

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

**ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
O PROBLEMA DA LEGITIMAÇÃO DO DIREITO NA
DEMOCRACIA, NA ABORDAGEM DE JÜRGEN
HABERMAS**

RAIMUNDO LÚCIO GONZAGA WANDERLEY

Fortaleza – Ceará

2007

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Raimundo Lúcio Gonzaga Wanderley

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
O Problema da Legitimação do Direito na Democracia na
Abordagem de Jürgen Habermas

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Filosofia Moderna do Direito, da Universidade Estadual do Ceará, do Centro de Filosofia, ministrado na Escola Superior do Ministério Público do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Filosofia Moderna do Direito.

Orientador: Prof. Dr. Reginaldo Rodrigues da Costa

Fortaleza – Ceará

2007

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Título do Trabalho:

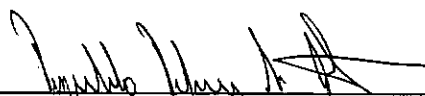
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O PROBLEMA DA LEGITIMAÇÃO DO
DIREITO NA DEMOCRACIA NA ABORDAGEM DE JÜRGEN HABERMAS

Autor: Raimundo Lúcio Gonzaga Wanderley

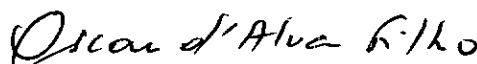
Defesa em: 15/03/2007.

Conceito obtido: Satisfatório

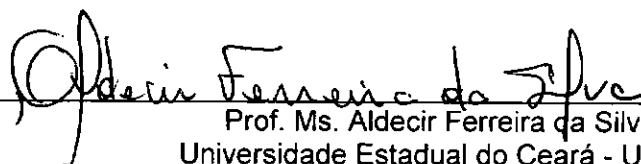
BANCA EXAMINADORA



Orientador: Prof. Dr. Reginaldo Rodrigues da Costa
Universidade Estadual do Ceará – UECE
Universidade Federal do Ceará - UFC



Prof. Ld. Oscar d'Alva e Souza Filho
Escola Superior do Ministério Público - ESMP
Universidade de Fortaleza - UNIFOR



Prof. Ms. Aldecir Ferreira da Silva
Universidade Estadual do Ceará - UECE

RESUMO

Esta monografia visa esclarecer o conceito de legitimação do direito na democracia, fundamentada na idéia de liberdade moderna, baseado na teoria de Jürgen Habermas. Para isso, relata-se os processos de mudanças dos fundamentos modernos para a contemporaneidade, apresentando a ruptura proposta por Habermas no modo de conceber a relação entre moralidade e juridicidade e sua implicação no modo de fundamentar o direito. Ao fim, procura justificar a relação de co-originariedade entre o direito e a moral; a coesão interna entre os direitos subjetivos e a autonomia pública; e, a mediação entre soberania popular e direitos humanos, propostas pelo autor.

Palavras – chave: Democracia. Filosofia. Direito.

ABSTRACT

This study it aims at to clarify the concept of legitimation of the right in the democracy, based on the idea of modern freedom, based in the theory of Jürgen Habermas. For this, to tell to the processes of changes of the modern beddings for this days, presenting the rupture proposal for Habermas in the way to conceive the relation between morality and legality and its implication in the way to base the right. To the end, it looks for to justify the relation of co-origin between the right and the moral; the internal cohesion between the subjective rights and the public autonomy; and, mediation between popular sovereignty and the human rights, proposals for the author.

Key – words: Democracy. Philosophy. Right.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 RELAÇÃO ENTRE MORAL, DIREITO E ESTADO	13
2.1 Moral racional	13
2.2 Direito positivo e Moral racional	17
2.3 Direito e Estado	19
2 ELEMENTOS DA RELAÇÃO INTERNA ENTRE ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA	22
2.1 Qualidades formais do direito moderno	22
2.2 Relação complementar entre direito positivo e moral autônoma	23
2.3 Mediação entre soberania popular e direitos humanos	25
2.4 Relação entre autonomia pública e privada	27
3 CO-ORIGINARIEDADE DO ESTADO DE DIREITO E DA DEMOCRACIA...	30
3.1 Relação ente soberania do povo e Estado de direito	30
3.2 Interpretação liberalista de democracia e Estado de direito.....	32
3.3 Interpretação republicana de democracia e Estado de direito.....	33
3.4 Posição habermasiana acerca de democracia e Estado de direito.....	33
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	39
BIBLIOGRAFIA	41

INTRODUÇÃO

Verifica-se, analisando a história da filosofia política, que o direito sofreu uma grande transformação com o advento do Iluminismo. Buscou-se resguardar juridicamente direitos básicos à dignidade humana através de uma nova leitura do direito e a validade das normas no ordenamento jurídico, implementado uma maior garantia à igualdade e à liberdade, baseadas numa racionalidade prática.

Nos tempos atuais, esses direitos já não estão resguardados, por um lado, pelo fim da ilusão de garantir o bem, em sentido amplo, através do uso daquela racionalidade, como pensavam os modernos. E, por outro lado, por se constatar, na prática, a distância entre a elaboração das normas - mesmo nos Estados democráticos - e a sua eficácia frente ao povo em geral.

Jürgen Habermas, filósofo alemão contemporâneo, lança mão da teoria do discurso para substituir a razão prática pela razão comunicativa. De acordo com ele, a razão prática sempre pretendeu orientar o indivíduo em seu agir, ficando o direito natural como referencial normativo para a ordem política e social. A razão transportada para o *medium* lingüístico irá "servir aos objetivos descritivos da reconstrução das estruturas da competência e da consciência, além de possibilitar a conexão com modos de ver funcionais e com aplicações empíricas".¹

Para Habermas as teorias contemporâneas do direito e da democracia ainda continuam buscando um engate na conceituação clássica. Por esta razão, ele se dispõe a transpor a teoria do discurso de uma racionalidade prático-moral, com contornos normativos para uma racionalidade comunicativa deontologicamente neutra². Essa neutralidade será demonstrada através da tensão entre facticidade e validade que conduzirá o direito à universalização e à concretização.

¹ Habermas, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. Rio de Janeiro:Tempo Brasileiro, 1997. Pág. 19.

² deontologia - Teoria dos deveres. Este termo não se aplica à ciência do dever em geral, no sentido kantiano; traz consigo, pelo contrário, a idéia de um estudo empírico dos diferentes deveres, relativa a tal ou tal situação. É particularmente utilizado na expressão *Deontologia médica* (teoria dos deveres profissionais do médico) (in, LALANDE, André. **Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Pág. 239)

Será, basicamente, através da análise entre faticidade e validade, proposta na obra *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*, que se poderá verificar como o direito moderno agirá como instrumento de integração social capaz de conduzir-se a um processo legislativo fruto da opinião e da vontade discursiva dos cidadãos, fortalecendo a democracia.

É através dessa nova roupagem, dada por Habermas ao direito, que se procura superar as críticas dadas ao direito clássico no sentido de sua prática como realização da liberdade, uma vez que se deve garantir tanto a sua legalidade como sua legitimidade.

A legitimidade, mal fundamentada, segundo Habermas, no pensamento moderno, haverá de ser realizada como garantia dos direitos humanos e da soberania do povo proporcionando aos cidadãos mais autonomia e participação nas deliberações da sua comunidade. O *medium* utilizado por Habermas para atingir seu objetivo é a introdução da razão comunicativa como processo de efetivação da legitimação.

Para garantir a resolução de conflitos em substituição à autotutela, surge, historicamente, o direito como instrumento oficial capaz de fazer valer as normas jurídicas através do uso da coerção estatal. Esse poder de força, atribuída ao Estado, segundo Habermas, poderia, dependendo da época e do regime político, transformar-se em uma arma poderosíssima da imposição de ações ao povo. Assim sendo, o povo poderia passar de participante de um governo democrático à objeto de um governo tirânico.

Habermas chega à conclusão de que a legitimação do direito não é um problema dos dias atuais. Desde os gregos já se tinha a preocupação da participação popular nos atos do governo. A democracia já estava ali instaurada como o governo do povo, onde as decisões eram tomadas direta ou indiretamente, por toda a comunidade local.

Aristóteles, na visão de Habermas, coloca a democracia não simplesmente como o governo em que a maioria domina, e sim aquele em que os

homens livres e pobres, formando a maioria, constituem-se como senhores do Estado. A liberdade, assim, se torna constitutiva da democracia. É em virtude dessa liberdade que se deve observar que nada se deva fazer contra as leis e os costumes. O fundamento do governo democrático é a liberdade, sendo um dos apanágios dessa liberdade a oportunidade para que todos, alternadamente, mandem e obedeçam. É essencial para a igualdade que só haja uma mesma condição entre semelhantes. Quanto mais longe se levar essa igualdade mais a democracia será pronunciada.

Para Aristóteles, continua Habermas, na democracia pobres e ricos colocados em pé de igualdade, outorgam o poder a todos, para que um após outro o exerçam, sem exclusões nem disparidades. Assim são entendidas a igualdade e a liberdade.

Habermas passando a analisar os modernos, principalmente nas figuras de Locke e Rousseau, apontada-os como justificadores da existência do Estado como oriunda da parte doada da liberdade dos povos em favor da garantia de sua sobrevivência e convivência.

Segundo Habermas, Locke defendia que mediante um *pacto voluntário* os homens instituíram a sociedade política, outorgando-lhe poder de mando em troca de um progresso e de um bem-estar social. No mesmo momento, restringia autoridade desse Estado afirmando que esse poder não poderia ir além dos interesses temporais da sociedade.

Rousseau, continua Habermas, modificando o pensamento de Locke, acredita que o homem é um ser livre e que o Estado social não lhe é natural, mas tornou-se-lhe indispensável. O poder estatal não é natural, é oriundo de um *contrato social* capaz de defender e proteger a pessoa e os bens de cada associado, sendo que, mesmo se unindo a todos, cada homem só obedece a si mesmo e continua tão livre quanto antes. A liberdade, aparentemente subtraída, estará na submissão à vontade geral, que é, por definição, justa. A forma de não se ver a liberdade diminuída é o homem, através da sua soberania popular, prescrever a lei que deverá

obedecer. Nas palavras de Rousseau: "a obediência à lei que se estatuiu a si mesma é liberdade" (ROUSSEAU: 78). Liberdade, aqui, tratada como autonomia.

Habermas (2002: 285ss.), analisando essa cessão da liberdade, que garante a existência pacífica do Estado, aponta uma crise da legalidade, do Estado social, da soberania e do constitucionalismo, gerando uma crise profunda e crescente do Direito, fazendo surgir uma divergência entre o nível normativo constitucional e os níveis operativos inferiores. Essa crise ocasionada até certo ponto pela sua aplicação profissional, pela atuação predominante dos juristas, pode ser atenuada se se priorizar a perspectiva do legislador democrático na produção, aperfeiçoamento e aplicação das normas e dos programas jurídicos. O direito, como sinônimo de lei, nasce na atividade política, iluminada pelo auto-entendimento proporcionado pela hermenêutica da vida social e que considera a imposição da vontade pela barganha com vistas ao consenso.

Habermas (1997: I, 118ss.) percebendo que o fundamento do direito moderno baseava-se no Direito Natural, e que a medida da legitimidade do direito ou o seu fundamento era obtido através do apelo à moralidade, propõe uma ruptura no modo de conceber a relação entre moralidade e juridicidade e sua implicação no modo de fundamentar o direito. A moral deixa de ser suficiente para realizar satisfatoriamente a integração social.

Habermas prepara, a partir disso, uma transição da teoria do discurso, de uma racionalidade prático-moral com contornos normativos, para uma racionalidade comunicativa deontologicamente neutra. A neutralidade do direito em relação à moral, na verdade, uma relação de co-originariedade entre eles, poderá ser explicitada através da análise da tensão entre faticidade e validade, que perpassam o direito na medida em que este se situa, ao mesmo tempo, entre uma exigência de universalização e de concreção. É essa tensão entre faticidade e validade que irá dar ao direito o *status* de instrumento de integração social³.

³ Nesse sentido, ver MOREIRA, Luiz. *A fundamentação do direito em Habermas*. Introdução.

O direito, assim posto, conduz, necessariamente, a um processo legislativo, fruto da opinião e da vontade discursiva dos cidadãos, que tende a estabilizar a tensão existente entre os direitos humanos e o princípio da soberania do povo⁴, cabendo ao direito aliviar os cidadãos do peso das decisões e, conseqüentemente, transferir as questões da esfera privada para a pública.

Habermas explica que será por intermédio do direito que as aspirações e as opiniões dos cidadãos serão institucionalizadas. Nessa institucionalização as razões que guiam as ações individuais adquirem a forma de um procedimento democrático, ou seja, sua normatividade deixa de ser imediata para tornar-se mediata, dentro do contexto de um Estado Democrático de Direito⁵.

A razão comunicativa, como condição de emancipação do homem, não apenas entende, como, agora, interfere nas ações do homem. Não é mais um princípio de direito natural que se revela ou é descoberto, ela guarda uma natureza de depuração dos interesses que comprometem o relacionamento⁶.

As ações humanas são limitadas pela necessidade de integração social, garantida pelo Estado que se utiliza da sanção imposta aos cidadãos, cuja eficácia deverá ser baseada na legitimação. Para o entender-se, na sociedade estatalmente organizada, há necessidade dessa legitimação, para que o poder político tenha a força de integração social pela sanção. Um direito coercitivo não é tudo. A falta de legitimação das normas leva à sua violação, que, por conseqüência, acarreta sanções. Se essas normas forem técnicas, a sanção é o fracasso da ação e, se se tratar de regras morais, as sanções serão atinentes ao fracasso perante a autoridade.

⁴ A relação entre a liberdade individual e a imposição estatal está diretamente refletida na relação entre os direitos humanos, baluarte do liberalismo, e a soberania do povo, coluna do republicanismo. (Habermas: 1997, 133)

⁵ Rosemiro Pereira Leal, no prefácio à 2ª edição do livro *A fundamentação do direito em Habermas*, de Luiz Moreira, assim conceitua o Estado Democrático de Direito, à luz da teoria do discurso: "instituição jurídico-espacial condicionante de permanente legitimação processual de validade do ordenamento jurídico por um povo ativo na realização da integração social"

⁶ Nesse sentido, ver Encarnação, João Bosco da. *Filosofia do direito em Habermas: a hermenêutica*, 157.

O direito irá se ocupar, dentre outras coisas, da integração social porque o mundo da vida é uma prática comunicativa cotidiana que se nutre da cooperação, da reprodução cultural e da socialização.

Habermas sabe que as leis, como garantia da liberdade, causam uma certa opressão, mas ele tem ciência de que não se pode viver sem elas. É por isso que sua preocupação não é de destruição e sim de reconstrução do direito. Para ele, o direito moderno precisa apenas de uma adaptação. Há necessidade de uma reconstrução do direito que se defina como um sistema de ação para assegurar o ordenamento jurídico como componente social do mundo da vida.

O direito não é só um sistema simbólico, mas um sistema de ação e a sua vigência significa um equilíbrio entre a autonomia privada e a autonomia pública. É a legalidade que, confundindo-se com legitimidade, assegura a liberdade. O processo democrático da legalidade é fonte de legitimidade e o processo deve ser o parâmetro do direito, ou seja, o paradigma do direito é o processual, de modo que legitimidade seja eficiência, estabilizando-se a tensão entre eficácia e vigência, ou, fato e norma.

Habermas procura justificar a articulação de duas dimensões virtualmente conflitantes de um regime democrático liberal, qual seja, a lógica liberal da liberdade e a lógica democrática da igualdade ou, em outras palavras, os direitos humanos e a soberania popular. Assim, ele apresenta uma nova roupagem para o direito moderno retirando sua legitimação da fundamentação por via do direito natural, entendendo-se como moral, para atribuir-lhe legitimidade na garantia da liberdade que será garantida na situação ideal de fala, ou seja, no consenso. Noutras palavras, a liberdade servirá de fundamento para a legislação do direito.

A moral, como autonomia monolítica, sai do seu papel fundante cedendo espaço a uma nova autonomia garantida no direito que se apresenta como autonomia pública e autonomia privada, sendo que já não há mais uma relação de hierarquia ou subordinação, haja vista que as liberdades de ação individuais do sujeito privado e a autonomia pública do cidadão ligado ao Estado possibilitam-se reciprocamente.

O procedimento metodológico aplicado a este trabalho baseia-se na leitura e fichamento das obras da última fase do autor estudado, indicadas na bibliografia, auxiliadas por algumas obras secundárias ao texto principal que servirão de esclarecimento para conceitos e idéias apresentadas pelo autor.

O primeiro capítulo tratará dos conceitos básicos que servirá de sustentação à idéia de Estado de Direito e sua relação com o sentimento de obediência às normas jurídicas e as conseqüências advindas de seu possível descumprimento.

No segundo capítulo será visto os elementos que compõem a relação interna entre Estado de Direito e Democracia, baseados na garantia à liberdade do indivíduo, soberania popular e dignidade humana.

O terceiro capítulo focalizará o objetivo principal deste trabalho que é a legitimidade do direito em um sistema político baseado no Estado Democrático de Direito. É neste ambiente que será analisado a posição inovadora de Habermas na justificação da democracia e do Estado de Direito baseado na teoria da ética do discurso enquadrando-se, ainda, nas idéias da modernidade.

Por último, nas considerações finais, chegaremos à conclusão de como Habermas, utilizando-se de discurso consensual consegue justificar suas teorias enquadrando-se na racionalidade proposta pela modernidade.

1 RELAÇÃO ENTRE MORAL, DIREITO E ESTADO

1.1 Moral racional

A consciência moral sofreu, na modernidade, uma mudança na sua estrutura, deixando de estar ligada a normas ancoradas na tradição com vinculação obrigatória que transformava o poder de fato em autoridade normativa. O direito natural racional representou nova etapa da consciência moral, agora pós-tradicional, ligando-se a princípios abstratos e universais, e a uma racionalidade processual onde só seriam aceitáveis as regulamentações que pudessem contar com o assentimento não forçado de todos, dentro de um processo de argumentação racional.

Habermas procura eliminar o direito natural na fundamentação do direito positivo. Segundo ele, para uma fundamentação pós-metafísica, as regras morais e as jurídicas "diferenciam-se da eticidade tradicional, colocando-se como dois tipos diferentes de normas de ação, que surgem lado a lado, completando-se" (HABERMAS: 1997,139).

É nesse mesmo sentido que veremos mais adiante que o conceito de autonomia deverá ser delineada de forma tal que possa assumir tanto o princípio moral, como o princípio da democracia.

O conceito de autonomia, visto dessa forma, servirá de base para distinguir as regras jurídicas das regras morais. Isso trará a consequência imediata de possibilidade da interpretação dos direitos humanos como direitos jurídicos, haja vista já estar incluída neste os preceitos morais.

Habermas afirma que “uma ordem jurídica só pode ser legítima quando não contrariar os princípios morais” (1997:141). Será através dos elementos da legitimidade da validade jurídica que o direito irá relacionar-se com a moral de forma reciprocamente complementar. As questões morais e jurídicas referem-se aos mesmos problemas, porém a partir de ângulos distintos.

Para Habermas, normas de ação gerais, que significam expectativas de comportamentos generalizados temporal, social e objetivamente, ramificam-se em regras morais e regras jurídicas. Isso provoca uma relação de co-originariedade entre a autonomia moral e a autonomia política, que pode ser analisada através do princípio do discurso, colocada com neutralidade em relação ao direito e à moral, tendo em vista referir-se a normas de ação em geral.

O princípio moral vai se inserir nesse princípio geral do discurso justificando as normas de ação sob o ponto de vista da consideração simétrica dos interesses, porém insuficiente para justificar o princípio da democracia, que necessita, por sua vez, de argumentos pragmáticos, ético-políticos e morais na sua justificação.

Segundo Habermas, “em questões morais, a humanidade ou uma suposta república dos cidadãos forma o sistema de referência para a fundamentação de regulamentações que são do interesse simétrico de todos”(1997:143), diferentemente das questões ético-políticas em que o sistema de referência para a fundamentação de regulamentações valem como expressão de um auto-entendimento coletivo consciente. O direito entra para solucionar os antagonismos de interesses que necessitam de um ajuste racional entre interesses e enfoques axiológicos concorrentes.

O princípio do discurso explica como é possível fundamentar imparcialmente normas de ação, utilizando-se de regras de argumentação. O princípio moral irá preencher o papel de uma regra de argumentação, quando faz com que o princípio do discurso assumam a forma de um princípio de universalização.

O princípio moral não se encontra no mesmo nível do princípio da democracia, pois funciona como regra de argumentação para a decisão racional de questões morais, enquanto que o princípio da democracia vai se valer da decisão racional de questões práticas que precisam de todas as fundamentações, durante o discurso, para assegurar a legitimidade das leis.

O princípio da democracia, que se destina a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito, presta-se a afirmar como uma formação política racional da opinião e da vontade 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.

O princípio moral ao operar no nível da constituição interna de um determinado jogo de argumentação faz-se diferenciar-se do princípio da democracia que se refere ao "nível da institucionalização externa e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo direito" (1997:146)

Quanto à regulação, as normas morais atuam para regular as relações interpessoais e os conflitos entre os membros de uma comunidade concreta, e as normas jurídicas regulam as relações interpessoais e os conflitos entre os membros de uma comunidade abstrata, criada através das normas do direito, assim como àqueles sujeitos singulares que se individualizam através da capacidade de assumir a posição de membros sociais típicos de uma comunidade constituída juridicamente.

A moral autônoma, teleologicamente, apoiada apenas em argumentos racionais, só se responsabiliza por juízos corretos e equitativos, enquanto o direito reduz a vontade livre de uma pessoa moral e eticamente imputável ao arbítrio de um sujeito jurídico que age com a capacidade de tomar decisões teleológicas, que age por liberdade de arbítrio. A pessoa de direito reduz-se, através dessa liberdade de arbítrio, a um portador de direitos subjetivos.

O direito, segundo Habermas, "se apresenta como uma 'máscara protetora' (H. Arendt) para a pessoa individuada na história e que deseja viver de modo consciente e autêntico" (1997:148).

A moral, para Habermas, atua criticamente em relação a todas as orientações da ação, problematizando e buscando fundamentar-se na justiça e na universalidade. A sua finalidade é avaliar imparcialmente os conflitos de ação, relevantes moralmente, e procurar orientar o agir mesmo que não seja capaz de "dispor" para o agir correto.

A eficácia da moral para a ação não depende tanto de bons argumentos, e sim de um ajustamento interno dos princípios morais com o sistema da personalidade, que, por sua vez, não é garantia de ação correta. A garantia vai se dar na institucionalização de um sistema jurídico que complemente a moral racional do ponto de vista da eficácia para a ação.

A moral é um sistema de saber, mas não necessariamente de ação, enquanto que o direito é um sistema de saber e de ação ao mesmo tempo, que pode ser entendido como um texto repleto de proposições e interpretações normativas ou como um complexo de regulativos da ação. As proposições jurídicas apresentam-se com eficácia imediata para a ação devido à interligação entre os motivos e as orientações axiológicas.

O direito, diferentemente da moral, apresenta um elevado grau de racionalidade por se cristalizar como um sistema de saber sólido, configurado dogmaticamente e conectado a uma moral dirigida por princípios.

Ao agir moralmente, o indivíduo obriga-se a se apropriar do saber moral e ter capacidade para elaborá-lo e transpô-lo para a prática. Isso se torna difícil por estar sempre influenciado por suas exigências cognitivas, motivacionais e organizatórias, o que não acontece com o agir jurídico que "alivia" as pessoas dessas influências.

Para o direito, neste aspecto Habermas manifesta-se de acordo com Kant, não importa a capacidade dos destinatários em ligar a sua vontade, e sim a sua arbitrariedade. Da mesma forma, o direito limita-se à relação externa da atuação interativa e recíproca de determinados agentes sociais típicos, e contenta-se em focar o agir sob o ponto de vista de sua conformidade à regra.

Habermas argumenta que as instituições tradicionais podem perder a base de sua legitimidade quando se desvalorizam sob a pressão da justificação causada por padrões morais mais pretensivos. A moral "não está em condições de oferecer qualquer tipo de manejo operativo para sua reconstrução" (1997:153). O direito, como sistema de ação, por sua vez, é recomendado para a reconstrução dos complexos de instituições naturais que ameaçam ruir devido à subtração da legitimação. A modernização social faz surgir uma necessidade organizacional constantemente nova que só pode ser satisfeita de modo construtivo. O direito reformula instituições como família e escola capazes de ajustar-se a necessidades surgidas no dia a dia.

A moral, para fugir de sua limitação de abrangência, pode:

"irradiar-se a todos os campos de ação, através de um sistema de direitos com a qual ela mantém um vínculo interno, atingindo inclusive as esferas sistematicamente autonomizadas das interações dirigidas por meios que aliviam os atores de todas as exigências morais, com uma única exceção: o da obediência geral ao direito" (1997:154)

A moral vai relacionar-se com o direito formando uma eticidade integral que é capaz de assegurar uma forma de vida que adquira força social integradora.

1.2 Direito positivo e Moral racional

Habermas vai apoiar-se no pensamento kantiano, mas na busca de uma superação. Para Kant, a legitimidade da ordem jurídica acontece quando não

há contradição com os princípios morais. Em Habermas, diferentemente, não se verifica essa contradição, tendo em vista o caráter complementar entre o Direito e a moral. O princípio geral do direito kantiano baseia-se na noção de direitos subjetivos. Nele há a primazia da moral sobre o direito. O direito é uma limitação da moral e é a partir desta limitação que a legislação moral se reflete na legislação jurídica.

Para Habermas, o direito é sistema de saber e, ao mesmo tempo, sistema de ação, que pode ser entendido como um texto repleto de proposições e interpretações normativas ou uma instituição, isto é, como um complexo de regulativos da ação. O direito positivo relaciona-se não somente com os princípios morais, mas também com um modelo de autolegislação em que os destinatários são simultaneamente os autores de seus direitos.

Isso se dá porque, segundo Habermas, a autonomia pública se correlaciona com a autonomia privada, e o direito se complementa mutuamente com a moral, em virtude de suas co-originariedades.

O direito, apesar de não se subordinar à moral, tem uma relação de complementaridade, diferentemente da eticidade tradicional. Os dois são tipos diferentes de normas de ação que surgem lado a lado, completando-se. Ambos se referem ao mesmo problema, porém sob prismas diferentes. O direito vai se assemelhar à moral sob o ponto de vista cultural, porém sua diferenciação se dá na sua natureza coercitiva, legitimado democraticamente.

Com essa co-originalidade o direito moderno tira dos indivíduos a culpa gerada pelas normas morais. O indivíduo não precisa mais assumir internamente a obrigatoriedade de seguir determinada regra. A necessidade de submeter-se a regras de conduta vai se dar pela imposição de uma norma externa, institucionalizada, que lhe impõe sanções nos casos de descumprimento – a lei positiva. O direito vai emprestar maior eficácia às normas de ação que as normas morais, em virtude de seu caráter coercitivo amparado estatalmente.

A simbiose entre direito e moral se dá pela racionalidade dos procedimentos jurídicos institucionalizados que, ligados a critérios institucionais independentes do legislador, dos interessados e do juiz, podem revelar se uma

decisão foi proferida conforme o direito ou não, apoiado no princípio da soberania do povo.

Para justificar a relação complementar necessária entre moral e direito, Habermas afirma que o direito ao institucionalizar-se, gerando regras externas, alivia o indivíduo que “não precisa carregar o peso cognitivo da formação do juízo moral próprio”⁷, assim como o dispensa dos conflitos gerados pela necessidade volitiva de ação, haja vista a coercitividade legal. Por fim, a imputabilidade gerada pelo sistema jurídico, ao abrir maior possibilidade de alcance, consegue atingir todos os membros da sociedade, inclusive os sujeitos abstratos de direito (pessoas jurídicas), e as entidades virtuais de direito (informática).

Assim, conforme apresentado por Reginaldo da Costa, ao tratar da relação entre moral e direito:

Para Habermas [...] a moral pode irradiar-se para todos os campos através de um sistema de direitos com a qual ela pode manter um vínculo interno, o que não significa de modo algum que o direito seja submetido à moral ou a moral ao direito, significando antes que ambos são cooriginários, correlacionados e complementares (COSTA, 2006, pg. 153).

A moral, mesmo como um procedimento mais adequado à formação volitiva racional, porém não regulado juridicamente, não fornece as condições necessárias para avaliar se uma ação foi tomada corretamente ou não. Da mesma forma, o direito, mesmo aproximando-se das exigências de uma racionalidade processual completa não consegue, também, garantir a validade dos resultados. Essas duas deficiências serão supridas ao se colocar o direito e a moral como cooriginários, correlacionados e complementares.

1.3 Direito e Estado

Para que a relação jurídica entre autonomia pública e privada seja permanente, é necessário que o processo da juridificação estenda-se

⁷ COSTA, Reginaldo da. *Ética e filosofia do direito*. Fortaleza: ABC editora, 2006. Pág. 151

simultaneamente ao poder político, de organização e de sanção, legitimado pelas vias do direito, do qual depende a obrigatoriedade fática da normatização e da implantação desse direito.

Para Habermas (1997:170), os direitos subjetivos, através do nexo interno do direito com o poder político, só podem ser estatuídos e impostos através de organismos que tomam decisões que passam a ser obrigatórias para a coletividade, sendo que estas decisões devem a sua obrigatoriedade coletiva à forma jurídica da qual se revestem.

O Estado, como instância central autorizada a agir em nome do todo, surge como organização capaz de aplicar sanção legitimamente através da coerção para que as normas jurídicas sejam respeitadas. Para isso, o Estado utiliza-se de "sua capacidade para a organização e auto-organização destinada a manter, tanto para fora como para dentro, a identidade da convivência juridicamente organizada" (1997:170).

Os direitos fundamentais, os processos legislativos democráticos, assim como a formação da vontade política organizada na forma do legislativo, depende de uma estrutura estatal que se transforma numa instituição para o exercício burocrático da dominação legal. Habermas sintetiza esse primeiro momento da seguinte forma:

O Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implementados. Tais aspectos não constituem meros complementos, funcionalmente necessários para o sistema de direitos, e sim, *implicações jurídicas objetivas, contidas in nuce* nos direitos subjetivos. Pois o poder organizado politicamente não se achega ao direito como que a partir de fora, uma vez que é *pressuposto* por ele: ele mesmo se estabelece em formas do direito. O poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais. (1997:171)

A idéia do Estado de direito apresenta duas faces: a primeira refere-se à exigência de que as decisões estatais não revistam apenas a forma do direito; e, a segunda, a necessidade de que essas se legitimem pelo direito corretamente estatuído. O que legitima o exercício do poder político é a sua ligação com o direito legitimamente estatuído.

Habermas procura uma reconstrução do nexó entre direito e poder político que não vise ao desnível entre norma e realidade, e sim para uma tensão entre faticidade e validade que habita no direito, e que se caracteriza tanto como a tensão entre a positividade e a legitimidade do direito, quanto como a tensão entre autonomia pública e privada.

2 ELEMENTOS DA RELAÇÃO INTERNA ENTRE ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA

Como todo domínio político é exercido sob a forma do direito, também aí existem ordens jurídicas em que o poder político ainda não foi domesticado sob a forma do Estado de direito. Igualmente, há Estados de direito em que o poder governamental ainda não foi democratizado. Sintetizando, há ordens jurídicas estatais sem instituições próprias a um Estado de direito, e há Estados de direito sem constituições democráticas.

Habermas irá abordar a relação interna entre Estado de direito e democracia sob vários aspectos. Primeiro, essa relação resulta do próprio conceito moderno de direito. Segundo, essa relação resulta também da circunstância de que hoje o direito positivo não pode mais obter sua legitimidade recorrente a um direito superior. Terceiro, o direito moderno legitima-se a partir da autonomia garantida de maneira uniforme a todo cidadão. Por último, a autonomia privada e a pública pressupõem-se mutuamente.

2.1 Qualidades formais do direito moderno

O conceito moderno de direito baseado em Locke, Rousseau e Kant procurou contemplar o seu caráter positivo e coercitivo, tanto quanto o seu dever de assegurar a liberdade.

Habermas vê que as normas garantidas pelo poder coercitivo do Estado podem ser legitimadas pelo procedimento democrático legislativo, que, por sua vez, garante a coercitividade do Estado. Nisso, vê-se uma relação conceitual entre o caráter coercitivo e a modificabilidade do direito positivo, assim como um modo de estabelecimento do direito capaz de gerar legitimidade. Por isso, subsiste

tanto uma relação historicamente casual, como conceitual ou interna entre a teoria do direito e a teoria da democracia.

No modo de validação do direito a faticidade da imposição do direito por via estatal enlaça-se com a força legitimadora de um procedimento racional instituidor do direito que garante a liberdade.

O direito, apesar de sua ambivalência (tanto vai de encontro a seus destinatários como deles espera obediência), garante a liberdade do cidadão, que vai agir de acordo com a lei por temor à sanção prevista pela sua violação ou por respeito a resultados de uma formação comum que demandam legitimidade para si.

Para Habermas, no direito moderno, a validade de uma norma jurídica equivale à garantia do Estado na efetiva imposição jurídica e na instituição legítima do direito. O Estado garante a legalidade através da possibilidade da aplicação de sanções e da legitimidade das regras em si, da qual se espera que possibilite a todo o momento um cumprimento das normas por respeito à lei.

Anteriormente, de Locke a Kant, a legitimidade das regras que eram passíveis de modificação pelo legislador, poderia se dar pelo direito natural ou pela moral. O direito positivo deveria permanecer subordinado ao direito moral eternamente válido e receber dele suas orientações permanentes. Contudo, Habermas não admite que o direito moderno, em razão de seu conteúdo formal, exima-se em todo caso de qualquer ingerência direta que advenha de uma consciência moral remanescente e pós-tradicional.

2.2. Relação complementar entre direito positivo e moral autônoma

Os direitos subjetivos encontrados nas ordens jurídicas modernas têm a característica principal de desobrigar pessoas do direito em relação a mandamentos morais. Os direitos subjetivos garantem aos agentes espaço para agir de acordo com suas próprias preferências. No direito moderno, pode-se fazer

tudo o que não seja declaradamente proibido. Na moral subsiste uma simetria entre direitos e deveres. Nas obrigações jurídicas perdura a restrição legal de liberdades subjetivas. O universo moral estende-se por sobre todas as pessoas naturais em sua complexidade biográfica, e a própria moral se estende até a defesa da integridade de pessoas plenamente individuadas. Uma comunidade jurídica protege a integridade de seus integrantes na mesma medida em que estes assumem o *status* de portadores de direitos subjetivos. Por isso subsiste entre direito e moral uma relação que é mais de complementaridade do que de subordinação.

As matérias juridicamente carentes de regulamentação são ao mesmo tempo mais restritas e mais abrangentes do que os assuntos moralmente relevantes. É mais restrita porque só o comportamento exterior da regulamentação jurídica é acessível. É mais abrangente porque o direito além de regulamentar conflitos de ação interpessoais, também se refere ao cumprimento de programas políticos e demarcações políticas de objetivos. A reivindicação de legitimidade das normas jurídicas apoia-se sobre vários tipos de razões. A práxis legislativa justificadora depende de uma rede ramificada de discursos e negociações – e não apenas de discursos morais.

O direito positivamente válido, legitimamente firmado e cobrável através de ação judicial pode tirar das pessoas que agem e julgam moralmente o peso das grandes exigências cognitivas, motivacionais e organizacionais que uma moral ajustada segundo a consciência subjetiva acaba impondo a elas. O direito pode compensar as fraquezas de uma moral exigente que não propicia senão resultados cognitivamente indefinidos, motivacionalmente pouco seguros.

Apesar do direito poder permanecer em consonância com a moral, as regulamentações jurídicas são concretas demais para poderem legitimar-se apenas pelo fato de não contrariarem princípios morais.

O direito deve defender eqüitativamente a autonomia de todos os envolvidos e atingidos. A sua legitimidade deve ser comprovada a partir do aspecto do asseguramento da liberdade. A obrigatoriedade das normas jurídicas remonta não apenas a processos de formação de opinião e vontade, mas sim a decisões

coletivamente vinculativas por instâncias que estabelecem e aplicam o direito. Resulta, assim, a partilha de papéis entre autores que firmam (e enunciam) o direito, e os destinatários que estão submetidos ao direito vigente. A autonomia, que no campo da moral é monolítica, surge no campo do direito sob a dupla forma da autonomia privada e pública.

As liberdades de ação individuais do sujeito privado e a autonomia pública do cidadão ligado ao Estado possibilitam-se reciprocamente. As pessoas do direito só podem ser autônomas à medida que lhe seja permitido, no exercício de seus direitos civis, compreender-se como autores dos direitos aos quais devem prestar obediência, e justamente deles.

2.3 mediação entre soberania popular e direitos humanos

Segundo Habermas, o princípio da soberania popular é materializado nos direitos à comunicação e participação que asseguram a autonomia pública dos cidadãos do Estado. O domínio das leis se expressa nos direitos fundamentais clássicos que garantem a autonomia privada dos membros da sociedade civil. A legitimação do direito se dá na garantia equânime da autonomia privada e pública.

A materialização da autonomia política dos cidadãos se dá na auto-organização de uma sociedade que atribui a si mesma suas leis, por meio da vontade soberana do povo. A autonomia privada dos cidadãos baseia-se nos direitos fundamentais que garantem o domínio anônimo das leis. Não há prioridade de nenhuma delas porque uma valida a outra.

O republicanismo dá primazia à autonomia pública dos cidadãos do Estado, em comparação com as liberdades das pessoas em particular que antecedem à política. A legitimidade dos direitos humanos se deve ao resultado de um auto-entendimento ético e de uma autodeterminação soberana de uma coletividade política.

O liberalismo conjurou o perigo das maiorias tirânicas e postulou uma primazia dos direitos humanos, que, em sua origem, constituiriam barreiras que vedariam à vontade do povo quaisquer ataques a esferas de liberdades subjetivas e intocáveis.

Tanto Rousseau, tendente ao republicanismo, como Kant, mais liberal, não lograram fazer jus à eqüiprimordialidade das idéias de soberania popular e direitos humanos, apesar de terem pensado a vontade soberana e a razão prática sob o conceito da autonomia da pessoa do direito. Para Habermas, eles ignoraram a idéia dos direitos humanos, que se traduz no direito em relação a liberdades de ação subjetivas e iguais, que não pode impingir-se ao legislador soberano como uma barreira externa, nem tampouco se deixar instrumentalizar como requisito funcional para os fins desse mesmo legislador.

Considerando o procedimento democrático a partir de pontos de vista da teoria do discurso, percebe-se que, sob as condições do pluralismo social e de visões do mundo, é esse processo democrático que confere força legitimadora ao processo de criação do direito. Regulamentações que podem requerer legitimidade são justamente as que podem contar com concordância de possivelmente todos os envolvidos enquanto participantes em discursos racionais.

A coesão interna entre direitos humanos e soberania popular, como preconiza Habermas, consiste em que a exigência de institucionalização jurídica de uma prática civil do uso público das liberdades comunicativas seja cumprida justamente por meio dos direitos humanos. Os direitos humanos não podem ser vistos como instrumento para o exercício da soberania popular, não pode ser materializado como uma imposição condicionante para a efetivação dessa soberania. Ambas são eqüiprimordiais.

Habermas procurou elucidar primeiramente os direitos políticos do cidadão, não os direitos humanos clássicos que garantem a autonomia privada dos cidadãos, tais como o direito fundamental à maior quantidade possível de ações subjetivas iguais, e os direitos fundamentais que constituem não apenas o *status* de quem dispõe de determinada nacionalidade, mas também a ampla proteção jurídica

individual. Os direitos fundamentais que garantem a cada um o esforço por alcançar os objetivos de sua vida privada em igualdades de chances não se diluem no valor instrumental de si mesmos em prol da formação democrática da vontade. É o sentido de equíprimordialidade entre os direitos clássicos de liberdade e os direitos políticos do cidadão que permite perceber que os direitos humanos possibilitam a práxis de autodeterminação dos cidadãos.

2.4. Relação entre autonomia pública e privada

Para Habermas, a idéia da autonomia jurídica dos cidadãos exige que os destinatários do direito possam ao mesmo tempo ver-se como seus autores. Não dá para pensar em direitos humanos como fatos morais previamente dados. Não cabe mais aos cidadãos a livre escolha do *medium* em que eles mesmos podem tornar efetiva sua autonomia, no papel de co-legisladores. A idéia democrática da auto legislação não tem opção senão validar-se a si mesma no *medium* dos direitos, e os cidadãos só podem tomar parte na condição de sujeitos do direito.

Para a instituição de um código jurídico que disponha de legitimidade, é necessário criar o *status* das pessoas do direito que pertençam, enquanto portadores de direitos subjetivos, a uma associação voluntária de jurisconsortes e que efetivamente façam valer por meios judiciais suas respectivas reivindicações jurídicas. Não há direito algum sem a autonomia privada de pessoas do direito. Sem os direitos fundamentais que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, não haveria um *medium* para a institucionalização jurídica das condições sob as quais eles mesmos podem fazer uso da autonomia pública ao desempenharem seu papel de cidadãos do Estado.

É em virtude das razões apresentadas que Habermas defende que a autonomia privada e a pública pressupõem-se mutuamente, sem que os direitos humanos possam reivindicar um primado sobre a soberania popular nem essa sobre aquele.

Esse postulado se justifica no fato de que os cidadãos só podem fazer uso adequado de sua autonomia pública quando são independentes o bastante, em razão de uma autonomia privada que esteja equanimemente assegurada; mas, também, no fato de que só poderão chegar a uma regulamentação capaz de gerar consenso, se fizerem uso adequado de sua autonomia política enquanto cidadãos do Estado.

Analisando a fatualidade da autonomia privada e política, Habermas verificou que a coesão interna entre Estado de direito e democracia foi suficientemente encoberta pela concorrência dos paradigmas jurídicos dominantes até hoje.

O paradigma jurídico liberal conta com uma sociedade econômica que se institucionaliza por meio do direito privado e que se coloca à mercê da ação espontânea de mecanismos de mercado. No modelo do Estado social se tem a idéia de que se a liberdade do poder ter e poder adquirir, pregados pelo outro modelo, deve garantir justiça social, então, é preciso haver uma igualdade de poder juridicamente. Acontece que os pressupostos factuais capazes de proporcionar essa igualdade foram desestabilizados com a crescente desigualdade das posições de poder econômico, patrimônio e condições sociais. Foi necessário, então, especificar o conteúdo das normas vigentes do direito privado, assim como positivar direitos fundamentais de cunho social. Surge, então, um paternalismo socioestatal para garantir a materialização do direito que acaba por limitar o espaço de atuação de seus prováveis beneficiários, no que se refere à concepção autônoma dos projetos de vida de cada um deles.

Os dois paradigmas - liberal e Estado social - apresentam a justiça social como algo que pode ser satisfeita pelo esforço particular, assegurado e autônomo de cada um, possibilitadores de concretizar as suas concepções de bem viver.

Essas duas partes discordam quanto a se poder garantir a autonomia privada diretamente mediante direitos de liberdade, ou a se dever assegurar o surgimento da autonomia privada mediante outorga de reivindicações de benefícios

sociais. Por essa razão, Habermas considera que a coesão interna, na forma defendida por ele, entre autonomia privada e pública não foi satisfeita por esses paradigmas.

3 CO-ORIGINARIEDADE DO ESTADO DE DIREITO E DA DEMOCRACIA

3.1. Relação entre soberania do povo e Estado de direito

Habermas procura explicar a co-originariedade da democracia e do Estado de direito através de uma teoria do discurso. Inicialmente ele afirma que a compreensão moderna da democracia diferencia-se da clássica em virtude do direito, que lhe é relacionado, caracterizar-se por ser positivo, cogente (racionalmente necessário) e estruturado individualisticamente. O direito moderno resulta de normas produzidas por um legislador e sancionadas pelo Estado, tendo como alvo a garantia de liberdades subjetivas.

Sob uma perspectiva liberal, a liberdade dos cidadãos em uma democracia será assegurada através dos direitos humanos e da soberania popular. A participação dos direitos humanos e da soberania popular servirá como uma segunda fonte de legitimação do Estado democrático de direito.

Historicamente, essas duas fontes de legitimação, os direitos humanos e a soberania popular, surgem concorrendo uma contra a outra. O liberalismo e o republicanismo não conseguem quebrar essa disputa, haja vista que um prioriza os direitos humanos e o outro a soberania popular.

No liberalismo a autonomia privada dos cidadãos assume forma nos direitos fundamentais. No republicanismo a autonomia política dos cidadãos incorpora-se na auto-organização de uma comunidade que cria as suas próprias leis. Dessa forma, é usual estabelecer que a fundamentação normativa do Estado democrático de direito pressupõe uma hierarquia entre os princípios dos direitos humanos e o da soberania popular. A legitimação da lei se dará quando coincidir com os direitos humanos ou quando surgirem da formação democrática da vontade.

Nas duas situações a parte não privilegiada sai prejudicada, ora a soberania do povo, ora o Estado de direito.

Habermas considera que os dois princípios são 'co-originários', ou seja, um não é possível sem o outro em um Estado democrático de direito. Por dois motivos. Primeiro, porque o legislador não deve resguardar os direitos humanos, traduzido em direitos fundamentais, como uma mera limitação nem como requisito funcional necessário a seus fins; segundo, pela relação complementar entre autonomia privada e pública. Essa complementariedade se dá pelo fato de que o exercício da autonomia pública, pela via dos direitos políticos, é garantido pela independência desses cidadãos na vida privada.

Habermas faz uma excursão acerca do conceito de autonomia em Rousseau e Kant. Essa autonomia não reflete uma carta de alforria voluntarista, pois ao se colocar os destinatários do direito como autores desse direito, a autonomia privada impede a tomada de qualquer decisão arbitrária. A liberdade de arbítrio é relacionada à autonomia no sentido de uma formação racional da vontade, mesmo que ela não possa ser exigida legalmente. Segundo Habermas, os destinatários da lei devem ligar a sua vontade àquelas leis que eles se dão a si mesmos em consequência de uma vontade comum, obtida através de um discurso. A liberdade de todos depende da harmonia com a liberdade individual de cada um. Dessa forma, só encontram assentimento racional as leis que são harmônicas com o interesse de cada um.

Habermas aponta que nem Rousseau nem Kant conseguiram aproveitar o conceito de autonomia para a fundamentação inequívoca da democracia, em termos de um Estado de direito. Ambos enfatizaram a vontade do povo sendo que Rousseau relacionou leis gerais e abstratas ao processo democrático, enquanto em Kant há uma ênfase nos direitos humanos pressupostos na moralidade.

Para Habermas, seguindo o pensamento do discurso racional, o nexo interno entre razão e vontade só pode se desenvolver, na dimensão do tempo, como um "processo histórico que se corrige a si próprio". Ele procura mostrar que a

relação aparentemente paradoxal entre democracia e Estado de direito pode ser diluída na história, ao se entender a constituição como um projeto que pereniza o ato fundador constituinte no interior do processo evolutivo das gerações seguintes.

3.2. Interpretação liberalista de democracia e Estado de direito

Segundo Habermas, Michelman⁸ defende que, sob uma interpretação liberal, a relação entre democracia, como fonte de legitimação, e um Estado de direito, que não necessita de legitimação, não é paradoxal, pois as regras constitutivas que tornam possível uma democracia (lei fundamental) não podem limitar a prática democrática através de normas impostas a partir de fora. No entender de Michelman, não há paradoxo, pois condições de possibilidade viabilizadoras não devem ser confundidas com condições restritivas.

Habermas vai de encontro a isso afirmando que o argumento apresentado não é suficiente para a fundamentação porque se refere somente à parte da lei fundamental imediatamente constitutiva para a entronização da formação democrática da opinião e da vontade. Segundo Habermas o núcleo dos direitos fundamentais é formado pelos direitos de liberdade que garantem uma formação autônoma da vida e a persecução do próprio bem-estar. Finaliza afirmando que o fato de os direitos fundamentais liberais tornarem possível a democracia não basta para demonstrar que eles tornam viável a democracia. Esses direitos fundamentais liberais são suficientes apenas para demonstrar os direitos fundamentais políticos.

⁸ Frank Michelman, professor de direito público da Universidade de Havard, elaborou crítica acerca da relação entre a soberania do povo e os direitos humanos apresentados por Habermas, razão pela qual este apresentou o texto *O Estado Democrático de Direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios*, na tentativa de transparecer ainda mais a idéia de que é possível explicar a

3.3. Interpretação republicana de democracia e estado de direito

Quanto à interpretação republicana da democracia, segundo a qual a substância da constituição tem que emergir de um processo inclusivo de formação da opinião e da vontade dos cidadãos, ou seja, de uma autodeterminação democrática oriunda de um auto-entendimento político-ético, não coagido, de um povo acostumado à liberdade, os princípios do Estado de direito não são prejudicados por não ser parte integrante de um *ethos democrático*. Para Habermas essa consideração cai numa *petitio principii*⁹ por introduzir as orientações valorativas liberais que tornam supérfluas a imposição do direito através de costumes e da autoligação moral.

A interpretação republicana irá adquirir um sentido procedimentalista ao transportar as fontes de um consenso sobre valores para as formas características do processo democrático. Dessa forma, os direitos fundamentais passam a serem tidos como respostas derivadas de exigências inerentes a uma comunicação política entre estranhos, que faz supor que tais direitos sejam racionalmente aceitáveis. Assim, a constituição adquire um sentido procedimental capaz de instituir formas de comunicação que cuidam para que haja um uso público da razão e uma compensação equitativa de interesses, levando em conta a respectiva necessidade de regulamentação e os contextos específicos.

3.4. Posição habermasiana acerca de democracia e Estado de direito

Habermas, analisando os princípios básicos da concepção de democracia liberal, descrita por Michelman, afirma que este, apesar de lhe revelar

co-originaridade a democracia e do Estado de direito através de uma teoria do discurso. IN, HABERMAS, Jürgen. **Era das Transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

⁹ A expressão *petitio principii* advém do latim. Em sentido estrito, quer dizer: petição (requerimento) de princípio. Em sentido lato, significa: raciocínio errado, que consiste em supor como aceite ou provada a tese que precisamente e deve provar. Por outras palavras, consiste em fazer entrar numa das premissas o equivalente da conclusão, i. é, um equivalente do ponto de vista lógico, habilmente

maior simpatia, não acredita que essa interpretação da democracia deliberativa seja capaz de solucionar a relação paradoxal entre democracia e Estado de direito. Segundo ele, o paradoxo vem à tona no momento em que se busca averiguar, no ato constitutivo da norma, a participação da opinião e da vontade dos cidadãos no processo democrático constituinte.

Habermas ao propor que os fundamentos normativos do Estado democrático de direito fossem vistos como o resultado de processos deliberativos e decisórios que os fundadores iniciaram com a intenção de criar uma associação autônoma de participantes do direito, livres e iguais, afirma que:

"esse sistema deve contemplar os direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência como os meios legítimos do direito positivo" (HABERMAS, 1997, I, Pág. 154).

Nesse entendimento, será legítimo aquilo que encontra o assentimento fundamentado de todos, sob as condições de um discurso racional, passivo de autocorreções reiteradas. Igualmente, os participantes se comprometem a assumir o direito moderno como *medium* para regular sua convivência. Essas duas situações fazem jus ao conceito kantiano de autonomia política, que afirma não haver liberdade enquanto houver um único cidadão impedido de gozar da mesma liberdade sob as leis que todos os cidadãos se deram a si mesmos, seguindo uma deliberação racional.

Para abordar o sistema dos direitos fundamentais que pode ser desenvolvido a partir do princípio teórico discursivo, Habermas prefere esclarecer, inicialmente, sobre as conseqüências de um Estado de direito democrático que se orienta pela institucionalização jurídica de uma ampla rede de discursos.

Os discursos públicos necessitam de uma especificação diferente de acordo com o objeto, o tempo e o contexto social. Dependendo da necessidade de decisão ou da respectiva matéria, muitas vezes passam para o primeiro plano os

aspectos jurídicos e morais de uma coisa, outras vezes os aspectos éticos. Os processos de legitimação fluem através de níveis diferentes de comunicação. As normas e os procedimentos jurídicos que permitem a realização de discursos não podem ser confundidos com os procedimentos cognitivos e os padrões de argumentação que comandam o fluxo interno dos discursos.

A legitimidade procedimental dos resultados de qualquer discurso depende, não só da legitimidade das regras segundo as quais foi estatuído, como também de pontos de vistas temporais, sociais e objetivos.

Para evitar o regresso ao infinito de uma autoconstituição circular, Habermas recorre à objetividade de idéias morais últimas. O regresso é a expressão de um aspecto do caráter da constituição dos Estados democráticos de direito, a saber, a sua abertura para o futuro. A constituição é um projeto capaz de formar tradições com um início marcado na história.

As gerações futuras terão a tarefa de atualizar a substância normativa da constituição - característica que a torna dinâmica. Essa dinâmica deve ser vista como um processo que se corrige a si mesmo. Essa continuidade faz com que haja a inclusão de grupos marginalizados e a elevação de classes subprivilegiadas, não identificadas anteriormente, fazendo com que melhorem os pressupostos para a legitimidade de processos democráticos existentes, que até então eram falhos.

Os participantes têm que estar em condições de reconhecer o projeto como sendo o mesmo que perdura, através dos séculos, e serem capazes de avaliá-lo dentro da mesma perspectiva. A atualização poderá se dar de duas formas. Eles podem referir-se criticamente aos textos e decisões da geração dos fundadores e dos sucessores, ou assumir a perspectiva dos fundadores e dirigi-la criticamente contra a atualidade.

Habermas utiliza-se de uma "interpretação discursiva da autoconstituição democrática do Estado constitucional". Para ele, os princípios

democráticos são inerentes à constituição da democracia enquanto tal. Os direitos fundamentais na sua totalidade, portanto, não apenas os direitos políticos dos cidadãos (falha do pensamento liberal), são constitutivos para o processo da autolegislação.

Segundo ele, a teoria do discurso também simula um estado inicial que serve de ponto de partida. Da mesma forma, as pessoas resolvem entrar, autonomamente, numa prática constituinte. Para isso, os participantes admitem a regulação de sua convivência futura com os meios do direito positivo. Esse direito obedecerá aos pressupostos pragmáticos exigentes de uma prática de argumentação. Aqui, ele se distancia dos pensamentos anteriores que se apoiavam na racionalidade instrumental e na moralidade. Além disso, a entrada na prática constituinte exige a disposição de traduzir o sentido dessa prática num tema explícito. Tem que refletir sobre o sentido específico do projeto e depois explicitá-lo conceitualmente para se identificar as tarefas construtivas que podem vir a ser necessárias antes do início concreto dos trabalhos constituintes.

Inicialmente, há de ser previsto, para todo e qualquer membro futuro da associação, a posição de um portador de direitos subjetivos. O *status* das pessoas do direito é determinada pelas categorias de direitos que geram o próprio código jurídico, a saber:

- (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 política autônoma e do *status* de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito.
- (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.
- (4) Direitos fundamentais à participação, em igualdades de chances, em processos de formação de opinião e da vontade, nas quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo (HABERMAS, 1997, I, 159).

Esses direitos fundamentais, todos de conteúdo concreto variável (inicialmente vazio), são exigidos para a fundação de uma associação de parceiros jurídicos que se reconhecem, reciprocamente, como portadores de direitos

subjetivos reclamáveis e que se antecipam no papel de futuros aproveitadores e destinatários dos direitos (três primeiros direitos fundamentais). Porém, ao tomarem conhecimento de que necessitam serem reconhecidos como autores do direito em geral, eles precisam se autotransformar em legisladores políticos, razão para existência do quarto direito fundamental, que resulta da configuração autônoma do direito para uma participação em igualdade de condições, na legislação política.

Até o momento nada aconteceu de modo real. Os participantes têm que captar aquilo que deve ser regulado, e determinar quais direitos são exigidos para tal matéria carente de regulamentação. Para conhecerem a necessidade dos direitos, eles têm que se confrontar com os prejuízos/conseqüências de sua ausência.

Tem-se que atentar para dois níveis: o da explicação da linguagem dos direitos subjetivos, onde a prática comum de uma associação de parceiros jurídicos livres e iguais pode se manifestar, e o da realização desse princípio através do exercício, da realização fática dessa prática. Porque, tão logo a prática da autodeterminação cidadã for entendida como um processo longo e ininterrupto de realização e de configuração do sistema de direitos fundamentais, o princípio da soberania popular emergirá por si mesmo na idéia do Estado de direito. É dessa forma que o princípio democrático pode ser concretizado juntamente com a idéia do Estado de direito, pois ambos os princípios encontram-se numa relação de implicação material recíproca.

Habermas procura concluir afirmando que a liberdade não pode ser confundida com liberdade de arbítrio e o poder das leis não precede a vontade do soberano, nem deriva dela, pois ele está inscrito na autolegislação política. A autoligação racional do soberano político significa uma ligação a um direito legítimo. A razão prática liga-se às características constitutivas do direito moderno. É por esse motivo que a relação de implicação existente entre soberania do povo e Estado de direito se reflete também na relação entre a autonomia do cidadão do Estado e a autonomia do cidadão da sociedade: uma não pode ser realizada sem a outra.

O direito legítimo protege a autonomia simétrica de cada um. Porém, a obrigatoriedade de normas jurídicas não se apoia somente na compreensão daquilo que é igualmente bom para todos, mas também nas decisões coletivamente obrigatórias de instâncias que criam e aplicam o direito. Como disse Michelman: "qualquer tipo de lei é alvo de um desacordo contencioso" (*Apud* HABERMAS, 2003. p. 164). Disso resulta a necessidade de uma divisão de papéis entre autores e destinatários do direito. A autonomia aparece, no campo do direito, assumindo a figura da autonomia privada e autonomia pública.

O moderno direito coativo só pode exigir de seus destinatários um comportamento que está em sintonia com as leis, sem levar em conta os motivos. A obediência à lei não pode ser cobrada simplesmente por respeito à lei, isso iria ferir a autonomia privada. Assim, a autonomia privada assume a figura da liberdade de arbítrio garantida pelo direito. O que não impede que uma pessoa possa obedecer a lei apenas pelo motivo de respeito à lei. É por esta razão que o direito vigente tem que ser um direito legítimo, isto é, o direito constituído de acordo com procedimentos da formação democrática da opinião e da vontade, que fundamenta a suposição de aceitabilidade racional dos resultados.

Habermas esclarece a posição da autonomia pública e autonomia privada, como elementos da relação entre democracia e Estado de direito, da seguinte forma:

A exigência da orientação pelo bem comum, que se liga com a autonomia pública, constitui uma expectativa racional na medida em que somente o processo democrático garante que os 'cidadãos da sociedade' cheguem simetricamente ao gozo de iguais liberdades subjetivas. Inversamente, somente uma autonomia privada dos 'cidadãos da sociedade', assegurada, pode capacitar os 'cidadãos do Estado' a fazer uso correto de sua autonomia política. A interdependência de democracia e Estado de direito transparece na relação de complementaridade existente entre autonomia privada (cidadão da sociedade) e pública ou cidadã (cidadão do Estado): uma serve de fonte para a outra (Habermas, 2003. Pág. 173).

A razão prática se realiza na autonomia pública e na privada, pois ambas tanto constituem fins em si mesmos, como uma é meio para a outra.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Habermas pretende, em seu projeto de continuidade dos ideais da modernidade, resgatar os conceitos apresentados pelos pensadores políticos e justificar o direito como *medium* de integração social. Apesar de apontar as falhas dos conceitos anteriores, ele defende que os enganos do passado podem ser corrigidos através de uma nova justificação daqueles ideais. É por via da teoria do discurso que ele pretende essa reconstrução, dando-lhe recursos para legitimação no âmbito da política, mais especificamente em um Estado democrático de direito. A teoria do discurso pretende preservar o nexu interno entre sociedade e razão, mas não nos mesmos termos das teorias normativas.

Habermas afirma que para os cidadãos regularem legitimamente a sua convivência através do direito, única forma de integração social em regimes democráticos, eles terão que atribuir uns aos outros determinados direitos.

Não é mais possível para o direito moderno procurar um fundamento na tradição, na religião, ou mesmo, na moral. A medida de legitimação desliga-se de uma esfera moral para fixar-se em procedimentos discursivos. O direito e a moral são equiprimordiais e complementares e não subordinada uma à outra. Portanto, o direito não decorre do princípio da moralidade e sim do princípio da democracia, embora ambos sejam deduzidos de um mesmo princípio: o do discurso. É a partir do princípio da democracia que se justificam os processos de institucionalização das condições de instauração do Direito.

A coesão interna entre os direitos subjetivos de pessoas em particular e a autonomia pública dos cidadãos do Estado, participantes da criação do direito, não pode ser ofuscada pelas idéias liberais ou republicanas. Os sujeitos particulares do direito só podem chegar ao gozo de liberdades subjetivas, se eles mesmos, no exercício conjunto de sua autonomia de cidadãos ligados ao Estado, tiverem clareza quanto aos interesses e parâmetros justos e puserem-se de acordo quanto a

aspectos relevantes sob os quais se deve tratar com igualdade o que é igual, e com desigualdade o que é desigual.

O Estado Democrático de Direito surgido como revitalizador do Estado de Direito tem como foco principal a participação popular para a justificação do Direito como meio de controle da sociedade, garantidor das liberdades individuais.

Acontece, contudo, que o espírito democrático inserido nesse novo conceito não conseguiu se impor plenamente como regulação do direito. O direito, na verdade, continua tolhendo a participação da grande massa da população nas decisões impostas pelos grandes grupos sociais e econômicos.

Habermas apresenta a reviravolta no seu pensamento quando coloca a tensão entre a faticidade e a validade como constitutiva do direito, na tentativa de compreender a legitimidade como condição de legalidade, contrapondo-se a uma visão tradicional que insiste em utilizar as categorias de ideal quando propõe explicar a crise da legitimidade e da eficácia pela qual passa o direito.

Em suma, Habermas apresenta uma concepção jurídica procedimentalista, segundo o qual o processo democrático precisa assegurar ao mesmo tempo a autonomia privada e a pública: os direitos subjetivos, cuja tarefa é garantir a todos um delineamento autônomo e privado para suas próprias vidas, não podem ser formulados de modo adequado sem que os próprios envolvidos articulem e fundamentem os aspectos considerados relevantes para o tratamento igual ou desigual em casos típicos. Só se pode assegurar a autonomia privada de cidadãos em igualdade de direito quando isso se dá em conjunto com a intensificação de sua autonomia civil no âmbito do Estado.

A teoria de Habermas, que pretende dar continuidade ao projeto da modernidade, favorece a reflexão sobre a possibilidade de construir uma sociedade razoavelmente justa e democrática hoje. Apesar da aparente utopia do projeto, nada faz deixar de ser uma boa justificativa o estudo de sua teoria para uma saída à crise atual do direito, da democracia, e porque não dizer, da sociedade.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. *Moral, direito e política. Sobre a Teoria do Discurso de Habermas*. In: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odilon Alves; SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva (orgs.). **Filosofia política contemporânea**. Petrópolis: Vozes, 2003.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução: Mário da Gama Kury. 3ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

COSTA, Reginaldo da. **Ética e Filosofia do Direito**. Fortaleza: ABC Editora, 2006.

ENCARNAÇÃO, João Bosca da. **Filosofia do direito em Habermas: a hermenêutica**. 2ª edição. Lorena: Editora Stiliano, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

----- Sobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia. In, **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução: Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

----- **Era das transições**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

----- **Direito e Moral**. Tradução: Sandra Lippert. Coleção pensamento e filosofia. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.

LALANDE, André. **Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MELO, Thelma Maryland Silva de (org.). **Manual de normalização**. Disponível em <<http://www.uece.br>>. Acesso em: 11 janeiro 2007.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 2ª edição, revista e atualizada. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

ROUSSEAU, J-J. **Do Contrato Social ou Princípios do Direito Político**. Coleção Os Pensadores. Vol. 1. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

SOCIEDADE IENTÍFICA DA UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA. **Logos: Enciclopédia Luso-brasileira de Filosofia**. Lisboa: Verbo, 1992. I e IV.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ. **Trabalhos científicos: organização, redação e apresentação**. 2 ed. revisada e ampliada. Fortaleza: EdUECE, 2005.