



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E LETRAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA
Campus Universitário “Ministro Petrônio Portela” - Bairro Ininga
CEP 64.049-550 – Teresina – PI
Telefone: (86) 3237-1134; E-mail: mee@ufpi.edu.br

ANNA KAMILLA DE ARAÚJO SOUSA

**O PROBLEMA DA FUNDAMENTAÇÃO DISCURSIVA DO DIREITO EM
HABERMAS**

TERESINA

2021

ANNA KAMILLA DE ARAÚJO SOUSA

**O PROBLEMA DA FUNDAMENTAÇÃO DISCURSIVA DO DIREITO EM
HABERMAS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Filosofia da Universidade Federal do Piauí - UFPI, como parte dos requisitos necessários para a obtenção do título de Mestre (a) em Filosofia.

Linha de Pesquisa: Filosofia Prática.

Orientador: Prof. Dr. Juliano Cordeiro da Costa Oliveira.

TERESINA

2021

ANNA KAMILLA DE ARAÚJO SOUSA

**O PROBLEMA DA FUNDAMENTAÇÃO DISCURSIVA DO DIREITO EM
HABERMAS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Filosofia da Universidade Federal do Piauí - UFPI, como parte dos requisitos necessários para a obtenção do título de Mestre (a) em Filosofia.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Juliano Cordeiro da Costa Oliveira
Orientador

Prof. Dr. Francisco Jozivan Guedes de Lima
Examinador Interno

Prof. Dr. Luís Alexandre Dias do Carmo
Examinador Externo

*À minha mãe, Maria Creuza de Sousa,
por todo apoio e amor incondicional.*

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por todas as bênçãos e graças a mim concedidas durante toda minha vida, especialmente pela oportunidade de concretização desse sonho que é a obtenção do título de Mestra em Filosofia.

Gratidão a minha mãe Maria Creuza de Sousa, mulher forte e batalhadora que durante maior parte de sua vida se dedicou para dar a mim e minhas irmãs as melhores condições de acesso a educação, abrindo mão, muitas vezes, de seus sonhos para que pudéssemos realizar os nossos.

Agradeço também aos meus familiares e amigos que me acompanharam e ajudaram bastante nessa dura caminhada, entre eles quero destacar o apoio do meu grande amigo Luiz Soares Bradão, que desde 2012 me acompanha, ajuda e acredita no meu potencial. Também sou imensamente grata aos meus filhos Scar e Lino pela companhia e amor a mim dedicado, muitas vezes sendo minha força e alicerce nos momentos mais difíceis.

Ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UFPI, seu corpo docente e demais colaboradores, por todo conhecimento e apoio compartilhados. Um abraço e agradecimento especial ao professor e atual coordenador do Programa, professor Dr. Elielton, por ser um exemplo de profissional humano e sensível, que nos acompanhou e prestou apoio em todas atapas desse processo.

Ao meu orientador professor Dr. Juliano Cordeiro, por todo conhecimento compartilhado e principalmente pela paciência e compreensão. Aos examinadores que contribuíram desde a qualificação com a construção desse trabalho, professor Dr. Alexandre Dias do Carmo e o professor Dr. Jozivan Guedes de Lima; este último, agradeço em especial por me acompanhar, na verdade, desde antes do meu ingresso no Programa, através do seu grupo de estudos em Teorias da Justiça, que contribui grandemente com a ampliação do conhecimento de tantos pesquisadores.

À CAPES, pelo financiamento da pesquisa e pela concessão da bolsa de estudos; aos meu amigos de turma, que com certeza contribuíram para que essa caminhada fosse menos pesada e, enfim, á todos que contribuíram direta e indiretamente para a realização desse sonho.

*Não é possível haver e nem preservar o
Estado de direito sem democracia radical.*

Jürgen Habermas

RESUMO

A presente dissertação faz um estudo sobre a problemática da fundamentação discursiva do direito do filósofo alemão Jürgen Habermas. As transformações enfrentadas pela sociedade, principalmente no que diz respeito às normas e a sua criação, têm sido significativas, e a busca por critérios de legitimação faz-se cada vez mais necessário. A partir da reviravolta linguístico-pragmática, Habermas formulou sua teoria do agir comunicativo que posteriormente seria base para a teoria discursiva do direito, que busca introduzir uma maneira de pensar a ética cognitivista no âmbito da Justiça, a favor de um procedimento onde normas são geradas por processos de argumentação. A pesquisa se concentra em analisar os aspectos que envolvem a fundamentação do direito pela teoria discursiva de Habermas, que resulta na participação de todos aqueles afetados pelo ordenamento jurídico, e, conseqüentemente, em um cenário menos desigual e mais justo. Assim, primeiramente fez-se uma análise da reviravolta linguístico-pragmática e da teoria da ação comunicativa, conceito que irá acompanhar Habermas durante todo seu caminho até a formulação da teoria discursiva do direito. Também será necessário analisar as críticas de Habermas a Max Weber e entender conceitos como mundo da vida e sistema, que permeiam grande parte de sua obra e tem estreita ligação com o direito. Na segunda parte, serão explorados os aspectos que envolvem a evolução do direito, evidenciando como Habermas encontra o problema de legitimação das normas, para posteriormente propor a sua teoria discursiva como forma de sanar esse déficit de legitimação. Em seguida será mostrado como se deu a construção da sua teoria política, a relação do direito com a moral e como ele pretende amortecer a tensão entre facticidade e validade existente no direito. Por fim, será feita uma análise da teoria discursiva do direito habermasiana, seus fundamentos, os aspectos que envolvem sua aplicação, a proposta de democracia deliberativa e a sua efetivação a partir da esfera pública. Todos esses aspectos ajudam a mostrar as condições que envolvem a problemática da legitimação das normas jurídicas a partir da teoria discursiva do direito.

Palavras-chave: Direito. Justiça. Habermas. Filosofia. Democracia.

ABSTRACT

This dissertation is a study on the problematic of the discursive foundation of the law of the German philosopher Jürgen Habermas. The transformations faced by society, especially with regard to norms and their creation, have been significant, and the search for legitimation criteria is increasingly necessary. From the linguistic-pragmatic turnaround, Habermas formulated his theory of communicative action which would later be the basis for the discursive theory of law, which seeks to introduce a way of thinking about cognitive ethics in the scope of Justice, in favor of a procedure where norms are generated by processes of argumentation. The research focuses on analyzing the aspects that involve the foundation of law by Habermas's discursive theory, which results in the participation of all those affected by the legal system, and, consequently, in a less unequal and fairer scenario. Thus, firstly, an analysis was made of the linguistic-pragmatic turnaround and of the theory of communicative action, a concept that will accompany Habermas throughout his path to the formulation of the discursive theory of law. It will also be necessary to analyze Habermas' criticisms of Max Weber and understand concepts such as the world of life and system, which permeate a large part of his work and have a close connection with law. In the second part, aspects involving the evolution of law will be explored, showing how Habermas encounters the problem of legitimizing norms, to later propose his discursive theory as a way to remedy this legitimacy deficit. Then, it will be shown how the construction of his political theory took place, the relationship between law and morality and how he intends to dampen the tension between facticity and validity existing in law. Finally, an analysis of the discursive theory of Habermasian law, its foundations, the aspects that involve its application, the proposal of deliberative democracy and its realization from the public sphere will be made. All these aspects help to show the conditions that involve the problematic of the legitimacy of legal norms based on the discursive theory of law.

Keywords: Law. Justice. Habermas. Philosophy. Democracy.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO.....	14
2.1	Quadro referencial-teórico do agir comunicativo: a virada linguística.....	14
2.2	Aspectos da razão discursiva.....	22
2.3	Mundo da vida e sistema.....	29
2.4	O direito como forma de desconexão entre mundo da vida e sistema.....	35
2.5	A crítica de Habermas a Max Weber: legitimidade a partir da legalidade.....	42
3	O DIREITO E A TEORIA POLÍTICA HABERMASIANA.....	47
3.1	Aspectos sobre a evolução do direito.....	47
3.2	A validade, criação e estruturação do direito moderno.....	49
3.3	Direito, política e moral.....	52
3.4	A relação entre direito e moral em Habermas.....	58
3.4.1	Moral e direito: reformulação de aspectos kantianos.....	58
3.4.2	A complementaridade entre direito e moral.....	60
4	A FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO EM HABERMAS.....	68
4.1	A teoria discursiva do direito.....	68
4.2	Direitos humanos, soberania popular e a política deliberativa.....	70
4.2.1	Sobre a política deliberativa de Habermas.....	78
4.3	A esfera pública como espaço para deliberação.....	81
5	CONCLUSÃO.....	88
	REFERÊNCIAS.....	90

1 INTRODUÇÃO

Esse estudo dedica-se a explicar acerca das problemáticas que envolvem a fundamentação da teoria discursiva do direito do filósofo alemão Jürgen Habermas. Assim, trata-se de uma análise, a partir da teoria do agir comunicativo, que tenta esclarecer como o filósofo passa a centrar seus estudos em busca de uma forma de legitimar o direito, ou seja, os aspectos que envolvem a sua fundamentação a partir da teoria do discurso.

O direito é visto como área de estudo que influi diretamente na busca por ideais de justiça; com isso, tem sido alvo de muitos estudos, principalmente acerca da legitimação de ordenamentos jurídicos para se obter uma integração social. Assim, em *Facticidade e validade*, Jürgen Habermas elaborou uma teoria crítica da sociedade ao mesmo tempo em que se voltou para a filosofia do direito.

Habermas formula uma teoria com base em procedimentos comunicativos na tentativa de resolver as questões que envolvem o processo de criação das normas jurídicas, sendo sua teoria discursiva o próprio fundamento legitimador do direito. Mas, para alcançar essa legitimação das normas jurídicas, ele deve enfrentar várias questões para que se possa chegar em uma proposta que obtenha uma real legitimação.

A virada linguístico pragmática realizada no século XX trouxe consigo importantes mudanças na forma de se fazer filosofia, se fazendo necessária uma compreensão melhor do mundo a partir da linguagem. Em sua obra *Teoria do Agir Comunicativo*, Habermas cria uma teoria que estabelece uma ponte entre a linguagem e a sua coordenação. É com a teoria do agir comunicativo que Habermas passa a enxergar a linguagem como fator de integração social

Para Habermas, as normas éticas e as do direito devem ser fundamentadas e definidas através de processos de racionalização discursiva. Essa racionalidade não se trata de algo *a priori*, como sugeria o imperativo categórico Kantiano; este, relaciona o fenômeno jurídico com o “ser justo”, na qual encontra seus critérios em uma razão a partir do princípio da liberdade de escolha moral do próprio indivíduo, e não naquilo que está em conformidade com a norma positivada.

Habermas, diferentemente de Kant, não defende um direito dependente da esfera moral, mas tenta clarear essa relação propondo-a de forma complementar. A autonomia moral só poderia conseguir uma figuração concreta através da introdução

de normas de ação, onde “o princípio do direito parece realizar uma mediação entre o princípio moral e o da democracia” (HABERMAS, 1997, p. 127).

A fundamentação do direito se daria, então, por meio de um procedimento de criação de normas que expressa a vontade social a partir da síntese de uma racionalidade comunicativa que ainda preserva um caráter moral, mas agora, este tem uma relação de complementaridade com o direito.

Habermas passa a analisar também determinados aspectos como a forma de superar o risco de dissenso no mundo da vida, pois isso acaba por dificultar a utilização do princípio da universalização, uma vez que uma sociedade guiada por interesses sistêmicos dificilmente pensa em normas voltadas para o bem comum. Assim, o princípio do discurso ganha destaque no processo de criação normativa, pois ele será o ponto de aproximação entre os cidadãos que poderão pensar em um bem comum trazendo integração social.

Para Habermas a positivação do direito tem de se concretizar juntamente com a fundamentação deste, que deve se dar de forma legítima; assim, ele passa a analisar os aspectos da sociedade, da política e das instituições jurídicas para poder delinear e agregar valor e o sentido democrático à sua teoria discursiva, que irá ser a própria base de fundamentação do direito.

Sabe-se que na maioria dos estados a criação das normas jurídicas é feita a partir de decisões dos representantes políticos, deixando em segundo plano os processos de participação pública nessas decisões. Com a explosão do capitalismo, as instituições políticas são influenciadas pelos subsistemas que colonizaram o mundo da vida, fazendo com que a formação do ordenamento jurídico acabe sendo resultado dos imperativos do poder e econômico, cenário este que acaba de certa forma ignorando os reais anseios sociais. Isso faz com que as normas tenham caráter legal, porém carecem de legitimidade;

A partir desse contexto de possíveis contradições entre a criação das normas jurídicas e a verdadeira vontade dos cidadãos, Habermas se depara com o problema da tensão entre facticidade e validade imanente ao direito. Esta questão passa a ser o principal obstáculo para fundamentar sua teoria de forma que, ao passo que estabilizada essa tensão, ela tenta legitimar as normas para que resultem em um direito justo.

É verdade que ele já lida com essa tensão desde a virada linguística, que antes se dava no seio da linguagem e na qual introduziu a teoria do agir

comunicativo como alternativa. Porém, para ele, no âmbito jurídico apenas um Direito baseado em uma teoria de caráter procedimental e resultante da racionalização discursiva dos participantes da vida política, seria capaz de superar essa tensão. Assim, ele encontra nos processos de institucionalização da vontade uma forma de efetivar os anseios dos cidadãos.

Essa idealização busca estabilizar a tensão entre a facticidade e validade no âmbito da criação e efetivação das normas do direito, pois a legitimidade não se reduz às regras do processo legislativo, já que muitas vezes estes desconhecem a realidade social.

Como visto, Habermas encontra diversos problemas ao tentar elaborar sua teoria discursiva do direito, pois a dinâmica moderna do mercado diluída na sociedade traz consigo consequências catastróficas no que diz respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos. As políticas não conseguem manter um quadro de igualdade, na qual os interesses de uma minoria “financeira” prevalecem sobre o todo social.

Desse cenário, o filósofo alemão pensa uma teoria reconstrutiva da justiça que também pode contribuir para a diminuição das desigualdades, já que se trata de um modelo procedimental de formação de normas onde os afetados por elas também são responsáveis pela sua criação, podendo contribuir para um estado democrático de direito.

A partir desse contexto, Habermas tenta superar os modelos normativos liberal e republicano de democracia, e se centra em um modelo procedimental de democracia deliberativa, ou seja, de que se baseie em procedimentos discursivos que agregam características desses dois modelos. Todo esse percurso o levará a formular a sua teoria discursiva do direito que busca introduzir uma maneira de pensar a ética cognitivista a partir da pragmática universal e do princípio do discurso, na qual as normas passam a ser fundamentadas por todos aqueles atingidos por elas, tornando o direito, de fato, legítimo.

O método utilizado para o desenvolvimento da dissertação foi análise bibliográfica de obras de Jürgen Habermas, principalmente *Facticidade e validade*, além de obras de principais comentadores do filósofo alemão como Alessandro Pinzani, Delamar Volpato Dutra e Luiz Moreira.

O primeiro capítulo faz um quadro referencial teórico do agir comunicativo, mostrando que a partir da reviravolta linguístico-pragmática a filosofia passa a olhar

para a linguagem como categoria central na busca por um novo conceito de racionalidade. Assim, na obra *Teoria do agir comunicativo*, Habermas cria a teoria da ação comunicativa, que será a base para o conceito de razão discursiva que posteriormente irá fundamentar o direito. Aqui também se faz necessário entender conceitos como mundo da vida e sistema, e até que ponto o direito pode ser visto como uma instituição que colabora com esse cenário, aumentando ainda mais o questionamento sobre a fundamentação e validade de suas normas.

Ainda no primeiro capítulo Habermas parte de críticas a teoria de Max Weber para tentar buscar uma forma de legitimar as normas jurídicas, uma vez que em um contexto de sociedade cada vez mais complexas, formam-se subsistemas que invadem o mundo da vida e passam a ter um papel de predominância nas relações sociais.

No segundo capítulo há um estudo da evolução do direito até se chegar ao caráter pós-tradicional do direito moderno, pois para Habermas, é a partir desse ponto que se passa a prescindir de uma fundamentação discursiva para o ordenamento jurídico. Serão traçados comentários a respeito da relação entre política, direito e moral em Habermas, onde inicialmente nos centramos na relação de complementaridade entre direito e moral, na qual o autor alemão faz uma reformulação da filosofia do direito de Kant. Para Habermas, o direito legítimo é aquele que institucionaliza aspectos jurídicos e de argumentações morais. Essa ideia resulta da crítica a racionalidade estratégica defendida por Max Weber, no qual Habermas resgata o sentido “prático-moral” da racionalidade.

Porém, em uma sociedade cada vez mais complexa, secularizada e inundada por imperativos sistêmicos se torna inviável um direito baseado na ideia de razão prática. Assim, analisamos como Habermas passa a defender a relação entre moral e direito, que é vista agora como de co-originalidade.

Por fim, no terceiro capítulo, buscar-se-á entender os aspectos que envolvem a teoria discursiva do direito; esta, recusou aspectos de um direito resultante da razão prática para agora ser resultado de uma razão comunicativa. Será visto que o princípio do discurso, através de um procedimento, será responsável por unir aspectos dos direitos humanos e da soberania popular (liberalismo e republicanismo) na tentativa de extinguir a tensão entre facticidade e validade externa ao direito, fazendo com que as normas jurídicas sejam elaboradas de acordo com a vontade dos cidadãos.

Também será analisado o conceito de esfera pública e a importância desse “espaço” como o local de deliberação, pois as discussões e os consensos gerados nesse âmbito serão institucionalizados como forma de legitimar a vontade dos cidadãos e, enfim, fundamentar o direito. Assim, Habermas chegará a sua fundamentação do direito pela sua teoria discursiva, através de um procedimento que possa, enfim, dar a legitimidade das normas jurídicas.

2 A TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO

2.1 Quadro referencial-teórico do agir comunicativo: a virada linguística

Nas suas obras até a década de 70, Habermas foca suas análises nos problemas de integração social e legitimação ocasionados pelo capitalismo. A partir da década de 80, com sua obra *Teoria do Agir Comunicativo*, e depois em *Facticidade e Validade*, o autor busca superar os problemas ocasionados pela crescente evolução do capitalismo na democracia.

Na Teoria da Ação Comunicativa de Habermas o conceito de verdade não tem mais a ver com a ideia de substância, como para a tradição. Agora ela passa a ser um conceito procedimental, falível, provisório e desvinculado da natureza. A verdade passa a ser resultado da aceitabilidade racional dos cidadãos através de processos de comunicação.

A ideia de uma razão a priorista resultante da questão sobre o que é o conhecimento é substituída pela ideia de como se chega a ele. Agora, a crença em um conhecimento empiricamente dado analisado sob a perspectiva das questões sensoriais é substituída pela ideia de uma construção a partir de procedimentos linguisticamente mediados. Sobre isso, em sua obra *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, Habermas afirma:

Somente o pensamento traduzido em proposições ou a proposição verdadeira expressam um fato. A avaliação afirmativa de um pensamento ou do sentido assertórico de uma proposição pronunciada coloca em jogo a validade do juízo ou da frase e, com isso, um novo momento de idealidade (1997, p. 29).

Quando Habermas tenta superar as teorias idealistas do conhecimento, ele passa a questionar que mesmo que os significados (traduzidos através da linguagem) tragam uma verdade a respeito de algo, isso não explicaria como certas expressões podem se referir a coisas diferentes no mundo, ou seja, como podem ter mais de um sentido.

Com isso, ele passa a defender que o conhecimento também não é resultado apenas de uma questão semântica, ou seja, dar significado às coisas através da linguagem para se ter “uma verdade”, já que determinada expressão pode

representar diversas coisas, e isso vai depender muito mais do contexto em que aqueles que a usam estão inseridos. Sobre isso, ele diz que:

É verdade que a guinada linguística aconteceu inicialmente no interior dos limites do semanticismo, onde se pagou o preço de abstrações que tornaram impossível explorar plenamente o potencial de solução do novo paradigma. A análise semântica permanece essencialmente uma análise das formas da proposição, principalmente das formas de proposições assertóricas; ela prescinde da situação de fala, do uso da linguagem e de seus contextos, das pretensões, das tomadas de posição e dos papéis dialogias dos falantes, numa palavra: prescinde da pragmática da linguagem, a qual iria deixar a semântica formal entregue a um outro tipo de abordagem, à saber, a consideração empírica (HABERMAS, 2002, p. 55).

Para Habermas, analisar a linguagem também é levar em conta as pretensões de validade dos agentes, e não se trata apenas de uma análise lógica. Porém, o ser humano ao se comunicar, tira a validade dessa linguagem do contexto em que está inserido. Assim, os pressupostos dessa linguagem se traduzem em fatos sociais, e segundo Habermas (2002) esse cenário é o horizonte da realidade social que se mostra através do agir orientado pelo entendimento.

Agora, ao analisar o que é dito pelos agentes, a questão não se trata mais do “o que é”, mas se é verdadeiro ou falso, ou seja, como se chegar à determinada verdade. Sobre isso, Jozivan Lima em seu texto intitulado “*Potencialidades normativas e limites da ética do discursiva de Habermas: da superação metafísico-monológica ao déficit social*” afirma:

Habermas preocupa-se com as experiências comunicacionais protagonizadas pelos falantes; não constitui interesse da reconstrução normativa dos processos sociodiscursivos a análise externa, transcendental e observacional acerca de tais processos. A guinada pragmática pressupõe a imersão nos contextos de entendimento mútuo (LIMA, 2015, p. 223).

A partir desse contexto, Habermas passa a defender que nós, seres humanos capazes de agir e de falar, somos passíveis de uma reconstrução racional. Assim, o entendimento sobre o mundo dado pela tradição e pela religião, ou seja, por critérios metafísicos, passam a ser criticados no sentido de uma transformação filosófica.

A superação do pensamento metafísico e da filosofia da consciência se efetivou com a reviravolta linguística iniciada por Frege, em seus estudos acerca da

relação semiológica entre referência e sentido, sendo seguido por Wittgenstein e sua teoria dos jogos de linguagem; aqui, já se vê uma filosofia atenta a busca de sentido a partir das práticas comunicacionais. Habermas afirma que

A descoberta desta estrutura proposicional-performativa, dupla, por parte de Wittgenstein, Austin e dos autores que os seguiram, constituiu o primeiro passo no caminho de uma integração de componentes pragmáticos no contexto de uma análise formal. Somente através desta passagem para uma pragmática formal é que a análise da linguagem conseguiu reaver a amplitude e os questionamentos da filosofia do sujeito, que já tinham sido dados como perdidos. O próximo passo vai constituir na análise dos pressupostos gerais que devem ser preenchidos para que os participantes da comunicação possam entrar em entendimento sobre algo no mundo (2002, p. 56).

O filósofo inglês John L. Austin, em sua obra *How to do things with words* (1962), busca entender as bases da linguagem a partir de sua introdução nos diversos grupos sociais. Nesse contexto ele formula a teoria dos atos de fala, que impulsiona a importância da análise da linguagem como forma de comunicação das pessoas em sociedade, pois isso influencia diretamente em suas ações.

Com influência da teoria dos atos de fala, Habermas fundamenta a proposta de linguagem e intersubjetividade como guia dos sentidos. Segundo Jozivan Lima (2015), essa proposta analisa uma “linguagem ordinária”, e vai de encontro com a ideia de linguagem científica defendida pelo Círculo de Viena com seu positivismo lógico. O autor segue afirmando que:

O agir comunicativo habermasiano conta com outro pressuposto fundamental para o sucesso de seu empreendimento: a teoria dos atos de fala. Os atos de fala são úteis à teoria do discurso porque não somente soterram e solapam de vez as bases do modelo monológico da consciência como também superam os limites da própria linguagem entendida na sua versão meramente semântica da relação entre mundo e significado (σημειον) e na sua versão sintática que concerne à relação interna dos signos linguísticos entre si. Nesse sentido, os atos de fala são fundamentalmente pragmáticos, isto é, referem-se à prática (πραγμα) e ao uso da linguagem entre os falantes dentro de suas comunidades de comunicação (LIMA, 2015, p. 232).

É importante destacar que o retrato que Habermas faz sobre o ser humano a partir da linguagem não se mostra em forma de definições (o que é e o que não é) que apenas expõem as competências cognitivas ou de argumentação do homem,

uma vez que a ideia de intersubjetividade já havia sido colocada antes por outros filósofos.

Habermas elabora uma teoria de ação pontuando procedimentos que resultem em uma emancipação racional na qual o homem pode construir também as regras para sua convivência social, dando prosseguimento ao agir comunicativo, e não sendo apenas resultado de ordens externas de outros interesses. Assim, segundo ele:

Mesmo que, na prática cotidiana, a linguagem não seja utilizada exclusivamente em sua função representadora, como nos processos de pesquisa dirigidos pela argumentação, pois nela entram em jogo todas as funções da linguagem e todas as relações com o mundo, de tal modo que o espectro das pretensões de validade se alarga, ultrapassando o das pretensões de verdade. Além disso, essas pretensões de validade, que incluem - além de pretensões assertóricas - pretensões à veracidade subjetiva e à correção normativa, são colocadas de modo ingênuo, portanto, *intentione recta*, mesmo que permaneçam referidas implicitamente à possibilidade de um resgate discursivo (HABERMAS, 1997, p. 34).

Com a introdução dessa nova forma de avaliar o saber do homem através da linguagem, Habermas (2012a) passa a entender que a racionalidade não está ligada apenas a posse de conhecimento, mas sim na forma como os sujeitos que falam e agem adquirem e usam esse saber. Assim, a questão da racionalidade vai ter papel central na sua pragmática universal. Segundo Jozivan Lima:

É neste contexto de fundamentação pós-convencional de normas que se insere Habermas e sua ética discursiva, uma proposta trabalhada inicialmente por Apel em *Transformation der Philosophie* (1973), e retomada dez anos depois por Habermas em *Theorie des kommunikativen Handelns* (1983) (2015, p. 214).

A partir desse cenário, a ideia de compreensão do mundo e da natureza resultante de processos internos ao homem foi perdendo espaço, e o pensamento pós-metafísico impôs suas premissas, fazendo com que a guinada linguística trouxesse para a filosofia uma base mais segura do que as das teorias da consciência.

Segundo Habermas (2002), é a reformulação e oposição a quatro conceitos-chaves da metafísica tradicional que caracteriza o ideal pós-metafísico, sendo eles: o pensamento de identidade como sendo uma, a doutrina das ideias ou idealismo, a

prima philosophia como filosofia da consciência e o conceito forte de teoria. Ele completa afirmando que:

No decorrer do século XIX generaliza-se a crítica contra a reificação e a funcionalização de formas de vida e de relacionamento, bem como contra a auto-compreensão objetivista da ciência e da técnica. Estes motivos desencadeiam a crítica aos fundamentos de uma filosofia que comprime tudo nas relações sujeito-objeto. A mudança de paradigmas da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem situa-se precisamente neste contexto (HABERMAS, 2002, p. 43).

Com essa nova ideia acerca do papel da linguagem, ela passa a adquirir papel fundamental na construção dos saberes humanos, pois quanto mais se puder fundamentar linguisticamente sua pretensão de verdade sobre algo no mundo, mais isso terá chances de se tornar verdadeiro. Diante disso, Habermas afirma que:

O mundo como síntese de possíveis fatos só se constitui para uma comunidade de interpretação, cujos membros se entendem entre si sobre algo no mundo, no interior de um mundo da vida compartilhado intersubjetivamente. "Real" é o que pode ser representado em proposições verdadeiras, ao passo que "verdadeiro" pode ser explicado a partir da pretensão que é levantada por um em relação ao outro no momento em que assevera uma proposição (2002, p. 15).

Habermas começa então a problematizar uma questão que futuramente irá protagonizar sua teoria política, pois ele já encara a tensão entre a realidade (facticidade) e a validade acerca do saber das coisas. Assim, o que é real e mostrado para as pessoas daquele contexto, é aquilo que foi entendido (validado) por todos.

Com esse cenário, Habermas rompe com a ideia de fundamentação última da filosofia onde se busca um saber sobre o mundo a partir de uma razão cognoscente, que faz com que ela seja vista como um saber acima das outras ciências. Para ele, essa ideia de filosofia não trouxe respostas seguras, sendo um saber falível.

Habermas (2002, p. 23) passa então a defender uma filosofia ligada a outros saberes, onde a análise da racionalidade é feita de maneira prática no mundo vivido a partir de acordos linguísticos, tornando seus argumentos uma espécie sociologia, pois segundo ele "nas ciências sociais, é a sociologia que está mais intimamente ligada, em seus conceitos fundamentais, à problemática da racionalidade". Assim,

ele passa a estudar as condições universais que fazem os indivíduos se entenderem em sociedade.

Para Habermas (2012a) a sociologia cultivou uma pesquisa ligada a vários problemas da sociedade como um todo, se tornando uma teoria da sociedade que não se afasta, mas também não restringe e nem redefine a questão da racionalidade. Ele assume a importância da sociologia recorrendo ao esquema de funções proposto por Parsons, que mostra a relação entre as disciplinas das ciências sociais e subsistemas da sociedade.

Habermas reforça então seu pensamento de que a questão do conhecimento está além de uma questão mediada por consensos linguísticos, mas que esse fator é influenciado por diversas outras instâncias da vida humana, ou seja, a racionalidade está ligada com tudo que o homem pode fazer em sociedade, principalmente o seu agir. Com isso, ele propõe uma ética discursiva, e nas palavras de Jozivan Lima:

O projeto habermasiano de uma ética discursiva é tecido e formatado tendo como uma conditio *sine qua non* para seu êxito a superação do paradigma monológico da consciência enquanto instância de fundamentação do agir e a consequente propositura de um pensamento pós-metafísico como chave de possibilitação de uma ética capaz de lidar com os problemas normativos advindos do processo de secularização e da crise da metafísica (2015, p. 226).

A análise discursiva habermasiana se insere em um contexto de fundamentação ética pós-convencional e pós-metafísica. Ele via a necessidade de uma fundamentação não monológica da ética e pretendia embasar as pretensões de validade das ações a partir de interações subjetivas resultantes do *médium* da linguagem.

Assim, juntamente com Apel, Habermas busca oferecer uma nova fundamentação para o agir que supere as ideias propostas pelas éticas com embasamento metafísico e que dê lugar à linguagem, resgatando os potenciais de argumentação e de intersubjetividade do ser humano. Agora passa a se tratar de uma ética do discurso, porém, Apel ainda segue uma linha de fundamentação transcendental, enquanto Habermas busca uma fundamentação pragmática. Com isso, em sua obra *Teoria do agir comunicativo* ele afirma que:

Diferentemente da ideia de fundamentação última defendida por Apel, o agir comunicativo tem mais a ver com um aspecto de interdisciplinaridade a partir de uma ideia de pragmática universal; esta tenta reconstruir as condições do entendimento de todos, ou seja, pressupostos para a comunicação. Assim, ele assevera: “prefiro falar em pressupostos morais da ação comunicativa porque considero fundamental o tipo de ação orientada ao entendimento” (HABERMAS. 2012, p. 29).

No livro *Teoria do agir comunicativo*, Habermas explica que na ação o falante não faz apenas uma referência pontual a algo específico no mundo objetivo, mas faz uma relativização com outros elementos externos, a fim de tornar sua concepção válida diante dos outros falantes. O entendimento acerca dessa ação se dá quando os falantes que participam dessa interação concordam quanto a validade das concepções expostas, ou seja, quando as reconhecem intersubjetivamente; isso ocorre através de uma atitude performativa do falante, onde ele irá levantar as pretensões de validade do seu argumento para tentar chegar a um acordo.

Habermas (2012b) deixa claro que para retomar de maneira adequada a reflexão sobre a questão da racionalidade, é preciso utilizar a sua teoria da ação comunicativa. Nela, os agentes serão responsáveis pela construção racional das normas de ação e sobre as coisas no mundo, a partir de processos intersubjetivos onde se levantam pretensões universais de validade para se chegar a um consenso, que irá legitimar o saber. Sobre isso, ele complementa:

O conceito "agir comunicativo", que leva em conta o entendimento linguístico 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 a manutenção de ordens sociais: pois estas mantêm-se no modo do reconhecimento de pretensões de validade normativas (HABERMAS, 1997, p. 36).

Percebe-se que a ação comunicativa agora é vista não apenas como meio de se chegar ao entendimento das coisas, mas também como forma chegar a consensos sobre as normas de ação, gerando impacto na manutenção da ordem social, já que esta depende de como os agentes irão orientar seu agir: de forma solidária preservando o bem comum, ou movidos a interesses pessoais.

É importante lembrar da complexidade das formas de convivência das sociedades modernas e a influência de poderes como a economia, como já constatava a teoria sociológica de Max Weber, que faz com que haja no lugar do

agir comunicativo o agir estratégico. Isso gera uma tensão nos consensos acerca do que é real e o que é válido, trazendo possíveis desordens na sociedade. Segundo Habermas (1997), essa tensão será estabilizada na integração social realizada por intermédio do direito positivo.

A TAC se trata de uma teoria crítica dentro de uma teoria social, onde a racionalidade comunicativa habermasiana vai se opor a lógica de dominação dos sistemas, resultante da razão instrumental. Habermas, diferentemente da primeira geração da Teoria Crítica, propõe em seus estudos uma forma de se sobrepor à razão instrumental a partir de procedimentos de entendimento linguisticamente mediados, na qual os próprios falantes poderão contribuir para a criação ou reformulação das normas de ação a partir do agir comunicativo; este, se dará em uma sociedade influenciada por elementos do mundo da vida, e não apenas do mundo sistêmico. Assim, ele tece críticas ao modelo estratégico, e diz:

Também o modelo estratégico de ação pode ser entendido de tal modo que as ações dos participantes da ação direcionadas segundo cálculos egocêntricos de proveito e coordenadas por condições de interessados pelo próprio êxito atuam uns sobre os outros; determinados falantes têm, assim, o intuito de ensejar que seus adversários formem ou apreendam opiniões ou intenções que eles mesmos, os falantes, tenham almejado de acordo com interesses próprios (HABERMAS, 2012b, p. 183).

Agora, com uma razão comunicativa, Habermas abandona as ideias de fundamentação última da filosofia, que utilizam a razão prática como guia das ações do homem. Inicialmente ele trabalha a sua teoria do agir comunicativo como forma de se obter uma comunidade ideal de comunicação, onde o Direito ora pode se configurar como ação comunicativa, ora como sistema, pois Para Habermas, “a definição da verdade possui sempre já implicações normativas” (HABERMAS, 2004, p. 62).

O mundo da vida é um conceito muito importante utilizado por Habermas, pois é em seu interior que os agentes irão agir comunicamente; desse contexto também surgem problemáticas como o da sobreposição do agir comunicativa pelo agir estratégico ocasionada pela colonização do mundo da vida.

Esses conceitos serão melhor analisados nos próximos pontos, pois como acima exposto, são conceitos importantes que Habermas usará para fazer um diagnóstico da sociedade e onde encontrará muitos problemas que irão recair na

teoria sua política. Seguindo esse caminho, posteriormente a razão comunicativa vai ser inserida nos moldes de uma teoria reconstrutiva da sociedade, para entrar profundamente na análise da questão jurídica em *Facticidade e validade*.

2.2 Aspectos sobre a razão discursiva

Durante a maior parte de seus estudos, Habermas sempre se propôs a explorar as potencialidades da linguagem. Ele defende que o sentido que damos às expressões simbólicas guiam as nossas interpretações sobre fatos e coisas no mundo; assim, essa forma de formulação do sentido se dá através de pretensões de validade mediadas pela linguagem, ou seja, pelo interior da nossa comunicação.

Segundo Habermas (2004), o que guiou seus estudos não foi uma metafísica pelo ser do ente ou uma epistemologia pelo conhecimento, nem a semântica pela forma da significação na língua. Para ele, a virada linguística contribuiu para a formulação da teoria do agir comunicativo e da racionalidade, que posteriormente seria fundamento de uma teoria crítica da sociedade que olharia para a questão da moral, do direito e da democracia.

Habermas agora passa a analisar a validade dos discursos, ou seja, se a linguagem utilizada tem a intenção de trazer entendimento entre os falantes. Para ele, os atos de fala utilizados nesse discurso devem conter pretensões de validade universal que possam ser defendidas, ou seja, o agente deve observar certas condições ao se utilizar da linguagem com o objetivo de entender-se com os demais agentes dessa sociedade. Segundo ele, essas pretensões de validade são: “a) a enunciar de uma forma inteligível; b) a dar (ao ouvinte) algo que este compreenderá; c) a fazer-se a si próprio, desta forma, entender; d) a atingir o seu objetivo de compreensão junto de outrem” (HABERMAS, 1976, p. 12).

Para Habermas, a validade dos discursos está na possibilidade dos agentes se compreenderem, e, que aquele que escuta responda as pretensões de validade do outro agente, concordando ou não. Essa relação entre falante e ouvinte através da aceitação ou não das pretensões de validade são influenciadas pelo contexto em que eles estão inseridos.

Ao se aprofundar nos estudos pela base de validade dos discursos, Habermas entende que há uma estreita relação entre o falar e o agir, pois os discursos formulados em determinados contextos sociais formam normas de agir

que guiarão as ações dos sujeitos daquela sociedade, estabelecendo uma estreita relação com a ética. Assim, nas palavras de Jozivan Lima, “o agir comunicativo enquanto ação orientada para o entendimento constitui o ponto de culminância da ética do discurso” (LIMA, 2015, p. 237).

Antes de entrar diretamente na discussão política presente em *Facticidade e Validade*, se faz importante entender a concepção de direito expressa na *Teoria do Agir Comunicativo*. Apesar de não ter adentrado de fato em uma análise política e jurídica, Habermas levou em conta o caráter pós-tradicional do direito moderno como uma nova forma de organizar as sociedades pós-convencionais.

Nas sociedades convencionais as garantias metassociais e a organização social que eram garantidas pela religião. Mas agora, em um contexto de um mundo profanizado onde surgem muitos conflitos de ação, essas sociedades carecem de uma esfera que resgate a ordenação das relações interpessoais. Assim, a dissolução de conflitos migra para a esfera do direito e da moral. Com isso, a grande questão trabalhada por Habermas em *Facticidade e validade*, de 1992, centra em buscar a legitimidade do direito, ou seja, das normas jurídicas que passam a organizar a sociedade.

Como visto anteriormente, com a mudança do paradigma da consciência para o paradigma da linguagem, agora tem-se uma razão formada por atos performativos dos agentes na execução do agir comunicativo. Desse cenário, Jürgen Habermas (2001) delinea uma ética discursiva apontando seus critérios de legitimação para criação de normas sociais, a partir de uma reformulação da razão prática de Kant e de seus aspectos transcendentais. Agora, ao invés de uma certificação de modo interno ao sujeito, como sugeria Kant, o saber é de natureza prática, onde os homens agem através de uma ação intersubjetiva que resultará nas normas que os guiarão. Jozivan Lima explica que:

Para conferir o devido êxito à sua ética discursiva, Habermas empreenderá de modo meticuloso o que ele cognomina “destranscendentalização do transcendental” e “superação do logocentrismo”. Não se trata obviamente da negação da racionalidade, mas de um modo específico de λόγος, a saber, daquele que se pressupõe enquanto fundamentação última da totalidade e do agir. Seu objetivo consiste em colocar a razão destranscendentalizada como a base da racionalidade que sustenta o agir comunicativo. Para isso, toma Kant como o alvo central da sua crítica, tanto em nível epistemológico como moral (2015, p. 228).

A partir de agora, a transcendentalidade se volta para as estruturas por trás do mundo da vida, que resultam em características dos sujeitos que irão agir comunicativamente. Nas palavras de Habermas, logo no início de *Direito e democracia: entre facticidade e validade*

A modernidade inventou o conceito de razão prática como faculdade subjetiva. Transpondo conceitos aristotélicos para premissas da filosofia do sujeito, ela produziu um desenraizamento da razão prática, desligando-a de suas encarnações nas formas de vida culturais e nas ordens da vida política. Isso tornou possível referir a razão prática à felicidade, entendida de modo individualista e à autonomia do indivíduo, moralmente agudizada – à liberdade do homem tido como um sujeito privado, que também pode assumir os papéis de um membro da sociedade civil, do Estado e do mundo. (1997, p. 17)

Assim, para justificar a validade das normas morais que guiam e organizam uma sociedade e resgatar essa esfera, Habermas ainda utiliza o princípio da Universalização de Kant, e acrescenta o seu princípio do discurso agora imerso nessa questão moral. Ele afirma que “nos discursos de fundamentação moral, o princípio do discurso assume a forma de um princípio de universalização. Nessa medida, o princípio moral cumpre o papel de uma regra de argumentação” (HABERMAS, 2020, p. 157). Para ele, a partir da utilização do princípio da Universalização pode-se falar em uma fundamentação da ética do discurso, e por isso muitos estudiosos afirmam se trata de uma reformulação da ética Kantiana.

Habermas (2020) entende que normas morais e normas jurídicas devem se complementar. Para ele, a autonomia moral e a do dos sujeitos pode ser expressa a partir do princípio do discurso, que poderá dar o sentido de fundamentação do direito. Assim, ele afirma que:

Esse princípio, assim como o próprio nível de fundamentação pós-convencional, no qual a eticidade substancial se decompõe em diferentes componentes, possui certamente um teor normativo, pois explicita o sentido da imparcialidade de juízos práticos. Mas se encontram em um nível de abstração, que, apesar desse teor normativo, *ainda é neutro* perante a moral e o direito; isto é, ele se refere a normas de ação em geral:

D: São válidas [gültig] apenas as normas de ação com as quais todos os possíveis concernidos poderiam concordar como participantes de discursos racionais (HABERMAS, 2020, p. 156).

Para explicar mais profundamente acerca do princípio D, Habermas (2020) complementa que neste caso, o “válido” se refere as normas de ação ou aquilo que corresponda a ela nos enunciados jurídicos; ele dá a lei o sentido normativo de validade que indefere da moralidade e da legitimidade. As “normas de ação” tem a ver com os comportamentos sociais, e, “concernidos” são aqueles que serão atingidos pelos enunciados jurídicos. E finalmente, sobre o discurso racional ele entende que:

Deve ser compreendida toda tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas realizadas sob condições de comunicação que permitam, dentro de um espaço público constituído por obrigações ilocucionárias, o livre processamento de temas e contribuições, informações e argumentos. Indiretamente, essa expressão refere-se também a “negociações”, na medida em que estas sejam reguladas por procedimentos discursivamente fundamentados (HABERMAS, 2020, p. 156).

O princípio D se refere a discursos racionais e práticos, não necessariamente estando dependente do aspecto moral; este, no caso, será resultante da “efetivação” do princípio D. Esse discurso se refere às decisões tomadas racionalmente pelos agentes, tendo como base uma discussão, ou seja, um procedimento discursivo. Esse discurso se dá pelo uso da razão comunicativa que gera uma problematização entre os agentes sociais.

Para Habermas (2020), a razão discursiva não é uma fonte primária das normas de agir; ela gera um consenso sobre algo no mundo, assim os que participam desse jogo comunicativo apoiam-se em pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual.

Habermas não defende apenas a instauração de uma instituição que possa ditar as normas e as ações dos homens de forma autoritária. Assim, para ele, o agir comunicativo sozinho não traz uma verdade inquestionável que traga eficácia na orientação do agir, mas sim com “o ter que de uma coerção transcendental fracado derivado da validade deontológica de um mandamento moral, da validade axiológica de uma constelação de valores preferidos ou da eficácia empírica de uma regra técnica” (HABERMAS, 1997, p. 20).

Para Habermas, as normas devem ser resultantes de um processo de racionalização que apesar de levar em conta o aspecto da universalidade do modelo interno kantiano, não devem resultar de um procedimento “solipsista”, e sim de uma

forma que leve em conta as opiniões de todos os afetados por ela. Esse seria o meio de tornar essas normas “legítimas”, pois teriam sido resultado de uma vontade geral. Assim, a sua teoria reconstrutiva da sociedade irá propor, posteriormente, transformar a razão discursiva em *médium* do Direito, onde não irá dizer o que “se deve fazer”, mas sim propor uma forma democrática para formulação de normas de direito.

Habermas não concordava com concepções unilaterais sobre o mundo que se construíam a partir de uma ideia de que a compreensão desse se dá apenas por uma razão instrumental, como será visto em sua crítica ao modelo weberiano; por isso, o autor se distanciou um pouco das visões dos seus antecessores da teoria crítica. Nessas visões, o agente não chega a se deparar com conflitos acerca do que deve fazer, já que eles são guiados por uma racionalidade meio-fim. Disso, depreende-se que a teoria habermasiana tenta resgatar o potencial racional do homem além da racionalidade instrumental.

A dificuldade se dava anteriormente pois, segundo os céticos, sobre questões de princípios morais era muito difícil se chegar a um consenso, mesmo a partir do princípio do discurso; assim, o princípio U ganhou espaço junto ao princípio D, pois essa conjuntura pressupõe uma derivação pragmático-transcendental de consensos argumentativos, sendo a forma de validar que as normas realmente são formadas a partir e em prol de toda a coletividade, dando a elas uma força legitimadora.

Para Habermas, só pode ser considerada válida a norma que resulta da concordância de todos os participantes de um discurso prático. Contudo, o princípio moral é o da Universalização, e este vale como a regra de argumentação nesses discursos. Essa síntese servirá como base para validar as normas jurídicas na teoria discursiva do direito de Habermas, as tornando normas legítimas. Ainda, segundo ele, o princípio U deve ser diferenciado:

- de quaisquer princípios ou normas básicas contedísticas, que só podem constituir o objeto de argumentações morais;
- do conteúdo normativo das pressuposições da argumentação, que podem ser explicitadas sob a forma de regras;
- de ‘D’, o princípio da ética do discurso, que exprime a ideia fundamental de uma teoria moral, mas não pertence à lógica da argumentação (HABERMAS, 1989, p. 116).

Habermas entende a necessidade de um direito positivado, porém, em sua Teoria discursiva do direito, ele nos mostra um modelo de ação voltada para o entendimento intersubjetivo pelo discurso, consistente num diálogo não apenas coercitivo (como sugere a visão positivista), mas em que todos os afetados pela norma discutida sejam ouvidos.

O seu princípio do discurso aplicado às normas jurídicas, tornar-se-á o princípio fundamental da própria democracia, na medida em que “a legitimidade das normas jurídicas somente poderá ser alcançada através de processos de validação discursiva” (HABERMAS, 1997, p. 227). Do princípio D, pode-se então deduzir dois princípios, o princípio moral (U), e o princípio da democracia. Assim, Habermas afirma que

O princípio da democracia deve estipular um procedimento de criação legítima de normas jurídicas. Ele determina que só podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de receber o assentimento de todos os parceiros do direito em um processo discursivo de produção normativa, articulado ele próprio juridicamente. O princípio da democracia, em outras palavras, explica o sentido performativo da práxis de autodeterminação de parceiros do direito, os quais reconhecem uns aos outros como membros livres e iguais de uma associação que integram voluntariamente. Por isso o princípio da democracia se encontra em um plano distinto do plano da moral (HABERMAS, 2020, p. 159).

O princípio D deve ser entendido como neutro e abstrato, pois ele não irá explicitar o conteúdo das normas de ação, pois esse conteúdo será justamente o resultado da discussão. Pode-se entender também que ele é procedimental, pois se trata da forma comunicamente viável para condicionar a relação de entendimento intersubjetivo dos cidadãos. Disso, ele extrai seu conteúdo normativo, pois irá resultar na forma como as questões práticas devem ser decididas racionalmente e de forma imparcial, fazendo-se neutro em relação ao direito e a moral.

Assim, deve-se interpretar do que foi dito acima, que a ética do discurso pode ser considerada procedimentalista e formal, pois ela não orienta as considerações a respeito do conteúdo das futuras normas, mas sim sobre o processo a partir de qual serão formadas. Esse processo deve ser a partir de discursos práticos, e a partir destes é que surgirão os conteúdos que passarão por uma espécie de “exame de validade”.

Habermas (2020) utiliza o princípio da universalização (princípio U), que se trata de um princípio moral, de outra forma, pois agora ele é usado como uma regra de argumentação (deduzido do princípio do Discurso). Assim, ele pretende mostrar que a ética filosófica pode assumir a figura de uma teoria da argumentação. Sobre isso, ele ainda acrescenta que

Enquanto o princípio moral opera no plano da estrutura *interna* de um determinado jogo de argumentação, o princípio da democracia se refere ao plano de sua institucionalização *externa*, isto é, à participação em igualdade de direitos na formação discursiva da opinião e da vontade política, efetivada segundo formas de comunicação garantidas juridicamente (HABERMAS, 2020, p. 159).

Entende-se que o princípio U é o regulador dos argumentos, pois se pergunta se determinado entendimento é tido como universal, preservando assim o interesse de todo aquele grupo. Com isso, o princípio U é o que reforça uma ética discursiva. Já o princípio D revela a condição da validade normativa, pois se a norma não é resultante da discussão prévia de todos os concernidos por ela, se tratará de uma forma impositiva de normatividade, sem um caráter de validade.

Diante do exposto, já é possível verificar o caminho que Habermas pretende seguir para legitimar o direito positivo. Ele partiu da ideia de que a legitimidade do direito não seja totalmente dependendo de uma fundamentação moral, mas que ao invés disso, nos discursos de fundamentação das normas jurídicas se utilize argumentos morais. Assim, com a introdução de um princípio da democracia, Habermas tenta criar um procedimento legítimo para as normas do direito positivo.

O princípio da democracia pressupõe já de antemão a possibilidade de se decidir racionalmente questões práticas, bem como de se fazer uso de todos os tipos de fundamentação desempenhados em discursos (e em negociações procedimentalmente reguladas) aos quais se deve a legitimidade das leis (HABERMAS, 2020, p. 159).

Habermas entende que a ideia de autolegislação de uma sociedade política quer dizer que aqueles que serão os destinatários das normas também devem ser seus autores. Para ele, um ordenamento jurídico é legítimo quando é reconhecido e proposto pelos cidadãos; porém, existe um longo “percurso” e uma infinidade de

problemáticas que devem ser levantadas e solucionadas para que se tenha a efetivação dessa autolegislação.

Para Habermas ideia de democracia radical está bem ligada a “estruturas comunicativas profundas enraizadas na sociedade civil” (HABERMAS, 2020, p. 14). Assim, diversas questões serão ainda enfrentadas, pois não se trata simplesmente de os agentes sociais exporem suas opiniões para que consigam viver em harmonia nesse contexto. Assim, ele admite que “os potenciais comunicativos desencadeados nos processos de modernização social possuem um cerne anárquico, do qual as próprias instituições do Estado democrático de direito precisam se alimentar constantemente” (HABERMAS, 2020, p. 14).

Para que se possa chegar em uma forma de melhor empreender sua teoria, Habermas recorre a conceitos da sociologia e analisa também como se deu a evolução do direito, pois assim tornam-se mais nítidos os problemas enfrentados para que haja a efetivação de um contexto político democrático a partir da teoria discursiva do direito.

2.3 Mundo da vida e sistema

No segundo volume da *Teoria do agir comunicativo*, que tem como subtítulo *Sobre a crítica da razão funcionalista*, Habermas (2012b) retoma o debate sobre os problemas não resolvidos pela crítica da razão instrumental feita por Max Weber. Isso se deve pelo fato de que não ficou esclarecida a relação entre a teoria do sistema, a teoria da ação e a relação dessas duas para que se chegue à crise da dialética idealista.

A partir disso, Habermas pretende chegar ao cerne do problema da juridificação do agir instrumental e entender como se dá esse fenômeno, para só assim poder propor um procedimento que possa inserir a teoria discursiva como forma de legitimação do direito.

Habermas (2012b) entende a sociedade como uma união do sistema e mundo da vida, e segundo ele, a evolução social se dá juntamente com a singularização dessas duas partes. Em suas palavras:

Tal conceito pode ser comprovado numa teoria da evolução social que distingue entre a racionalização do mundo da vida e a intensificação da complexidade dos sistemas sociais, a fim de tornar

palpável e analisável empiricamente a ligação que Durkheim estabeleceu entre as formas de integração social e os níveis de diferenciação do sistema (HABERMAS, 2012b, p. 2017).

O mundo da vida se trata de um reservatório de evidências e é como um pano de fundo sobre as coisas do mundo; é o lugar onde as pessoas colhem seus “saberes” para, posteriormente, realizarem as interações comunicativas, sendo literalmente o pano de fundo do agir comunicativo. Segundo Habermas:

O processo de reprodução consegue ligar situações novas aos estados do mundo da vida já existentes, seja na dimensão semântica dos significados e dos conteúdos, (da tradição cultural), seja nas dimensões do espaço social (de grupos socialmente integrados), seja no tempo histórico (das gerações de que se sucedem). A esses processos de reprodução cultural, de integração social e de socialização correspondem, enquanto componentes estruturais do mundo da vida, a cultura, a sociedade e a pessoa (HABERMAS, 2012b, p. 252).

Na teoria da ação comunicativa, Habermas faz uma relação entre os atos de fala e o conceito de mundo vivido. Para Habermas (2020), compõem o mundo da vida a personalidade, a cultura e a sociedade. Assim, o mundo da vida é como um espaço que possibilita que os sujeitos, em determinado contexto, retirem os significados e convicções acerca das coisas do mundo; a partir disso, ele irá conferir o saber aos falantes, para que eles possam agir comunicativamente.

O mundo da vida é um conceito essencial para se compreender a teoria do agir comunicativo, e nas palavras de Juliano Oliveira:

Trata-se de um saber inicial ligado aos contextos culturais e às comunidades, isto é, um saber implícito da práxis comunicativa e do cotidiano, do mundo da vida na qual vivemos, agimos e falamos com os outros. Numa palavra, um saber da pré-compreensão, que, em princípio, determina a interpretação dos proferimentos dos atores, tal qual um saber contingente e *a priori*, mas no sentido social, relativo às formas de entendimento intersubjetivo (2018, p. 66).

Segundo Francisco Xavier Herrero (1986, p. 19), em sua obra *Racionalidade comunicativa e modernidade*, “a racionalidade da ação comunicativa se baseia em atos de fala que levantam pretensões de validade que podem ser criticadas e fundamentadas sobre a força do melhor argumento”.

Para Habermas (1997), fazem parte do mundo da vida modelos de cultura, sociedade e processos de personalidade, onde esses aspectos se concretizam através do entendimento, da coordenação da ação e da socialização, e isso se dá através do agir comunicativo. Aqui, o falante tem o possível domínio de situações e já tem um estoque de “saber comprovado”, que ele irá usar na prática comunicativa. Assim, esse saber se concretiza na integração social se transformando em valores e normas; é um processo em que esses aspectos se influenciam mutuamente.

Dessas considerações, pode se depreender que os processos de intersubjetividade são formados por uma linguagem que carrega significações de ordem do mundo vivido; este se compõe pela sociedade, personalidade e reprodução cultural, de onde se extrai o saber sobre as coisas do mundo para entrar no “debate”. Ainda, o agente se insere em grupos da sociedade e exerce solidariedade e, por fim, a personalidade, que garante as vontades desse agente, sua forma de interpretar o mundo e, conseqüentemente, guia sua forma de falar e se comunicar. Segundo Habermas, em sua obra *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*:

Podemos imaginar os componentes do mundo da vida, a saber, os modelos culturais, as ordens legítimas e as estruturas de personalidade, como se fossem condensações e sedimentações dos processos de entendimento, da coordenação da ação e da socialização, os quais passam através do agir comunicativo. Aquilo que brota das fontes do pano de fundo do mundo da vida e desemboca no agir comunicativo, que ocorre através das comportas da tematização e que torna possível o domínio de situações, constitui um estoque de um saber comprovado na prática comunicativa. (2002, p. 96).

Para Habermas (1997), aquilo que irá resultar do plano de fundo que é o mundo da vida remeterá às ações linguísticas dos agentes dessa sociedade; essas ações só se tornam possível pois os agentes já possuem um saber “prévio” a respeito de coisas no mundo, e essa interpretação é transmitida na rede de interação social se transformando em valores e normas.

É importante destacar que o mundo da vida é um saber *a priori*, explicado por argumentos transcendentais pré-reflexivos, mas não como na ideia Kantiana, em que se trata de uma estrutura interna do agente e resultado da sua subjetividade. Segundo Juliano Cordeiro, ele também é desenvolvido com contribuições da

tradição fenomenológica de Husserl, “mas não como algo constituído pela atividade intencional de um eu transcendental” (OLIVEIRA, 2018, p. 66).

O saber do mundo vivido é anterior no sentido de que, no processo de formação da razão discursiva, a linguagem utilizada nas argumentações é formada por aspectos de reprodução cultural e integração social que já compunham esse mundo.

O agir comunicativo, nesse contexto, tem como função levar à racionalização dos aspectos que fazem parte da cultura, ou seja, os agentes passam a debater e problematizar, a partir de processos intersubjetivos de entendimento, sobre temas que estavam “estáticos” no mundo da vida. É uma forma de evolução, de racionalização desse mundo, dessa cultura e no geral, dessa sociedade. Habermas complementa que:

As ações comunicativas não constituem apenas processos de interpretação em que um saber cultural é submetido a um “teste no mundo”; elas significam também processos de socialização e de integração social. E neste caso o mundo da vida é testado de modo inteiramente diferente: pois os testes não se medem imediatamente por pretensões de validade criticáveis, ou seja, segundo critérios de racionalidade, mas segundo critérios de solidariedade entre os membros e segundo o critério da identidade do indivíduo socializado. (2012b, p. 255).

Habermas (2012b) afirma que a racionalização do mundo da vida está ligada à sua diferenciação cultural, ou seja, com a diferenciação dos seus três componentes estruturais, e ele completa afirmando que:

Os componentes do mundo da vida resultam da continuidade do saber válido, da estabilização de solidariedades grupais, da formação de atores responsáveis e se mantêm através deles. A rede da prática comunicativa cotidiana espalha-se sobre o campo semântico dos conteúdos simbólicos, sobre as dimensões do espaço social e sobre o tempo histórico, constituindo o meio através do qual se forma e se reproduz a cultura, a sociedade e as estruturas da personalidade (2002, p. 96).

Já sobre o sistema, Habermas entende (2012b) como conexões de ações racionais-com-respeito-a-fins mediatizados por meio do dinheiro e poder. É como uma sede das instituições, como as de educação, de trabalho e as instituições políticas.

Assim, a complexidade de assimilação do mundo da vida acontece pois existe uma rede funcional desligada de contextos normativos que formam subsistemas, e estes estão ancorados no mundo da vida. Isso faz com que o sistema social passe a deixar de fazer a prática comunicativa cotidiana.

No sistema, o sujeito pauta suas ações no agir instrumental fundamentado na razão instrumental e saber empírico, que tem a única finalidade de máxima eficácia. Economia busca lucro, a política busca poder e a ciência busca eficácia (resultados palpáveis).

Para Habermas, a integração nas sociedades desenvolvidas acontece através de “domínios de ação especificados funcionalmente”. (2012b, p. 210). Isso significa uma mudança nos pressupostos que são base na formação dessa sociedade, e afeta estruturas internas a ela, como a cultura, educação e o sistema normativo jurídico.

Habermas admite que nas sociedades modernas a ação dos agentes no mundo da vida não é mais guiada apenas por interesses consensuais, mas sim por normas do sistema econômico e financeiro, apoiado no capitalismo. Juliano Oliveira (2018), em seu livro *Secularismo e Religião na Democracia Deliberativa de Habermas: Da Pragmática ao déficit ontológico e metafísico*, afirma que há a formação de um pseudoconsenso; assim, para ele:

As ações dos participantes do mundo da vida, dentro do quadro das sociedades capitalistas atuais, não são coordenadas apenas por processos de comunicação voltados ao entendimento (integração social), e sim, igualmente, por meio de imperativos funcionais do sistema econômico e administrativo (integração sistêmica). Os processos de entendimentos dos participantes de um mundo da vida são transformados em um pseudoconsenso, e a integração social fica submetida à integração sistêmica, produzida pelos meios estratégicos da ação: os mundos vividos, por mais que sejam constituídos à luz da intersubjetividade, são ameaçados constantemente pelos imperativos sistêmicos de autorregulação, como constatamos nas sociedades contemporâneas (OLIVEIRA, 2018, p. 68).

Para Habermas, o agir estratégico só pode surgir em um mundo da vida já construído, e serve para substituir ações comunicativas fracassadas; assim, quem age estrategicamente continua tendo como pano de fundo as estruturas do mundo da vida, porém, ele é neutralizado para o agente seguir imperativos de agir orientados para fins particulares. Com isso, o mundo da vida não serve mais como

um “espaço possibilitador” de um agir comunicativo com fins de se obter consensos, mas sim como um local garantidor de interesses.

Com isso percebemos que, por vezes, os valores que norteiam a visão geral de uma sociedade não são consequências de pretensões de entendimento, mas através de influências mercadológicas ou de poder, onde não se busca mais um entendimento recíproco e sim uma influência visando fins particulares.

A partir da teoria de Luhmann sobre sistemas, Habermas percebe como estruturas como a política e a economia podem nos guiar, tomando o lugar da ação comunicativa e montando um cenário que desfavorece a instituição de um modelo de integração social. Para ele, é como se a teoria do sistema utilizasse a razão de maneira apenas estratégica, pois, “a integração em sociedades desenvolvidas acontece por meio do nexos sistêmico que se estabelece entre domínios de ação especificados funcionalmente” (HABERMAS, 2012b, p. 210).

Dessa ideia de sistemas, pode-se falar em uma racionalidade instrumental, que resgata a relação sujeito/objeto, onde as interações têm um fim de tirar vantagem. Ainda, segundo Juliano Oliveira:

A contraposição de Habermas a Luhmann é mais acentuada aqui, porque no paradigma luhmanniano não há mais espaço para uma ideia de uma integração da sociedade. Luhmann contraria qualquer pretensão de integração abrangente da sociedade moderna. Exatamente porque Habermas caracteriza a modernidade também nos termos de uma esfera para além da dimensão sistêmica, a concepção luhmanniana apresenta-se, no final, como um paradigma contraposto à teoria da ação comunicativa (2018, p. 74).

Habermas (2012), então, introduz o conceito de colonização do mundo da vida, onde a economia e a política como sistemas autorregulados apoderam-se destrutivamente do mundo da vida, ameaçando a estabilidade dos seus componentes. Desse cenário, podem surgir crises de perda de sentido, anomia e na integração social.

As dificuldades e especificidades que aparecem no mundo da vida a partir desse contexto geram um “enfraquecimento” dos agentes que ficam sujeitos à alienação. Assim, não é o sistema em si, mas a sua hipertrofia que leva a colonização do mundo da vida, gerando um enfraquecimento da integração social, das suas bases culturais e conseqüentemente, a normatividade e o direito. Nas palavras de Habermas:

Em tal situação o problema se agrava: de que maneira mundos da vida desencantados, internamente diferenciados e em si mesmo plurais podem ser socialmente integrados se, simultaneamente, cresce o risco de dissenso em âmbitos de ação desonerados das autoridades sagradas e desvinculados de instituições fortes? (2020, p. 61).

Desse contexto, percebemos que os agentes carecem de mecanismos de entendimento para que possam de fato chegar a uma integração social, pois estão cada vez mais imersos em estruturas da sociedade econômica que se criou, gerando um maior número de interações estratégicas. Assim, para Habermas, “uma saída é oferecida pela *regulação normativa de interações estratégicas*, sob a qual os próprios atores se entendam” (HABERMAS, 2020, p. 61).

2.4 O direito como forma de desconexão entre mundo da vida e sistema

Habermas, ainda no segundo volume da *Teoria do agir comunicativo*, faz considerações se baseando na teoria de Èmile Durkheim e de Mead. Ele não concorda totalmente com a concepção de Durkheim de que o mundo da vida se reduz ao aspecto de regulação normativa da sociedade, e rejeita a teoria de Mead em que o conceito de mundo da vida se baseia no aspecto de socialização dos indivíduos, pois para Habermas, independente de qual seja a troca entre a sociedade e o mundo da vida, essa deve se fazer através da racionalidade comunicativa.

Sabe-se que as sociedades modernas se tornaram supercomplexas, e com isso, houve uma sobreposição dos mecanismos do sistema em relação as demais ordens do mundo da vida. Para que categorias econômicas e de poder tenham êxito, eles acabam se institucionalizando pela regulação do ordenamento jurídico, que deveria ser resultado da racionalização do mundo da vida. Assim, para ele, “a economia capitalista regida por meio do dinheiro ou a burocracia estatal organizada por uma hierarquia de competências surgem apenas no *medium* de sua institucionalização jurídica” (HABERMAS, 2020, p. 167).

Para Habermas (2012b), o mecanismo sistêmico está preso no mundo da vida, e para obter sua institucionalização precisa passar pelo filtro do sistema jurídico. Isso se dá pois com a colonização do mundo da vida, a racionalização se dá

de forma estratégica, fazendo com que a esfera do direito e da moral sejam guiadas pelo agir estratégico.

Com o aumento da complexidade social, aumenta também a chance de falhar o entendimento entre os cidadãos na sociedade; como há uma diferenciação na coordenação da ação desses agentes, acaba ocorrendo o dissenso. Nesse momento, caberia ao direito o papel de mediador do consenso, buscando formas de resolver os conflitos e trazer integração social. Habermas, sobre isso, assevera que

Apesar do que podem ter sugerido os problemas tratados até aqui, a necessidade de compensação da moral pós-convencional não é suficiente para explicar as realizações específicas do código do direito, com o qual se procura dar a resposta a necessidades crescentes de regulação e organização em sociedades cada vez mais complexas (2020, p. 167).

Com isso, lembramos que agora estamos falando do direito positivo em sociedades modernas. Nesse âmbito em que a consciência moral se encontra no estágio pós-convencional, e no direito isso quer dizer que não há mais uma vinculação entre as normas jurídicas a princípios sagrados e morais, por exemplo. Nesse momento, moral e o direito são esferas distintas. Assim, sem um caráter sagrado ou moralizante do direito, as normas jurídicas são legitimadas pelos seus procedimentos de criação e interpretação.

Uma vez que o Direito é representado na forma de contrato ou de normas decorrentes de direitos públicos subjetivos, a objetivação desses elementos é resultado das orientações que vêm de âmbitos culturais dessa sociedade, e mais precisamente das condutas da vida privada e da vida política (esfera pública) desses agentes. Porém, estes estão “presos” em um ciclo decorrente da lógica sistêmica, e nas palavras de Rivera:

Os sistemas procuram transformar as orientações para valores de uso e as manifestações da vontade coletiva em "preferências do consumidor" e em "lealdade generalizada" para poderem ser trocadas respectivamente por bens de consumo e por liderança política. Esta "reorganização" do mundo da vida em razão da lógica do sistema provoca efeitos patológicos, que em parte podem ser explicados desde a perspectiva weberiana da perda de liberdade e do desencantamento do mundo, correlatos à burocratização. Os efeitos da monetarização e da burocratização dos elementos do mundo da vida são vários: individualismo, competitividade e utilitarismo (inerentes ao modelo de ação racional finalística); hedonismo (como ponto de fuga para o anterior); manipulação das

lealdades políticas; tecnificação das questões práticas; especialização elitizada do saber; falta de referências culturais globais etc. Há uma "coisificação" de todos os âmbitos comunicativos e uma orientação seletiva para o cognitivo-instrumental (1995, p. 66).

Como o direito é um dos reflexos desse mundo da vida, e já se foi dito que seus elementos se influenciam mutuamente, é importante destacar até que ponto ele absorve esses imperativos. Com a teoria crítica de Marx sobre o sistema, as teorias sociológicas sobre o direito enfraqueceram o papel do normativismo, pois uma vez que ele passa a ser ditado por interesses econômicos dos sistemas, o direito perde sua força. Sobre isso Habermas afirma que:

O sistema jurídico - ou as estruturas que subjazem nele - reconquistam uma parte de sua autonomia que, por assim dizer, fora perdida na crítica da ideologia. O direito deixa de ser considerado um epifenômeno, reconquistando um sentido próprio. Entretanto, numa sociedade descentrada em sua totalidade, ele consegue apenas uma posição periférica, formando um sistema ou um discurso em meio a uma variedade subordinada de sistemas e de discursos. Os respectivos fenômenos, ou seja, as comunicações estruturadas ou orientadas juridicamente, são descritos numa linguagem que passa ao largo da autocompreensão dos atores, sem procurar nem encontrar um engate no saber intuitivo dos participantes (1997, p. 71-72).

Para Habermas, a ação comunicativa (quando gera entendimento, organização social e formação da personalidade dos agentes) contribui para a integração social resultando em uma racionalidade comunicativa; indo de encontro com essa perspectiva, ele expõe a "integração sistêmica", que é baseada em valores particulares influenciados pelo sistema econômico e poder.

Ao fazer um diagnóstico da colonização do mundo da vida pelo sistema, Habermas tenta mostrar que essas formas estratégicas de ação podem aumentar a capacidade de controle de uma sociedade, e este controle certamente não visa uma integração social que consiga firmar um estado democrático de direito para seus agentes, mas sim, contribui para um cenário de disparidades, onde teremos o surgimento de várias patologias sociais da modernidade. Sobre isso, Habermas afirma em *Facticidade e validade*:

Nessa perspectiva, as formas de comunicação da formação política da vontade no Estado de direito, da legislação e da jurisprudência, aparecem como partes de um processo mais amplo de racionalização dos mundos da vida de sociedades modernas

pressionadas pelos imperativos sistêmicos. Tal reconstrução coloca-nos nas mãos uma medida crítica que permite julgar as práticas de uma realidade constitucional intransparente (1997, p. 22).

Para Habermas, o direito também serve como uma espécie de ponte integradora entre as relações dos sistemas e do mundo da vida, trazendo à tona a importância das funções normativas para essa organização. Segundo ele:

Mensagens normativas só conseguem circular em toda a amplitude da sociedade através da linguagem do direito; sem a tradução para o código do direito, que é complexo, porém aberto tanto ao mundo da vida como ao sistema, estes não encontrariam eco nos universos de ação dirigidos por meios (HABERMAS, 1997, p. 82).

Sabe-se que agora, na esfera do direito, houve uma separação com a moralidade. Como visto anteriormente, essa etapa do direito corresponde ao nível de consciência moral pós-convencional. Segundo Luiz Moreira (1999, p. 42), em sua obra *Fundamentação do direito em Habermas*, nessa etapa “a consciência moral é regida por princípios, e a moralidade encontra-se desvinculada de sua institucionalização e centra-se na determinação interna”.

Assim, o direito moderno se torna um poder externo e imposto, na qual os sujeitos não necessariamente devem agir de acordo com determinações éticas, mas apenas obedecer ao sistema jurídico. Esse cenário retrata a ideia de um sujeito autônomo capaz de guiar suas ações por ideais de justiça, quando se encontra fora dos limites impostos pelo direito. Essa presunção é resultado de um compromisso a uma moral universalista.

Como um véu que encobre o mundo da vida, o direito é caracterizado como uma instituição de segunda ordem, pois as relações sociais devem ser, de início, independentes. Com isso, o direito é a instituição que deve garantir a integração social que pode não acontecer pelas instituições de primeira ordem. Sobre isso, Luiz Moreira afirma que:

Habermas vislumbra a questão da seguinte forma: vive-se em uma sociedade em que se age estrategicamente, ação essa possibilitada pela domesticação do mundo da vida efetuada pela esfera jurídica, ou seja, pelo direito privado. De outro lado, há os órgãos estatais, que como estruturas, aos quais se pode recorrer toda vez que surge um conflito. Assim, o estado é a esfera na qual se busca a resolução de conflitos fazendo ressurgir o consenso, logo, o domínio do direito público (1999, p. 48).

A legalidade do direito positivo moderno fez com que se entendesse que o jurídico necessita de uma fundamentação; ela traz consigo a possibilidade de crítica ao ordenamento jurídico, em que as leis sejam resultado de uma decisão justificada; é uma característica do positivismo.

Da ligação entre direito e poder político, para acabar com os dissensos e promover a integração social, é necessário que se tenha a legitimação das normas a partir da ideia de um Estado de direito ancorado no princípio da democracia. Assim, Habermas conclui que:

O poder político só pode se desenvolver através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais. Contrapondo-se a isso, a fundamentação dos sistemas dos direitos pela via da teoria do discurso esclarece o nexos interno entre autonomia privada e pública. O direito não consegue o seu sentido normativo pleno *per se* através de sua *forma*, ou de um *conteúdo moral* dado a priori, mas através de um procedimento que instaura o direito, gerando legitimidade (2003, p. 169).

Diante do exposto, podemos concluir que para Habermas, a legitimidade do direito é alcançada quando suas normas captam aspectos de moralidade do interior dessa sociedade, ou seja, através da validade moral. Porém, essa moralidade não é mais *a priorista*, e não se trata de uma instância superior ao direito. Assim, como adquirir a legitimidade através da efetivação desses aspectos morais? Habermas faz o diagnóstico de uma tensão externa ao direito, entre norma e realidade.

Habermas (2020) entende que as normas adquirem legitimidade quando são o resultado de um processo de comunicação ou diálogo que se deu sob condições ideais. Trata-se de uma forma de garantir que todos os sujeitos participem da produção das normas, a partir de um processo intersubjetivo de formação de consensos (pela razão discursiva) no interior do mundo da vida. Em suas palavras:

O código jurídico não encontra vínculo somente no médium da linguagem cotidiana, sobre o qual caminham as operações do entendimento do mundo da vida que são responsáveis pela integração social; ele também traz notícias dessa sua origem em uma forma que permanece inteligível para o código especializado da administração controlada pelo poder e da economia controlada pelo mercado. Nessa medida, a linguagem do direito, diferentemente da comunicação moral restrita às esferas do mundo da vida, funciona como um transformador entre sistema e mundo da vida, já que circula como parte da comunicação da sociedade em seu todo (HABERMAS, 2020, p. 126).

Entender a questão da colonização do mundo da vida, para Habermas, tem íntima relação com a fundamentação do direito. Sabe-se que agora a regulação da sociedade parte do pressuposto do direito positivo, e este deve ser legítimo e deve ser resultado de um reconhecimento de direitos feitos pelos próprios cidadãos. Porém, estes se encontram influenciados pelas esferas da economia e poder; assim, para Habermas, o Estado é institucionalizado a partir dessa lógica, “empurrando os cidadãos para o papel periférico de meros membros da organização” (HABERMAS, 2020, p. 123).

Desse contexto, surge uma tensão entre facticidade e validade interna ao direito. “Os direitos subjetivos estabelecem as fronteiras no interior das quais um sujeito está autorizado ao livre exercício de sua vontade. Assim, o direito moderno se torna especialmente adequado à integração social de sociedades econômicas” (HABERMAS, 2020, p. 128). Sobre isso, Flávio Quinaud e José Emílio Ommati, na obra *Teorias Contemporâneas do direito*, afirmam que:

É diante desse quadro, que Habermas compreenderá a crescente importância atribuída ao direito: de maneira dúplice, o Direito moderno é capaz de limitar o campo de ações estratégicas por meio da imposição de sanções – de modo que essas adaptem-se ao padrão de comportamento socialmente aceito, revelando a tensão entre coerção factual e validade legitimadora – e de organizar o sistema econômico e o sistema administrativo, equilibrando-os com a racionalidade comunicativa de forma a conferir legitimidade aos seus imperativos funcionais e a integrá-los nos processos de manutenção da ordem social (QUINAUD; OMMATI, 2019, p. 352).

As leis que asseguram a liberdade de ação dos indivíduos recebem sua legitimidade de um procedimento legislativo (apoiado no princípio da soberania popular). Porém, esse procedimento não tem regras e especificidades que resgatem o aspecto moral, que está “em falta” nas sociedades modernas. Nas palavras de Habermas:

O procedimento democrático de criação legislativa precisa confrontar seus participantes com a expectativa normativa de orientação ao bem comum, pois ele próprio só pode extrair sua força legitimadora do processo de entendimento dos cidadãos sobre as regras da sua convivência. Nas sociedades modernas, o direito só pode cumprir a função de estabilização das expectativas se ele também for capaz de manter uma conexão interna com a força sociointegradora da ação comunicativa (2020, p. 129).

Nesse momento entra em cena a importância dos direitos fundamentais e da soberania popular, pois são esses princípios que irão efetivar a fundamentação do direito. A partir deles, se faz uma ponte entre a esfera interna dos sujeitos, ou seja, a moralidade, que faz parte do direito privado, e a esfera do direito público.

É de extrema importância o resgate desses princípios, uma vez que nas sociedades modernas os sujeitos “livres para agir” se distanciam cada vez mais de uma eticidade. Segundo Habermas:

A conduta de vida consciente da pessoa individual mede-se pelo ideal expressivista de autorrealização, pela ideia deontológica de liberdade e pela máxima utilitarista do aumento das chances individuais de vida. A eticidade das formas de vida coletivas mede-se, de um lado, pelas utopias de uma convivência não alienada e solidária no horizonte de tradições apropriadas de forma autoconsciente e crítica; de outro, por modelos de uma sociedade justa, cujas instituições estão estruturadas de modo que as expectativas de comportamento e os conflitos sejam regulados igualmente no interesse de todos os atores (2020, p. 146).

Para Habermas (2020, p. 129), ainda é preciso harmonizar de forma satisfatória a autonomia privada e a pública, que pode ser visualizada nessa tensão entre a facticidade e validade interna ao direito. Para ele, “é uma relação não esclarecida entre direito subjetivo e direito público no interior da dogmática jurídica, bem como a concorrência não solucionada entre direitos humanos e soberania popular na tradição do direito racional.”

A partir das análises feitas pelos sociólogos, como Max Weber, Habermas pôde dialogar a respeito de problemas sociais que perpassam a questão da linguagem e se inserem na esfera jurídica; mas, ele vai além das críticas, pois para ele “uma sociologia que quer se manter sensível a tensões desse tipo não pode renunciar a uma reconstrução racional dos direitos civis da perspectiva interna do sistema jurídico” (HABERMAS, 2020, p. 123)

A partir desse horizonte, Habermas se volta para problemas entre a facticidade e validade internos ao direito. Assim, para elucidar as diferenças entre autonomia privada e pública, o autor recorre a relação entre direito e moral, pois para ele, as premissas da filosofia da consciência (como a de Kant), e também uma herança metafísica do direito natural, contribuem para o problema de legitimidade (ou sua falta) do direito.

2.5 A crítica de Habermas à racionalidade jurídica de Max Weber: legitimidade a partir da legalidade

Antes de analisar mais profundamente as questões que envolvem a fundamentação do Direito pela teoria do discurso de Habermas, é necessário entender toda a problemática que o fez desembocar nesta análise. Habermas inicia os questionamentos a respeito da legitimidade das normas legais confrontando as interpretações mais relevantes sobre a sociedade moderna na época: o materialismo histórico marxista, o racionalismo weberiano e a Teoria Crítica.

Nas sociedades modernas, o direito perdeu seu caráter metafísico e tradicional de legitimação, onde era fundamentado pela religião e pelos costumes. Agora se pergunta então pela validade das normas jurídicas, que devem ser ancoradas em fatores de legitimação.

Sabe-se que na segunda metade do século XX, mais precisamente em 1973, Habermas escreve *Problemas de legitimação no capitalismo tardio*, na qual analisa a lógica de evolução do capitalismo e as suas consequências para a democracia. Nesse período já se identifica o avanço do projeto de uma sociedade europeia industrial massificada, entrando no contexto de um capitalismo tardio. Ainda assim ele mostra um otimismo em relação a razão e a emancipação humana, na qual a razão comunicativa vai se opor à razão instrumental, para depois se transformar em uma razão discursiva que irá fundamentar o direito.

Habermas foi assistente de Theodor W. Adorno no Instituto de Pesquisas de Ciências Sociais (Institut für Sozialforschung), na Escola de Frankfurt, de 1956 a 1959, e se tornou uma espécie de “*médium*” entre a primeira e a segunda geração da Teoria Crítica. Nobre, em sua obra intitulada *A Teoria Crítica*, entende que *A Dialética do Esclarecimento*, de Adorno e Horkheimer, e a *Teoria do Agir Comunicativo* de Habermas são os dois grandes modelos da Teoria Crítica. Nobre também mostra um estudo sobre aspectos dessa escola, e segundo ele:

A Teoria Crítica irá interpretar todas as rígidas distinções em que se baseia a Teoria Tradicional (como "conhecer", "agir", "ciência", "valor" e tantas outras) como indícios da incapacidade da concepção tradicional de compreender a realidade social em seu todo. O método tradicional, ao tomar essas coisas como dadas e não como produtos históricos de uma formação social, não é capaz de explicar satisfatoriamente por que elas seriam, afinal, necessárias (2004, p. 41).

Já sobre a teoria de Karl Marx, Habermas deduz que sua forma de enxergar a modernização se resume a uma diferenciação da economia e do Estado, a partir de uma racionalidade baseada em fins específicos e sem participação de uma esfera moral. Assim, a justiça é resultado de regras de mercado.

Firmando-se na segunda geração da Teoria Crítica, Habermas percebe que a sua análise sobre as normas sociais não pode levar em conta uma totalidade como propuseram Marx e Hegel, mas sim por um olhar através do pluralismo da sociedade, que através da razão comunicativa ainda pode preservar seu aspecto racional para uma integração social.

Com isso, ele também foi se distanciando da Teoria Crítica de Adorno e M. Horkheimer, que não possuíam argumentos práticos além das críticas à razão instrumental, e ainda permaneciam ligados à filosofia do sujeito. É importante frisar que a primeira geração da Teoria Crítica teve grande papel ao denunciar a realidade da sociedade, onde as pessoas perdem o seu lugar para interesses econômicos, destacando o lugar da “razão instrumental”.

Superando as ideias da primeira geração, Habermas insere a Teoria do Agir Comunicativo, onde agrega características de uma filosofia crítica com aspectos procedimentais. A *TAC*, que foi publicada em 1981, resgata o aspecto racional da linguagem para a formação de uma sociedade ativa, e não apenas ligada a uma lógica de sistemas. Assim, Habermas se distancia das ideias da primeira geração da Teoria Crítica, pois ele ressalta o papel da razão comunicativa e não apenas da razão instrumental, como seus antecessores, e assevera ainda que:

Nós, ao contrário, ao adotar como ponto de partida o emprego comunicativo do saber proposicional em ações de fala, tomamos uma decisão prévia em favor de outro conceito de racionalidade, filiado a noção mais antiga do *logos*. Esse conceito de racionalidade comunicativa traz consigo conotações que, no fundo, retrocedem à experiência central da força espontaneamente unitiva e geradora de consenso própria à fala argumentativa, em que diversos participantes superam suas concepções inicialmente subjetivas para então, graças à concordância de convicções racionalmente motivadas, assegurar-se ao mesmo tempo da unidade do mundo objetivo e da intersubjetividade de seu contexto vital (2012, p. 35-36).

Habermas (2012) analisa as considerações de Max Weber e teme que haja uma reificação das relações sociais, ou seja, uma valorização excessiva das coisas,

dos bens materiais e de produção em detrimento do ser, que acabe suprimindo a busca por uma vida conduzida racionalmente.

Segundo Habermas (2020, p. 565), Max Weber analisa como as leis ganham um caráter racional e como se enxerga a legalidade nas ordens positivadas; para ele “é a racionalidade inerente à própria forma jurídica que fornece legitimidade para a dominação exercida nas formas legais”.

Para Habermas, Weber enxerga a evolução jurídica partindo de um direito revelado (expectativa de comportamentos particulares, inexistindo a noção de norma), sendo substituído por um direito tradicional (já existe a noção de norma como expectativa de comportamento e de orientação de condutas) até culminar no direito moderno positivo ou pós-tradicional, que deve ser justificado, e na qual essa justificação não seja mais baseada em aspectos religiosos ou costumes.

Segundo Habermas (2020), a concepção de Weber sobre o direito positivo é de que ele é formulado pelo que o legislador político (sem considerar se foi fundamentado legitimamente) denomina como direito e a partir de um procedimento jurídico que foi institucionalizado. O direito moderno, então, legitima a dominação do direito através de suas propriedades formais e ao mesmo tempo racionais, mas sem recorrer a razão prática kantiana, por exemplo.

A crítica de Weber é que o direito, por dispor de racionalidade própria, é independente de aspectos morais. Essa distância entre direito e moral, para ele, é um perigo para a racionalidade do direito, e, com isso, para a fundamentação das normas legais. Habermas comenta que

Essa racionalidade é tributária de um entrecruzamento de dois tipos de “procedimento”: argumentações morais são institucionalizadas com meios jurídicos. Essas discussões possuem caráter normativo. Porém, como deverá ficar claro nessa próxima aula, eu as elaboro não do ponto de vista de uma teoria do direito, mas do ponto de vista de uma teoria da sociedade (2020, p. 566)

Ainda, segundo Weber, o direito se torna cada vez mais importante na sociedade, porém as formas jurídicas se compõem a partir de imperativos guiados por determinados fins estratégicos, sendo regidos sob a ótica de uma justiça material. Sobre o conceito weberiano, Habermas traduz que “de acordo com sua concepção, as exigências de justiça “material” invadem o *médium* do direito e destroem sua “racionalidade formal” (HABERMAS, 2020, p. 567).

Para Habermas, a leitura de Marx e Weber sobre a sociedade moderna segue uma racionalidade com base em fins das esferas econômica, política e jurídica, considerando a formação do direito fundamentada em uma racionalidade instrumental. Habermas entende que existe a influência de valores voltados para determinados fins no âmbito jurídico, assim, ele passa a tentar solucionar o problema de como fundamentar o direito a partir de um pressuposto legítimo?

O direito moderno positivo carece de um aspecto de fundamentação racional; mas, como se viu, para Weber, a racionalidade do direito diz respeito a fins específicos, sendo um instrumento do capitalismo. Habermas (2012) critica esse modelo, pois para ele a positivação do direito não pode se dar apartada de um princípio fundamentador que garanta uma justificação a partir de uma moral pós-convencional. Isso se faz necessário pois com a perda do fundamento sagrado, que de certa forma preservava um teor solidário, o direito moderno passa a ser fundamentado a partir dos imperativos do poder e do mercado, sofrendo de um déficit tanto de valores éticos quanto de valores morais. Sobre isso, Marcelo Neves, em sua obra *Entre têmis e leviatã: uma relação difícil*, assevera que:

O surgimento e o desenvolvimento da sociedade moderna pressupõem a evolução das estruturas da consciência no sentido de uma noção pós-convencional e universalista de moral e direito, ou seja, dependem de uma “lógica de desenvolvimento” autônoma. A hipertrofia empírica da societarização racional-finalística não significa que o conceito de modernidade reduz-se a essa dimensão. Quer dizer, sim, que a modernidade realizou-se apenas parcialmente, na medida em que a racionalização intersubjetivo-prática da vida social, projetada contrafactivamente, não se efetuiu. Daí por que Habermas exige a consideração do aspecto normativo, racional-comunicativo, da sociedade moderna (2006, p. 46-47).

Habermas, que na *Teoria do agir comunicativo* analisou principalmente a tese weberiana, não concorda com a redução da modernização da sociedade a uma racionalidade instrumental; mas, ele irá se contrapor a partir de uma postura reconstrutiva, em um sentido que se possa levar em conta esses aspectos na construção de um novo procedimento que resgata o potencial comunicativo da razão para que se consiga alcançar a integração social.

Ainda sobre o formalismo do direito, para Weber, a configuração do sistema jurídico é resultado de uma racionalidade científica de especialistas. As leis de ordens públicas passam a se valer de ações privadas para a consolidação de

interesses subjetivos a partir de uma racionalidade com respeito a fins. Mas, Habermas questiona se “esses aspectos da racionalidade poderiam, de fato, ter emprestado força legitimadora à legalidade de uma dominação exercida em conformidade com o direito?” (HABERMAS, 2020, p. 570).

Segundo Habermas (2020), agora as normas jurídicas passam a ser resultado de acordos não mais fundamentados pelos ideais tradicionais, mas sim a partir de um consenso jurídico. Assim, a única forma de saber se esse acordo foi racionalmente motivado é olhando para o procedimento que fora seguido. Isso é fundamental pois o acordo é o que valida as normas jurídicas, e se ele não tiver sido fruto da liberdade dos cidadãos de debaterem, as normas não são legítimas. Sobre isso, Habermas comenta que:

No direito positivo, as normas perderam principalmente o tipo de validade consuetudinária. Por essa razão, as normas jurídicas individuais precisam ser fundamentadas como componente de uma ordem jurídica baseada em seu todo em princípios que podem colidir entre si e ser expostos a um exame discursivo. Porém, nesse plano das discussões normativas, vem à tona novamente uma racionalidade que se assemelha mais à razão prática de Kant do que a uma racionalidade puramente científica- uma racionalidade que, em todo caso, não é moralmente neutra (2020, p. 573).

Além disso, Habermas faz uma análise sobre o sistema jurídico e o direito moderno, e o seu diagnóstico irá se opor a tese weberiana, para posteriormente transformar a sua teoria da ação comunicativa em uma razão discursiva que irá servir como o próprio fundamento do direito. O grande problema de efetivar a razão discursiva como fundamento do direito é a forma como institucionalizar as vontades dos atores que agem comunicativamente.

Habermas começa a fazer, então, um percurso para entender a evolução do direito e os conceitos normativos de democracia para diagnosticar determinadas falhas, para que possa oferecer como alternativa à questão da fundamentação, um procedimento deliberativo que institucionalize a real vontade dos cidadãos.

3 O DIREITO E A TEORIA POLÍTICA HABERMASIANA

3.1 Aspectos sobre a evolução do direito

Os níveis de evolução do direito caracterizados por Habermas são influenciados pelo modelo de desenvolvimento da consciência moral formulados pela psicologia cognitiva, a saber, o nível pré-convencional, o convencional e o pós-convencional, que correspondem, respectivamente ao direito revelado, ao tradicional e o estatuído, e ao formal ou direito positivo. Importante destacar que esse modelo também é influenciado pela tese weberiana de desenvolvimento do direito a partir do nível de racionalização dos sujeitos. Na análise de Marcelo Neves, em sua obra *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*, o autor dá mais detalhes sobre o modelo:

A partir da psicologia cognitiva de Piaget, Kohlberg propõe um modelo de desenvolvimento do julgamento moral em três níveis: pré-convencional, convencional e pós-convencional ou baseado em princípios. Esses três níveis são definidos a partir de três tipos de relação do *eu* com as expectativas e normas sociais: no nível pré-convencional, as normas e expectativas sociais constituem algo externo para o eu; no convencional, o eu identifica-se com as normas e expectativas sociais ou internaliza-as; no pós-convencional a pessoa diferencia as suas próprias normas e expectativas das adotadas pelos outros, definindo os “seus valores em termos de princípios auto-escolhidos” (2006, p. 28).

Esse modelo da psicologia nos faz entender como o sujeito lida e aceita as normas sociais. Assim, pode-se notar também como se deu a evolução do direito, que parte de um cenário na qual os agentes eram mais passivos em relação às normas, para um cenário de mais participação e questionamento do poder político e jurídico.

Segundo Habermas (2012a), no direito revelado não existe um conceito de norma objetiva, ou seja, não há a diferenciação entre norma e ação, e estas se apoiam em expectativas de comportamento internas ao agente. Ele explica que os conflitos são resolvidos por ações de autodefesa, retaliação e autocomposição, e ninguém deve intervir pois os próprios envolvidos devem encontrar uma solução para esse conflito.

Assim, nesse estágio que corresponde a moral pré-convencional, não se considera a intenção dos sujeitos, mas apenas o dano causado a terceiros; com

isso, geralmente a solução dos conflitos se dá por meio de compensação do prejuízo, levando em conta apenas o dano objetivo. Já no direito tradicional, que corresponde a moral convencional, já existe a noção de norma; esta orienta a conduta dos agentes, que a tem como modelo de comportamento.

Segundo Habermas (2012a), no direito tradicional já se diferencia o plano normativo da ação e as violações às normas levam em conta a intenção do sujeito, e não apenas o dano causado. O autor ainda observa que o direito se mostra como uma metainstituição, ou seja, serve de garantia de ordem quando o poder central do estado falha; assim, há uma fusão entre direito, moral e ética, na qual o religioso legitima o poder político. Segundo Marcelo Neves:

Essa conexão indiferenciada entre poder e ordem jurídico-moral sacramente fundamentada impede, conforme o modelo habermasiano, a reflexão crítica das normas vigentes a partir de princípios. As instituições convencionais, são, em última instância, incontestáveis. A crítica apresenta-se como perigo à manutenção da ordem dominante. É um desvio condenável juridicamente (2006, p. 56).

Antes de se chegar ao direito positivo, Habermas (2012a, p. 154) insere o chamado direito deduzido; este ainda é fundamentado por princípios metajurídicos que não podem ser questionados, e não há diferenciação das esferas ética, moral e jurídica; em suas palavras, “esse tipo que corresponde à fase de transição jusnaturalista para a plena positivação do direito”.

Sobre o jusnaturalismo, Habermas (2012a) afirma que foi a primeira corrente a tentar solucionar a questão do problema de uma fundamentação procedimental do direito. Isso se deu, pois, a sua validade poderia ser contestada, uma vez que mesmo ainda sendo ancorada na natureza e na razão, essas deveriam satisfazer exigências formais para se tornarem legítimas, e com isso poderiam ser questionadas.

Somente quando se tem um direito positivado é que se pode falar em uma diferenciação entre moralidade, eticidade e juridicidade. Essa categoria, que corresponde ao nível de uma moral pós-convencional, é composto por princípios de natureza jurídica que podem ser criticáveis. Com isso, agora surge uma necessidade de fundamentação de princípios, pois uma vez criticáveis, eles tornam o direito falível e questionável.

Percebe-se que Habermas, na *Teoria do agir comunicativo*, já se preocupa com a questão de uma correta fundamentação do direito. Isso acontece principalmente quando ele se opõe a concepção weberiana da racionalidade formal do direito e do paradigma luhmanniano da positividade, pois o filósofo tenta mostrar que a própria positividade do direito deve se dar com a sua fundamentação. Ainda, para ele, essa fundamentação deve se dar por critérios legítimos; assim, se teria uma alternativa à ideia de direito weberiana que corresponde a uma racionalidade com respeito a fins.

3.2 A validade, criação e estruturação do direito moderno

Para Habermas, as análises conceituais de Weber mostram por que o direito moderno se submete à ideais de uma sociedade econômica que carece de preceitos éticos, uma vez que sujeitos tomam decisões orientados para o próprio sucesso. O autor confirma isso ao analisar três características do direito moderno, que segundo ele são a positividade, a legalidade e o formalismo. Assim, Habermas afirma que:

O direito moderno é tido como um direito positivamente estatuído. Não se constitui por meio da interpretação de tradições reconhecidas e sacralizadas; expressa, sim, a vontade de um legislador soberano que, com recursos jurídicos organizacionais, regulamenta de maneira convencional a situação social subsistente (2012, p. 452).

Mas, Habermas entende que o direito não deve levar em conta apenas as exigências de uma sociedade funcional motivada pelo poder e pelo dinheiro, e sim resgatar condições para uma integração social que se concretize. Sobre o aspecto legal do direito, Habermas entende que faz com que os indivíduos tenham uma liberdade de ação, na qual devem agir apenas em conformidade com as normas. Assim, ele afirma que:

O direito moderno não impõe motivos morais às pessoas jurídicas, a não ser uma obediência jurídica, em termos gerais; ele defende essas tendências particulares dessas pessoas no âmbito de limites sancionados. Sanções impõem-se não a sentimentos morais maldosos, mas a ações contrárias a norma (HABERMAS, 2012, p. 452).

Percebemos que Habermas analisa que a obediência dos cidadãos ao direito não necessariamente parte da sua vontade moral, ou seja, da sua vontade interna. Neste caso, as normas jurídicas devem ser a síntese da vontade desses cidadãos, pois como muitas vezes esses agem apenas por medo de sanções, as leis devem ao máximo se traduzirem na vontade da sociedade para que não se destoem da sua realidade.

Sobre o formalismo, Habermas (2012, p. 453) esclarece que desse aspecto os sujeitos garantem suas liberdades negativas, onde é permitido tudo aquilo que não é proibido, e em suas palavras “o direito moderno define os campos da arbitrariedade legítima de pessoas em particular”.

Essas características estruturais fazem parte da constituição das normas jurídicas, e segundo o autor, dão margem para que os agentes se comportem de maneira estratégica, uma vez que obedecendo às leis convencionadas, fora desse âmbito agem livremente e buscam sempre realizar seus interesses pessoais sem ter que agir necessariamente com responsabilidade moral. Assim, pode-se concluir que essas características do direito facilitam a institucionalização do agir estratégico.

Habermas concorda que o direito moderno faz com que os sujeitos tenham a liberdade de agir conforme finalidades particulares, mas, observa que não há uma explicação de como se chega a esse cenário. Para ele, o direito incorpora estruturas que resultam nesse âmbito, mas existe uma base que viabiliza esse caminho e ela deve ser considerada, para que se possa encontrar uma solução para o problema da falta de integração social nessas sociedades.

Para tentar solucionar essa questão, Habermas tenta entender como se faz a passagem da estrutura de um direito tradicional, onde se tinha um nível de consciência convencional, para o direito moderno baseado em uma consciência pós-convencional que o influencia, ou seja, que busca sentido ou justificação.

Para ele, Weber ignorou que o direito agora é baseado em uma esfera moral-prática que deve ser racionalizada para ser transformada em normas, pois elas não são mais criadas segundo valores indisponíveis, como era o direito sagrado e tradicional, e podem também ser criticadas, necessitando agora de uma fundamentação. Assim, é justamente nesse contexto, ou no âmbito de uma justificação que se pode questionar os aspectos que envolvem todo o “ser jurídico”, e não apenas reduzi-lo a uma finalidade estratégica. Sobre isso, Habermas afirma que:

A positivação, a legalização e a formalização do direito significam que a validade do direito não pode mais viver da autoridade (antes óbvia) das tradições morais; ela carece, isto sim, de fundamentação autônoma, ou seja, de uma fundamentação relativa não apenas a propósitos dados. A consciência moral só pode satisfazer tal exigência em nível pós-convencional. Somente nesse nível surgem a ideia de poder criticar de maneira fundamental, e por princípio, as normas jurídicas, bem como a ideia da carência de justificação dessas mesmas normas (2012, p. 455).

Nesse contexto, o direito moderno positivado, legal e formal exige também um aspecto de fundamentação. Quando se tratava de um direito sagrado e tradicional, estes continham um caráter de indisponibilidade que os legitimava. Tendo como referência os estágios de nível de consciência que acompanham a evolução do direito, agora com uma consciência pós-convencional, insere-se no direito a ideia de crítica ou de questionamento dessas normas que passam a ser falíveis.

A partir dessa conjuntura, passa a existir a necessidade de fundamentação do direito positivo, pois para Habermas (2012) o princípio da positivação deve se efetivar juntamente com o princípio da fundamentação. Ainda, segundo ele, além da positividade, do legalismo e da formalidade, o direito deve levar em conta o caráter da universalidade, e este é que vai gerar a necessidade de justificação e fundamentação do direito. Sobre isso, Marcelo Neves afirma que:

Ao diferenciar-se da eticidade concreta do grupo e de uma moralidade conteudística, impõe-se-lhe uma justificação racional não apenas nos limites do discurso jurídico sobre a consistência, mas também a partir dos discursos ético e moral. A legitimação procedimental implica, então, a criticabilidade dos princípios jurídicos à luz de uma racionalidade discursiva abrangente, envolvendo questões jurídicas (de consistência), pragmáticas (de estabelecimento de fins e determinação dos meios adequados a alcançá-los), ético-políticas (de valores) e morais (de justiça), assim como questões concernentes ao compromisso equitativo (2006, p. 58).

Assim, um direito que institucionaliza o agir estratégico não se trata de uma questão absolutamente jurídica, mas sim uma consequência de um problema de fundamentação dessas normas, que resulta em um agir dos sujeitos voltado para fins específicos, uma vez que as leis foram criadas sem uma fundamentação com critério ético-moral.

Habermas tenta mostrar que a questão da predominância sistêmica no âmbito jurídico tem mais a ver com o procedimento de formação das normas do direito, que quando resultante de uma ação autônoma e sem fundamentação, se torna refém da instrumentalidade política e econômica; estas esferas, certamente, estão inundadas pelos imperativos do poder e do dinheiro, o que faz que as normas sejam criadas segundo uma lógica em que aqueles que devem obedecê-las também sejam imersos nesse sistema.

Assim, para que Habermas chegue à teoria discursiva como meio de fundamentar o direito, é preciso entender como a esfera jurídica está configurada nessa sociedade para que haja a necessidade desse tipo de fundamentação. Por isso, se fez necessário antes entender os conceitos de mundo da vida e sistema, que são conceitos fundamentais na teoria do agir comunicativo, e como eles se relacionam com o direito, fazendo com que esse necessite de um procedimento discursivo para sua legitimação.

3.3 Direito, política e moral

Na idade média, a validade das formas jurídicas era obtida através dos princípios do direito natural. Se tratava de um direito sagrado que não estava à disposição do soberano, mas sim de uma instância superior. Prevalencia a ideia de um sistema jurídico constituído sob a égide de um direito sagrado, onde o rei ou imperador (que se tratava da autoridade judicial suprema) devia obediência aos preceitos religiosos.

Segundo Habermas (2020, p. 604), o direito divino ou “natural” não está à disposição da dominação política. Esse cenário caracteriza o caráter tradicional do direito, que tem sua validade ancorada no direito natural e nos ideais cristãos.

O que se pode entender desse contexto é que o sagrado é a ordem que valida o direito, e que seu caráter de indisponibilidade perante o soberano é o instrumento que garante sua efetivação e cumprimento. Assim, a legitimidade dos atos políticos do soberano deriva da obediência às normas do direito cristão. O direito entra como *medium* entre os postulados invioláveis do sagrado e a administração do detentor do poder político. Sobre isso, Habermas afirma que:

De um lado, como um meio para o exercício burocrático da dominação, o direito pode satisfazer as funções de ordenação apenas se, de outro, mantiver seu caráter não instrumental, isto é, indisponível, na forma de tradições jurídicas canonizadas que o governante tem de respeitar jurisprudencialmente. Entre ambos os momentos - o da indisponibilidade do direito pressuposto nas regulações de conflito pelas cortes e o da instrumentalidade do direito a serviço do exercício da dominação política - há uma tensão insolúvel (2020, p. 605).

Nesse contexto, Habermas já observa uma tensão entre as esferas que compreendiam o jurídico, pois nem sempre o soberano concordava com a dependência total aos mandamentos sagrados. É uma reação natural até do ser humano, pois não é fácil seguir ordens, principalmente quando elas dizem respeito a quase todas as esferas da sua vida pública e privada; porém, nessa época em que a validação era dada através de preceitos cristãos e havia uma ideia de sagrado e profano, que fortificava a indisponibilidade do direito natural, essa tensão era menos exposta e permanecia quase que imperceptível.

Com o fim da idade média, essa condição de obediência gerada pelo direito cristão foi perdendo seu lugar através do processo de secularização, ao mesmo passo em que se dava a positivação do direito. Com isso, o direito, agora positivado, carece de uma ordem legitimadora superior, sendo ele mesmo o ordenador de si mesmo. Assim:

O poder de dominação política se emancipa da ligação com o direito sagrado, tornando-se soberano [*souverän*]. A ele recai a tarefa de, por força própria, preencher as lacunas que o direito natural administrado teologicamente deixou para trás por intermédio da legislação política. Por fim, todo direito deve derivar da vontade soberana do legislador político.. (HABERMAS, 2020, p. 606).

Segundo Habermas (2020), com o início da positivação do direito no final da idade média, o papel de criar as leis, executá-las e aplicá-las é controlado politicamente por uma “instituição jurídico-política”. Assim, não existe mais o papel de uma entidade superior indisponível que guia a instrumentalidade do direito.

Porém, mesmo com a transformação do direito consuetudinário para o positivo, a tensão interna entre facticidade e validade que já existia passa a se tornar mais comum. A validade desse direito não deriva de uma instância prévia superior que tem consigo uma força validativa; assim, esses segmentos positivados se

tornam mais passíveis de questionamentos acerca de sua validade e seu caráter obrigatório.

Habermas (2020) considera o direito positivo sendo visto de forma instrumental, a partir da gestão de um comandante que tem a função de regulação judicial de conflitos e organização da sociedade. Porém, essas leis que serão aplicadas devem ter sua normatividade garantida por uma instância legitimadora, o que irá lhe validar.

Sabe-se que com o fim da idade média e a secularização, as normas jurídicas não estão mais ligadas ao direito natural. O direito mostra-se agora apenas no seu aspecto jurídico positivo, longe de uma categoria política e moral. Isso traz à tona a questão da efetivação de garantias metassociais, por exemplo, que eram asseguradas pelo direito sagrado, e agora carece de uma instância com caráter de neutralidade que possa olhar para o todo social.

Esse cenário recai, mais uma vez, na problemática de o positivismo ser uma forma eficaz de garantir a codificação da vontade social, que remete a um estado democrático de direitos.

Quando surge um novo conceito de norma jurídica, esse contexto passa a absorver as representações morais de forma diferente. Trata-se de uma norma que se traduz em sanção, e esta observa não apenas o dano causado por um agente para que se possa sanar o prejuízo, mas conta também aspectos intersubjetivos que foram cruciais na concretização do ato ilícito.

No caso em que a norma ainda levava consigo somente a função de trazer compensação de danos, poderíamos recair em uma justiça falha. Nessas sociedades, aspectos como status social, reputação ou idade, por exemplo, poderiam contar para um julgamento parcial.

O contexto mencionado é consequência negativa de um direito positivo sem uma instância superior indisponível que o validava. Sobre isso, Habermas afirma que ainda falta o poder político para o árbitro desse julgamento; “ele ainda não pode apelar à autoridade impessoalmente obrigatória da lei ou ao discernimento moral dos participantes” (HABERMAS, 2020, p. 609).

Habermas (2020) aponta para a necessidade de uma consciência moral que possa legitimar as normas jurídicas, pois com normas moralmente obrigatórias se chegaria a uma validade do direito estatal, que seria composto por reconhecimento e coerção.

Para ele, a junção de política, direito e moral, em que esta última ainda é religiosamente enraizada, resulta em um positivismo fraco, onde não há um fator legitimador forte que leve em conta os anseios e as complexidades sociais, padecendo ainda de um caráter justo e democrático. Segundo ele:

Somente em imagens de mundo tornadas complexas se forma uma consciência moral de nível superior; apenas a consciência de normas tradicionalmente ancoradas e moralmente obrigatórias altera a jurisprudência e possibilita a transformação de poder factual em poder normativo (HABERMAS, 2020, p. 610).

Quando as normas jurídicas se resumem às ordens da autoridade legislativa que as criam, significa que esse direito se dissolveu na política, e como consequência ainda temos um poder jurídico não legitimado. Ainda, a percepção de que o direito positivo garante o seu poder normativo de si mesmo, ou seja, de uma norma hipotética que se concretiza a partir de sua fidelidade à justiça, também é fraca em sua legitimação, pois ainda falta a esse direito um momento de indisponibilidade (como acontecia no direito sagrado). Sobre isso, Habermas enfatiza que:

Assim que a validade do direito perder a referência moral a aspectos da justiça, que vai além das decisões contingentes do legislador político, a própria identidade do direito deveria se tornar difusa. Pois faltam aqui os pontos de vista legitimadores sob os quais o sistema jurídico poderia assegurar a preservação de uma estrutura determinada do *medium* do direito (HABERMAS, 2020, p. 610).

Com a falta do momento de indisponibilidade, Habermas acredita que as teorias modernas do direito natural trataram de ocupar essa lacuna. Ele cita o direito racional como um estágio pós-tradicional da consciência moral, fazendo com que o direito dependa de princípios morais para se legitimar; também se coloca em pauta as teorias do contrato social, onde há a positividade de um direito que se torna dependente da soberania do estado.

Na teoria do contrato social, mesmo que o estado detenha o poder advindo de um contrato firmado entre todos daquela sociedade, ele adquire muito mais um status organizacional do que de justiça. Esse direito depende mais da vontade do soberano (que obteve o poder de forma “legítima”) do que de ideais de justiça. Com isso, Habermas reforça que:

Com a positividade de um direito que se torna dependente da soberania estatal, a problemática da fundamentação não desaparece, mas apenas se desloca em direção ao fundamento agora débil, de uma ética profana, pós-metafísica e desacoplada das imagens de mundo (2020, p. 611).

Desse contexto, depreende-se que no caso do contratualismo, o caráter justificador do direito é o próprio poder resultante do contrato, pois através dele os direitos subjetivos devem ser universalizados na forma de dominação legal exercida pelo direito positivo. As cláusulas deste contrato, por conseguinte, devem ter seu conteúdo pautado a partir daquilo que todos os que o firmaram podem racionalmente querer.

Assim, a regulação estatal só pode se efetivar se estiver em consonância com aquilo que todos os envolvidos no contrato desejam. Com isso, o contrato social se torna o procedimento utilizado para fundamentar a ordem soberana, ou ordem política materializada pelo direito positivo, que também deve contar com princípios morais. A consciência moral deve se tratar agora de um fator de legitimação e desenvolvimento do direito. Habermas afirma então que:

Essa ideia procedimental básica revela que a razão do direito natural moderno é uma razão essencialmente prática - a razão de uma moral autônoma. Ela requer o discernimento entre normas, princípios de justificação e procedimentos - procedimentos mediante os quais examinamos se as normas podem contar com um assentimento universal à luz de princípios válidos (2020, p. 612).

Habermas observa que com os avanços sociais, a ideia de um direito racional totalmente ligado a moral não oferece as bases suficientes para a organização da sociedade. O direito racional se estabelece a partir de vontades subjetivas dos sujeitos que irão fornecer a base normativa para esse ordenamento jurídico; os sujeitos, baseiam suas experiências subjetivas através da sua autonomia advinda da liberdade individual, fazendo com que o direito seja o resultado do Direito privado burguês.

Habermas (2020) analisa então a doutrina do direito desenvolvida por Kant, que se insere no quadro de uma teoria moral. Em suas palavras, na teoria kantiana:

O princípio universal do direito, que fundamenta objetivamente toda legislação, resulta do Imperativo Categórico. Desse princípio supremo de legislação decorre, por sua vez, o direito subjetivo

original de cada um a obrigar todos os outros parceiros do direito a respeitarem sua liberdade, na medida em que concorda com a igual liberdade de todos segundo leis universais (HABERMAS, 2020, p. 613).

Diante desse cenário, Habermas (2020, p. 613) observa que mesmo as versões de Hobbes e Kant do direito não encontram a explicação racional das condições de legitimidade do direito. No caso de Kant, isso acontece, pois ele “insere de tal modo o momento da indisponibilidade nos fundamentos morais do direito que o direito positivo acaba sendo submisso ao direito racional”.

É possível concluir que na teoria do direito de Kant o aspecto instrumental do direito é deixado em segundo plano. Habermas (2020, p. 613) comenta que sob esse aspecto “Os poderes do Estado, que se diferenciam entre si, caem todo à sombra de uma *res publica noumenon*, justificada pela razão, que deve encontrar na *res publica phaenomenon* o reflexo mais fiel possível de si mesma.”

Sobre isso, Juliano Oliveira (2018) entende que Kant tentou uma teoria apoiada entre a vontade soberana e a autonomia, objetivando fazer uma ligação entre direitos humanos e soberania popular. Porém, para o autor, Kant não conseguiu unir os dois conceitos, sugerindo que essa autonomia política se aproximasse mais de ideias liberais.

Com isso, a positivação do direito a partir do direito racional fica totalmente submetida aos imperativos da razão, onde política e direito são colocados como subordinados de órgãos de execução das leis de razão prática; assim, a política acaba perdendo seu caráter legitimador, e o direito perde sua positividade.

Habermas (2020, p. 153) entende que o direito racional padece de um déficit na coordenação da conexão interna entre direito subjetivo e objetivo, ou seja, entre autonomia privada e pública; para ele, essa condição “só pode ser explorada se levarmos a sério e explicitarmos de maneira adequada a estrutura intersubjetiva dos direitos e a estrutura comunicativa da autolegislação”.

Diante do exposto, percebemos que Habermas, ao analisar a contribuição do direito racional, já encontra um problema na fundamentação das leis. Mesmo com o caráter de indisponibilidade que garantia que essas normas não fossem questionadas, ainda assim havia a possibilidade de instabilidade no âmbito jurídico-político.

Não obstante, a própria estrutura desse estado estava sujeita a um regramento jurídico que não observava as demandas e necessidades da sociedade, gerando um cenário de desigualdades e até mesmo de não respeito às normas. Disso, percebe-se que problema da tensão entre a facticidade e a validade já está presente no direito antes mesmo de sua positivação, e Habermas tenta solucionar esse problema interno tentando clarear a relação entre direito e moral.

3.4 A relação entre direito e moral em Habermas

3.4.1 Moral e direito: reformulação de aspectos kantianos

Como visto anteriormente, Habermas analisou aspectos do ponto de vista do direito racional na teoria contratualista de Hobbes e de Kant e pôde observar que já existia o problema da legitimação das normas jurídicas. Ao olhar para a teoria kantiana, Habermas (2020) entende que a sua doutrina não responde suficientemente a relação entre os princípios morais, da democracia e do direito; ele passa então a tentar entender essa relação por um olhar no qual o direito não seja mais reduzido ao conceito de autonomia.

Habermas começa a delinear a diferenciação entre as regras jurídicas e as morais, pois é fundamental entender a relação entre esses dois institutos para poder concretizar as ideias da sua teoria discursiva do direito. Sobre a importância de se compreender a relação entre direito e moral no âmbito da filosofia do direito, Delamar Volpato Dutra, em seu texto intitulado *O conteúdo moral dos direitos básicos segundo Habermas*, afirma que:

De fato, se a coação é uma propriedade do direito, a correção é uma outra propriedade que não pode ser deixada de lado. Pode-se mesmo afirmar que a filosofia do direito é dependente da atribuição ou não atribuição de tal propriedade ao direito. Se ela não for atribuída, seja de que forma isso for feito, a filosofia do direito terá pouco a dizer em relação a esse objeto de estudo. Portanto, sob o ponto de vista da filosofia do direito, tal propriedade é atribuída ao direito, restando estabelecer como ela deve ser pensada (2009, p. 161).

A fundamentação moral é aquilo que nos permite decidir sobre a adequação de normas de ação ou de juízos acerca de determinadas normas; é uma forma de

resgatar o aspecto de justeza. No ideal de Kant, o fundamento moral se expressa através de uma lei da liberdade, onde todos convivem com a igual liberdade de todos através de uma lei geral. Nas palavras de Habermas:

Esse sistema de direitos, que compete de forma inalienável a cada homem e ao qual “homem nenhum poderia renunciar mesmo se quisesse”, legitima-se por princípios morais antes mesmo de se diferenciar na figura de leis públicas, isto é, independentemente da autonomia política dos cidadãos, a qual se constitui tão somente com o contrato social. Desse modo, os princípios do direito privado gozam já no estado de natureza da validade de direitos morais; assim, os direitos naturais que protegem a autonomia privada dos homens precedem a vontade soberana do legislador. Sob esse aspecto, a soberania da vontade unificada e concordante dos cidadãos é limitada por meio de direitos humanos fundamentados moralmente (2020, p. 149).

Para Habermas, a complexidade existente nas relações sociais na modernidade faz com que cada vez mais os agentes encontrem dificuldades para solucionar problemas e entrarem em consenso sobre temas importantes na vida cotidiana. Assim, a moral (como um guia das ações justas do homem), só consegue alcançar efetividade quando traduzida para o código do direito. Habermas não rejeita totalmente a ideia kantiana de direito, mas agora este não é mais reduzido a ideia de uma razão prática, pois segundo ele:

Com esse princípio da autonomia, Kant reagiu à tentativa frustrada de Hobbes de justificar o estabelecimento de um sistema de direitos burgueses meramente a partir do autointeresse esclarecido dos participantes, sem o auxílio de fundamentos morais. Se olharmos de volta para Hobbes de uma perspectiva kantiana, encontramos uma leitura que enxerga nele mais o teórico de um Estado de direito burguês sem democracia do que o apologista do absolutismo ilimitado (2020, p. 136-137).

Segundo Dutra (2009), Kant rejeita um olhar puramente empírico a respeito do direito, e acaba por fazer uma simbiose entre as normas jurídicas e a moral; assim, a obrigatoriedade das normas do direito existe pois elas seguem preceitos morais.

A razão prática de Kant remonta ao papel de homem político, deslocando para ele o peso de legitimador de uma moral, como se ele pudesse ser capaz de levar em conta a presença de todos os outros membros da sociedade na hora de

tomar decisões importantes. Em sua teoria, temos um direito visto pela autonomia da vontade, e a liberdade é posta a partir da razão prática que fundamenta a esfera jurídica. Assim, para ele, o sujeito “[...] age só segundo a máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal” (KANT, 1980, p. 55).

Não se pode negar que a moral tem uma relação complementar ao direito, mas Habermas parte de uma reconstrução na qual o direito não seja visto apenas como subclasses das leis morais. Em sua visão:

Kant obtém o “princípio geral do direito” da aplicação do princípio moral a “relações externas” e dá início a sua doutrina do direito com aquele direito a iguais liberdades subjetivas revestidas de uma coerção autorizada, as quais cabem a cada homem por “força de sua humanidade”. Esse direito originário regula o “meu e seu interiores”; na aplicação ao “meu e seu exteriores”, resultam dele os direitos subjetivos privados (HABERMAS, 2020, p. 148).

A partir desse panorama, o autor passará a defender uma relação de complementaridade entre direito e moral. Habermas entende que o direito possui um caráter funcional e de ação que falta na moral; além disso, no campo moral não é necessário positivizar as decisões tomadas. Assim, ele passará a defender uma tese de complementaridade entre essas duas esferas, na tentativa de sanar o problema da legitimidade das normas.

3.4.2 A complementaridade entre direito e moral

Ao analisar o Direito, Habermas identifica deficiências, dentre elas, o problema de legitimidade, que ao seu ver, pode ser solucionado a partir de uma teoria do discurso. Porém, antes de se dedicar a elucidar dúvidas a respeito desses problemas, ele elege como importante clarear a relação entre direito e moral. Assim, Habermas assevera que:

Gostaria de esclarecer as determinações formais do direito recorrendo à relação de complementaridade entre direito e moral. Esse esclarecimento é parte de uma explicação funcional, não de uma fundamentação normativa do direito. Pois a forma jurídica não é um princípio que possa ser “fundamentado”, seja em termos epistêmicos, seja em termos normativos (2020, p. 160).

Vimos que a partir da visão positivista o direito é formado por leis criadas a partir de uma norma legal superior, o que vai validar e legitimar aquele ordenamento jurídico. O positivismo veio de encontro com a ideia da razão prática de Kant, que idealiza uma Lei moral universal válida igualmente para todos os seres racionais. Assim, Habermas afirma que:

A formulação do princípio moral segundo a teoria do discurso já sobrepuja as fronteiras, histórica e socialmente contingentes, entre âmbitos da vida privados e públicos; ela enfatiza o sentido da validade universalista de regras morais ao exigir que a assunção ideal de papéis, que segundo Kant é efetuada de modo privado por cada indivíduo, converta-se em uma práxi pública, exercida coletivamente por todos (2020, p. 158).

Na razão prática kantiana, o homem age como ser moral racional e se submete a deveres criados por ele próprio, como um indivíduo universal. Para ele, uma vontade perfeita jamais levaria a ações conforme a lei como sugere o positivismo, pois sempre existiria uma coincidência entre o dever e a vontade. É o que Kant (1980, p. 144-145) chama de autonomia da vontade, “pois é aquela sua propriedade graças a qual ela é para si mesma a sua lei”.

Kant (1980), na obra *Fundamentação da metafísica dos costumes*, defende o conceito de lei da liberdade moral, na qual o indivíduo a partir de sua própria consciência estabelece como agir; trata-se de uma “consciência moral”. Habermas descreve que “a teoria moral fornece os conceitos superiores: vontade e arbítrio, ação e mola impulsionadora, dever e inclinação, lei e legislação, que servem inicialmente para a determinação do agir e do julgar moral” (HABERMAS, 1997, p. 30).

Segundo o autor Francisco Jozivan Guedes de Lima (2017), em sua obra intitulada, *A teoria da justiça de Immanuel Kant: esfera pública e reconstrução social da normatividade*, a teoria da justiça kantiana inicialmente se dá a partir de um modelo de justiça metafísico transcendental que entende a liberdade como único direito inato que pode fundamentar a justiça e ser como cerne do direito positivo. Ainda sobre a teoria da justiça kantiana, Lima (2017) a complementa com os modelos moral-construtivista e, por fim, o público-socionormativo.

Olhando para a visão puramente positivista do direito e para a visão kantiana, Habermas (1997, p.139) afirma que as dificuldades enfrentadas pelo Direito não

devem ser solucionadas apenas pelas ideias defendidas pela filosofia da consciência de Kant, por exemplo, tampouco pelo embate existente entre o direito natural e o direito positivo, já que ele defende uma ideia de direito que não se limita a apenas um conceito sociológico ou normativo.

Segundo Habermas, (2020) o princípio da moralidade se refere a todas as normas de ação que são justificadas com o amparo somente de argumentos morais; já o princípio da democracia tem um recorte segundo normas jurídicas. Sobre isso, ele complementa:

Os dois aspectos sob os quais distinguimos o princípio da democracia e o princípio moral correspondem, assim, a duas tarefas que cabe ao almejado sistema de direitos cumprir. Ele não deve apenas institucionalizar uma formação racional da vontade política, mas também garantir o próprio *medium* pelo qual esta pode ser expressa como vontade comum de parceiros do direito livremente associados (2020, p. 160).

Assim, ao tratar da relação entre Direito e Moral, Habermas defende que a relação existente entre essas duas esferas é de complementaridade, como ele afirma ao dizer:

Mesmo que o conceito kantiano de legalidade tenha até aqui se mostrado útil para conduzir a análise das determinações formais do direito, não podemos entender os aspectos da legalidade como restrições da moral; em vez disso, gostaria de esclarecê-los a partir da relação de complementaridade entre direito e moral segundo o modo como nos é sugerido pela sociologia: a constituição da forma jurídica se faz necessária para compensar os *déficits* surgidos com a decomposição da eticidade tradicional (2020, p. 162).

Desse quadro, percebemos a tentativa de mostrar um princípio moral que não seja resumido à ideia de autonomia, mas que possa também incorporar características do princípio da democracia. Assim, segundo Habermas (2020), o princípio da democracia não apenas estabelece um meio de criação legítima de normas jurídicas, mas orienta a forma de produção do próprio *medium* do direito.

Ainda analisando a teoria Kantiana, Habermas percebe que ele traça olhares ao princípio do Direito defendendo que ele limita o princípio moral, pois, o Direito não contempla a vontade livre do indivíduo, mas sim o arbítrio dos destinatários, que abrange apenas as relações externas dos indivíduos e que ainda dá autorização

para sanções e coerções (HABERMAS, 1997, p. 140). Ele complementa afirmando que:

Em primeiro lugar, o direito faz abstração da capacidade dos destinatários vincularem sua própria vontade livremente, contando apenas com seu *arbítrio*. Além disso, o direito faz abstração da complexidade dos planos de ação inseridos no mundo da vida, restringindo-se à relação externa do comportamento interativo entre atores sociais típicos. Por fim, como vimos, o direito faz abstração do *tipo de motivação*, contentando-se com o efeito da ação em conformidade à regra (HABERMAS, 2020, p. 160-161).

Kant entende um direito diluído na moral, na qual a sua instituição na sociedade é um dever moral. Ele define a condição do direito como “aquela relação dos seres humanos entre si que encerra as condições nas quais, exclusivamente, todos são capazes de fruir seus direitos” (HABERMAS, 2005, p. 150).

A ideia de direito Kantiano se resume em um direito natural da liberdade que se baseia em uma condição moral. Segundo Habermas, essa percepção claramente se afasta da ideia de direito positivista, e ele afirma que “os direitos, como doutrinas sistemáticas, são divididos em direito natural, o qual se apoia em um princípio *a priori*, e direito positivo (estatutário), o qual provém de um legislador” (HABERMAS, 2005, p. 83).

Como se viu, Habermas entende a autonomia com a figura do princípio moral e o da democracia, para que se evite uma diluição do direito na moral, e afirma que:

E ele (o conceito de autonomia) pode servir para esclarecer aspectos sob os quais as regras do direito distinguem-se das morais. A partir daí os direitos humanos, inscritos na prática de autodeterminação democrática dos cidadãos, têm de ser interpretados *a limine* como direitos jurídicos, não obstante o seu conteúdo moral (1997, p. 140).

Os desdobramentos de Habermas no livro *Facticidade e validade*, nos levam para uma ideia de reformulação da razão prática kantiana, pois as ideias desse teórico não são, de certo, totalmente descartadas, uma vez que o próprio Habermas destaca a importância dos princípios morais, e ele diz::

Uma ordem jurídica só pode ser legítima, quando não contrariar princípios morais. Através dos componentes de legitimidade da validade jurídica, o direito adquire uma relação com a moral. Entretanto, essa relação não deve levar-nos a subordinar o direito à

moral, no sentido de uma hierarquia de normas. A ideia de que existe uma hierarquia de leis faz parte do mundo pré-moderno do direito. A moral autônoma e o direito positivo, que depende de fundamentação, encontram-se numa relação de complementação recíproca (HABERMAS, 1997, p. 141).

Mas, Habermas entende que um direito baseado apenas em princípios morais pode não ser eficaz. Os seres humanos padecem de uma imagem de mundo compartilhada; infelizmente ainda somos levados à uma concepção individualista de ser, e pensamos os sistemas culturais de valor a partir de uma hierarquia entre eles (temos esferas de valor, grupos com regras específicas de funcionamento).

Segundo Habermas (1997), antes havia um direito entrelaçado na ética, onde os dois se confundiam. Porém, houve uma mudança de cenário, o que deu início à processos de diferenciação, na qual questões jurídicas se separam das questões éticas e o direito positivo se separa dos usos e costumes.

A racionalização cultural trata-se de entender como moral e direito se separam, além de também poder se tomar como um giro reflexivo. Não temos mais uma eticidade que perpassa a tudo, mas sim sistemas culturais de valor que irão orientar as ações dos indivíduos, todos separados e sem hierarquia entre eles. Esse contexto gera um problema de integração cultural.

Assim o problema de um direito diluído na moral individual se agrava pois, em uma sociedade de pessoas com visões individualistas, como pensar atitudes de forma que não agrida a existências das outras pessoas, se baseando num viés solidário e universal? Habermas reflete que o homem, por si só, encontrará dificuldades para realizar esse exercício.

Juliano Oliveira (2018) entende que Habermas começa a delinear uma legitimação do direito no âmbito de uma explicação funcional, onde pensa a moral e o direito através de um sentido sociológico complementar. Segundo ele:

Por “direito”, Habermas entende o moderno direito normatizado, que se apresenta com a pretensão à fundamentação sistemática, à interpretação obrigatória e à imposição. O direito na perspectiva habermasiana, não representa apenas uma forma do saber cultural como a moral, pois forma, simultaneamente, um componente importante do sistema, em termos de ação e de eficácia nas soluções dos problemas, interligando-se com a comunicação dos sujeitos. (OLIVEIRA, 2018, p. 128).

Assim, a resposta mais viável para Habermas torna-se justamente a união entre a moral e o direito, uma vez que a primeira representa uma forma de saber cultural e, segundo ele “a moral autônoma, baseada unicamente em fundamentos racionais, ocupa-se tão somente da correção do juízo.” (HABERMAS, 2020, p. 162). Já o direito vem para reforçar a prática desses saberes, já que adquire uma obrigatoriedade no nível institucional, e, além disso, é um sistema de ação. Segundo ele:

Uma moral racional, na medida em que não se encontra suficientemente ancorada nos motivos e orientações de seus destinatários, depende de um direito que imponha o comportamento conforme à norma, deixando aberto seus motivos e orientações. O direito positivo recobre as expectativas normativas com ameaça de sanção, de modo que os destinatários podem se limitar a considerações de prudências orientadas pelas consequências de suas ações (HABERMAS, 2020, p. 165).

Mais uma vez percebemos que Habermas (1997, p. 142) tenta contrapor a ideia de que o direito se dilui à moral, defendendo a ideia de complementaridade entre ambos, pois “as normas de ação no geral, aquelas que ditam o agir do homem, se ramificam em regras morais e jurídicas”.

No mundo moderno, o Direito desempenha mais funções no mundo social do que a moral. Se reduzirmos o direito à moral, essa visão puramente moralizante esquece da política, por exemplo. A forma jurídica passa a compensar déficit ou falhas de uma moral racional autônoma, pois não temos um etos global que perpassa a sociedade como um todo (religião, etc.). Sobre a moral, Habermas complementa:

Naturalmente, essa moral culturalmente oscilante também se refere a ações *possíveis*; mas já não possui por si mesma nenhum contato com os motivos que podem lhe conferir força impulsionadora para converter-se em prática, nem com instituições que cuidam para que as expectativas moralmente justificadas sejam de fato cumpridas (2020, p. 162).

Há uma diferenciação das esferas culturais de saber, então estamos subordinados à várias formas de subordinação da ação. Mas, o homem tem vários níveis de questionamentos práticos sobre o que deve fazer, e nem sempre está disposto a resolver os conflitos sob um ponto de vista que leve em conta a existência

dos demais em sociedade. Pensa-se em uma ótica individual ou de grupos. Assim, a moral por si só não é suficiente, pois nem sempre os indivíduos vão internalizá-la e agir pensando no todo.

O homem precisa de um saber cultural válido e legítimo, mas para ser efetivo é preciso ser complementado com outro saber cultural que além disso, seja um saber de ação. E esse saber cultural e de ação é o direito positivo moderno (uma vez que tem vínculos com os componentes do mundo da vida e da coerção), pois com seu efeito coercitivo, vai tornar efetiva a moral. Assim, Habermas afirma:

À luz da teoria do discurso, o princípio moral ultrapassa os limites históricos casuais, diferenciados socialmente, traçados entre domínios vitais públicos e privados; nela se leva a sério o sentido universalista da validade das regras morais, pois se exige que a aceitação ideal de papéis – que, de acordo com Kant, todo indivíduo singular realiza *privatim* – seja transportada para uma prática pública, realizada em comum por todos. Além do mais, uma divisão regional entre as competências da moral e do direito de acordo com domínios de ação públicos e privados não faz sentido, uma vez que a formação da vontade do legislador político se estende também aos aspectos morais da matéria a ser regulamentada. Em sociedades complexas, a moral só obtém efetividade em domínios vizinhos, quando é traduzida para o código do direito (1997, p. 145).

A moral é capaz de orientar a ação, mas não é capaz de dispor as pessoas para agir, para isso ela precisa do direito. Habermas enxerga nisso uma forma de compensação, pois para ele o direito alivia a pessoa moral das altas exigências que os sujeitos estão submetidos para julgar e agir moralmente, reduzindo-a a uma pessoa de direito. Ainda sobre o direito, Habermas afirma que:

O direito é ao mesmo tempo: um sistema de saber e um sistema de ação; ele pode ser entendido tanto como um texto repleto de proposições e interpretações normativas tanto como uma instituição, isto é, como um complexo de regulamentações da ação (2020, p. 163).

Importante ressaltar que em Habermas existe uma prioridade do justo sobre o bem. Sobre isso, Juliano Oliveira comenta que:

[...] O bem é se referiria ao que é avaliado como adequado às nossas preferências e inclinações partilhadas intersubjetivamente, mas restritas a uma forma de vida específica. Já o justo avaliaria o que é igualmente do interesse de todos os concernidos através de um

discurso livre, independentemente das concepções de bem ou felicidade. No justo, o critério é essencialmente o caráter discursivo das normas (2018, p. 164).

Moral e direito devem ser legitimados. As normas serão legítimas quando os destinatários puderem se ver como coautores dessas normas. A relação não se esgota nesse vínculo funcional entre moral e direito, e precisa de um princípio neutro, que seria o princípio do discurso. Sobre a neutralidade do direito, Juliano Oliveira complementa que:

Habermas defende que os princípios de justiça devem ser neutros diante das noções controversas do bem. Por isso, como vimos antes, o princípio da neutralidade é um componente necessário de uma prática inevitável, para a qual, segundo ele, não há alternativas. Habermas ressalta a tese do discurso como instância moralmente neutra. Sua introdução já pressuporia que questões práticas pudessem ser julgadas imparcialmente a partir da ideia de que o princípio do discurso seria anterior e neutro frente à moral e ao direito (2018, p. 165).

Segundo Habermas (1997, p. 142), esse princípio diz que “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”. A partir dessas análises, Habermas passa a introduzir o que seria o *médium* entre direito e moral, um princípio que, segundo ele, é neutro e trará uma mudança no modo de fundamentação, que será então uma fundamentação pós-metafísica, se tratando agora de uma razão que se opera comunicativamente.

Agora, com a razão comunicativa proposta por Habermas (1997, p. 310), não há o apelo a uma esfera de fundamentação apenas racionalizada que informe, imediatamente, a ação do homem a partir de um viés arbitrário como o positivista. Como ele bem pontua, “a positividade do direito força uma divisão da autonomia, que não possui equivalente no campo moral”. Assim, ele defende não uma dependência moral, como Kant, mas uma complementaridade entre direito e moral, e vai se basear no princípio do discurso para ser o *médium* dessa relação.

4 FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO EM HABERMAS

4.1 A teoria discursiva do direito

Como visto anteriormente, para Habermas é importante reformular a razão prática kantiana para uma razão discursiva deontologicamente neutra. O direito tem um fator coercitivo que é capaz de fazer os cidadãos agirem, diferentemente da moral. Porém, as normas jurídicas devem ser legítimas, e para ele esse cenário só é possível quando todos os cidadãos participam do processo de formação das normas. Em suas palavras:

[...] a *legitimidade* das regras é medida pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão da validade normativa, em última instância se são obtidas em um procedimento racional de legislação – ou se puderam ao menos ter sido justificadas sob pontos de vistas pragmáticos, éticos e morais. A legitimidade de uma regra é independente de sua imposição factual. Mas, pelo contrário, a validade social e a obediência factual variam com a crença na legitimidade dos parceiros de direito, e esta se apoia por sua vez na suposição da legitimidade, ou seja, na ideia de que as normas são passíveis de fundamentação (HABERMAS, 2020, p. 65).

Segundo Habermas, os indivíduos, como sujeitos de direito, são ao mesmo tempo autores e destinatários das normas jurídicas. Essa concepção parte da reconstrução da ideia de autonomia. Assim, Habermas (2020, p. 168) afirma que “esse sistema deve conter precisamente aqueles direitos fundamentais que os cidadãos têm de se atribuir mutualmente se pretendem regular legitimamente sua convivência com o meio do direito positivo”.

Segundo Habermas (2020), a formulação do direito se constitui em um processo circular, no qual a letra da lei e aquilo que torna o direito legítimo (seu caráter democrático) se formam cooriginariamente. Podemos entender como facticidade do direito o seu aspecto coercitivo, ou seja, o seu potencial de alterar a realidade. Já a validade se trata de uma pretensão de legitimidade, que é a condição de um estado democrático de direito. A facticidade usa do seu aspecto de legalidade para impor as leis jurídicas aos cidadãos; Porém, muitas vezes essas leis não caracterizam a realidade social desses agentes, o que faz com que não haja respeito por parte da população para com o ordenamento jurídico vigente.

Habermas foi capaz de enxergar o problema da tensão entre a facticidade e a validade interna ao direito (entre norma e realidade). O autor entende que para serem válidas, as normas não dependem apenas da legalidade (que as positiva e dá o caráter coercitivo), pois esse aspecto não garante a obediência desses direitos pelos cidadãos. Mas, quando esses agentes se sentem representados, ou seja, quando as normas refletem realmente a realidade do seu contexto social e suas necessidades, elas terão mais possibilidades de serem seguidas por grande parte dessa sociedade. Assim, ele complementa:

A ideia de autolegislação precisa se fazer valer no próprio *medium* do direito. Por isso, as condições sob as quais os cidadãos podem julgar, à luz do princípio do discurso, se o direito que estabelecem é legítimo, são por sua vez garantidas juridicamente (HABERMAS, 2020, p. 171).

Assim, para Habermas, a fundamentação do direito não se concentra no seu caráter legal (positivo), mas sim em um caráter de representação (legitimidade); Em suas palavras “para a implementação do princípio do discurso, como princípio da democracia, no processo de produção legislativa fazendo uso de iguais direitos de comunicação e participação, o *medium* do direito deve ser exigido” (HABERMAS, 2020, p. 178).

Com esse cenário, Habermas também consegue sanar o problema entre autonomia pública e privada, pois com a positivação das normas do direito e a sua legitimação através da razão discursiva, o procedimento tende a dar voz aos inúmeros agentes sociais. Sobre a razão discursiva, ele afirma que:

À luz do princípio do discurso, portanto, podem ser fundamentados direitos básicos à justiça que assegurem a todos a mesma proteção jurídica, igual direito de serem ouvidos, igualdade na aplicação do direito, isto é, igualdade perante a lei etc (HABERMAS, 2020, p. 175).

Percebe-se que a aplicação da teoria discursiva como fundamento do direito foi pensada levando em conta diversas questões que foram problematizadas durante as pesquisas de Habermas, desde a formulação da teoria da ação comunicativa. Essas problemáticas também não se limitam à esfera jurídica, pois como visto, ele também utilizou uma gama de questões vindas da sociologia para poder se aprofundar em questões jurídicas e propor uma melhor alternativa.

Como se trata de uma teoria procedimental que pretende institucionalizar discursos, Habermas propõe então uma síntese entre aspectos dos direitos humanos e soberania popular para sanar déficits desses modelos normativos, e atingir um cenário mais justo e democrático.

4.2 Direitos humanos, soberania popular e a política deliberativa

Em *Facticidade e Validade*, Habermas retoma algumas discussões políticas e tenta mostrar que a sua teoria do agir comunicativo não é cega para a realidade das instituições. Como visto nas críticas anteriores, a legitimação do direito se concentrou na política legislativa, deixando em segundo plano os processos políticos.

Habermas (2020) propõe uma teoria que envolve a negociação de formas de argumentação a respeito desse processo político; ela deriva de processos e pressupostos de comunicação onde a razão assume figura procedimental. Com isso, ele pretende reconstruir a democracia com conceitos básicos que nos façam enxergar na política uma razão, no sentido de justificação. Assim, essa forma de operar um sistema político não pode ser descrita adequadamente, nem mesmo em nível empírico, se não se leva em conta a validade do direito e o que o legitima.

Habermas (1997) faz uma análise entre a facticidade e a validade, ou seja, uma reformulação de como se compreende a esfera normativa de um estado de direito e sua adesão pelos agentes sociais, que segundo ele se trata de uma tensão externa ao direito, entre a autocompreensão da normatividade do estado de direito (a partir da teoria do discurso) e a facticidade social dos processos políticos (que se mostram nas formas constitucionais).

Habermas passa então a tentar superar os modelos normativos (liberal e republicano) que tinham protagonismo no âmbito político e tenta se centrar em um modelo social de democracia; ele pensa uma forma de tornar as instituições legítimas, fazendo com que sua filosofia política se baseie em uma democracia deliberativa, um modelo que vai se contrapor a certos moldes do liberalismo e do republicanismo e vai conciliar a liberdade do indivíduo e o público.

Habermas defende um modelo procedimental de democracia onde não há mais uma centralidade do estado, e que também seja neutro em relação às individualidades. Segundo Juliano Oliveira

O pensamento pós-metafísico tornou possível, na filosofia política, a articulação do conceito de democracia deliberativa, mediado por uma crítica tanto ao liberalismo como ao republicanismo, que em Habermas ganha novos aspectos, através da tentativa de conciliação entre autonomia privada e pública (2018, p. 116).

Habermas inicia sua crítica ao modelo liberal a partir da análise da fundamentação empirista das regras do jogo democrático na teoria de Werner Becker. Para Habermas, nessa teoria a validade das normas tem efeito estabilizador, tratando-se de uma solução superficial e que não justifica as normas. Ele continua explicando que se trata de uma democracia apoiada na concorrência (votos da maioria).

Habermas (2020), complementa ainda que a teoria de Becker se trata de uma visão positivista baseada no ideal dos direitos humanos suprapositivos, e consequentemente na ideia de contingência. Mas para ele, trata-se de um modelo falho, podendo se refletir em uma tirania da maioria. Ele explica que:

Quando os concernidos pretendem se apropriar dessa explicação da perspectiva dos participantes, acabam buscando fundamentações para o subjetivismo ético – seja nos direitos humanos hiperpositivos, seja com ajuda de um ponto de vista moral elucidado em termos deontológicos, de acordo com o qual só é válido o que *todos* poderiam querer. Mas com tais pretextos racionalistas – é o que nos ensina o empirismo -, eles se subtraíam do discernimento específico sobre a contingência insuperável daquilo que consideram normativamente válido. Contudo, justamente a consciência dessa contingência torna a explicação objetiva oferecida insatisfatória para os participantes no processo democrático. Eles precisam ao menos de uma explicação racional com respeito a fins de por que as normas impostas pela maioria deviam ser aceitas como válidas pela respectiva minoria que a foi vencida por votos (HABERMAS, 2020, p. 374).

Para Habermas, essa luta pelo poder e força traz também um efeito social e psicológico intimidatório como consequência da disputa político-ideológica dos partidos políticos concorrentes (usando apenas bons argumentos para alcançar um

objetivo a partir de uma retórica de convencimento da esfera pública.). Assim, para ele, o cidadão não teria uma razão suficiente para se manter nas regras desse jogo democrático, ou seja, não há legitimidade. Sobre isso, Juliano Oliveira afirma que:

A política liberal é determinada pela concorrência entre aqueles que agem estrategicamente, almejando a manutenção ou a conquista de posições de poder. O êxito nessa concepção de política é medido de acordo com a concorrência dos cidadãos em relação a pessoas e programas, o que se quantifica através de números de votos. Desse modo, as eleições têm a mesma estrutura que os atos eletivos de participantes do mercado voltados à conquista de Êxito, uma vez que os partidos políticos lutam numa perspectiva que se orienta pela busca do sucesso. Os eleitores licenciam, através dos partidos políticos, o acesso a posições de poder, por meio de uma democracia indireta (2018, p. 118).

Para Habermas (2020), esse cenário implica na legitimação do poder político como o único papel da formação da vontade democrática no modelo liberal. Ele afirma que não existe qualquer tipo de medida capaz de avaliar a equidade de compromissos, ou seja, trata-se de uma justiça social amparada em um equilíbrio equitativo de interesse de grupos sociais. Ele ainda complementa que:

De acordo com a concepção liberal, o processo democrático se realiza exclusivamente na forma de compromissos de interesses. As regras de formação de compromissos – que devem assegurar a equidade dos resultados mediante o direito universal e igual ao voto, a composição representativa mediante o direito universal e igual ao voto, a composição representativa das corporações parlamentares, o mecanismo de tomada de decisão, suas leis ordinárias etc. – estão fundamentadas em última instância nos princípios liberais da Constituição. (HABERMAS, 2020. P. 379).

A crítica de Habermas ao modelo liberal perpassa vários motivos, mas se resume em uma visão de que esse modelo programa o estado para que ele esteja voltado aos interesses do indivíduo (como nas teorias de Kant e John Locke). Esse modelo prioriza uma comunidade jurídica que preza pela igualdade dos direitos subjetivos dos seus cidadãos, colocando os direitos humanos acima de outros princípios. Juliano Oliveira comenta que:

Sobre os aspectos negativos da política liberal, Habermas explica que essa destaca unicamente uma política ligada ao aparelho do Estado, desprezando o conjunto de cidadãos capazes de agir. Tal centralismo político impede o potencial comunicativo dos cidadãos, já

que seria o Estado unicamente encarregado do fazer político (2018, p. 120).

Percebe-se que para Habermas o paradigma liberal remonta à uma tradição legalista. Aqui, a política tem uma função de mediação entre interesses privados e coletivos e há uma visível separação entre o poder do Estado e a sociedade civil (algo que Habermas defende que deve ser superado) fazendo com que aquele se isole da sociedade. Nesse contexto, os cidadãos perdem o protagonismo na questão política, ficando esta somente a encargo do estado.

Ao se referir ao modelo republicano, Habermas (2020) enxerga uma forma reflexiva de vida ética substancial e entendimento mútuo. Para ele, trata-se da formação democrática da vontade pelo entendimento ético político. A sociedade se constitui através de um todo estruturado politicamente por meio do consenso de sujeitos privados exercidos por vias culturais. Em suas palavras:

[...] de acordo com a concepção republicana, a formação democrática da vontade deve se realizar na forma de uma autocompreensão ético-política; com isso, a deliberação poderia se apoiar substancialmente em um consenso de fundo dos cidadãos já estabelecido na cultura política; essa pré-compreensão da integração social pode ser renovada na comemoração ritualizada do ato republicano de fundação (HABERMAS, 2020, p. 379).

A concepção republicana elege um protagonismo para a política participativa que se consolida através da soberania popular. Essa ideia remonta à filosofia aristotélica de que o homem só é cidadão se tiver efetiva participação na *pólis*; também tem influência o contrato social de Rousseau e a ideia de um poder que não precisa de mediações, pois a partir do momento em que instituições tomam o poder, não se tem mais um povo livre, e o poder deve ser exercido pelo povo. Habermas entende que:

De acordo com a concepção republicana, o povo, ao menos potencialmente presente, é o portador de uma soberania que, em princípio, não pode ser delegada: na sua condição de soberano, o povo não pode se deixar representar. O poder constituinte se funda na práxis de autodeterminação dos cidadãos, não em seus representantes (2020, p. 384).

Na visão republicana, o papel de formação democrática tem a única função de constituir a sociedade. Segundo Carlos Roberto Bueno Ferreira, na obra *Justiça, Direito e Ética Aplicada: VI Simpósio Internacional sobre a Justiça*:

A posição republicana participativa, por outro lado, defende uma unidade ético-substancial por meio da participação. O bem comum não é dado de forma pré-política, mas sim produzido pelos cidadãos livres e iguais. Essa corrente é fortemente inspirada em Rousseau, tendo os cidadãos como participantes politicamente virtuosos que tem sua vontade particular subordinada à vontade comum (2013, p. 28).

O republicanismo agrega características de uma comunidade pautada em sociabilidade e uma vida ética, com ampla participação na vida política. Juliano Oliveira explica que:

O republicanismo defende princípios de participação e comunicação que possibilitam a autodeterminação dos cidadãos. Concebe-se a política como forma de reflexão sobre um contexto de vida ético. Habermas destaca que ela constitui o *médium* em que os integrantes de comunidades solidárias, surgidas de forma natural, conscientizam-se de sua interdependência mútua. No republicanismo, a formação da vontade tem a função de constituir a sociedade como uma coletividade política e de manter viva a cada eleição a lembrança desse fundador (2018, p. 121).

No republicanismo, há uma formação democrática da vontade através do entendimento político dos cidadãos. O conteúdo normativo é formado através do consenso entre sujeitos privados e exercitado por vias culturais. Nesse âmbito, a sociedade se constitui através de um todo estruturado politicamente.

Dessas considerações, a crítica de Habermas se centra na de que se trata de uma democracia com auto-organização da sociedade, podendo gerar uma política dirigida contra o aparelho do Estado. Aqui, a formação democrática da vontade tem a função de constituir a própria sociedade como uma comunidade política. Habermas complementa:

De acordo com a concepção republicana, a formação política da opinião e da vontade dos cidadãos forma o *medium* pelo qual a sociedade se constitui como um todo composto politicamente. A sociedade é originalmente uma sociedade política – *societas civilis*; pois na prática de autodeterminação política, a coletividade como que se torna consciente de si, influenciando sobre si mesma mediante a vontade coletiva dos cidadãos. Assim, a democracia equivale à auto-

organização política da sociedade em seu conjunto. Disso resulta uma *compreensão* da política polemicamente *direcionada contra o aparelho do Estado* (2020, p. 380).

Como já exposto anteriormente, Habermas defende um tipo de legitimação que una aspectos do direito público e privado. Assim, ele entende que os direitos humanos devem ser garantidos aos cidadãos livres para que possam melhor discutir e regulamentar sua vida em sociedade; mas isso deve se dar por meio de instância do direito positivo, juntamente com a soberania popular.

A partir do cenário exposto, Habermas entendeu que os dois conceitos normativos de democracia sofrem de déficits, que ele tenta superar na formação da sua democracia deliberativa. Em suas palavras:

De acordo com o resultado das reflexões que apresentamos da perspectiva da teoria do direito, o procedimento da política deliberativa forma o núcleo do processo democrático. Essa interpretação da democracia tem consequências para aquele conceito de uma sociedade centrada no Estado do qual partem os modelos tradicionais de democracia. Resultam daí algumas diferenças tanto em relação à concepção liberal do Estado como guardião de uma sociedade econômica quanto ao conceito republicano de uma comunidade ética institucionalizada de maneira estatal (HABERMAS, 2020, p. 379)

Para Habermas (2020), os direitos humanos carregam em si uma grande questão moral, e já se pôde perceber que ele rejeita uma dependência da esfera do direito pela moral. Se trata de uma carência de normatividade que seria compensada na garantia de direitos subjetivos.

Contra esse déficit normativo do modelo liberal, Habermas propõe um espaço de liberdade negativa. Como a teoria discursiva do Direito tem o papel de validar o entendimento dos cidadãos, o processo legislativo, por exemplo, seria o momento de captar as decisões dos sujeitos. Observa-se que o processo legislativo não é o que vai legitimar o Direito, mas sim as características que envolvem esse procedimento, que envolvem unir características dos direitos humanos e da soberania popular. Habermas afirma que

A teoria do discurso assume elementos de ambos os lados, integrando-os no conceito de um procedimento ideal para deliberação e tomada de decisão. Esse procedimento democrático estabelece uma conexão interna entre reflexões pragmáticas, compromissos, discursos de autocompreensão e discursos de

justiça, fundamentando a suposição de que resultados razoáveis ou equitativos são alcançados sob as condições de um afluxo de informação referido a problemas e da elaboração apropriada da informação. De acordo com essa ideia, a razão prática se desloca dos direitos humanos universais ou da eticidade concreta de uma comunidade determinada para se situar naquelas regras do discurso e formas de argumentação, cujo conteúdo normativo é tomado emprestado da base da validade da ação orientada ao entendimento, em última instância da estrutura da comunicação linguística e da ordem insubstituível da socialização comunicativa (2020, p. 381-382).

Assim, percebe-se que Habermas faz uma síntese discursiva que leva em conta características do modelo liberal e do modelo republicano. No primeiro modelo pode ser observado um déficit de intersubjetividade, podendo acarretar uma grande dificuldade de integração social, visto que os sujeitos podem perder a sensibilidade de não olhar para os outros. Já o modelo republicano padece de um idealismo ético que também pode trazer um déficit intersubjetivo, uma vez que esse excesso de idealismo pode acarretar uma autodeterminação democrática das pessoas que deliberam.

A teoria do discurso, que vincula ao processo democrático conotações normativas mais fortes do que o modelo liberal, porém mais fracas que o modelo republicano, incorpora, por sua vez, elementos de ambos os lados e os une de um modo novo. Em concordância com o republicanismo, ela instaura no centro o processo de formação política da opinião e da vontade, mas sem compreender a constituição do Estado de direito como algo secundário; em vez disso, conforme dito, ela concebe os princípios do Estado de direito como resposta consequente à questão de saber de maneira podem ser institucionalizadas as formas pretensivas de comunicação que fazem parte da formação democrática da opinião e da vontade. A teoria do discurso não condiciona o sucesso da política deliberativa a um corpo de cidadãos capaz de agir coletivamente, mas a uma institucionalização de procedimentos e pressupostos comunicativos correspondentes, bem como à interação entre deliberações institucionalizadas e opiniões públicas geradas de maneira informal (HABERMAS, 2020, p. 381).

Aqui, pode-se notar que Habermas faz uma união de aspectos entre autonomia pública e autonomia privada, já que para ele elas são co-originárias. Assim, ele resgata os direitos humanos e a soberania popular, e isso acontece através de um procedimento que preserva a autonomia política por meio da formação discursiva da vontade. Sobre essa política deliberativa ele explica:

Essa concepção traz consequências para a compreensão da legitimação e da soberania popular. De acordo com a concepção liberal, a formação democrática da vontade tem a função exclusiva de *legitimar* o exercício do poder político. Os resultados das eleições representam uma licença para assumir o poder governamental, ao passo que o governo tem de justificar o uso desse poder perante a esfera pública e o Parlamento. De acordo com a concepção republicana, a formação democrática da vontade tem essencialmente a função mais forte de *constituir* a sociedade como uma coletividade política e, a cada eleição, manter viva a memória desse ato de fundação. O governo não é apenas autorizado mediante uma eleição entre grupos concorrentes de lideranças ao exercício de um mandato em larga medida independente, mas também está programaticamente comprometido com a implementação de determinadas políticas. Mais um comitê do que um órgão do Estado, ele é parte de uma comunidade política que administra a si mesma, não o ápice de um poder estatal separado (HABERMAS, 2020, p. 383).

A partir desses pressupostos, entendemos como Habermas usa a sua teoria discursiva do direito como forma de legitimar o ordenamento jurídico. A razão discursiva vai ultrapassar a ideia de direitos humanos universais ou a eticidade concreta de uma determinada comunidade através das regras do discurso e pelas formas de argumentação.

O Conteúdo normativo que resulta desse procedimento encontra validade no agir orientado pelo entendimento, que pressupõe a participação de todos os cidadãos através desse processo comunicativo, que nos leva a ideia de um verdadeiro estado democrático de direito. Habermas complementa que:

Com a teoria do discurso, outra ideia vem à tona mais uma vez: os procedimentos e os pressupostos comunicativos da formação democrática da opinião e da vontade funcionam como as comportas mais importantes para a racionalização discursiva das decisões de um governo e de uma administração vinculadas ao direito e à lei. *Racionalização* significa mais que a mera legitimação, porém menos que o ato de constituição do poder (2020, p. 383).

Deve-se observar que a política deliberativa não propõe uma cidadania capaz de agir coletivamente, mas sim crer na institucionalização dos processos comunicativos que preserva a intersubjetividade desses processos de entendimento. Esse cenário leva a uma formação racional da opinião e da vontade sobre matérias relevantes para a sociedade e que necessitam de regulamentação. Isso faz com que os cidadãos também debatam acerca das decisões do governo e do ordenamento

jurídico vigente, pois o direito necessita de uma atualização para que esteja em sintonia com as características da sociedade como um todo.

4.2.1 Sobre a política deliberativa de Habermas

Habermas (2020) entende que a efetivação do direito à igualdade através dos direitos humanos só seria possível se todos os cidadãos partilhassem das mesmas condições de vida, onde assim poderiam exercer a soberania popular. As diferentes percepções de esfera privada que se constroem a partir da desigualdade social latente na sociedade faz com que haja uma predominância de ideais de propriedade privada, e sistemas como economia e poder prevalecem na esfera pública. Esse cenário contribui para um contexto de desigualdade, e conseqüentemente, de enfraquecimento da democracia.

Para Habermas, no contexto de sociedades plurais e altamente diversificadas em consequência do rápido avanço do capitalismo, não existe uma concepção de “vida boa” comum para todos. Por isso, buscar a igualdade a partir da efetivação direitos humanos não parece ser suficiente, pois nesse horizonte de multiplicidade, chegar ao consenso acerca do que é bom para todos se torna cada vez mais difícil. Habermas afirma que:

Se a política deliberativa fosse ampliada como uma estrutura que abrange marcadamente a totalidade social, o esperado modo discursivo de socialização do sistema jurídico deveria se estender para uma auto-organização da sociedade e atravessar toda sua complexidade. Mas isso já não é possível porque o procedimento democrático depende de contextos de inserção que ele próprio não pode regular (2020, p. 390).

O dissenso acerca do que seria uma “vida boa” no ceio social traz um déficit de racionalidade no momento do processo de racionalização discursiva para a legitimação das normas jurídicas. Nesse contexto social heterogêneo, Habermas encontra na linguagem o fator comum entre os cidadãos, pois as sociedades são constituídas comunicativamente, e a comunicação (ou o discurso) passa a ser o princípio neutro diante das concepções de “vida boa” de cada cidadão. Assim, através de procedimentos de deliberação os cidadãos irão encontrar uma concepção de “vida boa” que englobe as necessidades de todos eles. Segundo o autor:

[...] O processo democrático é governado por princípios universais de justiça que são igualmente constitutivos para todo o corpo de cidadãos. Em suma, o procedimento ideal de deliberação e de tomada de decisão pressupõe como portador uma associação que se entende por regular com imparcialidade as condições de sua vida em comum. O que associa os parceiros do direito é, em última instância, o laço linguístico que mantém unida toda comunidade de comunicação (HABERMAS, 2020, p. 392).

É a partir de um procedimento de discussão racional que cidadãos com histórias e necessidades de vida diferentes chegam a consensos acerca do que seria bom para todos. Assim, percebe-se que a grande problemática enfrentada agora por Habermas tem a ver com as regras do jogo democrático, ou seja, com a forma de institucionalizar a vontade dos cidadãos.

Habermas (2020) propõe que o princípio da discussão seja universalmente validado, ou seja, todos possam participar igualmente da tomada de decisões. Esse cenário mostra como o autor uniu direitos humanos e soberania popular, pois é a partir de um procedimento de formação de consensos (onde os agentes reconhecem os direitos subjetivos de todos para se chegar em um acordo) que se deve fundamentar as normas jurídicas.

A democracia deliberativa de Habermas utiliza o princípio do discurso diante de questões morais. Desse contexto, a discutirem acerca do que é “bom”, os cidadãos terão que partir de uma discussão racional para chegarem em um consenso. Com isso, o princípio D tem papel de neutralidade no procedimento de criação de normas, pois estas devem ser resultado de um consenso estabelecido racionalmente por todos.

A democracia deliberativa soa como a sua grande proposta para a questão da fundamentação discursiva do direito, pois, por pressupor a utilização de um procedimento neutro (através do princípio D) que preserva o ideal de igualdade dos direitos humanos e a participação de todos (soberania popular), ela garante a efetiva legitimidade das normas jurídicas. Assim, Habermas retrata as características que devem fazer parte do procedimento de deliberação, pois será o meio de institucionalizar a vontade discursiva dos cidadãos. Desse horizonte, Habermas afirma que:

(a) As deliberações se efetuam de forma argumentativa, ou seja, pela troca regulada de informações e razões entre partes que apresentam propostas e as examinam criticamente. (b) As deliberações são

inclusivas e públicas. Em princípio, ninguém pode ser excluído; todos os possíveis concernidos com as resoluções têm oportunidades iguais de acesso à participação. (c) As deliberações são livres de coerções externas. Os participantes são soberanos na medida em que estão vinculados unicamente aos pressupostos comunicativos e às regras procedimentais de argumentação. (d) A deliberações são livres de coerções internas que possam afetar a igualdade dos participantes. Cada um tem oportunidades iguais de ser ouvido, apresentar temas, efetuar contribuições, fazer propostas e de criticar. As tomadas de posição em termos de sim/não são motivadas unicamente pela força não coercitiva do melhor argumento (2020, p. 390-391).

Habermas propõe resolver problemas de legitimação normativa decorrentes dos processos de globalização e capitalismo; Estes, trouxeram consigo um grande crescimento das desigualdades sociais, o que coloca em pauta o lugar dos cidadãos nos processos discursivos, onde muitas vezes são “excluídos” do debate. Assim, o procedimento deliberativo deve seguir regras que propiciem a participação de toda a sociedade. A não concretização das “regras do jogo discursivo” pode influenciar na não efetivação de um real Estado democrático de direito.

A política deliberativa obtém sua força legitimadora da estrutura discursiva de uma formação da opinião e da vontade que só pode preencher a função de integração social graças à expectativa da *qualidade* racional de seus resultados. Por isso, o nível discursivo do debate público forma a variável mais importante. Ele não pode desaparecer na caixa – preta de uma operacionalização que se satisfaz com indicadores brutos (HABERMAS, 2020, p. 389).

Com isso, a ideia de esfera pública assume papel de importância na eficácia do processo deliberativo. Isso se dá devido sua influência sobre o parlamento, tornando-se um grande vetor que liga o que está sendo debatido pela população para a esfera política. Como se trata de uma espécie de reservatório de opiniões que dá protagonismo a determinados problemas, é através da esfera pública que os cidadãos dialogam e pressionam o Estado a respeito das normas que irão organizar a sociedade, e das políticas públicas que eles necessitam. Segundo Marcelo Neves:

À medida que se constroem procedimentos constitucionais para viabilização, intermediação e absorção do dissenso, a esfera pública pluralista emerge do mundo da vida em forma de interesses, valores e discursos que pretendem, através desses procedimentos, generalizar-se politicamente, isto é, como decisão coletivamente

vinculante, e/ou juridicamente, a saber, como norma jurídica vigente (2006, p. 132).

Segundo Habermas “a esfera pública forma uma estrutura intermediária que faz a mediação entre o sistema político, de um lado, os setores privados do mundo da vida e os sistemas de ação funcionalmente especializados, de outro.” (HABERMAS, p. 474, 2020). Assim, a esfera pública tem o papel de ser um espelho da sociedade, dando relevância aos problemas sociais perante o aparelho político-legislativo do Estado, e será o ponto de intermediação entre a vontade dos cidadãos e a sua transformação em normas do direito.

4.3 A esfera pública como espaço de deliberação

A questão da esfera pública foi bastante discutida pela Teoria Crítica, mas ao seguir esse caminho, Habermas introduziu a questão da normatividade a fim e oferecer alternativas para a efetivação de um contexto democrático. Em suas palavras

A formação democraticamente constituída da opinião e da vontade precisa ser provida pelas opiniões públicas informais que se estabelecem de modo ideal em estruturas de uma esfera pública política livre de dominação. Por seu turno, a esfera pública precisa conseguir se apoiar sobre uma base social em que os direitos iguais dos cidadãos obtiveram eficácia social. Apenas sobre uma tal base, que surgiu das fronteiras entre as classes e se livrou dos grilhões milenares da estratificação social e da exploração, é possível desenvolver plenamente o potencial de um pluralismo cultural desimpedido – um potencial que, como se sabe, é tão rico em conflitos quanto em formas de vida geradoras de significado (HABERMAS, 2020, p. 394).

Segundo Habermas (2020), a esfera pública se trata de uma estrutura comunicativa que está enraizada no mundo da vida através de seu alicerce na sociedade civil. No interior do mundo da vida acontecem as interações humanas que estão ligadas aos diversos sistemas especializados de ação, como escola, família e religião.

Para Habermas a esfera pública não tem o papel de regular as características dos sistemas, ou ditar normas de convivência nesses meios, pois esse é o papel do sistema político. Ele explica em *Facticidade e Validade* que:

A esfera pública política foi descrita como caixa de ressonância para problemas que teriam de ser elaborados pelo sistema político porque não encontrariam resolução em nenhum outro lugar. Nessa medida, a esfera pública é um sistema de alarmes com sensores não especializados, mas sensíveis para toda sociedade. Da perspectiva da teoria da democracia, a esfera pública, além disso, tem de reforçar a pressão exercida pelos problemas, mas também tematizá-los de forma convincente e influente, muni-los com contribuições e dramatizá-los para que possam ser assumidos e elaborados pelo complexo parlamentar (HABERMAS, 2020, p. 457).

Assim, pode se dizer que a esfera pública se trata na verdade de uma terceira via dos sistemas especializados, ou seja, se traduz em uma esfera comunicativa que debate acerca da ação e das características desses sistemas. Sobre isso, Habermas pontua que:

Isso vale, por exemplo, para os grandes grupos de interesse, bem organizados e inseridos em sistemas sociais funcionais, os quais exercem influência no sistema político *pela* esfera pública. Esses grupos, todavia, não podem fazer um uso manifesto na esfera pública de seu poder de sanção, sobre o qual se apoiam em negociações reguladas publicamente ou em tentativas não públicas de pressão. Eles só podem capitalizar seu poder social para o poder político na medida em que fazem propaganda a favor de seus interesses em uma linguagem capaz de mobilizar as *convicções* – como, por exemplo, partes em negociação tarifária fazem uso da esfera pública para divulgar demandas, estratégias ou resultados da negociação (2020, p. 462).

Dessas considerações, percebe-se que Habermas pretende mostrar que as opiniões dos cidadãos, quando compartilhadas nos espaços públicos através de movimentos sociais, por exemplo, podem influenciar em questões políticas. Assim, ela assume papel intermediário, pois expõe o que vem dos debates de diversas esferas do mundo da vida para a política. Sobre isso, Juliano Oliveira explica:

A esfera pública contemporânea e plural, de maneira contraditória, tem também a vantagem de ser um meio de comunicação isento de limitações, no qual é possível captar melhor novos problemas, conduzir discursos expressivos de autoentendimento e articular, de modo mais livre, identidades coletivas e interpretações de necessidades. Assim, as esferas públicas se reproduzem através do

agir comunicativo, constituindo uma estrutura comunicacional, a qual tem a ver com o espaço social gerado na práxis comunicativa, por meio das argumentações e problematização dos atores (2018, p. 144).

Esfera pública é o local socialmente reconhecido e não institucionalizado onde os cidadãos livremente discutem assuntos de interesse geral; importante destacar que não deve haver influência do estado, do mercado e das corporações capitalistas (apesar de ter a influência da grande mídia). Nela, o agir comunicativo se efetiva como meio no qual o homem busca o entendimento de forma racional e discursiva para atender o interesse comum; ela existe para que as pessoas possam racionalmente deliberar sobre seus problemas e cheguem em um bem comum, e, só pode acontecer em um espaço que não exista pressão do sistema. Sobre isso, ele explicita:

Opiniões públicas que só podem ser defendidas graças à intromissão não declarada do dinheiro ou do poder organizacional perdem sua credibilidade logo que essas fontes de poder social se tornam públicas. Opiniões públicas se deixam manipular, mas não podem ser publicamente compradas ou extorquidas (HABERMAS, 2020, p. 463).

Uma das funções da esfera pública é explicar como se formam as opiniões e crenças da sociedade. Se as pessoas discutem em um ambiente livre e chegam ao entendimento de forma racional, essas opiniões são formadas discursivamente. Assim, através do diálogo as pessoas discutem sobre questões que norteiam as suas vidas, e a esfera pública se torna um espelho que mostrará qual a realidade daquela sociedade.

A esfera pública detém um papel de intermediação, pois a sociedade por si só não consegue resolver suas questões, precisando de um sistema de normas para resolver esses conflitos. Nesse espaço a sociedade tem voz e se faz como um ente político, preservando o princípio da soberania popular.

O estado, como detentor do poder de resolver os conflitos sociais (com um papel de organização e de integração dessa sociedade) através das normas jurídicas, deve levar em conta os anseios e assuntos tematizados pela população. A vontade da coletividade e o que ficou acordado na esfera pública deve servir de parâmetro a ser levado para o sistema político legislativo (formado por votação), a

fim de construir as normas do direito. É uma forma de institucionalizar a política deliberativa, já que une o público com o privado através da síntese discursiva feita na esfera pública, trazendo a legitimação do direito. Com isso, Habermas entende que:

De fato, a *atuação em conjunto* de uma esfera pública baseada na sociedade civil com a formação da opinião e da vontade institucionalizada pelo Estado de direito no complexo parlamentar (e na prática decisória dos tribunais) oferece um bom ponto de partida para a tradução sociológica do conceito de política deliberativa (2020, p. 471).

A lei resultante das deliberações na esfera pública, e elaborada tendo como parâmetro o que a sociedade entendeu no debate público, se torna legítima. É preciso fazer a institucionalização da vontade social, e de acordo com o que defende Habermas, isso é possível através de um procedimento discursivo que será mediado pelo Estado através do direito; assim, este garantirá a ordem, a soberania popular, os direitos fundamentais e direitos humanos.

A influência de uma opinião pública em maior ou menor medida discursiva, gerada em controvérsias públicas, é certamente uma grandeza empírica capaz de produzir movimento. Mas apenas quando essa influência pública e política passa pelo filtro dos *procedimentos* institucionalizados da formação da opinião e da vontade, transforma-se em poder comunicativo e conduz à positividade legítima do direito. A opinião pública factualmente generalizada (*generalisiert*) pode produzir uma convicção *testada* sob o ponto de vista da generalização dos interesses (*Interessenverallgemeinerung*), a qual legitima as decisões políticas. A soberania do povo diluída comunicativamente não pode vigorar *apenas* no poder de discursos públicos informais – mesmo quando estes surgem de esferas públicas autônomas. Para produzir poder político, sua influência precisa incidir debates travados em instituições democraticamente constituídas de formação da opinião e da vontade, além de assumir uma figura autorizada através de decisões formais (HABERMAS, 2020, p. 472)

Uma discussão de forma livre e sem pressão do sistema chega a determinados entendimentos na esfera pública, e é preciso que o direito realmente reflita a vontade dessa coletividade, pois ele será a forma de possibilitar a justiça. Com isso, a teoria discursiva do direito é a alternativa que Habermas enxerga como

fundamento do direito. Assim, a política deliberativa é a forma de institucionalizar a vontades dos cidadãos expressa na esfera pública. Na verdade, seguir esse caminho é o que legitima as normas jurídicas, pois elas estarão vinculadas aos reais anseios daquela sociedade.

O estado promove justiça através das leis; ele deve se espelhar no que está sendo debatido na esfera pública por uma via discursiva, para que possa efetivar o resultado dessas deliberações através do direito. É uma forma de institucionalizar a justiça; e sabe-se que o direito, para Habermas, só é legítimo se as leis forem resultado de um processo de incorporação da vontade dos cidadãos, pelo estado, na sua criação.

Segundo Habermas (2020) os movimentos sociais são os principais atores desse contexto, pois eles levam as questões para debate na esfera pública. Um indivíduo sozinho defendendo uma causa dificilmente trará um efeito prático, mas, quando diversos indivíduos discutem uma causa na esfera pública, é mais fácil causar impacto fazendo com que essa causa seja vista e discutida. Assim, eles organizam e reorganizam as formas de participação democrática.

Para Habermas, a força dos movimentos sociais que compõem a esfera pública preserva a solidariedade que deve ser intrínseca à sociedade, uma vez que ameaçada pelo sistema, esses grupos formam uma rede de debate e de apoio aos que precisam, ao passo que com sua voz dão lugar a temáticas importantes que devem ser levadas em conta pelos políticos no processo legislativo. Isso é de extrema importância, pois o estado muitas vezes, de forma coercitiva, tenta impor leis que por mais que tenham seguido os trâmites do processo legislativo (legalidade), estão longe de refletir a realidade e a vontade daquela sociedade. Habermas pontua que:

Movimentos sociais, iniciativas de cidadãos e foros civis, alianças políticas e outras associações, em suma: agrupamentos da sociedade civil são por certo sensíveis a problemas, mas os sinais que emitem e os impulsos que provocam são, em geral, muito fracos para impelir a curto prazo processos de aprendizagem no sistema político ou reorientar processos de decisão. Em sociedades complexas, a esfera pública forma uma estrutura intermediária que faz a mediação entre o sistema político, de um lado, os setores privados do mundo da vida e os sistemas de ação funcionalmente especializados, de outro (2020, p. 474).

Os movimentos sociais reproduzem a cultura da sociedade e protegem a esfera pública das pressões do sistema, do estado e do capitalismo; eles barram o sistema para que a esfera pública discuta de forma livre, e para que essas questões sejam levadas para o estado legitimá-las através do direito. Eles também impedem o estado de avançar sobre a sociedade, ou seja, a ação comunicativa barra o agir instrumental na sociedade, pois uma sociedade livre, que age comunicativamente e participa efetivamente da criação das normas, impede o avanço da dominação do sistema e a colonização do mundo da vida. Sobre isso, Marcelo Neves acrescenta que:

[...] No estado democrático de direito, os procedimentos constitucionais possibilitam que os diversos valores, expectativas e interesses conflitantes que se expressam, em primeiro grau, na linguagem cotidiana do mundo da vida ganhem um significado político e jurídico generalizado. É nesse segundo plano, da intermediação procedimental e pretensão de generalização desses valores, interesses e expectativas como normas vigentes ou decisões vinculantes que emerge a esfera pública pluralista. Ela é arena do dissenso. O pluralismo significa que, em princípio, todos os valores, interesses e expectativas possam apresentar-se livre e igualmente no âmbito dos procedimentos políticos e jurídicos. É claro que as normas jurídicas vigentes e as decisões políticas vinculantes envolvem a seleção sistêmica. Esta, contudo, só se legitima, no Estado Democrático de Direito, na medida em que não se privilegia ou exclui a inserção de valores e interesses de determinados grupos, indivíduos ou organizações nos procedimentos constitucionais (2006, p. 132).

A teoria discursiva do direito de Habermas não dita características como “o que é o certo e o que é errado, o que é justo ou injusto”; ela defende que na esfera pública o diálogo se dê de forma livre e racional. A sociedade deve ser livre para resolver os seus problemas na esfera pública, e apenas uma ética procedimentalista é capaz de fornecer os instrumentos teóricos para que tenhamos um diálogo sem a influência de vários tipos de ideologias. Assim, não se trata de uma ética conteudista, mas sim procedimentalista.

O direito como o *médium* da justiça, só será legítimo se levar em conta esse conjunto de vozes. Por mais que a teoria discursiva do direito não mostre o conteúdo das normas, traçar um procedimento que leve em conta a multiplicidade cultural, lembranças históricas, aspectos econômicos entre outros pontos relevantes da sociedade, não é uma tarefa fácil. Por isso, diversas questões são levantadas, e

todo o procedimento para se chegar a uma verdadeira legitimação do direito a partir da teoria do discurso habermasiana é uma alternativa para a crise democrática nos estados.

5 CONCLUSÃO

A partir da ideia de realidade social formulada a partir da linguagem, e da necessidade de uma racionalidade no âmbito jurídico e político, Habermas foi tecendo sua teoria de democracia deliberativa.

A crise de legitimidade do direito diagnosticada por Habermas resulta na proposta de uma teoria da democracia. Diante das críticas ao capitalismo e a crise social ocasionada por esse cenário, o autor se depara com o contexto de colonização do mundo da vida pelo sistema. Assim, Habermas propõe uma reconstrução normativa apoiada na ação comunicativa, que através do princípio do discurso fornece o caráter de legitimação do direito.

Habermas entende o direito como *medium* da justiça e para a consequente efetivação de um Estado democrático de direito. Mas, ele se depara com diversas problemáticas no processo de democratização do Estado através da teoria discursiva do direito. Assim, ele propõe um caminho reconstrutivo onde analisa o processo de construção das normas.

Em seu processo de reconstrução normativa, Habermas se depara com a tensão entre facticidade e validade interna e externa ao direito, evidenciando a tensão entre autonomia privada e autonomia pública. A própria esfera pública se tornará um campo de tensão entre direito e política, pois é em seu interior que ocorre a discussão acerca das expectativas normativas.

A problemática de fundamentação habermasiana não se esgota na proposta de fundamentação discursiva, uma vez que sua ética do discurso sofreu muitas críticas por não levar em conta as desigualdades sociais e a impossibilidade de todos os cidadãos poderem se portar em situação de igualdade nos processos de geração de consenso. Porém, entende-se que Habermas pressupõe que o procedimento de deliberação se dá a partir de situações ideais de fala dos cidadãos, que devem se comunicar através da sua teoria da ação.

Para Habermas, uma teoria formulada a partir da razão comunicativa que preserva os aspectos da vida privada tanto como da vida pública, pode trazer integração social; isso se dá, pois, a razão comunicativa é formulada a partir do consenso entre seus membros que podem delinear um horizonte normativo que garanta os direitos de todos.

Assim, Habermas delinea sua questão política em torno da problemática acerca da legitimação do direito. Para ele, a teoria Kantiana percebe um direito dependente da moral, através de uma razão prática. Mas, Habermas preserva uma relação de co-originalidade entre Direito e Moral, que para ele seria a solução para a tensão interna ao direito.

O princípio do discurso pretende idealizar e contextualizar uma ordem democrático constitucional que realmente reflete a realidade social, diferentemente da ideia coercitiva legal vinda do positivismo e presente ainda nas sociedades democráticas. A democracia deliberativa habermasiana, ao fazer uma síntese dos direitos humano e da soberania popular, reúne aspectos do republicanismo e do liberalismo, preservando o caráter legal das leis sem se afastar do contexto social dos cidadãos.

Para Habermas, o direito quando legitimado a partir da teoria discursiva do direito torna-se o verdadeiro *medium* da justiça, e importa em um cenário onde os anseios dos cidadãos são espelhados para a política legislativa por meio da esfera pública, através de uma política deliberativa. Assim, a pesquisa destacou as principais questões analisadas por Habermas para poder formular sua teoria discursiva do direito, que é a alternativa para a fundamentação das normas jurídicas e que também tenta contribuir para que se possa falar em um direito verdadeiramente legítimo.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, T. W.; HORKHEIMER, M. **Dialética do esclarecimento**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.
- APEL, K. O. **A ética do discurso diante da problemática jurídica e política**: as próprias diferenças de racionalidade entre moralidade, direito e política podem ser justificadas normativa e racionalmente pela ética do discurso? Disponível em: <https://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Kinesis/AeticadodiscursodeKarlOttoApel.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2021.
- APEL, K. O; OLIVEIRA, M. A.; MOREIRA, L. (org.). **Com Habermas, contra Habermas**: direito, discurso e democracia. São Paulo: Landy, 2004a.
- ARAGÃO, L. M. C. **Habermas**: filósofo e sociólogo do novo tempo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.
- DUPEYRIX, A. **Compreender Habermas**. São Paulo: Edições Loyola, 2012.
- DUTRA, D. J. V. **Razão e consenso**: uma introdução ao pensamento de Habermas. Pelotas: Edufpel/livraria Mundial, 1993.
- DUTRA, D. J. V. **Kant e Habermas**: a reformulação discursiva da moral kantiana. Porto Alegre: Edipucrs, 2002.
- LIMA, F. J. G. **A teoria da justiça de Immanuel Kant**: esfera pública e reconstrução social da normatividade. Porto Alegre: Editora Fi, 2017.
- GEUSS, R. **Teoria crítica**: Habermas e a Escola de Frankfurt. Campinas: Papyrus, 1988.
- GUNTHER, K. **The Sense of Appropriateness: application discourses in morally and law**. EUA: Suny, 1993.
- HABERMAS, J. **Técnica e ciência como ideologia**. Lisboa: Edições 70, 1968.
- HABERMAS, J. **O que é a pragmática universal?** Lisboa: Edições 70, 1976.
- HABERMAS, Jürgen. **Der philosophische Diskurs der Moderne**. Frankfurt na Main: Suhrkamp, 1983a.
- HABERMAS, J. **Conhecimento e interesse**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982.
- HABERMAS, J. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. São Paulo: Brasiliense, 1983.
- HABERMAS, J. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a. (v.1).

HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b. (v.2).

HABERMAS, J. **Comentários à ética do discurso**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

HABERMAS, J. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, J. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HABERMAS, J. **O discurso filosófico da modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002c.

HABERMAS, J. **Consciência moral e agir comunicativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, J. **Diagnóstico do tempo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

HABERMAS, J. **Identidades nacionales y postnacionales**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

HABERMAS, J. **Teoria y práxis: estudios de filosofia social**. Madrid: Tecnos, 2008.

HABERMAS, J. **Verdade e justificação: ensaios filosóficos**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2009.

HABERMAS, J. **A lógica das ciências sociais**. Petrópolis: Vozes, 2011.

HABERMAS, J. **Agir comunicativo e razão destrancendentalizada**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HABERMAS, J. **Teoria do agir comunicativo 1: racionalidade da ação e racionalização social**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HABERMAS, J. **Teoria do agir comunicativo 2: sobre a crítica da razão funcionalista**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HABERMAS, J. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. EUA: John Wiley & Sons, 2015.

HABERMAS, J. **Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia**. São Paulo: Editora Unesp, 2020.

HERRERO, J. F. Ética do discurso. *In*: OLIVEIRA, M. A. (org.). **Correntes Fundamentais da ética contemporânea**. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

- HONNETH, A. **O direito da liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.
- KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 1986.
- KANT, I. **Crítica da Razão Prática**. Lisboa: Edições 70, 1994.
- KANT, I. **A metafísica dos costumes**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- LIMA, F. J. G.; ASSAI, J. H. **Modelos normativos de democracia segundo Habermas: liberal, republicano, deliberativo**. Caxias do Sul: Educus, 2018.
- LIMA, F. J. G. **A teoria da justiça de Immanuel Kant: esfera pública e reconstrução social da normatividade**. Porto Alegre: Editora Fi, 2017.
- MOREIRA, L. **Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia**. São Paulo: Ed. Landy, 2004.
- MOREIRA, L. **Fundamentação do direito em Habermas**. 3 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- NEVES, M. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NOBRE, M. **A teoria crítica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.
- OLIVEIRA, M. A. **Ética e racionalidade moderna**. São Paulo: Loyola, 1993.
- OLIVEIRA, J. C. C. **Secularismo e religião na democracia deliberativa de Habermas: da pragmática ao déficit ontológico metafísico**. Teresina: Edufpi, 2018.
- OLIVEIRA, M. A. **A filosofia na crise da modernidade**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2001.
- OLIVEIRA, M. A. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001.
- OLIVEIRA, M. A. **Ética, direito e democracia**. 2. ed. São Paulo: Paulus, 2010b.
- PINZANI, A. **Habermas**. Porto Alegre: Artmed, 2009.
- ROUANET, S. P. **As razões do iluminismo**. São Paulo: Companhia das letras, 1999.
- SIEBENEICHLER, F. B. **Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- URIBE RIVIERA, F. J. **Agir comunicativo e planejamento social: uma crítica ao enfoque estratégico**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 1995.

VELASCO, M. **Ética do discurso**: Apel ou Habermas? Rio de Janeiro: Faper/Mauad, 2001.