

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

A LEGITIMIDADE DO DIREITO NA PROPOSTA
HABERMASIANA DA ÉTICA DISCURSIVA

Marcio Giusti Trevisol

Florianópolis, 13 de junho de 2007.

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

A LEGITIMIDADE DO DIREITO NA PROPOSTA
HABERMASIANA DA ÉTICA DISCURSIVA

Marcio Giusti Trevisol

Dissertação apresentada ao curso de pós-graduação em filosofia, da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial e final para a obtenção do grau de Mestre em Filosofia, tendo como orientador o professor doutor Delamar Volpato Dutra.

Florianópolis, 13 de junho de 2007

Dedico esta dissertação a minha família e em especial para minha mãe Vitória Lourdes Trevisol e meu pai Ortêmio Trevisol. Também não poderia deixar de dedicar esse trabalho para seu Aristo e dona Vera que me acolheram e me deram suporte.

O filósofo deve satisfazer-se com a idéia de que, em sociedades complexas, só é possível estabelecer, de modo confiável, condições morais de respeito mútuo, inclusive entre estrangeiros, se apelar para o médium de direito. (Habermas, 2003, p. 322-323)

Agradecimentos

Agradeço ao Prof. Dr. Delamar Volpato Dutra pela orientação e atenção que demonstrou durante a elaboração e desenvolvimento desta dissertação de Mestrado. A todos os professores do curso de mestrado em especial ao Prof Dr. Alessandro Pinzani, à Prof Dr. Sônia Felipe, à Prof Dr Maria de Lourdes Borges e ao Prof Dr Leo. Agradeço, também, aos meus amigos e de forma carinhosa a Camila Hart pela companhia durante esta etapa de minha vida. Agradeço, finalmente, a Universidade Federal de Santa Catarina pelo apoio fornecido durante o Mestrado.

RESUMO

Resumo: A presente dissertação é dividida, essencialmente, em três partes, tendo como principal questão de pesquisa a legitimidade do direito na filosofia prática de Habermas. Procura-se examinar como o direito é entendido desde a formulação do conceito de ação comunicativa, passando pela ética discursiva até sua filosofia do direito. Por isso, na primeira parte, reconstruíram-se os elementos de uma teoria da racionalização jurídica a partir da teoria da ação comunicativa onde se apresentam os primeiros conceitos da teoria do discurso. Na segunda parte da dissertação, procuramos discutir o princípio da universalização (PU). Nesta etapa encontram-se as situações idealizadas de fala e a mudança do paradigma kantiano do imperativo categórico para a formulação do princípio de universalização (PU). Na terceira e última parte, abordamos a questão do Princípio da Democracia (PDM) como condição necessária para a legitimidade do direito. Com o Princípio da democracia ficou clara a neutralidade da moral frente ao direito, ou seja, o direito legitimamente reconhecido é neutro do ponto de vista moral.

Palavras – chave: Habermas, Ética Discursiva, legitimidade, direito.

ABSTRACTS

The present dissertation is divided, essentially, in three parts, having like the main question of research the legitimacy of right in the practice philosophy of Habermas. Looking for examine as the right is understood since the formulation of concept of communicative action, passing by discursive ethic until the philosophy of right. That's why, in the first part, rebuilt themselves the elements of a theory of juridical rationalization from the theory of communicative action where present themselves the first concepts discourse's theory. In the second part of dissertation, we look for argue about the principle of universalization (UP). Ah this stage we find the idealized situations of speak and the change of "Kantiano paradigma" of categic imperative for formulation of the principle of universalization (UP). In the third and the last part, we deal with the question of the principle of democracy (PDM), like condition necessary by the legitimacy of right. With the Principle of democracy stayed clear the neutrality of moral in front to right, that is, the right legitimately recognized is neutral of the moral point of view.

Key words: Habermas, Discursive Ethic, legitimacy, right.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	08
1 Parte: A LEGITIMIDADE DO DIREITO NA TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA	
Capítulo 1- Pressupostos de uma teoria da racionalização jurídica	14
1.1- Racionalidade e ação comunicativa.....	15
1.2- Posição de Habermas frente à tese de racionalização do direito de Max Weber.....	27
1.3 – O ceticismo moral weberiano.....	42
Capítulo 2: Contextualizando a pragmática universal.....	45
2.1- A pragmática universal dos atos de fala.....	45
2.2- Discurso e pretensões de validade.....	49
2 Parte: A QUESTÃO DO DIREITO E A ÉTICA DISCURSIVA	
Capítulo 3: A ética entendida como discursiva.....	54
3.1- A fundamentação da ética discursiva.....	55
3.2- Do imperativo categórico ao princípio de universalização (PU).....	58
Capítulo 4: Do princípio de universalização ao princípio do discurso.....	65
4.1- A construção “PU” e o argumento da contradição performativa.....	66
4.2 – A legitimidade do direito nas Tanner Lectures.....	78
3 Parte: A FILOSOFIA DO DIREITO DE HABERMAS EM “FACTICIDADE E VALIDADE”	
Capítulo 5: A fundamentação e legitimação do direito.....	85
5.1- O direito subjetivo e a separação entre direito e moral.....	86
5.2- O paradoxo entre legitimidade da legalidade no direito.....	100
Capítulo 6: A reconstrução do sistema de legalidade do direito.....	103
6.1 – Princípio do discurso, princípio da democracia e a forma jurídica.....	104
6.2- A relação entre Apel e Habermas.....	110

Considerações finais.....	116
Referências bibliográficas.....	122

Introdução

O tema geral da presente dissertação é a questão da legitimidade do direito na filosofia prática de Habermas, mais precisamente na teoria do discurso. Nossa pesquisa visa examinar a fundamentação do direito nas obras habermasianas. Para isso, começaremos a partir da obra *Teoria da ação comunicativa* que é a base para a ética discursiva e, principalmente, para sua filosofia do direito. Evidentemente que nossa análise não será limitada somente às obras de Habermas, mas, fundamentalmente, realizaremos um debate com autores da tradição filosófica, entre os quais destacaremos Max Weber e Kant, pois entendemos que eles são importantes para esclarecer as concepções habermasianas com respeito à legitimidade e aplicação do direito.

O trabalho procurará demarcar claramente a diferença entre as obras *Teoria da ação comunicativa* e *Direito e democracia*. A diferença entre elas está no fato de que, na primeira obra, a idéia de ação comunicativa está ligada ao conteúdo moral, isto é, o que determina a ação comunicativa são os conteúdos morais, ao passo que, na segunda obra, existe um esforço do autor para fundamentar o direito independente da concepção moral. Isso equivale a dizer que o autor pretende em *Direito e democracia* defender a neutralidade do princípio do discurso em relação ao direito e à moral. Nesse sentido, nossa análise vai ao encontro de conferir como o princípio do discurso dissolve-se no princípio da democracia, que irá legitimar as leis jurídicas.

Desse modo, nosso problema específico é o de analisar e entender por que Habermas realiza essa mudança conceitual em sua teoria. Essa mudança busca responder às inquietações de uma sociedade complexa e pluralista. Assim, a legitimidade do direito deve ser reformulada para atender aos anseios de participação democrática da população, uma vez que Habermas entende que as teorias atuais da política e do direito se fecham em duas variantes: os princípios normativos correm o risco de perder contato com a realidade e os princípios objetivistas são incapazes de focalizar normas.

O paradigma procedimental do direito deve ser reformulado a fim de atender não somente às elites que operam o direito na qualidade de especialistas, mas também todos os atingidos para que possam participar igualmente da formulação do direito.

O debate sobre a legitimidade do direito aparece no livro *Para a reconstrução do materialismo histórico*, de 1976, em que Habermas realiza uma releitura da concepção marxista da história essencialmente ligada ao agir comunicativo. Nesse livro, o autor realiza uma discussão sobre a legitimidade do direito no Estado burguês. A legitimidade do direito no Estado burguês ganha uma conotação democrática, isto é, as normas jurídicas devem ser reconhecidas como legítimas pelos cidadãos. Portanto, o Estado burguês garante a liberdade e o bem - estar dos cidadãos. Segundo a leitura de Habermas, autores como Locke, Hobbes e Hegel desenvolvem uma nova teoria da sociedade civil. Essas teorias garantem a liberdade e o bem-estar dos cidadãos no sistema burguês; porém, a um preço histórico exigido pelos ideais burgueses. Habermas, diante desse problema, realiza uma releitura da realidade, abandonando dois paradigmas filosóficos. Por um lado, abandona o paradigma marxista do trabalho e, por outro lado, o paradigma monológico kantiano da razão. Desse modo, Habermas começa a entender as relações humanas e a sociedade a partir da linguagem, isto é, a linguagem passa a ser o constitutivo do Estado de direito. Essa discussão será retomada na obra *Teoria da ação comunicativa*.

A nossa preocupação é em estabelecer a legitimidade do direito a partir de uma perspectiva discursiva, o que nos remete ao conceito de racionalidade comunicativa. Esse conceito já é exposto na *Teoria da ação comunicativa*. Nesse sentido, Habermas tenta demonstrar como a Filosofia Política, entendida como poder, o direito e o Estado, bem como a possibilidade do exercício legítimo da autoridade são tratadas a partir da racionalidade comunicativa.

O lugar do direito, no sistema habermasiano, pode ser observado a partir do seguinte problema:

[...] como é possível surgir uma ordem social a partir dos 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 de ação¹.

¹ HABERMAS, J. Direito e democracia: entre facticidade e validade (vol. 1). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 10.

A própria racionalidade comunicativa, embora prime pelo consenso resultante de seu processo, carrega consigo um germe anárquico, decorrente da possibilidade de dissenso, garantido pelo direito daquele que participa da ação comunicativa por dizer sim ou não a um proferimento. Esse risco de dissenso é interceptado pelos conceitos de mundo da vida, instituições arcaicas e pelo mecanismo de interação social do direito². Isso esclarece por que a teoria do agir comunicativo concede um valor posicional central à categoria do direito e o motivo pelo qual fornece um contexto apropriado para uma teoria do direito apoiada no princípio do discurso.

O direito, entendido dessa forma, visa resolver o problema das sociedades modernas de como integrar socialmente o mundo da vida em si mesmos pluralizados e profanizados. Nas sociedades tradicionais, havia uma fusão entre faticidade e validade; porém, nas sociedades modernas, acirra-se a tensão entre faticidade e validade. O direito, em si mesmo ligado à autorização para a coerção, consegue, através dessa coerção, 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 alguma³. Por isso, a permissão para a coerção jurídica é deduzida de uma perspectiva de legitimidade, mas esse sistema coativo não pode ser fundado sobre decisões arbitrárias, sob pena de perder o poder de integração social, já que o direito está fundado nas alianças. São essas alianças estabelecidas entre os atores livres que conferem legitimidade ao direito. A solidariedade social constitui, dessa forma, a última instância de onde o direito extrai a sua força integradora. Manifesta-se, aqui a ligação tensa entre aceitação faticamente fundada e aceitabilidade.

O direito ganha uma importância ímpar na sociedade, já que tem a função e a finalidade de integrar a sociedade, garantindo o convívio social e, principalmente, mantendo a ordem e a justiça. Mas as normas jurídicas não devem ser impostas, ou seja, as sanções não devem ser arbitrárias, pois elas devem ser reconhecidas pelos atores (sujeitos). Mas como congregar e, portanto, constituir normas jurídicas em sociedades pós-industriais dilaceradas pelo pluralismo de opiniões, idéias, costumes, crenças e religiões? Para Habermas, a única forma de estabelecer um conjunto de ordenamentos

² DUTRA, Delamar J.V. Razão e consenso em Habermas. A teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. Florianópolis: UFSC, 2005, p. 192.

³ *Ib.*, p. 193.

jurídicos capazes de ser reconhecidos e de impor os limites aos diferentes mundos da vida é por meio da ação comunicativa.

Diante dessa problemática, nossa pesquisa caminha no sentido de entender a legitimidade do direito para Habermas. É importante assinalar que, durante a produção intelectual existiram dois Habermas. O primeiro da *Teoria da ação comunicativa* e o segundo do *Direito e democracia*. Entre esses dois Habermas, há diferenças cruciais no modo de entender a legitimidade do direito. Por isso, começaremos nossa pesquisa pela *Teoria da ação comunicativa*. Esse livro, escrito em 1980, tem um caráter enciclopédico, dada a quantidade de assuntos e autores tratados. Nessa obra, Habermas reconstrói o conceito de linguagem, ampliando a razão para além do sujeito monológico. Assim, o direito é fruto de um ato de comunicação. A teoria da argumentação cobra uma significação especial, já que é a ela que compete a tarefa de reconstruir as pressuposições e condições paragnático-formais do comportamento explicitamente racional.

Habermas pretende dar uma significação racional ao direito. Desse modo, o direito passa a ser legitimado pela ação comunicativa. Esse modo de entender o direito tem sua razão de ser. A legitimidade de um poder coercitivo deve ser reconhecida pelos atores; contudo esse reconhecimento não deve ser pela via da violência, mas deve ser uma força integradora da sociedade. Nesse sentido, o conceito de agir comunicativo, no qual os agentes orientam-se por pretensões de validade, adquire relevância para a “[...] construção e manutenção de ordens sociais, pois estas se mantêm [*bestehen*] no modo do reconhecimento de pretensões de validade normativa”⁴. O autor quer considerar que a integração social não pode ser violenta, por isso fundamenta, sociologicamente, a necessidade do agir comunicativo. “Se for verdade, como eu penso, seguindo Durkheim e Parsons, que complexos de interação não se estabilizam apenas através da influência recíproca de atores orientados pelo sucesso, então a sociedade tem que ser integrada em última instância, através do agir comunicativo”⁵.

Devido à complexidade de tal tema, optamos por dividir o trabalho em três partes distintas. Na primeira parte, reconstruiremos a teoria da ação comunicativa, já que ela serve de base para a ética discursiva e para a filosofia do direito. Para entendê-las, contudo, é necessário realizarmos algumas considerações sobre a teoria da ação

⁴ DUTRA, Delamar J.V. Razão e consenso em Habermas. A teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. Florianópolis: UFSC, 2005, p. 197.

⁵ HABERMAS, J. Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, 1992, p. 40.

comunicativa e a racionalização jurídica abordada por Habermas na *Teoria da ação comunicativa*. Nessa etapa, nossa preocupação é entender a legitimidade do direito e suas conseqüências para a sociedade moderna dentro da obra já mencionada.

Na segunda parte do trabalho, mostraremos como a ética discursiva de Habermas decorre da ação comunicativa. Nesse sentido, ambas as teorias têm a finalidade de resgatar o sentido do conceito de razão na modernidade. Para tanto, o conceito de razão passa a ser comunicativo, isto é, um conceito comunicativo de razão, no qual os agentes livres agem de maneira consciente e responsável. Para sustentar tal conceito de racionalidade, Habermas emprega o princípio da universalização (PU). Assim, as pessoas antes de argumentarem assumem a responsabilidade e as conseqüências de seus atos, colocando em jogo os valores e normas da sociedade. Habermas sustenta que o “PU” é um princípio moral e funciona como uma regra argumentativa que tem como pretensão legitimar normas morais que serão de interesse de todos. Por isso, nessa etapa, o direito é legitimado pelo “PU” e, portanto, assume uma configuração moral.

Na terceira e última parte, analisaremos a transformação ocorrida no pensamento de Habermas no que se refere à legitimidade do direito. Na obra *Direito e democracia*, Habermas procura um princípio legitimador do direito que seja neutro do ponto de vista moral. Para realizar esse debate, introduz a categoria de direito moderno sob a luz do agir comunicativo, pretendendo abordar a questão da legitimidade. Esse debate torna-se possível com a apresentação do princípio do discurso (PD) capaz de legitimar o ordenamento jurídico em uma sociedade pluralista através de um procedimento democrático. Assim, o princípio do discurso se dissolve em princípio da democracia (PDem), capaz de conferir legitimidade às normas jurídicas.

Pretendemos fomentar uma discussão que possibilite o entendimento dos pressupostos habermasianos de fundamentação e legitimação do direito. Diante disso, salientamos que nossa preocupação central é entender o modo como Habermas transformou seu modo de legitimar o direito.

1 - A LEGITIMIDADE DO DIREITO NA TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA

Em sociedades semelhantes à nossa, a legitimidade configurada através da legalidade implica na fê numa legalidade destituída das certezas coletivas da religião e da metafísica apoiada, de certa forma, na “racionalidade do direito”. Todavia, não se confirmou a opinião de Weber, segundo a qual uma racionalidade autônoma e isenta de moral, que habita no interior do direito, constitui o fundamento da força legitimadora da legalidade (HABERMAS, 2003, p. 214).

O principal objetivo, nesta primeira parte do trabalho, é reconstruir, conceitualmente a teoria da ação de Habermas, pois ela servirá de base para a fundamentação da ética do discurso e para a filosofia do direito. Para compreender a legitimidade do direito, é necessário realizarmos alguns esclarecimentos no que concerne à teoria da ação comunicativa. Por isso, nossa principal preocupação é elucidar o papel e a fundamentação do direito na filosofia habermasiana.

Neste primeiro capítulo, será feita uma breve apresentação dos elementos componentes da teoria da ação comunicativa. Contudo, para entendermos a teoria da ação habermasiana, devemos nos reportar à teoria da racionalização de Max Weber. No livro *Economia e sociedade*, Weber realiza um estudo profundo sobre a constituição social nas sociedades pós-mercantis e, por isso, observa, em sua filosofia das religiões, que a ciência e o direito tornam-se independentes das concepções religiosas. Essa constatação, segundo Habermas, abre espaço para a liberdade e a autonomia, em que a ação comunicativa poderá atuar no mundo da vida trazendo o entendimento, o consenso, a aceitação de normas e de valores universais. Os conflitos sociais existentes nas sociedades poderiam ser resolvidos com a ação comunicativa. Portanto, a ação comunicativa teria a função de integrar harmoniosamente mundos da vida em si mesmos diferentes e pluralizados. Porém, Habermas percebe a necessidade de realizar algumas críticas à tese de racionalização de Weber, em especial à tese de racionalização do direito.⁶

⁶ Para Habermas, a teoria de Weber consegue apenas captar um único tipo de saber, o saber racional com relação a fins. Weber julga as instituições na economia capitalista e do Estado Moderno de outra forma. Para ele, o processo de racionalização, principalmente do Ocidente, está ligado a fins econômicos. É a idéia de interesse individual que cobra validade legítima.

No segundo capítulo, constataremos a posição que o conceito de ação comunicativa pressupõe a linguagem como meio para que os participantes alcancem o entendimento. Por isso, na ação comunicativa, os sujeitos orientam-se por pretensões de validade que estão ligadas intimamente aos seus atos de fala. Por isso, nesse processo, as pessoas podem levantar pretensões de validade que podem ser contestadas ou aceitas. O impasse da validade ou invalidade de uma pretensão levantada por um sujeito pode ser resolvido pelo discurso, isto é, um processo argumentativo regulado por pressupostos da situação ideal de fala que resgatará as pretensões de validade suspensas. Nesse caminho, o direito também deriva de um ato de fala mediado pelo discurso. Portanto, o segundo capítulo visa demonstrar como o direito se relaciona com a pragmática universal e quais suas pretensões de validade.

1 - PRESSUPOSTOS DE UMA TEORIA DA RACIONALIZAÇÃO JURÍDICA

Neste capítulo, serão apresentados elementos da teoria da ação comunicativa habermasiana. Nosso principal objetivo é reconstruir a teoria da racionalidade comunicativa a fim de discutir, dentro dessa teoria, a legitimidade do direito, mais precisamente como Habermas concebe o direito a partir da teoria da ação comunicativa. Contudo, entendemos que, para uma boa compreensão da legitimidade do direito encontrada principalmente na obra *Direito e democracia*, datada de 1992, é fundamental realizar uma reconstrução conceitual da teoria comunicativa.

Na *Teoria da ação comunicativa*, Habermas realiza um detalhado trabalho sobre diversos assuntos e autores da tradição filosófica analisando os diversos tipos de ação e o seu fundamento racional. Embora essa obra seja enciclopédica, o principal objetivo do autor é desenvolver um conceito de racionalidade capaz de amancipar-se dos pressupostos subjetivistas e individualistas que têm atacado a filosofia e a teoria social moderna. Para Habermas, o agir social não pode ser entendido e concebido somente como uma ação estratégica, na qual os indivíduos coordenam suas ações por interesses ou simplesmente, aplicando a racionalidade como um meio para atingir determinados fins. O agir social deve, ao contrário, ser entendido como uma ação comunicativa que busca o esclarecimento e o entendimento dos indivíduos na sociedade. Por isso, o direito, para Habermas, também deve ser concedido e legitimado a partir da ação comunicativa.

Toda a construção teórica habermasiana parte de pressupostos lingüísticos. Desse modo, a ação social, a ética discursiva e a filosofia do direito são entendidas e desenvolvidas considerando-se os pressupostos da linguagem. Antes de entrarmos propriamente em nosso assunto de interesse, precisamos entender o conceito de razão. Como veremos, a razão se manifesta, segundo o autor, de forma lingüística. No *item 1.1*, desenvolveremos o conceito de razão e ação comunicativa. Procuraremos mostrar como Habermas se apropria desses conceitos para construir sua teoria da ação comunicativa que pretende alcançar o entendimento e o consenso sobre as normas de validade.

Após realizarmos a reconstrução da base teórica da teoria da ação comunicativa, é necessário, no *item 1.2*, fomentarmos considerações sobre a teoria da racionalização de Weber, em especial a crítica habermasiana direcionada à posição weberiana na questão do direito moderno. É importante ressaltarmos que não é pretensão do trabalho fazer uma comparação entre os autores, a saber, Habermas e Max Weber, mas recuperar certos conceitos para a discussão da legitimidade do direito. Dedicaremos especial atenção em duas questões discutidas por Weber: a tese da racionalização e o ideal de legitimidade do direito. Essas duas questões serão retomadas e discutidas por Habermas, a fim de apontar suas falhas e corrigi-las posteriormente com sua teoria da ação comunicativa.

Na *Teoria da ação comunicativa*, Habermas realiza uma análise da tese da racionalização do direito de Weber, relacionada às questões da filosofia do direito e às características da constituição do Estado de direito moderno. Essas questões levantadas por Weber serão retomadas e reformuladas por Habermas. Para que tal processo ocorra, Habermas reformula essa teoria perseguindo os aspectos da racionalidade comunicativa que foi negligenciada na teoria da ação weberiana. Essa discussão é iniciada na obra *Para a reconstrução do materialismo histórico* (1987) e aprofundada na obra *Teoria da ação comunicativa* (1992), em que Habermas trabalha as questões do direito moderno e de sua legitimação.

No *item 1.3*, vamos abordar a questão do ceticismo weberiano com relação ao direito. Precisamente discutiremos a tese do direito relacionado com um sistema autônomo desvinculado da ação comunicativa. Desse modo, o direito torna-se um conjunto de leis formulado por especialistas. Esse modelo, para Habermas perde a legitimidade, pois os cidadãos não reconhecem como legítimo.

1.1 Racionalidade e ação comunicativa

Na obra *Para a reconstrução do materialismo histórico* (1987), Habermas desenvolve sua teoria da ação comunicativa vinculada a uma releitura da concepção marxista da história; porém, na sua reconstrução, abandona dois paradigmas: o paradigma do trabalho e o paradigma monológico da razão. Mas nossa principal preocupação ao analisar essa obra é demonstrar como Habermas entende a legitimação do Estado moderno. Segundo Habermas, na história da humanidade, a legitimação do poder do Estado passou por diversas fases e, na modernidade, assumiu a forma procedimentalista de fundamentação. Em especial, o autor está se referindo à formação do Estado burguês, o qual é fonte de legitimação do direito e segurança dos direitos humanos.

Contudo, Habermas percebe um problema permanente na legitimação do Estado moderno, por isso, parte de um conceito de legitimação. Segundo Habermas, legitimidade significa que um ordenamento político é digno de ser reconhecido. Com essa definição, sublinhamos que a legitimidade é uma exigência de validade contestável; e que é (também) do reconhecimento (pelo menos) factual dessa exigência que depende a estabilidade de um ordenamento de poder.⁷ Os problemas de legitimação ocorrem na história quando a legitimidade de um ordenamento torna-se objeto de polêmica. Desse modo, surge o problema de legitimidade.

Essa tensão estabelecida entre a legitimidade e seu reconhecimento somente pode ser resolvida, segundo o autor, quando existir uma revolução. Devemos entender por revolução as mudanças ocorridas não somente nas bases institucionais dos Estados, mas de toda a sociedade. A estabilidade e o reconhecimento de um poder legítimo, ocorrem a partir de um poder político. Somente com os ordenamentos políticos é que começamos a falar de legitimidade.⁸ Esse poder político, historicamente reconhecido, possui a função de regulamentação dos conflitos sobre a base de normas jurídicas reconhecidas. Isso equivale a afirmar que um ordenamento político legitimamente reconhecido abandona o poder arbitrário e, por fim, abandona qualquer modo de reconhecimento hereditário ou de *status* parental. A legitimidade de um ordenamento jurídico repousa sobre a figura do Estado.

⁷ HABERMAS, J. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. São Paulo: Brasiliense, 1990, p. 220.

⁸ *Idem.* p. 220.

Mas, dado que o Estado toma a si a tarefa de *impedir* a desintegração social por meio de decisões obrigatórias, liga-se o exercício do poder estatal a intenção de conservar a sociedade em sua identidade normativa determinada em cada oportunidade concreta. De resto, é esse o critério para mensurar a legitimidade do poder estatal, o qual – se pretende durar - deve ser reconhecido como legítimo.⁹

Podemos afirmar que essa é a gênese da formação do Estado burguês. A legitimidade do ordenamento jurídico ocorre a partir da integração social entre os sujeitos participantes desse Estado. Porém, Habermas está preocupado, e chama a atenção para o fato, como já mencionamos, que o Estado moderno assumiu a forma procedimentalista de fundamentação. Com o despontar dessa nova sociedade, o Estado burguês se contrapõe com as sociedades tradicionais. Desse modo, cinco temas especiais dominaram a discussão sobre a legitimidade do Estado: a secularização; o direito racional; o direito abstrato e o comércio capitalista de mercadorias; a soberania e, finalmente, a nação. Nesse sentido, nós nos deteremos a examinar o direito abstrato racional e comércio capitalista de mercadorias, pois entendemos que esse tema especial expressa de forma clara a finalidade do nascimento do Estado burguês. Quanto a isso, escreve Habermas:

O direito natural racional, decerto, não tem apenas um lado formal, mas também um lado contencioso. De Hobbes a Locke, passando pelos filósofos escoceses (D. Hume, A. Smith, J. Millar), pelos filósofos do iluminismo francês (Helvétius, d' Holbach) e pela economia política clássica, e chegando depois a Hegel, surge uma teoria da sociedade civil que indica no sistema burguês do direito privado, nas liberdades fundamentais do cidadão e no processo econômico capitalista um ordenamento que garanta a liberdade e eleva o bem-estar ao máximo¹⁰.

O direito natural racional deve garantir duas coisas: por um lado, a liberdade econômica e, por outro lado, garantir as liberdades e elevar o bem-estar ao máximo dos indivíduos. Essa é a gênese do surgimento do Estado burguês. Isso é assinalado com a Revolução Francesa que passa a ser um marco para a formação de um Estado de direito vinculado ao surgimento de uma nova classe que procura firmar seus interesses.

⁹ HABERMAS, J. Para a reconstrução do materialismo histórico. São Paulo: Brasiliense, 1990, p. 221.

¹⁰ *Ib.*, p.232.

Portanto, com a instituição do Estado moderno burguês, abandona-se o modelo absolutista e o modelo tradicional de legitimação do poder que derivavam da autoridade religiosa ou monárquica. Agora, o poder legitimado deriva da soberania popular, ou seja, da participação democrática. Mas para compreender a tese de Habermas, a saber, a de que houve um novo tipo de legitimação do Estado, é necessário examinar mais detalhadamente a reconstrução que faz da gênese do direito moderno. Antes de entrarmos nessa análise do termo reconstrução, precisamos salientar que Habermas percebe um problema no que concerne à legitimação do poder no Estado burguês. Segundo Habermas, o Estado burguês sofre de uma crise de legitimação, pelo fato da dificuldade de gerar um consenso sobre os ordenamentos jurídicos. Nesse sentido, é importante entender e realizar um trabalho metodológico de esclarecimento do que significa *reconstrução* para Habermas. No mesmo texto, afirma:

Analisei assim dois conceitos de legitimação: o empírico e o normativista. Um é aplicável pelas ciências sociais, mas insuficiente, já que abstrai o peso sistemático dos fundamentos de validade; o outro seria satisfatório sob esse aspecto, mas insustentável por causa do contexto metafísico em que está inserido. Proponho, por isso, um terceiro conceito de legitimação, que chamo de reconstutivo¹¹.

Habermas procura, com o conceito de *reconstrução*, conciliar dois níveis de discurso: o empírico com o normativo. Essa posição possibilita pensar um poder legítimo que se efetua a partir de um consenso mútuo entre os participantes da sociedade. Essa posição pode ser observada tanto na *Teoria da ação comunicativa* quanto em *Direito e democracia*, obras que expressam a sociologia do direito com uma filosofia da justiça.

O conceito de reconstrução busca a justificação das proposições enunciadas. A reconstrução permite que a legitimidade dada em primeira instância possa consistir no reencontro do sistema de justificação que permita avaliar se as preposições dadas são válidas ou não. Segundo Habermas, levando até o limite a reconstrução, interpretamos e verificamos – em sua consistência – uma crença na legitimidade¹². Pelo caminho apenas hemenêutico, não chegaremos a julgar sobre a legitimidade. Nem iremos muito longe

¹¹ HABERMAS, J. Para a reconstrução do materialismo histórico. São Paulo: Brasiliense, 1990, p. 243.

¹² *Ib.*, p. 244.

comparando a crença na legitimidade como um sistema institucional justificado. Sob esse argumento, é necessário avaliar o próprio sistema reconstutivo.

Habermas afirma, no início da *Teoria da ação comunicativa* (1992), que “[...] o tema fundamental da filosofia é a razão”¹³. O autor argumenta que a filosofia vem se esforçando, desde suas origens, para explicar o mundo em seu conjunto ou a unidade da diversidade dos fenômenos através de princípios que são buscados na razão e não na comunicação¹⁴. A filosofia não pode mais, segundo Habermas, referir-se ao mundo dado, da natureza, da história e da sociedade, num sentido de saber totalizante. A filosofia deve ser entendida como a tematização das condições formais da ação comunicativa. É preciso entender, então, que a razão manifesta-se historicamente e de forma lingüística. Desse modo, a razão é a própria linguagem. A linguagem torna-se como que a explicitação da razão, ou melhor, torna-se a própria razão¹⁵. Por esse viés, percebemos que o paradigma da consciência foi substituído pelo paradigma da linguagem, ou da compreensão mútua. Essa postura conduz a uma teoria da argumentação que passa a ter uma significação especial: “[...] a ela compete a tarefa de *reconstruir* as preposições e condições pragmático-formais de um comportamento explicitamente racional”¹⁶.

Para obter o conceito de “ação comunicativa”, Habermas realiza, em princípio, uma análise do conceito de “racionalidade” e uma discussão antropológica sobre a compreensão moderna do mundo, caracterizando a compreensão mítica de racionalidade¹⁷. Segundo Habermas, quando fizemos uso da expressão racional, estamos estabelecendo uma estreita relação entre racionalidade e conhecimento. Assim sendo, as opiniões e o conhecimento ganham um caráter de estrutura proposicional, ou seja, são apresentados na forma de enunciados. Essas emissões de enunciados ou manifestações lingüísticas expressam um conhecimento. Nesse sentido, podemos falar em ações teleológicas, as quais expressam uma capacidade ou habilidade para um propósito, isto é, um conhecimento implícito.

O *know how* expresso nas ações teleológicas pode ser transformado, segundo o autor, em um *know that*. Se buscarmos os sujeitos gramaticais que podem completar a

¹³ HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus Humanidades, 1992, p. 15.

¹⁴ Idem.

¹⁵ DUTRA, Delamar. J.V. *Razão e consenso em Habermas. A teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*. Florianópolis: UFSC, 2005, p. 10.

¹⁶ HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus Humanidades, 1992, p.16. Grifos do autor.

¹⁷ *Ib.*, p. 43.

expressão predicativa “racional” temos, em princípio, dois candidatos: as pessoas, que têm conhecimento e podem ser mais ou menos racionais, e as expressões simbólicas - as ações lingüísticas e não - lingüísticas, comunicativas ou não comunicativas - que encarnam conhecimento¹⁸. Escreve Habermas:

Nós podemos chamar de ‘racionais’ os homens e as mulheres, as crianças e os adultos, os ministros e os cobradores de ônibus, mas não os animais, um arbusto lilás, montanhas, ruas ou cadeiras. Nós podemos chamar de ‘irracionais’ as desculpas, os atrasos, as intervenções cirúrgicas, as declarações de guerra, as reparações, os planos de construção ou as decisões tomadas em uma reunião, mas não um temporal, um acidente, um prêmio da loteria ou uma doença¹⁹.

Assim, devemos entender o conceito de racionalidade²⁰, segundo Habermas, como uma condição indispensável e própria dos sujeitos capazes de linguagem e ação que se manifestam em formas de comportamento, para as quais existem boas razões e fundamentos. Somente são portadores de racionalidade aqueles sujeitos capazes de articularem linguagem e ação.

Mas o que determina se uma ação é racional ou não racional? Quais as emissões e suas manifestações que devem ser consideradas “racionais”? A racionalidade é expressão de um saber que se manifesta, isto é, racionalidade é um conhecimento exposto e debatido, o qual visa chegar a um consenso. Dessa maneira, Habermas irá defender que as expressões racionais são acessadas por uma avaliação objetiva.

Consideramos dois casos paradigmáticos: uma afirmação com que A manifesta numa atitude comunicativa uma determinada opinião e uma intervenção teológica no mundo com a qual B persegue um determinado fim. Ambas encarnam um saber falível; ambas são tentativas que podem ser

¹⁸ HABERMAS, J. Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, 1992, p. 24.

¹⁹ *Ib.*, p. 24. Grifos do autor.

²⁰ Segundo Habermas, o conceito de racionalidade pode desdobrar-se em dois caminhos. Se partirmos de uma utilização não comunicativa de um saber proposicional em ações teleológicas, estamos tomando uma decisão em favor do conceito de *racionalidade cognetivo-instrumental* que, através do empirismo, tem formado uma profunda e pronta compreensão da modernidade. Esse conceito tem a conotação de uma auto-afirmação com êxito no mundo objetivo, possibilitada pela capacidade de manipular informações e de adaptar-se inteligentemente em um contexto contingente. Se partirmos, pelo contrário, da utilização comunicativa do saber proposicional nos atos de fala, estamos tomando uma decisão em favor de um conceito de racionalidade mais amplo que se entrelaça com os ideais do todo. Esses são os dois conceitos, nos quais a racionalidade se desdobra. O primeiro busca um fim com êxito particular, o sucesso individual. O segundo prima pela universalidade de suas pretensões.

erradas. Ambas expressões, tanto o ato de fala quanto a ação teleológicas, podem ser criticadas. Um ouvinte pode contestar a verdade da afirmação feita por A; um observador pode duvidar que a ação executada por B irá ter sucesso. Em ambos os casos a crítica se refere às pretensões que os sujeitos necessariamente vinculam às suas expressões para que elas sejam, respectivamente, uma afirmação ou uma ação teleológica. Essa necessidade é de natureza conceitual²¹.

Percebemos que as avaliações objetivas, defendidas por Habermas, são caracterizadas por um debate, no qual o ouvinte passa a criticar ou a questionar as pretensões de validade que são emitidas por um falante. Uma pretensão só poderá ser aceita como válida se gerar um consenso sobre uma norma, isto é, possa satisfazer os interesses de ambas as partes. Por isso, o debate e a discórdia são fundamentais para gerar um consenso. Como o próprio Habermas afirma, uma pretensão de validade pode ser contestada pelo falante *vis-à-vis* com o ouvinte (ou ouvintes).

O conceito de racionalidade comunicativa possui conotações que em última instância se referem a uma experiência central da capacidade, mas sem coação de gerar consenso em uma fala argumentativa em que os diversos participantes superam a subjetividade inicial de seus pontos de vistas e desenvolvem uma comunidade de convicções racionalmente motivadas e asseguram-se da unidade do mundo objetivo e da intersubjetividade do contexto em que se desenrolam suas vidas²².

Portanto, o conceito de racionalidade carrega consigo a conotação de unir os falantes em última instância, sem recorrer a uma força coativa e de, principalmente, gerar consenso a partir da fala argumentativa. Por esse exercício argumentativo, os diferentes participantes superam a subjetividade inicial de seus pontos de vista e, por essa argumentação, podem chegar à unidade objetiva do mundo, isto é, a pretensões de validade generalizáveis. A racionalidade comunicativa é definida pela pragmática que reconstrói regras universais e pressupostos necessários do entendimento (ou do consenso)²³.

²¹HABERMAS, J. Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, 1992, p. 25.

²² *Ib.*, p. 27.

²³ DUTRA, Delamar, J.V. Razão e consenso em Habermas. A teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. Florianópolis: UFSC, 2005, p. 22.

Habermas realiza uma diferenciação entre a posição realista e a posição fenomenológica. Segundo o autor, a posição realista limita-se a analisar as condições que um sujeito ativo precisa cumprir para poder chegar a fins e realizá-lo²⁴. Nesse sentido, uma ação só é admitida como racional desde que tenha um fim objetivado. Ao contrário, a posição fenomenológica não parte simplesmente do pressuposto ontológico de um mundo objetivo se não que converte esse pressuposto em um problema perguntando-se pelas condições que se constitui para os membros de uma comunidade de comunicação na unidade de um mundo objetivo²⁵. Segundo essa posição, as pretensões serão aceitas como racionais desde que possam ser reconhecidas e aceitas objetivamente pela comunidade de comunicação composta de sujeitos capazes de linguagem e ação. Como desenvolve Habermas:

O conceito abstrato de mundo é uma condição necessária para que os sujeitos que atuam comunicativamente possam entender-se entre si sobre o que sucede no mundo ou o que é efetivo nele. Com essa prática comunicativa se asseguram de uma vez do contexto comum de suas vidas, do mundo da vida que compartilham intersubjetivamente.²⁶

O conceito de racionalidade, entendido dessa maneira, aponta, segundo Habermas, para a necessidade de uma teoria da argumentação. A finalidade é que, por meio da teoria da argumentação, possamos chegar ao esclarecimento de um sistema de pretensões de validade. Nesse sentido, Habermas chama de argumentação:

Chamo argumentação um tipo de fala em que os participantes tematizam as pretensões de validade que se mostram duvidosas e tratam de desempenhá-las ou recusá-las por meio de argumentos. Uma argumentação contém razões que estão conectadas de forma sistemática com a pretensão de validade de uma expressão problemática. A força de uma argumentação é medida em um contexto dado pela pertinência das razões. Isso pode ser evidenciado, entre outras coisas, na capacidade de argumentação convencer os participantes do discurso, isto é, se é capaz de motivá-los a aceitar a pretensão de validade em questão²⁷.

²⁴HABERMAS, J. Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, 1992, p 29.

²⁵ Ib., p.30.

²⁶ Ib., p. 30-31.

²⁷Ib., p. 27.

Com o conceito de argumentação, Habermas está convencido que podemos julgar a validade ou não validade de um enunciado, ou seja, podemos julgar a racionalidade da linguagem e da ação de um sujeito segundo seu comportamento²⁸. A possibilidade de fundamentação das expressões racionais implica que os sujeitos participarem ora de modo passivo, ora de forma ativa, isto é, a possibilidade de manifestar-se formalmente nas argumentações. Segundo Habermas, chamamos racional uma pessoa que se mostra disposta ao entendimento e que antes das perturbações da comunicação raciocina, refletindo sobre as regras lingüísticas.²⁹

Partindo dessa constatação, Habermas irá sustentar a tese que o entendimento é um processo de acordo entre os sujeitos participantes de uma comunidade de comunicação. Esse acordo fundado não pode nem ser meramente factual e nem pode ser um acordo fundado mediante coação. Nesse sentido, um acordo só terá validade quando ele for alcançado *comunicativamente* entre os participantes, ou seja, os participantes devem concordar ou discordar racionalmente do conteúdo das emissões. Por isso, para explicar o que significa agir segundo uma atitude orientada pelo entendimento, Habermas irá sustentar que a atitude dos participantes deverá ser estabelecida pela via da análise dos atos de fala. É por isso que a teoria da ação deverá estar relacionada com uma investigação pragmática da linguagem.

O quadro abaixo é utilizado por Habermas para demonstrar os tipos de argumentação e suas respectivas pretensões de validade que podem ser criticadas³⁰.

Objeto da argumentação / Formas de argumentação	Expressões problemáticas	Pretensões de validade controversas
Discurso teórico	Cognitivo-instrumental	Validade das proposições; eficácia das ações teleológicas
		Correção das normas

²⁸ Nesse sentido, qualquer participante da argumentação demonstra a sua racionalidade ou a falta dela pela forma com que atua e responde as razões que são oferecidas em pró ou contra do que está em questão. Se ele tiver “aberto à discussão”, ele reconhecerá a força dessas razões ou tratará de respeitá-las e, nos dois casos, estará enfrentando-as de forma racional. Mas se ele se mostra “fechado à discussão”, ele pode ignorar as razões contrárias ou respondê-las com as afirmações dogmáticas. E nem em um nem em outro estão enfrentando as questões racionalmente.

²⁹ HABERMAS, J. Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, 1992, p. 42.

³⁰ *Ib.*, p. 44.

Discurso prático	Prático-morais	de ação
Crítica estética	Avaliativa	Adequações dos padrões de valores
Crítica terapêutica	Expressivo	Veracidade ou sinceridade das expressões
Discurso explicativo	-----	Integibilidade ou construção corretiva dos produtos simbólicos.

Analisando o quadro, percebemos que as formas argumentativas podem ser distinguidas de acordo com o tipo de pretensões de validade que o sujeito pretende argumentar. Por isso, essas pretensões estão relacionadas e variam de acordo com o contexto em que a ação está ocorrendo. Mais adiante, dedicaremos-nos a analisar os discursos teóricos já que entendemos que eles são primordiais para entender a legitimação do direito.

Segundo Habermas, podemos distinguir três aspectos da fala argumentativa. O primeiro é considerado como um processo. Refere-se a uma forma de comunicação não freqüente, pois se aproxima de condições ideais. “Quando se considera a argumentação como procedimento, nós a tratamos como uma forma de interação do sujeito com regras especiais”³¹. No segundo aspecto, o processo discursivo de alcance do entendimento é regulado normativamente de tal maneira que os participantes:

- Tematizam uma pretensão de validade problemática e,
- Aliados da pressão da ação e da experiência, em última atitude hipotética,
- Testam com razões, e somente com razões, se procede reconhecer ou não a pretensão defendida pelos proponentes.³²

Além desses dois aspectos levantados, o autor utiliza um terceiro aspecto para complementar sua teoria. Assim, “[...] a argumentação tem como seu objetivo *produzir*

³¹HABERMAS, J. Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, 1992, p. 46.

³² Ib., p. 47.

argumentos contingentes, que convençam em virtude de suas propriedades intrínsecas, com o desempenho ou com a rejeição das pretensões de validade”³³. Ao produzir argumentos, as opiniões passam a ser um conhecimento. Desse modo, há um reconhecimento intersubjetivo para a pretensão de validade.

A partir desse terceiro aspecto, Habermas chega, ao primeiro conceito importante da ação comunicativa. A esse conceito dá-se o nome de formulação *provisória* da ação comunicativa.

Refere-se a uma interação de ao menos dois sujeitos capazes de linguagem e de ação [...] que estabelecem uma relação interpessoal. Os atores buscam entender-se sobre uma situação de ação para assim poder coordenar de comum acordo seus planos de ação e com isso suas ações. O conceito, aqui, central, o de *interpretação*, refere-se, primordialmente, à negociação das definições de situações sucessíveis de consenso. Neste modelo de ação, a linguagem ocupa [...] um lugar predominante.³⁴

Quando Habermas analisa a linguagem, não o faz de uma forma lingüística, ou seja, interessado exclusivamente na riqueza do vocabulário ou nas regras gramaticais sistemáticas. Salientamos que não é uma análise científica da linguagem. Seu interesse reside, simplesmente, em analisar a linguagem como um meio, no qual os sujeitos participantes da comunidade de comunicação possam chegar a um consenso sobre a validade das pretensões. Por isso, segundo Habermas, a linguagem é o médium para o entendimento.

Esse conceito de ação comunicativa desenvolvida por Habermas procura vincular uma compreensão moderna do mundo, isso para sustentar, juntamente com Max Weber, a existência de um processo universal de racionalização das imagens do mundo. Esse processo resulta, segundo Habermas, em uma compreensão do mundo que prepara o caminho para a racionalização do mundo da vida. O mundo da vida passa a ser um canal para os processos de entendimento.

Para alcançar o difícil conceito de *mundo da vida* (lebenswelt) racionalizado, ligaremos neste momento com o conceito de racionalidade

³³ HABERMAS, J. Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, 1992, p.46. Grifos do autor.

³⁴ *Ib.*, p. 90. Grifos do autor.

comunicativa e analisaremos as estruturas do mundo da vida que permite que os indivíduos e os grupos adotem orientações racionais de ação³⁵.

Ao atuar comunicativamente, os sujeitos se entendem no horizonte do mundo da vida que está se formando por convicções problemáticas. Habermas chama de mundo da vida o espaço social onde a ação comunicativa ainda é realizada. Nesse espaço, desenvolvem-se as ações que são lingüisticamente mediadas. O mundo da vida é o contexto factual intersubjetivamente compartilhado em que a linguagem, ou o sistema lingüístico, permite a comunicação e a interação voltada para o entendimento. Essa linguagem utilizada no mundo da vida tem como função primeira orientar os sujeitos na busca para o entendimento. Então, podemos dizer que o entendimento sobre as pretensões de validade concretiza-se no espaço do mundo da vida. Também o direito é legitimado no espaço do mundo da vida; contudo este tema voltará com maior profundidade mais adiante.

O conceito de mundo da vida assume uma posição essencial na teoria habermasiana da ação comunicativa. Podemos dizer que o conceito de mundo da vida é o alicerce para a construção de toda a teoria comunicativa. O mundo da vida assume essa importância pelo fato de que, nesse espaço social, a linguagem, como médium do entendimento, assume um papel de construção social. Desse modo, sem um sistema lingüístico constituído, não podemos pensar e nem analisar as relações sociais. Esse ideal lingüístico só existe no mundo da vida, que proporciona a comunicação entre os sujeitos em vista do entendimento entre seus membros. Quando efetivamos a ação comunicativa, podemos entender a formulação e a legitimação do direito; aliás, não só do direito, mas também de todas as formas de entendimento, inclusive os direitos humanos. Essa questão será abordada mais adiante.

Até o presente momento, foram apresentados alguns elementos da teoria da ação comunicativa. Agora, temos a necessidade de realizar algumas inferências sobre a crítica que Habermas endereça a Weber. Nessa crítica, Habermas vai elencar alguns problemas que a teoria da racionalização de Weber possui, em especial o modelo apresentado de racionalidade regulada por fins. Partindo dessa crítica, Habermas pretende entender como Weber analisa e legitima o direito. Essa análise nos ajudará a elucidar e entender o direito nas obras *Teoria da ação comunicativa* e, principalmente,

³⁵ HABERMAS, J. Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, p. 70. Grifos do autor.

na obra *Direito e democracia*. Por fim, trazer à tona elementos de uma teoria do discurso que servem de base para a filosofia do direito habermasiano.

1.2 Posição de Habermas ante a tese da racionalização do direito de Max Weber

Toda a discussão desencadeada por Habermas no que diz respeito ao direito na obra *A teoria da ação comunicativa* está baseada, e intimamente apoiada, nos estudos realizados por Weber a respeito da racionalização da modernidade. Sendo assim, não poderíamos discutir a legitimidade do direito em Habermas sem antes entendermos a tese da racionalização da modernidade e, principalmente, como Max Weber entende a legitimação do direito. De acordo com Habermas, Max Weber é um ponto de referência na história da humanidade. Entre os teóricos, foi o único a romper com o padrão histórico. Ele realizou isso entendendo a modernização da sociedade tradicional europeia como um processo histórico e gradual de racionalização.

Weber identifica, em seus escritos, a transformação ocorrida na Europa em relação à economia capitalista e ao Estado de Direito. Essas transformações trouxeram importantes transformações das esferas culturais, por exemplo, a arte e o direito passaram a serem autônomos. Isso é expresso na sociologia das religiões. Nesse aspecto, Weber percebe que as esferas culturais se tornam independentes das concepções ou dogmas religiosos do mundo³⁶. Essa independência das imagens do mundo abre um campo que a autonomia e a liberdade passam a ocupar. Embora Habermas discorde de alguns conceitos empregados por Weber para definir a racionalidade da modernidade, ainda assim vê na teoria weberiana a possibilidade de defender uma teoria da ação comunicativa. Para Habermas, a efetivação da teoria da ação comunicativa resultaria no consenso, na aceitação de valores, em normas universais, na legitimação do direito e, portanto na constituição do Estado moderno.

Habermas, ao realizar uma análise da teoria da racionalização de Weber, encontra alguns pontos que julga inconsistentes. Dentre eles, o principal ponto encontrado por Habermas reside no processo de desencantamento na história das religiões, o qual satisfaz as condições para o surgimento do racionalismo ocidental. Para Habermas, Weber emprega um conceito complexo e pouco esclarecido de racionalidade. Nesse

³⁶ WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: UnB, 1999, p. 15.

sentido, sua análise da *racionalização social* se deixa guiar por uma restrita idéia de racionalidade, isto é, a idéia da racionalidade de acordo com fins³⁷. Max Weber toma o processo de racionalidade como um caminho para adquirir certos fins. Essa posição o distancia de Marx pois este entende que a racionalização social está ligada à idéia das forças produtivas. Ao contrário, Weber entende e liga a racionalidade aos seus fins (interesse). Nesse sentido, Weber afirma, em *Economia e sociedade*, que ação social pode ser:

- 1) Racional de acordo com fins: determinada por expectativas do comportamento tanto de objetos no mundo como de outros homens e utilizando essas expectativas como “condições” para o alcance de fins próprios racionalmente contrabalançados e perseguidos.
- 2) Racional de acordo com valores: determinada pela crença consciente no valor – éticos, estéticos, religiosos ou de qualquer outra forma como interpretação - próprio e absoluto de uma determinada conduta, sem relação alguma com o resultado, ou seja, puramente nos méritos desse valor.
- 3) Afetiva, especialmente emotiva, determinadas por afetos e estados sentimentais atuais e,
- 4) Tradicional: determinada por um costume arraigado³⁸.

Esses são, para Weber, os quatro tipos de ação social. Contudo, segundo Habermas, Weber limita-se a identificar “a racionalização social com a expressão da racionalidade instrumental e estratégica nos contextos de ação”³⁹. Para Habermas, essa concepção é muito reduzida e, por isso, não pode ter a responsabilidade de sustentar uma teoria da racionalização das ações.

A teoria weberiana abrange dois aspectos: a racionalização religiosa e a racionalização social. A primeira se refere às estruturas históricas da consciência moderna, enquanto a segunda é a materialização das estruturas de racionalidade em instituições como o Estado burguês. O caminho que Habermas irá percorrer, utilizando-se dos trabalhos de Weber, colocará em relevo a lógica da racionalização social, para depois analisar o papel da ética protestante e a racionalização do direito. Desse modo, pretendemos, com o presente trabalho, analisar, como primeiro aspecto, a legitimidade

³⁷HABERMAS, J. Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, 1992, p. 198.

³⁸ WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: Unb, 1999, p. 20.

³⁹HABERMAS, J. Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, 1992, p. 199.

do direito para Habermas e, posteriormente, analisar e desenvolver a crítica hebermasiana endereçada ao ideal de legitimidade do direito de Max Weber.

Para Habermas, o direito ocupa um lugar de destaque na teoria da racionalização de Weber; porém torna-se ambíguo. A ambigüidade reside no fato de que a racionalização do direito torna possível tanto a ação econômica e administrativa racional regulada por fins, quanto a separação dos subsistemas de ação racional regulada por fins de seu funcionamento prático ou moral⁴⁰.

Habermas afirma que Weber utiliza-se de um conceito complexo de racionalidade prática para explicar sua teoria da racionalização da modernidade. Esse conceito de racionalidade torna-se complexo pelo fato de comportar dois aspectos das ações: as ações reguladas por fins e as ações reguladas por valores. O problema, contudo, está relacionado com o fato de que Weber considera a racionalidade social exclusivamente pelo aspecto da racionalidade regulada por fins. O conceito de racionalidade utilizado por Weber, segundo Habermas, não é aplicado nas instituições, ficando restrito somente a uma análise sobre a tradição cultural.

Lendo a sociologia weberiana do Estado e do direito se obtém a impressão de que, nas sociedades modernas, os processos de racionalização afetam somente o conhecimento teórico-empírico, os aspectos instrumentais e estratégicos da ação, enquanto a racionalidade prática não parece poder institucionalizar-se de forma autônoma, isto é, com o sentido próprio de um subsistema.⁴¹

Para Weber, o conceito central de racionalidade dos sistemas de ação é o de racionalidade cognitivo-instrumental, isto é, as ações para Weber são motivadas por interesses que buscam um fim. Essa posição, segundo Habermas, só pode se efetivar num plano empírico-teórico, não se efetivando na prática. Uma ordem instrumental, baseada em uma *trama de interesse*, apóia-se somente em uma ponderação “racional de acordo com fins” de vantagens e desvantagens por parte de sujeitos que atuam estrategicamente, com relação as suas expectativas, tornam-se complementares, estabilizando-se mutuamente. Segundo Habermas, uma ordem para Weber expressa uma trama de interesses reconhecida como legítima.

Como vimos anteriormente, a crítica de Habermas à teoria da racionalização do direito weberiana se endereça ao modo como ele é realizado e não propriamente aos

⁴⁰ HABERMAS, J. Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, 1992, p. 244.

⁴¹Ib., p. 254.

seus aspectos teóricos. No entendimento de Habermas, Weber reduz simplesmente a racionalização ao aspecto da racionalidade de acordo com fins.

Para Weber, a legitimidade de uma norma é garantida por:

I. de maneira puramente íntima: e neste caso:

- i- puramente afetivo: pela entrega sentimental;
- ii- racional de acordo com valores: pela crença na sua validade absoluta, enquanto expressão de valores supremos geradores de deveres (morais, estéticos ou de qualquer outro tipo);
- iii- religioso: pela crença de que sua observância depende da existência de um bem de salvação;

II- Também (ou somente) pela expectativa de determinadas conseqüências externas; ou seja, por uma situação de interesses, porém, por expectativas de um determinado *gênero*⁴².

Esses são os critérios que, para Weber, asseguram a legitimidade de uma regra. A legitimidade de uma regra possibilita que Weber defina o conceito de direito. A legitimidade do direito reside no poder que um grupo tem para obrigar que os demais participantes da sociedade observem e obedeçam as regras instituídas. Uma regra deve ser chamada “[...] *direito* quando é garantida externamente pela probabilidade de *coaço*o (*física ou psíquica) exercida por um *grupo de indivíduos* instituídos com a missão de obrigar a observância dessa regra ou de castigar sua transgressão”⁴³.

Weber está pensando em uma sociedade pós-tradicional, na qual observam a emergência de um novo sistema econômico e a hegemonia de uma nova classe social. Então, Weber analisa que a institucionalização do direito também atende a interesses dessa classe dirigente da sociedade.

Diferentemente de Weber, Habermas entende a institucionalização das ordens legítimas no Estado burguês como fruto de um consenso (*Einverständnis*). Esse consenso se funda em um acordo intersubjetivo de normas. “Quando o consenso ou acordo normativo se baseia em normas, Weber fala de uma ação *comunitária convencional* (*Konventionelles Gemeinschaftshandeln*)”⁴⁴. Na medida em que a ação é substituída por esse tipo de ligação convencional, substituída por um tipo de ação racional regulada por fins e orientada pelo sucesso, surge para Habermas um problema

⁴² WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: Unb, 1999, p. 27

⁴³ Idem.

⁴⁴ HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus Humanidades, 1992, p. 330; grifos do autor.

de como orientar legitimamente esses âmbitos de *ação interessada (Interessenhandeln)* que têm se emancipado pelas convenções. “Um acordo normativo tem que sofrer a mudança de um consenso suposto pela tradição para um consenso alcançado comunicativamente, isto é, um acordo resultante de um convênio (*vereinbartes Einverständnis*)”⁴⁵. Habermas parte do pressuposto de que as normas legitimamente válidas são alcançadas de modo livre, isto é, através de um acordo alcançado comunicativamente. Esse acordo torna-se juridicamente sancionado e reconhecido pelos participantes da comunidade de comunicação.

Por isso, é fundamental o conceito de consenso para a legitimação do direito na perspectiva habermasiana. Segundo Habermas, “[...] o consenso se refere à validade de uma regulamentação normativa, que se transforma em um componente da ordem legítima e obriga os agentes a determinadas orientações valorativas no caso de uma questão que requer regulamentação”⁴⁶. Dessa maneira, os sujeitos livres podem orientar suas ações racionalmente sem, contudo, obedecer, ou propriamente orientar, suas ações por convenções. Não é necessário que os sujeitos participem ativamente das argumentações; porém é necessário que as normas e regras sejam instituídas consensualmente. Mesmo a ação regulada racionalmente em busca de um fim deve obedecer a um tipo de acordo normativo que corresponda à idéia de um acordo livre (discursivo) e de um estabelecimento autônomo (desejado), que seja caracterizado pelas propriedades formais da racionalidade regulada por valores. Por esse fato, Habermas sustenta que Weber entende essa questão de forma ambígua e, por isso, ocorrem erros com relação ao emprego dos termos.⁴⁷ Essa ambigüidade de termos não possibilita que Weber entenda a distinção entre ações reguladas por fins e ações reguladas por valores. Para Weber, o posicionamento racional ante a uma comunidade de comunicação é sempre estratégico.

É importante salientarmos que Weber refaz uma retrospectiva histórica do direito. Começando pela autoridade sagrada do profeta, passando pelo direito tradicional, o qual considera as normas válidas como derivadas por convenções e elementos da tradição, e termina no direito moderno, em que as regras e normas válidas são formuladas livremente e julgadas à luz de princípios que possuem validade hipotética. Para

⁴⁵ HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus Humanidades, 1992, p. 331. grifos do autor.

⁴⁶ *Ib.*, p. 330. grifos do autor.

⁴⁶ *Ib.*, p. 32.

⁴⁷ *Ib.*, p. 332.

Habermas, o direito não deve ser entendido como um direito objetivo, isto é, totalmente independente das ações, pois, se o direito for entendido dessa forma, ordenamentos jurídicos perdem validade na prática social. Isso, pelo fato das normas jurídicas, ou melhor, os deveres jurídicos não serem reconhecidos como legítimos por uma reunião de homens livres. Contudo, as normas jurídicas do direito tradicional não são baseadas em princípios jurídicos de caráter universal. Essa posição, segundo Habermas, do direito racional considera que tais princípios devem ser deduzidos racionalmente, pois são princípios dados como criadores do direito. Somente quando essa posição for questionada é que o direito moderno pode ser positivado e considerado autônomo em relação a contextos legais⁴⁸. Dessa forma, segundo Habermas, a consciência moderna pode materializar-se em um sistema jurídico que se distingue por três etapas formais: positividade, legalidade e formalidade.

Positividade: O direito moderno (*moderne Recht*) é visto como direito positivamente estatuído. Não se desenvolve por meio de interpretações sagradas e reconhecidas; ao invés, se expressa pela vontade de um legislador soberano, que fazendo uso do meio de organização que é o direito, regula convencionalmente situações sociais.

Legalidade. O direito moderno não atribui aos sujeitos legais motivos morais; ele protege suas inclinações privadas dentro dos limites sancionados. Não se sanciona as más intenções que se desviam das normas (o que supõe as categorias de imputabilidade [*Zurechnungsfähigkeit*] e de culpa [*Schuld*]).

Formalidade. O direito moderno define os âmbitos em que as pessoas privadas podem exercer legitimamente seu arbítrio ou liberdade de escolha (*Willkür*). Pressupõe-se a liberdade de arbítrio dos sujeitos legais em um âmbito neutro (*sittlich neutralisierten*) das ações que são provadas, mas que estão conectadas com conseqüências legais pressupostas. Assim, as interações do direito privado podem ser articuladas negativamente, pela restrição das faculdades reconhecidas em princípio (ao invés de ser regulada positivamente através de deveres [*Pflichten*] concretos e mandamentos [*Gebote*] materiais). Neste sentido, tudo o que não for legalmente proibido está permitido.⁴⁹

⁴⁸ HABERMAS, J. Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, 1992, p. 335.

⁴⁹ *Ib.*, p. 336

Salientamos que essas são as três categorias a que se refere o direito moderno para Habermas, a saber, o modo de validade e criação do direito, os critérios de culpabilidade e o modo de sanção e, finalmente, o tipo de organização da ação jurídica (ou ação legal). Essas características, segundo Habermas, definem um sistema de ação em que se supõe que, em um primeiro momento, todas as pessoas comportam-se estrategicamente, obedecendo as leis como acordos sancionados publicamente, mas que podem ser modificados legalmente em qualquer momento. Em um segundo momento, as pessoas perseguem seus próprios interesses sem fazer considerações morais. E, em terceiro lugar, as pessoas, de acordo com seus interesses particulares, tomam decisões favoráveis que obedecem às leis vigentes, isto é, agem com a consciência das conseqüências previstas nas leis. Desse modo, Habermas sustenta que, embora tenha uma constituição jurídica, os sujeitos legais podem fazer uso de sua autonomia de maneira racional regulada por fins⁵⁰. Positividade, legalidade e formalismo são as características gerais de uma instituição juridicamente vinculada aos âmbitos de ação estratégica, cujos limites são bem definidos. A virtude do direito moderno é que pode satisfazer os imperativos funcionais do jogo econômico regulado pelas regras de mercado.

Dessa maneira, o direito moderno, desenvolvido e formulado a partir dessas três características, possibilita o desenvolvimento e o jogo do comércio regulado através do mercado. Isso é possível pelo fato de que as estruturas funcionais sistêmicas são conseqüência das estruturas legais que permitem que as ações reguladas por fins possam ser generalizadas e praticadas. Isso, contudo, não significa que o direito instituído tenha como única função servir à regulamentação do comércio, ou seja, não é característica do direito institucionalizado simplesmente regular a ação racional para fins. Essa é uma das diferenças entre Habermas e Weber. Para Weber, o direito institucionalizado é reflexo das ações racionais reguladas por fins. O direito passa a servir às regras do mercado e do Estado. Para Habermas, o direito é, principalmente, uma convenção, um acordo alcançado comunicativamente pelas pessoas. Desse modo, escreve Habermas:

A forma do direito moderno deve ser explicada recorrendo às estruturas pós-tradicionais da consciência que esse direito encarna. Neste sentido, Weber deveria ter entendido o sistema legal moderno como uma ordem que estava

⁵⁰ HABERMAS, J. Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, 1992, p. 337.

relacionada com a esfera de valor normativo e que [...] poderia ser relacionada sob o critério abstrato do valor da correção normativa⁵¹.

Porém, Weber, na sua formulação do direito moderno, exclui o enfoque normativo do direito. A exclusão ocorre pelo fato que Weber entendeu e considerou a racionalização do direito moderno exclusivamente pela via do modelo de racionalidade regulada por fins. Então, Weber realiza uma importante observação quando afirma que o Direito se libertou da servidão das religiões, mas cometeu um equívoco em concluir que o direito é regulado por interesses que buscam um fim com sucesso, ou seja, as normas jurídicas, para Weber, possuem validade à medida que atendem aos interesses do grupo que detém o poder legitimador.

Então, as características já mencionadas acima, a saber, a positividade, a legalidade e a formalidade, evidenciam que a legitimidade do direito não pode estar fundada na autoridade de uma tradição ética, mas deve ter uma fundamentação autônoma, isto é, uma fundamentação que não esteja relacionada somente aos fins propostos pelos sujeitos de forma egoística e particularista.

[...] essa exigência só poderá ser cumprida pela consciência moral em seu nível pós-convencional. É aqui que surge pela primeira vez a idéia de que: *todas as normas legais são em principio sucessíveis de crítica e, por isso mesmo, é necessário justificá-las; a distinção entre normas de ação e principios de ação; o conceito de produção de normas regido por principios; a idéia de que a regra normativamente vinculada é o resultado de um acordo racional, assim como, a idéia de que um contrato social outorga força normativa às relações contratuais concretas; a idéia de que a fundamentação das normas legais está em conexão com sua universalidade; a idéia de que todos os indivíduos são, igualmente, sujeitos de direitos; a idéia de que a subjetividade possui um poder criador de direitos.*⁵²

Portanto, para Habermas, são esses os primeiros passos e conceitos básicos pós-tradicionais do direito e da moral que devem ser sistematizados e desenvolvidos pela moderna ordem do direito. No direito moderno, as normas legais são fruto de um acordo livre e não forçado entre os participantes da sociedade. Nesse sentido, o direito moderno deve buscar uma fundamentação autônoma, independente da tradição. Por isso, afirma

⁵¹HABERMAS, J. Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, 1992, p. 337.

⁵² Ib., p. 337-338, os grifos do autor.

Habermas, “que a validade consensual do tipo tradicional deve ser substituída por uma validade baseada em uma validade consensual do tipo racional”.⁵³

Habermas entende que o direito moderno traz consigo uma separação entre a esfera da moralidade e da legalidade. Contudo, essa separação traz consigo um problema de legitimação. A legalidade das normas, ou a esfera legal, necessita de uma justificação prática. Como comentamos anteriormente, o direito é independente da esfera da moral, mas, ao mesmo tempo, exige dos sujeitos que a disponibilidade de obedecer às leis deve ser complementada pela moralidade fundada em princípios.⁵⁴

Essa idéia será discutida com maior propriedade quando tratarmos mais adiante da legitimação do direito na obra *Direito e democracia*. Contudo achamos viável salientar que, na obra *Teoria da ação comunicativa*, o direito não é totalmente independente da moral, isto é, a moral complementa o ordenamento jurídico. Perceber que há um entrelaçamento entre moral e direito. Digamos que, sem os princípios morais, a legitimidade do direito não se estabilizaria, isto é, não atingiria sua legitimidade. Isso equivale a afirmar que o direito não possuiria reconhecimento pelos concernidos por esse mesmo direito. O problema da positivação do ordenamento jurídico consiste em um deslocamento do problema de fundamentação. Os problemas relacionados com a administração técnica do direito, principalmente os problemas de legitimação ficaram, durante muito tempo, deslocados; porém não ficaram fora dessa problemática. Assim escreve Habermas:

Pelo contrário, a estrutura pós-tradicional da consciência legal agrava a problemática da fundamentação convertendo-a em uma questão de princípios que certamente fica deslocada de um fundamento, mas que por isso não desaparece. O catálogo dos direitos fundamentais contidos nas instituições burguesas quando estão estabelecidas formalmente, junto com o princípio de soberania do povo, o qual vincula a competência de legislar com a compreensão democrática de tomar decisões coletivas são expressões dessa fundamentação que, agora, torna-se estruturalmente necessária.⁵⁵

Há dois conceitos importantes retratados por Habermas: o conceito de direitos fundamentais e o princípio da soberania do povo. Esses dois conceitos serão retomados

⁵³ HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus Humanidades, p. 338.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ *Ib.*, p. 338-339.

por Habermas na obra *Direito e democracia*, devido à sua importância para a reconstrução do direito. Segundo Habermas, as instituições básicas das constituições burguesas não podem ser entendidas somente pela via da materialização das estruturas pós-tradicionais da consciência, mas devem ser submetidas a um questionamento funcionalista ou crítico- ideológico. A crítica ideológica serve de análise funcional para os sistemas jurídicos com a finalidade de demonstrar que o direito, normativamente, não se representa na realidade, ou seja, que não cumpre suas pretensões de validade.

O problema da legitimação do direito no Estado moderno já é analisado por Habermas na obra *Para a reconstrução do materialismo histórico*. Nessa obra, o autor dedica o quarto capítulo a uma análise de como a problemática da legitimação nasce das estruturas do Estado burguês e de como ela sofre deslocamentos na sociedade capitalista. Embora não seja nosso objetivo analisar essa obra, precisamos realizar alguns apontamentos que nos servem de base para entender o pensamento habermasiano nas outras obras futuras.

Na época moderna, principalmente com o nascimento da ciência moderna, aprendemos a distinguir as argumentações teóricas das argumentações práticas. Nesse sentido, a fundamentação do direito se torna problemática. As teorias jusnaturalistas pretendem conferir legitimidade ao Estado moderno independente das religiões, cosmologias e ontologias. O direito deixa de ser uma derivação divina e passa a ser legitimado mediante um ato reflexivo. Segundo Habermas, “[...] a força legitimadora cabe hoje somente às regras e às premissas da comunicação, que permitem distinguir entre um entendimento ou acordo alcançado entre indivíduos livres e iguais.”⁵⁶ Podemos afirmar que essa é a gênese da teoria de Habermas. A força legitimadora do direito resulta de um ato comunicativo entre os sujeitos livres e iguais, que buscam chegar a um entendimento sobre a validade das normas jurídicas.

É importante assinalarmos que, para Habermas, o Estado desenvolve e garante o direito privado burguês, o mecanismo monetário, determinadas infra-estruturas, ou seja, em suma, no conjunto, as premissas para a existência de um processo econômico despolitizado, liberto de normas éticas e de orientações ligadas ao valor de uso. Já que não é o Estado que deve agir como capitalista, ele deve conseguir os recursos necessários à sua ação a partir das redes privadas. O Estado moderno é o Estado fiscal

⁵⁶ HABERMAS, J. Para a reconstrução do materialismo histórico. São Paulo: Brasiliense, 1990, p. 228.

(Schumpeter). Determina-se, assim, uma constelação de Estado e sociedade burguesa, cuja análise foi sempre objeto da teoria marxista do Estado.⁵⁷

Nesse sentido, Habermas compartilha com Marx a crítica às constituições burguesas. O Estado moderno assegura os interesses particularistas da classe burguesa. Então, Habermas concorda com a crítica efetivada por Marx na obra *A crítica ao programa de Gotha*. Marx considera o Estado como um órgão repressor. Sua constituição é a materialização dos interesses de alguns indivíduos da sociedade capitalista, a saber, os ideais dos burgueses. Então, os direitos, bem como as normas de validade do direito, não são frutos da participação democrática dos sujeitos livres e iguais, são normas e direitos constituídos em favor dos interesses burgueses.

Marx realiza sua análise partindo do paradigma do trabalho. A sociedade moderna julga todos os sujeitos iguais. Esse tipo de nivelção, segundo Marx, é um erro, pelo fato de que os trabalhadores não são iguais e, por isso, os direitos também deveriam ser desiguais e de acordo com as necessidades dos trabalhadores, levando em consideração suas diferenças. Um trabalhador pode ser diferente de outro pelo fato de estar casado ou ter mais filhos. Assim, com uma mesma performance no trabalho e com uma parte igual a ser recebido para o consumo, um trabalhador pode se tornar mais rico de que outro. Por isso, para Marx, os direitos deveriam ser desiguais.

Mas esses defeitos são inevitáveis na primeira fase da sociedade comunista, ou seja, quando ela acaba de emergir depois de nascer do sofrimento angustiante da sociedade capitalista. Na fase mais alta da sociedade comunista, depois da subordinação escravista do indivíduo na divisão dos trabalhos e, além disso, depois do desaparecimento da antítese entre o trabalho físico e mental; depois do trabalho se tornar não somente o meio para a vida, mas o desejo primordial da vida; depois da força produtiva ser também acabada como o desenvolvimento integral do indivíduo; somente assim, o estreito horizonte dos direitos dos burgueses poderá ser superado na sua integridade e a sociedade poderá ser inscrita nesse lema: de cada um de acordo com sua habilidade, para cada um de acordo com sua necessidade⁵⁸.

Dessa maneira, Marx realiza uma crítica à sociedade capitalista e, portanto, ao Estado de direito burguês. A sociedade comunista deve superar a sociedade capitalista, no sentido de não planificar de forma igualitária os direitos. Por isso, o direito também

⁵⁷ HABERMAS, J. Para a reconstrução do materialismo histórico. São Paulo: Brasiliense, 1990, p.229.

⁵⁸ MARX, Karl. A crítica ao programa de Gotha. In: McLELLAN, David. **Karl Marx**: Selected Writings. New York: Oxford University Press, 1977, p. 569.

deve ser relativo, isto é, o direito deve atender, de forma relativa, às necessidades de cada sujeito. Então, para Marx, o direito entendido como órgão do Estado passa a ser um mecanismo de dominação que os burgueses utilizam para satisfazer seus interesses. Na sociedade comunista, o direito se torna independente, atendendo de forma autônoma e desigual todos os sujeitos.

Contudo, o que nos interessa para Habermas nesse momento é entender a concepção de direito desenvolvida por Weber. Assim, voltando à concepção de Weber, podemos acrescentar que o autor associa o direito moderno à dominação legal, que estão relacionados com o “ [...] *principio que o direito necessita de justificação se desvanece e fica somente o principio de positivação (Satzungprinzip).*”⁵⁹ Por isso, para Habermas, Weber comete um erro: negligenciar que o direito necessita de uma fundamentação. Assim, exclui do direito moderno as idéias de fundamentação racional que foram introduzidas com o direito racional no século XVII e que, desde então, são características constantes de toda a forma legal. Essa é, segundo Habermas, a via pela qual Weber assimila o direito como um meio de organização que tem a finalidade de organizá-lo de forma racional de acordo com fins. Desse modo, Weber desliga a racionalização do direito do complexo de racionalidade prático-moral, reduzindo assim, a uma simples racionalização de relações meio-fim⁶⁰.

Para Weber, a racionalização do direito está estritamente ligada aos interesses dos burgueses. Assim, cabe, sobretudo aos interesses dos burgueses, exigir uns direitos inequívocos, claros, livres de arbítrio e de perturbações irracionais por parte de privilégios concretos: direito que, antes de tudo, garanta de forma segura o caráter juridicamente obrigatório de contratos e que, em virtude de todas as qualidades, funciona de modo calculável. Desse modo, a aliança de interesses formam as forças mais importantes e determinantes para a racionalização formal do direito.⁶¹

Por isso, para Habermas, o direito natural racional é entendido como uma forma de organizar legalmente as estruturas políticas e sociais da sociedade. O direito natural racional confere um poder às instituições políticas, o poder coativo de organizar a sociedade de forma jurídica. Esse pensamento também é compartilhado por Weber, no

⁵⁹ HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus Humanidades, 1992, p. 339.

⁶⁰ HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus Humanidades, 1992, p. 340.

⁶¹ WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: UnB, 1999, p. 123.

sentido de que o direito racional natural liga a legitimidade do direito positivo às suas condições formais:

Todo o direito legítimo baseia-se num contrato, e o estatuto, por sua vez, nasce sempre, em última instância, de um acordo racional. E isso ou em sentido real, de um autêntico contrato original de indivíduos livre que regula também para o futuro a forma de criação de novo direito estatuído, ou então no sentido ideal, de que apenas será legítimo aquele direito cujo conteúdo não contradiga ao conceito de uma ordem ditada pela razão e estatuída por livre acordo. Os “direitos de liberdade” são componente substancial desse tipo de direito natural: sobretudo a *liberdade de contrato*. O contrato voluntário, seja como fundamento histórico real de todas as relações associativas, inclusive o Estado, seja pelo menos como critério regulador da avaliação, veio a ser um dos princípios universais das construções do direito natural.⁶²

Nesse sentido, Habermas compartilha da mesma concepção de Weber no que concerne ao direito natural. Segundo Habermas, o direito natural repousa sobre um fundamento racional e representa, dessa maneira, uma etapa mais avançada de racionalização prático-moral. Isso representa uma ruptura e uma evolução em relação à ética protestante que possui um fundamento religioso. Assim, o direito natural racional desenvolve-se independente da concepção religiosa que, até então, regia juridicamente a sociedade.

Para Habermas, no modelo de contrato social, no qual todos os sujeitos são livres e iguais. Os sujeitos regulam suas vidas em comum acordo, regulando racionalmente seus interesses. Essa concepção de contrato já é criticada e analisada pelos filósofos do direito moderno que exigem uma resposta à exigência de uma fundamentação procedimental do direito, ou seja, de uma fundamentação a partir de princípios cuja validade pode ser criticada. O problema, segundo Habermas, é que Weber confunde as propriedades formais do nível pós-tradicional de fundamentação com valores particulares, materiais e de acordo a fins. Não há uma diferença para Weber entre um acordo legitimado consensualmente em busca do entendimento alcançado puramente através da busca por fins particulares.

Nesse sentido, a concepção positivista de Weber, descrita acima, coloca-no em uma situação difícil quando confrontamos e analisamos a questão de como pode ser

⁶²WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: UnB, 1999, p.135-36.

legitimada uma dominação legal. O acordo racional passa a ser o “ [...] único tipo consistente de legitimação de uma ordem legal que pode remeter a uma forma de revelação religiosa e de autoridade derivada da santidade da tradição”.⁶³ Weber desenvolve uma tipologia identificando três possibilidades básicas para a legitimidade: a) a base tradicional repousa sobre a tradição; b) a base carismática repousa sobre as qualidades especiais das pessoas; e c) a base racional repousa sobre a legitimidade.

A base racional identificada por Weber é especialmente importante porque o autor fundamenta a dominação legal de nosso tempo. Isso faz com que a legitimidade seja o resultado da submissão dos dominados e essa dominação seja caracterizada pela positividade da lei e uma predominância burocrática do Estado.

A forma de legitimidade mais comum é a crença na legalidade, a obediência às normas estabelecidas de maneira formalmente correta e que tem sido feito pela via ordinária. A diferença entre uma ordem derivada de um acordo voluntário e uma que tem sido imposta é relativa. Quando uma ordem obtida de um acordo não se baseia em um acordo unânime [...], mas num determinado círculo de pessoas, na obediência fática daqueles que, na realidade, querem algo diferente daquilo decidido pela maioria [...] temos uma ordem outorgada, isto é, uma ordem imposta à maioria.⁶⁴

Assim, salientamos que a fé na legitimidade de um procedimento não pode produzir legitimamente *per se*, somente em virtude da correção procedimental do próprio estabelecimento positivo. Isso inclusive se segue da análise lógica das expressões ‘legalidade’ e ‘legitimidade’⁶⁵. Para Habermas, a crença na legalidade do ordenamento jurídico não é um tipo independente de legalidade, isto é, a legalidade do procedimento jurídico é reconhecida se ele for legitimado consensualmente pelo sujeitos portadores de racionalidade. Weber confunde, assim, toda a necessidade de fundamentar ou de justificar a dominação, ou seja, toda a tentativa de estabelecer um fundamento baseado em um acordo racional não se concretiza, pois, para chegar a um acordo, Weber recorre a valores particulares. Por isso, segundo Habermas, para Weber, a racionalização material do direito não significa uma racionalização ética progressiva,

⁶³ WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: UnB, 1999, p. 136.

⁶⁴ WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: UnB, 1999, p. 30.

⁶⁵ HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus Humanidades, 1992, p. 344.

mas a destruição de uma racionalidade cognitiva do direito.⁶⁶ O direito, concebido dessa forma, passa a servir a uma classe de especialistas doutos, distanciando-se das demais classes sociais. Não há um reconhecimento do direito, pois a maioria dos sujeitos não participam da construção de direito.

Segundo Habermas, Weber assinala indicadores empíricos da racionalização formal do direito. As principais qualidades do direito formal se referem: a) à progressiva sistematização analítica dos processos jurídicos e do crescimento profissional e especializado das normas jurídicas; b) à redução da legitimidade à legalidade, isto é, a substituição dos problemas de fundamentação por problemas de procedimento. Ambas as questões se caracterizam, ademais, por uma atitude de tradicionalismo secundário que adotam a um direito cujos fundamentos se desenvolvem cada vez mais opacos, mas que, basicamente, é reconhecido como “racional”.⁶⁷ O direito é entendido, ainda, como racional; contudo, na concepção de Weber o direito sofre uma redução da legitimidade, ou seja, a preocupação é com sua legalidade e não basicamente com a legitimidade. Isso provoca uma instrumentalização do direito.

Pela análise do conceito de racionalidade e o estudo acerca da moderna compreensão do mundo, Habermas sustenta, assim como Weber, a existência de um processo universal de racionalização do mundo. Contudo, percebe na teoria de Weber alguns erros, tais como o reducionismo da racionalização ao aspecto de uma racionalidade regulada por fins ou regulada pelo sucesso. Para resolver esse problema da ação instrumental, a qual considera uma ação não social, desenvolverá a ação comunicativa como uma proposta de resolver os problemas existentes na teoria weberiana.

Através dessa análise antropológica, entendemos como Weber legitima o direito e como Habermas critica essa forma de legitimar o direito. Na próxima parte do trabalho, discutiremos como Habermas fundamenta e legitima o direito através da ação comunicativa. Até o momento, preocupamo-nos com o conceito de ação comunicativa e a legitimação do direito em Weber tal como ela é interpretada por Habermas.

No item 1.3, a seguir, destacaremos a distinção fundamental que Habermas faz entre ação orientada para o sucesso e uma ação orientada para o entendimento. Para

⁶⁶ HABERMAS, J. Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, 1992, p.346.

⁶⁷ *Ib.*, p. 347.

isso, retornaremos ao conceito de ação comunicativa para sustentar uma racionalização do mundo da vida. Demonstrando o ceticismo de Weber com relação ao direito.

1.3 O ceticismo moral weberiano

Como vimos anteriormente, Weber confere ao direito um caráter eminentemente racional, isto é, um direito instrumentalizado que tem como objetivo atender uma classe social que busca a estabilidade dos contratos. Weber, em sua tese de racionalização do direito, compartilha de um ceticismo moral. Para tal, concebe o direito completamente independente da moral. Dessa maneira, para Weber, cabe sobretudo aos interessados, exigir um direito inequívoco, claro, livre de arbítrio administrativo irracional e de perturbações irracionais por parte de privilégios concretos: direito que, antes de qualquer coisa, garanta de forma segura o caráter juridicamente obrigatório de contratos e que, em virtude de todas essas qualidades, funcione de modo calculável.⁶⁸

Portanto, essa aliança estabelecida entre os interesses principescos e os interesses da classe emergente burguesa foi uma das forças motoras mais importantes para a racionalização formal do direito. Essa aliança garante a estabilidade entre as partes e, dessa maneira, garante os direitos independentes do arbítrio do príncipe e dos funcionários.

O direito moderno passa a servir e a regular a ordem econômica. Assim, segundo Weber,

[...] a aquisição com a intenção de revenda lucrativa – está definido, bem no sentido de um direito racionalizado, não pela situação de qualidades formais, mas pela referência ao sentido racional com relação a fins do ato comercial concreto: “lucro” por meio de outro ato comercial futuro. Por outro lado, estão-lhe submetidas determinadas categorias de pessoas cujas características decisivas consiste no fato que elas realizem “profissionalmente” aqueles tipos de contratos.⁶⁹

A legitimidade do direito para Weber se desvincula da autoridade sagrada e passa a ser fundada e dirigida por juristas doutos (especialistas) que têm o dever de conservar as transações econômicas, isto é, o direito passa a regular e controlar as transações comerciais capitalistas. Desse modo, o direito está relacionado aos fins. Por isso, para

⁶⁸WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: UnB, 1999, p. 123.

⁶⁹ *Ib.*, p. 142. Grifos do autor.

Weber, o direito é independente da moral e é fundamentado e dirigido por um poder especializado.

O desenvolvimento do direito e do procedimento jurídico, dividido em “etapas de desenvolvimento teórico”, conduz à revelação carismática do direito por “profetas jurídicos” – por meio de criação e aplicação empírica do direito por *honoratiores* jurídicos (criação de direito cautelar e de direitos baseado em precedentes) - , à imposição do direito pelo *imperium* profano e por poderes teocráticos e, por fim, ao direito sistematicamente estatuído e à “justiça” aplicada profissionalmente na base de uma formação literária e formal - lógica, por juristas doutos (juristas especializados).⁷⁰ No princípio, as qualidades formais do direito desenvolveram-se em um processo de combinação de um formalismo irracional determinada pela origem das revelações. O procedimento jurídico primitivo é elevado por uma irracionalidade material ou não formal, ligada a um fim e patrimonial ou teocraticamente condicionada. No direito moderno, há uma racionalidade que confere um grau instrumentalizável operado por uma classe especializada (juristas). Por essa via, chegamos a um direito técnico operado por especialistas.

Para Weber, esse caráter do racionalismo do direito se concretizou somente na sociedade ocidental, uma vez que a estrutura capitalista presente nesse modelo de sociedade forçou a implantação de um sistema jurídico que pudesse garantir segurança nas transações econômicas. Dessa maneira, para Weber, o direito deve ser empírica e instrumentalmente exercido por juristas especializados. Como o próprio Weber define,

Na medida que participam na formação dos traços especificamente modernos do atual direito ocidental, atuaram, de modo geral, no seguinte sentido: para os interessados no mercado de bens, a racionalização e a sistematização do direito significam, em termos gerais e com reserva de uma limitação posterior, a calculabilidade crescente do funcionalmente da justiça – uma das condições prévias mais importantes para empresas econômicas permanentes, especialmente aquelas de tipo capitalista, que precisam da “segurança de tráfico” jurídico.⁷¹

O direito moderno se esforça para estabelecer um padrão valorativo objetivo. Naturalmente, quanto mais se impõe a impressão de que as ordens jurídicas, como tais, nada mais representam que a mera técnica, tanto mais é repudiada, precisamente, a declaração dos afetados⁷². A idéia de colocar uma disposição puramente técnica (como

⁷⁰ WEBER, Max. Economia e sociedade. Brasília: UnB, 1999, p. 143.

⁷¹ *Ib.*, p. 144. Grifos do autor.

⁷² *Ib.*, p. 148.

a de que, para determinados bens, ao atravessar uma fronteira, deve-se pagar uma determinada taxa) no mesmo nível de princípios jurídicos referentes ao patrinômio ou ao pátrio-poder, ou mesmo do conteúdo do direito de propriedade, aborrece precisamente ao prático jurídico.

O antigo “direito natural” parece desacreditado pela crítica da escola histórica e do positivismo jurídico. Como sucedâneo, oferece em parte, um direito natural religiosamente vinculado aos dogmáticos (católicos) e, em parte, a tentativa de obter padrões objetivos mediante deduções a partir da “essência” do direito. E isto pode dar-se por um caminho apriorístico de orientação neokantiana – o “direito concreto” como ordem de uma “sociedade de homens que exercem livremente sua vontade – tanto como padrão legislativo para a criação racional de direito quanto como fonte de aplicação do direito nos casos em que lei indica ao juiz recorrer a critérios aparentemente não-formais.”⁷³

Assim, o direito é rigorosamente formalista e limitado ao que é manifesto, à medida que exige a segurança das relações comerciais. Mas, qualquer que seja a forma que assumam o direito e a prática jurídica, sob essas influências, seu destino inevitável, como consequência do desenvolvimento técnico e econômico, e a despeito de toda a judicatura leiga, será o desconhecimento crescente, por parte dos leigos, de um direito cada vez mais repleto de conteúdos técnicos. O direito passa a ser entendido como algo técnico com conteúdo desprovido de toda a santidade racional e, por isso, modificável a cada momento, conforme fins racionais.

Nesse sentido, para Habermas, a teoria da racionalização de Weber e a evolução do direito ocupam um posto tanto destacado como ambíguo. A ambigüidade da racionalização do direito consiste na possibilidade simultânea tanto da institucionalização da ação econômica e administrativa racional com relação a fins como a separação dos subsistemas de ação racional com relação a fins de seus fundamentos prático-morais.⁷⁴ Weber reinterpreta o direito moderno em circunstâncias que este pode se desconectar da esfera do valor evolutivo e aparecer, desde o princípio, como uma materialização institucional da racionalidade cognitiva-instrumental.

Nesta primeira etapa da dissertação, procuramos descrever os conceitos básicos utilizados por Habermas na *Teoria da ação comunicativa*. Entendemos que esses conceitos empregados na teoria da ação comunicativa são de fundamental importância

⁷³ WEBER, Max. Economia e sociedade. Brasília: UnB, 1999, p 148. Grifos do autor.

⁷⁴ HABERMAS, J. Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, 1992, p. 316.

para entendermos, posteriormente, a ética discursiva e a pragmática universal. Tais temas são abordados no capítulo seguinte.

2 Contextualizando a pragmática universal

Um dos principais objetivos da primeira parte do primeiro capítulo foi o de demonstrar que a ação comunicativa de Habermas está relacionada, conceitualmente, com a teoria da ação desenvolvida por Weber. A partir de alguns pressupostos apresentados na teoria weberiana, Habermas reconstrói a sua teoria da ação comunicativa. Assim, Habermas, em *A teoria da ação comunicativa*, reformula a posição de Weber, a saber, a tese de reduzir a racionalização ao modelo de ação regulada por fins. Para visualizar esse objetivo de Habermas, algumas considerações foram feitas, principalmente, à tese da racionalização do direito.

Percebemos que, na ação comunicativa, as pessoas se orientam por pretensões de validade ligadas aos atos de fala, a saber, inteligibilidade, verdade, correção e veracidade. A linguagem é considerada o médium por meio do qual as pessoas podem alcançar o entendimento sobre as questões do mundo da vida. Por meio da pragmática universal, Habermas irá provar o significado das pretensões de validade, ou seja, o uso comunicativo da linguagem. No *item 2.1*, apresentamos o argumento da pragmática universal que reconstrói os pressupostos indubitáveis do sentido da argumentação. Por meio dessa classificação, pretendemos esclarecer que tipo de ato de fala pode ser considerado como, por exemplo, esta afirmação: “Eu tenho direito a X”. A pragmática universal explicará o significado das pretensões de validade por meio do seu resgate, que acontece no discurso.

Assim, o núcleo das investigações da pragmática universal nos mostrará que o entendimento lingüístico será alcançado quando quatro pretensões de validade forem satisfeitas. Assim, no *item 2.2*, constataremos que o entendimento lingüístico será alcançado se o ouvinte: entender o falante (pretensão de inteligibilidade); acreditar que o indivíduo está sendo honesto (pretensão de veracidade); considerar normativamente correta a norma para a qual o ato de fala se ajusta (pretensão de correção). Quando isso acontece, os participantes da argumentação cumprem as quatro pretensões e chegam a um consenso racional.

2.1- A pragmática universal dos atos de fala

Para Habermas, o agir social exposto na teoria da ação não pode ser reduzido a um agir estratégico como pensado por Weber. O agir social deve ser entendido como uma ação orientada para o entendimento, em que os sujeitos orientam-se por pretensões de validade ligadas aos seus atos de fala. O entendimento é um processo alcançado comunicativamente. Ele não pode ser nem factual e nem mesmo pode ser um acordo alcançado por meio de coação. Os participantes da comunicação devem concordar racionalmente com o conteúdo das emissões. Existe uma ligação muito próxima entre o conceito de ação e a linguagem. Por isso, Habermas pretende esclarecer esses dois conceitos.

Para evitar mal entendidos eu gostaria de repetir que o modelo de ação comunicativa não torna equivalente o conceito de ação e de comunicação. A linguagem é o meio da comunicação que serve ao entendimento, enquanto os atores, ao entender-se entre si para coordenar suas ações, perseguem suas metas particulares. Nesse sentido, a estrutura teleológica é fundamental para todos os conceitos de ação.⁷⁵

Para ilustrar o conceito de ação, Habermas cita exemplos como aquelas ações corriqueiras do dia-a-dia, tais como correr, fazer entregas, pregar, serrar. E, para explicar o conceito de fala, Habermas utiliza os *atos de fala*, que podem ser explicados como as ordens, as confissões e as constatações. Em ambos os casos, estamos tratando de ações. No entanto, é claro que Habermas faz uma distinção entre ações não-teleológicas, ou seja, ações não-lingüísticas, em que o sujeito intervém no mundo a fim de realizar as suas ações orientadas para um fim, e as ações comunicativas, em que o autor utiliza a linguagem para chegar a um entendimento sobre algo no mundo.

As ações lingüísticas dependem de condições específicas de compreensão. Na perspectiva de um observador, somos capazes de identificar uma ação. Uma ação não-lingüística não oferece por si mesma, isto é, não revela a partir de si mesma o modo como foi planejada.

Habermas afirma que a “[...] pragmática universal tem como tarefa identificar e reconstruir condições universais do entendimento possível”⁷⁶. Por isso, a pergunta que a pragmática universal quer responder é a seguinte: como é possível a utilização da

⁷⁵ HABERMAS, J. Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, 1992, p. 157.

⁷⁶ Ib., p. 368.

linguagem orientada ao entendimento? Segundo Habermas, por meio de identificação dos pressupostos necessários de qualquer entendimento possível, caracterizaremos a base da validade da fala. Por isso, Habermas, então, “[...] desenvolverá a tese de que todo agente que atua comunicativamente tem que estabelecer, na execução de qualquer ato de fala, pretensões universais de validade e supor que tais pretensões possam desempenhar-se”⁷⁷.

Habermas realiza uma ampla pesquisa sobre as forças ilocucionárias e sobre os efeitos perlocucionários para mostrar que os atos de fala só podem exercer influência sobre o ouvinte. Assim:

Se um ouvinte não entendesse o que o falante estava dizendo, nem um falante que age estrategicamente poderia fazer, por meio dos atos de fala, que o ouvinte se comporte da forma desejada. Por isso, o que nós inicialmente designamos como “o uso da linguagem orientada pelos fins ou pelo sucesso” não é um modo originário de uso da linguagem, mas sim uma subordinação dos atos de fala que servem a fins ilocucionários sob as condições da ação orientada para o sucesso.⁷⁸

O tipo de coordenação consensual das ações seria originário, pois, segundo Habermas, “[...] os atos de fala podem ser usados estrategicamente, mas só para as ações comunicativas elas possuem uma significação constitutiva.”⁷⁹ Um indivíduo particular pode escolher uma ação estratégica; contudo a sociedade, em sua totalidade, não poderia funcionar com uma ação estratégica. Habermas sustenta ser uma ação comunicativa aquelas ações estratégicas mediadas lingüisticamente em que todos os participantes perseguem fins ilocucionários. Por outro lado, Habermas define uma “[...] ação estratégica mediada lingüisticamente em que ao menos um dos participantes quer com seu ato de fala produzir um efeito perlocucionário nos interlocutores.

Para Habermas, Austin não percebeu esses dois casos separados como tipos diferentes de interação, pois estava inclinado a identificar atos de entendimento com as interações coordenadas pelos atos de fala. Austin não percebeu que os atos de fala funcionam como mecanismos de ações.

É preciso desligá-los desses contextos de agir comunicativo antes de poder inseri-los em ações estratégicas. Isto, por sua vez, só é possível porque os

⁷⁷ HABERMAS, J. Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, 1992, p. 369.

⁷⁸ HABERMAS, J. Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, 1992, p.365.

⁷⁹ *Ib.*, p.295-296.

atos de fala possuem uma relativa autonomia diante do agir comunicativo, cujas estruturas de interação remete sempre o significado do que é dito.⁸⁰

Assim, Habermas irá sustentar a tese de que a fala também se submete a uma análise formal capaz, portanto, de imprimir regras que são condições universais do entendimento. Para que isso ocorra, Habermas utiliza, em sua pragmática, a teoria dos atos de fala iniciada por Austin, tomando como base as seguintes distinções.

- 1) atos de fala constatativos e performativos;
- 2) atos de fala locucionários, ilocucionários e perlocucionários.

Segundo Austin, a filosofia tem se preocupado quase exclusivamente em emissões que descrevem e que relatam fatos e que podem ser consideradas verdadeiras ou falsas. Essas emissões são chamadas por Austin de constatativas. Essa posição tradicional da filosofia sofreu modificações quando se começou a investigar enunciados que não pretendiam registrar fatos e não somente ações ou dar ordens. Austin chegou à conclusão de que a linguagem comporta usos diferentes.

Contudo, há uma diferença importante entre os atos locucionários e ilocucionários. Quando o ato de fala tem sentido e referência definidos, ele é um ato locucionário. Por outro lado, quando, ao dizer algo, realiza uma ação, tem-se um ato ilocucionário. Os atos locucionários têm significado, já os ilocucionários têm força, isto é, força de entendimento. Por fim, o ato perlocucionário consiste em se obter certos efeitos sobre alguém pelo fato de se dizer alguma coisa. Austin sustenta que, no caso dos proferimentos constatativos, isto é, assertóricos, temos que abstrair dos aspectos ilocucionários e perlocucionários, dando importância à força ilocucionária e não à locucionária. Austin conclui salientando que um ato de fala autêntico comporta ambas as coisas. O importante é assinalar que Habermas acaba por traduzir, na sua teoria, o conceito de força ilocucionária por pretensões de validade.

Enquanto que no agir estratégico um atua sobre o outro para ensejar a continuação desejada de uma interação, no agir comunicativo um é motivado racionalmente pelo outro para uma ação de adesão – e isso em virtude do efeito ilocucionário de comprometimento que o ato de fala suscita.⁸¹

⁸⁰ HABERMAS, J. Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, 1992, p. 295.

⁸¹ HABERMAS, J. Consciência moral e agir comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p.79.

A teoria dos atos de fala tem por objetivo clarificar o caráter performativo das emissões. O caráter performativo é igual à força ilocucionária de um ato de fala, argumenta Habermas, consiste em fixar o modo do conteúdo emitido. O ato de fala tem uma força ilocucionária que consiste na capacidade de estabelecer uma relação interpessoal de fazer coisas dizendo algo.

Na ação comunicativa, o agente é motivado racionalmente por outro para uma ação de adesão em virtude do efeito ilocucionário de comprometimento que a oferta de um ato de fala suscita. Isso não se aplica pela validade do que é dito, mas sim pela garantia assumida pelo falante. O falante pode resgatar essa garantia no caso de pretensões de verdade e correção, discursivamente, isto é, aduzindo razões; no caso de pretensões de sinceridade, pela consistência de seu comportamento.

O conceito de ação comunicativa se explica, então, pelo mecanismo lingüístico de coordenação das ações por meio do efeito de vínculo exercido pelo componente ilocucionário dos atos de fala. Quando um ato de fala é aceito, gera-se uma relação interpessoal, pretendida pelo falante, que tem conseqüências para a ação, pois, ao aderir ao acordo alcançado, o ouvinte compromete-se a ligar suas ações subseqüentes em conformidade com as obrigações de ação estabelecidas pelo significado do que foi dito. O agir comunicativo não se resume ao ato de entendimento, mas inclui também as ações motivadas pelo entendimento.

2.2 As disposições a respeito do discurso e das pretensões de validade

Pela análise realizada a respeito da pragmática universal, demonstraremos que todo o ato de fala comporta pretensões de validade. Para explicar o que significa entender um ato de fala, devemos considerar as noções de pretensões de validade e de seu resgate (Einlösung). A pretensão de validade corresponde à força ilocucionária. Refere-se ao tipo de relação interpessoal que o falante tenta estabelecer com sua emissão e, portanto, ao tipo de compromisso que assume. “Uma pretensão de validade equivale à afirmação de que as condições de validade de uma manifestação ou emissão

estão sendo cumpridas.”⁸² Devemos supor que o falante pretende que sua emissão seja válida, isto é, que se dispõe, se necessário, fundamentar essa pretensão mediante razões.

No caminho seguido por Habermas para provar que a pretensão de validade é um elemento constitutivo do ato de fala e para descobrir as condições para que o ato seja adequado, consideramos os aspectos sobre os quais uma emissão pode ser criticada ou rejeitada pelo ouvinte. Quando nos situamos na perspectiva do ouvinte, confirmamos ou rejeitamos a suposição de pretensões de validade do falante. O falante não pode negar, diante do ouvinte, que esteja pretendendo validade para o que diz, a menos que faça um uso abertamente estratégico da linguagem. É seguindo esse fio condutor que se descobre os diferentes tipos de referência à realidade ou de pretensões de validade dos atos de fala.

No entanto, a prova da necessidade dessas condições das pretensões de validade que também podem ser estabelecidas pelo argumento de *contradição performativa* que também é de natureza pragmática. O regulamento de contradição performativa foi desenvolvido por Apel e se define por conduzir aquele que participa da discussão a refletir e dar-se conta de que, ao argumentar, aceita certas condições que não pode negar sem contradição (performativa), mas que também não pode prová-las dedutivamente sem cometer petição de princípio (*petitio principii*). No discurso, o falante não pode afirmar sem contradição que afirma algo, mas não tem qualquer pretensão, por exemplo, a pretensão de verdade para com sua afirmação. Consideremos o exemplo de Habermas:

O professor de um seminário dirige a um dos participantes a seguinte ordem:
- Por favor, traga-me um copo de água.

O aluno pode recusar o pedido no que diz respeito a três aspectos de validade. Ou bem ele questiona a correção da emissão:

- Não, você não pode me tratar como se eu fosse seu criado.

Ou pode colocar em questão a veracidade subjetiva da emissão:

- Não, o que você pretende é me deixar em má situação diante de meus companheiros de seminário.

Ou então pode questionar o cumprimento de determinado pressuposto de existência:

- Não, o bebedouro mais próximo fica muito longe, e não poderei estar de volta antes do fim da sessão.⁸³

O que o exemplo demonstra, que é válido para todos os casos de atos de fala orientados para o entendimento. Na ação comunicativa, os atos de fala podem ser recusados em três aspectos diferentes: pelo aspecto da correção que o falante exige para

⁸² HABERMAS, J. Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, 1992, p.392.

⁸³ Idem.

a sua ação em relação a um contexto normativo; pela veracidade, em que o ouvinte questiona a sinceridade do falante; pela verdade que, na sua emissão, o falante exige para seu enunciado, isto é, questiona o enunciado que o falante supõe ser verdadeiro. São essas as pretensões aduzidas pelo exemplo: correção, veracidade, verdade. A essas três pretensões, devemos acrescentar a pretensão de integridade que é condição para toda e qualquer argumentação.

Cada uma dessas pretensões de validade coloca a emissão dos atos de fala em determinadas relações com a realidade. Pode ser colocada em relação com a realidade do mundo objetivo, mundo social e mundo subjetivo. Habermas caracteriza essa relação da seguinte maneira:

1. O mundo objetivo (como o conjunto de todas as entidades sobre as quais são possíveis enunciados verdadeiros);
2. O mundo social (como o conjunto de todas as relações interpessoais legitimamente reguladas);
3. O mundo subjetivo (como a totalidade das experiências do falante com as quais ele tem acesso privilegiado).⁸⁴

Do componente ilocucionário das três pretensões de validade, inferimos que, sobre o aspecto de validade, o falante quer que seja entendida preferencialmente a sua emissão. Desse modo, sempre haverá uma pretensão que está tematicamente assinalada. Os três tipos básicos de atos de fala são: constataativos, regulativos e os expressivos. Os primeiros assinalam a pretensão de verdade; os segundos se referem à pretensão; os últimos se referem à pretensão de veracidade.

Podemos identificar algumas obrigações do agir que seguem à aceitação de cada tipo básico de ato de fala. Também podemos observar alguns critérios que devem orientar seu resgate. A única classe de atos de fala cujo significado implica obrigações de ação é a classe dos atos de fala regulativos, porque neles estão tematizados as relações interpessoais. Assim, o ouvinte e o falante têm que fazer algo se uma ordem, uma promessa ou um acordo é aceito por eles. Por outro lado, não decorre imediatamente dos atos de fala expressivos e constataativos obrigações de ação para o ouvinte. Deles, o ouvinte tem que apenas compreender o conteúdo proposicional e a força ilocucionária de uma oração. No caso dos atos de fala expressivos, as obrigações de consistência são relevantes para a consequência da interação, em virtude especificações do falante, pelas quais seu comportamento não pode entrar em

⁸⁴HABERMAS, J. Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, 1992, p. 100.

contradição. No caso dos atos de fala regulativos, as obrigações de consistência são obrigações para trazer argumentos. Por isso, o resgate de tais pretensões supõe sair do contexto do agir comunicativo e ingressar em um discurso, o qual, como foi visto, está submetido a regras especiais.

Com o resgate das pretensões, supomos sair do contexto do agir comunicativo e entrar na esfera do discurso, que está submetido a regras especiais. Portanto, os atos de fala constataivos e regulativos exigem um tipo de resgate especial: a realização de um discurso. A pretensão de verdade e a correção são resgatáveis por meio do próprio discurso, pois, quando questionadas, seu desempenho depende do intercâmbio dos argumentos. Chegamos à noção do discurso a partir de uma análise dos atos de fala constataivos e regulativos.

Desse modo, Habermas distingue duas formas de discurso: o discurso teórico e o discurso prático. O discurso teórico é o tipo de argumentação que procura validar ou refutar a verdade de afirmações factuais. Podemos afirmar que esse discurso pertence às ciências. A verdade de uma teoria é questionada por uma comunidade científica. O discurso teórico por sua vez, como afirma Habermas, “[...] é a forma de argumentação em que as pretensões de correção normativas são tematizadas”.⁸⁵ O discurso prático possibilita, hipoteticamente, testar se uma norma de ação está realmente reconhecida ou não, é justificada imparcialmente. As normas existentes ou propostas na sociedade precisam ser legitimadas por meio de um discurso racional e democrático.

Como já foi mencionado, Habermas chama de comunicativa as interações nas quais as pessoas envolvidas se põem de acordo para reconhecer seus planos de ação. Esse acordo é alcançado, em cada caso, por meio do reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade. As quatro pretensões elucidadas, a saber, verdade, veracidade, correção, inteligibilidade, devem ser comprovadas simultaneamente. Portanto, essas quatro pretensões são condições indispensáveis para a realização do ato de fala, ou melhor, para a ação comunicativa.

Depois dessa reconstrução das pretensões de validade, é possível apresentar a ética discursiva de forma mais completa. O passo a ser dado, a seguir, para a fundamentação de uma ética discursiva, será a postulação de uma regra argumentativa que permite o acordo nos discursos práticos, isto é, o Princípio de Universalização (PU). As considerações sobre essa postulação, bem como a fundamentação do PU, serão

⁸⁵ HABERMAS, J. Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, 1992, p.19

apresentadas na próxima parte do trabalho, o que configura também a legitimação do direito a partir de um princípio moral.

2 - A QUESTÃO DO DIREITO E DA ÉTICA DISCURSIVA

Uma das principais investigações da primeira parte do trabalho foi de mostrar, a partir da leitura realizada de Habermas a respeito de Weber, como as visões metafísicas e religiosas do mundo perderam o poder e a capacidade de legitimar, consensualmente, as normas de integração social na passagem das sociedades tradicionais para as sociedades modernas. Por isso, Habermas recupera o conceito de ação comunicativa com a finalidade de resgatar um conceito comunicativo de razão, com o qual os atores serão autônomos e responsáveis por suas ações. A ação comunicativa passaria a conferir, consensualmente, legitimidade para as normas. Nesse sentido, a integração social passaria a ser garantida pela ação comunicativa.

Por isso, o conceito de autonomia se torna peça central na ética discursiva. Desse modo, Habermas pretende reconstruir as noções de autonomia e de razão prática com a finalidade de justificar uma teoria moral cognitivista e universal dentro de uma estrutura dialógica. Segundo essa teoria, o sujeito deve, antes de agir, assumir diversas possibilidades e avaliar possíveis conseqüências de seus atos, colocando, nessa avaliação, as normas e as sanções vigentes na sociedade.

A ética discursiva é uma teoria moral cognitivista, que procura fornecer um princípio moral capaz de orientar nossas ações. Esse princípio é chamado de princípio de universalização (PU). Ele pretende orientar os integrantes de um discurso prático. Esse princípio serve para legitimar o direito, como também se configura como uma reformulação dialógica do imperativo categórico, estabelecido por Kant na *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Então, no terceiro capítulo do trabalho, pretendemos fundamentar a questão pragmática universal. Para isso, retornaremos a alguns conceitos kantianos que fazem parte de sua teoria da fundamentação da moral e do direito.

No quarto capítulo, será analisada a justificativa que Habermas fornece ao princípio de universalização como um pressuposto inevitável de toda a argumentação. A partir dessas observações, será apresentado o princípio do discurso (PD). Isso possibilita apresentar a distinção entre princípio da universalização (PU) e o princípio do discurso

(PD). Posteriormente a essas elucidações, poderemos abordar a questão da fundamentação e legitimidade do direito e a questão das *Tanner Lectures*.

3 - A ética entendida como discursiva

Embora não tenhamos nos referido anteriormente a Kant, gostaríamos de começar conferindo uma diferença entre Kant e Habermas no modo de entender a razão. Para Habermas, a razão se manifesta de forma histórica e de forma lingüística. Para Kant, ao contrário, a razão é a-histórica. A linguagem torna-se a explicitação da razão, pois nela hábita o *télos* do entendimento. Ao conceber essa nova forma de entender a razão, também um paradigma filosófico é transformado. O paradigma da consciência é substituído pelo paradigma da linguagem ou da compreensão mútua.

A fundamentação moral proposta por Kant foi criticada por muitos filósofos, entre os quais Karl Otto Apel. É importante salientarmos que Apel, em 1970, é o primeiro a fundar a ética discursiva que, posteriormente, será retomada por Habermas e reformulada. Tanto Habermas como Apel basearam-se no discurso argumentativo, pelo fato de que, para eles, a razão se manifesta de forma lingüística. A idéia básica da ação comunicativa é a defesa de que o *télos* fundamental da linguagem humana é o entendimento entre os possíveis falantes. Assim, o discurso argumentativo passa a ser o meio pelo qual podemos alcançar um entendimento acerca das questões morais que serão estabelecidas no interior de uma comunidade de comunicação, isto é, intersubjetivamente.

Apesar de Habermas e Apel concordarem com vários aspectos dessa teoria, esses autores tomam direções diferentes para realizar suas fundamentações. Habermas pretende fazer uma fundamentação pragmática universal, já Apel uma fundamentação *transcendental*. Apel pretende fundar, *a priori*, as regras de argumentação, as quais são idênticas aos princípios transcendentais.⁸⁶ Na primeira parte do capítulo, pretendemos reconstruir a ética do discurso. Então no *item 3.1*, abordaremos a questão da reformulação do imperativo categórico. No *item 3.2*, levantaremos alguns conceitos kantianos sobre a moral e o direito. A partir desses apontamentos, pretendemos elencar a posição e a legitimação do direito.

⁸⁶ Cf. APEL, K. O. *Latransformación de la filosofía*. Madrid: Taurus, 1985. Sobre as diferenças entre Apel e Habermas ver: VELASCO, M. *Ética do discurso: Apel ou Habermas?*. Rio de Janeiro: FAPER/Mauad, 2001.

3.1 A fundamentação da ética discursiva

A fundamentação da ética discursiva elaborada por Habermas encontra-se no livro *Consciência moral e agir comunicativo*. Essa fundamentação, segundo Habermas, consiste, essencialmente, em dois momentos: 1) o princípio de universalização que é introduzido como regra da argumentação para todos os discursos práticos; 2) em seguida, essa regra é fundamentada a partir de pressuposto da pragmática universal em conexão com as pretensões de validades normativas.

Segundo Habermas, a tentativa de fundamentar a ética sob a forma de uma lógica da argumentação moral só tem perspectiva de êxito se também identificar uma pretensão de validade universal, associada a mandamentos e as normas. Partimos da suposição, ou pressuposto, que as pretensões de validade das normas têm um sentido cognitivo e podem ser tratadas de forma análoga às pretensões de verdade.

À primeira vista, as proposições assertóricas empregadas em atos de fala constatativos parecem estar para os fatos numa relação análoga à maneira pela qual as proposições normativas empregadas em atos de fala regulativos se relacionam a relações interpessoais legitimamente ordenadas. A verdade das preposições significa a existência de estados de coisas assim como, analogamente, a correção das ações significa o preenchimento de normas.⁸⁷

Essas duas pretensões podem ser resgatadas *discursivamente*, isto é, a verdade proposicional e a correção normativa desempenham o papel de coordenação da ação de maneira diferente. Portanto, os atos de fala se relacionam com as normas de maneira diferente do que com os fatos. Segundo Habermas, as pessoas se referem às normas de ação do tipo:

- 1) Não se deve matar ninguém;
- 1') É um mandamento não matar ninguém.

Nós nos referimos de diferentes maneiras às normas de ação dessa espécie realizando atos de fala tais como: dar ordens, fechar contratos, abrir sessões, fazer advertências, dar conselhos etc. “Todavia, uma norma moral reclama sentido e validade independente de ser ou não proclamada e reivindicada”.⁸⁸ Quando às normas, são uma derivação de mandados impessoais, elas conservam sua força normativa independente

⁸⁷ HABERMAS, J. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 79.

⁸⁸ *Ib.*, p. 81

de cada ato de fala que se realiza em conformidade com elas. De modo contrário, os enunciados não conservam sua força assertórica fora de seu uso em um ato de fala constativo. É por isso que quando ambas as pretensões de validade são questionadas em um discurso, é algo diferente o que se questiona em cada caso. No primeiro caso, questiona-se a validade das pretensões do falante. No segundo caso, questiona-se a pretensão de validade da norma à qual a emissão se ajustava, isto é, aquilo que pode ser válido ou inválido não é a ação pessoal, mas, sim a regra de ação.

Assim, uma norma pode ser formulada por meio de uma proposição como (1), sem que essa formulação tenha que ser compreendida como um ato de fala. Proposições (1) representam mandamentos aos quais podemos nos referir secundariamente, por meio de atos de fala.

Não há, do lado dos atos, nenhum equivalente disso. Não existem proposições assertóricas que, deixando de lado, por assim dizer, os atos de fala, possam, como as normas, adquirir autonomia [...] as pretensões de verdade residem apenas em atos de fala, enquanto que as pretensões de validade normativas têm sua sede primeiro em normas e só de maneira derivada em atos de fala.⁸⁹

A realidade social, que é por nós referida através dos atos de fala regulativos, como aqueles descritos acima, já estão, desde o início, numa relação interna com pretensões de validade normativas. Ao contrário, as pretensões de verdade não são inerentes às entidades, mas apenas aos atos de fala com que nos referimos às necessidades nos discursos constativos de fatos, a fim de representar estados de coisas.⁹⁰

Segundo Habermas, as pretensões de validade normativa mediatizam a relação entre linguagem e mundo social, uma dependência que, segundo o autor, não existe para a relação de linguagem com o mundo objetivo.

É a esse entrelaçamento de pretensões de validade, que têm sua sede em normas e pretensões de validade erguidas com os atos de fala regulativos. [...] Ao passo que entre os estados de coisas existentes e os seus enunciados verdadeiros existe uma relação unívoca, a “existência” ou a validade social das normas não quer dizer nada ainda acerca da questão se estas também são válidas. Temos que distinguir entre o fato social do reconhecimento intersubjetivo e o fato de uma norma ser digna de reconhecimento. Pode haver boas razões para considerar como ilegítima a pretensão de validade de uma norma vigente socialmente; e uma norma não precisa, pelo simples fato

⁸⁹ HABERMAS, J. Consciência moral e agir comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 80-81.

⁹⁰ Idem.

de que sua pretensão de validade pode ser resgatada discursivamente, encontrar também um reconhecimento factual.⁹¹

Observamos, através desse pequeno trecho, que Habermas está preocupado com a legitimação das normas. Essa preocupação se aplica também à legitimação do direito, ou seja, há uma preocupação com a legitimação do direito, uma vez que o direito funciona como regulador da ação social de uma comunidade.

[...] não basta a entrada em vigor positivista das normas para assegurar duradouramente sua validade social. A imposição duradoura de uma norma depende também da possibilidade de normatizar, num dado contexto de tradição, razões que sejam suficientes pelo menos para fazer parecer legítima a pretensão de validade no círculo das pessoas a que se endereça. Aplicando às sociedades modernas isso significa: sem legitimidade, não há lealdade das massas.⁹²

Habermas está preocupado em fornecer uma base segura para legitimar as normas de validade universal. Desse modo, o direito também precisa ser fundado a partir de um poder legitimador do reconhecimento, isto é, do consenso. As condições de validade dos juízos levam o autor a sustentar uma lógica dos discursos práticos, ao passo que os juízos empíricos exigem uma consideração epistemológica.

É importante assinalarmos que o fato da pretensão da verdade e da correção normativa remeter a uma justificação discursiva levou Habermas a propor uma teoria discursiva da verdade.

Ora, no discurso teórico, a ponte que serve para vencer a distância entre as observações singulares e as hipóteses universais é lançada por diversos ânsos da indução. No discurso prático, é preciso um princípio ponte correspondente. Eis porque todas as investigações e propósito da lógica da argumentação moral conduzem imediatamente à necessidade de introduzir um princípio moral que, enquanto regra de argumentação, desempenha um papel equivalente ao do princípio de indução no discurso de ciência empírica.⁹³

O princípio moral, o qual Habermas irá introduzir como regra de toda a argumentação dos discursos práticos, chama-se princípio de universalização (PU). Habermas afirma dois pressupostos para sua fundamentação:

a) que as normas de validade normativa tenham um sentido cognitivo e possam ser tratadas como pretensões de verdade;

⁹¹ HABERMAS, J. Consciência moral e agir comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 82. Grifos do autor.

⁹² *Ib.*, p. 83.

⁹³ *Idem.*

b) que a fundamentação de normas e mandamentos exija a efetuação de um discurso real e não seja possível, monologicamente, sob a forma de uma argumentação hipotética desenvolvida em pensamento.

Como constatamos, Habermas procura fugir de uma fundamentação monológica do PU. Nesse sentido, Habermas realiza uma reformulação do imperativo categórico kantiano. Essa reformulação será analisada a seguir.

3.2 Do imperativo categórico ao princípio de universalização (PU)

O princípio de universalização, fundamentado por Habermas, a partir da pragmática universal, pretende ser uma transformação do imperativo categórico. Pela ética discursiva, Habermas pretende estabelecer princípios morais que expressem uma vontade universal. Assim, escreve em *Consciência moral e agir comunicativo* que,

[...] todas as éticas cognitivistas retomam a intenção que Kant exprimiu no imperativo categórico. A mim interessam aqui, não as diferentes formulações kantianas, mas a idéia subjacente que deve dar conta do caráter impessoal ou universal dos mandamentos morais válidos.⁹⁴

O princípio moral deve ser compreendido, segundo Habermas, de maneira que exclua todas as normas que não encontram um assentimento qualificado, isto é, o consenso entre todos os possíveis concernidos. Contudo, a prova para estabelecer o que é válido universalmente não pode ser feita de forma individual, ou seja, isolada na sua consciência moral. Essas normas de validade universal devem ser realizadas através de um discurso argumentativo.

Essa mudança ocorrida da consciência individual para um âmbito público de legitimação de normas se configurou como a *virada lingüística (linguistic turn)* realizada pela filosofia contemporânea. Com a virada lingüística, demonstrou-se que a validade intersubjetiva do conhecimento não pode mais ficar assegurada por uma evidência pré-lingüística da consciência solitária, ou seja, que as normas de validade universal possam ser constituídas independentemente da linguagem e dos outros sujeitos. Por isso, Habermas defende o abandono do *pensamento monológico*.

⁹⁴HABERMAS, J. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 84.

Nesse sentido, é necessário retomar alguns conceitos básicos da moral e do direito kantiano. Essa tarefa será importante, também, para esclarecermos a vinculação da teoria do direito habermasiano com a filosofia prática kantiana. Para discutir a questão do direito em Kant, utilizaremos o artigo escrito por Guido Antônio de Almeida, com o título “*Sobre o princípio e a lei universal do direito em Kant*”. Nesse artigo, Guido distingue duas fórmulas do direito em Kant, a saber, o “princípio universal do Direito”, que é formulado como *principium diiudicationis* e a segunda como “Lei Universal do Direito”, como um *principium executivis* das ações conforme o direito.

Podemos entender, segundo Guido de Almeida, que o direito em Kant se baseia em dois princípios. O primeiro como princípio de avaliação e o segundo como princípio de execução das ações conforme ao direito⁹⁵. O primeiro deles é formulado da seguinte maneira: “Toda a ação (ou conforme ao direito, Recht) se ela, ou a liberdade do arbítrio segundo sua máxima, pode coexistir com a liberdade de todos segundo uma lei universal”⁹⁶. Assim, para Guido de Almeida, o princípio universal do direito é formulado, presumivelmente porque:

1) estipula um critério para a aplicação do preticado do “direito”, servindo assim de um fundamento para todos os juízos particulares com que avaliamos a conformidade de nossas ações ao direito; e também porque: 2) é um princípio fundamental tanto para o direito privado quanto para o direito público, que são as duas partes em que se divide o direito⁹⁷.

O segundo princípio é enunciado por Kant da seguinte maneira: “Age externamente de tal maneira que o uso livre do teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos segundo uma lei universal”⁹⁸. O princípio denominado como “lei universal do direito” está relacionado às leis práticas e apresenta uma ação objetivamente necessária para todos os sujeitos dotados de razão. Desse modo, Kant apresenta a lei universal do direito como um imperativo que possa conferir racionalidade as leis práticas. Os dois princípios são claramente distintos, porque o primeiro fornece uma regra para a faculdade de julgar, o outro, porém, para o exercício da faculdade de escolher, isto é, para nosso arbítrio. Então para Guido de Almeida:

⁹⁵ ALMEIDA, Guido Antônio de. Sobre o princípio e a lei universal do direito em Kant. *Kriterion*, 2006, p.209.

⁹⁶ KANT, E. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p.34.

⁹⁷ ALMEIDA, Guido Antônio de. Sobre o princípio e a lei universal do direito em Kant. *Kriterion*, 2006, p. 210

⁹⁸ E. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 34-35.

Com efeito, ele diz que uma ação externa só é *direita* (*recht*) se ela é compatível com a liberdade do arbítrio de todos os demais, que só é compatível com a liberdade dos demais se ela se conforma a uma lei aceitável por todos. Isso posto, o princípio de *execução* (a “lei universal do direito”) ordena, isto é, diz que devemos agir de tal maneira que nossas ações se conformem a uma lei universal e sejam assim compatíveis com a liberdade de todos os demais⁹⁹.

Embora o enunciado seja bastante claro em si, o *status* desses princípios, a saber, o que se refere à razão que temos para aceitar essas preposições como princípios do direito em geral, está envolvido com uma certa obscuridade e enseja uma controvérsia. Essas considerações serão abordadas em trabalhos futuros. Neste momento, interessamos discutir como Kant define o conceito de direito. Segundo Guido de Almeida, são três as categoria utilizadas por Kant:

1) o Direito se aplica às ações externas de um indivíduo, na medida em que elas afetam as ações de outros indivíduos; 2) o Direito concerne às ações externas na medida em que elas envolvem uma relação entre arbítrio de um indivíduo dos demais; 3) o Direito considera unicamente a forma dessa relação e sua compatibilidade com leis universais.

Embora essas definições conceituem o direito, Kant não oferece nenhuma justificativa conhecida. Ora, esse conceito de direito deriva de uma definição a partir do princípio universal do direito. Porém esse princípio não pode ser um imperativo hipotético, pelo fato de que os imperativos hipotéticos comandam sob uma condição subjetiva particular, por conseguinte só valem para quem satisfaz essa condição e, por isso mesmo, não podem se qualificar como um princípio prático universal, ou seja, como uma lei. Por outro lado, parece não se tratar de um imperativo categórico, porque o imperativo categórico não a simples conformidade das ações externas, mas a conformidade das máximas a uma lei aceita por todos, ao passo que a lei universal do direito exige, ao que parece, apenas a conformidade das ações externas, não a de suas máximas. A solução parece ser a recusa da força prescricional à lei universal do Direito. Para resolver esse impasse a força prescricional, retornaremos ao imperativo categórico. Segundo Guido de Almeida, “Com efeito, “obrigação”, como explica Kant na introdução geral, “é a necessidade de uma ação livre do um imperativo categórico da razão”, e isso remete-nos de volta a idéia de que a “lei universal do direito” se exprime

⁹⁹ ALMEIDA, Guido Antônio de. Sobre o princípio e a lei universal do direito em Kant. *Kriterion*, 2006, p. 211.

por um imperativo categórico, levando assim, de novo, a dificuldade ainda sem solução¹⁰⁰.

O que fazer, então, para encontrar uma interpretação coerente do pensamento de Kant? Propomos que um ponto de partida para resolver as dificuldades assinaladas poderia ser a consideração do que Kant entende por “princípio metafísico” e de suas observações introdutórias sobre os princípios da metafísica dos costumes.

Para entendermos como Kant fundamenta o direito e a moral, precisamos compreender seu projeto de uma metafísica dos costumes. Uma exposição metafísica, isto é, apriorística, deve apresentar tanto um princípio de direito quanto o da ética entendida como doutrina das virtudes. Por isso, Kant divide a *Metafísica dos costumes* em *Doutrina do direito* e *Doutrina das virtudes*. Esse projeto foi precedido de uma fundamentação que estabeleceu o imperativo categórico como princípio supremo, que será esclarecido a seguir.

Antes de entrarmos no imperativo categórico, devemos realizar algumas considerações a respeito do conceito de dever empregado por Kant. Para o autor, um ser dotado de razão e vontade não tem outra finalidade senão garantir sua conservação, seu bem-estar, ou seja, sua felicidade. No entanto, segundo Kant, a felicidade não é um fundamento da motivação moral. Ela pode tornar-se fonte de corrupção para aqueles que não possuem uma vontade boa. Por isso, é necessário que exista algo que possa corrigir nossa vontade, livrando-a das influências e inclinações. Assim, a razão é, para Kant, o que regula a vontade e a torna boa não só como um meio para alcançar algo, mas boa em si. “A boa vontade não é boa por aquilo que promove ou realiza, pela aptidão para alcançar qualquer finalidade proposta, mas tão somente pelo querer, isto é, em si mesma”¹⁰¹. O dever, para Kant, contém em si o conceito de boa vontade. É ele que irá tornar a boa vontade esclarecida, visto que ele já reside em nossa consciência. “Dever é a necessidade de uma ação por respeito à lei”¹⁰².

O imperativo categórico, proposto por Kant na *Fundamentação da metafísica dos costumes*, pode ser considerado um procedimento capaz de dizer se nossas ações têm valor moral. Por esse procedimento, a máxima da nossa ação seria submetida a um teste do imperativo categórico a fim de torná-la uma regra objetiva ou universal. Assim, expressa-se a fórmula geral do imperativo categórico: “Age apenas segundo uma

¹⁰⁰ ALMEIDA, Guido Antônio de. Sobre o princípio e a lei universal do direito em Kant. *Kriterion*, 2006, p. 213.

¹⁰¹ KANT, E. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 111.

¹⁰² *Ib.*, p. 112.

máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torna lei universal”¹⁰³. Esse é, segundo Kant, o critério que devemos utilizar para testar nossas regras subjetivas do agir: a possibilidade de universalizá-las, isto é, que possam valer como leis para todos os seres humanos. É justamente para saber se as máximas têm valor moral que Kant formula o imperativo categórico. A conceituação das leis jurídicas como leis morais envolve uma dificuldade óbvia. Se quisermos conceber as leis jurídicas como sendo de fato apenas uma espécie particular de leis morais, então temos de estar prontos para admitir que elas têm por princípio superior o imperativo categórico, que é o princípio supremo das leis morais.

Ao conceito do imperativo categórico pertence, porém, não apenas a idéia da conformidade a lei universal, mas também a idéia de uma conformidade incondicional, ou por respeito a essas leis. Mas, então, como podem as leis jurídicas serem pensadas como uma espécie particular das leis morais e se elas excluem uma nota essencial do conceito destas últimas (qual seja, a conformidade incondicional as leis)?¹⁰⁴.

Nesse sentido, há uma distinção entre leis morais e leis jurídicas. A lei representa uma ação como objetivamente necessária, isto é, como um dever. A mola propulsora conecta à representação da lei uma razão que determina subjetivamente o agir. A legislação que faz da ação representada um dever é a legislação ética. Aquela que também admite outra mola propulsora, além da idéia do dever, é a legislação jurídica. Assim, poderíamos salientar que há uma certa ambivalência, ou sobreposição de motivos na legislação jurídica, pois ela representa uma ação como objetivamente necessária, isto é, como um dever, e diz que devemos realizá-la seja simplesmente porque é um dever, seja por uma outra razão qualquer, capaz de determinar subjetivamente a nossa vontade. Assim, as leis jurídicas podem ser caracterizadas como leis que exigem o que pode ser exigido moralmente de todos, portanto incondicionalmente (e é nesse sentido que as leis jurídicas são, sem mais, leis morais), mas que exigem também daqueles que, embora saibam o que a lei moral exige deles, não querem se conformar a ela, e só fazem sob a condição de seu interesse privado ou se forem coagidos a isso (e é nesse sentido que elas constituem uma subclasse das leis morais)¹⁰⁵.

¹⁰³ *Ib.*, p. 129.

¹⁰⁴ ALMEIDA, Guido Antônio de. Sobre o princípio e a lei universal do direito em Kant. *Kriterion*, 2006, p. 216.

¹⁰⁵ ALMEIDA, Guido Antônio de. Sobre o princípio e a lei universal do direito em Kant. *Kriterion*, 2006, p. 218-219.

Contudo, há um modo específico de cumprir as regras estabelecidas pelo imperativo categórico: o agir por respeito ao dever. Para Kant, a ação só terá valor moral se essa ação for realizada por respeito a essa lei universal. Por isso, Kant realiza uma distinção no modo de cumprir as regras: as ações praticadas “por dever” e as ações praticadas “conforme o dever”. As ações praticadas “conforme o dever” são aquelas realizadas por motivações egoístas ou por alguma inclinação. Essas não possuem valor moral, porque não são praticadas por respeito ao dever. Por exemplo, quando alguém salva um indivíduo de um afogamento somente na esperança de conseguir alguma recompensa em troca, ele está agindo “conforme o dever”.

Ao contrário, as ações praticadas “por dever” são aquelas realizadas somente por respeito à lei moral sem nenhum tipo de inclinação. Por exemplo: quando uma pessoa se esforça para conservar sua vida que não tem mais sentido, ela age “por dever”, pois, mesmo não possuindo uma boa vida, deseja ainda conservá-la nessas condições. São essas ações, segundo Kant, que possuem valor moral. Dessa posição, Kant extrai o primeiro critério de distinção formal que diz respeito somente como uma ação é cumprida, entre moralidade e legalidade. A ação é moral quando ela é cumprida por dever e a ação é legal quando é cumprida conforme dever, seguindo alguma inclinação ou interesse diferente do puro respeito à lei. Em outro sentido, a legislação moral é aquela que não admite que uma ação possa ser cumprida segundo inclinação e interesse e a legislação jurídica, ao contrário, é a que aceita simplesmente a conformidade da ação à lei e não se interessa pelas inclinações ou interesses que a determinam.

Retornando para Habermas, o princípio-ponte possibilitador do consenso, isto é, o princípio de universalização (PU) deve, portanto, assegurar que somente sejam aceitas como válidas as normas que exprimem uma vontade universal, assim como Kant desejava. Mas é preciso reformular o imperativo categórico kantiano:

O imperativo categórico pode ser entendido como um princípio que exige a possibilidade de universalizar as *maneiras do agir* e as *máximas* ou, antes, os *interesses* que elas levam em conta [...] Kant quer eliminar como inválidas todas as normas que “contradizem” essa exigência. Ele tem em vista aquela contradição interna que aparece na máxima de um agente quando sua conduta só pode atingir seu objetivo na medida em que ela não é a conduta universal.¹⁰⁶

¹⁰⁶ HABERMAS, J. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 84. Grifos do autor.

Esse princípio universal não pode se esgotar, segundo Habermas, na exigência de que as normas morais devam ter a forma de proposições deônticas universais e incondicionais. “A forma gramatical das proposições normativas que proíbe uma referência ou um endereçamento a determinados grupos e indivíduos não é, de modo algum, uma condição suficiente para mandamentos morais válidos.”¹⁰⁷

Porém, se analisarmos por outro lado, essa exigência seria excessivamente restrita, “ [...] já que pode ser sensato tomar até mesmo as normas de ação não morais, cujo domínio de validade é especificado social e espaço-temporalmente, por objeto de um discurso prático e submetê-las a um teste de universalização (relativamente ao círculo dos conceitos).”¹⁰⁸ Por esse motivo, Habermas entende que o imperativo categórico deve ser reformulado, portanto, abandonando a forma monológica:

Ao invés de prescrever a todos os demais como válida uma máxima que eu quero que seja uma lei universal, tenho que apresentar minha máxima a todos os demais para o exame discursivo de uma pretensão de universalidade. O peso desloca-se daquilo que cada (indivíduo) pode querer sem contradição como lei universal para aquilo que todos querem de comum acordo reconhecer como norma universal.¹⁰⁹

Por essa citação de Habermas, percebemos que a prova para estabelecer a universalidade de uma norma não pode ficar restrita à consciência individual. As aprovações das normas morais de validade universal devem ser realizadas através de um discurso argumentativo em que os sujeitos agem de maneira consciente, em que as opiniões e posições são sempre postas em discussão com a finalidade de alcançar um entendimento intersubjetivo entre os participantes da argumentação.

Nesse sentido, age moralmente quem age de acordo com uma norma de ação que possa ser universalizada, isto é, que possa obter consenso de uma comunidade ideal de comunicação. A busca pelo consenso só pode contar com a força do melhor argumento, como única forma de coação e como única forma de motivação a busca do melhor argumento. O melhor argumento é aquele que é orientado pelo princípio de universalização.

Podemos perceber que Habermas e Kant têm o mesmo objetivo de fundar uma teoria moral que possa responder e legitimar normas morais de validade universal.

¹⁰⁷ HABERMAS, J. Consciência moral e agir comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 84-85.

¹⁰⁸ Idem.

¹⁰⁹ Ib., 88.

Porém, com a fundamentação da ética discursiva, Habermas impõe uma nova forma de entender e legitimar as normas morais. Por isso, com ela, Habermas busca reformular o imperativo categórico kantiano.

A estrutura imposta na argumentação prática pelo PU força cada participante a adotar a perspectiva de todos os outros no exame da validade das normas propostas. Porém, o PU não pode ser utilizado para resolver todas as questões práticas. Por isso, Habermas faz três distinções: questões pragmáticas, éticas e morais. Habermas faz essa distinção como um guia para diferenciar os vários usos da razão prática.

As questões pragmáticas estão relacionadas às ações estratégicas ou técnicas, que estão direcionadas para satisfação de nossos interesses e objetivos. Já, as questões éticas estão relacionadas com o desenvolvimento de planos de vida à luz de interpretações culturalmente condicionadas e por meio de idéias sobre o bem. Essas duas questões, para Habermas, não podem ser respondidas de forma universal. Somente as questões relacionadas com o direito e a moral admitem a validade universal de uma regulamentação consensual. As questões éticas são aquelas que dizem respeito a “quem sou eu” ou “quem eu quero ser”, e não podem ser abstraídas de noções específicas e culturais de identidade nem do que significa a vida boa. Portanto, as questões éticas se referem ao bem do indivíduo e a moral está relacionada com a justiça. O objetivo de Habermas na ética discursiva é, portanto, fornecer um princípio, qual seja, o princípio de universalização para orientar essa argumentação. Assim, afirmamos que a ética discursiva não tem por objetivo, por exemplo, estabelecer um conjunto de normas positivas, pois esta seria uma tarefa histórica de cada sociedade. Por conseguinte, ela tem por tarefa oferecer um método de justificação de normas a partir do ponto de vista da racionalidade comunicativa. A seguir, vamos abordar a questão da passagem do princípio de universalização ao princípio do discurso.

Capítulo 4 - Do princípio de universalização ao princípio do discurso

Observamos, no desenvolvimento do trabalho que, na ação comunicativa, os sujeitos se orientam por pretensões de verdade que estão ligadas aos atos de fala. Assim, nos esforçamos para demonstrar que a teoria do significado pragamático-formal e o uso comunicativo da linguagem explicam o significado das pretensões de validade normativa, apelando para seu resgate discursivo. O acordo ou o reconhecimento

incutido nas pretensões de validade em um ato de fala é o que gera consenso. Esse procedimento é alcançado, discursivamente, por pressuposições de uma situação de fala ideal.

Habermas constata que as pretensões de verdade e correção normativa podem ser afirmadas e resgatadas discursivamente. Nesse sentido, o discurso ocupa lugar de destaque na teoria de Habermas, pois o discurso realiza uma análise dos atos de fala. Por esse fato, Habermas considera importante a regra que possa coordenar as argumentações contidas no discurso, isto é, condições indispensáveis para a argumentação. Por isso, Habermas irá expor um princípio capaz de permitir a resolução discursiva de uma pretensão de validade normativa de forma racional. Chegamos, assim, à teoria da argumentação moral. O princípio exposto, que permite o acordo dos discursos práticos, é o princípio de universalização (PU). Esse princípio é uma regra de argumentação dos discursos práticos que é comparável ao princípio da indução utilizado nos discursos teóricos. Para a fundamentação e a comprovação do princípio de universalização, Habermas utiliza o argumento de Apel. A fundamentação se configura por uma análise reconstrutiva de pressuposições universais e inevitáveis que mostram o conteúdo normativo da estrutura formal do discurso argumentativo. O princípio de universalização é o princípio moral e pode ser deduzido, segundo Habermas, dessas proposições inevitáveis da argumentação, em conexão com as idéias de justificação das normas.

4.1 A construção do “PU” e o argumento da contradição performativa

Para Habermas, o teste de não-contradição não assegura a formação imparcial do juízo como desejava Kant. Além disso, uma norma não pode ser tida como expressão de um interesse comum de todos os possíveis concernidos quando ela aparece como aceitável a alguns deles sob a condição de aplicação. Por isso, segundo Habermas, a intuição que exprime a idéia de possibilidade de universalização das máximas significa mais do que meramente indicar a possibilidade de universalização. As normas tidas como válidas devem merecer, segundo o autor, o reconhecimento por parte de todos os concernidos. Por isso, não basta que alguns indivíduos examinem,

- se podem querer a entrada em vigor de uma norma controversa relativamente às conseqüências e efeitos colaterais que teriam lugar se todos a seguissem; ou
- se todo aquele que se encontrasse em situação poderia querer a entrada em vigor de semelhante norma.¹¹⁰

Para Habermas, em ambos os casos, a formação de um juízo efetua-se relativamente a partir da perspectiva de alguns e não de todos os concernidos. Isso equivale a afirmar que uma norma examinada, segundo esses juízos, não pode pretender universalidade. “Só é imparcial o ponto de vista a partir do qual são passíveis de universalização exatamente aquelas normas que, por encarnarem manifestadamente um interesse comum a todos os concernidos, podem contar com o assentimento universal” – por isso, merecem o reconhecimento intersubjetivo.

A formação imparcial do juízo cobra um princípio que força a cada um, no ambiente da discussão, a adotar, quando da ponderação dos interesses, a perspectiva de todos os outros. Desse modo, toda a norma válida deve satisfazer a condição:

- de que as condições e efeitos colaterais (previsivelmente) resultam para a satisfação dos interesses de cada um dos indivíduos de fato de ser ela universalmente seguida possam ser aceitas por todos os concernidos (e preferidos a todas as conseqüências das possibilidades alternativas e conhecidas de regrem).¹¹¹

A esse princípio Habermas chamou de princípio de universalização, “PU”. Ele é a base de sua ética discursiva. Ele considera que o PU é um pressuposto da argumentação. O PU é entendido como uma regra de argumentação que permite o acordo nos discursos práticos, ou seja, como um critério discursivo de validade deôntica. Habermas tenta mostrar que esse princípio é universal e não exprime meramente a idéia de correção normativa pertencente a uma cultura determinada. Sendo assim, ele tentará justificar, argumentativamente, que o PU é um pressuposto inevitável de toda a argumentação.

O princípio de universalização pode ser compreendido, de acordo com o modelo do “*reflective equilibrium*” de John Rawls, como uma reconstrução

¹¹⁰ HABERMAS, J. Consciência moral e agir comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 86.

¹¹¹ *Ib.*, p. 86.

das intuições da vida quotidiana, que estão na base da avaliação imparcial de conflitos de ações morais.¹¹²

Com essa afirmação feita por Habermas, nasce a necessidade de fazer alguns esclarecimentos sobre a teoria de justiça desenvolvida por Rawls, a fim de entender a relação entre o equilíbrio reflexivo e o PU.

Na obra “*Uma teoria da justiça*”, Rawls salienta que a teoria da justiça deve estabelecer princípios que seriam contratados entre pessoas racionais, livres e iguais na posição originária, sob o esquema de “véu da ignorância”. Desse modo, o acordo racional se torna fonte racional e moral da concepção de justiça proposta pelo autor. Rawls está preocupado com a idéia de contrato entre os seres racionais, sobretudo com as circunstâncias hipotéticas (ou procedimentos) que caracterizam o próprio acordo como racionalmente necessário e moralmente legítimo. A exigência é, segundo Rawls, que esses princípios sejam os que “ [...] as pessoas livres e racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitem em uma posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação”.

Nesse sentido, concluímos que, tanto a teoria da justiça enquanto eqüidade, como a ética discursiva podem ser consideradas como teorias éticas deontológicas. Então, ambas estabelecem um princípio ou procedimento para saber se uma regra expressa uma obrigação moral. Podemos encontrar um ponto de semelhança entre as duas teorias: o PU que se assemelha ao equilíbrio reflexivo. Contudo, como já vimos, o objetivo da ética discursiva é o de eliminar, através da reformulação do imperativo categórico, uma fundamentação hipotética e, desse modo, também eliminaria a teoria da justiça proposta por Rawls. Como descreve Habermas:

[...] dei a (U) uma versão que exclui uma aplicação monológica desse princípio; ele só regra as argumentações entre diversos participantes e contém até mesmo perspectiva para a argumentação a serem realmente levados a cabo, às quais estão admitidos como participantes de todos os concernidos. Sob esse aspecto, nosso princípio de universalização distingue-se da conhecida proposta de John Rawls.¹¹³

¹¹² Idem. Grifos do autor.

¹¹³ HABERMAS, J. Consciência moral e agir comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 87.

O conceito principal do véu da ignorância, desenvolvido por Rawls como um procedimento justo de escolha dos princípios de justiça, consiste em que os indivíduos, dentro da sociedade, não tenham consciência de sua posição específica. Assim, esse princípio evita qualquer espécie de manipulação deste ou daquele indivíduo. O sujeito que está sob o véu da ignorância não lembra das particularidades de sua própria pessoa e das particularidades de sua inserção na sociedade. Não se lembra, tampouco, qual o seu *status* social. Não se recorda da religião pertencente, se é que tem alguma. Não se lembra de seu conceito de bem, de seus principais valores. Não se recorda de fatos essenciais de sua sociedade, isto é, não sabe sobre sua situação econômica, sua situação política, seu nível de cultura etc. Contudo lembra de algumas coisas tais como: que uma sociedade necessita de um mínimo de organização, de cooperação entre as pessoas, que está sujeita às circunstâncias da justiça, que deve ser politicamente organizada. Todos ignoram seus talentos ou habilidades naturais e as circunstâncias sociais em que se encontram. Segundo Rawls, os sujeitos se encontram em uma posição originária. Por isso, no processo de escolha, nenhum indivíduo pode requerer vantagens maiores para si. Quem garante a igualdade é o véu da ignorância.

A preocupação de Rawls é encontrar uma teoria que busque um *equilíbrio* entre os *juízos cotidianos* sobre o que é justo ou não e os *princípios* que justifiquem esses julgamentos. Sua teoria da justiça permite saber se os julgamentos particulares são corretos ou se devem ser revistos à luz do princípio de justiça. O que é buscado, então, é a adequação entre os princípios abstratos de justiça e os juízos cotidianos sobre casos particulares do que é justo ou não. Trata-se da noção de “equilíbrio reflexivo”.

De acordo com o objetivo provisório da filosofia moral, devemos dizer que a justiça enquanto equidade é a hipótese de que os princípios que seriam escolhidos na posição original seriam idênticos àqueles que combinem com nossos julgamentos considerados e assim esses princípios descreveriam nosso senso de justiça.¹¹⁴

Esse método procura traduzir uma espécie de dialética entre *princípios* e *juízos sobre casos particulares*, ambos corrigindo-se mutuamente e procurando um ponto estável. Porém, segundo o próprio Rawls, esse equilíbrio não é necessariamente estável. É passível de ser desestruturado por um exame mais profundo das condições que teriam

¹¹⁴ RAWLS, J. A theory of justice. Oxford: Oxford University Press, 1999, p.48.

sido impostas numa situação de contrato e por casos particulares que nos levariam a rever nossos julgamentos.¹¹⁵ Tendo feito esses esclarecimentos, podemos afirmar que Habermas pretende que o “PU” seja compreendido, assim como o equilíbrio reflexivo, como uma reconstrução das instituições da vida cotidiana, que estão na base da avaliação imparcial de conflitos de ação moral.

Contudo, segundo Habermas, o princípio de universalização não pode, por si só, fundamentação das normas de ação. Assim, Habermas apresenta o princípio do discurso (PD) como complemento para fundamentação das normas: “[...] uma norma só deve pretender validade quando todos os que possam ser concernidos por ela cheguem (ou possam chegar), enquanto *participantes de um Discurso prático*, a um acordo quanto à validade dessa norma”¹¹⁶.

É preciso deixar claro que, segundo Habermas, não podemos confundir o princípio de universalização com o princípio do discurso, pois este já exprime a idéia fundamental da ética discursiva.

O princípio ético-discursivo, utilizado na fundamentação do princípio de universalização (PU), pressupõe que a escolha de normas pode ser fundada. As regras morais particulares, que efetivamente serão legitimadas, dependem do mundo-da-vida dos sujeitos.¹¹⁷ Habermas aponta as condições para a efetivação do discurso. Nesse sentido, percebemos que também as regras do direito emanam de um consenso entre os sujeitos. Esse consenso, que garante a legitimidade do ordenamento jurídico, é garantido pelo princípio de universalização.

Por ora, Habermas introduz o PU como uma regra de argumentação que possibilita o acordo em discursos práticos sempre que as matérias possam ser resgatadas no interesse igual de todos os concernidos. “É só com a fundamentação desse princípio-ponte que poderemos dar o passo para a ética do discurso”.¹¹⁸ Com o princípio de universalização, Habermas abandona o projeto monológico kantiano. O princípio de universalização é uma regra de argumentação entre os diversos participantes. Ele tem a finalidade de levar a consenso as normas universalmente válidas. Por isso, podemos inferir uma distinção entre o princípio de Universalização (PU) e o princípio do Discurso (PD): o primeiro pode ser entendido enquanto uma regra argumentativa de

¹¹⁵ *Ib.*, p. 48-51.

¹¹⁶ HABERMAS, J. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 86. Grifos do autor.

¹¹⁷ *Idem.*

¹¹⁸ *Ib.*, p. 87.

discursos práticos e o segundo pode ser entendido como uma proposta teórica específica da ética discursiva.

Os conflitos no domínio das interações governadas por normas remontam, imediatamente, um acordo normativo perturbado. A reparação só pode consistir, conseqüentemente, em assegurar o reconhecimento intersubjetivo para a pretensão de validade inicialmente controversa e, em seguida, desproblematizada ou, então, para uma outra pretensão de validade que venha substituir a primeira. “Essa espécie de acordo dá expressão a uma vontade comum”.¹¹⁹ Contudo, não basta somente às argumentações morais produzirem um acordo desse gênero, ou seja, não basta simplesmente que um sujeito, por si só, reflita sobre a norma. O que é preciso é, antes, uma argumentação ‘real’, da qual participem cooperativamente. Só um processo de entendimento mútuo intersubjetivamente pode levar a um acordo que é de natureza reflexiva. Só desse modo, segundo Habermas, os participantes de argumentações morais podem chegar a uma convicção comum.

O segundo passo, destinado a demonstrar a validade universal de PU, validade essa que ultrapassa a perspectiva de uma cultura determinada, baseia-se na comprovação pragmático-transcendental de pressupostos universais e necessários de argumentação. A esses argumentos não se pode atribuir o sentido *apriorístico* de uma dedução transcendental no sentido da crítica kantiana da razão. Eles fundamentam apenas a circunstância de que não há nenhuma alternativa identificável para a nossa maneira de argumentar. Nessa medida, a ética do discurso também se apóia, como as outras ciências reconstitutivas, em contradições hipotéticas, para as quais temos que buscar confirmações plausíveis.

Desse modo, o imperativo categórico também precisa ser reformulado. Ao invés de prescrever a todos os demais como válida uma máxima que eu quero que seja uma lei universal, tenho que apresentar minha máxima a todos os demais para que examinem a validade. O peso desloca-se daquilo que eu quero como máxima, ou seja, que se torne uma lei universal para aquilo que todos querem reconhecer como lei universal.

Então, para afastar mal entendidos e refutar as investidas dos céticos contra a ética discursiva, Habermas utiliza o argumento pragmático-transcendental de Apel, realizando uma mudança nesse argumento. Para provar a necessidade das condições da ação comunicativa, Habermas dirá que elas terão que ser aceitas e ser cumpridas por todo

¹¹⁹HABERMAS, J. Consciência moral e agir comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 88.

aquele que quer buscar consenso e que negá-las leva a contradição performativa. Habermas chega à conclusão que qualquer falante que queira argumentar seriamente, enquanto participante da argumentação, não pode deixar de reconhecer que reivindica validade para suas afirmações e que essa validade tem que ser estabelecida pelo princípio do discurso.

Nesse sentido, Habermas fundamenta o PU como um pressuposto que pode ser considerado inevitável para toda a argumentação. A prova dessa necessidade é comprovada pelo argumento de contradição performativa que também é de natureza performativa.¹²⁰ Por meio desse argumento, chegamos à identificação de pressupostos pragmáticos, os quais os céticos não podem refutar. Esse processo da argumentação performativa opera como um procedimento maiêutico, semelhante ao socrático, o qual, por meio de perguntas apropriadas é realizado contra o cético para que este se de conta que já está participando de um discurso que tem finalidade de levar ao consenso sobre as normas de validade. Esse procedimento opera da seguinte forma:

(2a) chamar a atenção do cético, que apresenta uma objeção para pressupostos dos quais ele tem um saber intuitivo;

(2b) dar uma forma explícita a esse saber pré-teórico, de modo que o cético possa reconhecer suas instituições na descrição dada; e

(2c) examinar com base em contra-exemplos a afirmação feita pelo proponente da falta de alternativas para os pressupostos explicados.

Os passos (2b) e (2c) contêm elementos hipotéticos, pois o que neles se faz é informar um “*know how*” em um “*know that*,” e isso são reconstruções hipotéticas que podem reproduzir as instituições dos falantes de maneira mais ou menos correta. Por isso, precisa de uma confirmação maiêutica. A afirmação de que não existe alternativa para um pressuposto considerado inevitável só pode ter o *status* de uma suposição que deve ser verificada sobre a base de casos, do mesmo modo que qualquer hipótese de uma lei.

O argumento utilizado por Habermas da contradição performativa somente tem a finalidade de demonstrar a irrecusabilidade de determinadas condições e regras. Em outros termos, o que a prova mostra é a falta de alternativas desses pressupostos para a prática da argumentação. A principal objeção de Habermas à fundamentação transcendental é a de que, com ela, só se prova “a impossibilidade de recusar”

¹²⁰ DUTRA, D. J. V. Razão e consenso em Habermas. A teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. Florianópolis: UFSC, 2005, p. 15.

determinados pressupostos e que, por isso, a prova não exclui que outras alternativas possam ser válidas.¹²¹

O argumento da contradição performativa recupera a forma lingüística, a prova filosófica já utilizada por Aristóteles contra o cético. No livro IV da *Metafísica*, antes de escrever a prova propriamente dita, Aristóteles esclarece o sentido do argumento em geral:

Alguns, na verdade, exigem que ele também seja administrado, mas isso provém de sua falta de instrução, pois não saber de que coisas devem superar requer demonstração, das quais não se deve, revela simplesmente a falta de instrução. Por isso, é impossível que exista demonstração de todas as coisas absolutamente; teríamos, então, um regresso infinito e nenhuma poderia haver demonstração. Mas se existe coisas que nós não devemos requerer demonstração, essas pessoas não podem dizer quais princípios eles requerem como mais indemonstrável do que aquele apresentado.

Nós podemos, contudo, demonstrar negativamente que mesmo essa opinião é impossível, se ao menos nosso oponente afirmar alguma coisa; e, se ele nada falar, é absurdo tentar dar razões para alguém que não raciocina sobre nada, na medida em que ele recusa a razão. Pois tal homem, não seria nada mais que uma mera planta.¹²²

Habermas entende que Apel renova o modo da fundamentação transcendental como os meios fornecidos pela pragmática universal. Para fazer isso, utiliza o conceito da *contradição performativa*. O argumento da contradição performativa consiste em fazer com que aquele que fala, de um modo reflexivo, considere que, ao argumentar, aceita certas condições que não pode negar sem contradição (performativa), mas que também não pode prová-las dedutivamente sem cometer petição de princípio (*petitio principii*). Por isso, em discursos, o falante não pode afirmar em contradição que afirma algo, mas não tem qualquer pretensão, por exemplo, a pretensão de verdade para a sua afirmação. Exemplo trivial de uma contradição performativa é esta em que alguém fala: “Eu não estou falando”. Ora, o ato de falar está em contradição com o conteúdo que é dito. Assim, o resultado desse segundo passo metodológico consiste na refutação daquele que nega (o cético) essas condições da pragmática, e isto é feito para redução ao

¹²¹ HABERMAS, J. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 119.

¹²² ARISTÓTELES, *Metafísica*. Livro IV. (1006^a5-15)

absurdo dessa negação. Dessa forma, indiretamente, é demonstrada a necessidade das condições de possibilidade do entendimento.¹²³ O cético, pela simples razão de se engajar numa argumentação com o objetivo de refutar o cognitivismo ético, faz, inevitavelmente, pressuposições argumentativas cujo conteúdo proposicional contradiz sua objeção.

Depois de certificar-se da possibilidade de uma fundamentação pragmática do princípio moral, Habermas pretende apresentar, de forma sistemática, o próprio argumento. Para Habermas, podemos recorrer ao argumento pragmático-transcendental para comprovar “ [...] como o princípio da universalização, que funciona como regra da argumentação, é implicado por pressuposições da argumentação em geral”¹²⁴. Essa exigência será satisfeita se puder mostrar que

[...] todo aquele que aceita as proposições comunicacionais universais e necessárias do discurso argumentativo e que sabe o que quer dizer justificar uma norma de ação tem que presumir implicitamente a validade do princípio da universalização¹²⁵.

As argumentações proferidas têm a finalidade de produzir argumentos coerentes, capazes de convencer com base em propriedades e com os quais se podem resgatar ou rejeitar pretensões de validade. Nesse sentido, Habermas utiliza Alexy:

1.1) nenhum falante deve se contradizer;

1.2) todo o falante que aplica o predicado F a um objeto deve estar disposto a aplicar o predicado F a todo objeto que pareça com *a* em todos os aspectos relevantes;

1.3) não é lícito aos diferentes falantes usar a mesma expressão em sentidos diferentes¹²⁶.

Os pressupostos de uma lógica mínima são os que menos discussões provocam, pois são constitutivos para a prática da argumentação. O cético moral não irá colocá-los em questão. Eles enunciam as condições pragmáticas de consistência lógica, pois

¹²³ DUTRA, D. J. V. Razão e consenso em Habermas. A teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. Florianópolis: UFSC, 2005. p. 09-33

¹²⁴ HABERMAS, J. Consciência moral e agir comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 109.

¹²⁵ Idem.

¹²⁶ Ib., p. 110.

garantem que o valor de verdade dos enunciados se conserve. Segundo Habermas, essas são regras lógicas e semânticas que não possuem conteúdo ético algum.

A partir de pontos de vista *procedurais*, Habermas afirma que surgem as argumentações como processos de entendimento mútuo que são regulados de tal maneira que proponentes e oponentes possam, numa atitude hipotética, liberados da pressão da ação e da experiência, examinar as pretensões de validade que se tornam problemáticas. Nesse sentido, plano de ação estão pressupostos *pragmáticos* de uma forma de interação, a saber, tudo o que é necessário para busca cooperativa da verdade, assim como o reconhecimento da impunidade e da sinceridade de todos os participantes. Do catálogo de regras de Alexy, Habermas extrai os seguintes exemplos:

2.1) a todo falante é lícito afirmar aquilo em que ele próprio acredita.

2.2) quem atacar um enunciado ou norma que não for objeto da discussão tem que indicar uma razão para isso¹²⁷.

Nos aspectos *processuais*, o discurso argumentativo apresenta-se como um procedimento comunicacional que tem que satisfazer condições necessárias. Segundo Habermas, no discurso argumentativo mostram-se estruturas de uma situação de fala imune à repressão e à desigualdade. Apresenta-se como uma forma de comunicação suficientemente aproximada de condições de uma situação ideal de fala.

Hoje, ainda, aparece-me acertada a intenção de reconstruir aquelas condições universais de simetria que todo o falante competente, na medida em que pensa entrar de um todo numa argumentação, tem que pressupor como suficientemente preenchidas [...] os participantes de uma argumentação não podem se esquivar a pressuposições de que a estrutura de sua comunicação, em razão de características a de descreverem formalmente, exclui toda coerção atuando do exterior sobre o processo de entendimento mútuo ou procedendo dele próprio, com exceção da coerção do argumento melhor, e que ela assim neutraliza todos os motivos, com exceção do motivo da busca cooperativa da verdade.¹²⁸

¹²⁷HABERMAS, J. Consciência moral e agir comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 111.

¹²⁸ *Ib.*, p 112.

Partindo da análise de Habermas, Alexy propõe as seguintes regras do discurso que, segundo Habermas, não são simplesmente convenções, mas pressuposições inevitáveis:

- 3.1) é lícito a todo sujeito capaz de falar e agir participar de discursos;
- 3.2) a- é lícito a qualquer um problematizar qualquer asserção;
 - b- é lícito a qualquer um introduzir qualquer asserção no discurso;
 - c- é lícito a qualquer um manifestar suas atitudes, desejos e necessidades;
- 3.3) não é lícito impedir falante algum, por uma coerção exercida dentro ou fora do discurso, de valer-se de seus direitos estabelecidos em (3.1) e (3.2).

Esses pressupostos são mais controversos, pois, diferentemente dos pressupostos de uma lógica mínima, as pressuposições da situação idéia de fala possuem um conteúdo normativo.

Dessa maneira, Habermas realiza um comentário sobre as proposições de Alexy. Para o autor, a regra estabelecida em (3.1) determina o círculo dos participantes potenciais no sentido de uma inclusão de todos os sujeitos, sem exceção, que disponham da capacidade de participar em argumentações. A regra (3.2) assegura que todos os participantes tenham chances iguais de contribuir para a argumentação e de fazer valer seus próprios argumentos. A regra (3.3) exige condições de comunicação que tornem possível o prevalecer tanto do direito a um acesso universal ao discurso, quanto do direito a chances iguais de participar dela, sem qualquer repressão, por sutil e dissimulada que seja (e, por isso, de maneira igualitária).

Observamos que regras morais garantem que, no processo discursivo, todos os participantes tenham voz, tendo a mesma oportunidade de buscar o entendimento a respeito das regras que devem seguir. Assim, ao garantir o discurso como forma de entendimento e consenso sobre as normas, o direito, como tal, também se legitima e garante um caráter democrático. Os direitos como liberdade de expressão garantem que todas as pessoas participem do processo democrático sem constrangimento ou coação. Sem os direitos como os de participação e liberdade de expressão, traduzidos por Habermas como regras da situação de fala ideal, podemos ter um discurso no qual as normas estabelecidas como válidas trazem conseqüências em virtude da obediência geral. Além de estabelecer normas validadas que não tragam conseqüências em virtude de sua aceitação geral, o discurso deve ser um procedimento democrático em que só

podem pretender validade as normas que possam encontrar o assentimento de todos os concernidos.

Sendo aceitas as regras estabelecidas por Alexy, Habermas acredita ter premissas fortes para a derivação de “PU”. Sendo assim, todos os que entram em argumentações têm que fazer, entre outras coisas, pressuposições cujo conteúdo pode ser apresentado sob formas de regras do discurso (3.1) a (3.3). E se, além disso, compreendemos as normas justificadas como regrado matérias sociais no interesse comum de todas as pessoas possivelmente concernidas, então todos os que empreendem seriamente a tentativa de resgatar discursivamente pretensões de validade normativa aceitam, intuitivamente, segundo Habermas, condições de procedimentos que equivalem ao reconhecimento implícito do PU. Das mencionadas regras do discurso, resulta que uma norma controversa só pode encontrar assentimento entre os participantes de um discurso prático. O PU é aceito ou: [...] se as conseqüências e efeitos colaterais, que previsivelmente resultam de uma obediência geral da regra controversa para a satisfação dos interesses de cada indivíduo, podem ser aceitos sem coação por todos.¹²⁹

O princípio de universalização funciona como uma faca que faz um corte entre o “bom” e “o justo”, “entre enunciados valorativos e enunciados estritamente normativos”. Desse modo, o princípio da universalização pode ser fundado por via da derivação pragmática das pressuposições argumentativas. Contudo, é necessário esclarecermos que Habermas pretende mostrar que a fundamentação da ética do discurso não pode assumir o valor posicional de uma fundamentação última, porque, segundo ele, não é preciso defender tal *status* para ela.

Para Habermas, a ética do discurso pode ser reduzida ao princípio (PD): “Só podem reclamar validade às normas que encontrem (ou possam encontrar) o assentimento de todos os concernidos enquanto participantes de um discurso prático”¹³⁰. Os valores culturais encerram pretensões de validade intersubjetiva, mas encontram-se tão entrelaçados com a totalidade de uma forma de vida particular que não podem, originalmente pretender uma validade normativa no sentido estrito – eles *candidatam-se*, em todo o caso, a materializarem-se em normas que dêem vez a um interesse universal. Disso resulta a fundamentação e a delimitação da ética deontológica, isto é, ela se estende apenas a questões práticas que possam ser argumentadas racionalmente a fim de

¹²⁹ HABERMAS, J. Consciência moral e agir comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p.116.

¹³⁰ Idem.

possibilitar um entendimento. Ela não tem a ver com preferências de valores, mas com a validade deontológica de normas de ação.

Isso significa que o PD difere do princípio moral de universalização (PU). Esse princípio vale como regra de argumentação e pertence à lógica do discurso prático. O “PD” exprime a idéia fundamental da ética discursiva, mas não pertence à lógica da argumentação.

Como podemos perceber, o argumento construído por Habermas não pretende ser uma prova autêntica transcendental. Ele mesmo afirma que não pretende que seja essa a fundamentação. O que o argumento pretende é provocar o cético para que ele reconheça as intuições. Os céticos devem abrir seus horizontes morais na vida cotidiana, a partir de suas intuições. Portanto, segundo Habermas, o “PU” pode ser compreendido como equilíbrio reflexivo, como uma reconstrução das intuições morais cotidianas, que estão na base da avaliação imparcial de ação moral.

A suposição de que existam normas válidas é inevitável nas ações comunicativas. Na vida cotidiana, segundo Habermas, todos nós agimos como se as normas fossem válidas e também argumentamos moralmente supondo que seja possível chegar a um acordo fundamentado. As pessoas não têm opção de sair fora dos contextos do agir orientado para o entendimento mútuo. Esse salto significa a retirada para dentro do isolamento monádico do agir estratégico – ou para dentro da esquizofrenia e do suicídio. Em longo prazo, segundo o autor, a atitude estratégica é autodestruidora. A partir desse momento, vamos analisar como Habermas entende a fundamentação do direito na *Tanner Lectures*. Principalmente entender como Habermas compreende a necessidade de que a legitimação do direito possua um vínculo com a moral. Nesse sentido, o princípio moral não é neutro como Weber pretende, mas, para Habermas, esse princípio moral migra para o direito a fim de conferir legalidade e legitimidade ao direito. Isso será a análise efetuada a seguir.

4.2 A legitimação do direito nas Tanner Lectures

Até o presente momento, detivemo-nos a conceituar a teoria da ética do discurso. Percebermos que Habermas legitima o direito nas obras *Teoria da ação comunicativa* e em *Consciência moral e agir comunicativo*, a partir da moral. Portanto, a moral

expressada no princípio do discurso (PD) assegura a legitimidade ao direito. Isso reflete um distanciamento de Habermas em relação a Weber.

Então, Habermas, aplicando a teoria da racionalidade comunicativa ao direito, constrói uma teoria discursiva do direito. Através do princípio da democracia, ele tenta resolver o problema da legitimidade do direito a partir da própria legalidade¹³¹. Se essa questão puder ser respondida, então podemos construir a possibilidade de saída do ceticismo no âmbito da filosofia do direito. Nas palavras de Habermas:

(...) apesar de leigo no assunto, tive que me deter em discussões jurídicas especializadas, muito mais que eu imaginaria no início. E, nesse meio tempo, cresceu meu respeito ante as significativas realizações construtivas dessa disciplina. As sugestões para a clarificação da compreensão para dogmática que serve de pano de fundo ao direito e à moral deveriam ser vistas como uma contribuição à discussão que se dirige contra o ceticismo cada vez mais difundido entre colegas da área de direito – especialmente contra o que eu denomino de falso realismo, que subestima a eficácia social dos pressupostos normativos das práticas jurídicas existentes¹³².

Nesse sentido, Habermas pretende abordar a questão da legitimidade do direito a partir de uma perspectiva discursiva, o que nos remete, como comentamos anteriormente, ao conceito de racionalidade comunicativa. Esse conceito pode ser visto na obra *Teoria da ação comunicativa*. Contudo, precisamos realizar algumas inferências a respeito do posicionamento de Habermas nas *Tanner Lectures*. Deixamos claro que essa concepção de Habermas é exposta e sustentada nas *Tanner Lectures*.

Max Weber concebeu o racionalismo Ocidental caracterizado como expressão de um racionalismo instrumental ligado à cultura de especialistas, que elaboram a tradição cultural numa atitude reflexiva e, ao realizarem isso, isolam uns de outros os elementos estritamente cognitivos, estético-expressivos e moral-práticos. Especializam-se em questões de verdade, questões de gosto e questões de justiça. Para Habermas, com essa diferenciação interna das chamadas “esferas de valor” – da produção científica, da arte e

¹³¹ DUTRA, D. J. V. Razão e consenso em Habermas. A teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. Florianópolis: UFSC, 2005, p. 189.

¹³² HABERMAS, J. Direito e democracia. Entre facticidade e validade (vol. 1). Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003. p. 11.

da crítica, do direito e da moral – separam-se do plano cultural os elementos que formam no interior do mundo da vida uma unidade difícil de resolver¹³³.

Weber interpreta as ordens estatais das sociedades modernas como o desdobramento da dominação legal, ou seja, a legitimidade depende da fé na legalidade do exercício do poder. A tese central descrita por Weber de que a dominação legal adquire um caráter racional, pois a fé na legalidade das ordens prescritas e na competência dos que foram chamados a exercer o poder não se confunde simplesmente com a fé na tradição ou no carisma, uma vez que ela tem a ver com a racionalidade que habita na forma do direito e que legitima o poder do exercício nas formas legais. Nesse sentido, introduziu um conceito positivista do direito, segundo o qual o direito é aquilo que o legislador, democraticamente legitimado ou não, estabelece como direito, segundo um processo institucionalizado juridicamente¹³⁴. Portanto, por essa concepção, concluímos que o direito, para Weber, não deriva da moral. Isso significa dizer que o direito moderno apóia-se exclusivamente em qualidades formais próprias. Por isso, para fundamentar essa “racionalidade”, não podemos 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 moral¹³⁵. Somente especialistas podem discutir e fundamentar o direito. Esse modo de conceber o direito Ocidental levou Weber a assumir uma postura cética em relação ao direito, o que Habermas irá questionar com a teoria discursiva do direito.

Nesta medida é possível falar, em sentido descritivo, de uma “materialização” do direito. Para atribuir a esta expressão um sentido crítico, Max Weber estabeleceu duas relações esclarecedoras: a) a racionalidade do direito está fundada na suas qualidades formais; b) a materialização configura uma moralização do direito, isto é, a introdução de pontos de vista da justiça material do direito positivo. Disso resultou a afirmação crítica, segundo a qual, o estabelecimento de um nexos interno entre direito e moral destrói a racionalidade que habita no *médium* do direito enquanto tal.¹³⁶

¹³³ HABERMAS, J. Consciência moral e agir comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 130.

¹³⁴ HABERMAS, J. Direito e democracia. Entre facticidade e validade (vol. 1). Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003. p. 193.

¹³⁵ Idem.

¹³⁶ Ib., p. 197. Grifos do autor.

O conceito de racionalidade weberiano é confuso; contudo precisamos ter claro que a compreensão desse direito formal possui uma base racional em um sentido neutro em relação à moral. Assim, convém recordar os três significados que Weber confere ao termo “racional”. Em primeiro lugar, a racionalidade toma um caráter instrumental, isto é, trata-se de regras técnicas e perfectíveis da dominação da natureza e do material. Em segundo lugar, como comentamos anteriormente, Weber emprega o conceito de racionalidade de fins, quando não se trata mais de uma aplicação regulada de meios, mas da seleção de fins, tendo em vista valores dados preliminarmente. Em terceiro lugar, Weber considera racional os resultados do trabalho intelectual de especialistas, os quais enfrentam, analiticamente, os sistemas simbólicos tradicionais, tais como, por exemplo, as cosmovisões religiosas e as idéias morais de justiça. Tendo em vista, portanto, a racionalidade da regra, a racionalidade da escolha e a racionalidade científica, podemos concluir que a racionalidade assumida a partir desses três pressupostos é neutra moralmente.

Habermas não concorda com a neutralidade do direito frente a moral. Portanto, em síntese, constatamos que as qualidades formais do direito, pesquisadas por Weber, sob as condições sociais especiais, só poderiam ter garantido a legitimidade da legalidade à medida que tivessem sido comprovadas como “racionais” num sentido prático moral. Weber não reconheceu esse núcleo do direito formal burguês enquanto tal, porque ele sempre entendeu as idéias morais como orientações valorativas subjetivas; os valores eram tidos como conteúdos não racionalizáveis, inconciliáveis com o caráter formal do direito¹³⁷. Em uma palavra, Weber não levou a sério o formalismo ético. Nesse sentido, para Habermas:

Em sociedades semelhantes à nossa, a legalidade configurada através da legalidade implica a fé numa legalidade destituída das certezas coletivas da religião e da metafísica e apoiada, de certa forma, na “racionalidade do direito”. Todavia não se confirmou a opinião de Weber, segundo a qual uma racionalidade autônoma e isenta de moral, que habita no interior do direito, constitui o fundamento da força legitimadora da legalidade. Um poder exercido nas formas do direito positivo deve a sua legitimidade a um conteúdo implícito nas qualidades formais do direito¹³⁸.

¹³⁷ HABERMAS, J. Direito e democracia. Entre facticidade e validade (vol. 1). Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003. p. 200-201.

¹³⁸ *Ib.*, p. 214.

A força legitimadora do direito reside em processos que institucionalizam o caminho para seu resgate argumentativo. A legitimidade do direito não deve ser procurada somente na forma da legislação política ou na jurisprudência, mas deve buscar uma legalidade moral construída a partir de um processo argumentativo. Esse processo argumentativo confere ao direito um caráter racional no sentido prático moral. Desse modo, nos processos jurídicos, temos que analisar o modo como a idéia de imparcialidade da fundamentação de normas e da aplicação de regulamentações obrigatórias cria uma relação construtiva entre o direito vigente com os processos de legislação e os processos da aplicação do direito¹³⁹. A idéia de imparcialidade forma o núcleo da razão prática. A idéia de imparcialidade permite julgar questões práticas sob o ponto de vista moral.

Esse modo de entender a legitimação do direito possui atualmente dois candidatos em condições de assumir a autoria de tal teoria procedimentalista da justiça. Oriundos da tradição kantiana, eles desenvolvem modelos que pretendem explicar o processo de formação imparcial da vontade. Dentre os quais temos John Rawls, que adota o modelo de contrato, e Lawrence Kohlberg, que emprega o modelo de Mead, ou seja, a reciprocidade geral de perspectivas entrelaçadas entre si. Segundo Habermas, ambos os modelos não fazem justiça à pretensão cognitiva dos juízos morais, pois, no modelo da celebração de contratos, as idéias morais são tidas como decisões racionais livres e, no modelo de assunção de papéis, são tidas como atos de entendimento apático¹⁴⁰. Habermas se aproxima da posição de Apel. Ambos sugerem tomar a própria argumentação moral como processo adequado para a formação racional da vontade e do juízo. Todo aquele que deseja argumentar tem que entrar em contato com as suposições idealizadoras da forma de argumentação exigente.

Todo aquele que se envolve em uma prática de argumentação tem que pressupor pragmaticamente que, em princípio, todos os possíveis afetados poderiam participar, na condição de livres e iguais, de uma busca cooperativa da verdade, na qual a única coerção admitida é a do melhor argumento¹⁴¹.

¹³⁹ HABERMAS, J. Direito e democracia. Entre facticidade e validade (vol. 1). Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003. p.214.

¹⁴⁰ *Ib.*, p.215.

¹⁴¹ *Idem.*

O direito procedimental necessita de uma fundamentação moral. A legalidade só pode transmitir legitimidade à medida que a ordem jurídica reagir à necessidade de fundamentação resultante da positivação do direito, a saber, à medida que forem institucionalizados processos de decisões jurídicas permeáveis a discursos práticos morais. Nesse sentido, o direito é derivado de um processo argumentativo, o qual possibilita que os destinatários do direito reconheçam como legítima suas normas. Esse reconhecimento é possível se esses destinatários do direito participarem argumentativamente. Essa participação argumentativa confere ao participante reconhecimento do direito.

O objetivo do estudo habermasiano é entender o entrelaçamento entre moral e direito. Esse entrelaçamento resulta do fato de que, nas ordens do Estado de direito, lança-se mão de meios do direito positivo, a fim de distribuir os pesos da argumentação e institucionalizar caminhos de fundamentação abertos a argumentações morais¹⁴². Desse modo, a moral deixa de pairar sobre o direito, como foi sugerido no direito racional, para migrar para o direito positivo, sem perder sua identidade. Assim, essa moralidade não se contrapõe ao direito, uma vez que se estabelece no próprio direito, é de natureza puramente procedimental; ela se despojou de todos os seus conteúdos normativos determinados, sublinhando-se num processo de fundamentação e de aplicação de possíveis conteúdos normativos.

De sorte que o direito e a moral procedimentalizada podem controlar-se *mutuamente*. Nos discursos jurídicos, o tratamento argumentativo de questões práticas e morais é domesticado, de certa forma, pelo caminho da institucionalização do direito, ou seja, a argumentação moral é limitada: a) metodicamente através da ligação com o direito vigente; b) objetivamente, em relação a temas e encargos de prova; c) socialmente, em relação aos pressupostos de participação, imunidades e distribuição de papéis; d) temporalmente, em relação aos prazos de decisão¹⁴³.

Essas quatro regras servem para controlar as argumentações morais. Contudo, para Habermas, por outro lado, a argumentação moral também é institucionalizada como um processo aberto que segue a sua própria lógica, controlando sua própria racionalidade.

¹⁴² HABERMAS, J. Direito e democracia. Entre facticidade e validade (vol. 1). Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, p. 218.

¹⁴³ *Ib.*, 218-219.

Desse modo, o próprio direito permite e estimula uma dinâmica de fundamentação, a qual transcende o direito vigente de um modo não determinado por ele.

Todavia, essa questão deve ser diferenciada, levando em consideração os diferentes contextos da ciência do direito, os discursos dos juízes e dos advogados e as diferentes áreas temáticas que abrangem desde questões morais até problemas técnicos. Porém servem de reconstrução crítica para avaliar até que ponto os processos jurídicos abrem espaço para a lógica da argumentação ou, simplesmente, distorcem a lógica da argumentação através de limitações externas. Para Habermas, um exemplo é a prática de decisões dos juízes, na qual temos a fundamentação de juízos que eliminam pontos de vista normativos em benefício de exigências funcionais submetidas¹⁴⁴.

Esse exemplo reflete que a justiça e o sistema jurídico reagem em relação à sociedade, demonstrando que não são independentes em relação à lei. Por isso, para resolver problemas de cunho econômico, ou mesmo do aparelho estatal, não basta, simplesmente, recorrer ou apelar para os tribunais, nem para a esfera pública do direito. É necessário entrar também em disputas políticas sobre a linha que separa o sistema do mundo da vida.

Tomamos ciência de que a força legitimadora que habita na racionalidade dos procedimentos dos processos jurídicos comunica-se ao poder legal, não somente através das normas de procedimentos da decisão judicial, mas também, em primeira linha, através do procedimento da legislação democrática¹⁴⁵.

Nesse sentido, não parece plausível que o processo parlamentar contenha um núcleo racional no sentido prático-moral. Pois, parece que, nele a busca de poder político e a concorrência entre interesses conflitantes são tão centrais que excluem uma construção crítica das controvérsias parlamentares segundo o modelo de negociação equitativa de compromissos, ou da formação discursiva da vontade, permitindo apenas uma análise empírica. Habermas percebe uma fraqueza nessas teorias, não no princípio que se orienta pelo processo, mas no fato de elas desenvolverem seus pontos de vista normativos fora de uma lógica da argumentação moral e fora das condições comunicativas que possibilitam uma formação discursiva da vontade.

¹⁴⁴HABERMAS, J. Direito e democracia. Entre facticidade e validade (vol. 1). Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, p 219.

¹⁴⁵ Idem.

Até o presente momento, constatamos que Habermas não partilha do mesmo ceticismo formalista de legitimação do direito proposto por Weber. Habermas se aproxima da proposta de fundamentação de Apel, no sentido de concordar que a legalidade da legitimidade só é possível de ser alcançada racionalmente se o discurso moral for preservado dentro do direito. Desse modo, procuraremos abordar adiante a questão da legitimação do direito a partir do princípio do discurso, bem como desenvolver o debate Habermas *versus* Apel, no que se refere à legitimação do direito.

3 - FILOSOFIA DO DIREITO DE HABERMAS EM FACTICIDADE E VALIDADE

[...] como é possível surgir uma ordem social a partir dos pressupostos de formação de consenso que se encontra ameaçada 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 do entendimento, ainda mais que todo dissenso acarreta elevados custos para a coordenação da ação.¹⁴⁶

Para desenvolver a teoria discursiva do direito, Habermas introduz o agir comunicativo como norteador da legitimação do direito moderno, isto é, para Habermas, o direito moderno deve ser legitimado segundo a categoria do agir comunicativo. Nesse sentido, percebemos a necessidade de desenvolver os conceitos da teoria do agir comunicativo na primeira parte do trabalho, pois eles servem de base tanto para a ética discursiva, como para a teoria discursiva do direito.

Na obra *Direito e democracia*, Habermas apresenta o princípio do discurso (princípio D) como sendo capaz de legitimar o ordenamento jurídico em uma sociedade pluralista através, evidentemente, de um procedimento jurídico. Dessa forma, analisaremos, no Capítulo 5, a existência da relação do direito com a democracia, sugerida por Habermas, com a finalidade de detectar a legitimação do ordenamento jurídico pelo princípio do discurso (D).

No Capítulo 6, será abordada a reconstrução do direito, bem como o distanciamento da moral do direito. Esse tema já foi mencionado anteriormente quando

¹⁴⁶HABERMAS, J. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade* (vol. 1). Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, p. 37

levantamos a discussão com Weber. A partir do princípio do discurso (D), os sujeitos examinam as pretensões de validade e as normas, a fim de orientar suas ações dentro da sociedade. Desse modo, vamos analisar como o direito funciona na coerção social, ou seja, na integração social. Os sujeitos devem institucionalizar juridicamente os próprios pressupostos comunicativos e os procedimentos de um processo de formação da opinião e da vontade. Portanto, a legitimação do direito precisa ser conhecida pelos destinatários do direito para que seja aceita por todos os concernidos.

5 - Fundamentação e legitimação do direito

Na introdução da obra *Direito e Democracia*, Habermas afirma que pretende reconstruir algumas partes do direito racional clássico “[...]no quadro de uma teoria do direito apoiada numa teoria do discurso”¹⁴⁷. Por isso, nessa mesma obra, no Capítulo III, Habermas sustenta que a legitimidade do direito positivo não deriva mais de um direito moral superior. O direito pode ser legitimado a partir de um processo de formação da opinião e da vontade que se presume que seja racional. Para Habermas, a fonte de legitimação do direito subjetivo se estabelece no processo democrático da legislação, o qual faz uso do princípio da soberania do povo. Nesse sentido, Habermas irá discordar dos positivistas jurídicos e, ao mesmo tempo critica as teorias de justiça de Kant e Rousseau. Por isso, no item 5.1, abordaremos a crítica efetivada de Habermas contra Kant. A doutrina kantiana não esclarece a relação entre princípio moral, direito e democracia. Isso será importante para entender a crítica de Habermas, ou seja, a relação de subordinação entre o princípio da democracia e o princípio moral da teoria kantiana. No item 5.2, analisaremos a relação interna existente entre democracia e legitimidade.

5.1 O direito subjetivo e a separação entre direito e moral

Segundo Habermas, os ordenamentos jurídicos modernos são constituídos, fundamentalmente, por direitos subjetivos. Na moderna compreensão do direito, os direitos subjetivos estabelecem os limites no interior dos quais um sujeito está justificado a empregar livremente a sua vontade e definem a liberdade de ações iguais

¹⁴⁷ HABERMAS, J. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade* (vol. 1). Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, p. 09.

para todos os indivíduos ou sujeitos portadores de direito. Assim, a pretensão é entender por que a teoria do agir comunicativo concede um valor posicional central à categoria do direito e por que ela mesma forma, por seu turno, um contexto apropriado para uma teoria do discurso apoiada no princípio do discurso.

O direito, portanto, segundo Habermas, tenta resolver o problema de “ [...] como integrar socialmente mundos da vida em si mesmos pluralizados e profanizados”¹⁴⁸. Esse cenário moderno implanta um desacoplamento entre a facticidade e a legitimidade, isto é, ao contrário da forma de vida tradicional, em que havia uma fusão entre facticidade e validade, as sociedades pós-iluministas acirram a tensão entre facticidade e validade¹⁴⁹. O direito, por si mesmo ligado à autorização para a coerção, consegue, através dessa coerção, substituir a circunscrição da convicção da sansão; porém, essa sansão, por sua vez, terá que ser deduzida de uma pretensão de legitimidade, já que a sociedade se instituiu a partir do agir livre de atores, cujos atos de fala não têm mais circunscrição alguma.

Portanto, a permissão para a coerção jurídica é deduzida de uma *expectativa de legitimidade*. Ora, um sistema jurídico, de si mesmo coativo, fundado na contingência de decisões arbitrárias, perde seu poder de integração social, já que o direito extrai sua força mais das alianças que a positividade do direito estabelece com a pretensão de legitimidade. A solidariedade social constitui, dessa forma, a última instância de onde o direito extrai a sua força integradora. Manifesta-se, aqui, como se pode ver, essa ligação tensa entre facticidade fundada e aceitabilidade.

Para Habermas, o “agir comunicativo”, que considera o entendimento lingüístico como mecanismo de coordenação da ação, faz com que as suposições contrafactuais dos atores que orientam seu agir por pretensões de validade adquiram relevância imediata para a construção e manutenção de ordens sociais, pois elas *mantêm-se* no modo de reconhecimento de pretensões de validade normativa. Nesse sentido, significa que a tensão entre facticidade e validade, que é colocada na linguagem e no uso da linguagem, retorna no modo de integração de indivíduos socializados – ao menos nos indivíduos socializados comunicativamente – devendo ser trabalhada pelos participantes. Mais

¹⁴⁸ HABERMAS, J. Direito e democracia. Entre facticidade e validade (vol. 1). Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, p. 43.

¹⁴⁹ DUTRA, D. J. V. Razão e consenso em Habermas. A teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. Florianópolis: UFSC, 2005, p. 192.

adiante, analisaremos que essa tensão é estabilizada na integração social pelo direito positivo.

Habermas levanta a seguinte questão no que se refere à integração social: de como é possível coordenar planos de ação de vários atores, de tal modo que as ações de um partido possam ser “engatadas” nas do outro?¹⁵⁰ Esse conflito existente entre interesses dos atores da sociedade pode ser resolvido pelo agir comunicativo. A função do agir comunicativo nas sociedades modernas é estabilizar os conflitos e possibilitar o consenso sobre as normas.

Tão logo, porém, as forças ilocucionárias das ações da fala assumem um papel de coordenador na ação, a própria linguagem passa a ser explorada como fonte primária da integração social. É nisso que consiste o “agir comunicativo”. Nestes casos os atores, na qualidade de falantes e ouvintes, tentam negociar interpretações comuns de situações e harmonizar entre si os seus respectivos planos através de processos de entendimento, portanto pelo caminho de uma busca incondicionada de fins ilocucionários¹⁵¹.

Portanto, o uso da linguagem orientada para o entendimento, ao qual o agir comunicativo se refere, une-se em torno da pretensão de validade de suas ações de fala, os quais levam em comum acordo para o âmbito de sua ação. Todos os atos de fala possuem pretensões que podem ser criticáveis. Contudo elas devem apontar para o reconhecimento intersubjetivo. O agir comunicativo possibilita que os falantes cheguem em comum acordo sobre pretensões de validade e coordenem suas ações na sociedade. O consenso resultante desse processo estabiliza o conflito inerente na sociedade moderna.

Esse breve esboço é suficiente para levantar o problema típico de sociedades modernas: como estabilizar, na perspectiva dos próprios atores, a validade de uma ordem social, na qual as ações comunicativas tornam-se autônomas e claramente distintas de normas estratégicas?¹⁵²

As sociedades modernas organizam-se em forma de Estado. A ordem é formulada normativamente obedecendo a um ordenamento jurídico. Essa estrutura moderna de

¹⁵⁰HABERMAS, J. Direito e democracia. Entre facticidade e validade (vol. 1). Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, p. 36.

¹⁵¹ Idem. Grifo do autor.

¹⁵² Ib., p. 45.

entender o ordenamento jurídico é diferente das sociedades tradicionais, onde o direito, ainda, alimenta-se da força do sagrado. Então, as sociedades modernas sofrem por se tornarem pluralistas e profanizadas. É necessário que o fardo da integração social se transfira para o entendimento entre os atores para os quais a facticidade (coação de sanção exteriores) e a validade (força de ligação das convicções racionalmente motivadas) são incompatíveis, ao menos fora dos domínios das ações regulados pela tradição e pelos costumes¹⁵³. Para Habermas, a interação social não se estabiliza somente através da orientação dos atores que perseguem o sucesso, mas a sociedade deve ser integrada fundamentalmente, em última instância pelo agir comunicativo. O agir comunicativo possibilita o surgimento de uma integração social através das energias aglutinantes de uma linguagem compartilhada intersubjetivamente. Impõe certas regras que fazem o sujeito sair do egocentrismo e se colocar sobre critérios públicos da racionalidade do entendimento. Assim, a sociedade se apresenta como um mundo da vida estruturado simbolicamente, que se reproduz através do agir comunicativo.

Há uma diferença crucial entre os atores que se relacionam na sociedade. Para os atores orientados pelo sucesso, todos os componentes da situação transformam-se em fatos que eles valorizam à luz de suas próprias preferências, ao passo que os que agem orientados pelo entendimento dependem de uma compreensão da situação, negociada em comum, passando a interpretar fatos relevantes à luz de pretensões de validade reconhecidas intersubjetivamente¹⁵⁴. Desse modo, normas desse tipo devem apresentar-se como uma autoridade capaz de revestir a validade com a força do fático; porém, dessa vez, sob a condição da polarização que já se estabeleceu entre o agir orientado pelo sucesso e o agir orientado pelo entendimento e, desse modo, sob condições de uma incompatibilidade percebida entre facticidade e validade. Partimos do fato de que as garantias metas-sociais do sagrado caíram. Antes de prosseguirmos com a discussão, faz-se necessário esclarecermos o conceito de legalidade, do qual Kant se serve para esclarecer o modo complexo de validade do direito em geral, tomando como ponto de partida os direitos subjetivos.

Nesse sentido, comenta Habermas que, para Kant, a relação entre facticidade e validade, estabilizada na validade jurídica, apresenta-se como uma relação interna entre

¹⁵³ HABERMAS, J. Direito e democracia. Entre facticidade e validade (vol. 1). Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, p.45I.

¹⁵⁴ *Ib.*, p. 46-47.

coerção e liberdade, fundada pelo direito. Então Kant, para formular sua teoria do direito, parte de uma noção de direitos subjetivos para construir o princípio geral do direito, segundo o qual é justa a afirmação que a máxima permite a convivência entre a liberdade do arbítrio de cada um e a liberdade de todos conforme a lei geral. Habermas se apropria desse pensamento e afirma: “[...] o direito moderno tira dos indivíduos o fardo das normas morais e as transfere para leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação”¹⁵⁵. Isso implica, para Habermas, que a lei seja igual para todos, isto é, o conceito de direito deve conter, na forma geral de leis, os mesmos direitos para todos os cidadãos.

Precisamos deixar claro a relação existente entre Kant e Habermas, uma vez que nos servirá como base para a idéia habermasiana de legitimação do direito, a partir da emigração da moral para o direito. Kant, na *Metafísica dos Costumes*, atrela o direito, bem como as leis jurídicas, à moral, isto é, submete o direito à moral. Esse modo de fundamentar o direito será questionado por Habermas. A teoria moral kantiana fornece os conceitos superiores: vontade e arbítrio, ação e moral, dever e inclinação, lei e legislação, que servem para determinar a ação e o comportamento moral. Para Habermas, na teoria kantiana “o conceito de direito não se refere prioritariamente à vontade livre, mas ao arbítrio dos destinatários; abrange a *relação externa* de uma pessoa com outra; e recebe a *autorização para a coerção* que está autorizada a usar contra outro em caso de abuso”¹⁵⁶. Percebemos, então, que o princípio do direito limita o princípio da moral.

Para entender com maior clareza a posição de Habermas ante a relação de subordinação do princípio do direito ao princípio moral, necessitamos inferir alguns esclarecimentos sobre a teoria do direito de Kant. Além de demonstrar que o princípio da democracia não pode estar subordinado ao princípio da moral, a análise da forma jurídica kantiana nos possibilitará a retomada da discussão sobre a relação entre direito e moral. Primeiramente, devemos, ao analisar o direito kantiano, começar pela distinção entre legalidade e moralidade. Vimos, anteriormente que, para Kant, um sujeito dotado de razão e vontade não pode querer outra coisa senão garantir sua conservação, bem estar, resumindo, sua felicidade. Contudo, a felicidade não é um fundamento seguro para a motivação moral, ou seja, ela pode ser uma fonte de corrupção para aqueles que

¹⁵⁵ HABERMAS, J. Direito e democracia. Entre facticidade e validade (vol. 1). Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, p.114.

¹⁵⁶ *Ib.*, p. 140.

não possuem uma boa vontade. É preciso existir algum mecanismo que possa corrigir e livrar essa vontade boa de inclinações e influências. A razão, segundo Kant, é o mecanismo que pode regular a vontade e torná-la boa, não simplesmente como um meio para alcançar algo, mas, sim, boa em si mesma. “A boa vontade não é boa por aquilo que promove ou realiza, pela aptidão para alcançar qualquer finalidade proposta, mas tão somente pelo querer, isto é, em si”¹⁵⁷. Desse modo, o dever já contém em si, para Kant, o conceito de boa vontade. É ele que irá tornar a boa vontade esclarecida, visto que ela já reside na consciência. “Dever é a necessidade de uma ação por respeito à lei”¹⁵⁸.

Para explicar essas duas formas de legislação, a saber, a moral e a jurídica, Kant utiliza duas formas de atributos: interno e externo. Nesse sentido, a ação externa é aquela relacionada com o ordenamento jurídico, isto é, com as leis e que necessita de uma adesão exterior do indivíduo. Por outro lado, a legislação moral é aquela em que a adesão é íntima, ou seja, uma convicção a partir do sujeito da ação. Isso tem certos agravantes. Por exemplo, o sujeito que segue externamente à lei é obrigado a seguir a lei, enquanto o dever moral é interno porque sou obrigado a agir moralmente com a pureza da intenção. Para Kant, no direito, a conformidade com a lei se faz por temor da sanção, por receio do castigo, ou do descrédito social etc. Na moral, ao contrário, exige-se a adesão total da ação à lei moral, ao seu motivo, o puro senso da obrigatoriedade.

Outro ponto importante da distinção entre direito e moral levantado por Kant refere-se aos imperativos hipotéticos e imperativos categóricos. Os imperativos categóricos são aqueles que expressam uma ação boa por si mesmo, isto é, um fim em si mesmo, por exemplo: “você não deve matar”. Os imperativos hipotéticos são aqueles que prescrevem uma ação boa como meio para alcançar um certo fim como por exemplo: “se você não quer ser preso, não deve matar”.

Outros autores percebem outras formas de distinção entre direito e moral que não a kantiana. Para Bobbio, devemos considerar a diferença entre liberdade moral e liberdade jurídica¹⁵⁹. A primeira se refere à faculdade de adequação às leis que a razão nos dá a nós mesmos. A segunda, refere-se faculdade de agir no mundo externo, não sendo os indivíduos impedidos da liberdade igual dos demais seres humanos, livres como eu, interna e externamente.

¹⁵⁷ KANT, I. Fundamentação de Metafísica dos Costumes. Lisboa: Edições 70, 1986, p.23.

¹⁵⁸ *Ib.*, p. 31.

¹⁵⁹ BOBBIO, N. Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant. Brasília: Edunb, 1992, p.58.

Nesse sentido, Kant fundamenta a legitimidade do direito em um único princípio básico, a saber, a liberdade. Como o próprio Kant define, “ [...] a liberdade é o único direito inato que pertence a cada homem em virtude da sua humanidade”¹⁶⁰. Esse princípio não necessita do direito positivado para existir, isto é, um direito moral. Além deste, Kant cita a igualdade e a auto-suficiência como princípios a priori do Estado civil. Segundo Habermas, o contrato social na teoria kantiana “serve para a institucionalização do direito natural a iguais liberdades de ação subjetivas”¹⁶¹. Assim escreve Habermas:

Kant vê o direito humano primordial fundamentado na vontade autônoma de indivíduos singulares, os quais dispõe premilarmente, enquanto pessoas morais, da perspectiva social de uma razão que examina as leis, a partir da qual elas podem fundamentar moralmente [...] Ao mesmo tempo, Kant percebe que o direito humano – que é único – precisa diferenciar-se nos termos de um sistema de direitos, através do qual, tanto a liberdade de cada membro da sociedade, enquanto homem, como também “a sua igualdade com todos os outros, enquanto súditos”, assumem uma figura positiva¹⁶².

Para Habermas, a teoria kantiana acontece na forma das leis públicas, as quais só podem pretender legitimidade enquanto atos da vontade pública dos cidadãos autônomos e unidos. “Aqui, porém, não é possível nenhuma outra vontade a não ser a de que todo o povo (uma vez que todos determinam sobre todos e, portanto, cada um determina sobre si mesmo): pois ninguém pode ser injusto consigo mesmo”¹⁶³. O contrato da sociedade, em Kant, faz prevalecer o princípio do direito de forma monológica, à medida que liga a formação política da vontade do legislador às condições de um procedimento democrático, sob o qual os resultados expressam a vontade consensual ou o consenso racional de todos os participantes. Assim, para Habermas, o direito se liga moralmente com o princípio da soberania do povo. Habermas escreve:

¹⁶⁰ KANT, I. *The Metaphysics of Morals*. Cambridge: University Press, 1996, p.23.

¹⁶¹ HABERMAS, J. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade* (vol. 1). Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, p. 126.

¹⁶² HABERMAS, J. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade* (vol. 1). Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, p. 127. Grifos do autor.

¹⁶³ KANT, I. *Apund. Habermas. Direito e democracia. Entre facticidade e validade* (vol. 1). Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, p. 127.

Os direitos do homem, fundamentados na autonomia moral dos indivíduos, só podem adquirir uma figura positiva através da autonomia política dos cidadãos. O princípio do direito parece realizar uma mediação entre o princípio da moral e o da democracia. Contudo, não está suficientemente claro esses dois princípios se comportam reciprocamente. O conceito de autonomia, que suporta a construção inteira, é introduzido por Kant na perspectiva, de certo modo privada, daquele que julga moralmente; porém ele explicita esse conceito na fórmula legal do imperativo categórico, apoiando-se no modelo de Rousseau, ou seja, numa “legislação” pública realizada democraticamente. Os conceitos “princípio moral” e “princípio da democracia” estão interligados; tal circunstância é encoberta pela arquitetônica da doutrina do direito¹⁶⁴.

Ao identificar o direito positivo com o próprio Estado e fundamentar distintivamente o direito privado do direito público, Kant reconhece outros direitos básicos como princípios a priori do Estado, a saber, princípios de igualdade e de auto-suficiência. Além disso, com a idéia de contrato social, apresentada por Kant com o princípio do Estado de direito, legitima o poder público e garante a liberdade: com a formulação do princípio universal do direito, Kant pode afirmar a prioridade da justiça sobre o bem. Ou seja, Kant dá mais importância ao universalismo, permitindo a coexistência de uma pluralidade de concepções do que seria a vida boa ou a felicidade. Segundo Guido de Almeida, as leis positivas teriam de ser pensadas como necessariamente subordinadas a leis morais, embora não derivadas delas, e isso pela simples razão que não pode haver um verdadeiro conflito de deveres, uma vez que as ações exigidas por regras opostas não poderiam ser igualmente opostas¹⁶⁵. Portanto, como quer a noção de Estado político deva ser tratada na filosofia prática, o fundamento moral das leis positivas parece estar garantido, desde que, bem entendido, possa ser considerado efetivamente como leis do direito.

Kant extrai o “princípio geral do direito” da aplicação do princípio moral a relação externa” e inicia sua doutrina do direito com o direito a liberdades

¹⁶⁴ HABERMAS, J. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade (vol. 1)*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, p. 127-128. Grifos do autor.

¹⁶⁵ ALMEIDA, Guido Antônio de. Sobre o princípio e a lei universal do direito em Kant. *Kriterion*, 2006, p. 219

subjetivas iguais, equiparadas do direito com a permissão de coerção, a qual compete ao homem “graças à sua humanidade”.¹⁶⁶

Podemos, então, imprimir três afirmações a partir do princípio universal do direito exposto por Kant e citado anteriormente no trabalho. Temos: 1) que o direito se aplica às ações externas de um indivíduo à medida que elas afetem as ações de outros indivíduos; 2) que o direito concerne às ações externas na medida que se relacionam com o arbítrio de um com o arbítrio dos demais; 3) que o direito considera unicamente a forma dessa relação e sua compatibilidade com leis universais.

Ora, esse conceito das leis jurídicas como uma espécie das leis morais está baseado, para recordar, na idéia que o direito é a autorização ou faculdade moral: 1) de realizar o que é lícito e o que é obrigatório e de não fazer o que é proibido; e 2) de coagir pela força quem nos impede de fazê-lo. Se isso é concedido, creio que as três afirmações sobre a extensão do conceito de Direito resultam de uma consideração sobre os limites da coação legítima, isto é, daquilo a que se pode legitimamente coagir as pessoas que não realizam os seus deveres para com os demais¹⁶⁷.

Habermas entende que, na perspectiva dos destinatários, a relação jurídica não leva em conta a capacidade das pessoas em ligar sua vontade através de idéias normativas; ela atribui apenas a capacidade de tomar decisões teológicas. Nesse sentido, os direitos subjetivos consistem em desligar, inicialmente, os sujeitos de direito de mandamentos morais, abrindo, aos atores, espaço de arbítrio legítimo¹⁶⁸, ou seja, desligar os agentes da forma de obediência própria dos mandamentos morais.

Kant parte da lei moral para derivar os deveres jurídicos. Habermas caracteriza tal caminho percorrido por Kant, da moral ao direito, como redução e como abstração. A moral estabelece alguns conceitos como forma de caracterizar a sua especificidade, tais como: “[...] vontade e arbítrio, ação e moral impulsionadora, dever e inclinação, lei e legislação”¹⁶⁹. O caminho percorrido da moral ao direito vai da consideração do sujeito como autor da lei ao sujeito como destinatário de deveres.

¹⁶⁶ HABERMAS, J. Direito e democracia. Entre facticidade e validade (vol. 1). Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, p. 135.

¹⁶⁷ Guido de Almeida, 220

¹⁶⁸ HABERMAS, J. Direito e democracia. Entre facticidade e validade (vol. 2). Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, p. 121.

¹⁶⁹ *Ib.*, p. 140-141.

Adentrando na discussão sobre o princípio do discurso, estabelecido por Habermas em *Direito e Democracia*, ele sustenta que deve pleitear legitimidade exatamente aquelas regulamentações com as quais todos os eventuais implicados poderiam concordar como participantes de discursos racionais. É exatamente isso que garante o caráter democrático da legitimação sustentada por Habermas, pois os discursos, os participantes pretendem chegar a pontos de vista comuns, tentando convencerem-se mutuamente de algo através de argumentos.

Então, na teoria kantiana, o âmbito da moral e do direito pode ser diferenciado por diversos aspectos, por exemplo, o modo de cumprir as ações e o tipo de imperativos. Para Habermas, as questões morais e jurídicas se referem aos mesmos temas e problemas; contudo com essenciais diferenças. Mesmo com pontos em comum, “[...] a moral e o direito distinguem-se *prima facie* porque a moral pós-tradicional representa uma forma de saber cultural, ao passo que o direito adquire obrigatoriedade também no nível institucional”¹⁷⁰. Nesse sentido, o direito é acompanhado por um sistema de coação institucional. Habermas defende a tese de que “[...] não podemos interpretar os direitos fundamentais, que aparecem na figura positiva de normas constitucionais, como simples cópias de direitos morais e nem a autonomia política como simples cópia da moral”¹⁷¹. Nesse sentido, normas gerais de ação se ramificam em regras morais e jurídicas, o que, sob o ponto de vista normativo, equivale a dizer que a autonomia moral e política são co-originárias, podendo ser analisadas com o princípio do discurso (princípio D), o qual coloca em relevo o sentido das exigências de uma fundamentação pós-convencional. Pelo princípio do discurso, “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o assentimento, na qualidade de participantes do discurso racionais”¹⁷². Por isso, segundo Habermas, esse princípio “[...] tem, certamente um conteúdo normativo, uma vez que explica o sentido da imparcialidade de juízos práticos”¹⁷³; porém um princípio que “[...] se encontra em um nível de abstração, o qual, apesar desse conteúdo moral, ainda é neutro em relação ao direito e à moral”¹⁷⁴, pois se refere às normas de ação em geral.

¹⁷⁰ HABERMAS, J. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade (vol. 1)*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, p. 141.

¹⁷¹ Idem.

¹⁷² Ib., p. 142.

¹⁷³ Idem.

¹⁷⁴ Idem.

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 com o auxílio de argumentos pragmáticos, ético-políticos e morais – e não apenas com o auxílio de argumentos morais¹⁷⁵.

A posição de Habermas em relação à neutralidade do princípio da democracia não é aceita por alguns comentadores. Para Michelman, o princípio da universalização e o princípio do discurso caracterizam uma justificação política nos termos de um acordo universal hipotético. “É um consenso hipotético, baseado em raciocínio correto, é um teste substantivo, não é apenas procedimental, na justificação de um conjunto de leis fundamentais”¹⁷⁶, por exemplo, em uma constituição.

Para compreendermos melhor a relação entre direito e moral, vamos utilizar a distinção que Klaus Günther realizou nesses dois âmbitos. Günther se preocupou com a relação entre a ética discursiva e o direito. Ele ocupa-se com a questão de juridificação, de aplicação do direito e, aqui, também com questão dos direitos humanos.

A preocupação de Günther é entender como a ética discursiva diferencia direito e moral. Pelo princípio de universalização (PU), exposto anteriormente, as normas só podem encontrar assentimento, entre os participantes de um discurso prático, se as conseqüências e os efeitos colaterais, que previsivelmente resultam de uma obediência geral da regra controversa para a satisfação dos interesses de cada indivíduo, puderem ser aceitos sem coação por todos.

A justificação moral ocorre pelo princípio da universalização (PU). As normas só terão validade se todos os concernidos por essa norma puderem aceitá-la sem coação e sem conseqüências colaterais. Não existe um procedimento empírico para garantir a observância da norma. Caso uma norma estabelecida, consensualmente, não seja cumprida, viola-se o princípio de reciprocidade.

O direito, por outro lado, justifica-se pelo princípio da democracia (PD), isto é, “[...] só podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros de direito, um processo jurídico de normatização

¹⁷⁵ HABERMAS, J. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade (vol. 1)*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, p. 143.

¹⁷⁶ MICHELMAN, F. Constitutional Authorship. In: ALEXANDER. *Constitutionalism Philosophical foundations*. Cambridge, 1998, p.88.

discursiva”¹⁷⁷. A aplicação do direito impede que o princípio da reciprocidade seja quebrado via punição legal (coação).

Assim, o princípio da democracia explica o sentido performativo da prática de autodeterminação dos sujeitos do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente. Como Habermas define, “o princípio da democracia não se encontra no mesmo nível que o princípio da moral”¹⁷⁸.

Enquanto o princípio moral funciona como regra de argumentação para resolver questões morais, o princípio da democracia pressupõe a possibilidade das questões práticas, mais precisamente nas fundamentações realizadas em discursos e que dependem da legitimação das leis. Assim, escreve Habermas:

Partindo do pressuposto de que uma formação política racional da opinião e da vontade é possível, o princípio da democracia simplesmente afirma como esta pode ser institucionalizada – através de um sistema de direitos que garanta a cada um igual participação num processo de normatização jurídica, já garantida em seus pressupostos comunicativos. Enquanto o princípio moral opera no nível da constituição *interna* de um determinado jogo de argumentação, o princípio da democracia refere-se 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 direito¹⁷⁹.

Um outro aspecto a ser salientado é que o princípio da democracia não deve apenas estabelecer um processo legítimo de normatização, mas também orientar a produção do próprio médium do direito. O princípio do discurso estabelece as condições às quais os direitos em geral devem satisfazer para se adequarem à constituição de uma comunidade de direito e possam servir como médium da auto-organização dessa comunidade. Por isso, é necessário não somente criar um sistema de direitos, mas também a linguagem que permite à comunidade entender-se enquanto associação voluntária de membros do direito iguais e livres. Como escreve Dutra,

¹⁷⁷ HABERMAS, J. Direito e democracia. Entre facticidade e validade (vol. 1). Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, p. 145.

¹⁷⁸ HABERMAS, J. Direito e democracia. Entre facticidade e validade (vol. 1). Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, p. 145.

¹⁷⁹ *Ib.*, p. 146. Grifos do autor.

[...] essa caracterização do direito a partir da moral parece colocar o direito numa posição inferior, normativamente, àquela da moral, já que haveria, na formulação de Heck, uma primazia normativa da moral sobre o direito. Isso leva Habermas a ver na posição Kantiana com relação ao direito um certo platonismo. Habermas propõe uma relação de complementaridade [Ergänzungsverhältnis] entre moral e direito¹⁸⁰.

Desse modo, como complemento da legitimidade do direito, a moral é necessária, “ [...] pois uma ordem jurídica só pode ser legítima, quando não contrariar princípios morais”¹⁸¹. Contudo, para Habermas, a legitimidade do direito não se esgota apenas na moral. Percebemos que Habermas se distancia de Kant, isto é, para Kant, toda a legitimidade jurídica, como já analisamos anteriormente, advém da possibilidade de converter qualquer dever jurídico em dever moral. Assim, a legitimidade jurídica fica devedora, completamente, de uma legitimidade que a precede e que lhe é anterior.

Seguindo o pensamento de Dutra, Habermas considera que a validade jurídica comporta uma gama maior de razões do que aquelas permitidas no âmbito moral. Além de não ferir regras morais,

[...] a complexa pretensão de validade de normas jurídicas pode ser entendida como a pretensão de levar em conta, em primeiro lugar, os interesses parciais afirmados estrategicamente, de modo que estes se combinem com o bem comum; em segundo lugar, de recuperar os princípios universalistas de justiça no horizonte de uma força de vida cunhada por constelações particulares de valores”¹⁸².

Prossegue Dutra:

Por ser um sistema de ação, o direito não pode adiar, indefinidamente, o regramento de comportamento da ação, tendo que estabelecer normas sobre matérias a respeito das quais ainda não há consenso moral, tais como, o aborto, a eutanásia, a doação de órgãos, o uso de embriões humanos, a pena de morte, etc. Assim, no Código Penal Brasileiro, atualmente em vigor, o adultério é considerado crime; já, no atual projeto do atual Código Penal que tramita no congresso, tal crime não existe mais. As duas regulamentações da

¹⁸⁰ DUTRA, D. J. V. Razão e consenso em Habermas. A teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. Florianópolis: UFSC, 2005, p. 214.

¹⁸¹ HABERMAS, J. Direito e democracia. Entre facticidade e validade (vol. 1). Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, p. 140-141

¹⁸² DUTRA, D. J. V. Razão e consenso em Habermas. A teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. Florianópolis: UFSC, 2005, p. 219.

matéria podem ser consideradas legítimas, pois expressam consensos parciais da sociedade naquele momento. Da mesma forma, podem ser consideradas legítimas a proibição constitucional da pena de morte no Brasil e sua permissão em alguns Estados americanos, pois não há, até o presente momento, um consenso moral sobre a matéria¹⁸³.

Por isso, para Habermas são muitas as razões que compõem a legitimidade do direito, a saber, razões morais, ético-políticas e pragmáticas. As questões morais devem ser tratadas de um ponto de vista estritamente normativo, em que se deve considerar o interesse simétrico de todos os envolvidos: “ [...] uma norma só é justa, quando todos podem querer que ela seja seguida por qualquer pessoa em situação semelhante. Mandamentos morais têm a força semântica de imperativos categóricos ou incondicionais”¹⁸⁴. Nesse aspecto, analisa-se os interesses generalizáveis, que abrangem uma comunidade de comunicação não circunscrita por determinados valores ou costumes. É preciso que seja possível o entendimento e o consenso a respeito das regras morais.

As questões ético-políticas buscam a clareza sobre uma forma de vida e seus ideais orientadores. Trata-se do modo como uma sociedade quer compor sua identidade, ou seja, como essa sociedade pretende caracterizar-se.

As questões pragmáticas colocam-se quando os fins do agente se tornam problemáticos ou quando o agente não consegue encontrar os meios adequados para executar suas referências. Acontece, então, a formulação de reconstrução hipotética, sob a forma de imperativos condicionais. No entanto, o questionamento sobre os valores aponta para questões ético – políticas¹⁸⁵.

Agora, vamos analisar, no *item 5.2*, a questão da legitimidade na legalidade. Esse aspecto será de suma importância para introduzir o sexto capítulo do trabalho na qual abordaremos a questão do princípio da democracia, do direito e do discurso. Finalmente, estabeleceremos como Habermas transformou seu modo de entender a relação direito e moral. Para tanto, abordaremos, brevemente, o debate entre Habermas e Apel.

¹⁸³ DUTRA, D. J. V. Razão e consenso em Habermas. A teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. Florianópolis: UFSC, 2005, p. 220.

¹⁸⁴ HABERMAS, J. Direito e democracia. Entre facticidade e validade (vol. 1). Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, p. 200.

¹⁸⁵ DUTRA, D. J. V. Razão e consenso em Habermas. A teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. Florianópolis: UFSC, 2005, p. 221.

5.2 O paradoxo entre legitimidade e legalidade do direito moderno

Habermas se coloca em uma discussão sobre a legitimidade do direito moderno. Assim, realiza a construção da autocompreensão do direito, partindo de um diagnóstico teórico central: por um lado, a autonomia privada, garantida pelos direitos humanos e, por outro lado, a autonomia pública, garantida pela soberania do povo ou pelos direitos políticos. Na história da filosofia política, tanto o liberalismo político como o republicanismo discutem, entre si, para saber qual das liberdades deve ter prioridade: os direitos de liberdade subjetiva ou os direitos de participação política? Para resolver tal impasse, Habermas propõe uma reinterpretação discursiva da noção de autonomia para solucionar o paradoxo entre autonomia privada e pública ou entre Estado de Direito e a democracia, mostrando que eles são *co-originários* ou que a autonomia privada e a pública estão numa relação de complementaridade.

Desse modo, para Habermas, a idéia dos direitos humanos e do princípio da soberania do povo são os que justificam o direito moderno. Por isso, Habermas não aceita a posição defendida pelos filósofos modernos como Kant, Hobbes e Rousseau, e, exatamente por isso, propõe uma reconstrução discursiva do sistema de direitos. O direito moderno se molda, especialmente, à integração social de sociedades econômicas que, em virtude de sua neutralidade ética, dependem de decisões descentralizadas de sujeitos singulares orientados pelo seu próprio sucesso. Por sua vez, o direito não pode simplesmente satisfazer apenas as exigências funcionais de sociedades complexas, mas deve levar em conta as condições precárias de uma integração social que se realiza através de sujeitos que agem comunicativamente, isto é, através da aceitação de pretensões de validade.

Segundo Habermas, o direito moderno tira dos indivíduos o fardo das normas morais e as transfere para as leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação. Elas obtêm sua legitimidade através de um processo legislativo que, por sua vez, apóia-se no princípio da soberania do povo. Com o auxílio dos direitos que garantem

aos cidadãos o exercício de sua autonomia política, deve ser possível explicar o paradoxo do surgimento da legitimidade a partir da legalidade¹⁸⁶.

A preocupação de Habermas é de explicar o surgimento da legitimidade a partir da legalidade, o que se apresenta para o autor como o um paradoxo. Esse paradoxo ocorre por causa da compreensão subjetiva do direito, apresentada no *item 5.1*. Para Habermas, o paradoxo ocorre,

[...] Porque esses direitos dos cidadãos têm, de um lado, a mesma estrutura de todos os direitos, os quais abrem ao indivíduo esferas da liberdade de arbítrio. [...] De outro lado, o processo legislativo democrático precisa confrontar seus participantes com as expectativas normativas das orientações do bem da comunidade, porque ele próprio tem que extrair sua força legitimadora do processo de um *entendimento* dos cidadãos sobre as regras de sua convivência¹⁸⁷.

Então, para preencher a sua função de estabilização das expectativas nas sociedades modernas, é fundamental que o direito assegure e conserve o nexos interno com a força integradora do agir comunicativo.

Nesse sentido, há, segundo Habermas, “[...] um nexos problemático entre as liberdades privadas subjetivas e a autonomia do cidadão”¹⁸⁸. Esse nexos problemático é explicado pela filosofia da consciência e a pela herança metafísica do direito natural e moral, que ainda se faz presente na compreensão subjetivista do direito. Habermas rejeita as duas posições e, ao contrário de Kant, sustenta, em *Direito e democracia*, a tese de que o princípio do direito não pode ser subordinado ao princípio moral.

Habermas, ao deslocar o eixo da filosofia da razão prática para a razão comunicativa, pretende superar as dificuldades da tradição metafísica e subjetivista do direito e, a partir disso, explicar adequadamente o nexos interno entre autonomia privada e pública e, por fim, demonstrar o surgimento da legitimidade na legalidade do direito. Assim, com o auxílio do princípio do discurso, consegue fundamentar um sistema dos direitos e esclarecer por que a autonomia privada e pública, os direitos e a soberania do povo se pressupõem mutuamente.

¹⁸⁶ HABERMAS, J. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade* (vol. 1). Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, p. 114-115.

¹⁸⁷ HABERMAS, J. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade* (vol. 1). Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, p. 115.

¹⁸⁸ Idem. Grifos do autor.

A legitimidade do direito encontra uma tensão entre as idéias liberais e os ideais republicanos. Os liberais chamam a atenção para uma “tirania da maioria”, postulam o primado de direitos humanos que garantem as liberdades pré-políticas do indivíduo coloca barreira à vontade soberana do legislador político. Ao passo que o republicanismo destaca o valor próprio, não-instrumentalizável, da auto-organização dos cidadãos, de tal modo que os direitos humanos só se tornam obrigatórios enquanto elementos de sua própria tradição, assumida conscientemente.

Para Habermas, os filósofos “Rousseau e Kant, tomaram como objetivo pensar a união da razão prática e da vontade soberana no conceito da autonomia, de tal modo que a idéia dos direitos humanos e o princípio da soberania do povo se interpretassem *mutuamente*”¹⁸⁹. Para Habermas, ambos os autores falharam na tentativa de entrelaçar os dois conceitos. Em uma visão geral, Kant tem um modo de ler a autonomia política que se aproxima mais do liberalismo, ao passo que Rousseau se aproxima mais do republicanismo.

Para Habermas, nenhum dos autores explicou suficientemente o nexos interno entre a soberania do povo e os direitos humanos. Kant insistiu na fundamentação moral dos direitos humanos, enquanto Rousseau defendeu a idéia do conteúdo normativo do direito humano originário resultante da gramática de leis gerais e abstratas, ancoradas, em última instância, no *ethos* de uma comunidade. “Kant não interpretou a ligação da soberania popular aos direitos humanos como restrição, porque ele partiu do princípio de que ninguém [...] *podia* dar a sua adesão a leis que pecam contra a sua autonomia privada garantida pelo direito natural”¹⁹⁰. Por isso, era necessário explicar o nexos interno entre soberania do povo e direitos humanos. Nesse sentido, é necessário um contrato da sociedade para proporcionar isso e não como Kant entendeu, isto é, simplesmente passando da moral para o direito. Assim, Kant valorizou a idéia da vontade racional e Rousseau a idéia de um sujeito superdimensionado enquanto povo ou nação.

Para Habermas, nenhum dos autores explorou o potencial da linguagem que, através de suas forças ilocucionárias, é capaz de gerar um entendimento e, desse modo, unir razão e vontade. Para Habermas, o nexos interno entre a soberania do povo e direitos humanos “[...] reside no conteúdo normativo de *um modo de exercício da autonomia*

¹⁸⁹ HABERMAS, J. Direito e democracia. Entre facticidade e validade (vol. 1). Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, p. 134. grifos do autor.

¹⁹⁰ *Ib.*, p. 135. Grifos do autor.

política, assegurada através da formação discursiva da opinião e da vontade, não através da formação das leis gerais”¹⁹¹. Esse é o ponto fundamental, que nem um dos autores, a saber, Kant e Rousseau, conseguiram descobrir como nexos que liga essas duas instâncias (soberania do povo e direitos humanos). Assim, para Habermas, o nexo interno entre essas duas instâncias só é garantido “se o sistema dos direitos apresentar condições exatas sobre as quais as formas de comunicação – necessárias para uma legislação política autônoma – podem ser institucionalizadas juridicamente”¹⁹².

Segundo Habermas, é possível introduzir, no sistema de direitos, o conteúdo normativo da soberania do povo e dos direitos humanos. A normatividade dos direitos humanos se produz na efetivação das regras do procedimento discursivo. Através dela, um povo soberano, tanto em termos particulares quanto universais, realiza sua autolegislação, instituindo e realizando-se como autores e destinatários da sua soberania e dos seus direitos humanos fundamentais.

6 - Sistema de legitimidade do direito

Até o presente momento, constatamos que Habermas modificou seu pensamento no que se refere à fundamentação e legitimação do direito. Partindo da *Teoria da ação comunicativa*, Habermas legitima as normas do direito como derivadas exclusivamente da moral. Assim, salientamos que a moral é soberana e o direito, como tal, é simplesmente legitimado a partir da argumentação moral. Podemos estabelecer como legitimador do direito o princípio (U), citado e desenvolvido por Habermas no livro intitulado *Consciência moral e agir comunicativo*. Posteriormente, Habermas revê sua posição em relação ao direito e à moral. Na obra *Tanner Lectures*, o autor assume uma posição mais branda, isto é, a moral passa a ser entendida como complementaridade do direito. A moral passa a complementar as regras jurídicas, conferindo legitimidade. Por fim, Habermas busca, em sua última grande obra, *Direito e democracia*, legitimar e fundamentar o direito a partir da teoria da ação comunicativa. Para isso, assume uma postura de neutralidade da moral ante o direito. Essa posição já foi desenvolvida no capítulo anterior.

¹⁹¹ HABERMAS, J. Direito e democracia. Entre facticidade e validade (vol. 1). Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, p. 137. Grifos do autor.

¹⁹² HABERMAS, J. Direito e democracia. Entre facticidade e validade (vol. 1). Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, p.138.

No item 6.1, vamos desenvolver as diferenças entre o princípio da democracia, do discurso e a forma jurídica. No item 6.2, desenvolveremos o debate entre Habermas e Apel com relação à fundamentação e legitimação das normas do direito.

6.1 Princípio do discurso, princípio da democracia e a forma jurídica

O direito, para Habermas, deve considerar não somente a institucionalização de uma formação da vontade política, mas também proporcionar o próprio médium no qual essa vontade pode expressar-se de forma livre entre os participantes do direito livremente associados. Podemos, então, resumir que a fundamentação de um sistema de direitos deve contemplar a autonomia privada, garantida pelas iguais liberdades de ação subjetiva, e a autonomia pública, como um processo racional democrático discursivo de formação intersubjetiva da opinião e da vontade, garantido pelos direitos de participação democrática.

Esse sistema de direitos, que os associados ao direito têm acesso, deve levar em conta *a forma jurídica, o princípio do discurso e o princípio da democracia*. Por isso, antes de seguirmos rumo ao problema do direito, precisamos esclarecer como Habermas entende cada um desses conceitos. Por forma jurídica, estabelece-se um domínio de liberdade de escolha que tem conseqüências estruturais para as modernas ordens jurídicas. Para Dutra, a “forma jurídica” pode ser entendida a partir do modelo kantiano de diferenciação entre direito e moral. Dessa distinção, resulta que a forma jurídica é construída pela liberdade subjetiva de ação e coação¹⁹³.

Através deste trabalho, constatamos que o princípio do discurso advém do conceito de racionalidade comunicativa. Como salientamos anteriormente, em *Direito e democracia*, o princípio do discurso é reformulado do seguinte modo: “São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis destinatários pudessem dar assentimento na condição de participantes de discursos racionais”¹⁹⁴. Assim, pela forma jurídica, o princípio da democracia deve assumir a figura de um princípio da democracia, o qual passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização.

¹⁹³ DUTRA, D. J. V. Razão e consenso em Habermas. A teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. Florianópolis: UFSC, 2005. (retirado do capítulo V).

¹⁹⁴ HABERMAS, J. Direito e democracia. Entre facticidade e validade (vol. 1). Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, p. 142.

Assim, para Habermas, o princípio da democracia resulta da interligação do princípio do discurso e da forma jurídica. Dessa maneira, a forma jurídica é constituída pela liberdade subjetiva de ação e pela coação, pois estabiliza os conflitos sociais de comportamento. O princípio da democracia significa 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”¹⁹⁵.

A legitimidade do direito, para Habermas, encontra-se na formulação e no desenvolvimento do princípio do discurso (D). Para o autor, o direito não pode derivar de um direito moral superior, mas deve emanar da autonomia dos cidadãos. O princípio do discurso (D), para o autor, é capaz de garantir legitimidade ao ordenamento jurídico em uma sociedade pluralista. A estabilidade do ordenamento jurídico é garantida pelo procedimento democrático. A partir do princípio “D”, os sujeitos de direito são capazes de examinar quais dos direitos são válidos para a convivência social, isto é, aqueles que fomentam um direito positivo. Enquanto sujeitos de direito, devem acatar a prática da autolegislação no médium do próprio direito. Como escreve Habermas,

[...] eles têm que institucionalizar juridicamente os próprios pressupostos comunicativos e os procedimentos de um processo de formação da opinião e da vontade, no qual é possível aplicar o princípio do discurso. Por conseguinte, o código do direito (Rechtskode), levado a cabo o auxílio do direito geral a liberdades subjetivas de ação, tem que ser contemplado através de direitos de comunicação e de participação, os quais garantem um uso público e qualitativo de liberdades comunicativas¹⁹⁶.

Assim, para Habermas, o princípio do discurso assume a figura jurídica de um princípio da democracia. Contudo, a idéia de autolegislação de cidadãos não pode ser deduzida, simplesmente, de uma autolegislação moral particular. Por isso, a autonomia do indivíduo, deve ser entendida como geral e neutra. “Esse princípio deve assumir-pela via da institucionalização jurídica – a figura de um princípio da democracia, o qual passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização. A idéia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica”¹⁹⁷. Assim, o princípio da democracia aparece como o

¹⁹⁵HABERMAS, J. Direito e democracia. Entre facticidade e validade (vol. 2). Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.p.145.

¹⁹⁶ Ib., p. 319.

¹⁹⁷ Ib., p. 158

núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desse direito desenvolve um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, neste caso o princípio da democracia é apenas um modo co-originário.

A interligação existente entre o princípio do discurso, o princípio da democracia e a forma jurídica dará nascimento a um sistema de direitos constituídos por cinco conjuntos de direitos fundamentais. Assim, os três primeiros grupos de direitos têm origem na aplicação do discurso a um dos aspectos da forma jurídica, qual seja, à liberdade subjetiva de ação. Esses direitos fundamentais podem ser agrupados em cinco categorias básicas, a saber:

(1) “Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação. Tais direitos exigem como correlatos necessários:

(2) Direitos fundamentais que resultam da confirmação 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 individual¹⁹⁸”.

Esses direitos regulam as relações entre os civis livremente associados, antes de qualquer regulamentação ou organização do poder do Estado, contra o qual os civis devem proteger-se. Assim, esses direitos garantem a autonomia dos sujeitos jurídicos à medida que estes são destinatários das leis. Somente no próximo passo que os sujeitos serão autores da sua ordem jurídica através de:

(4) “Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em um processo de formação de opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direitos legítimos¹⁹⁹”.

Para Habermas, esses direitos garantem a liberdade dos cidadãos em relação ao direito, isto é, os cidadãos podem modificar sua posição material com relação aos

¹⁹⁸HABERMAS, J. Direito e democracia. Entre facticidade e validade (vol. 2). Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003. p. 159.

¹⁹⁹ Idem. Grifos do autor.

direitos. Podemos citar como exemplo a participação dos cidadãos em reuniões, partidos políticos e movimentos sociais. Por fim, esses direitos implicam em:

(5) “Direitos fundamentais à condição de vida garantida social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4)”²⁰⁰.

Ao contrário dos anteriores, que são fundamentados de modo absoluto, esses direitos, segundo Habermas, são formulados de modo relativo, pois poderiam prescindir de tipificação se já fossem direitos efetivos numa sociedade. Para Habermas, esses direitos comportam somente razões éticas (relativas às formas de vida, ao bem do indivíduo e da comunidade) e não morais (ou seja, normativas, relativas à justiça). Em relação aos direitos de 1 a 4, toda e qualquer sociedade deveria garanti-los, pois remetem à própria estrutura discursiva da racionalidade comunicativa e, portanto, à possibilidade da própria legitimidade do ordenamento jurídico. A diferença entre esses dois modos de fundamentação de direitos marca um ponto importante na constituição do sistema de direitos e legitimidade do ordenamento jurídico habermasiano. Essa proposta de uma interpretação dos direitos fundamentais, à luz da teoria do discurso, deve servir para esclarecer o nexos interno entre os direitos humanos e a soberania do povo, como também solucionar o paradoxo da legitimidade que surge da legalidade. Esse será o ponto que desenvolveremos a partir de agora.

Até o presente momento, aplicamos o princípio do discurso à forma jurídica a partir de uma perspectiva de um teórico. Nesse sentido, os teóricos, para Habermas, diriam para os civis quais os direitos que eles deveriam reconhecer reciprocamente, caso desejassem regular legitimamente sua convivência com os meios do direito positivo. Mas, segundo Habermas, “[...] é preciso empreender uma mudança de perspectivas, a fim de que os civis possam aplicar por si mesmos o princípio do discurso”²⁰¹. Assim, os sujeitos do direito só conseguirão autonomia se entenderem e agirem como autores dos direitos aos quais desejam submeter-se como destinatários.

²⁰⁰HABERMAS, J. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade (vol. 1)*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, p. 160.

²⁰¹Ib., p. 163

A idéia de autolegislação tem que adquirir por si mesma validade no *médium* do direito. Por isso, têm que ser garantidas pelo direito as condições sob as quais os cidadãos podem avaliar, à luz do princípio do discurso, se o direito que estão criando é legítimo. Para isso, servem os direitos fundamentais legítimos à participação nos processos de formação de opinião e da vontade do legislador.²⁰²

Essas mudanças de perspectivas apontam para a fundamentação de direitos iguais de comunicação e de participação não mais a partir de nossa visão. Pelo princípio do discurso, podem pretender validade as normas que poderiam encontrar o assentimento de todos os concernidos atingidos, à medida que participem de discursos racionais. Para Habermas, “[...] os direitos políticos procurados têm que garantir, por isso, a participação em todos os processos de deliberação e de decisão relevantes para a legislação, de modo a que a liberdade comunicativa de cada um possa vir simetricamente à tona, ou seja, a liberdade de tomar posição em relação à pretensão de validade criticáveis”²⁰³.

O princípio do discurso só pode assumir a figura de um princípio da democracia, se este estiver interligado com o *médium* do direito, formando um sistema de direitos que coloca a autonomia pública numa relação de pressuposição recíproca. Nesse sentido, qualquer tipo de exercício de autonomia política significa, ao mesmo tempo, uma interpretação e configuração de direitos, em princípios não-saturados, através de um legislador. Assim, escreve Habermas:

O código do direito não deixa outra escolha; os direitos de comunicação e de participação têm que ser formulados numa linguagem que permite aos sujeitos autônomos do direito escolher se e como vão fazer uso deles. Compete aos destinatários decidir se eles, enquanto autores, vão empregar sua vontade livre ou se vai passar por uma mudança de perspectivas que os faça sair do círculo dos próprios interesses e passar para o entendimento sobre as normas capazes de receber o assentimento geral, se vão ou não fazer um uso público de sua liberdade comunicativa²⁰⁴.

²⁰² HABERMAS, J. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade (vol. 1)*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, p. 164. Grifos do autor.

²⁰³ Idem.

²⁰⁴ Ib., p. 167.

Dessa maneira, para que o direito possa fazer uso dessa fonte de legitimidade, externa às suas próprias determinações, das quais ele não pode dispor livremente a partir de sua própria forma, ele não pode ser compreendido como um sistema circular, discursivamente fechado, legitimando-se a partir de seu próprio domínio. Segundo Dutra, a única determinação que o direito pode assegurar, com a característica da forma jurídica, é o procedimento da formação discursiva da opinião e da vontade, seja nos pleitos eleitorais, seja nos regimentos internos das casas legislativas, mas não é possível exigir coercitividade que aflore fontes de legitimação indisponíveis à própria forma jurídica, fonte essa da qual depende, em última análise, em termos de conteúdo, portanto, para além do procedimento, da legitimidade do direito²⁰⁵.

Por isso, o princípio da democracia estatuiu que o consenso que fornece legitimidade ao direito deve resultar do acordo de todos. Não é difícil apontar os inúmeros problemas resultantes de tal exigência, devido ao seu alto grau idealizador. Assim, a democracia passa por um duplo processo de limitação, o qual preenche, ainda que aproximado, o processo democrático. O primeiro aspecto de limitação é aquele no qual a soberania do povo, como vontade democrática, é exercida de forma representativa ou delegada. O segundo aspecto ocorre pela introdução da regra da maioria como forma de decisão nos órgãos colegiados, nos parlamentos e nos pleitos em geral. A primeira limitação pode ser superada se abandonarmos certos pressupostos da filosofia do sujeito.

No entanto, a regra da maioria surge da pressão para decidir, ou da necessidade de concluir a deliberação sobre uma matéria. É evidente que, com a passagem do todo para a maioria, há uma perda de cognição, ou seja, de normatividade. Para que não haja uma tomada do poder por parte da maioria, que poderia usar esse poder de comando para proveito próprio, surge a necessidade de medidas acautelatórias. Assim, “[...] as decisões da maioria são limitadas por meio de uma proteção dos direitos fundamentais das minorias; pois os cidadãos no exercício de sua autonomia política, não podem ir contra o sistema de direitos que constituem essa mesma autonomia”²⁰⁶. A primeira limitação das decisões da maioria é não atentar contra o próprio procedimento democrático. Como toda a decisão é falível, fica aberta a possibilidade de rever as decisões tomadas. Por isso, a lógica argumentativa não é silenciada, mas pressuposta.

²⁰⁵DUTRA, D. J. V. Razão e consenso em Habermas. A teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. Florianópolis: UFSC, 2005, p. 235.

²⁰⁶HABERMAS, J. Direito e democracia. Entre facticidade e validade (vol. 1). Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, p. 221.

Para Dutra, “o que se faz é substituir um procedimento infinito de deliberação por uma decisão num dado prazo, através de um certo procedimento, já que há a necessidade de reger a ação, não se podendo permanecer num processo infinito de deliberação”²⁰⁷.

A segunda limitação da regra da maioria advém da validade moral sobre a jurídica em matérias já regradas moralmente. Desse modo, a ordem jurídica não pode contrair o princípio moral estatuído pela comunidade.

Assim, finalizamos esta parte do trabalho definindo a relação entre o princípio do discurso, da democracia e a forma jurídica. Bem como, implicamos a legitimidade através da legalidade nas questões referentes à formulação e legitimação do direito. Na última parte deste trabalho, abordaremos o debate entre Habermas e Apel, no que se refere à relação entre moral e direito.

6.2 A relação entre Apel e Habermas

A principal diferença apontada por Apel com relação à teoria do discurso formulada por Habermas encontra-se na última grande obra de Habermas. Em *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, parece que o projeto de uma ética do discurso que unia esses dois autores se dissolve.

Para Apel, parece problemático desconectar o princípio de justiça universalmente válido do “princípio do discurso”. Nisso se configura a principal diferença. O princípio fundamental do discurso é, pela primeira vez, declarado moralmente neutro. Nesse sentido, segundo Apel, “Habermas pretende colocar, como base da filosofia prática, uma *filosofia do discurso* moralmente neutro no lugar da ‘ética do discurso’ e de seu ponto de vista moral”²⁰⁸. Assim, Habermas pretende fundamentar a legitimidade do direito aos moldes de uma teoria do discurso que seja moralmente neutra. Essa posição não é contemplada por Apel que acredita que também o direito, assim como a filosofia prática, necessita de uma fundamentação moral. Como o próprio Apel escreve:

É que, na agora definitiva elaboração (e fundamentação) da Filosofia do Direito, Habermas gostaria de defender uma posição entre o *positivismo jurídico* e a *teoria metafísica do Direito Natural*; e ele considera essa

²⁰⁷ DUTRA, D. J. V. Razão e consenso em Habermas. A teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. Florianópolis: UFSC, 2005, p. 239.

²⁰⁸ MOREIRA, L. Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia. São Paulo: Ed. Landy, 2004, p. 205. Grifos do autor.

intuição, ao que parece, defendendo, de certa maneira, a *independência do “Direito positivo” frente a Moral*, junto com os juspositivistas e Max Weber, por um lado, e, por outro continua a sustentar, pela teoria do discurso, na linha de uma seqüência pós-metafísica do Direito natural e exigência de uma *legislação normativa do direito*. Esta última exigência já havia sido destacada por Habermas nas suas *Tenner Lectures*, na formação de uma fundamentação moral-filosófica do Direito, no todo e como tal – na seqüência de Kant – e, nessa medida, também na forma de sua diferenciação da moral. Entretanto, pretende que agora ela seja considerada justamente pelo fato, e tão-somente pelo fato, de ser necessário ao Direito encontrar sua base normativa em um princípio discursivo “moralmente neutro”. Tenciona-se que a *moral* (bem como a questão da *ética*, tal como compreendo), agora com o direito, tenham a “mesma origem”, enfim, que ela exerça, ao lado dele [direito], a coordenação normativa²⁰⁹.

Para Apel, essa posição defendida por Habermas é contraditória em si mesma. Segundo Apel, Habermas continua a defender uma compatibilidade normativa entre direito e a moral²¹⁰. Parece que, para Habermas, existe uma dependência unilateral normativa do direito em relação “co-originária” moral. Isso, para Apel, parece uma contradição, já que, para ele, o princípio do discurso não pode ser moralmente neutro, no máximo pode ser distinto no seu conteúdo normativo no que se refere ao princípio moral. Um princípio moral só poderia entrar em vigor se, simultaneamente, o princípio jurídico pudesse também, simultaneamente, entrar em vigor. Apel concorda com Habermas no sentido que é necessário uma diferenciação entre o princípio (U) em um sentido moral, do princípio jurídico, contudo não nos mesmos modos que Habermas. A respeito escreve Apel:

Aqui fica realmente evidente que há a necessidade de uma diferenciação normativa entre o “princípio moral” – no sentido de (U) – e o “princípio jurídico”. Entretanto, penso que essa diferenciação normativa não recebe a sua fundamentação normativa de um princípio do discurso *moralmente neutro*, mas do conteúdo *normativo-moralmente* ampliado de um princípio do discurso que tem, por conteúdo, além do princípio ideal “U”, de orientação contrafactual, também a responsabilidade pela constituição de

²⁰⁹ MOREIRA, L. Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia. São Paulo: Ed. Landy, 2004, p.205.

²¹⁰ Idem.

aplicação da moral discursiva no sentido de “U” e pela responsável compensação da não-aplicabilidade de “U” na realidade²¹¹.

Percebemos que Apel não compartilha da mesma opinião de Habermas no que se refere à formação do princípio jurídico. Habermas procura fundamentar a legitimidade do ordenamento jurídico em um princípio moralmente neutro, nesse caso, o princípio do discurso. Embora Apel concorde que o princípio jurídico deve ser distinto do princípio moral, não concorda que este deva ser moralmente neutro. Ao contrário, para Apel, o princípio do discurso deve ser ampliado moralmente para conferir legitimidade. Nesse sentido, segundo Apel, Habermas abandona uma fundamentação moral dos ordenamentos jurídicos, os quais ele continua a considerar e afirmar. Apel considera o reconhecimento de que, simultaneamente com a superação do solipsismo metódico da tradicional filosofia do sujeito, torna-se possível à fundamentação transcendental, já tentada por Kant, do dever moral na “autoconcordância” da razão, porque à razão se comprova como comunicativa *a priori*.

Portanto, será que – para recordar os reconhecimentos da “pragmática universal” habermasiana – já não é mais verdade que toda a pessoa que argumente (uma vez, com isso, estará necessariamente se posicionando na esfera comunicativa, mas exatamente: na sua “forma de reflexão” do discurso argumentativo) deverá, simultaneamente, vincular ao “pleito de verdade” e ao “pleito de veracidade” dos seus atos de fala também um “pleito de correção” moralmente relevante: um pleito de correção que, entre outras coisas, refere-se ao reconhecimento *recíproco da igualdade de direitos de todos os participantes da argumentação?*²¹²

Apel não concorda com a nova arquitetônica apresentada por Habermas em *Direito e democracia*, e continua a sustentar a idéia de uma institucionalização relevante para o direito, ou seja, uma ampliação da moral para o campo do direito. Segundo Apel, Habermas continua a sustentar o ápice normativo do princípio do discurso – que, ao menos, ostenta seu ápice normativo no princípio do discurso – continua mantendo tanta afinidade com uma possível arquitetônica transcendental – pragmática que sugere a seguinte pergunta: (...) se, na arquitetônica de diferenciação habermasiana, em lugar de

²¹¹MOREIRA, L. Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia. São Paulo: Ed. Landy, 2004, p. 209. Grifos do autor.

²¹² *Ib.*, p. 212, grifos do autor.

substituir o princípio do discurso das suas implicações ético-discursivas, reforçássemos e ampliássemos estas implicações ainda mais, no sentido da explicação de ‘ponto de vista’, ao qual Habermas já havia, dessa forma, vinculado anteriormente?²¹³

Desse modo, Habermas parte da idéia de que, mesmo que o princípio do discurso tenha conteúdo normativo, ele, ainda assim, deve ser moralmente neutro, uma vez que necessita fundamentar as normas morais como no caso especial da fundamentação discursiva de normas. A diferença disso é também de fundamentar as normas jurídicas. Segundo Apel, é convincente se partirmos apenas da lógica da especificação de normas concretas da ação, que precisam ser discursivamente fundamentadas e se, portanto, partimos também de premissa da que a complementação – do mesmo modo necessária, a meu ver – do princípio moral “U” por um princípio jurídico politicamente realizável não pode ser assunto do princípio moral, que necessita complemento²¹⁴. Para explicitar com maior clareza o ponto no qual Apel não concorda com Habermas em *Direito e democracia*:

Normas de ação gerais ramificam-se em regras morais e jurídicas. A isso corresponde, sobre pontos de vista normativos, a suposição de que a autonomia moral e autonomia política fossem co-originárias e pudessem ser explicadas por meio de um princípio do discurso que tão-somente expressasse o sentido de exigências de fundamentação pós-convencionais. Esse princípio possui, como o próprio nível de fundamentação pós-convencional – no qual a eticidade substancial se decompõe em suas partes constitutivas – seguramente um conteúdo normativo, uma vez que explicita o sentido de imparcialidade e juízos práticos. Entretanto, ele se situa em um nível de abstração que, apesar desse conteúdo normativo, ainda continua neutro em relação à Moral e ao direito: é que ele se refere a normas de ação em geral:

D: Válidas são justamente as normas de ação, com as quais todos os possíveis afetados, como participantes de discursos racionais, poderiam concordar²¹⁵.

Nesse sentido, Apel não concorda com a tese de Habermas, nem em um sentido histórico-sociológico, nem em um sentido normativo. Apel não consegue entender como

²¹³ MOREIRA, L. Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia. São Paulo: Ed. Landy, 2004, p. 209. Grifos do autor.

²¹⁴ *Ib.*, p. 235.

²¹⁵ *Ib.*, p. 236.

é possível negar a qualidade moral ao conteúdo normativo do princípio de imparcialidade dos discursos práticos, o qual exprime o princípio do discurso “D” como sendo o princípio pelo qual se pode gerar consenso para todos os afetados. Para Apel, não é possível formular o princípio do discurso como sendo neutro moralmente. Assim, a inovação das reflexões de Habermas consiste na diferença do princípio moral, para o qual só conta exclusivamente o ponto de vista da consideração igualitária de interesses, o princípio da democracia resulta de uma especificação correspondente para aquelas normas de ação que se apresentam sob a forma jurídica e que podem ser justificadas por meio de razões pragmáticas, ético-políticas e morais e não apenas por razões morais.

Apel pretende conferir legitimidade ao ordenamento jurídico mantendo o princípio moral, o qual tem por finalidade garantir sustentabilidade a tal ordenamento. Nesse sentido, o princípio moral não é moralmente neutro, mas fundamental para garantir legitimidade ao princípio do discurso. Segundo Apel, (...) devemos atribuir neste caso, uma potência e uma função ao primordial princípio moral, em consequência da qual ele já estar co-predefinida na justificação normativa da complementação, pelo princípio jurídico, do princípio moral no sentido de “U” e, de acordo com isso, também na justificação da distinção habermasiana das perspectivas da Filosofia moral no sentido de “U”, da ética e da pragmática.

Assim, segundo Apel, Habermas resumiu a sua nova arquitetura em direito e democracia da seguinte forma:

Nas minhas investigações publicadas até agora quanto à ética do discurso, não diferenciei suficientemente o princípio do discurso do princípio moral. O princípio do discurso somente explica do ponto de vista sob o qual normas de ação, em geral, podem ser *fundamentadas imparcialmente*, sendo que, no caso, pressuponho que o próprio princípio esteja baseado nas relações simétricas de reconhecimentos de formas de vida comunicativamente estruturadas: a introdução de um princípio do discurso já pressupõe que questões práticas em geral possam ser avaliadas de modo imparcial e decididas racionalmente. [...] Em discursos morais de fundamentação é que o princípio passa a assumir a forma de um princípio fundamental de universalização. Nesta medida, ao princípio moral cumpre o papel de uma regra de argumentação. Ele poderá ser fundamentado de modo *formal-pragmático* a partir de pressuposições gerais de argumentações – como a forma de reflexão da ação comunicativa.²¹⁶

²¹⁶HABERMAS, J. Direito e democracia. Entre facticidade e validade (vol. 1). Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, p. 140.

Apel quer demonstrar como Habermas faz uma distinção de dois tipos de discursos. A passagem do princípio moral “U” para o princípio do discurso moralmente neutro parece para Apel confusa. A passagem realmente não é trivial, pois, se o princípio do discurso, como um princípio de um procedimento “imparcial” de fundamentação de normas de ação, ainda não contém um paradigma de comportamento moral para todos os discursos, não há como entender por que, caso se necessite (por exemplo, quando surgirem conflitos de interesses), tenciona-se que ocorram discursos morais segundo o critério de “U”. Também seria possível, nesse caso – como factualmente acontece muitas vezes tomar medidas violentas ou realizar negociações puramente estratégicas que consistem em ofertas e ameaças.

Neste sentido, defendemos a tese de Habermas, a qual fundamenta a ética nos pressupostos infalíveis e não da eticidade do mundo vivido. Para Habermas, a ética do discurso se refere aos pressupostos da comunicação que cada sujeito intuitivamente deve fazer sempre que desejar participar seriamente de uma argumentação. Por isso, o princípio da ética do discurso é decorrente de princípios infalíveis intrínsecos a esses pressupostos. Habermas não fundamenta a ética no mundo vivido, como sugere Apel. Neste sentido, o princípio (U) é operante nas estruturas do mundo vivido. Segundo Dutra, “o mundo vivido apenas fornece os conteúdos dos discursos práticos. Esses conteúdos são quase inquestionáveis, mas não estão acima do princípio do discurso²¹⁷”.

Podemos dizer que as acusações de incoerência dirigidas por Apel a Habermas poderiam voltar-se contra o próprio Apel, se analisarmos as colocações a partir da noção de transcendente utilizado por ambos os pensadores. O transcendente utilizado por Apel e Habermas não comporta uma prova direta, como as categorias de Kant. O modo de prova das reconstruções dos pressupostos universais e necessários da racionalidade comunicativa faz uso do argumento da contradição performativa, que consiste em uma prova verdadeira. Porém esta prova é indireta e sujeita a questionamentos. Portanto, Apel confunde a posição de Habermas por não entender como Habermas fundamenta o direito a partir da neutralidade do princípio moral. Apel continua a fundamentar o direito e as normas a partir das condições categóricas kantianas. Habermas ao contrário amplia a discussão e procura fundamentar o direito moderno a luz do agir comunicativo que esteja neutro de um ponto de vista moral.

²¹⁷ DUTRA, D. J. V. Razão e consenso em Habermas. A teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. Florianópolis: UFSC, 2005, p. 38.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No trabalho desenvolvido, nosso principal objetivo foi investigar a legitimidade e a legalidade do direito na filosofia prática de Jürgen Habermas. Diante dessa problemática, nosso estudo contou com uma análise especial de três obras do autor referido acima, a saber, a *Teoria da ação comunicativa*, a *Ética do discurso* e, principalmente, *A teoria do direito*. Para que o trabalho se realizasse, ele foi dividido em três partes. Na *primeira parte*, reconstruímos os elementos de uma teoria discursiva da racionalização jurídica a partir da teoria da ação comunicativa. Essa primeira parte serviu de base para construção da ética do discurso, do autor, bem como de sua filosofia do direito.

Nessa primeira parte do trabalho, constatamos que, para Habermas, o agir social não pode ser concebido como uma interação estratégica ou teológica, mas sim, como uma ação comunicativa, em que os indivíduos se orientam pelo entendimento lingüístico. Nesse sentido, distancia-se de Max Weber, o qual entende que as relações sociais são construídas por interações estratégicas, isto é, a busca por fins egoístas e particularistas. Por isso, Habermas argumenta que as sociedades modernas são compostas de dois mundos: o *sistêmico*, em que domina ação instrumental, e o *mundo da vida*, em que domina a ação comunicativa. Para o autor, uma das patologias da sociedade moderna é que o mundo da vida vem sendo dominado pela ação instrumental. Isso acaba trazendo problemas graves, tais como o fim dos espaços públicos onde os sujeitos possam debater assuntos práticos a fim de chegar a um consenso. A partir dessas patologias modernas, o enfoque a respeito da legitimidade do direito também mudou. Nas sociedades antigas, a legalidade do ordenamento jurídico era garantida pela autoridade sagrada. Mas nas sociedades modernas, o ordenamento jurídico deve ser garantido pelo reconhecimento consensual dos destinatários do direito. Contudo, Habermas analisa que também o direito sofre com as patologias modernas, já que passou a servir a fins técnicos, econômicos e políticos.

A ação comunicativa é realizada no mundo da vida (*lebenswelt*), onde acontece as interações entre os indivíduos. Por isso, no mundo da vida, a linguagem tem lugar privilegiado, pois ela possibilita o entendimento por meio de uma interação lingüística mediada. Na ação comunicativa, as pessoas se orientam por pretensões de validade ligadas aos atos de fala, a saber, pretensões de verdade, correção, veracidade e integridade. Habermas se inspira na teoria dos atos de fala de Austin para desenvolver

a teoria do significado pragmático-instrumental que trata de identificar e reconstruir as condições de possibilidade da linguagem usada comunicativamente. A partir das pretensões de validade podem ser distinguidos três tipos básicos de atos de fala: 1) atos de fala constatativos, que se relacionam com a pretensão e com a verdade que se referem a algo no mundo objetivo, enquanto totalidade dos estados de coisas existentes; 2) atos de fala regulativos, que assinalam a pretensão de correção e se referem a algo no mundo social, enquanto totalidade das relações interpessoais legitimamente reguladas de um grupo social; 3) atos de fala expressivos, que assinalam a pretensão de veracidade e se referem a algo no mundo objetivo, enquanto totalidade das vivências que tem acesso privilegiado.

Afirmando sua teoria da ação a partir da filosofia da linguagem, desenvolve a possibilidade, a partir da ação comunicativa, tratar de questões relacionadas com a ética, verdade, moral e com o direito. Na análise do agir orientado para o entendimento mútuo, Habermas mostra que as pretensões de validade podem ser criticadas. Quando é evidente a pretensão de correção ou a retitude for contestada, a ação comunicativa é interrompida e inicia-se um processo chamado discurso. Esse processo é regulado por um conjunto de condições da situação ideal de fala e, a partir delas, as pretensões de validade podem ser resgatadas. Somente os atos de fala constatativos e regulativos, que assinalam as pretensões de verdade e correção, podem ser resgatados do discurso. Nesse sentido, o mundo da vida é insuficiente, mas dele brota uma situação em que o entendimento é possível.

Nesse sentido, Habermas diferencia três tipos de discursos. Os *discursos teóricos* e os *discursos práticos*. O *discurso teórico* é o tipo de argumentação que busca validar ou refutar a verdade das afirmações factuais. Esse tipo de discurso está ligado às ciências. A verdade de uma teoria pode ser questionada por uma comunidade científica a fim de possibilitar sua afirmação ou sua refutação. Essa análise, realizada pela comunidade de comunicação, é mediada por um discurso teórico. Os discursos práticos estão relacionados às questões prático-morais. As pretensões de validade são analisadas discursivamente a fim de possibilitar um consenso sobre essas pretensões. Assim, podemos testar hipoteticamente se uma norma de ação pode ser realmente reconhecida ou não, e imparcialmente justificada. Na sociedade, as normas existentes precisam ser justificadas e legitimadas por um discurso racional. A aceitação ou não de uma norma é obtida através da força do melhor argumento. Esse modo de legitimar as normas afasta qualquer tipo de coação, seja ela de força física, psíquica ou mesmo pelos hábitos da

tradição. Os discursos práticos para Habermas são guiados pelo princípio de universalização (PU). O “PU” funciona como uma lâmina que separa as normas que podem ser consideradas válidas. Assim, o “PU” se torna uma regra de argumentação e estabelece que as normas podem ser consideradas válidas quando as conseqüências e efeitos colaterais, que (presumivelmente) resultarem para a satisfação de cada um dos indivíduos do fato de ela ser universalmente seguida, possam ser aceita por todos os concernidos. Através do “PU”, Habermas postula o princípio do discurso “PD”. De acordo com esse princípio, as normas de ação podem sustentar sua pretensão de correção quando são suscetíveis de serem justificadas a partir de argumentos que obtenham o livre assentimento racional de todos os participantes (atuais ou potenciais) de um discurso público real, desenvolvido segundo as normas da situação ideal de fala.

Na *segunda parte* do trabalho, abordamos, dentre outros temas, as condições para a situação ideal de fala. O consenso, como já vimos, será caracterizado pela satisfação das condições da situação ideal de fala. Uma situação ideal de fala é caracterizada sem qualquer intervenção de elementos externos contingentes, e sem qualquer forma de coerção. Quando Habermas comenta as condições não triviais, ele explicitamente fala da linguagem. Assim, todos têm o mesmo direito de participar dos discursos racionais e expor seus pontos de vistas. O direito também deve ser legitimado a partir dessa posição abordada por Habermas. O que confere legitimidade ao ordenamento jurídico é a participação dos destinatários do direito na sua elaboração.

Na *terceira parte* do trabalho, tratamos, especialmente, da filosofia do direito habermasiana. Em *Direito e democracia*, Habermas reconstrói um sistema de direitos fundamentais a partir da *forma jurídica* e do *princípio do discurso*. O sistema de direito é constituído por cinco grupos. O quarto grupo “Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação de opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política através dos quais criam direitos legítimos”²¹⁸. Esse grupo assegura a igualdade de participação em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais as pessoas exercitam sua autonomia política. O mundo da vida é o substrato natural de onde brotam os direitos que serão formalizados e institucionalizados no Direito.

Desse modo, muitos autores tentam fundamentar os direitos humanos a partir de um ordenamento jurídico legitimado pela participação dos cidadãos. Isso equivale a

²¹⁸HABERMAS, J. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade* (vol. 1). Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, p. 159.

dizer que é necessário fundamentar os direitos humanos pela ação comunicativa e pelo direito. Assim, podemos citar o exemplo de Alexy, o qual sustenta que os pressupostos de ética podem ser formulados pelos seguintes princípios, a saber: 1) todos podem participar dos discursos; 2) todos podem questionar qualquer asserção; 3) todos podem introduzir qualquer asserção no discurso; 4) todos podem manifestar suas pretensões, desejos e necessidades; 5) *todos podem exercer os direitos acima*. Esses direitos estão atrelados à ação comunicativa e ao direito. Sua validade e aplicação dependem de um ordenamento jurídico reconhecido e legitimado. A legitimação desse ordenamento jurídico ocorre pelo princípio do discurso, o qual passa a ser moralmente neutro.

Na obra *Direito e Democracia* já mencionada, Habermas formula o “PD” da seguinte maneira: “São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de Discursos racionais”. Habermas defende a neutralidade do princípio do discurso em relação ao direito e à moral; contudo assegura uma relação de complementaridade entre eles. No Ocidente, para Habermas, a legitimidade do direito pressupõe a co-originariedade entre direitos políticos fundamentais e direitos individuais fundamentais. Sendo assim, os direitos fundamentais que deverão ser concedidos aos cidadãos livres e iguais para regulamentar legitimamente o seu convívio com os meios do direito positivo devem combinar o exercício da soberania do povo com a criação de um sistema de direito em tal prática. O princípio da soberania do povo estabelece um procedimento que, a partir de suas características democráticas, fundamenta a suposição de resultados legítimos. Esse princípio se expressa nos direitos à comunicação e à participação que garantem a autonomia pública dos cidadãos. Em contraposição a isso, aqueles direitos humanos clássicos que garantem aos membros da comunidade jurídica vida e liberdade privada fundamentam uma soberania das leis que as torna legítimas a partir de si mesmas. Para Habermas, o nexos interno que existe em direitos humanos e soberania do povo consiste em que os direitos humanos institucionalizam as condições de comunicação para formar a vontade de maneira política e racional. O princípio do discurso deve se desdobrar num princípio da democracia que irá legitimar as leis jurídicas. A interligação do princípio do discurso e da forma jurídica dará a gênese lógica de um sistema de direitos constituído do discurso e a forma jurídica dará a gênese lógica de um sistema de direitos constituído por um conjunto de cinco direitos fundamentais.

A forma jurídica descreve uma liberdade de escolha e é constituída pela liberdade subjetiva de ação pela coação, pois estabiliza as expectativas sociais de comportamento.

Esse sistema engloba os princípios que tornam possível o processo de legitimação de direitos. O consenso a respeito da possibilidade de fundamentação do direito dá-se a partir de cinco princípios fundamentais: 1) direito à igualdade de ação; 2) direito à livre associação entre os indivíduos; 3) direito à proteção dos direitos individuais; 4) direito à igual chance de participação no processo de formação das opiniões e vontades; 5) direito à garantia de vida, social, técnica e econômica, necessária para o exercício dos direitos relacionados acima. A reconstrução desse sistema deve fazer jus à autonomia privada, garantida pelas iguais liberdades de ação subjetiva, e a autonomia pública, ou seja, como um processo de formação intersubjetiva da opinião e da vontade, garantidas pelos direitos de participação democrática. Dessa maneira, a autonomia privada e pública pressupõem-se mutuamente. O nexó interno entre democracia e Estado de direito consiste em que, por um lado, os cidadãos só podem fazer uso adequado da sua autonomia pública se forem independentes de sua autonomia privada assegurada; por outro lado, só podem usufruir a autonomia privada se, como cidadãos, fizerem o emprego adequado dessa autonomia política. Para o tipo de legitimação Ocidental, a co-originalidade entre direitos políticos fundamentais e direitos individuais é essencial.

As sociedades modernas organizam-se em forma de Estados. A ordem é formulada normativamente obedecendo a um ordenamento jurídico. Essa estrutura moderna de entender e legitimar o ordenamento jurídico difere-se das sociedades tradicionais, onde o direito se alimenta da força do sagrado. Sendo assim, nas sociedades tradicionais o que garantia legitimidade ao ordenamento jurídico era a figura da autoridade religiosa. No entanto nas sociedades modernas, ao ordenamento jurídico deixou de ser legitimado pela autoridade religiosa, o que ocasionou um pluralismo que profanizou o ordenamento jurídico.

Surge, na modernidade, a necessidade de que o fardo da integração social se transfira da autoridade religiosa para o entendimento entre os atores, para os quais a facticidade (coação de sanção exteriores) e a validade (força de ligação das convicções racionalmente motivadas) são incompatíveis, ao menos fora dos domínios das ações reguladas pela tradição e pelos costumes.

Habermas pretende que os atores não regulem suas ações somente em busca do sucesso, mas que busquem o entendimento. O entendimento é alcançado pelo agir comunicativo. A linguagem é compartilhada intersubjetivamente. O princípio moral ocorre pelo princípio da universalização (U).

O direito é garantido pelo (PDm), isto é, só devem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito em um processo jurídico de normatização discursiva.

A legitimidade do direito para Habermas encontra-se na formação e no desenvolvimento do princípio do discurso (D). Para o autor, o direito não pode derivar de um direito moral superior, mas deve emanar da autonomia dos cidadãos. Nesse sentido, o princípio do discurso (D), para Habermas, é capaz de garantir legitimidade ao ordenamento jurídico nas sociedades modernas. A estabilidade do ordenamento jurídico é garantida pelo procedimento democrático. Pelo princípio “D”, os sujeitos de direito são capazes de examinar quais os direitos são válidos para a convivência social, isto é, fomentam um direito positivo.

A forma proposta por Habermas para legitimar o direito aponta para uma importante diferença entre Apel e Habermas. Apel acredita que o direito, como a filosofia prática necessita de fundamentações morais. Para Apel, Habermas pretende colocar, na base da filosofia prática, uma filosofia do discurso, moralmente neutro, no lugar da “ética do discurso” e do seu “ponto de vista moral”. Habermas, em *Direito e democracia*, defende que o princípio legitimador do direito seja moralmente neutro. Assim, o princípio da democracia se torna moralmente neutro ante a moral.

Em uma breve avaliação crítica, podemos dizer que a ética discursiva de Habermas apresenta uma forma plausível de fundamentação e legitimação do direito. A sua fundamentação teórica a respeito do direito supera o caráter idealista instrumental do direito e aponta para uma legitimação do direito emanada dos cidadãos.

Cientes da impossibilidade de esgotar tal assunto o assunto devido sua complexidade e profundidade, mas com a certeza que contribuimos para reflexão a respeito de tal tema. Não temos a pretensão de concluir de forma absoluta este trabalho, mas queremos deixá-lo aberto para novas reflexões e apontamentos para, no futuro, quem sabe, ampliá-lo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, R.A. Theory of Practical Discourse. In: BENHABIB, S; DALLMAYR, F. *The communicative ethics controversy*. Massachusetts/ London: MIT, 1990.
- ALMEIDA, Guido Antônio de. *Sobre o princípio e a lei universal do direito em Kant*. Kriterion, 2006. p.209-222.
- APEL, K.O. *La transformación de la filosofía*. Madrid: Taurus, 1985.
- AUSTIN, J. *Quando dizer é fazer*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.
- _____. *Ensayos Filosóficos*. Madrid: Alianza, 1989.
- BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- BORGES, M.L. “Imperativo Categórico: Modos de usar”. In: DUTRA, D.J.V; FRANGIOTTI, M.A. (Orgs). *Argumentos filosóficos*. Florianópolis: UFSC/NEL, 2001.
- BORGES, M.L; DALL’AGNOL, D; DUTRA, D.V. *O que você precisa saber sobre ética*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.
- CENCI, A. V. *O que é ética? Elementos em torno de uma ética geral*. Passo Fundo: A.V Cenci, 2002.
- CORTINA, A. “Ética Comunicativa.” In: *Concepciones de la ética*. CAMPS, V (et. All) Madrid: Editorial Trotta, 1992.
- DUTRA, D.V. O argumento da autocontradição performativa: alcance e limites. In: DUTRA, D.V; FRANGIOTTI, M. (Orgs.). *Argumentos filosóficos*. Florianópolis: UFSC/NEL, 2001.
- DUTRA, D.V. *Razão e consenso*. Uma introdução ao pensamento de Habermas. Pelotas: Edufpel/livraria Mundial, 1993.
- _____. *Kant e Habermas*. A reformulação discursiva da moral kantiana. Porto Alegre: Edipucrs, 2002.
- _____. *Da fundamentalidade dos direitos sociais e ecológicos na filosofia de Habermas*. In: MÜLLER, Maria. C. ; CENCI, Elve M. (Orgs). *Ética, política, e linguagem: confluências*. Londrina: Edições CEFIL, 2004.
- _____. *Razão e consenso em Habermas*. A teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. Florianópolis: UFSC, 2005.
- DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

- DWORKIN, R. Rights as Trumps. In: WALDRON, J. *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1995.
- _____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GEUSS, R. *Teoria crítica: Habermas e a escola de Frankfurt*. São Paulo: Papirus, 1988.
- GUDDENS, A. *Política, sociologia e a teoria social*. São Paulo: Editora Unesp, 1998.
- GÜNTHER, K. *The Sense of Appropriateness: application discourses in morally and law*. EUA: Suny, 1993. University of New York Press, 1993.
- HABERMAS, J. *Conhecimento e interesse*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.
- HABERMAS, J. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1990.
- _____. *Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus Humanidades, 1992.
- _____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- _____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade [v.I e v.II]* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- _____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo, Loyola, 2002.
- _____. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- _____. *Mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- _____. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. “Sobre a legitimação pelo direitos humanos”. In: MERLE, J & MOREIRA, L. *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, p. 67-82.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- HERRERO, Javier F. *Ética do Discurso*. In: OLIVEIRA, M. A. (Org) *Correntes fundamentais da ética contemporânea*. Rio de Janeiro, Vozes, 2000.
- HOBBS, T. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- HÖFFE, O. *Justiça Política: Fundamentos de uma filosofia crítica do direito e do estado*. Rio de Janeiro: Vozes, 1991.
- KANT, I. *The Metaphysisc of Morals*. Cambridge: University Press, 1996.
- _____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 1986.
- _____. *Teoria y práctica*. Madrid: Tecnos, 1986.
- _____. *À Paz Perpétua*. São Paulo: L&MP, 1989.
- _____. *Doutrina do direito*. São Paulo: Ícone, 1993.

- LUHMANN, N. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UBN, 1980.
- MARX, K. *Manuscrítos Econômicos – filosóficos*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- MARX ; ENGELS, F. *Manifesto do partido comunista*. Petrópolis: Ed. Vozes, 1999.
- MARX ; ENGELS, F. *A ideologia Alemã*. São Paulo: Ed. Hucitec, 1984.
- MacINTYRE, A. *After Virtue*. London: Duckworth, 1985.
- MOREIRA, L. *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. São Paulo: Ed. Landy, 2004.
- OLIVEIRA, N. F. “*Kant, Rawls e a fundamentação de uma teoria da justiça*”. In: FELIPE, S.T. *Justiça como Equidade. Fundamentação e interlocuções polêmicas. (Kant, Rawls, Habermas.)* Florianópolis: Insular, 1998.
- PINSANI, A.; DUTRA, D. V. (orgs). Habermas em Discussão. *Anais de Colóquio Habermas*, UFSC, Florianópolis: NEFIPO, 30 mar 01 abr de 2005. Florianópolis, 2005.
- PLATÃO. *A república*. São Paulo: Maryin Claret, 2004.
- ROHDEN, V. *Interesse da Razão e liberdade*. São Paulo: Editora Ática, 1981.
- REHG, W. *Insight & Solidarity: a study in the discourse ethics of Jürgen Habermas*. London: University of California Press, 1997.
- ROUSSEAU, J. J. *Do contrato social*. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- SALGADO, J. C. *A idéia de justiça em Kant. Seu fundamento na liberdade e na Igualdade*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995.
- SIEBENEICHLER, F. B. *Jürgen Habermas: Razão comunicativa e emancipação*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- TERRA, R. *Kant & o Direito*. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- TUGENDHAT, E. *Lições sobre ética*. Petrópolis: Rio de Janeiro, Vozes, 1996.
- TUGENDHAT, E. *Não somos de Arame Rígido*. Canoas: Ed. ULBRA, 2002.
- VELASCO, M. *Ética do discurso: Apel ou Habermas?* Rio de Janeiro: Faper/Mauad, 2001.
- VAZ, H. L. *Ética e cultura*. São Paulo: Ed. Loyola, 2000.
- WEBER, M. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Livraria Pioneira, 1996.
- WEBER, M. *Economia e sociedade*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999.