

## O SISTEMA DOS DIREITOS: DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA NO PARADIGMA PROCEDIMENTAL DA TEORIA DO DISCURSO

ALEXANDRE GARRIDO DA SILVA<sup>1</sup>

ILMAR PEREIRA DO AMARAL JÚNIOR<sup>2, 3</sup>

### RESUMO

A conciliação da dicotomia autonomia pública/autonomia privada, no Estado constitucional de direito, é um dos temas centrais da obra de Jürgen Habermas. No nível da realidade política, a tensão entre facticidade e validade imanente ao direito reaparece na dialética entre direitos humanos e soberania popular, e um paradigma procedimental do Estado de direito pretende esclarecer essa relação: na democracia deliberativa, o processo de tomada de decisões é presidido pelo procedimento segundo o qual “uma decisão é legítima quando aceitável perante todos seus destinatários, participantes de um discurso racional”. A institucionalização de um sistema de direitos discursivamente estruturado é possível desde que exista uma esfera pública informada e autônoma em constante diálogo com as instituições oficiais. Neste caso, é especialmente relevante estudar a importância dos tribunais constitucionais dentro desta estrutura, como intérpretes e garantidores dos valores constitucionais resultantes dos discursos práticos normativos. No entanto, é importante abordar criticamente este tema, na medida de sua inovação na teoria jurídica. O desfecho prático da teoria discursiva do direito ainda não esgotou o seu potencial transformativo da ordem social nem foram devidamente pacificadas contradições teóricas por ora objetos de intensas reflexões – algumas das quais serão sucintamente abordadas neste trabalho.

**Palavras-chave:** Direitos humanos. Democracia. Teoria do discurso.

## THE SYSTEM OF RIGHTS: HUMAN RIGHTS AND DEMOCRACY IN THE PROCEDURAL PARADIGM OF DISCOURSE THEORY

### ABSTRACT

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ; Professor Adjunto de Fundamentos do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU); Coordenador do Núcleo de Fundamentos do Direito da FADIR/UFU; Coordenador e Editor da Revista da FADIR/UFU ([www.revista.fadir.ufu.br](http://www.revista.fadir.ufu.br)); Líder do Grupo de Pesquisa “Poder Judiciário e Teorias Contemporâneas do Direito” (CNPq/FAPEMIG/PROPP/UFU). E-mail: [garridosilva@ig.com.br](mailto:garridosilva@ig.com.br)

<sup>2</sup> pesquisador-bolsista de Iniciação Científica/CNPq, Universidade Federal de Uberlândia. [ilmarjr@yahoo.com.br](mailto:ilmarjr@yahoo.com.br)

<sup>3</sup> Artigo desenvolvido em co-autoria no âmbito do grupo de pesquisa “Poder Judiciário e Teorias Contemporâneas do Direito” (CNPq), contemplado com financiamento de bolsa de IC / FAPEMIG e CNPq e auxílio financeiro por intermédio da Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação da UFU

The reconciliation of the dichotomy between public autonomy/private autonomy, in the constitutional State of law, is one of the central themes of the work of Jürgen Habermas. At the level of political reality, the tension between facticity and validity immanent to law reappears in the dialectic between human rights and popular sovereignty, and a procedural paradigm of State of law seeks to clarify this relationship: in deliberative democracy, the process of decision making is chaired the procedure whereby "a decision is legitimate when acceptable to all recipients, participants in a rational discourse." The institutionalization of a discursively structured system of rights is possible since there is an informed and autonomous public sphere in constant dialogue with official institutions. In this case, is especially relevant to study the importance of constitutional courts within this structure, as interpreters and guarantors of constitutional values resulting from the normative practical discourse. However, it is important to study critically this issue, in the extent of its innovation in legal theory. The practical outcome of the discursive theory of law has not exhausted its transformative potential of social order and were not pacified theoretical contradictions for now objects of intense reflection - some of which will be briefly addressed in this work.

**Keywords:** Human rights. Democracy. Discourse theory.

## INTRODUÇÃO

Os direitos humanos e a democracia foram tradicionalmente tratados, na teoria política clássica, que remonta a Kant e Rousseau, como excludentes entre si, na medida em que se privilegiasse ou a autonomia política dos cidadãos como expressão da soberania do povo, ou a autonomia privada do titular de direitos subjetivos, na forma de direitos fundamentais negativos. A conciliação destas duas instituições no Estado constitucional de direito é um dos temas centrais da obra de Jürgen Habermas, o que ele tenciona fazer com a concepção do princípio do discurso e, conseqüentemente, de uma teoria do discurso aplicada ao direito.

No nível da realidade política, a tensão entre facticidade e validade imanente ao direito reaparece na dialética entre direitos humanos e soberania popular, e um paradigma procedimental do Estado de direito pretende esclarecer essa relação não explicada pelos paradigmas liberal e do Estado social: na democracia deliberativa, o processo de tomada de decisões e de construção da opinião e da vontade é presidido pelo procedimento discursivo, segundo o qual "uma decisão é legítima quando aceitável perante todos seus destinatários, participantes de um discurso racional". A institucionalização de um sistema de direitos discursivamente estruturado é a consequência necessária da teoria do discurso, uma vez que ela não se compromete apenas com a fundamentação do direito válido, mas também com sua implementação na realidade político-institucional de uma comunidade jurídica.

O esclarecimento da prodigiosa tarefa de conciliação da tensão entre direitos humanos e democracia no paradigma procedimental de Habermas, mediante a teoria do discurso, será efetuado a partir da análise teórica crítica dos fundamentos e dos métodos da teoria do discurso (item 1.) e do estudo das possibilidades de institucionalização de um sistema de direitos construído segundo a prática de argumentação na esfera pública (item 2.). Portanto, metodologicamente estudaremos a dimensão teórico-abstrata e, posteriormente, prático-institucional da teoria discursiva do direito de Habermas.

### 1. A teoria do discurso e a (re)construção do sistema dos direitos

No domínio da ciência jurídica pós-metafísica, a legitimidade do direito resulta de um processo de autolegislação, no qual os integrantes da comunidade jurídica podem se entender em discursos racionais que estatuem normas. O emprego público da razão, portanto, evita o problema da fundamentação metafísica, característico das teorias do direito natural, pois justifica o sistema jurídico num processo de discussão autônoma em que os próprios cidadãos argumentam na base de seus ideais de justiça, suas concepções éticas e seus interesses, se afastando do paradoxo da heteronomia e vinculando indissociavelmente direito e democracia. Ao mesmo tempo, reinsere os argumentos morais no direito, afirmando que a legitimidade a partir da legalidade (um dogma do positivismo jurídico) só é possível quando as instituições estão autorizadas a agir obedecendo ao *poder comunicativo*, isto é, à “vontade política comum formada por intermédio de comunicação não coativa, ou seja, o poder legitimador do direito em sentido próprio, a ‘fonte de justiça’ do direito” (FORST, 2009, p. 185), que tem seu lugar numa esfera pública autônoma em relação ao Estado.

Portanto, é possível situar a teoria do discurso no paradigma do pós-positivismo, motivada pela descrença pós-metafísica em princípios absolutos de orientação da razão prática,<sup>4</sup> de um lado, e pela necessidade da reativação das discussões sobre justiça na teoria jurídica, do outro, na tentativa de superação da dicotomia jusnaturalismo *versus* positivismo jurídico. A razão *monológica* do Iluminismo é substituída pela *dialógica*, à qual corresponde um modelo dialógico de fundamentação do direito e da moral:

---

<sup>4</sup> Ver SILVA, Alexandre Garrido. p. 27: “A legitimação dos direitos humanos não pressupõe um ‘dado’ – como por exemplo a ‘natureza’ do homem ou um mundo moral objetivo – mas uma perspectiva *construtivista*, isto é, uma validade que é construída no discurso por meio de argumentos”.

A única forma de fundamentação possível em nosso atual momento – a única forma de dar razão da existência e das pretensões de obrigatoriedade e de universalidade dos juízos morais – consiste em mostrar as estruturas comunicativas que possibilitam a formação do consenso (CORTINA, 2009, p. 130).

A consequência necessária da teoria do discurso é a institucionalização de um sistema de direitos a partir do exercício comunicativo concomitante da autonomia pública e da autonomia privada dos cidadãos. Seguindo as reflexões de Jürgen Habermas e de seus críticos, a gênese lógica do sistema dos direitos é explicada com base nos argumentos seguintes.

### ***1.1. O giro linguístico na teoria social: teoria do agir comunicativo e a tensão entre factidade e validade***

A teoria social crítica, na sua primeira tradição, foi largamente influenciada pelo fenômeno do desencantamento do direito por obra das ciências sociais. As análises filosóficas sobre o direito, que alojavam o sistema jurídico na condição de instrumento da integração social de uma sociedade bem ordenada pelo código do direito, perderam prestígio para as análises sociológicas que se dirigiam contra o prescritivismo do direito racional. Na tradição de Marx, “a sociedade burguesa transforma-se num sistema *que domina anonimamente*, sem levar em conta as intenções dos indivíduos, (...) submetendo a sociedade global aos imperativos econômicos” (HABERMAS, 2003, p. 68). O modelo de uma socialização anônima não intencional substitui o idealismo de uma sociedade configurada segundo a vontade autônoma dos parceiros do direito.

Numa sociedade domesticada pelos imperativos sistêmicos, a razão humana passa a ter caráter instrumental tecnocrático dirigido à autopreservação, definida por Horkheimer, Adorno e Marcuse como “a capacidade intelectual para a análise instrumental de objetos naturais” (FRANKENBERG, 2009. p.3). Este reducionismo funcional, no entanto, exclui a dimensão normativa da ação, em que as convicções morais e as orientações normativas são independentes da razão orientada a fins. A integração social não é gerada exclusivamente pela submissão a imperativos funcionais do capitalismo, não se podendo desprezar a comunicação política entre sujeitos e grupos sociais. Daí Habermas conduzir a teoria crítica para uma filosofia da linguagem, colocando a par do *sistema* o que chamou de *mundo da vida*, âmbito social onde se operam as comunicações levadas ao entendimento mútuo de sujeitos

autônomos portadores de *razão comunicativa*, e não submetidos cegamente à dominação anônima da razão instrumental.

A construção teórica de Habermas implica no conceito de dois níveis da sociedade: o ‘mundo da vida’, constituído por processos de compreensão de alcance comunicativo, e o ‘sistema’, como esferas de ação generalizadas, tais como o mercado e a burocracia estatal, funcionando segundo a lógica funcional da racionalidade objetiva (FRANKENBERG, 2009, p. 6).

Quando a política tem de ser amplamente buscada de acordo com a razão instrumental, os projetos e interações humanas tornam-se estratégicos, e a ação coordena-se de modo egocêntrico exclusivamente para a consecução de fins individuais. Habermas propôs uma nova compreensão sobre o fenômeno da ação, sugerindo a *ação comunicativa* como domínio do mundo da vida que possibilita a busca de acordos sobre normas de interação social, a fim de alcançar um entendimento mútuo sobre fins e valores sociais. Para tanto, utilizou-se de um argumento transcendental-pragmático para mostrar que *os princípios mais importantes da ação comunicativa estão pressupostos na comunicação linguística*.

Na linguagem, em que as ideias estão incorporadas, é possível identificar a tensão entre facticidade e validade: a afirmação factual de signos e expressões linguísticas liga-se internamente com a pretensão de validade em termos de verdade destes. Todo aquele que leva a sério uma fala, enuncia assertivas com a pretensão de que elas sejam avaliadas em termos de “sim” ou “não” pelos seus destinatários, pois o que é válido precisa resistir às objeções factualmente levantadas pelos argumentos. “O conceito da validade ideal deve ser entendido como afirmabilidade racional sob condições ideais, portanto somente através da referência ao resgate discursivo de pretensões de validade” (HABERMAS, 2003, p. 56). Essa tensão emigra para o mundo dos fatos sociais através do uso da linguagem orientada pelo entendimento, com que os atores coordenam suas ações (agir comunicativo) e estabelecem interações entre si, no que resulta um processo de entendimento em que as convicções compartilhadas intersubjetivamente formam o *medium* da integração social.

O direito, que recebe o encargo da integração social mediante a função de estabilização de expectativas de comportamento coordenadas comunicativamente, reflete a tensão entre facticidade e validade, inerente à linguagem, na tensão entre a positividade e a pretensão à aceitabilidade racional. Em outras palavras: ao mesmo tempo em que o direito se afirma faticamente e pretende validade social mediante coação, também reivindica a validade ideal das normas em termos de aceitabilidade racional dos sujeitos do direito, isto é, a

capacidade de o direito ser justificado racionalmente em discursos práticos, mediante argumentos.

Assim, o direito é uma espécie de meio geral que abrange todas as bases do sistema e da sociedade, transformando a comunicação do mundo da vida e formação de vontade social em uma linguagem capaz de ser compreendida em sistemas diferenciados (FORST, 2009, p. 181).

O consenso passa então a ser o fundamento das normas numa sociedade ordenada segundo o agir comunicativo. Mas não se trata simplesmente de um consenso fático, que leva em consideração apenas o interesse de seus participantes e exclui os possíveis interessados das decisões tomadas, sem nenhum compromisso com a sua racionalidade, e sim de um *consenso ideal* resultante de um procedimento que crie condições para a participação simétrica de todos os interessados. “O que legitima uma norma não seria a vontade dos sujeitos individuais, mas o reconhecimento intersubjetivo de sua validade, obtido por meio do único meio racional possível: o discurso” (CORTINA, 2009, p. 132). E esse reconhecimento só é possível na medida da observância do princípio do discurso: são válidas somente as normas de ação que possam ser aceitas por todos os possíveis implicados como participantes de discursos racionais.

Para melhor compreensão do princípio do discurso, antes de tudo é preciso aclarar a relação entre direito e moral na teoria discursiva de Habermas, e de demonstrar como esse princípio pretende eliminar a oposição clássica entre autonomia pública e privada no nível da teoria jurídico-política.

### ***1.2. Direito e moral em Habermas: entre o princípio moral e o princípio da democracia***

Com o desiderato de suplantar a tradição juspositivista, Robert Alexy vinculou conceitualmente direito e moral mediante o argumento da inclusão, da delimitação e da fundamentação do direito a partir de elementos morais. Isso porque, segundo Alexy (2005, p. 17-18), a nota distintiva entre o positivismo e o não positivismo jurídico é a concepção de uma relação de vinculação entre direito e moral. Enquanto o positivismo se preocupa tão somente com a eficácia social e a legalidade conforme o ordenamento, Alexy aduz que o direito necessariamente contém uma pretensão de correção, qual seja, a de que suas normas possam ser fundamentadas mediante argumentos razoáveis por aqueles que as devem seguir.

A necessária inclusão da justiça e, por conseguinte, da correção material e da moral no conceito de direito significa assumir um conceito não positivista de direito. (...) A institucionalização da moral e da correção implicam a institucionalização da

justiça, e esta implica a institucionalização dos direitos humanos básicos. Assim, os direitos humanos são um elemento necessário de todo direito (SEOANE, p. 8).

Diferentemente de Alexy, que vê na moral o substrato que fornece a pretensão de correção para o direito, e no direito a ordem reguladora de condutas com cuja decidibilidade e segurança a justiça moral é capaz de institucionalizar-se, Habermas enxerga moral racional e direito positivo numa relação de complementaridade. A tese de Alexy de que o discurso jurídico é uma caso especial do discurso moral sugere uma falsa subordinação<sup>5</sup> do direito à moral, como se aquele devesse unicamente positivizar normas morais. Segundo Habermas (2003, p.149-150), a moral tem relação apenas virtual com a ação, e sua atualização depende da disposição do ator para agir moralmente; a moral da razão exige apenas que ele forme seu próprio juízo, mas sem o vincular diretamente à ação. Para compensar as fraquezas de uma moral limitada em sua eficácia, a institucionalização de um sistema jurídico mostra-se um caminho que complementa a moral racional, já que proposições jurídicas contêm comandos imediatos para a ação. O sistema de direitos alivia a sobrecarga moral dos sujeitos, pois a normatividade do direito dispensa uma capacidade analítica que está além do indivíduo, qual seja, a de decidir por si só segundo um código binário de justo e injusto.

Portanto, diferentemente de Kant, que propõe a visão de que o direito se fundamentaria na moral, Habermas toma uma postura de neutralidade do princípio do discurso, e, portanto, confere ao direito e à moral caráter de autonomia recíproca e co-originariedade, um não servindo de fundamento ao outro, evitando, assim, problemas em que Kant incorreu na sua prodigiosa tentativa de fundamentar o direito diretamente no princípio moral do imperativo categórico.<sup>6</sup> Embora Habermas se filie à tradição ética kantiana, afastando-se de uma concepção moral utilitarista, segundo a qual a moral busca o bem e o maior nível de felicidade possível, para derivar a moral da razão e vinculá-la com a ideia de justiça universal, seu método é diferenciado. Habermas procede à substituição da razão prática por uma razão comunicativa. Consequentemente, a relação entre direito e moral ganha novo *status*.

O imperativo categórico é o princípio fundamental da ética de Kant, significando um teste de máximas: quando uma máxima, que é o princípio subjetivo da ação, puder ser universalizada, de modo que todos possam agir de acordo com ela, teremos uma lei moral que passou pelo teste do imperativo categórico. No entanto, a moral não admite coação para a prática de determinada conduta justa, o direito então servindo como sistema de ação que

<sup>5</sup> Cf. HABERMAS (2003, p. 291).

<sup>6</sup> Cf. GOMES, Alexandre Travessoni (p. 218) e, no que se segue, GOMES (p. 195-218).



obriga determinada relação externa e prática de uma pessoa para com outra, na medida que suas ações influenciem umas às outras. O princípio do direito é transcrito no seguinte molde: “qualquer ação é justa se puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal” (GOMES, 2009, p. 203). O direito, assim, se fundamenta na moral na medida em que deve passar pelo “teste do imperativo categórico”, e sua função principal seja a conformação formal e coativa de determinada conduta ao conteúdo de um imperativo moral que permita a coexistência de liberdades subjetivas.

Uma ação em conformidade com o dever, mas não motivada pelo próprio dever (isto é, uma ação meramente legal), tem que ser provada moralmente digna em algum sentido, ou então o direito não pode ser justificado na teoria moral de Kant. (...) A validade do princípio do direito depende pois da validade do imperativo categórico: se o último não fosse válido, então a coerção, e consequentemente o direito, não seriam necessários” (GOMES, 2009, p. 203, p. 205).

No pensamento de Habermas, que assume as características de uma moral pós-convencional e pós-metafísica, o direito racional passar a ser regulado conforme uma racionalidade procedimental. O discurso passar a ser neutro, e, a depender do seu nível de referência, poderá originar normas jurídicas ou normas morais. A moral não pode mais ser o fundamento do direito, que passa a se fundar no discurso e, portanto, tem fonte de legitimação autônoma. O próprio Habermas (2003, p. 142) assume que o princípio do discurso encerra um conteúdo normativo, uma vez que explicita do sentido da imparcialidade dos juízos práticos. Todavia, as ideias de imparcialidade e ausência de coação nos discursos são estruturas pressupostas ao próprio uso comunicativo da linguagem, não sendo possível chegar-se a uma norma de ação válida para todos os partícipes do discurso sem a observância dessas condições ideais.

Assim como Kant, Habermas entende que a moral não pode cumprir o papel de integração social, e que é necessário que o direito, além de ser um conjunto de normas institucionalizadas, dotadas de maior racionalidade comunicativa, seja dotado de coerção, para que possa minimizar a possibilidade de dissenso. O princípio da democracia determina pois o processo de institucionalização normativa, em que há a participação de todos com iguais direitos na formação da opinião e da vontade: só podem ser considerados legitimamente válidas as leis jurídicas que possam encontrar o assentimento de todos os membros de direito num processo discursivo de instauração do direito (GOMES, p. 210).



Os discursos práticos sobre normas de ação instiuiem pelo menos três questões de distintas naturezas: questões *pragmáticas*, questões *ético-políticas* e questão *morais*, cada uma das quais ensejando uma configuração específica de discurso, tendo em vista suas regras procedimentais, sua matéria e seu alcance.

Questões ético-políticas são debatidas à luz da identidade comum compartilhada intersubjetivamente por uma comunidade; plantam discursos nos quais membros “procuram obter clareza sobre a forma de vida que estão compartilhando e sobre os ideais que orientam seus projetos comuns de vida” (HABERMAS, 2003, p.201). As deliberações obtidas nestes discursos têm alcance circunscrito à comunidade de valores na qual eles foram empenhados, se referem às convicções coletivas dos grupos através de uma hermenêutica que se apropria criticamente das próprias tradições, com vista à escolha adequada de meios para atingir fins coletivos relevantes, com apoio nos valores e tradições consagrados.

Questões morais, por outro lado, rechaçam o agir pragmático do ator motivado por preferências pessoais, ou por convicções internalizadas em grupos axiológicos específicos; têm a ver com *justiça*. Para estatuir uma prática justa, é necessário o “ponto de vista normativo, sob o qual nós examinamos a possibilidade de regular nossa convivência no interesse simétrico de todos” (HABERMAS, 2003, p.203); o juízo moral repercute em e para todo homem, pois é de sua nota essencial referir-se à regulação da convivência de todos os homens na base de interesses generalizáveis, através de normas que podem ser exigidas a qualquer um em situações semelhantes, destinadas a garantir interesses com os quais qualquer um assentiria. Mandamentos morais são imperativos categóricos ou incondicionais, que podem transcender as barreiras culturais e geográficas das comunidades existentes: “em discursos morais, a perspectiva etnocentrista de uma determinada comunidade se alarga, assumindo a perspectiva abrangente de uma comunidade comunicativa não-circunscrita” (HABERMAS, 2003, p.203).

No entanto, a tarefa de brindar o direito com uma fundamentação autônoma da moral recebeu críticas de Karl O. Apel, para quem o princípio do discurso não pode ser tão neutro a ponto de desconsiderar a igualdade de direitos e a co-responsabilidade de todos os parceiros do discurso com respeito à solução de todos os problemas capazes de discurso (2004, p. 210), sendo a postulação de princípio do discurso moralmente neutro o próprio abandono da ética do discurso.

### ***1.3. O princípio do discurso e a (re)construção do sistema dos direitos***

O modo de articulação entre autonomia pública e privada conduz a um *princípio do discurso*. Enquanto, em um processo de autodeterminação racional, os sujeitos *produzem* o direito legítimo sendo-lhes garantidas liberdades subjetivas de ação (autonomia pública), conferem forma jurídica à autonomia privada, sem a qual estariam impossibilitados de exercer sua própria autonomia normativa. Normas de ação gerais se ramificam em normas morais e normas jurídicas. Tanto moral autônoma quanto direito positivo precisam ser objeto de fundamentação, a qual, num modelo baseado no discurso, é adquirida mediante a aceitabilidade racional de assertivas com pretensão de validade por partícipes de discursos, motivados pelas estruturas que tornam possível o uso da linguagem através do agir comunicativo. Em um nível de abstração – por ser, de início, indiferente à moral ou ao direito, encontra-se o *princípio do discurso*, que se refere a normas de ação em geral: **“D: São válidas normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”** (HABERMAS, 2003, p. 142). O princípio do discurso explica apenas como questões práticas podem ser julgadas imparcialmente e decididas racionalmente, observando um procedimento fundado na igualdade de competência comunicativa e na razoabilidade dos argumentos.

O princípio do discurso pode converter-se em *princípio moral* ou em *princípio da democracia*, a depender do seu nível de referência: a questões morais ou a questões ético-políticas. O princípio moral funciona como regra de argumentação para a decisão de questões morais, que extrapolam os limites históricos casuais, diferenciados socialmente, e ampliam os destinatários de suas prescrições num sentido universalista que requer a assunção ideal de papéis no interesse simétrico de todos; nesta perspectiva, há a regulação de uma comunidade concreta de sujeitos. Por sua vez, o princípio da democracia afirma as possibilidades de institucionalização do direito legítimo, num processo racional de formação política da opinião e da vontade, segundo o qual são legítimas as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito num processo de normatização discursiva; nesta perspectiva, há a regulação de uma comunidade abstrata, criada fictamente por virtude de estatutos jurídicos.

O modo como autonomia privada e pública se entrelaçam na formação discursiva da opinião e da vontade acarreta um sistema jurídico estruturado comunicativamente, no qual o princípio da democracia toma a feição da interligação entre princípio do discurso e forma jurídica. Tal é, para Habermas (2003, p.158 e ss.), a *gênese lógica de direitos*: começa com a aplicação do princípio do discurso, segundo liberdades subjetivas iguais de ação, termina com a institucionalização jurídica de condições para o exercício da autonomia política. Deste

modo, retrospectivamente, num processo circular que se retroalimenta, as liberdades subjetivas de ação produzem o direito legítimo e este define a forma jurídica da autonomia privada. As condições procedimentais de institucionalização do direito legítimo culminam em um sistema de direitos que “deve conter precisamente os direitos que os cidadãos são obrigados a atribuir-se reciprocamente, caso queiram regular legitimamente a sua convivência com os meios do direito positivo” (HABERMAS, 2003, p.158).

São categorias de direitos intrínsecas a um sistema de direitos estruturado comunicativamente (HABERMAS, 2003, p.159-164):

- (a) Direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação. São legítimas somente as regulamentações que conciliam a liberdade de ação de cada um com a dos demais, na forma de direitos fundamentais que protegem a autonomia privada dos sujeitos de direito.
- (b) Direitos fundamentais que resultam da configuração política do *status* de membro numa associação voluntária do direito. São direitos de participação política ampla e irrestrita no processo democrático de normatização discursiva, que garantem o exercício da autonomia pública dos parceiros do direito.
- (c) Direitos fundamentais decorrentes da possibilidade de postulação judicial e proteção jurídica individual. Têm caráter de garantia juridicamente organizada, com vista à proteção dos direitos subjetivos através da atuação de tribunais independentes e imparciais e do amplo acesso à jurisdição.
- (d) Direito à participação, em igualdade de oportunidades, dos processos de formação da opinião e da vontade. O sistema de direitos só faz sentido na medida em que os sujeitos destinatários de seus mandamentos possam se reconhecer como autores deles próprios, segundo o princípio da autolegislação. São os próprios civis que decidem como deve ser o direito juridicamente firmado pelo princípio do discurso, bem como sobre sua legitimidade e correção.
- (e) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente. Os pares do direito, enquanto sujeitos politicamente autônomos detentores do poder comunicativo, devem estar apetrechados dos meios materiais, culturais e econômicos<sup>7</sup> que lhe garantam o exercício da competência comunicativa em situação de igualdade moral e política.

O uso público das formas de comunicação asseguradas juridicamente faz supor que os resultados obtidos em deliberações submetidas à forma e ao procedimento correto são legítimos. Os direitos acima elencados servem como parâmetro norteador e limitador do legislador político soberano, o qual só pode legislar na medida em que garanta os elementos imanes e necessários ao procedimento de criação do direito legítimo.

O processo de legislação constitui, logo, o lugar próprio da integração social, com a condição de que possam participar dele cidadãos tidos como sujeitos de direito, portadores de amplas oportunidades de comunicação e participação política, cuja ação, antes de ser orientada pelo sucesso, deve orientar-se para o entendimento mútuo. O direito, desta forma, induz à “expectativa de que o processo democrático da legislação fundamente a suposição da aceitabilidade racional das normas estatuídas” (HABERMAS, 2003, p.54), na medida em que os destinatários de suas normas consigam identificar-se num duplo papel de destinatários e seus autores racionais. Embora legitimidade e legalidade guardem entre si íntima conexão, Habermas (2003, p.168) alerta contra interpretações equivocadas que possam entender a teoria do discurso como modalidade ética de um juspositivismo. “O surgimento da legitimidade a partir da legalidade não é paradoxal, a não ser para os que partem da premissa de que o sistema do direito tem que ser representado como um processo circular que se fecha recursivamente, legitimando-se *a si mesmo*”.

#### ***1.4. Autonomia pública versus autonomia privada? A reconciliação entre direitos humanos e democracia no paradigma procedimental de Habermas***

A adoção de um paradigma procedimental de legitimação do direito foi essencial para desmistificar a pretensa oposição entre autonomia pública e autonomia privada no bojo da teoria política tradicional, que remonta a Kant e Rousseau. Concebido um paradigma jurídico como um “feixe de suposições elementares sobre o caráter, os princípios fundamentais, os objetivos e as possibilidades do direito” (ALEXY, 2009 p. 128), nota-se que o paradigma procedimental habermasiano, ao contrário dos paradigmas liberal e social, evita o comprometimento com quaisquer princípios substantivos que possam impedir *a priori* o exercício da autonomia política, bem como que os direitos fundamentais sejam dissolvidos pela tirania de um legislador soberano ilimitado. O procedimento legitimatório restringe-se a estatuir as regras que possibilitam a imparcialidade e a racionalidade do direito, na medida em que este possa ser aceito pelos cidadãos que cumprem o duplo papel de autores e destinatários, observada a estrutura básica da argumentação. Contudo,

o paradigma procedimental não exonera os pensamentos fundamentais do paradigma liberal e do Estado social. Ele os coloca, antes, dentro de um novo contexto: o do procedimento democrático interpretado pela teoria do discurso. Isto se vê claramente no sistema dos direitos de Habermas (...) (ALEXY, 2009, p. 129).

Tanto o paradigma liberal quanto o do Estado social padeceriam do mesmo erro: uma concentração excessiva sobre a autonomia privada; o primeiro, através do princípio da liberdade jurídica negativa que, além de não garantir a mesma proporção de autonomia prometida a todos, devido à condução à desigualdade fática, constitui uma limitação substancial à própria soberania de uma comunidade política que se autodetermina autonomamente; o segundo, através do princípio da justiça distributiva que, apesar de intencionalmente minimizar desigualdades fáticas produzidas pela liberdade econômica, culmina num paternalismo que prejudica a própria autonomia com suas intervenções antecipadas e impositivas. Em ambos os casos, a ideia da autoconstituição de uma comunidade política de parceiros do direito livres e iguais resta prejudicada. Percebe-se que a tensão entre facticidade e validade internalizada no direito migra para a realidade política na forma da tensão entre autonomia privada e autonomia política.

Esta concorrência se baseia numa incompreensão da origem comum de autonomia pública e privada. Os direitos que protegem a liberdade subjetiva de ação dos indivíduos e os direitos à participação política, em igualdade de direitos, no processo e formação democrática da opinião e da vontade, devem ser explicados a partir de uma raiz comum, culminando numa relação de interdependência. A fundamentação de direitos humanos que limitam a soberania em um outro nível acima do processo político é antidemocrática e pressupõe que restrições com conteúdo moral serão impostas paternalisticamente ao legislador soberano. O projeto de conciliação da teoria do discurso, portanto, tem o intuito de evitar uma derivação do direito e da democracia diretamente de princípios morais pré-políticos. A autodeterminação política só será conquistada em um modelo em que os cidadãos cumpram um duplo papel de autores e destinatários do direito, no mais profundo sentido da autonomia pública.

Esclarecer como o povo soberano pode deliberar sem, ao mesmo tempo, vilipendiar direitos humanos básicos é o grande avanço na teoria democrática pretendido por Habermas, a partir da configuração do princípio do discurso. De um lado, os direitos humanos funcionam como proteção do indivíduo perante um poder político potencialmente tirânico, pois quando existem, em uma comunidade jurídica, por motivos econômicos ou culturais, maiorias e minorias estruturais, toda decisão majoritária tomada em fóruns políticos aprofundaria essa

separação. Daí ser necessário um conjunto de direitos humanos individuais dessas minorias estabelecidos antes e por fora do processo democrático.

O poder absoluto do legislador soberano deve ser vinculado a uma permissão dos direitos humanos que devem proteger primariamente o indivíduo contra o poder político. Mas se, inversamente, isto significar que os direitos humanos gozam de primazia normativa perante o processo legislativo político, este não mais seria soberano (GÜNTHER, 2009, p. 220)

Nem Kant nem Rousseau conseguiram explicar satisfatoriamente a tensão existente entre *direitos humanos* subjetivos do indivíduo e o princípio da *soberania do povo*, do legislador político soberano – princípios em cuja luz ainda é possível justificar o direito moderno. Dependendo da primazia que se dá a um ou outro princípio na configuração de uma sociedade de direito, estaremos diante de uma aproximação com o liberalismo ou com o republicanismo.

Kant sugere um modelo de ler a autonomia política mais próximo do liberalismo. O princípio do direito é uma lei geral de liberdade que se legitima numa etapa anterior ao próprio estabelecimento do contrato social e, portanto, da autonomia política: os “direitos naturais” que precedem a vontade do legislador soberano são fundamentados moralmente. Ele partiu da ideia de que ninguém, no exercício de sua autonomia política, poderia aderir a leis que ao mesmo tempo privam seus direitos naturais que protegem a autonomia privada. O argumento liberalista mostra-se problemático no seguinte aspecto: os direitos humanos são, em sua origem, estritamente horizontais, portanto só podem ser atribuídos e concedidos mutuamente por todos os homens, cabendo aos próprios titulares dos direitos decidir sobre seu conteúdo. “É no sentido dos direitos humanos que também reside a *auto-habilitação* dos homens à sua *autodeterminação*, ou seja, sobretudo à interpretação e ao esgotamento dos direitos humanos” (GÜNTHER, 2009, p. 224).

Rousseau, por seu turno, aproximou-se de uma posição republicana e interpretou a ideia da autolegislação numa linha mais ética do que moral, compreendendo a autonomia como a realização consciente da forma de vida de um povo concreto, dissolvendo o conteúdo normativo dos direitos humanos no modo de realização da soberania popular. E essa visão pressupõe necessariamente um “*ethos* homogêneo de uma comunidade particular que, com suas decisões majoritárias, discrimina ou exclui minorias” (GÜNTHER, 2009, p. 225), não alcançando o *telos* da democracia. O conteúdo normativo dos direitos humanos não pode surgir, como pensa Rousseau, na forma de leis gerais e abstratas, que permitem simplesmente regulamentações que garantem a todos as mesmas liberdades subjetivas. “O visado nexo

interno entre soberania do povo e direitos humanos reside no conteúdo normativo de um modo de exercício da autonomia política, que é assegurado através da formação discursiva da opinião e da vontade” (HABERMAS, p. 137). É através da vinculação aos direitos humanos que se possibilita a institucionalização jurídica da democracia, com inclusividade e abertura do processo democrático. Nesta linha, Wellmer (apud GÜNTHER, 2009, p. 226) assim definiu a relação dos direitos humanos com a democracia:

Enquanto, por uma lado, vinculam o discurso democrático, eles, por outro, têm sempre que ser produzidos primeiramente nele, ou seja, têm que ser reinterpretados e reimplementados; não pode haver nenhuma instância acima ou fora deste discurso que poderia decidir, ao fim, qual seria a interpretação e concretização corretas destes direitos fundamentais.

A co-originariedade entre autonomia privada e pública existe no nível da teoria do discurso, na medida em que os sujeitos do direito compreendem-se como autores e destinatários de um modelo de autolegislação, que **pressupõe os direitos humanos como condições formais da institucionalização jurídica da vontade política discursivamente formada, na qual soberania do povo se converte em direito legítimo.**

Algumas objeções<sup>8</sup> são levantadas no sentido de denunciar uma possível instrumentalização dos direitos subjetivos à liberdade para servirem unicamente como condição de um processo político legiferante, relativizado perante o direito democrático de participação e aos deveres comunicativos (ilocucionários) a ele vinculados. Klaus Günther (2009, p. 231 e ss.) responde à questão do risco de a liberdade comunicativa erodir as liberdades negativas num sistema estruturado pela teoria do discurso, utilizando-se de três argumentos: a) a liberdade negativa só é possível como o direito *igual* de cada indivíduo, não sendo imaginado como direito singular nem ilimitado de cada um. O caráter igualitário-distributivo do direito à maior medida possível de *iguais* liberdades de ação subjetivas tem de resultar da autonomia política dos próprios atingidos, sendo concedido a todo indivíduo o direito de participar discursivamente dessa distribuição dos direitos; b) a liberdade negativa é uma condição indispensável para que a democracia opere deliberadamente e cumpra as exigências da criação de discursos racionais. A liberdade de informação, de vontade e de opinião autônoma é um pressuposto da racionalidade e, portanto, da prática de decisão racional; e c) os direitos de liberdade negativos não estão ameaçados por obrigações ilocucionários de participação discursiva, pois incluem até mesmo o direito de se retirar ou

---

<sup>8</sup> Esta objeção é levantada, entre outros, por John RAWLS (apud GÜNTHER, 2009, p. 231).



não se envolver em discursos. O direito à desistência das obrigações da racionalidade comunicativa também é uma condição constitutiva destas obrigações, em atenção ao princípio da não coerção física. Entretanto, a recusa de alguém à participação democrática na legislação acarreta àquele o ônus de ser juridicamente obrigado a não violar o igual direito de liberdade de todos os outros, pois se ele não participa como sujeito ativo na construção do direito legítimo, este se apresenta a ele unicamente na condição de ordenamento coercitivo.

Ademais, Rainer Forst (2009) indica uma solução para as controvérsias dirigidas ao fato de que Habermas, do ponto de vista liberal, não teria conferido uma fundamentação autônoma dos direitos humanos, colocando-os sempre à disposição do exercício do poder, apesar de não duvidar de sua natureza moral. A evitação desse problema está, segundo Forst, implícita na própria ideia de autolegislação no nível das normas morais, pois devido aos discursos morais evita-se a imposição paternalística de direitos humanos, demonstrando que eles próprios são originados num discurso em que os homens exercem sua autonomia política.

Com base em um princípio da justificação, de fundamentação teórico-discursiva e de autoentendimento normativo, segundo o qual normas reivindicadoras de validade universal e recíproca têm que ser justificadas de modo discursivamente universal e recíproco, resulta a possibilidade de uma construção moral “autônoma” de direitos humanos (como pretensões mutuamente não rejeitáveis); estes constituem o conteúdo central de uma construção, construção esta de característica discursiva, política e a ser institucionalizada juridicamente, de direitos fundamentais e respectivas normas de uma estrutura política básica. Estes direitos fundamentais são, assim, implicações necessárias de uma soberania política exercida legitimamente e nos moldes do Estado de direito, o que Habermas salienta, da mesma forma que são, conforme sua essência e seu próprio vigor, direitos morais que são configurados dentro de instituições políticas pelos *próprios* interessados, conferindo-lhes aí validade. A realidade jurídico-política não se defronta com normas morais “externas”, e sim tão somente com aquelas que uma estrutura política básica teria que poder apresentar ela mesma a fim de reivindicar legitimidade (FORST, 2009, p. 190).

## 2. A institucionalização do sistema de direitos na democracia deliberativa

A teoria jurídica de Habermas mostra como os conteúdos ideais do princípio do discurso podem ser institucionalizados através de um sistema jurídico num contexto político. Ao mesmo passo em que a teoria do discurso exige a institucionalização de um sistema de direitos, o direito positivo permanece dependente dela como sua fonte de legitimidade.

A democracia deliberativa é o arranjo institucional formulado sob a base da ideia de discurso: o procedimento discursivo almeja determinar o conteúdo de um direito fundamental não circunscrito na constituição, a fim de possibilitar a coexistência pacífica dos titulares do direito em situações de conflito. Esta interpretação pode ocorrer no patamar de discursos

informais na esfera pública, que se aloja na sociedade civil, ou no patamar das instituições democráticas oficiais. A interpretação dos direitos pelos tribunais constitucionais é condizente com este princípio, na medida em que deve “garantir ou, pelo menos, poder prometer justiça na fundamentação valorativa e verdade no reconhecimento” (DENNINGER, 2009, p. 44) ao decidir sobre o conteúdo de um direito fundamental.

### ***2.1. Democracia deliberativa e solução racional de conflitos***

A *democracia deliberativa* é um modelo normativo de política democrática, gerada da crítica dos limites dos modelos republicano e liberal, os quais de certa forma têm sido objeto de divergência na teoria política quanto à sua qualidade de “modelo democrático ideal”.

A noção de política deliberativa se funda na teoria do agir comunicativo, aqui já exposta sucintamente: *a comunicação é voltada à intercompreensão*; os discursos de entendimento mútuo, nos quais os integrantes de determinada comunidade política tentam obter clareza sobre o tipo de sociedade em que querem viver, são elementos constitutivos do processo político em geral. O consenso racional apresenta-se como o viés compensatório para os conflitos que ocorrem no interior de uma mesma comunidade; para a harmonização dos conflitos não bastam os discursos éticos<sup>9</sup> (como propõe o republicanismo) ou meras negociações ou acordos entre partidos (como no liberalismo), tão sensíveis à genealogia dos conflitos que repousam sua motivação em discordâncias fundamentais sobre princípios morais, religiosos e ideológicos, cuja não exigência de racionalidade no intercâmbio social é incapaz de estabelecer um vínculo de solidariedade estável. “O direito firmado politicamente, caso se pretenda legítimo, precisa ao menos estar em consonância com princípios morais que reivindiquem validação geral, para além de uma comunidade jurídica concreta” (HABERMAS, 2002, p. 227).

Por este motivo, Habermas sugere uma teoria legitimatória procedimental, que se restringe a regras discursivas e formas argumentativas que se orientam ao estabelecimento de um acordo mútuo, fundada no caráter formal da razão comunicativa, que possibilita um modelo de democracia com base “nas condições de comunicação sob as quais o processo

---

<sup>9</sup> Para Habermas, os discursos éticos se referem ao bem do indivíduo ou da comunidade, enquanto que os discursos morais se referem a questões de justiça mais amplas: “Diversamente do que se dá com questões éticas, as questões de justiça não estão relacionadas desde a origem com uma coletividade em particular”. HABERMAS (2002, p. 277).

político supõe-se capaz de alcançar resultados racionais, justamente por cumprir-se, em todo seu alcance, de modo deliberativo” (HABERMAS, 2002, p. 277).

O direito se legitima a partir de princípios e mediante procedimentos. A legitimação do procedimento jurídico exige o reconhecimento de todos os membros da sociedade como moral e politicamente *livres e iguais*, porque, se assim for, podem se reconhecer como sujeitos autônomos que sejam, ao mesmo tempo, destinatários das normas de direito e sujeitos ativos de sua produção. Quando se defrontam, no Estado democrático, concepções religiosas, morais, e cosmovisões diferentes, carecemos da homogeneidade dos costumes e, portanto, de um fator extrajurídico de integração. É necessário o apelo ao direito como *medium* da regulação social: “o recurso a um *procedimento* institucionalmente assegurado de criação do Direito se converte no caminho razoável e ‘correto’ para que ao menos resulte possível alcançar um equilíbrio satisfatório” (DENNINGER, 2005, p. 42). A legitimidade deste procedimento repousa na medida em que é garantida a racionalidade, expressa na máxima aceitação dos argumentos por parte de todos os participantes do discurso, e a justiça, no sentido do equilíbrio razoável de interesses.

Somente quando os conflitos resultam juridicamente delimitados por um procedimento é que podem assumir seu papel positivo de integração social, conduzindo a uma concepção pluralista da Constituição, frequentemente atualizada e renovada por novos consensos gerais. Em espaços marcados por conflitos morais acentuados, segundo Denninger, a integração social só pode ser obtida mediante *normas de direito positivo*, pois nos desacordos morais não há uma base comumente aceita e reconhecida de costumes suficiente para fomentar a convivência democrática. Neste sentido, as regras do procedimento jurídico devem ser objeto de um consenso democrático fundamental, acordadas, obedecidas e legitimadas por todos, reconhecidos estes como membros livres e iguais na formação do direito.

A premissa básica da ética do discurso, chamada de *metanorma* por Benhabib, remonta à epistemologia habermasiana da teoria do discurso: são válidos apenas normas e arranjos institucionais que possam ser reconhecidos e confirmados por todos os interessados, em situações de argumentação específicas, que atendam a determinadas regras formais (situação ideal de fala), chamadas “discursos”. Da metanorma, são deduzidos dois princípios: o *princípio do respeito universal* e o *princípio da reciprocidade igualitária*. Por respeito universal, entende-se que o direito de participar dos discursos estende-se universalmente a todos os seres capazes de fala e ação, como também lhe são conferidos os direitos e deveres resultantes das normas legitimadas discursivamente; a reciprocidade igualitária reafirma a igualdade e a autonomia daqueles que possuem competência comunicativa e lhes confere o

“mesmo direito” a iniciar atos de fala e prosseguir argumentando nos discursos públicos (BENHABIB, 2006, p. 180-184). Entretanto, tais princípios admitem diversas reconstruções normativas, e se contextualizam na medida em que são concretamente praticados em contextos jurídicos, culturais e sociológicos distintos.

A noção de uma associação democrática na qual a justificação dos termos e das condições de associação procede por meio de argumentos e raciocínio público entre os cidadãos suscita algumas questões no que concerne à sua viabilidade como modelo político-institucional concreto, ou até mesmo como teoria capaz de aliviar tensões amplamente debatidas na doutrina democrática. Algumas dessas questões são o risco de “tirania da maioria” e a irracionalidade, aqui brevemente abordadas.

Um dos motivos da teoria da democracia deliberativa é designar um *standard* democrático que justifique valores e políticas anti-opressivos. Os processos democráticos são legítimos na medida em que encorajam a deliberação sobre questões específicas em fóruns adequados, no interesse simétrico de todos os interessados. “Os direitos da minoria são, neste sentido, defendidos internamente à democracia deliberativa como uma de suas precondições” (CUNNINGHAM, 2009, p. 211). A democracia deliberativa é disposta a gerar direitos liberais, que protegem a autonomia privada do indivíduo de ingerências do poder político, e pressupõe que os participantes da deliberação compartilhem atitudes de “respeito universal” e igualdade recíproca”, pois enquanto esses princípios são observados o medo da tirania da maioria restará, ao menos, infundado.

No que respeita à racionalidade das decisões, ceticamente se pergunta se discursos públicos são suficientes para alterar preferências fixas egoísticas e irracionais de agentes que não se dispõem à prática de entendimento mútuo, bem como se decisões discutidas segundo as estruturas do discurso ideal são racionais no sentido de as mais justas e condizentes com o bem comum. A posição liberal insiste<sup>10</sup> que as pessoas entram em deliberações, conclamadas quando há desentendimentos sobre o que devem ser as políticas públicas e como chegar a elas por meio de leis, sem qualquer expectativa de que suas preferências irão mudar nesse processo. Em contrapartida, aqueles engajados em práticas deliberativas devem estar preparados para alterar suas preferências numa atitude de autocrítica quanto a seus respectivos valores e preferências. O oferecimento mútuo de razões tem o afã de persuadir participantes de um discurso a adotar outros pontos de vista, uma vez que “um sistema democrático em bom funcionamento se fundamenta não em preferências, mas em razões” (SUNSTEIN *apud*

---

<sup>10</sup> Cf. CUNNINGHAM (2009, p. 195).

CUNNINGHAM, 2009, p. 195). A democracia deve ser mais que um modo institucional de agregação de preferências fixas, para tornar-se um âmbito de prática da racionalidade argumentativa, no qual os debates públicos tenham influência sobre a opinião e a vontade de atores dispostos à mudança de perspectiva. Caso uma decisão não possa ser tomada segundo os exigentes critérios de deliberação de justificação potencial a todo e qualquer interessado, uma votação poderá ser necessária. No entanto, tudo indica que essa votação será mais que a agregação de preferências fixas formuladas anteriormente à deliberação, pois nesta as razões reciprocamente fornecidas tornaram-se transparentes, informadas e aptas ao convencimento.

Quando inexistem as condições complexas para um discurso livre e não-coativo, a solução de conflitos políticos pode ser oferecida mediante negociações, cuja conclusão leve a um compromisso capaz de conciliar os interesses em conflitos. A diferença entre o consenso e o compromisso, já apontada por Habermas<sup>11</sup>, consiste na possibilidade de os participantes aceitarem um acordo por diferentes razões e interesses, mas que o núcleo do compromisso ainda assim seja mantido. Não obstante, as negociações devem se amoldar às condições de uma configuração procedimental justa, afins com uma forma pura de discurso:

(1) os participantes em uma negociação têm que se colocar de acordo na vontade declarada, constante e incondicional em procurar a solução do conflito pelas vias do direito, o seja, da normatização – sob a exclusão da ameaça ou do emprego da força. (2) Os participantes têm que se reconhecer – e, a esse respeito, não há diferença alguma com as condições do discurso – como ‘iguais’, isto é, como participantes com os mesmos direitos, com as mesmas chances de acesso e comunicação também em sua essência como diferentes e estrangeiros. (3) E, por último, algo difícil: dentro de uma comunidade política já constituída, (...) uma negociação só pode ser conduzida respeitando-se plenamente os princípios constitucionais fundamentais (DENNINGER, 2009, p. 58).

Para Frank Cunningham (2009, p. 198), a maior virtude da democracia deliberativa é justamente que ao “encorajar as pessoas a procurar bens comuns, a deliberação estimula e cria preferências que juntam as pessoas de forma cooperativa e incita a igualdade e o respeito mútuo”, pois os cidadãos são incentivados a conviver com desacordos morais básicos de uma maneira construtiva.

E são os próprios cidadãos, num modelo procedimental, que deliberam a respeito do que consideram ser o bem comum, encorajados pela prática argumentativa. Assim evita-se que uma concepção determinada de bem comum, majoritária, seja imposta

---

<sup>11</sup> Cf. HABERMAS. 2003. p. 200-210.

paternalisticamente aos cidadãos aos quais, na perspectiva da autonomia política, compete decidir sobre o conteúdo dos direitos que querem se atribuir.

## ***2.2. Tribunais como representantes argumentativos da sociedade***

Na linha de uma teoria discursiva do Estado de direito democrático, o sistema de direitos pressupõe uma organização com poder de sanção, para impor respeito às normas jurídicas legitimamente estatuídas. A partir daí surge o Estado, como instância central autorizada a agir em nome do todo, detentora do poder de emprego legítimo da coerção, com o fim de garantir a identidade coletiva juridicamente organizada.

O Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implementados (HABERMAS, 2003, p. 171).

Enquanto o poder político é institucionalizado mediante o código do direito, normas secundárias de organização do Estado criam a divisão dos poderes segundo a diferenciação das funções estatais destinadas a retroligar o exercício do poder político ao poder comunicativo dos cidadãos. Ao passo que o legislativo fundamenta e vota programas gerais de ação e a administração implementa leis que necessitam de execução, a jurisdição “elabora o direito vigente sob o ponto de vista normativo da estabilização de expectativas de comportamento” (HABERMAS, 2009, p. 232), ao decidir no caso concreto sobre a aplicação do direito a conflitos de ação. A lógica da divisão dos poderes, logo, induz a uma cooperação funcional voltada à institucionalização do poder político conforme a forma jurídica.

Haja vista sua peculiar posição na ordem estatal, os tribunais são revestidos de certas características específicas. Cabe-lhes a aplicação do direito vigente (legítima e faticamente) para a estabilização de expectativas de comportamento, e ainda a jurisdição constitucional, realizada através do controle de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, tanto por um órgão especial quanto difusamente pelo judiciário. O compromisso político fundamental assumido na Constituição, onde estão consagrados os fins coletivamente perseguidos por uma comunidade jurídica particular, é resguardado, assim, mediante a comparação abstrata *a priori* entre o texto legal e o texto constitucional, técnica esta decorrente do princípio da supremacia hierárquica da Constituição no ordenamento jurídico.

Para o desempenho regular da função judiciária, aos tribunais é garantida a imparcialidade e cobrada a racionalidade das decisões. À justiça independente cabe aplicar o direito de modo a garantir simultaneamente a segurança do direito e a aceitabilidade racional das decisões judiciais. Por conta da blindagem conferida pela exigência de imparcialidade, os tribunais despontam de uma posição peculiar dentro da sistemática estatal, definida como *contra-majoritária*.

O legislativo funciona segundo a regra da maioria; é eminentemente a instância majoritária: preocupa-se com números, não com argumentos. Sua atuação está envolvida pela barganha e pela disputa de posições políticas<sup>12</sup> que representam segmentos específicos da sociedade, em detrimento do interesse das minorias. Em contrapartida, os tribunais são revestidos da garantia de imparcialidade, com o intuito de imunizá-los das disputas políticas tradicionalmente reservadas às instituições majoritárias, e do encargo da formulação de suas decisões com base em justificativas razoáveis, conferindo-lhes o caráter da racionalidade, pelo qual os tribunais estarão orientados ao consenso argumentativo no momento da decisão, e não às negociações<sup>13</sup> segundo interesses capazes de se impor nos fóruns de debate público. Tendo em vista a formação discursiva da opinião e da vontade, o judiciário é a instância pública mais apta aos discursos orientados ao entendimento sobre questões éticas e morais relevantes, pois preenche os requisitos essenciais da situação ideal de discurso: racionalidade dos argumentos e liberdade e imparcialidade dos partícipes.

Por isso ressalta-se, na perspectiva de uma concepção deliberativa de democracia, o papel fundamental dos tribunais para a garantia dos interesses das minorias, na forma de direitos e garantias legais e constitucionais. Os tribunais recebem o encargo de interpretar as leis e os princípios constitucionais de modo a assegurar a mais justa e razoável aplicação do direito, através de decisões devidamente motivadas que possam obter aceitabilidade racional por parte de seus destinatários e demais envolvidos, conforme os princípios procedimentais de legitimidade do exercício do poder na democracia deliberativa.

Entretanto, comumente se questiona a legitimidade dos juízes para intervirem em questões políticas que tradicionalmente competem aos órgãos eleitos: a administração e o legislativo. Os tribunais, não obstante, são apontados como portadores de uma legitimidade

---

<sup>12</sup> FEREJOHN; PASQUINO. (2009. p. 47-49). “Os cidadãos, na maioria das democracias, esperam que os partidos políticos deixem claro algum tipo de programa ou metas que explicariam ou justificariam o programa político que estes buscarão implementar caso sejam eleitos”.

<sup>13</sup> Ver a distinção entre discursos e negociações em Habermas. *Op.cit.* p. 221-232. As questões de repercussão pública, cujos interesses são generalizáveis, não podem ser resolvidas por negociações.



*sui generis* para atuar como representantes da sociedade, inclusive das minorias étnicas, culturais, religiosas, e das classes marginalizadas das instituições majoritárias.

### **2.3.. Legitimidade discursiva dos tribunais: deliberação e fundamentação**

A deliberação e a fundamentação racional são fontes indiretas de legitimidade democrática. Diferentemente do que acontece com os poderes democraticamente eleitos, os tribunais não são compostos por representantes escolhidos diretamente pelos cidadãos no processo democrático. A legitimidade de sua atuação remonta à prática de argumentação nos fóruns públicos, pelas quais os juízes lançam mão de argumentos constitucionais, legais e morais, mantendo a coerência do sistema jurídico, em busca do convencimento segundo a resgatabilidade racional dos motivos expostos, substituindo, deste modo, o voto eletivo por argumentos que podem ser compreendidos e acolhidos como *as nossas próprias razões para agir*. Uma decisão judicial é legítima na medida em que puder ser objeto de assentimento racional por parte de seus destinatários, que devem aceitá-la em um sentido normativo como seus próprios motivos. “A deliberação e a fundamentação racional são, assim, modos pelos quais as instituições não democráticas podem proceder para convencer o povo a apoiarem suas decisões” (FEREJOHN; PASQUINO, 2009, p. 49).

As cortes, portanto, vão além de simplesmente tornar públicas suas decisões, justificando-as com base em argumentos que possam ser acolhidos pelos sujeitos de direito, aduzindo boas razões para a obediência de seus mandamentos, preenchendo a expectativa de que o agir público foi conduzido segundo critérios de deliberação pública racional. O agir público dos tribunais cria, portanto, a expectativa de fundamentação decorrente do aspecto *democrático*,

pois os juízes (a maior parte deles) não foram eleitos e os argumentos sustentados em suas decisões – especialmente quando se trata de argumentos que se fundamentam em atos concretos de instituições que tenham sido eleitas – podem prover uma justificativa indiretamente democrática para os atos públicos. E mesmo quando não se consegue traçar o vínculo entre as deliberações jurídicas e os atos legislativos, se estas estão enraizadas em princípios morais e constitucionais que fundamentam o regime democrático ou que são pressupostos democraticamente pela população, a argumentação jurídica pode ser compreendida como democrática, de modo indireto ou transitivo (FEREJOHN; PASQUINO, 2009, p. 45).

A decisão judicial, neste caso, funciona como desdobramento do princípio democrático da *soberania popular*, na medida em que se pressupõe a concordância dos cidadãos integrantes da comunidade jurídica com relação às razões expostas nos discursos

institucionalizados, ou, em outras palavras, a compatibilidade entre a motivação para o agir das instituições e a expectativa normativa dos sujeitos participantes de discursos formadores da opinião e da vontade na esfera pública informal. “Na linha da teoria do discurso, o princípio da soberania do povo significa que todo o poder político é deduzido do poder comunicativo dos cidadãos” (HABERMAS, 2003, p. 213), num processo democrático destinado a garantir um tratamento racional de questões políticas. Trata-se de um fortalecimento das ramificações democráticas do Estado, uma vez que juízes com competência deliberativa aumentam a autoridade do povo, ao representá-los argumentativamente.<sup>14</sup>

A coerência do sistema jurídico é garantida por meio da argumentação sistemática sobre princípios. O discurso jurídico define a relação entre segurança jurídica e correção (relação transmutada da facticidade e validade para a hermenêutica jurídica), desenvolve o potencial de racionalidade a nível institucional e insere o procedimento argumentativo em uma teoria do Estado constitucional democrático, com a ressalva apontada por Habermas (2003, p. 220) de que os discursos jurídicos referem-se naturalmente ao direito gerado legitimamente, e não apenas às normas jurídicas, pois inclui também argumentação moral e pragmática.

A solução da tensão entre facticidade e validade que reaparece no nível do Estado de direito na forma da tensão entre direitos fundamentais e democracia consiste em uma práxis que una discursos institucionalizados e não institucionalizados:

Em um Estado constitucional democrático, no qual vige o preceito “todo poder emana do povo”, a solução apenas pode consistir em que os argumentos do tribunal constitucional e os discursos dos cidadãos também sejam associados *factualmente*; só que esta associação também deve ser estendida a discursos institucionalizados, nos quais se manifesta a vontade dos cidadãos formada democraticamente. Por fim, trata-se da inserção da argumentação do tribunal constitucional no caminho total da “formação da opinião e da vontade: o informal e o institucionalizado” (ALEXY, 2009, p. 135).

O que se reivindica, portanto, é que os argumentos do tribunal constitucional estejam de acordo com as razões dos cidadãos caso eles se engajassem em um discurso jurídico-fundamental racional. **Quando o processo de reflexão entre esfera pública, legislador e tribunal constitucional se harmoniza, há uma institucionalização bem sucedida de direitos humanos em um contexto democrático.**

---

<sup>14</sup> Cf. FERREJOHN; PASQUINO. *Op.cit.* p. 43-50.

## CONCLUSÃO

A proposta de conciliar direitos humanos e democracia em um paradigma teórico, empreendida por Jürgen Habermas através da teoria do discurso, evidencia como estes, apesar de permanecerem em constante tensão, são co-organizados e internalizados no princípio do discurso que estrutura o direito legítimo no Estado constitucional de direito. A autonomia pública e a autonomia política dos cidadãos estão simultaneamente presentes no princípio do discurso: enquanto *esta* é exercida no momento em que cidadãos autônomos deliberam racionalmente sobre seus direitos, na esfera pública, numa prática de autodeterminação política, *aquela* é uma condição do próprio procedimento discursivo, contendo direitos subjetivos individuais que devem ser obrigatoriamente observados por aqueles que querem se regular legitimamente pelos meios do direito. E, num processo de retroalimentação, o conteúdo dos direitos que protegem a autonomia privada é redefinido no processo de exercício da autonomia pública.

Essa prática argumentativa culmina necessariamente numa dimensão institucional: no exercício de suas autonomias política e privada, os cidadãos institucionalizam um sistema dos direitos que contém aqueles direitos fundamentais básicos da estrutura do Estado democrático constitucional. O discurso jurídico institucionalizado, mediante debates no poder legislativo e nos tribunais, deve manter fiel correspondência de argumentos e fundamentos com os discursos empenhados pelos cidadãos na esfera pública, pois a positividade do direito e a facticidade das decisões tomadas no âmbito das instituições oficiais se legitimam na medida em que se compatibilizam com o poder comunicativo gerado nos moldes da teoria do discurso.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Traducción de José Antonio Seoane. Granada, Editorial Comares: 2005.

\_\_\_\_\_. “Os direitos fundamentais e a democracia no paradigma procedimental do direito de Jürgen Habermas”. In: FRANKENBERG, Günther; MOREIRA, Luiz (org.). *Jürgen Habermas, 80 anos – Direito e Democracia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2009. p. 119-139.

APEL, Karl-Otto. “Dissolução da Ética do discurso?”. In: MOREIRA, Luiz (org.). *Com Habermas, contra Habermas*. Tr.: Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004. p. 215-223.

BENHABIB, Seyla. “La democracia deliberativa y los dilemas multiculturales”. In: BENHABIB, Seyla. *Las reivindicaciones de la cultura: igualdad y diversidad en la era global*. 1ª ed. Buenos Aires: Editora Katz, 2006. p. 179-237.

CORTINA, Adela. *Ética mínima: introdução à filosofia prática*. Tr.: Marcos Marcionilo. São Paulo: Martins Fontes: 2009.

CUNNINGHAM, Frank. “Democracia deliberativa”. In: CUNNINGHAM, Frank. *Teorias da democracia: uma introdução crítica*. TR.: Delamar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed: 2009.

DENNINGER, Erhard. “‘Segurança, diversidade e solidariedade’ ao invés de ‘liberdade, igualdade e fraternidade’”. In: Revista brasileira de estudos políticos, nº 88. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

\_\_\_\_\_. “Derecho y procedimiento jurídico como engranaje en una sociedad multicultural”. In: GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez. *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid, Editorial Trotta, 2005. p. 27-50.

\_\_\_\_\_. “Chances de uma resolução pacífica de conflitos entre pessoas livres e iguais: sobre a “utilidade” da teoria do discurso no direito interno e internacional”. In: FRANKENBERG, Günther; MOREIRA, Luiz (org.). *Jürgen Habermas, 80 anos – Direito e Democracia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2009. p. 43-57.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. “Tribunais constitucionais como instituições deliberativas”. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009. p. 41-63.

FORST, Rainer. “Jürgen Habermas: facticidade e validade”. In: FRANKENBERG, Günther; MOREIRA, Luiz (org.). *Jürgen Habermas, 80 anos – Direito e Democracia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2009. p. 179-193.

FRANKENBERG, Günther. “Teoria Crítica”. In: FRANKENBERG, Günther; MOREIRA, Luiz (org.). *Jürgen Habermas, 80 anos – Direito e Democracia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2009. p.1-17.

GOMES, Alexandre Travessoni. “A relação entre direito e moral: Kant e Habermas”. In: FRANKENBERG, Günther; MOREIRA, Luiz (org.). *Jürgen Habermas, 80 anos – Direito e Democracia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2009. p. 195-218.

GÜNTHER, Klaus. “Interpretações liberais e teórico-discursivas dos direitos humanos”. In: FRANKENBERG, Günther; MOREIRA, Luiz (org.). *Jürgen Habermas, 80 anos – Direito e Democracia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2009. p. 219-237.

GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez. “Introducción: Derecho constitucional para la sociedad multicultural”. In: GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez. *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid, Editorial Trotta, 2007. p. 9-25.

HABERMAS, Jürgen. “Três modelos normativos de democracia”. In: HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002. p. 269-284.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro: 2003.

RAWLS, John. “A ideia de razão pública”. In: RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tr: Dinah de Abreu Azevedo. Editora Ática: São Paulo, 2000. p. 261-306.

SEOANE, José Antonio. “Presentación”. In: ALEXYY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Traducción de José A. Seoane *et al.* Granada: Editorial Comares, 2005. p. 01-15.

SILVA, Alexandre Garrido da. “Direitos humanos, Constituição e discurso de legitimação: possibilidades e limites da teoria do discurso”. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.