

A superação da tensão entre direitos humanos e soberania popular: a teoria habermasiana da co-originariedade da autonomia privada e pública

Leandro Konzen Stein

RESUMO

O direito pós-convencional não pode mais se assentar em bases metafísicas ou religiosas (jurnaturalismo), tampouco pode resgatar sua legitimidade por meio da forma gramatical do direito estatal positivo (juspositivismo). Nessa superação de paradigmas operada no século XX, o direito deve buscar uma formulação teórica capaz de explicar a fundamentação do direito no marco do Estado democrático. É em Jürgen Habermas que iremos encontrar a construção mais sólida nesse sentido, por meio da superação da tensão entre direitos humanos e soberania popular, demonstrando o nexu interno desses conceitos por meio da explicitação da co-originariedade da autonomia privada e pública. O fundamento do direito está na sua formação legítima, e essa ocorre por meio da aplicação do princípio do discurso à forma jurídica, resultando no princípio da democracia que é o núcleo de um sistema de direitos fundamentais, entendidos como aqueles direitos que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo.

Palavras-chave: Direitos humanos. Soberania popular. Habermas. Autonomia pública. Autonomia privada.

Overcoming the tension between human rights and popular sovereignty: Habermas's theory about co-origin of private and public autonomies

ABSTRACT

The post-conventional law cannot more be based in metaphysical bases or religious (natural law), neither it can rescue its legitimacy by the grammatical form of the state positive law (positivisms). In this overcoming of paradigms operated in twenty century, the law must search a theoretical formularization capable to explain the grounds of the law in the mark of the democratic State. It is in Jürgen Habermas that we will go to find the most solid construction in this direction, by means of the overcoming of the tension between human rights and popular sovereignty, demonstrating the internal nexus of these concepts by means of the showing of the co-origin of the private and public autonomy. The ground of the law is in its legitimate formation and this occurs by means of the application of the speech principle to the legal form, resulting in

Leandro Konzen Stein é mestrando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisas "Estado, Administração Pública e Sociedade" e "Jurisdição Constitucional Aberta", ambos vinculados ao CNPq. Advogado. E-mail: leandrostein@gmail.com

the democracy principle that is the nucleus of a system of basic rights, understood as those rights that the citizens are obliged to attribute mutually, in case that they want to regulate its acquaintance with the legitimate ways of the positive law.

Keywords: Human rights. Popular sovereignty. Habermas. Public autonomy. Private autonomy.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Pretendemos, neste artigo, analisar, ainda que de forma breve, a superação da tensão entre direitos humanos e soberania popular operada pelo filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas quando adentra aos estudos do direito no final do século XX. É principalmente no livro *Direito e Democracia*, mas também em outros textos esparsos do autor que iremos encontrar uma base teórica sólida capaz de resgatar a legitimidade do direito numa era pós-metafísica. A revolução epistemológica operada pela filosofia na linguagem é introduzida na filosofia do direito por meio da teoria do discurso habermasiana, livrando-o, assim, de conotações jusnaturalistas ou positivistas.

Buscaremos (I) explicitar a revolução de paradigmas operada na filosofia contemporânea por meio da substituição do paradigma da filosofia da consciência pelo da linguagem para abrir caminho (II) para a teoria do discurso aplicada ao direito em que se supera a relação conflituosa entre direitos humanos e soberania política a partir da co-origem da autonomia privada e pública, para (III) trazer a lume a construção de um sistema dos direitos fundamentais cujo núcleo é o princípio da democracia e que é condição de possibilidade da regulação jurídica de uma associação de civis que queiram se entender mutuamente sob o *medium* de um direito legítimo.

2 REVOLUÇÃO PARADIGMÁTICA NO DIREITO E NA FILOSOFIA

O século XX, especialmente no Segundo Pós-Guerra, foi profícuo na superação de paradigmas. Começou ainda na década de 1920, com *Ser e Tempo*¹, de M. Heidegger, quando o autor revolveu o chão da metafísica² – que orientara a construção do pensamento ocidental desde a Grécia Antiga – *destruindo*³ as bases do aristotelismo-tomista e da filosofia da consciência

¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 5.ed. Petrópolis: Vozes, 1995, v.1 e 2.

² “A metafísica é basicamente, se pensarmos a coisa mais profundamente, o nome de um pensamento objetificador que não tem a percepção da diferença entre objeto e significado.” STEIN, Ernildo. *A caminho de uma fundamentação pós-metafísica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997, p 88.

³ Como adverte Gadamer: “Quem se encontrava com Heideggerinha que aprender em primeiro lugar que o uso de conceitos não é um negócio inocente. Ele tinha que aprender que existe algo como um aparato conceitual no qual, por causa do aparente caráter óbvio, está em ação uma atividade antecipadora dificilmente explicitável. O pôr à mostra desta atividade antecipadora era o negócio do pensamento que o jovem Heidegger denominou ‘destruição’. Apesar de todo o impulso revolucionário que impelia o jovem Heidegger, esta palavra destruição nada tinha de ‘arrasador’, mas era ‘atividade reveladora’. Destruição era a liberação da força denominativa da linguagem. Através da liberação da palavra nominadora ‘a destruição’ prepara o caminho para a expressão conceitual.” GADAMER, Han-Georg apud STEIN, Ernildo. *A caminho de uma fundamentação pós-metafísica*. op. cit., p.60.

Desde o seu encontro com Hölderlin e Nietzsche, Heidegger foi dominado praticamente pela idéia da superação da metafísica. Mas isto não deveria significar uma ruptura com a tradição mas sim um tornar a si a tarefa do pensamento que ela nos impõe. Já em 1931 Heidegger diz que a superação da metafísica inclui a consumação da metafísica e esta não significa qualquer tipo de retorno a Platão ou Aristóteles, Kant ou Goethe. Mas um compreender daquilo que hoje é.⁴

Trata-se daquilo que se pode nominar de superação da metafísica pela via da linguagem ou, mais propriamente, *reviravolta lingüístico-pragmática da filosofia contemporânea*⁵.

A passagem do paradigma da filosofia da consciência para o paradigma da filosofia da linguagem constitui um corte de igual profundidade. A partir deste momento, os sinais lingüísticos, que serviam apenas como instrumento e equipamento das representações adquirem, como reino intermediário dos significados lingüísticos, uma dignidade própria. As relações entre linguagem e mundo, entre proposição e estados de coisas, substituem as relações sujeito-objeto. O trabalho de constituição do mundo deixa de ser uma tarefa da subjetividade transcendental para se transformar em estruturas gramaticais.⁶

A transição do paradigma da consciência ao paradigma lingüístico operou-se na filosofia e, transportado ao direito, demonstrou (ou deveria demonstrar) as incapacidades teóricas dos principais paradigmas do direito: o *direito natural* e o *positivismo jurídico*.

Todavia, a revolução filosófica é ladeada pela revolução histórica. A Segunda-Guerra traz conseqüências sérias não apenas no plano da política e da moralidade, mas também no jurídico.

Após o Holocausto,⁷ seguiram-se esforços na tentativa de resgatar valores em comum da humanidade. No plano internacional, se puderam observar diversos tratados de direitos humanos, tendo como pedra de toque a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* de 1948. Intramuros, as constituições passaram a assumir um novo significado: de consolidação de valores universais e imanescentes à espécie humana como tentativa de evitar o retorno de violações da dignidade humana.

⁴ STEIN, Ernildo. *A caminho de uma fundamentação pós-metafísica*. op. cit., p.60.

⁵ Cf. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2001.

⁶ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p.42.

⁷ "Sem Auschwitz talvez a dignidade da pessoa humana não fosse, ainda, princípio-matriz do direito contemporâneo. Mas tendo o homem produzido o Holocausto, não havia como ele deixar de produzir os anticorpos jurídicos contra a praga da degradação da pessoa por outras que podem destruí-la ao chegar ao Poder. Como não se pode eliminar o Poder da sociedade política, havia de se erigir em fim do Direito e no Direito o homem com o seu direito fundamental à vida digna, limitando-se, desta forma, o exercício do Poder, que tanto cria quanto destrói." ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Revista de Interesse Público, Porto Alegre, n. 4, 1999, p.29.

Após o término da II Guerra, a mudança da ordem do direito privado, introduzida durante o regime do Nacional-socialismo, desencadeara reações morais contra o “destronamento” o solapamento moral do direito subjetivo. Todavia, a restauração do nexa entre autonomia privada e moral, introduzida à luz do direito natural, não conseguiu convencer durante muito tempo.⁸

Houve, portanto, tendo em vista as perplexidades geradas pelo estrito positivismo nacional-socialista, uma espécie de retorno ao *direito natural*, falando-se em direitos inatos, valores fundamentais, princípios universais, etc. O constitucionalismo alemão é profícuo nesse sentido não por mero acaso. Esse processo esconde, todavia, o caráter secular (temporal) do direito moderno, não conseguindo convencer – como apontou Habermas – por muito tempo

O caráter das novas constituições, que freqüentemente, refletem o sucesso de revoluções políticas, sugere a imagem enganadora de uma “constatação” de normas estáticas, subtraídas ao tempo e resistentes às transformações históricas. A primazia técnica e jurídica da constituição face às simples leis faz parte da sistemática dos princípios do Estado de direito; porém ela significa apenas uma fixação *relativa* do conteúdo das normas constitucionais.⁹

É dizer, a *materialização* do direito não pode se sustentar enquanto ponto de retorno à metafísica dos direitos naturais, ou seja, a revolução paradigmática da filosofia contemporânea não pode conceber um retrocesso no plano jurídico: direitos inatos, imanentes, pré-políticos, etc, não se sustentam quando passam pelo crivo de uma fundamentação pós-metafísica. Em outras palavras, buscar valores anteriores à soberania do povo é tão perigoso quanto creditar tudo a um estrito positivismo estatal. Habermas é categórico em dizer que “[...] *in the constitutional state, there is no authority derived from something antecedent to the law*”.¹⁰

⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v.1, p.119.

⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. op. cit., v.1, p.166. Mesmo as chamadas cláusulas pétreas não estão imunes às bases profanas e instáveis (no que tange ao conteúdo) do direito pós-tradicional: “Normas constitucionais também são modificáveis e até mesmo as normas básicas que a própria Constituição declara imodificável compartilham com o direito positivo a sina de poderem deixar de vigorar, por exemplo, se ocorrer uma mudança de regime.” HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002, p.287-288. Isso é facilmente observável em todos os países do Ocidente (à exceção dos Estados Unidos da América) que tiveram inúmeras constituições. Veja-se a França que, de 1791 a 1958, teve 14 (quatorze) Constituições. O Brasil de 1824 a 1988 teve (sem contar a Emenda Constitucional 1/69) 7 (sete) textos constitucionais.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. Pre-political foundations of the Democratic Constitutional State? In: HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. *The dialectics of secularization: on reason and religion*. San Francisco: Ignatius, 2006, p.27. Tradução livre: “[...] no estado constitucional, não existe nenhuma autoridade derivada de algo antecedente ao direito.” Melhor explicando: “[...] não cabe mais aos cidadãos a livre escolha do *medium* em que eles mesmos podem tornar efetiva sua autonomia, no papel de co-legisladores. No processo legislativo os cidadãos só podem tomar parte na condição de sujeitos *do direito*; não podem mais decidir, para tanto, sobre a linguagem de que se devem servir. A idéia democrática de autolegislação não tem opção senão validar-se a si mesma no *medium* do direito.” HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. op. cit., p.293.

Essa afirmativa deixa claro que o jusnaturalismo¹¹ como “direito encontrado pelo homem, não formulado por ele”¹² é inaceitável num contexto pós-tradicional. Acreditar numa autoridade ou em valores primevos, anteriores à organização social é uma falácia tão grande quanto confiar na lógica sintático-semântica do direito escrito como fundamento do sistema dos direitos.

A tensão *direito natural x direito positivo* é antiga e remonta a concepções que buscam, cada qual, a primazia dos direitos humanos (autonomia privada / “liberdade dos modernos”) ou da soberania do povo (autonomia pública / “liberdade dos antigos”).

3 O NEXO INTERNO ENTRE DIREITOS HUMANOS E SOBERANIA DO POVO: A SUPERAÇÃO DO JUSNATURALISMO E DO JUSPOSITIVISMO POR MEIO DA PERCEÇÃO DA COESÃO ENTRE ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA

Como visto, num contexto pós-tradicional, o direito (e em especial, aquilo que se convencionou chamar de direitos humanos ou fundamentais) não pode ser visto como uma concessão de um soberano (paternalismo estatal do positivismo estrito), e, tampouco, como revelação moral *a priori* (jusnaturalismo metafísico do paradigma liberal),

Os direitos humanos podem até mesmo ser bem fundamentados de um ponto de vista moral; não pode ocorrer, no entanto, que um soberano seja investido deles de forma paternalista. A idéia de autonomia jurídica dos cidadãos exige, isso sim, que os destinatários do direito possam ao mesmo tempo ver-se como seus autores. E se o legislador constitucional democrático simplesmente encontrasse os direitos humanos como fatos morais previamente dados, para então positivá-los, e nada mais, isso estaria em contradição com essa idéia.¹³

Onde buscar a legitimidade do direito então? Como fundamentar direitos humanos ou fundamentais fora de uma moralidade transcendente? Habermas responde a essa pergunta, reconstruindo a tensão entre soberania popular e direitos humanos por meio da teoria do discurso, demonstrando que, em verdade, existe um nexo interno entre ambas que é capaz de fundamentar o direito pós-metafísico.

¹¹ É na Grécia Clássica que surge a oposição entre direito natural e direito positivo: “Certas regras derivam da natureza e, por isso, constituem o direito natural; outras derivam da arte ou da convenção – as do direito positivo. Dessa resposta dada pelos gregos ao problema do direito, surgiu a dicotomia entre direito natural *versus* direito positivo, que chegou até nós, depois de mil peripécias.” BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. Tradução de Sérgio Bath. 2.ed. Brasília: UnB, 1998, p.30.

¹² BOBBIO, Norberto. op. cit., p.32.

¹³ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. op. cit., p.293.

Os direitos humanos e o princípio da soberania do povo formam as idéias em cuja luz ainda é possível justificar o direito moderno; e isso não é mera casualidade. Pois a essas idéias vêm somar-se os conteúdos que sobrevivem, de certa forma, depois que a substância normativa de um *ethos* ancorado em tradições metafísicas e religiosas passa pelo crivo de fundamentações pós-tradicionais.¹⁴

Todavia, o erro dos diversos matizes da filosofia política moderna foi buscar respostas antagônicas à questão, olvidando-se da *equiprimordialidade* de ambas (direitos humanos e soberania popular). Desde Aristóteles até a Renascença o *republicanismo* deu primazia à autonomia pública, ao passo que o *liberalismo*, que inicia com Locke, postulou o primado dos direitos humanos (no sentido de direitos pré-políticos de limitação ao poder estatal),

Em um dos casos, a legitimidade dos direitos humanos se deveria ao resultado de um auto-entendimento ético e de uma autodeterminação soberana de uma coletividade política; no outro caso, os direitos humanos, já em sua origem, constituiriam barreiras que vedariam à vontade do povo quaisquer ataques a esferas de liberdade subjetivas e intocáveis.¹⁵

Kant e Rousseau perceberam as deficiências dessa relação conflituosa e de concorrência, mas, na opinião da Habermas foram incapazes de chegar ao intuitivo nexos interno: “De um ponto de vista geral, Kant sugeriu um modo de ler a autonomia política que se aproxima mais do liberal, ao passo que Rousseau se aproximou mais do republicano.”¹⁶

Kant, pendendo ao jusnaturalismo racionalista da época, parte do direito privado *inato* a iguais liberdades subjetivas, para formular um sistema de direitos imanente e irrenunciável que “se legitima *antes* de se diferenciar na figura de leis públicas, a partir de princípios morais, portanto, não depende da autonomia política dos cidadãos, a qual se constitui apenas *a partir* do contrato social.”¹⁷ Ou seja, os direitos privados são pré-estatais (direitos naturais), sendo anteriores à soberania popular legisladora

Sob este aspecto a soberania da “vontade unificadora e concordante” dos burgueses é restringida através de direitos humanos fundados moralmente. Kant não interpretou a ligação da soberania popular aos direitos humanos como restrição, porque ele partiu do princípio de que ninguém, no exercício de sua autonomia como cidadão, *poderia* dar a sua adesão a leis que pecam contra sua autonomia privada garantida pelo direito natural. Por isso, era preciso explicar a autonomia política a partir do

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. op. cit., v.1, p.133.

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. op. cit., p.291.

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. op. cit., v.1, p.134.

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. op. cit., v.1, p.135. [Grifou-se]

nexo *interno* entre a soberania do povo e os direitos humanos. Ora, a construção do contrato da sociedade deve proporcionar precisamente isso. Todavia, a linha kantiana de fundamentação da doutrina do direito, *que passa* da moral para o direito, não valoriza o contrato da sociedade, afastando-se, pois, da inspiração de Rousseau.¹⁸

Rousseau, ao contrário de Kant, parte da autonomia política do cidadão e introduz *a fortiori* um nexo interno entre a soberania popular e os direitos humanos: “De acordo com esta idéia, o exercício da soberania do povo, conforme procedimentos, garante também a substância do direito humano originário, delineado por Kant.”¹⁹

O autor francês não *condiciona* o exercício da autonomia política a direitos naturais, como fazia Kant

Todavia, Rousseau não levou conseqüentemente até o fim esse pensamento luminoso, uma vez que ele se prendia, mais do que Kant, à tradição republicana. Ele interpretou a idéia de autolegislação mais na linha da ética do que na da moral e entendeu a autonomia como a realização consciente da forma de vida de um povo concreto. [...] Rousseau exagerou ao máximo a sobrecarga ética do cidadão, embutida no conceito republicano de sociedade. Ele contou com virtudes políticas ancoradas no *ethos* de uma comunidade mais ou menos homogênea, integrada através de tradições culturais comuns.²⁰

Porém Rousseau não conseguiu explicar a possibilidade de mediação não reprimida entre a vontade comum, construída normativamente, e o arbítrio dos sujeitos singulares. Essa versão ética da soberania popular perde o sentido universalista do princípio do direito. A crítica de Habermas é que Rousseau se apegou demasiadamente a qualidades *lógico-semânticas* do direito (leis em geral), crendo que a forma gramatical de mandamentos universais seria capaz de garantir a validade do direito,

[...] como a vontade soberana do povo somente pode exprimir-se na linguagem de leis abstratas e gerais, está *inscrito* naturalmente nela o direito a iguais liberdades subjetivas, que Kant *antepõe*, enquanto direito humano fundamentado moralmente, à formação política da vontade.²¹

Habermas afirma que somente se pode buscar a legitimidade do direito nas condições *pragmáticas* de discursos não coitados, dando um passo adiante de Rousseau,

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. op. cit., v.1, p.135.

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. op. cit., v.1, p.136.

²⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. op. cit., v.1, p.136.

²¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. op. cit., v.1, p.135.

O visado nexu 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, não através da forma das leis gerais. Nem Kant, nem Rousseau conseguem descobrir esse nexu.²²

O problema é teórico. Kant e Rousseau se vinculam demasiadamente a premissas da filosofia da consciência (solipsismo monádico)

Se a vontade racional, só pode formar-se no sujeito singular, então a autonomia moral dos sujeitos singulares deve passar através da autonomia política da vontade unida de todos, a fim de garantir antecipadamente, por meio do direito natural, a autonomia privada de cada um. Se a vontade racional só pode formar-se no sujeito superdimensionado de um povo ou de uma nação, então a autonomia política deve ser entendida como a realização autoconsciente da essência da ética de uma comunidade concreta; e a autonomia privada só é protegida contra o poder subjugador da autonomia política através da forma não-discriminadora de leis gerais.²³

Isso só pode ser superado com uma adequada compreensão do direito à luz do paradigma da filosofia da linguagem, mais especificamente, pela aplicação da Teoria do Discurso

Ambas as concepções passam ao largo da força de legitimação de uma formação discursiva da opinião e da vontade, na qual são utilizadas as forças ilocucionárias do uso da linguagem orientada pelo entendimento, a fim de aproximar razão e vontade – e para chegar a convicções nas quais todos os sujeitos singulares podem concordar entre si sem coerção.²⁴

A distinção entre direito e força é importante aqui. Em outras palavras, o direito somente existe se houver democracia, ou seja, existe uma coesão interna entre Estado de direito e democracia, ao menos no plano conceitual, a par da divisão científica do trabalho

Como todo domínio política é exercido sob a forma do direito, também aí existem ordens jurídicas em que o poder político ainda não foi domesticado sob a forma do Estado de direito. E da mesma forma há Estados de direito em que o poder governamental ainda não foi democratizado. Em suma, há ordens jurídicas estatais sem instituições próprias a um Estado de direito, e há Estados de direito

²² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. op. cit., v.1, p.137.

²³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. op. cit., v.1, p.137-138.

²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. op. cit., v.1, p.138.

sem constituições democráticas. **Essas razões empíricas para um tratamento acadêmico dos dois objetos marcado pela divisão do trabalho, porém, não significam de modo algum que possa haver do ponto de vista normativo um Estado de direito sem democracia.**²⁵ [Grifou-se]

Direito e democracia entrelaçam-se. Melhor explicando: a aplicação do Princípio do Discurso à forma jurídica leva ao Princípio da Democracia. O Princípio do Discurso é uma construção da Teoria da Ação Comunicativa que busca as possibilidades de fundamentação pós-convencional de normas de ação gerais (isto é, ainda não distinguidas em morais ou jurídicas) tendo caráter normativo (explicita o sentido da imparcialidade dos juízos práticos), encontrando-se, todavia, num elevado nível de abstração (neutro, portanto, em relação ao direito e à moral), podendo ser assim exprimido: “D: São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”.²⁶

Nos discursos morais, o princípio D toma a forma de um princípio de universalização (U), eis que essas normas somente podem ser justificadas sob o ponto de vista da assegurar simétrica dos interesses de todos. Por outro lado, esse mesmo princípio (D), quando se concretiza mais especificamente nas normas de ação que surgem na *forma do direito*, assume a forma de um *princípio da democracia*. É dizer, direito e democracia se pressupõe mutuamente, não se podendo falar em direito (mas apenas em força ou outro equivalente) quando inexistirem bases legítimas (democráticas) na definição/aplicação do direito positivo de uma determinada associação de civis. Veja-se a definição de Habermas sobre o princípio da democracia:

Ele significa, com efeito, que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva. O princípio da democracia explica, noutros termos, o sentido performativo da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente.²⁷

Essas orientações são elementos importantes para compreendermos a construção habermasiana de um sistema de direitos fundamentais. Veja-se que somente quando se entende o nexos interno entre direitos humanos e soberania do povo, a coesão interna entre Estado de direito e democracia, bem como a relação complementar entre direito e moral, além da superação teórica tanto do positivismo quanto do jusnaturalismo é que teremos elementos para perceber a visão da teoria do discurso acerca dos direitos fundamentais, eis que essa apresenta uma concepção *sui generis*.

²⁵ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. op. cit., p.285-286.

²⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. op. cit., v.1, p.142.

²⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. op. cit., v.1, p.145.

4 A CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Os conceitos de direitos humanos encontrados nas doutrinas nacionais e alienígenas são, freqüentemente, meramente tautológicos²⁸, mormente quando se leva em conta a queda do direito natural. Essa confusões conceituais se devem à fraca base epistemológica da maioria dos autores que é incapaz de resolver o problema da legitimação do direito sem recorrer a apriorismos morais ou a resvalar em direção a um estatismo (neo)positivista que é igualmente incapaz de fundamentar o direito pós-convencional.

A construção habermasiana resolve esse problema ao trazer um conceito que vai além do positivismo (não entrega a força legitimadora do direito à epistemologia ou à normatividade) sem retornar ao jusnaturalismo. Aqui fica clara a tensão entre facticidade e validade na formação legítima do direito. Para elucidar essa assertiva, Habermas busca trazer a lume as linhas argumentativas que possibilitariam a fundamentação de um *sistema dos direitos* que faça jus às autonomias pública e privada, afirmando que: “Esse sistema deve contemplar os *direitos fundamentais* que os cidadãos são *obrigados* a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo.”²⁹ Eis aí o conceito de direitos (humanos) fundamentais em Habermas.

Não se descure de que toda a construção parte do pressuposto donexo interno entre direitos humanos e democracia. Isso quer dizer que não se pode buscar limitações externas à regulação social de membros de uma determinada associação de civis: “Direitos humanos que *possibilitam* o exercício da soberania popular não se podem impingir de fora, como uma restrição.”³⁰ Fica claro então que o fato de os direitos humanos (ou fundamentais) possibilitarem o exercício da soberania popular não significa, de modo algum, que aqueles tenham primazia sobre essa (o que seria a doutrina do direito natural). Por outro lado, é somente pela via da soberania popular (explicitada pela via da forma jurídica e do princípio da democracia) é que se pode fazer valer tais direitos humanos fundamentais. É um processo circular: não existem direitos humanos (autonomia privada) sem a soberania popular (autonomia política/pública) e vice-versa

Não há direito algum sem a autonomia privada de pessoas do direito. Portanto, sem os direitos fundamentais que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, não haveria tampouco um *medium* para institucionalização jurídica das condições sob as quais eles mesmo podem fazer uso da autonomia pública ao desempenharem seu papel de cidadãos do Estado. Dessa maneira, **a autonomia privada e pública pressupõe-se mutuamente, sem que os direitos humanos possam reivindicar um primado sobre a soberania popular, nem essa sobre aquele.**³¹ [Grifou-se]

²⁸ Sobre uma definição conotativa e uma crítica às tradicionais posturas meramente denotativas dos direitos fundamentais, conferir: GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.213-238.

²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. op. cit., v.1, p.154.

³⁰ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. op. cit., p.292.

³¹ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. op. cit., p.293.

Em outros termos: a aplicação do princípio do discurso ao direito (forma jurídica) implica no princípio da democracia que somente pode aparecer como “núcleo de um sistema de direitos.”³². Veja-se que a expressão *sistema de direitos* é da maior importância, pois o entrelaçamento entre princípio D e forma jurídica é uma *gênese lógica de direitos* que “forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo *co-originário*”.³³ Esse processo de construção desses direitos, ou melhor, desse sistema de direitos vai do abstrato (sugestão teórica) ao concreto e esse sistema precisa conter necessariamente os direitos fundamentais (ou seja, os *direitos que os cidadãos são obrigados a atribuir-se reciprocamente, caso queiram regular legitimamente sua convivência com os meios do direito positivo*). A partir disso, Habermas delimita *in abstracto* as categorias de direitos que geram o próprio código jurídico³⁴:

(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação.

(2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito.

(3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.

(4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chance, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam o direito legítimo.

(5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4).

As três primeiras categoriais ainda não são consideradas direitos liberais de defesa, eis que são anteriores à organização estatal³⁵ contra a qual haveria necessidade de defender-se. Esses (1, 2 e 3) garantiriam a *autonomia privada* de sujeitos jurídicos na medida em que esses se atribuíssem mutuamente a condição de *destinatários* de leis. Ainda não são *autores* de sua ordem jurídica, o que ocorrerá apenas no próximo *passo*.

Não se deve, todavia, inferir que haveria aqui um a precedência da autonomia privada, pois esse *sistema* de direito é circular e co-originário, é dizer, essa divisão é

³² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. op. cit., v.1, p.158.

³³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. op. cit., v.1, p.158.

³⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. op. cit., v.1, p.159-160.

³⁵ “Ao afirmarmos tratar-se dos direitos que os cidadãos precisam reconhecer uns aos outros, e não que o Estado precisa lhes atribuir, tocamos no próprio núcleo do Estado Democrático de Direito, que, ao contrário do Estado Liberal e do Estado Social, não possui uma regra pronta e acabada para a legitimidade de suas normas, mas reconhece que a democracia é não um estado, mas um processo que só ocorre pela interpenetração entre a autonomia privada e a autonomia pública que se manifesta na sociedade civil, guardiã de sua legi imidade”. GALLUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? op. cit., p.236-237.

apenas uma *demonstração passo a passo da gênese lógica dos direitos fundamentais*, no plano teórico e não temporal, sob pena de retornar-se a um contratualismo liberal.

Para que a convivência seja regulada pelos meios do Direito positivo, é preciso que os sujeitos de direito sejam compreendidos, ao mesmo tempo, como destinatários e autores da ordem jurídica. Assim, Habermas faz recurso a um dado diferente: analisa separadamente esses passos, ou seja, dispõe sobre que direitos são necessários para que os indivíduos se compreendam como destinatários da ordem jurídica e, depois, para que possam ser compreendidos como autores dessa ordem. **Isso, no entanto, não implica uma separação cronológica entre esses fatores, mas tão-somente a explicitação dos passos desse processo. Usando uma imagem, poderíamos dizer que estamos analisando as árvores para conhecermos a floresta. Isso porque trata-se de uma análise lógica, e não cronológica.**³⁶ [Grifou-se]

Habermas demonstra a grandeza de sua construção teórica:

A proposta de uma interpretação dos direitos fundamentais à luz da teoria do discurso deve servir para esclarecer o nexó interno entre direitos humanos e soberania do povo, como também solucionar o paradoxo da legitimidade que surge da legalidade.³⁷

A institucionalização do código do direito (aplicação do princípio do discurso ao *medium* do direito) depende da garantia de iguais liberdades subjetivas de ação (1) e dos correlatos direitos à associação (2) e proteção jurídica (3): “Numa palavra: não existe nenhum direito legítimo sem esses direitos.”³⁸

Veja-se que apesar de não existir ainda estrutura estatal, os direitos fundamentais (1 a 3) já estão *instaurados* (inscritos no próprio código do direito enquanto tal). Todavia, eles precisam ser *configurados* e *interpretados* por um legislador político, ou seja, a especificação concreta (histórica) desses direitos é feita em cada associação de civis que queiram regular sua vida pelo *medium* do direito positivo

O código do direito não pode ser instaurado *in abstracto* e sim, de modo a que os civis, que pretendem regular legitimamente sua convivência com o auxílio do direito positivo, possam atribuir-se reciprocamente *determinados* direitos. De outro lado, esses direitos singulares preenchem a função de instauração de um código do direito, somente quando eles podem ser interpretados como uma explicação das categorias jurídicas assinaladas.³⁹

³⁶ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 3.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p.167-168.

³⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. op. cit., v.1, p.160.

³⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. op. cit., v.1, p.162.

³⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. op. cit., v.1, p.162.

E exemplifica

Os direitos liberais clássicos à dignidade do homem, à liberdade, à vida e integridade física da pessoa, à liberalidade, à escolha da profissão, à propriedade, à inviolabilidade da residência, etc. constituem interpretações e configurações do direito geral à liberdade no sentido de um direito a iguais liberdades subjetivas. De modo semelhante, a proibição de extradição, o direito de asilo e, em geral, o *status* material de deveres, o *status* de prestações, a cidadania, etc. significam uma concretização do *status* geral de um membro numa associação livre de parceiros do direito. E as garantias do encaminhamento do direito são interpretadas através de garantias processuais fundamentais e de princípio do direito (como é o caso da proibição do efeito retroativo, a proibição do castigo repetido do mesmo delito, a proibição do tribunal de exceção, bem como a garantia da independência pessoal do juiz, etc.)⁴⁰

Cinja-se que o autor entende que os direitos fundamentais (1), (2), e (3) representam princípios jurídicos nos quais o legislador constituinte irá se orientar na formulação do rol de direitos fundamentais singulares previsto numa constituição histórica: “[...] este tem que orientar-se pelos princípios arrolados, apesar de sua soberania, na medida em que se serve do *medium* do direito. Pois, nestes princípios, transparece o sentido racionalizar da forma jurídica enquanto tal, já destacada por Hobbes e Rousseau.”⁴¹

É dizer, se o legislador soberano pretender regar a vida social por meio do direito (e não por qualquer outra modalidade: força, tirania, paternalismo, etc) terá que se fazer guiar por esse sistema de direito que são condição de possibilidade à constituição do sistema dos direitos. Veja-se que essa é uma exigência no sentido pós-metafísico, ou seja, não se fundamenta em algum argumento de autoridade divina ou transcendental, mas apenas no fato de que se alguém pretender negar esse sistema de direitos estará entrando em *autocontradição performativa*, ou seja, não haveria possibilidade de negar (sem se autocontradizer) a necessidade desse sistema de direitos para se poder utilizar o código do direito⁴². Em outras palavras, negar que o Princípio do Discurso está inserido nas condições de socialização em geral (e, por consequência, no direito, aí transformado em princípio da democracia) é negar a possibilidade da existência do próprio direito (entendido como regulação legítima de uma vida em sociedade).

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. op. cit., v.1, p.162-163.

⁴¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. op. cit., v.1, p.163.

⁴² “Eu jamais tive a pretensão de meus famosos colegas americanos – Rawls e Nozick – de desenvolver uma teoria política normativa. Eu não contesto a validade de tal projeto, porém eu não tento construir na escrivania as normas fundamentais de uma ‘sociedade bem organizada’. O meu interesse fundamental está voltado primordialmente para a reconstrução das condições realmente existentes, na verdade sob a **premissa de que os indivíduos socializados, quando no seu dia-a-dia se comunicam entre si através da linguagem comum, não têm como evitar que se empregue esta linguagem também no sentido voltado ao entendimento**. E ao fazerem isso, eles precisam tomar como ponto de partida determinadas pressuposições pragmáticas, nas quais se faz valer algo parecido com uma razão comunicativa”. HABERMAS, Jürgen. *Passado como futuro*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993, p.98. [Grifou-se].

Já se tentou desacreditar a possibilidade do discurso (ou de sua racionalidade) dizendo-se que um convencimento puramente racional é impossível. Mas não se pode fazer essa afirmação sem cometer uma contradição performativa: não se pode afirmar que o discurso é impossível a não ser no discurso.⁴³

Todavia, a partir daqui (4), é a práxis histórico-social que irá definir, contextualmente, quais são os direitos fundamentais: são os próprios civis que irão, por si mesmos, aplicar o princípio do discurso na regulação de sua convivência, não se esquecendo, contudo, que somente poderão fazê-lo se utilizarem o *medium* do direito (que somente existe se houver a pressuposição/reconhecimento intersubjetivo dos direitos de 1 a 3) que é, portanto, pré-dado.

É preciso, no entanto, empreender uma mudança de perspectivas a fim de que os civis possam aplicar por si mesmos o princípio do discurso. Pois, *enquanto* sujeitos do direito, eles só conseguirão autonomia se se entenderem e agirem como autores dos direitos aos quais desejam submeter-se como destinatários. Enquanto sujeitos *do direito*, eles não podem mais escolher o *medium* no qual desejam realizar sua autonomia. Eles não podem mais dispor da linguagem: O código do direito é dado preliminarmente aos sujeitos do direito como a única linguagem na qual podem exprimir sua autonomia.⁴⁴

Habermas sintetiza sua concepção de sistema de direitos fundamentais que resgata, a uma só vez, o nexos interno entre soberania do povo e direitos humanos, a coesão interna entre Estado de direito e democracia, derrubando (por meio da co-originariedade da autonomia pública e privada) a antítese liberalismo x republicanismo, superando o positivismo sem retornar à metafísica do direito natural.

Quando introduzimos o sistema dos direitos desta maneira, torna-se compreensível a interligação entre soberania do povo e direitos humanos, portanto a co-originariedade da autonomia política e da privada. Com isso não se reduz o espaço da autonomia política dos cidadãos através de direitos naturais ou morais, que apenas esperam para ser colocados em vigor, nem se instrumentaliza simplesmente a autonomia privada dos indivíduos para fins de uma legislação soberana. Nada vem antes da prática de autodeterminação dos civis, a não ser, de um lado, o princípio do discurso, que está inserido nas condições da socialização comunicativa em geral, e, de outro lado, o *medium* do direito. Temos que lançar mão do *medium* do direito, caso queiramos implementar no processo de legislação – com o auxílio de iguais direitos de comunicação e de participação – o princípio do discurso como princípio da democracia. Entretanto, o estabelecimento do código jurídico enquanto tal já implica direitos de liberdade, que criam o *status* de pessoas de direito, garantindo sua integridade. No entanto, esses direitos são condições necessárias que apenas *possibilitam* o exercício da autonomia

⁴³ GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p.133.

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. op. cit., v.1, p.163.

política; como condições possibilitadoras, eles não podem *circumscrever* a soberania do legislador, mesmo que estejam à sua disposição. Condições possibilitadoras não impõem limitações àquilo que constituem.⁴⁵

O edifício teórico habermasiano é capaz de explicar a fundamentação do sistema dos direitos fundamentais sem recorrer a proposições metafísicas ou confiá-las às estruturas lógico-sintática das leis positivas. Direito é direito democrático. Não existe direito sem democracia, mas só existe o *medium* do direito se houver determinados direitos fundamentais, ou seja, esses direitos constituem condição de possibilidade da própria regulação social por meio do código do direito. Essa postura democrática, humanista e pós-convencional é, a nosso ver, uma saída às *aporias* das teorias antagônicas do jusnaturalismo e do juspositivismo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podem ser tecidas algumas conclusões após a visualização do sistema de direitos fundamentais habermasiano:

(a) Os direitos humanos e a soberania do povo são conceitos equi-primordiais e não antagônicos, ou seja, não podem aparecer separados;

(b) a ordem jurídica, para ser legítima, deve ser democrática, ou seja, os destinatários devem ser, ao mesmo tempo, autores do direito;

(c) em outras palavras: existe uma coesão interna entre Estado de Direito e Democracia;

(d) ainda: a autonomia pública e privada são co-originárias;

(e) contudo, para que isso possa ocorrer (regulação legítima da associação de civis), o *medium* do direito deve existir e, para isso, deve ocorrer a imbricação entre princípio do discurso e forma jurídica, donde surgirá o princípio da democracia (somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito);

(f) todavia, o próprio *medium* pressupõe um sistema de direitos no qual o código jurídico e o princípio da democracia se constituem de modo co-originário (como núcleos do sistema): são os direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo;

(g) esse sistema de direitos fundamentais não tem uma ordem cronológica (1 a 5), mas é apenas uma explicitação passo a passo (de 1 a 3 teríamos o primeiro passo; no 4, o segundo e o 5 seria decorrência, ou terceiro passo).

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. op. cit., v.1, p.163-164.