

HABERMAS E A ESTRUTURA “REFLEXIVA” DO DIREITO

Rúrion Soares Melo

HABERMAS AND THE “REFLEXIVE” STRUCTURE OF LAW

RESUMO

HABERMAS PROCUROU EXPLICAR QUE A CONCEPÇÃO DE UMA GÊNESE LÓGICA DE DIREITOS É EXPLICITAMENTE DESCRITA COMO UM PROCESSO CIRCULAR NO QUAL AS LIBERDADES DE INDIVÍDUOS PRIVADAMENTE AUTÔNOMOS E OS DIREITOS DE CIDADÃOS POLITICAMENTE AUTÔNOMOS PARA PARTICIPAR NO PROCESSO DEMOCRÁTICO DE AUTOLEGISLAÇÃO SÃO CONSTITUÍDOS “COORIGINARIAMENTE”. DE ACORDO COM ESSA IDÉIA, A “COORIGINARIDADE” CORRESPONDE À ESTRUTURA “REFLEXIVA” DO DIREITO, UMA VEZ QUE A FORMA DO DIREITO ORGANIZA O PRÓPRIO PROCESSO DEMOCRÁTICO E POR ISSO DEVE CRIAR AS CONDIÇÕES PARA SUA PRÓPRIA LEGITIMAÇÃO. CONTRA UMA INTERPRETAÇÃO LIBERAL DA RECONSTRUÇÃO HABERMASIANA DO SISTEMA DE DIREITOS, VAMOS ESBOÇAR O QUE ENTENDEMOS SER UMA “CORRETA” COMPREENSÃO DESSA ESTRUTURA “REFLEXIVA”.

PALAVRAS-CHAVE

HABERMAS / DIREITO / DEMOCRACIA / LEGITIMIDADE

ABSTRACT

HABERMAS INTENDED TO EXPLAIN THAT THE CONCEPTION OF A LOGICAL GENESIS OF RIGHTS IS EXPLICITLY DESCRIBED AS A CIRCULAR PROCESS IN WHICH THE LIBERTIES OF AUTONOMOUS PRIVATE INDIVIDUALS AND THE RIGHTS OF POLITICALLY AUTONOMOUS CITIZENS TO PARTICIPATE IN THE DEMOCRATIC LAW-MAKING PROCESS ARE CONSTITUTED “EQUIPRIMORDIALLY”. ACCORDING TO THIS IDEA, IT CORRESPONDS TO THE “REFLEXIVE” STRUCTURE OF THE LAW, ONCE THE FORM OF LAW ORGANIZES THE DEMOCRATIC PROCESS ITSELF AND THEREFORE MUST ENGENDER THE CONDITIONS TO ITS OWN LEGITIMACY. AGAINST A LIBERAL ACCOUNT OF HABERMAS’S RECONSTRUCTION OF THE SYSTEM OF RIGHTS, WE WILL SKETCH WHAT WE THINK TO BE A “CORRECT” UNDERSTANDING OF THIS “REFLEXIVE” STRUCTURE

KEYWORDS

HABERMAS / LAW / DEMOCRACY / LEGITIMACY

Ao se perguntar como é possível a legitimidade do direito positivo coercitivo, Habermas realizou uma investigação teórico-histórica a fim de mostrar o modo como a modernidade respondeu a tal questão tanto por meio dos direitos humanos que asseguram a autonomia privada como no princípio da soberania popular expressa nos direitos que asseguram a autonomia pública dos cidadãos. Após uma breve apresentação da tese habermasiana da “cooriginaridade” entre direito e democracia, gostaríamos de introduzir, junto com Ingeborg Maus, a questão da interpretação do direito segundo sua estrutura “reflexiva” (1). Em seguida, com o intuito de considerar objeções a uma possível tendência “liberal” presente na solução

habermasiana, vamos nos limitar a esboçar o que entendemos ser uma “correta” compreensão dessa estrutura “reflexiva”, com a finalidade de apontar para a pretensão de legitimidade inscrita no interior do sistema de direitos e sua conexão interna com a prática democrática de autodeterminação (2).

I

Procurando compreender como o direito moderno encontra-se estruturado segundo um sistema de normas positivas e obrigatórias que pretendem, ao mesmo tempo, ser legítimas, Habermas, ao reconstruir as premissas do direito racional moderno, chamou atenção para o “duplo aspecto da validade do direito” tal como se encontrava no conceito de legalidade de Kant, a saber, “normas do direito são, sob aspectos diferentes, ao mesmo tempo leis da coerção e leis da liberdade”.¹ Ou seja, o direito deveria prestar contas tanto à positividade quanto à coerção legítima asseguradora da liberdade. A idéia central é a de que o direito positivo, mesmo sucedendo o direito natural, ainda tem a pretensão de ser racional na medida em que procura garantir a liberdade e apoiar-se, por sua vez, na legitimidade. E, como notou Ingeborg Maus, ao fazer isso, “a clássica hierarquia entre direito natural e direito positivo é agora transformada numa tensão entre facticidade e validade no interior do direito”.² E é partindo desse “duplo aspecto da validade do direito”, de uma concepção de legalidade na qual o direito recebe uma conotação “reflexiva”, que temos de compreender de onde o direito positivo retira sua legitimidade.

Buscando responder a isso, Habermas reage a um problema que, segundo o próprio autor, permanecera sem solução no quadro do pensamento político moderno, assim como nas teorias do direito e da democracia, a saber, o problema da relação entre o princípio democrático de autodeterminação soberana do povo e o Estado de direito. De acordo com uma interpretação liberal, a autodeterminação democrática *só pode* se realizar no *medium* de um direito positivo estruturado individualisticamente, isto é, tendo como meta a garantia de liberdades subjetivas. Já para a interpretação republicana, a “domínio das leis” *só se* justifica na medida em que obtém validade por meio do processo de formação da vontade soberana dos cidadãos. Habermas nota que essas duas fontes de legitimação, segundo a história da filosofia política, se mantiveram em concorrência. Isso porque o princípio da “dominação das leis” no Estado de direito parece limitar a autodeterminação soberana, e esta, por sua vez, não pode infringir os direitos humanos que são positivados como direitos fundamentais.³

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

Ou as leis – inclusive a lei fundamental – são legítimas somente se elas coincidem com os direitos humanos, não importando onde fundamentam

sua legitimidade. Sendo assim, o legislador soberano só pode decidir no interior desses limites impostos pela lei, de modo a ferir o princípio da soberania popular. Ou as leis – inclusive a lei fundamental – só são legítimas se elas resultam de uma formação democrática da vontade. Neste caso, o legislador democrático pode criar uma constituição arbitrária e, assim, também infringir a própria lei fundamental, de modo a ferir a idéia do Estado de direito (*Rechtsstaatlichkeit*).⁴

Ora, a pretensão de legitimidade do direito, para Habermas, implica, do ponto de vista normativo, uma conexão interna entre Estado de direito e democracia, pois o “direito não é um sistema narcisisticamente fechado em si mesmo”.⁵ E aqui, mais uma vez, Habermas segue a intuição kantiana de uma *cooriginaridade* (*Gleichursprünglichkeit*) entre direitos humanos e soberania popular.⁶ Assim, podemos responder à questão sobre quais “direitos os cidadãos têm que atribuir uns aos outros, caso queiram regular legitimamente sua vida em comum com meios do direito positivo”⁷ se considerarmos conjuntamente as seguintes perspectivas: tanto pela referência ao domínio das leis garantido pelos *direitos humanos* como em alusão ao princípio da *soberania popular*. Habermas quer tornar explícita a tese da cooriginaridade entre direitos humanos e soberania popular que, segundo o autor, permanecera implícita no caso de Kant. “No meu livro”, diz Habermas em uma entrevista esclarecedora,

procurei mostrar como pode-se fazer justiça à nossa intuição de que os direitos humanos não têm porque ser separados do legislador soberano, nem tampouco podem ser simplesmente instrumentalizados por este para seus próprios fins. A autonomia privada e pública (*staatsbürgerliche*) se pressupõem reciprocamente. E esta cooriginaridade da soberania popular e dos direitos humanos se explica porque a prática de autolegislação dos cidadãos do Estado tem que ser institucionalizada na forma de direitos de participação política; mas isto pressupõe o *status* de pessoas jurídicas como portadoras de direitos subjetivos; e uma tal ordem de *status* não pode existir sem os clássicos direitos de liberdade. Não pode haver em geral direito positivo sem tais direitos; e o direito positivo é precisamente a única linguagem na qual os cidadãos podem garantir mutuamente a participação na prática de autolegislação.⁸

De acordo com Maus, Habermas estaria seguindo Kant, primeiramente, no que concerne à compreensão moderna do direito a partir de sua estrutura “reflexiva”. Os direitos fundamentais não geram por si mesmos legitimidade, mas sim a democracia, o processo de autolegislação soberana do povo; ou seja, ainda que a forma do direito organize o processo democrático, a legitimidade do direito resulta somente do último.⁹ Por outro lado, a democracia não é possível se não estiver necessariamente

baseada no direito a iguais liberdades subjetivas, sem o qual não é possível nem mesmo a forma do direito enquanto tal.¹⁰ Desse modo, não se trata mais de entender a teoria do direito moderno segundo uma estrutura que separasse “direito” e “democracia” (ainda presa à separação entre direito positivo e direito natural), mas sim de compreender a “reflexividade” por meio de sua estrutura “circular”: o direito remete à democracia, que por sua vez remete ao direito etc.

No caso de Habermas, podemos identificar essa estrutura “reflexiva” na sua formulação do princípio de democracia: “só podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros de direito por meio de um processo discursivo constituído juridicamente de estabelecimento do direito”.¹¹ Ora, nessa formulação Habermas deixa claro que se trata de um “processo discursivo *constituído juridicamente* de estabelecimento do direito”. A formação política da opinião e da vontade acontece no *medium* do direito. Neste caso, o sistema de direitos assegura iguais direitos de comunicação e participação.

Uma vez que a cooriginaridade é uma resposta a um aspecto peculiar do direito moderno, a saber, sua “reflexividade” – entendida como a exigência de legitimação do direito positivo no *medium* do próprio direito –, “poderia surgir”, comenta Albrecht Wellmer,

um círculo vicioso. Pois [...] o discurso democrático deve estar ancorado nos direitos fundamentais liberais e por sua vez somente *por meio do* discurso democrático cabe prosseguir a interpretação e institucionalização dos direitos fundamentais. Todavia, eu creio que aqui se trata de um círculo *prático* inevitável e não de um círculo vicioso de tipo *teórico*.¹²

Segundo Wellmer, Habermas, apesar da cooriginaridade, procurou *resolver* o círculo prático inevitável ao derivar os direitos fundamentais do princípio de democracia, ou seja, somente por meio deste poderíamos decidir “o que, além dos direitos iguais de comunicação e participação, deve valer como direito fundamental liberal”.¹³ Haveria, nesse caso, um primado da práxis política perante a concepção liberal. O problema consiste em que:

este *pressuposto* do discurso democrático só poderia passar teoricamente por alto se partíssemos do pressuposto, ainda que falso, de que o princípio democrático a iguais direitos de comunicação e participação designa algo assim como o ponto final ideal de um discurso perfeitamente livre de coerção e com ele um critério de avaliação das sociedades reais. Mas *se não é assim*, então o que devem significar “iguais direitos de participação e comunicação” é algo que só poderá determinar-se no contexto de todo sistema de direitos, práticas e instituições.¹⁴

O mesmo tipo de dificuldades foi apontado por Frank Michelman. A “inevitabilidade”, que recai a toda proposta que se põe uma meta de atribuição de validade ao direito tal como a encontrada no princípio de democracia, surge agora como um regresso ao infinito:

Tal como o próprio Habermas coloca a questão, o procedimento atribuidor-de-validade do exame democrático das leis tem que ser um procedimento “que é em si constituído legalmente”. Sendo assim, e se ele toma um procedimento democrático constituído legalmente com a finalidade de produzir direitos fundamentais válidos, então os direitos (válidos) que moldam *este* passo de criação dos direitos devem ser eles mesmos produto de um passo procedimental conceitualmente anterior que foi por sua vez moldado por direitos (válidos) que devem ter sido, enquanto tais, concebidos a partir de um passo juridicamente constituído ainda anterior. E assim por diante, aparecendo como um regresso sem fim.¹⁵

Se o processo circular corresponde à estrutura “reflexiva” do direito moderno, o problema, comenta Maus, não reside em “cair” num tal “círculo vicioso”, ou num “regresso sem fim”, mas sim em sabermos por qual lado podemos penetrar sua estrutura: “Não se trata – tal como explica Albrecht Wellmer – da questão de um simples círculo teórico, mas antes de um ‘círculo... prático inevitável’. Em outras palavras, [...] não se trata da questão de evitar o círculo, mas de entrar nele no lugar certo”.¹⁶ Ora, essa estrutura “reflexiva” compõe o direito de tal modo que podemos justificá-lo seja em relação à primazia do domínio das leis, seja em referência à soberania popular. Contudo, pendemos ou para uma visão “liberal” ou para uma visão “democrática”, conforme adentremos no círculo.

Quando Habermas, por exemplo, apresenta seu sistema de direitos, uma das preocupações fundamentais foi mostrar que a gênese lógica das leis tem como núcleo normativo a cooriginaridade das autonomias privada e pública. Entretanto, a formulação do sistema de direitos induz a um certo desequilíbrio entre ambas as perspectivas, criando a imagem de que Habermas não poderia definir qual seria a porta de entrada “correta” no círculo. Vejamos o caso da prioridade da autodeterminação política. Se o princípio de democracia é não somente fonte de legitimidade do direito, mas também representa o processo de criação legítima das leis, podemos, por um lado, levantar a questão de se “Habermas não solapou sua agenda para a explicação da igualdade ou cooriginaridade (*equiprimordiality*) das liberdades e da soberania popular num sistema de direitos ao tomar partido em favor da soberania popular”.¹⁷ Por outro lado, e em sentido oposto, a gênese lógica dos direitos parte de um programa completo de direitos a liberdades subjetivas que apenas posteriormente incorpora a autonomia pública.¹⁸ Se lembrarmos o sistema de direitos, composto por cinco categorias de direitos,

as três primeiras dizem respeito à autonomia privada (garantia dos direitos à liberdade de ação subjetiva, o *status* de membro do direito e a proteção jurídica individual); ao passo que somente na quarta categoria encontramos a autonomia política (direitos à participação igual no processo de formação da opinião e da vontade).¹⁹

Muitos autores entendem que Habermas, não podendo fundamentar a legitimação do direito sem recorrer à anterioridade da forma do direito, parte de um ponto de vista liberal, ou, diríamos, entra no círculo "inevitavelmente" *via* direito, e acaba pagando um preço alto.²⁰ Sendo assim, a tentativa de estabelecer uma base de legitimação para o direito criaria uma situação "paradoxal", tal como a entende Michelman, por exemplo. Habermas, ao reconstruir um procedimento capaz de produzir essa legitimidade, não pode prescindir da perspectiva liberal, uma vez que a democracia pressuporia direitos fundamentais. E isso seria corroborado mesmo pela reconstrução histórica habermasiana dos paradigmas do direito. Contudo, Habermas nos oferece uma interpretação do sistema de direitos que, bem compreendida, implica a abertura para sua legitimação. Pois, ainda que a necessidade de institucionalização – em termos de direitos – da prática de autolegislação tenha de ser preenchida com um código ou um sistema de leis, resultando na garantia de liberdades subjetivas de ação, a distribuição igual desses direitos só pode ser satisfeita por meio de um procedimento democrático que possa justificar a suposição de que os resultados da formação política da opinião e da vontade são racionais.

2

Para que o direito retire de sua própria constituição as condições de sua legitimidade, os direitos fundamentais *no seu todo*, e não apenas os direitos políticos dos cidadãos, devem ser constitutivos para o processo de autolegislação. Isso pressupõe que o sistema reconstruído por Habermas deve conter, desde o início, "os direitos que os cidadãos têm de reconhecer, se eles querem regular legitimamente sua vida comum com os meios do direito positivo".²¹ "E a gênese lógica desses direitos", ainda Habermas, "forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção do direito legítimo, isto é, o princípio de democracia, se constituem *cooriginariamente*".²²

Sendo assim, mesmo o processo democrático "para a produção de direito legítimo" deve se dar pelo caminho do direito. Isso implica, num primeiro momento, uma compreensão puramente *funcional* do direito, precisada por Habermas, na esteira de Kant, segundo as determinações formais de regras de ação jurídicas: a relação jurídica considera somente a capacidade das pessoas em ligar exteriormente sua vontade, ou seja, a liberdade de arbítrio; o direito abstrai da complexidade de formas de vida, limitando-se apenas a regular matérias que abrangem as condições externas; e, por fim, o direito contenta-se com o efeito da ação conforme as regras, prescindindo da

motivação.²³ Pois, “sem a forma do direito, nem o código jurídico nem o princípio de democracia poderiam se configurar”, ou seja, “não é somente o código jurídico, mas também a forma do direito que é condição para a possibilidade da democracia”.²⁴

O cidadão do Estado só pode exercer sua autonomia política se ele assumir sua posição como *portador (Träger)* de direitos. Para tanto, Habermas reconstrói uma gênese lógica de direitos: trata-se de uma ordem de *status* que os próprios participantes numa “prática constituinte” têm de criar, uma vez que pretendem realizar seu projeto pelo *medium* do direito. As três primeiras categorias de direitos são as seguintes:

- (1) Direitos fundamentais, que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à *maior medida possível de iguais liberdades de ação subjetivas*. Esses direitos exigem como correlato necessário:
- (2) Direitos fundamentais, que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de membro* de uma associação voluntária de parceiros do direito;
- (3) Direitos fundamentais, que resultam imediatamente da *reclamabilidade (Einklagbarkeit)* de direitos e da configuração politicamente autônoma de proteção jurídica individual.²⁵

Na quarta categoria, lê-se:

- (4) Direitos fundamentais de participação com igualdade de chances nos processos de formação da opinião e da vontade, na qual os cidadãos exercitam sua *autonomia política* e pela qual criam o direito legítimo.²⁶

A gênese de apresentação dos direitos fundamentais no sistema de direitos deve ser corretamente compreendida tendo por referência o princípio de democracia. Suas três primeiras categorias já devem ser entendidas como resultando de um processo de formação política da opinião e da vontade. Como deve se dar essa “cooriginaridade”, uma vez que se partiu da forma do direito? Se o princípio de democracia é o outro “lado da moeda” do sistema de direitos, tanto o processo de constituição como o de revisão material dos direitos fundamentais estão ancorados na configuração política dos direitos. Qualquer uma das categorias de direitos deve poder ser revista no que toca aos seus conteúdos, sempre passíveis de serem alterados pelo legislador soberano, isto é, pela comunidade de direito. “Sem as três primeiras categorias de direitos fundamentais”, diz Habermas, “não poderia se dar algo assim como o direito; mas sem uma configuração política dessas categorias, o direito não poderia receber conteúdos concretos”.²⁷

Não há, portanto, um direito que se defina anteriormente à autonomia política; assim como, de acordo com sua gênese lógica, não pode haver democracia sem os direitos fundamentais. Em outras palavras, o legislador já deve assumir a posição de portador de direitos subjetivos, e estes devem ser entendidos como resultando da

vontade soberana do legislador. Por essa razão, são legítimos aqueles direitos que o próprio membro de uma comunidade de direito se atribuiu, por meio de uma práxis comum de autodeterminação de normas juridicamente constituídas. Se nas três primeiras categorias os cidadãos devem ser entendidos como *destinatários* das leis, na quarta devem assumir o papel de *autores* de sua própria ordem jurídica. Habermas descarta assim a possibilidade de haver algo como uma instauração do direito *in abstracto*, pois o código jurídico deve ser configurado e interpretado politicamente, de modo que os cidadãos, que pretendem regular legitimamente sua vida comum com o auxílio do direito positivo, possam atribuir-se “determinados” direitos. Em suma,

de um lado, as três primeiras categorias de direitos são representantes insuficientes (*ungesättigte Platzhalter*) para a especificação dos direitos fundamentais individuais, ou seja, princípios jurídicos com os quais o legislador constitucional se orienta. De outro lado, este tem que se orientar pelos princípios apresentados, apesar de sua soberania, na medida em que ele se serve em geral do *medium* do direito.²⁸

Se o direito se mantivesse “fechado” em algum tipo de código estabelecido de uma vez por todas, não seria possível perceber como esses princípios só podem ser encontrados em constituições históricas e sistemas políticos concretos.²⁹ Cabe, aqui, chamar atenção à diferenciação que Habermas faz entre o sentido “mais amplo”, na esteira de Luhmann, e o “mais estrito” do sistema jurídico: no sentido “mais amplo”, o direito é um sistema de ação específico que pode subordinar a totalidade das interações reguladas por meio de normas, tendo como referência o próprio direito; no sentido “mais estrito”, o direito abrange também as interações sociais que não se orientam pelo direito, mas que *podem ser* responsáveis pela produção de um direito novo e reproduzi-lo enquanto tal.³⁰ Trata-se de lançar luz ao nexo interno entre o código do direito e a sua abertura para a formação política da opinião e da vontade. Uma vez compreendida essa relação, é possível notar que o direito a iguais liberdades de ação, assim como os correlatos direitos à associação e às garantias do caminho do direito, não podem ser “esgotados” em si mesmos. Conforme as constituições historicamente estabelecidas, os direitos liberais clássicos à dignidade do homem, à liberdade, à vida, à propriedade, ou os direitos de associação e participação em coletividades, mesmo os direitos de minorias etc., não são senão configurações políticas concretas determinadas dos direitos à liberdade no sentido de um direito a iguais liberdades subjetivas, assim como da concretização do *status* geral de um membro numa associação livre de parceiros do direito.

Essa estrutura “reflexiva” do direito permite compreendermos que a configuração democrática do sistema de direitos acata demarcações políticas bem definidas. Isso só é possível, insistimos, quando percebemos que as normas jurídicas referem-se a contextos de interação de sociedades concretas. O aspecto concreto do direito

exige que as normas jurídicas remontem a decisões de um legislador local. Isso não implica, claro, que fins políticos destruam a forma do direito, suprimindo em absoluto a diferenciação entre política e direito. Trata-se de atentar a como o direito serve como “*medium* para a auto-organização de comunidades jurídicas que se afirmam, no seu ambiente social (*sozialen Umwelt*), sob condições históricas determinadas”.³¹ O caráter concreto do direito tem a ver com o conteúdo, o sentido da validade e o modo de legislação das normas jurídicas.

Uma vez que as normas jurídicas regulam contextos de relações de comunidades jurídicas concretas, em seu conteúdo deve poder ser incorporado aquele leque amplo de problemas determinados a serem solucionados a cada vez pelo direito. Isso implica uma abertura maior do direito diante da formação política da vontade dos membros de comunidades jurídicas concretas. Habermas identifica três âmbitos que devem poder ser regulados pelo direito. Matérias jurídicas podem dizer respeito àquilo que é igualmente bom para todos os possíveis concernidos, e neste caso se trata da regulamentação de conflitos de ação sob o ponto de vista da justiça. Contudo, “geralmente elas não exprimem aquilo que é bom para todos os homens”,³² pois tocam em fins e bens coletivos que despertam questões de formas de vida concretas e da identidade comum. Neste caso, tais normas devem estar de acordo com o modo como os participantes de certos grupos querem viver, refletindo assim contextos ético-políticos de realização. Por fim, o conteúdo das normas jurídicas deve englobar questões pragmáticas voltadas à escolha racional dos meios pelos quais esses participantes querem alcançar seus fins – assim como, reforça Habermas, engloba a possibilidade da formação necessária de compromissos em torno de interesses não generalizáveis.³³

No que toca à validade do direito, a “validade (*Gültigkeit*) ou aceitabilidade liga-se à validade (*Geltung*) ou à aceitação”.³⁴ Neste ponto trata-se de uma “diferenciação do sentido da validade ou da legitimidade do direito”³⁵ na medida em que neste não podemos excluir a facticidade dos contextos existentes. Isso diz respeito ao momento volitivo que se introduz no sentido da validade das normas jurídicas, uma vez que estas estão intimamente ligadas ao “substrato factual da vontade”.³⁶ Segundo Habermas, isso ocorre porque “uma autocompreensão coletiva só pode ser autêntica no horizonte de uma forma de vida já dada; a escolha de estratégias só pode ser racional em relação a fins estabelecidos; um compromisso só pode ser equitativo com referência a situações de interesses dadas”.³⁷

As normas jurídicas, por fim, limitam-se a estabelecer um acordo (*Vereinbarung*) racionalmente motivado entre os membros de uma comunidade de direito. A formação política racional da vontade enfrenta necessariamente as contingências do processo de legislação, uma vez que a autolegislação jurídica deve estar ancorada em contextos históricos, isto é, nas contingências de formas de vida, dos fins e situações de interesse que vão influenciar a práxis de autodeterminação. Não há vontade política fundamentada racionalmente sem uma ligação desta com contextos contingentes.³⁸

Ora, quanto mais concreta for a matéria a ser regulada, mais o direito deve se abrir reflexivamente à autocompreensão de uma coletividade e de sua forma de vida. No entanto, temos que imaginar as decisões de autolegislação, aquelas que se passam em contextos bem definidos, como sendo a efetivação do sistema de direitos, ou seja, sua configuração política. Não há como prescindir dos direitos fundamentais. Mas isso não significa que Habermas estaria sendo mais liberal do que pretendia, posto que a formação política da vontade precisa estar constituída juridicamente. O processo da efetivação dos direitos precisa estar envolvido em contextos que definem o campo de disputa próprio de conflitos sociais e políticos. Os direitos fundamentais são efetivados no Estado de direito por meio de uma "batalha" que não pode ser entendida de forma politicamente neutra.³⁹

: ARTIGO CONVIDADO

NOTAS

1 HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt/M: Suhrkamp, 1998. p. 47 (HABERMAS, J. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 49). As traduções de livros em língua estrangeira presentes no artigo são, na sua maioria, de nossa responsabilidade. No caso dos textos de Habermas, sempre que possível indicaremos entre parênteses a tradução para o português de seus títulos, ainda que as traduções aqui apresentadas estejam modificadas conforme a necessidade.

2 MAUS, I. Liberties and popular sovereignty: On Habermas's reconstruction of the system of rights. In: BAYNES, K.; SCHOMBERG, R. (Ed.). *Discourse and democracy: essays on Habermas's between facts and norms*. New York, University of New York Press, 2002. p. 89-90.

3 Cf. HABERMAS, J. Der demokratische Rechtsstaat – eine paradoxe Verbindung widersprüchlicher Prinzipien?. *Zeit der Übergänge*. Frankfurt/M: Suhrkamp, 2001. p. 133 (HABERMAS, J. O Estado democrático de direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 153).

4 Idem, *ibidem*, p. 134 (p. 154).

5 HABERMAS, J. Nachwort. *Faktizität und Geltung*, cit., p. 678 (v. 2, p. 323).

6 "A tensão entre a perspectiva liberal e a democrática presente no pensamento político-jurídico kantiano leva-o [Kant] a procurar manter a dupla exigência de respeito aos direitos humanos e à soberania popular. É essa dupla exigência que Habermas chama de intuição kantiana da co-originariedade de soberania popular e direitos humanos e vice-versa, uma não podendo ter o primado sobre a outra." TERRA, R. *Kant e o direito*. Rio de Janeiro: Zahar, p. 58.

7 HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung*, cit., p. 109 (p. 113).

8 HABERMAS, J. Ein Gespräch über Fragen der politischen Theorie. *Die Normalität einer Berliner Republik*. Frankfurt/M: Suhrkamp, 1995. p. 158.

9 Cf. MAUS, I. Liberties and popular sovereignty: on Habermas's reconstruction of the system of rights, cit., p. 92.

10 Cf. Idem, *ibidem*, p. 96.

11 No original lê-se: “[...] rechtlich verfassten diskursiven Rechtsetzungsprozess”. HABERMAS, J *Faktizität und Geltung*, cit., p. 141 (p. 145).

12 WELLMER, A. Condiciones de una cultura democrática. Sobre el debate entre “liberales” y “comunitaristas”. *Finales de partida*. Madrid: Cátedra, 1996. p. 83-84.

13 Idem, *ibidem*, p. 84.

14 Idem, *ibidem*, p. 85.

15 MICHELMAN, F. How can the people ever make the laws? A critique of deliberative democracy. BOHMAN, J.; REHG, W. (Ed.) *Deliberative democracy. Essays on reason and politics*. Cambridge: The MIT Press, 1997. p. 164.

16 MAUS, I. Liberties and popular sovereignty: on Habermas’s reconstruction of the system of rights, cit., p. 96.

17 Idem, *ibidem*, p. 93.

18 Idem, p. 95 e ss.

19 Cf. HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung*, cit., p. 155 e ss (p. 159 e ss). Na próxima seção iremos abordar mais de perto o sistema de direitos.

20 Cf. entre outros: SCHEUERMAN, W. Between radicalism and resignation: democratic theory in Habermas’s between facts and norms. BAYNES, K.; Schomberg, R. (Ed.). *Discourse and democracy: essays on Habermas’s Between facts and norms*, cit.; MICHELMAN, F. Jürgen Habermas: between facts and norms. *The Journal of Philosophy*, ano XCIII, n. 6, jun. 1996. MOUFFE, C. *El retorno de lo político*. Barcelona: Paidós, 1999. As conseqüências de uma semelhante crítica podem ser encontradas em: FRASER, N. Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy. In: CALHOUN, C. (Ed.) *Habermas and the public sphere*. Cambridge: The MIT Press, 1992. Cf. ainda a crítica comunitarista ao primado da concepção do Estado de direito liberal em: TAYLOR, C. A política do reconhecimento. *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000.

21 Idem, p. 155 (p. 158-159).

22 *Ibidem* (p. 158).

23 Cf. idem, p. 143 (p. 147).

24 MAUS, I. Liberties and popular sovereignty: on Habermas’s reconstruction of the system of rights, cit., p. 101.

25 HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung*, cit., p. 155-156 (p. 159).

26 Idem, *ibidem*, p. 156 (p. 159). A quinta categoria diz respeito aos direitos sociais.

27 HABERMAS, J. Der demokratische Rechtsstaat – eine paradoxe Verbindung widersprüchlicher Prinzipien?, cit., p. 148 (p. 169).

28 HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung*, cit., p. 160 (p. 163).

29 E é por essa razão que Habermas faz a reconstrução dos “paradigmas do direito”. Cf. idem, *ibidem*, cap. IX.

30 Cf. HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung*, cit., p. 239 (p. 242).

31 Idem, *ibidem*, p. 188 (p. 191).

32 Idem, p. 190-191 (p. 193-194).

33 Cf. Idem, p. 192 (p. 195).

34 Cf. Idem, p. 192.

35 Idem, p. 193.

36 Idem, p. 196.

37 Idem, p. 196.

38 Cf. idem, p. 195 (p. 197-198).

39 Cf. Kampf um Anerkennung im demokratischen Rechtsstaat. In: HABERMAS, J. *Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen Theorie*. Frankfurt/M: Suhrkamp, 1997 (A luta por reconhecimento no Estado democrático de direito. In: HABERMAS, J. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- FRASER, N. Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy. In: CALHOUN, C. (Ed.). *Habermas and the public sphere*. Cambridge: The MIT Press, 1992.
- HABERMAS, Jürgên. A luta por reconhecimento no Estado democrático de direito. In: ———. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002.
- . Der demokratische Rechtsstaat – eine paradoxe Verbindung widersprüchlicher Prinzipien?. *Zeit der Übergänge*. Frankfurt/M: Suhrkamp, 2001.
- . *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- . Ein Gespräch über Fragen der politischen Theorie. *Die Normalität einer Berliner Republik*. Frankfurt/M: Suhrkamp, 1995.
- . *Faktizität und Geltung*. Frankfurt/M: Suhrkamp, 1998.
- . Kampf um Anerkennung im demokratischen Rechtsstaat. In: ———. *Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen Theorie*. Frankfurt/M: Suhrkamp, 1997.
- . O Estado democrático de direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- MAUS, I. Liberties and popular sovereignty: On Habermas's reconstruction of the system of rights. In: BAYNES, K.; SCHOMBERG, R. (Ed.). *Discourse and democracy: essays on Habermas's between facts and norms*. New York: University of New York Press, 2002.
- MICHELMAN, F. How can the people ever make the laws? A critique of deliberative democracy. In: BOHMAN, J.; REHG, W. (Ed.) *Deliberative democracy. Essays on reason and politics*. Cambridge: The MIT Press, 1997.
- . Jürgen Habermas: between facts and norms. *The Journal of Philosophy*, ano XCIII, n. 6, jun. 1996.
- MOUFFE, C. *El retorno de lo político*. Barcelona: Paidós, 1999.
- SCHEUERMAN, W. Between radicalism and resignation: democratic theory in Habermas's between facts and norms. In: BAYNES, K.; Schomberg, R. (Ed.). *Discourse and democracy: essays on Habermas's Between facts and norms*, New York, University of New York Press, 2002.
- TAYLOR, C. A política do reconhecimento. *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000.
- TERRA, R. *Kant e o direito*. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- WELLMER, A. Condiciones de una cultura democrática. Sobre el debate entre "liberales" y "comunitaristas". *Finales de partida*. Madrid: Cátedra, 1996.

Rúrion Soares Melo

DOCTORANDO DO DEPARTAMENTO DE FILOSOFIA DA USP
BOLSISTA FAPESP E PESQUISADOR DO NÚCLEO DIREITO
E DEMOCRACIA DO CEBRAP