PROPEDEÚTICA ACERCA DA DEMOCRACIA E LEGITIMIDADE DO DIREITO SEGUNDO JÜRGEN HABERMAS

PROPAEDEUTIC ABOUT JÜRGEN HABERMAS'S DEMOCRACY AND LAW'S LEGITIMACY

Caroline Lorenzon José

Possui graduação em Direito - Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (2007). Possui graduação em Filosofia - UFSC (2010). Advogada, especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho - AMATRA SC (2007). Mestra em Princiologia e Hermenêutica Constitucional - UNIVALI (2009). Doutoranda em Ciência Jurídica - UNIVALI (2010).

E-mail: linemaschi@terra.com.br.

Resumo

O presente artigo procura desenvolver breves noções acerca do estudo da democracia, sob o olhar habermasiano. O estudo proposto pretende demonstrar qual a concepção de democracia que, para Habermas, legitima o Estado Democrático de Direito. Sua ideia democrática emerge no interior da relação existente entre direito e moral, na qual se afirma sua cooriginariedade sob o viés normativo da autonomia política.

Palavras-chave: Direito. Democracia. Princípio da Democracia.

Abstract

The present article looks for to develop brief slight knowledge concerning the study of the democracy, as stated by Habermas. The considered study it intends to demonstrate to which the conception of democracy that, for Habermas, legitimizes the Democratic State of Right. Its democratic idea emerges in the interior of the existing relation between right and moral, in which if it affirms the co-originality under the normative bias of the autonomy politics.

Keywords: Law. Democracy. Democratic Principle.

Sumário: Introdução. 1. Direito e Moral. 2. O Princípio Democrático (De). 3. Democracia Comunicativa e Procedimental. 4. A Legitimidade do Direito. 5. A Teoria do Direito e a Ação Comunicativa. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O estudo trata da concepção habermasiana de democracia e de que forma ela fundamenta o Estado Democrático de Direito, que consiste no processo de positivação das normas programáticas, a saber, definições acerca das finalidades institucionais e precípuas do Estado absorvidas pela Constituição (MARTINEZ, 2007). Como hipótese, pode-se afirmar que, para o autor, os procedimentos de legitimação das democracias estão relacionados à legitimação na esfera administrativa. Isso pode ser empreendido por meio de filtros estruturais de acesso à opinião e comunicação pública. A metodologia utilizada foi a dedutiva. O trabalho pretende apresentar alguns aspectos do conceito e legitimidade da democracia em Habermas. O problema de pesquisa é estudar as possibilidades da utilização da teoria habermasiana aplicada à questão democrática.

1. DIREITO E MORAL

A concepção habermasiana de democracia surge no interior da relação existente entre direito e moral, na qual se infere a cooriginariedade sob o viés normativo da autonomia moral e política. Ela emerge do interior da relação cooriginária entre direito e moral, tendo em vista que o princípio do Discurso (D) explora a imparcialidade dos juízos práticos, por se referir a normas de ação em geral.

Nas próprias palavras de Habermas,

Com relação à versão abstrata de 'D', é importante frisar que os temas e contribuições, bem como o tipo de argumentos que "contam", não podem ser reduzidos *a fortiori*. Pois o princípio moral resulta de uma especificação do princípio geral do discurso para normas de ação que só podem ser justificadas sob o ponto de vista da consideração simétrica dos interesses. O princípio da democracia resulta de uma especificação correspondente para tais normas de ação que surgem na forma do direito e que podem ser justificadas como o auxílio de argumentos pragmáticos, ético-políticos e morais – não apenas com o auxílio de argumentos morais. (HABERMAS, 2003, p. 142-143)

Dessa forma, o princípio democrático explicita a imparcialidade dos juízos práticos (agir orientado e adequado aos fins) de forma abstrata, pois se refere a normas de ações gerais. Esse princípio trabalha com a autonomia pública e privada

---

por que é externo à relação de subordinação existente entre direito e moral ao estabelecer um procedimento discursivo de formação de opinião pública e da vontade através do direito.

O escopo habermasiano é mostrar que a consciência moral se desconecta da prática tradicional¹ (ou seja, segundo a teoria de Habermas, o ser humano encontra-se “condenado” à grande indeterminação da linguagem e da argumentação e, portanto, compreende a realidade a partir daquilo que aí é comunicado). A fórmula jurídica se faz necessária, no entanto, em um mundo pós-metafísico, a relação entre moral pós-convencional² e autônoma se articula em complementação recíproca, em que ambos carecem de fundamentação racional (HABERMAS, 1999, p. 7-28).

Em suma, de acordo com Habermas as questões morais e as éticas separam-se das questões jurídicas.

No nível institucional, o direito positivo separa-se dos usos e costumes, desvalorizados como simples convenções. É certo, que as questões morais e jurídicas referem-se aos mesmos problemas: como é possível ordenar legitimamente relações interpessoais e coordenar entre si ações servindo-se de normas justificadas? Como é possível solucionar consensualmente conflitos de ação na base de regras e princípios normativos reconhecidos intersubjetivamente? No entanto, elas referem-se aos mesmos problemas, a partir de ângulos distintos. (HABERMAS, 2003, p. 119)

Em outra obra o discorrendo sobre a contribuição weberiana, Habermas acrescenta que neste autor o direito moderno necessita legitimar o poder exercido de acordo com o direito, baseando-se unicamente em qualidades formais próprias.

E, para fundamentar essa ‘racionalidade’, não se pode apelar para a razão prática no sentido de Kant ou de Aristóteles. Isso significa, para Weber, que o direito dispõe de uma racionalidade própria, que não depende da moral. Aos seus olhos, a confusão entre moral e direito pode, inclusive, colocar em

---

¹ É na modernidade que o conceito de razão prática tradicional torna-se integrante da compreensão do homem moderno. Há, pois, a superação do sistema aristotélico no momento em que a razão se liberta das amarras de formas de vida culturais e políticas para concentrar-se na busca da felicidade individualista e de autonomia moral. As sociedades modernas apresentam uma complexidade tal que a concepção de uma sociedade centrada no Estado não mais serve para a compreensão adequada dos problemas oriundos das relações inter e intrassistêmicas. Assim, a prática tradicional foi alienada de seu conteúdo normativo e nos tempos atuais, fala-se que o lugar da razão prática tradicional passa a ser ocupado pela razão comunicativa (EFKEN, 2004, p. 5-14).

² Já no caso do nível pós-convencional ou estágio do discurso, estarão sendo conjugados dois sistemas de perspectivas, quais sejam: as perspectivas do falante e as do mundo – objetivo, social e subjetivo. Desse modo, Habermas terá que dar conta de mostrar como é possível, no terceiro estágio da interação, a coordenação das perspectivas (do falante e do mundo), e também a integração dos tipos de interação (estratégica e orientada ao entendimento) (BANNWART JÚNIOR, 2007).

---

risco a racionalidade do direito e, com isso, o fundamento da legitimidade da dominação legal. (HABERMAS, 1997, p. 193-194)

Moral e o direito distinguem-se porque a moral representa uma forma de saber cultural, enquanto o direito adquire obrigatoriedade em nível institucional. Além de ser sistema de símbolos, o direito é sistema de ação. Nas próprias palavras do autor,

O direito é um sistema de saber e, ao mesmo tempo, sistema de ação; ele pode ser entendido como um texto repleto de proposições e interpretações normativas ou como uma instituição, isto é, como um complexo regulativo de ação; por isso as proposições jurídicas têm eficácia imediata para a ação, o mesmo não acontecendo com os juízos morais enquanto tais. [...] E, como o direito está estabelecido simultaneamente nos níveis de cultura e da sociedade, ele pode *compensar* as fraquezas de uma moral racional que se atualiza primariamente na forma de um saber. (HABERMAS, 2001, p. 150)

No caso dos modernos sistemas jurídicos, o conceito de processo institucionalizado juridicamente passa a ser central: a produção de normas passa a estar submetida a normas. Também, nestes processos é necessário que as decisões sejam fundamentadas e como consequência da moderna estratificação do direito em regras e princípios, os discursos jurídicos passa a não poder mover-se em um universo fechado de regras fixadas univocamente. Assim,

O direito constitucional revela que muitos desses princípios possuem uma dupla natureza: moral e jurídica. Os princípios morais do direito natural transformaram-se em direito positivo nos modernos Estados constitucionais. Por isso, a lógica da argumentação permite ver que os caminhos de fundamentação, institucionalizados através de processos jurídicos, continuam abertos aos discursos morais. [...] a legitimidade pode ser obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. (HABERMAS, 1997, p. 203)

Desse modo, desde o início da Modernidade há a cooriginariedade entre os direitos fundamentais e os direitos políticos de participação e comunicação. O direito natural racional considerava que havia uma relação competitiva entre direitos humanos e vontade de soberania popular. A explicação pode ser encontrada na própria racionalização social que se originou com a decomposição do *ethos* social devido ao surgimento de uma sociedade pós-convencional.

A partir do descrédito da fundamentação metafísica e teleológica jurídica, a ética separou-se da moral. Isso ocorreu, também, na medida em que os agentes

---

adquiriram capacidade para decidir, de forma consciente, sobre a realização de sua própria concepção de vida e de autodeterminação das normas de interesse simétrico de todos os abrangidos.

Com o objetivo de compreender a reflexão ética e moral, em Habermas, mister diferenciar os três usos da razão prática: uso pragmático, ético e moral. O conceito habermasiano de razão prática é emprestado de Kant. Dessa forma, a razão prática é a razão humana; capacidade de raciocinar voltada para a ação. Enquanto que a capacidade humana de raciocinar voltada para a atividade intelectual é denominada de razão teórica.

O uso pragmático da razão prática define o agir orientado por fins. Para Habermas, quando a razão prática se procedimentaliza, não se perquire o conteúdo ético ou moral do agir, mas tão somente o resultado. Ele pode ser confundido com certo egocentrismo e egoísmo: a ação é voltada para o “eu”.

Por outro lado, o uso ético da razão prática está sustentado em outro alicerce, a saber, a busca do que é bom para a coletividade e para o indivíduo, concomitantemente. Habermas utiliza como exemplo a escolha da profissão:

Quanto mais radicalmente essa questão se põe, tanto mais ela se exacerba no problema de saber que vida se gostaria de ter, e isso significa: que tipo de pessoa se é e, ao mesmo tempo, se gostaria de ser. Quem, em decisões de importância vital, não sabe o que quer, perguntará por fim quem ele é e quem ele gostaria de ser. O uso ético da razão diz respeito ao bem viver: a razão, nesse caso, busca o que é bom. (HABERMAS, 1989, p. 6)

É assim que o autor interliga o uso ético da razão prática à realidade social. E ele prossegue

A vida que é boa para mim toca também as formas de vida que nos são comuns. Assim, o *ethos* do indivíduo permanecia, para Aristóteles, referido e adstrito à ‘*polis*’ dos cidadãos. No entanto, as questões éticas têm uma direção inversa das questões morais: a regulação dos conflitos interpessoais entre as ações, os quais resultam de esferas de interesses contraditórias, ainda não é tema aqui. (HABERMAS, 1989, p. 9)

O princípio norteador da moral é, para Habermas, a universalidade. As normas morais devem ser aceitas por todos os envolvidos na situação, sem coação. No tocante ao uso moral da razão prática, o princípio norteador é o problema da justiça.

Em suma, como já foi dito, a moral surge de uma situação de conflito na

---

ação. No momento em que em determinada situação os sujeitos se questionam sobre o que é justo, fazem uso da razão prática sob a ótica do princípio moral. Isso significa também dizer que a razão prática só age do ponto de vista moral em função de uma realidade voltada à comunidade. Em suma, diferentemente de Kant, o qual observava a razão prática a partir do sujeito individual, em Habermas, sua própria essência é coletiva e social.

Como sintetiza Iara Guazelli:

O uso moral da razão prática desperta em função de um problema colocado pela comunidade e, além disso, somente através de um agir comunicativo pode desenvolver-se. Com efeito, a busca de princípios morais que sejam capazes de fundamentar normas de ação só acontece no diálogo, no qual estão envolvidos todos os interessados. Não há princípios morais pré-existentes à realidade da interação comunicativa. Somente respeitando as normas que presidem o agir comunicativo e, em especial, o discurso, as pessoas podem buscar, através da discussão em vista do entendimento, os princípios morais bem como a sua aplicabilidade. As normas que presidem a reflexão e o questionamento moral são as próprias normas que orientam qualquer forma de ação cujo fim último seja a comunicação entre as pessoas. As normas que comandam o agir comunicativo e o discurso em vista do entendimento mútuo (que é uma forma, entre outras, do agir comunicativo) são, no fundo, bem simples. (GUAZELLI, 2007)

Neste terceiro estágio da razão prática, a vontade não possui nenhum outro princípio que a determina a não ser a própria razão que é, no homem, o princípio universal. Devido a isto, a vontade é livre e é guiada pela razão em detrimento do útil e do bom. Não é o objeto que determina a ação, mas sim o “eu” (GUAZELLI, 2007).

Guazelli continua:

Em segundo lugar, de acordo com a tradição Kantiana, Habermas opta por uma moral cognitivista: isto significa que é através da razão que se atinge o ponto de vista moral. Não há outra faculdade humana capaz de definir a lei moral a não ser a razão. Não é o coração ou qualquer tipo de instinto ou intuição; a moral está ligada à razão, ao conhecimento. (GUAZELLI, 2007)

Outra questão importante é a relação existente entre ética e moral. Iara Guazelli prossegue:

Segundo Habermas, as ações morais são aquelas que conseguem desprender-se do mundo ético tradicional e buscam guiar-se por princípios descobertos a partir da reflexão e do questionamento. Ora, estes novos princípios podem servir para iluminar determinada situação concreta, mas ao mesmo tempo, devem ser aplicados novamente a esta situação para que o processo tenha sentido. Dessa forma, inserimos o ponto de vista moral em uma determinada prática a qual, uma vez incorporada à vida social, passa a

---

ser vivida como ética. (GUAZELLI, 2007)

Habermas não pretende apenas desenvolver uma teoria acerca da moral, mas sim propor uma forma de agir comunicativo. Para o filósofo somente é moral aquilo que pode e for aceito por todos, sem coação.

2. O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO (De)

A relação de cooriginariedade entre direito e moral somente ocorre por meio de um princípio “neutro”, a saber, o princípio do discurso (D). O referido princípio preconiza que são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos possam dar o assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais (MIRANDA, 2004).

Assim, o princípio (D) explicita a imparcialidade de juízos práticos. O princípio democrático contempla a autonomia privada e pública porque é externo à relação de subordinação e cooriginariedade entre direito e moral e, concretiza isso ao estabelecer um procedimento discursivo de formação da opinião e da vontade através do código de direito (MIRANDA, 2004).

Dessa forma, no princípio democrático, resultante da interligação e interconexão entre princípio (D) e forma jurídica, Habermas vislumbra a “gênese lógica dos direitos da qual se depreende as categorias de direito que geram o próprio código jurídico, uma vez que determinam intersubjetivamente o *status* de pessoas de direito” (MIRANDA, 2004).

Portanto, o princípio democrático refere-se à ética do Discurso e introduz uma diferenciação entre princípio moral e princípio da democracia, tendo em vista uma sustentação do direito a partir da teoria do discurso. Segundo Habermas, o mesmo,

destina-se a amarrar procedimentos de normatização legítima do direito. Ele significa, com efeito, que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva. O princípio da democracia explica noutros termos, o sentido performativo da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente [...] O princípio da democracia pressupõe preliminarmente a possibilidade

---

da decisão racional de questões práticas, mais precisamente, a possibilidade de todas as fundamentações, a serem realizadas em discursos (e negociações reguladas pelo procedimento), das quais depende a legitimidade das leis. (HABERMAS, 2003, p. 145)

O princípio democrático discute como pode ser institucionalizado um sistema de direitos garantidor da simetria de participação de todos em processo de normatização jurídica. Desse modo, o princípio da democracia além de se estabelecer em processos legítimos de normatização, também orienta a produção do *medium* do direito, a saber, o homem comum.

Isso porque é a partir da formalização do princípio (D) que Habermas busca fundamentar um sistema de direitos que garanta a autonomia privada e pública dos cidadãos. Esse sistema deve proporcionar ao *medium* jurídico as condições para o processo de legitimação do direito positivo (processo democrático) (MIRANDA, 2004). Conforme as palavras de Habermas, o princípio democrático:

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 de liberdade subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo co-originário. (HABERMAS, 2003, p. 158)

Em suma, Habermas objetiva fundamentar a legitimidade do direito positivo, o (De). A primeira questão surge instantaneamente: como fomentar um princípio de justificação e legitimação para o direito que não esteja submetido ao princípio moral?

De fato, Habermas pretende que (D) seja “neutro” no tocante aos princípios da moral e do direito (HABERMAS, 2003, p. 142), e (U) é um princípio que pretende autoridade para julgar todas as espécies de normas (inclusive as jurídicas). Em suma, “a idéia é explicar a legitimidade do direito sem depender diretamente da submissão à moral, muito embora os discursos de justificação do direito dependam parcialmente de argumentos morais” (OLIVEIRA, 2006, p. 90).

O direito não adquire seu valor normativo através de sua forma ou de seu conteúdo moral, mas sim por meio de um procedimento que o instaura e gera legitimidade. Nesse sentido, Cláudio Ladeira de Oliveira questiona (OLIVEIRA, 2006, p. 91): “em que medida é possível ressaltar a importância de argumentos morais

---

para justificar o direito e ao mesmo tempo afirmar que o princípio moral é paralelo ao princípio que legitima o direito?”.

Para explicar essa ideia, mister passar das condições comunicativas de fundação legítima do direito para (De) e (D), pois parafraseando Habermas, somente existe estado democrático de direito com democracia radical. “Assim, a legitimidade do direito deve ser compreendida a partir das qualidades comunicativas de sua gênese política” (OLIVEIRA, 2006, p. 91). (De) compreende a expressão formal da ideia de democracia deliberativa: é um princípio da democracia que “pressupõe que disputas sobre normas de ação em geral podem ser resolvidas discursivamente” (OLIVEIRA, 2006, p. 91).

É necessário ligar o poder administrativo (“poder”) ao comunicativo de tal forma que explicita a necessidade de uma ligação entre a “forma jurídica” e (D), expressa como (De): “o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica” (HABERMAS, 1997, p. 158). Assim, “o princípio do discurso é o próprio padrão implícito de validade do direito, e qualquer implicação que se segue da aplicação do princípio do discurso ao *medium* jurídico encontra-se implícita nos elementos da legalidade enquanto tal” (COHEN, 1999, p. 392-393).

(De) pode ser assim definido:

o princípio da democracia destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito. Ele significa, com efeito, que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva. O princípio da democracia explica, noutros termos, o sentimento performativo da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente. Por isso o princípio da democracia não se encontra no mesmo nível que o princípio moral. (HABERMAS, 1997, p. 145)

A pretensão de legitimidade de normas jurídicas só pode suscitada por normas jurídicas e “é por isso que seu respectivo princípio (De) pode avaliar apenas esta espécie de normas, muito embora [...] (De) aceita todas as espécies de argumentos: estratégicos, éticos e morais [...]” (OLIVEIRA, 2006, p. 117).

O princípio moral (U) transcorre no nível de constituição interna de uma argumentação; já, o princípio democrático (De) refere-se à institucionalização

---

externa e eficiente da participação simétrica da formação da opinião e da vontade, comunicação esta assegurada e garantida pelo direito.

O sistema de direitos que Habermas apresenta compreende (HABERMAS, 2003, p. 160) (exposto no item 1):

- (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 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).

O objetivo e importância prática do sistema de direitos, para Habermas, é permitir aos cidadãos de Estados democráticos de direito que eles possam fazer referência a princípios capazes de justificar suas instituições, princípios estes perenes, embora interpretados por diversas gerações posteriores à fundação da comunidade jurídica (OLIVEIRA, 2006, p. 119).

Habermas, dessa forma, apresenta a constituição como justificada pelo sistema de direitos. Por esse motivo a Constituição Histórica é apresentada como, além de documento histórico, projeto de sociedade justa. De um lado, representa um rompimento com o passado da comunidade e relembra as gerações seguintes de que a tarefa de interpretação do sistema de direitos é duradoura; por outro viés, como projeto de sociedade justa, a constituição articula o horizonte de expectativas de um futuro antecipado no presente (HABERMAS, 1997, p. 119).

Desse modo, a gênese de direitos pode ser assim apresentada:

De modo similar aos seus predecessores do contrato-social, a teoria do discurso simula uma condição original: um número arbitrário de pessoas entra livremente numa prática de legislação constitucional. A ficção da liberdade satisfaz a importante condição de uma igualdade original dos partidos participantes, cujo “sim” e “não” conta igualmente. Os participantes devem satisfazer três outras condições. Primeiro, eles devem estar unidos por uma decisão comum de regular legitimamente de modo conjunto suas

---

vidas futuras com meios do direito positivo. Segundo, eles devem estar dispostos a serem capazes de tomar parte em discursos racionais e assim satisfazerem a demanda dos pressupostos pragmáticos da prática da argumentação. [...] Finalmente, o adentrar à prática constituinte exige a disposição de tornar o significado desta prática um tópico explícito (ou seja, tornar os recursos desta *performance* um tópico de discussão). Deste modo, no início esta prática limita-se a nada mais que refletir sobre e explicar conceitualmente o significado específico do empreendimento intencionado pelos participantes mesmo em sua própria prática constituinte. (HABERMAS, 2011, p. 766)

Assim, o sistema de direitos habermasiano busca expressar um conjunto de princípios que pode ser usado na comunidade jurídica para criticar “práticas injustas”. O povo funda uma associação igualitária de cidadãos livres e exercita seu autogoverno por intermédio dos direitos fundamentais, os quais regulam sua vida com os direitos positivos, legitimamente.

3. DEMOCRACIA COMUNICATIVA E PROCEDIMENTAL

O modelo de democracia comunicativa está baseado nas formas de comunicação através das quais o processo político supõe-se capaz de alcançar resultados racionais, justamente por cumprir-se de modo deliberativo (HABERMAS, 2002, p. 277).

A teoria do Discurso habermasiano acolhe elementos de concepção republicana e liberal, integrando-os em um procedimento ideal para a tomada de decisões. Para o autor,

Esse procedimento democrático cria uma coesão interna entre negociações, discursos de auto-entendimento e discursos sobre a justiça, além de fundamentar a suposição de que sob tais condições se almejam resultados ora racionais, ora justos e honestos. (HABERMAS, 2002, p. 278)

A formação de opinião se dá de forma informal e acarreta decisões eletivas institucionalizadas e resoluções legislativas através das quais o poder criado via comunicativa é transformado em poder aplicável de modo administrativo.

A partir do desenvolvimento do princípio democrático, formula-se a Política Deliberativa (modelo procedimental nomeado por Habermas). Deste momento em

---

diante, o tema central passa a ser a relação externa entre facticidade e validade³ ou seja, a tensão entre a autocompreensão normativa do Estado de Direito, vista na Teoria do Discurso e a facticidade dos procedimentos políticos, que desembocam em formas constitucionais (HABERMAS, 1997, p. 21).

Segundo Habermas

A teoria do discurso, que atribui ao processo democrático maiores conotações normativas do que o modelo liberal, as quais, no entanto, são mais fracas do que as do modelo republicano, assume elementos de ambas as partes, compondo-os de modo novo. (HABERMAS, 1997, p. 21)

Continuando no mesmo diapásão, o filósofo afirma:

A soberania do povo retira-se para o anonimato dos processos democráticos e para a implementação jurídica de seus pressupostos comunicativos pretensiosos para fazer-se valer como poder produzido comunicativamente. Para sermos mais precisos: esse poder resulta das interações entre a formação da vontade institucionalizada constitucionalmente e esferas públicas mobilizadas culturalmente, as quais encontram, por seu turno, uma base nas associações de uma sociedade civil que se distancia tanto do Estado como da economia. (HABERMAS, 1997, p. 24)

E ele prossegue,

Como modelo liberal, as fronteiras entre ‘Estado’ e ‘sociedade’ são respeitadas; porém, aqui, a sociedade civil, tomada com base social de esferas públicas autônomas, distingue-se tanto do sistema econômico, como da administração pública. Dessa compreensão da democracia resulta a exigência normativa de um deslocamento de pesos das relações entre dinheiro, poder administrativo e solidariedade, a partir das quais as sociedades modernas satisfazem suas necessidades de integração e de regulação. Aqui as implicações normativas são evidentes: a força social e integradora da solidariedade, que não pode ser extraída apenas de fontes o agir comunicativo, deve desenvolver-se através de um amplo leque de esferas públicas autônomas e de processos de formação democrática da opinião e da vontade, institucionalizados através de uma constituição, e atingir os outros mecanismos da integração social – o dinheiro e o poder administrativo – através do *medium* do direito. (HABERMAS, 1997, p. 22)

A única forma possível para a organização da sociedade é através do entendimento discursivo, por meio do qual todos os conflitos existentes no seio da comunidade são resolvidos sem violência. O modelo discursivo de socialização leva

---

³ Acerca desse tema, de acordo com a acepção habermasiana, pode-se definir facticidade superficialmente, como a coação de sanção exterior. Já a validade é percebida como força que une convicções racionalmente motivadas (HABERMAS, 2003, p. 45).

---

ao *medium* do direito a possibilidade de diminuição da complexidade social pelo direito positivo, levando em conta que o conceito procedimental de democracia se refere a uma comunidade jurídica que se auto-organiza (HABERMAS, 1997, p. 24).

Todavia, é necessário perquirir se o modo de socialização discursiva é possível nas condições de reprodução de uma sociedade complexa e, se a resposta for afirmativa, como isso pode acontecer. Dessarte, o conceito de democracia, elaborado a partir da teoria do discurso, não é incompatível com a forma de organização das sociedades diferenciadas funcionalmente (HABERMAS, 1997, p. 25-26).

Na perspectiva de Habermas, as democracias preenchem o “mínimo procedimentalista” na medida em que elas garantem a participação política do maior número de pessoas; a regra da maioria para as decisões; os direitos comunicativos usuais; e a proteção da esfera privada (HABERMAS, 1997, p. 27). No processo democrático, o conteúdo da razão prática incorpora funções pragmáticas. Já, as formas de sua institucionalização revelam o grau de realização do sistema de direitos.

4. A LEGITIMIDADE DO DIREITO

Ao conceber o direito da modernidade sistematizado em normas positivadas e obrigatórias com pretensão de legitimidade, Habermas chama atenção para o duplo aspecto da validade do direito, tal em Kant, isto é, “normas do direito são, sob aspectos diferentes, ao mesmo tempo, leis da coerção e leis da liberdade” (HABERMAS, 2003, p. 49).

A ideia central é a de que o direito positivo, mesmo sucedendo o direito natural, possui a pretensão de ser racional na medida em que busca garantir a liberdade e apoiar-se na legitimidade (MELO, 2005, p. 68). Segundo a teoria liberal, a autodeterminação democrática somente pode se dar no *medium* de um direito positivo que garanta as liberdades subjetivas.

No entanto, para a interpretação republicana, o domínio das leis só se justifica na medida em que adquire validade através de um processo de formação da opinião e vontade soberana dos cidadãos. O princípio da dominação das leis, no Estado de direito, parece limitar a autodeterminação soberana e não pode infringir

---

os direitos humanos positivados como direitos fundamentais (HABERMAS, 2003, p. 153).

Conforme preconiza Rúrion Soares Melo

A solução da questão passaria a depender, então, de uma escolha entre duas alternativas concorrentes:

Ou as leis – inclusive a lei fundamental – são legítimas somente se elas coincidem com os direitos humanos, não importando onde fundamentam sua legitimidade. Sendo assim, o legislador soberano só pode decidir no interior desses limites impostos pela lei, de modo a ferir o princípio da soberania popular. Ou as leis – inclusive a lei fundamental – só serão legítimas se elas resultam de uma formação democrática da vontade. Neste caso, o legislador democrático pode criar uma constituição arbitrária e, assim, também infringir a própria lei fundamental de modo a ferir a idéia do Estado de direito (*Rechtsstaatlichkeit*). (MELO, 2005, p. 68)

Em outras palavras: a pretensão de legitimidade do direito, segundo Habermas, implica uma conexão entre Estado de direito e democracia, porque o “direito não é um sistema narcisisticamente fechado em si mesmo” (HABERMAS, 1997, p. 323). Mais uma vez, Habermas concorda com Kant a respeito de uma cooriginariedade (*Gleichursprünglichkeit*) entre direitos humanos e soberania popular⁴.

Habermas estaria seguindo Kant no que tange à compreensão moderna do direito a partir de sua estrutura “reflexiva”. Os direitos fundamentais não geram por si próprios legitimidade, mas sim, democracia. Em outras palavras, ainda que a forma do direito organize o processo e sistema democrático, a legitimidade do direito resulta do último. Em contrapartida, a democracia somente é possível se estiver estruturada no direito a iguais liberdades subjetivas (MELO, 2005, p. 69-70).

Dessa forma, o direito remete à democracia e vice-versa. Esta estrutura reflexiva compõe a formulação do princípio democrático habermasiano: “só podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar assentimento de todos os parceiros de direito por meio de um processo discursivo constituído juridicamente de estabelecimento do direito”⁵.

Para que o direito retire de sua constituição as condições de sua

---

⁴ A tensão entre a perspectiva liberal e a democrática, presente no pensamento político-jurídico kantiano leva-o [Kant] a procurar manter a dupla exigência de respeito aos direitos humanos e à soberania popular. É essa dupla exigência que Habermas chama de intuição kantiana da cooriginariedade de soberania popular e direitos humanos e vice-versa, uma não podendo ter o primado sobre a outra (TERRA, p. 58).

⁵ No original lê-se: “[...] rechtlich verfassten diskursiven Rechtsetzungsprozess” (HABERMAS, 1994, p. 141).

---

legitimidade, os direitos fundamentais em seu conjunto, e não apenas os direitos políticos dos cidadãos devem ser constitutivos para o processo de autolegislação (MELO, 2005, p. 72). Assim, o sistema habermasiano deve conter “os direitos que os cidadãos têm de reconhecer, se eles querem regular legitimamente sua vida comum com os meios do direito positivo” (HABERMAS, 2003, p. 159-160). Além disso, a gênese lógica desses direitos “forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção do direito legítimo, isto é, os princípios da democracia, se constituem cooriginariamente” (HABERMAS, 2003, p. 158-159).

Quanto mais concreta for a material a ser regulada, mais o direito deve se abrir à autocompreensão de uma coletividade e de sua forma de vida. Não há como prescindir dos direitos fundamentais. Estes são efetivados no Estado de direito através de uma “batalha” a qual não pode ser tida como politicamente “neutra”.

5 A TEORIA DO DIREITO E A AÇÃO COMUNICATIVA

Habermas ao construir uma teoria discursiva do direito, aplica a teoria da racionalidade comunicativa ao mesmo. Uma forma possível de comprovar a teoria do agir comunicativo remete à tentativa de fazer surgir sua operacionalidade. O fundamento do princípio da democracia busca-se partir da racionalidade comunicativa e apresentar a “produtividade” da teoria do agir comunicativo no âmbito jurídico.

Conforme Habermas

O primeiro passo reconstrutivo das condições da integração social nos leva ao conceito *mundo da vida*. O ponto de referência é dado pelo problema: como é possível surgir ordem social a partir de processos de formação de consenso que se encontram ameaçados por uma tensão explosiva entre facticidade e validade? No caso do agir comunicativo, a dupla contingência, a ser absorvida por qualquer formação de interação, assume a forma especialmente precária de um risco de dissenso, sempre presente, embutido no próprio mecanismo de entendimento, ainda mais que todo o dissenso acarreta elevados custos para a coordenação da ação. (HABERMAS, 1997, p. 40)

A racionalidade comunicativa traz a possibilidade constante do dissenso (expresso através do direito daquele que integra a ação comunicativa poder dizer “sim” ou “não” a um argumento). Nas palavras de Delamar Volpato Dutra:

Socialmente, portanto, esse risco de dissenso é interceptado pelos conceitos de mundo vivido, instituições arcaicas e pelo mecanismo de integração social do direito. Além disso, devemos lembrar que moral e direito são concebidos, no texto habermasiano, de forma complementar. (DUTRA, 2005, p. 192)

Habermas esclarece que para chegar à categoria do direito é necessário um terceiro passo reconstrutivo. A introdução do agir comunicativo no mundo da vida e na regulamentação do comportamento por meio de instituições originárias explica como é possível a integração social em pequenos grupos.

Quanto mais complexa for uma sociedade bem como quanto mais se ampliar a perspectiva etnocêntrica, assim maior será a pluralidade de formas de vida e a individualização de suas histórias. Surge, então, o problema típico das sociedades modernas: “como estabilizar, na perspectiva dos próprios atores, a validade de uma ordem social, na qual ações comunicativas tornam-se autônomas e claramente distintas de interações estratégicas?” (HABERMAS, 2003, p. 45).

É claro que uma ordem normativa sempre fora pautada no agir orientado por interesses. Nas sociedades que se encontram organizadas em forma de Estado, essa ordem normativa natural é reformulada em normas de direito. Todavia, em sociedades tradicionais, o direito ainda se alimenta da força do sagrado (religiosidade). Assim, “na fusão sacral entre facticidade e validade se enraíza, por exemplo, a hierarquia de leis, [...] segundo a qual o direito estabelecido pelo governante permanece subordinado ao direito natural cristão” (HABERMAS, 2003, p. 45).

Nas próprias palavras habermasianas

O conceito elementar “agir comunicativo” explica como é possível surgir interação social através das energias aglutinantes de má linguagem compartilhada intersubjetivamente. [...] Nessa ótica, a sociedade se apresenta como um mundo da vida estruturado simbolicamente, que se reproduz através do agir comunicativo. Isso não impede o surgimento de interações estratégicas no mundo da vida. [...] elas não são mais entendidas como o mecanismo para a *produção* de uma ordem instrumental. Interações estratégicas têm seu lugar num mundo da vida enquanto pré-constituído em outro lugar. (HABERMAS, 2003, p. 45-46)

Desse modo, o fardo da integração social é transferido para as realizações de entendimento de atores para os quais a facticidade (coaço de sanções exteriores) e a validade (força ligadora de convicções racionalmente motivadas) não são compatíveis entre si. Nesse ínterim, os complexos de interação não se

---

estabilizam somente por meio da influência de atores orientados pelo sucesso e a sociedade deve ser integrada, em último nível, pela teoria do agir comunicativo (HABERMAS, 2003, p. 45).

Habermas perquire acerca do seguinte questionamento: como integrar socialmente mundos de vida em si mesmos pluralizados e profanados, uma vez que cresce simultaneamente o risco de dissenso nos domínios do agir comunicativo desligado de autoridades sagradas e de instituições fortes? (HABERMAS, 2003, p. 46). Uma possível saída constitui a “regulação normativa de interações estratégicas” (HABERMAS, 2003, p. 46), sobre as quais os próprios integrantes se entendem.

Delamar Volpato Dutra contribui:

Nesse cenário, há um desacoplamento entre a facticidade sanção e a legitimidade. Ou seja, ao contrário das formas de vida tradicionais, nas quais havia uma fusão entre facticidade e validade, as sociedades pós-iluministas acirram a tensão entre facticidade e validade. O direito, de si mesmo ligado à autorização para a coerção, consegue, através dessa coerção mesma, substituir a circunscrição da convicção pela sanção; mas essa sanção, por sua vez, terá que ser deduzida de uma pretensão de legitimidade, já que a sociedade se institui a partir do agir livre de atores, cujos atos de fala não têm mais circunscrição alguma. (DUTRA, 2005, p. 192)

Portanto, a facticidade da legislação distingue-se da implantação do direito que impõe sanções, na medida em que a “permissão para a coerção jurídica é deduzida de uma *expectativa de legitimidade*” (HABERMAS, 2003, p. 53-54). A positivação do direito vem seguida da expectativa de que o processo democrático da legislação, nele envolvido, fundamente a aceitabilidade racional das normas instituídas.

Assim, o direito da modernidade nutre-se por meio de uma solidariedade centrada no papel do cidadão, o qual surge por meio do agir comunicativo. A liberdade comunicativa dos cidadãos pode assumir, no decorrer do processo, uma autodeterminação organizada que deve ser mediada através de processos jurídicos e instituições, não sendo, de forma alguma, substituída por um direito coercitivo (HABERMAS, 2003, p. 54). É essa a conexão interna entre facticidade e validade do direito e legitimidade do processo legislativo que origina a validade social (*Geltung*).

A Filosofia do Direito de Habermas apresenta seu ponto nevrálgico no conceito de legitimidade. A definição de legitimidade é a sua *clef de voûte*. Logicamente, trata-se de uma questão de fundamentação. Um questionamento

---

inicial pergunta como e por que deve ser introduzida no Direito tal questão, isso devido que no próprio conceito de Direito (como algo eficaz e coativo) possa parecer desnecessária essa colocação.

Nas palavras de Delamar Volpato Dutra,

Esse conceito pode ser, no entanto, introduzido no Direito, sistematicamente, de duas formas. A primeira [...] pela análise das proposições jurídicas como atos de fala, o que equivale, para Habermas, na aceitação implícita de certos pressupostos, incontornáveis, que funcionam como condições transcendentais, ou quase transcendentais [...] e que significa, exatamente, ter que dar razões, justificar, fundamentar, o ato proferido; e a segunda, pode ser introduzida a partir das condições, precisamente políticas, que dão conta da própria eficácia advinda do conceito mesmo de direito. (DUTRA, 2005, p. 194)

Nesse ínterim, a racionalidade comunicativa (HABERMAS, 2003, p. 40-41) implica um poder de questionamento infinito sobre todas as proposições, com objetivo de chegar a um consenso (entendimento). Entretanto, ela instaura um processo falível, que não apresenta garantias.

Os seres humanos estão condenados a não poder sair da total indeterminação da linguagem e da argumentação e devem compreender a realidade a partir do que é estatuído. Nessa perspectiva, o direito, as instituições e o mundo vivido possuem o condão de amortizar as instabilidades de tais formas de vida. Assim, descortina-se, pois a moral comunicativa remete ao direito complementarmente e fornece explicação plausível ao nível de Filosofia do Direito (DUTRA, 2005, p. 196).

Conforme Delamar Volpato Dutra

O conceito de agir comunicativo, no qual os agentes orientam-se por pretensões de validade, adquire relevância para a construção e manutenção das ordens sociais [...]. Habermas parte da consideração sociológica da necessidade do agir comunicativo para dar conta da integração social [...]. O que implica dizer que uma regulamentação normativa de interações estratégicas carece de força social interadora, pois não conseguem revestir a validade, já separada da facticidade, com a força do fático. (DUTRA, 2005, p. 197)

O direito surge para solucionar essa questão, fundado pela coação do direito objetivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para Habermas, o modelo de democracia que legitima o Estado Democrático de Direito é o procedimentalista, fundamentado na política deliberativa. A democracia procedimentalista conta com a intersubjetividade da Teoria do Discurso, que se realizam através de procedimentos democráticos e em seara comunicativa de esferas públicas políticas.

O grande problema é encontrar formas de implementação do princípio moral na vida social. Desse modo, o princípio da democracia destina-se a enquadrar procedimentos de normatização legítima do Direito. Isso significa que as leis somente podem possuir validade legítima se houver assentimento de todos os integrantes em processo de normatização discursiva.

Resultados, contudo, são obtidos no momento em que os cidadãos assumem o papel de protagonistas em processos de entendimento e constituem o processo democrático para garantir a legitimação do Estado de Direito em que vivem.

REFERÊNCIAS

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. **O agir moral numa sociedade pós-convencional**. Disponível em: <<http://www.uel.br/cch/filosofia/revista/agir-moral.html>>. Acesso em: 12 nov. 2007.

COHEN, Joshua. Reflections on Habermas on Democracy. **Ratio Juris**, v. 12, n. 4, 1999.

DELUIZ, Neise. **Formação do sujeito e a questão democrática em Habermas**. Disponível em: <http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/habermas03.pdf>. Acesso em: 16 out. 2007.

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

EFKEN, Karl-Heinz. Razão comunicativa e integração social em Jürgen Habermas. **Revista Symposium**. Recife: Universidade Católica de Pernambuco, ano 8, n. 1, p. 5-14, jan./jun. 2004.

FERREIRA, Gisele Auxiliadora. **Materialismo Histórico**. Disponível em: <http://www.coladaweb.com/hisgeral/materialismo_historico.htm>. Acesso em: 18 mar. 2008.

GUAZZELLI, Iara. **A especificidade do fato moral em Habermas**. Disponível em: <<http://www.sedes.org.br/Centros/habermas.htm>>. Acesso em: 18 nov. 2007.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. Tradução de G. Sperber e P. A. Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. 390p. Título original: *Die Einbeziehung des Anderen*.

_____. **Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**. 4. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1994.

_____. Constitutional Democracy: a paradoxical union of contradictory principles? **Political Theory**, v. 29, n. 6, 2001.

_____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de F. B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I, 354p. Título original: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Recht und des demokratischen Rechtsstaats*.

_____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de F. B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II, 352p. Título original: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Recht und des demokratischen Rechtsstaats*.

_____. O espaço público: 30 anos depois. Tradução de V. L. C. Westin, L. Lamounier. **Caderno de Filosofia das Ciências Humanas**. Belo Horizonte, v. VII, n. 12, p. 07-28, abr. 1999.

_____. Para o Uso Pragmático, Ético e Moral da Razão Prática. *In: Estudos Avançados*. São Paulo: USP, n. 7, v. 3, p. 4-19, set./dez. 1989.

MARTINEZ, Vinício C. **Estado Democrático**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5497>>. Acesso em: 12 nov. 2007.

MELO, Rúrion Soares. Habermas e a estrutura “reflexiva” do direito. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. I, n. 1, p. 67-78, maio 2005.

MIRANDA, Igor Costa de. Democracia à luz do princípio do discurso. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 8, n. 216, 07/02/2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4794>>. Acesso em: 19 mar. 2008.

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

TERRA, R. **Kant e o Direito**. Rio de Janeiro: Zahar.

Recebido em: 13/02/2012

Aceito para publicação em: 25/04/2012