros autores, se bem que nem sempre com os meios de demonstração de uma Filosofia articulada em termos de Teoria do

---

<sup>288</sup> Como vimos no capítulo terceiro, na lógica da divisão de poderes esta racionalidade é institucionalizada preferencialmente, se bem que não exclusivamente, no interior do poder executivo.

Discurso. Mas infelizmente seria ampliar consideravelmente os limites da presente dissertação percorrer a obra de autores cuja obra permite conclusões semelhantes. Apenas cumpre observar que aqueles que adotam uma postura mais próxima ao do “cognitivismo” da Teoria do Discurso afirmam que o sistema jurídico: (a) está ligado (mas não subordinado) intrinsecamente à moral e à política, dela sendo apartado apenas de forma conceitual e sempre provisória; e (b) deve retirar as condições de sua legitimidade de um procedimento definido democraticamente. Um exemplo destes vínculos pode ser encontrado na argumentação que ARRUDA pretende desenvolver a partir da obra de GRAMSCI, de modo a fundamentar “*a democracia, e não somente ela, mas o direito, enquanto valores universais*”<sup>289</sup>. Nesta fundamentação ressalta o fato de que a racionalidade jurídica não se reduz aos aspectos instrumentais, sendo também razão normativa, a qual, por assim dizer, leva em si um conceito que valoriza a participação democrática como critério de legitimidade, o que permite afirmar a relação complementar que há entre a criação de Direito legítimo e realização do projeto democrático. Com isto, é possível enunciar uma afirmação com a qual HABERMAS poderia certamente estar de acordo: “*a realização da democracia, radicalizada em seus valores mais universais, coincide com a racionalidade normativa herdada da Ilustração*”<sup>290</sup>.

Por fim, vimos que o Princípio da Democracia nos apresenta uma concepção procedimental do sistema jurídico. O Paradigma Procedimental pretende dar conta das críticas ao formalismo do paradigma jurídico liberal-burguês evitando porém os riscos de isolamento que se apresentam para as burocracias auto-programadas dos Estados de Bem-estar Social. De uma Filosofia do Direito que realça os vínculos que o sistema jurídico possui com a moral e com a política, nada mais natural que exigir a abertura do poder administrativo à efetiva participação democrática dos concernidos. Trata-se de uma exigência de radicalidade democrática.

Um bom exemplo do que seria uma “abertura” do poder administrativo para uma “reciclagem” a partir do poder comunicativo, formado nas condições discursivas de uma sociedade civil não instrumentalizada, pode ser encontrado na instituição do “orçamento

---

<sup>289</sup> ARRUDA, Edmundo Lima. *GRAMSCI: a Democracia enquanto racionalidade jurídico-normativa*, in *GRAMSCI, Estado, Direito e Sociedade*, ARRUDA, E. (org), Florianópolis: Letras Contemporâneas, CPGD-UFSC, 1995, p.15.

<sup>290</sup> Idem, *ibidem*, p. 14.

participativo”, praticado pelas sucessivas administrações municipais do Partido dos Trabalhadores na cidade de Porto Alegre, a partir de 1988. Trata-se de procedimentos através dos quais a aplicação dos recursos orçamentários do município é decidida a partir de plenárias abertas à participação de toda a população. Em tal mecanismo é possível observar um exemplo de vinculação das instâncias do poder administrativos na prática comunicativa do poder político, ou seja na reprodução das estruturas intersubjetivas do mundo da vida dos cidadãos. Mais que isto, este caso concreto nos mostra como o exercício das liberdades comunicativas por parte dos cidadãos preserva a um só tempo os mecanismos da autonomia pública e privada, evitando as unilateralidades dos paradigmas liberal e social:

A experiência realizada na cidade de Porto Alegre com o Orçamento participativo é incomum. Não se tratou simplesmente de “incentivar” a participação popular de uma forma espontânea, “fazer obras” ou simplesmente “azeitar” os mecanismos da democracia formal. Na verdade, foi criado um novo *centro decisório* que, juntamente como Poder Executivo e o Legislativo, democratizaram efetivamente a ação política e integram os cidadãos comuns num novo “espaço público”. Um espaço público não-tradicional, que potencializou o exercício dos direitos da cidadania e instigou os cidadãos a serem mais exigentes e mais críticos.

Este novo centro decisório, que incidiu diretamente sobre o caráter e a oportunidade dos investimentos públicos, foi fundamental para gerar distribuição de renda e contribuir para a *socialização da política*. Distribuir renda sem socializar a política é muito pouco e pode ensejar um certo tipo de paternalismo, que é nocivo à afirmação da autonomia dos indivíduos e das organizações de base da sociedade. Socializar a política, sem tocar na renda, pode promover o desalento com a própria eficácia da luta política e a “retirada” das pessoas para o âmbito cada vez mais privado das suas existências.<sup>291</sup>

Ultrapassa os limites da presente pesquisa descrever com mais objetividade as plenárias populares que são o momento decisivo neste processo. No entanto, isto não impede observar que nelas poderíamos perceber claramente o modelo abstrato de institucionalização legítima de normas jurídicas, descrito acima<sup>292</sup>. Não é necessário “idealizar” tal processo de elaboração orçamentária: é bastante óbvio que as principais motivações de seus membros são, ao menos inicialmente, de cunho não “comunicativo”, e

---

<sup>291</sup> GÊNRO, Tarso. SOUZA, Ubiratan de. *Orçamento Participativo: a experiência de Porto Alegre*. São Paulo: Perseu Abramo, 1997, ps. 11-12.

<sup>292</sup> Vide ponto o final do ponto 3.4.

sim “estratégico”. Porém, como no exemplo fornecido por HABERMAS, é possível partir inicialmente de discursos pragmáticos, da busca do sucesso na consecução de certos fins: tomemos o exemplo de moradores que pretendem incluir no orçamento municipal as despesas necessárias para asfaltar sua rua, e com este motivo dirigem-se à plenária local e discutem quais delegados seriam mais aptos a representá-los. É possível que estas escolhas sejam resolvidas com negociações entre os moradores ou mediante disputas reguladas por normas, hipótese na qual o Princípio do Discurso, como vimos, já estaria incidindo indiretamente. Mas também haveria lugar para discursos éticos, de auto-compreensão da identidade coletiva dos membros de uma comunidade específica, que poderíamos exemplificar nos debates, entre estes moradores sobre quais são os valores mais importantes, a construção de uma escola ou a rua asfaltada. Em todos os casos, os discursos deveriam ser capazes de assumir um aspecto moral, manifesto na exigência de Publicidade dos debates que prevalece desde as plenárias iniciais até a fase final do processo, ou pelo menos na recusa, que prevalece de forma quase intuitiva, de que razões ocultas, não públicas, determinem o rumo final do projeto de orçamento. É difícil evitar o óbvio ao tentar explicar o por que da maior “legitimidade” da decisão que resulta deste processo: ela vem da participação qualificada, por que discursiva, da população. De fato, se a legitimidade “*significa que a pretensão que acompanha uma ordem política de ser reconhecida como correta e justa não está desprovida de bons argumentos*”<sup>293</sup>, então é fácil perceber no produto final desta prática “procedimentalista” de legislação (a lei orçamentária municipal) a qualidade de “legítima”: trata-se de mecanismos capazes de mobilizar as competências discursivas da população, do que resulta a produção de “bons argumentos” com os quais a legislação final poderá contar e que no entanto a própria administração, sozinha, não seria capaz de produzir.

Neste exemplo, é possível verificar que a crítica ao “paternalismo” do Estado social pode assumir a direção de uma formulação radicalmente democrática, pois ainda que seja ele capaz de distribuir benesses econômicas, às vezes com invejável eficácia, disto não resulta o surgimento de solidariedade social estruturada comunicativamente. Esta, ao contrário, é ameaçada pelo “*paternalismo, que é nocivo à afirmação da autonomia dos*

---

<sup>293</sup> HABERMAS, J. *La Reconstrucción del Materialismo Histórico*, op. cit., p. 243



*indivíduos*”<sup>294</sup>. Esta percepção nasce de uma reflexão sobre uma prática de poder nitidamente comunicativo, e coincide com a crítica habermasiana às tendências de auto-programação do poder administrativo, que ele formula em termos de uma crítica “democrático-radical” ao paradigma do Estado social: “*Não é o Estado social que se revelou uma ilusão, mas sim a expectativa de poder por em marcha com meios administrativos formais de vida emancipadas*”<sup>295</sup>.

Por fim, o que HABERMAS pretende com esta crítica não pode ser confundir-se com as teses da “*terceira via*”, tal como desenvolvida nas reflexões de Anthony GIDDENS<sup>296</sup>, e isto por dois motivos principais: a concepção procedimentalista do Direito e da política não se destina a fundamentar uma espécie de “meio termo” entre a integração social pelo mercado (neo-liberalismo) e pelo poder administrativo (social-democracia clássica). Ao contrário, HABERMAS declara explicitamente que a concepção discursiva de política, capaz de reconstruir o projeto utópico socialista, pretende situar-se “*à esquerda da social-democracia*”<sup>297</sup>. O compromisso social que motivou o surgimento das burocracias do Estado de bem estar não é recusado<sup>298</sup>. A negativa dirige-se contra os métodos de auto-programação de burocracias, que podem gerar déficits de legitimação das decisões políticas<sup>299</sup>, pois como já vimos, para HABERMAS, assim como para Hanna ARENDT<sup>300</sup>, o poder comunicativo não é algo que pode ser manipulado livremente pelo poder administrativo, não é algo que possa perder o contato com o mundo da vida dos participantes.

Contra um suposto “idealismo” da Teoria do Discurso, podemos afirmar que ela nos alerta para algo deveras “real”: a importância das estruturas cotidianas de comunicação voltadas para o entendimento. De todo modo trata-se de alertar para o perigo que surge, mesmo em termos restritos de estabilização da ordem de dominação política, de uma

---

<sup>294</sup> GENRO, T. *Orçamento Participativo: a experiência de Porto Alegre*, op. cit., p. 12.

<sup>295</sup> HABERMAS, J. *La Necesidad de Revisión de la Izquierda*, trad. Manuel Jiménez Redondo, 2ª ed.-Madrid: Tecnos, p. 272

<sup>296</sup> GIDDENS, Anthony. *A Terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*, trad. Maria Luíza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 1999.

<sup>297</sup> HABERMAS, J. *La Necesidad de Revisión de la Izquierda*, op. cit., p. 272.

<sup>298</sup> Idem, *ibidem*, p. 271.

<sup>299</sup> Idem, *La Reconstrucción del Materialismo Histórico*, op. cit., ps. 273.

<sup>300</sup> ARENDT, Hanna, *Sobre a Violência*, trad. André Duarte, Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 36. Segundo a crítica que HABERMAS dirige a ARENDT, esta haveria desconsiderado o aspecto administrativo do poder político, relegando toda a importância aos raros momentos de manifestações factuais do poder político comunicativo.

postura prolongada de sujeitos que relacionam-se com as liberdades institucionalizadas apenas segundo critérios racionais estratégicos.

## BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Teoria de la Argumentación Jurídica. La Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. Manuel Stienza e Isabel Epejo.- Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- APEL, Karl-Otto. *Ética do Discurso como Ética da Responsabilidade*, trad. Maria Nazaré de Camargo Pacheco Amaral., in *Cadernos de Tradução*, n. 3, Dpto de Filosofia da USP.- São Paulo: USP.
- APEL, K-O, *La Transformación de la Filosofía*, vol. 2, trad. Adela Cortina, Joaquín Chamorro e Jesús Conill.- Madrid: Taurus, 1985.
- ARENDT, Hanna, *Entre o Passado e o Futuro*, trad. Mauro Barbosa de Almeida.- São Paulo: Perspectiva, 1992, 3a ed., 1992.
- ARENDT, Hanna, *Sobre a Violência*, trad. André Duarte, Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.
- ARENDT, Hanna. *La Condición Humana*, trad. Ramón Gil Novales.- Barcelona: Paidós, 1993.
- ARGÜELLO, Katie, *O Ícaro da Modernidade: direito e política em Max Weber*, .- São Paulo: Acadêmica, 1997.

- ARRUDA, Edmundo Lima. *GRAMSCI: a Democracia enquanto racionalidade jurídico-normativa*, in *GRAMSCI, Estado, Direito e Sociedade*, ARRUDA, E. (org), Florianópolis: Letras Contemporâneas, CPGD-UFSC, 1995.
- BARROSO, Pêrsio Henrique. *Os Conceitos de Direito e Estado em Max WEBER e Hans KELSEN: Contribuição para Repensar a Racionalidade Jurídica*, in *Max WEBER: Direito e Modernidade*, org. Edmundo Lima de Arruda Jr.- Santa Catarina: Editora Obra Jurídica, 1996.
- BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*; trad. de Carlos Nelson Coutinho.- Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. *KELSEN y Max WEBER*, in *El Otro KELSEN*, org. Óscar Correas.- México: Universidad Autonoma de México, 1989.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed.- Coimbra: Almedina, 1999.
- DUTRA, Delamar José Volpato, *O Mundo Vivido*, in *Ética, Economia e Liberalismo*, Jovino Pizzi e Marcos Kammer (org). Pelotas: EDUCAT, 1998.
- DUTRA, Delamar, *A Reformulação Discursiva da Moral Kantiana*. Porto Alegre: UFRGS, tese de doutorado, 1997.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, trad. Jefferson Luiz Camargo.- São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- EHRlich, Eugen, *Fundamentos de Sociologia do Direito*, trad. René Ermani Gertz.- Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.
- GENRO, Tarso. SOUZA, Ubiratan de. *Orçamento Participativo: a experiência de Porto Alegre*. São Paulo: Perseu Abramo.
- GIDDENS, Anthony. *A Terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*, trad. Maria Luíza X. de A Borges. Rio de Janeiro: Record, 1999.
- HABERMAS, *Consciência Moral e Agir Comunicativo*, trad. Guido A. de Almeida.- Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- HABERMAS, J. *La Necesidad de Revisión de la Izquierda*, trad. Manuel Jiménez Redondo, 2ª ed.- Madrid: Tecnos.

- HABERMAS, J. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*, trad. Flávio R. Kothe.- Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- HABERMAS, J. *Teoria de la Acción Comunicativa: Complementos y Estudios Previos*, trad. Manuel Jiménez Redondo, 2ª ed.- Madrid: Cátedra, 1994.
- HABERMAS, Jürgen, *Pensamiento Postmetafísico*, trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1990.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*, 2 vols., trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *La reconstrucción del Materialismo Histórico*, trad. Jaime Nicolás Muñiz y Ramon García Cotarelo.- Madrid: Taurus, 1992.
- HABERMAS, J. *O Discurso Filosófico da Modernidade*, trad. Ana Maria Bernardo et all.- Lisboa: Dom Quixote, 1990.
- HABERMAS, J. *Teoria de la Acción Comunicativa*, 2 vols., trad. Manuel Jiménez Redondo.- Madrid: Taurus, 1987.
- HABERMAS, J. *Teoria y Praxis*, trad. Salvador Mas Torres, 3a ed.- Madrid: Tecnos, 1997.
- HEGEL, G. W. F., *Princípios da Filosofia do Direito*, trad. Orlando Vitorino.- 4a ed.- Lisboa: Guimarães Editores, 1990.
- HOBBSAWM, Eric. *A Era dos Extremos*, trad. Marcos Santarrita.- São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HÖFFE, Otfried. *Justiça Política: fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado*, trad. Ernildo Stein.- Rio de Janeiro: Vozes, 1991.
- KANT, Immanuel. *Resposta à pergunta: o que é iluminismo?* Lisboa: Edições 70, 1988.
- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*, trad. Manulela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão, 3a ed.- Lisboa: FKG, 1994.
- KANT, Immanuel. *La Metafísica de las Costumbres*, trad. Adela Cortina Orts e Jesús Conill Sancho. 2ª ed.- Madrid: Tecnos, 1994.
- KELSEN, Hans. *El Concepto de Estado de la Sociología Comprensiva*, in *El Otro KELSEN*, org. Óscar Correas.- México: Universidad Autónoma de México, 1989.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, trad. Luís Carlos Borges.- 2ª ed.- São Paulo: Martins Fontes, 1992.

- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, trad. João Batista Machado.- 4a ed.- São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 52.
- LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um Diálogo com o Pensamento de Hanna Arendt*. São Paulo: Cia das Letras, 1991.
- MARCUSE, Herbert. *Razão e Revolução: Hegel e o Advento da Teoria Social*, trad. Marília Barroso.- 2a ed.- Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.
- MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*, trad. Victor Hugo Klagsbrunn, in *O Manifesto Comunista 150 Anos Depois*, Daniel Aarão Reis Filho (org). – Rio de Janeiro: Contraponto; São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1998.
- MARX, Karl. *Teses sobre Feuerbach*, trad. Álvaro Pina.- Lisboa: Avante, Moscou: Progresso, 1982.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Além do Bem e do Mal*, trad. Paulo César de Souza.- São Paulo: Cia das Letras, 1992.
- OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. *Direitos Humanos e Legitimidade Política: um estudo sobre Hanna Arendt*.- Huelba: Universidade Internacional de Andalucia, dissertação de mestrado, 1998.
- ORDÓÑEZ, Ulises Schmill, *El Concepto del Derecho en las Teorías de WEBER y de KELSEN*, in *El Otro KELSEN*, org. Óscar Correas.- México: Universidad Autónoma de México, 1989.
- PLATÃO. *Las Leyes, o De La Legislación*, in *Obras Completas*, trad. Francisco de P. Samaranch, 2a ed.- Madrid: Aguilar, 1993.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, trad. Lenita Esteves e Almiro Pisetta.- São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- RAWLS, John. *Liberálismo Político*, trad. Sergio René Madero Báez.- México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- REDONDO, Manoel Jiménez. *Introducción*, in HABERMAS, J. *Facticidad y Validez*, trad. M. J. Redondo.- Madrid: Trotta, 1998.
- WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa, vol. 1- Brasília, DF: Editora UnB, 1991.
- WEBER, Max. *Economia y Sociedad*, trad. José Medina Echavarría et al. - 2a ed.-, 2 vols. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*, trad. José Carlos Bruni.- São Paulo: Nova Cultural, 1996.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*, trad. Luiz Henrique Lopes dos Santos, 2<sup>a</sup> ed. revista e ampliada.- São Paulo: EdUSP, 1994.