

Jürgen Habermas

DIREITO E DEMOCRACIA
Entre facticidade e validade

Volume I

Tradução:
FLÁVIO BENO SIEBENEICHLER - UGF

CATALOGAÇÃO NA FONTE
DO

DEPARTAMENTO NACIONAL DO LIVRO

H114d Habermas, Jürgen, 1929-

Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume I
/ Jürgen Habermas; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. -
Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

354 p. ; cm. - (Biblioteca Tempo Universitário; 101)
ISBN 85-282-0091-4
Inclui bibliografia.

1. Sociologia jurídica. 2. Direito - Metodologia. 3.
Comunicação. I. Título. II. Série.

CDD - 340.115

TEMPO BRASILEIRO

Rio de Janeiro - RJ - 1997

Traduzido do original alemão: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. 4ª edição revista e complementada por um pós-fácio e uma lista bibliográfica, Frankfurt/M, Ed. Suhrkamp, (1992) 1994

Capa:

Antônio Dias com montagem de VIDA Informática
(vista de Frankfurt, às margens do Main)

Revisão:

Daniel Camarinha da Silva

• Copyright:

Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main 1992 (Todos os direitos reservados)

Este livro foi traduzido da 4ª edição revista e complementada por um pós-fácio e uma lista bibliográfica.

Direitos reservados às

EDIÇÕES TEMPO BRASILEIRO

Rua Gago Coutinho, 61 – Laranjeiras

Tel.: (021) 205-5949 Fax: (021) 225-9382

Caixa Postal 16099 – CEP 22221-070

Rio de Janeiro – RJ – Brasil

NOTA DO TRADUTOR

O presente trabalho de Jürgen Habermas constitui sem dúvida um dos momentos mais interessantes de seus exercícios de razão comunicativa. Nele se entrelaçam elementos da filosofia, do direito e das ciências sociais, capazes de provocar discussões fecundas acerca das ingentes questões de integração social, a serem enfrentadas pelo homem neste final de milênio.

Tal construção levanta verdadeiros desafios a uma versão do idioma alemão para o português, agravados pelo fato de Habermas utilizar como pano de fundo a tradição jurídica alemã e anglo-saxã.

A fim de enfrentar esta tarefa, a tradução contou com o apoio e as sugestões valiosas dos Profs. Vicente Barreto e Ubiratan B. Macedo, da pós-graduação em filosofia da Universidade Gama Filho e do Prof. Ricardo Lobo Torres, da pós-graduação em direito, da mesma universidade.

Por razões editoriais, a tradução aparece dividida em dois volumes. Foram mantidas em inglês as citações e passagens que o próprio Habermas preferiu apresentar desta maneira. No final do segundo volume haverá uma lista bibliográfica completa dos autores citados no texto.

SUMÁRIO

PREFÁCIO	9
I. O DIREITO COMO CATEGORIA DA MEDIAÇÃO SOCIAL ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE.....	17
I. Significado e verdade: sobre a tensão entre facticidade e validade no interior da linguagem	26
II. Transcendência a partir de dentro: superação do risco de dissenso a nível arcaico e do mundo da vida.....	35
III. Dimensões da validade do direito	48
II. CONCEITOS DA SOCIOLOGIA DO DIREITO E DA FILOSOFIA DA JUSTIÇA	65
I. O desencantamento do direito por obra das ciências sociais.....	66
II. Retorno do direito racional e impotência do dever-ser	83
III. Parsons versus Weber: a função social integradora do direito	94
III. PARA A RECONSTRUÇÃO DO DIREITO (I): O SISTEMA DOS DIREITOS	113
I. Autonomia privada e pública, direitos humanos e soberania do povo	116
II. Normas morais e jurídicas: Sobre a relação de complementaridade entre moral racional e direito positivo.....	139
III. Fundamentação dos direitos básicos pelo caminho da teoria do discurso: princípio do discurso, forma do direito e princípio da democracia	154

IV. PARA A RECONSTRUÇÃO DO DIREITO (2): OS PRINCÍPIOS DO ESTADO DE DIREITO	169
I. A relação interna entre direito e política.	170
II. Poder comunicativo e formação legítima do direito.	190
III. Princípios do Estado de direito e lógica da divisão dos poderes.....	211
V. INDETERMINAÇÃO DO DIREITO E RACIONALIDADE DA JURISDIÇÃO	241
I. Hermenêutica, realismo e positivismo.	245
II. Dworkin e a teoria dos direitos.	261
III. Sobre a teoria do discurso jurídico.....	276
VI. JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO. SOBRE O PAPEL E A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	297
I. Dissolução do paradigma liberal do direito.	299
II. Normas versus valores: Crítica a uma autocompreensão metodológica falsa do controle da constitucionalidade.....	314
III. O papel da jurisdição constitucional na visão da política liberal, republicana e procedimental.	330

PREFÁCIO

Na Alemanha, a filosofia do direito não é mais tarefa exclusiva dos filósofos. No presente trabalho quase não cito o nome de Hegel e me apoio muito mais na doutrina kantiana do direito: essa atitude é fruto da timidez perante um modelo cujos padrões não conseguimos mais atingir. E o fato de a filosofia do direito – quando ainda busca o contato com a realidade social – ter emigrado para as faculdades de direito é bastante sugestivo¹. Entretanto, evito cair no lado oposto, ou seja, não pretendo limitar-me a uma filosofia do direito especializada juridicamente, que tem o seu ponto forte na discussão dos fundamentos do direito penal². O que antigamente podia ser mantido coeso em conceitos da filosofia hegeliana, exige hoje um pluralismo de procedimentos metodológicos que inclui as perspectivas da teoria do direito, da sociologia do direito e da história do direito, da teoria moral e da teoria da sociedade.

Tal estado de coisas é bem-vindo, uma vez que permite focalizar uma faceta pluralista da teoria do agir comunicativo, frequentemente ignorada. Os conceitos básicos da filosofia não formam uma linguagem própria ou, pelo menos, não constituem mais um sistema capaz de tudo incorporar: eles não passam de simples meios para a apropriação reconstrutiva de conhecimentos científicos. E o singular poliglotismo da filosofia, que deriva de sua competência em tornar

-
- 1 HASSEMER, W. "Rechtsphilosophie, Rechtswissenschaft, Rechtspolitik", in: *Archiv für Rechts- u. Sozialphilosophie*, Supl. 44, 1991, 130-143.
 - 2 K. Günther esboça a contribuição da teoria do discurso para esse tema. Cf. Id. "Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts", in: JUNG, H. et al. (Eds.). *Recht und Moral*. Baden-Baden, 1991, 205-207.

III. Dimensões da validade do direito.

Desde a época de Hobbes, as regras do direito privado, apoiadas na liberdade de contratos e na propriedade, valem como protótipo para o direito em geral. Ao formular sua doutrina do direito, Kant tomara como ponto de partida direitos naturais subjetivos, que concediam a cada pessoa o direito de usar a força quando suas liberdades subjetivas de ação, juridicamente asseguradas, fossem feridas. Quando o direito positivo sucedeu ao natural, momento em que todos os meios legítimos de usar a força passaram a ser monopolizados pelo Estado, esses direitos de usar a força transformaram-se em autorizações para iniciar uma ação judicial. Ao mesmo tempo, os direitos privados subjetivos foram complementados, através de direitos de defesa estruturalmente homólogos, contra o próprio poder do Estado. Esses direitos de defesa protegiam as pessoas privadas contra interferências ilegais do aparelho do Estado na vida, liberdade e propriedade. Em nosso contexto interessa, em primeiro lugar, o conceito de *legalidade*, do qual Kant se serve para esclarecer o modo complexo de validade do direito em geral, tomando como ponto de partida os direitos subjetivos. Na dimensão da validade do direito, a facticidade interliga-se, mais uma vez, com a validade, porém não chega a formar um amálgama indissolúvel – como nas certezas do mundo da vida ou na autoridade dominadora de instituições fortes, subtraídas a qualquer discussão. No modo de validade do direito, a facticidade da *imposição* do direito pelo Estado interliga-se com a força de um processo de *normatização* do direito, que tem a pretensão de ser racional, por garantir a liberdade e fundar a legitimidade. A tensão entre esses momentos, que permanecem distintos, é intensificada e, ao mesmo tempo, operacionalizada, em proveito do comportamento.

1

Para Kant, a relação entre facticidade e validade, estabilizada na validade jurídica, apresenta-se como uma relação interna entre coer-

ção e liberdade, fundada pelo direito. De si mesmo, o direito está ligado à autorização para o uso da coerção; no entanto esse uso só se justifica quando “elimina empecilhos à liberdade”, portanto, quando se opõe a abusos na liberdade de cada um. Essa “relação interna entre o poder geral e recíproco de usar a força e a liberdade de cada um” se manifesta na pretensão de validade do direito²¹. Regras do direito estatuem condições do uso da coerção “sob as quais o arbítrio de uma pessoa pode ser ligado ao arbítrio de outra, segundo uma lei geral da liberdade”²². De um lado, é possível extorquir a legalidade do comportamento como “a simples conformidade de uma ação com a lei”²³, por isso os sujeitos devem poder obedecer à lei por razões não apenas morais. Basta que os destinatários percebam que as “condições do uso da força” configuram apenas uma *ocasião* para um comportamento conforme a normas; pois razões analíticas impedem que um agir por dever, isto é, a obediência ao direito por motivos morais, possa ser imposto com o uso da coerção. De outro lado, porém, a integração social, ou seja, a “associação” do arbítrio de cada um com o arbítrio de todos os outros, só é possível sob o ponto de vista moral e na base de regras normativamente válidas, *merecedoras* do reconhecimento não coagido e racionalmente motivado de seus destinatários – “segundo uma lei geral da liberdade”. Embora pretensões de direito estejam ligadas a autorizações de coerção, elas também podem ser seguidas, a qualquer momento, por “respeito à lei”, isto é, levando em conta sua pretensão de validade normativa²⁴. O paradoxo das regras de ação, que exigem apenas um comportamento objetivamente conforme a normas, sem levar em conta a possibilidade de seu reconhecimento moral, se resolve com o auxílio do conceito kantiano da legalidade: normas do direito são, ao mesmo tempo e sob aspectos diferentes, leis da coerção e leis da liberdade.

21 KANT, I. *Einleitung in die Rechtslehre. Werke* (Weischedel) vol. IV, 338s.

22 *Ibid.*, 337.

23 *Ibid.*, 324.

24 *Ibid.*, 510s.

O duplo aspecto da validade do direito, que nós tentamos esclarecer com o auxílio de conceitos da doutrina kantiana do direito, também pode ser ventilado na perspectiva da teoria da ação. A coerção e a liberdade, que são os dois componentes da validade do direito, põem à disposição dos destinatários a escolha da perspectiva do ator. Para um modo de ver empírico, a validade do direito positivo é determinada, antes de tudo e tautologicamente, pelo fato de que só vale como direito aquilo que obtém força de direito através de procedimentos juridicamente válidos – e que provisoriamente mantêm força de direito, apesar da possibilidade de derrogação, dada no direito. Porém, o sentido desta validade do direito somente se explica através da referência simultânea à sua validade social ou fática (*Geltung*) e à sua validade ou legitimidade (*Gültigkeit*)²⁵. A *validade social* de normas do direito é determinada pelo grau em que consegue se impor, ou seja, pela sua possível aceitação fática no círculo dos membros do direito. Ao contrário da validade convencional dos usos e costumes, o direito normatizado não se apoia sobre a facticidade de formas de vida consuetudinárias e tradicionais, e sim sobre a *facticidade artificial* da ameaça de sanções definidas conforme o direito e que podem ser impostas pelo tribunal. Ao passo que a legitimidade de regras se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa; e o que conta, em última instância, é o fato de elas terem surgido num processo legislativo racional – ou o fato de que elas poderiam ter sido justificadas sob pontos de vista pragmáticos, éticos e morais. A legitimidade de uma regra independe do fato de ela conseguir impor-se. Ao contrário, tanto a validade social, como a obediência fática, variam de acordo com a fé dos membros da comunidade de direito na legitimidade, e esta fé, por sua vez, apoia-se na suposição da legitimidade, isto é, na fundamentabilidade das respectivas normas. Outros fatores, tais como, por exemplo, a intimidação, o poder das circunstâncias, os usos e o mero costume, precisam estabilizar uma ordem jurídica substitutiva, e

25 DREIER, R. "Recht und Moral", in: *Id. Recht – Moral – Ideologie*. Frankfurt a/M. 1981, 180ss, aqui 194ss.

isto se torna tanto mais imperioso, quanto mais fraca for sua legitimidade.

Em geral, o sistema jurídico global possui um grau maior de legitimidade do que normas jurídicas singulares. Dreier estatui a seguinte condição necessária para a validade jurídica de um sistema de direitos: "em primeiro lugar, ele precisa ter eficácia na sociedade e, em segundo, tem que ser justificado eticamente; ao passo que a validade jurídica de normas particulares depende de uma legalização conforme a uma constituição que satisfaça aos critérios apresentados; além disso, essas normas jurídicas devem revelar por si mesmas um mínimo de eficácia social ou chance de eficácia, bem como um mínimo de justificativa ética, ou seja, capacidade de justificativa"²⁶.

Por referir-se tanto à facticidade da validade social, que se mede pela obediência geral às normas, quanto à legitimidade da pretensão ao reconhecimento normativo, o direito permite aos membros da comunidade jurídica escolherem entre dois enfoques distintos em relação à mesma norma: objetivador ou performativo, podendo adotar modos de ler correspondentes a cada um dos enfoques. Para o "arbitrio" de um ator que se orienta pelo sucesso próprio, a regra constitui um empecilho fático na expectativa da imposição do mandamento jurídico – com consequências previsíveis, no caso de uma transgressão da norma. Quando, porém, um ator deseja entender-se com outros atores sobre condições a serem preenchidas em comum para que tenha sucesso em suas ações, a regra amarra a sua "vontade livre" através de uma pretensão de validade deontológica. O fato de esta perspectiva ficar aberta não significa necessariamente uma fusão de momentos, pois, na perspectiva do ator, eles *continuum* irreconciliáveis. Ao variar a perspectiva escolhida, a norma jurídica forma um outro tipo de componente da situação: para o que age estrategicamente, ela se encontra no nível de fatos sociais que limitam externamente o seu espaço de opções; para o que age comunicativamente, porém, ela se situa no nível de expectativas obrigatórias de com-

26 *Id.* (1981), 198. Dreier emprega a expressão "ética" no sentido de "moral".

portamento, em relação às quais se supõe um acordo racionalmente motivado entre parceiros jurídicos. Por isso, o ator poderá atribuir a uma prescrição juridicamente válida o *status* de um fato com conseqüências prognosticáveis ou a obrigatoriedade deontológica de uma expectativa normativa de comportamento. O curioso é que a validade jurídica de uma norma significa apenas que está garantida, de um lado, a legalidade do comportamento em geral, no sentido de uma obediência à norma, a qual pode, em certas circunstâncias, ser imposta por meio de sanções e, de outro lado, a legitimidade da própria regra, que torna possível em qualquer momento uma obediência à norma por respeito à lei.

Pode-se vislumbrar, nos direitos privados subjetivos, a dupla perspectiva na qual o ator vê as leis da coerção e as da liberdade. Ao liberar os motivos do comportamento dirigido por normas, essas regras toleram, por assim dizer, um enfoque estratégico do ator em relação a certas normas. Como partes integrantes de uma ordem jurídica legítima em seu todo, elas se erguem ao mesmo tempo com uma pretensão de validade normativa, baseada num reconhecimento racionalmente motivado, que *requer* do destinatário obediência ao direito pelo motivo não-coercitivo do dever. Tal sugestão significa que a ordem jurídica deve tornar *possível* a qualquer momento a obediência às suas regras por respeito à lei. Esta análise do modo de validade do direito obrigatório traz conseqüências para a normatização jurídica, pois revela que o direito positivo tem que legitimar-se.

Uma ordem jurídica não pode limitar-se apenas a garantir que toda pessoa seja reconhecida em seus direitos por todas as demais pessoas; o reconhecimento recíproco dos direitos de cada um por todos os outros deve apoiar-se, além disso, em leis legítimas que garantam a cada um liberdades iguais, de modo que “a liberdade do arbítrio de cada um possa manter-se junto com a liberdade de todos”. As leis morais preenchem esta condição *per se*; no caso das regras do direito positivo, no entanto, essa condição precisa ser preenchida pelo legislador político. No sistema jurídico, o processo da legislação constitui, pois, o lugar propriamente dito da integração social. Por isso, temos que supor que os participantes do processo de legislação saem do papel de sujeitos privados do

direito e assumem, através de seu papel de cidadãos, a perspectiva de membros de uma comunidade jurídica livremente associada, na qual um acordo sobre os princípios normativos da regulamentação da convivência já está assegurado através da tradição ou pode ser conseguido através de um entendimento segundo regras reconhecidas normativamente. Essa união característica entre coerção fática e validade da legitimidade, que tentamos esclarecer através do direito subjetivo à assunção estratégica de interesses próprios, exige um processo de legislação no qual os cidadãos devem poder participar na condição de sujeitos do direito que agem orientados não apenas pelo sucesso. Na medida em que os direitos de comunhão e de participação política são constitutivos para um processo de legislação eficiente do ponto de vista da legitimização, esses direitos subjetivos não podem ser tidos *como* os de sujeitos jurídicos privados e isolados: eles têm que ser apreendidos no enfoque de participantes orientados pelo entendimento, que se encontram numa prática intersubjetiva de entendimento. E por isso que o conceito do direito moderno – que intensifica e, ao mesmo tempo, operacionaliza a tensão entre facticidade e validade na área do comportamento – absorve o *pensamento democrático*, desenvolvido por Kant e Rousseau, segundo o qual a pretensão de legitimidade de uma ordem jurídica construída com direitos subjetivos só pode ser resgatada através da força socialmente integradora da “vontade unida e coincidente de todos” os cidadãos livres e iguais.

A idéia da autonomia dos cidadãos ainda será objeto de nossas considerações. Em primeiro lugar, ela se limita a chamar a atenção para a circunstância de que as leis coercitivas devem comprovar sua legitimidade como leis da liberdade no processo da legislação – e através do tipo de processo; e nessa positivização do direito reproduz-se novamente a tensão entre facticidade e validade, porém não do mesmo modo que na dimensão da validade de normas legais. É permitido descrever o comportamento legal como uma obediência a normas que entram em vigor, seja através da ameaça de sanções, seja através de decisões de um legislador político. No entanto, a facticidade da legislação distingue-se da implantação do direito que impõe sanções, na medida em que a permissão para a coerção jurídica é deduzida de uma *expectativa*

de legitimidade associada à resolução do legislador (a qual poderia ser diferente e corrigível em princípio). A positividade do direito vem acompanhada da expectativa de que o processo democrático da legislação fundamente a suposição da aceitabilidade racional das normas estatuídas. Na positividade do direito não chega a se manifestar a facticidade de qualquer tipo contingente ou arbitrário da vontade e, sim, a vontade legítima, que resulta de uma autolegislação presumivelmente racional de cidadãos politicamente autônomos. No próprio Kant, o princípio da democracia preenche uma lacuna num sistema do egoísmo regulado juridicamente, que não podia reproduzir-se por si mesmo, ficando à mercê de uma base consensual dos cidadãos. No entanto, essa lacuna de solidariedade, que introduz uma abertura no emprego meramente legal dos direitos subjetivos talhados na medida do agir dirigido ao sucesso, não pode mais ser fechada através de direitos do mesmo tipo, ou seja, ela não pode ser fechada somente através de tais direitos. O direito normatizado não consegue assegurar-se dos fundamentos de sua legitimidade apenas através de uma legalidade que coloca à disposição dos destinatários enfoques e motivos.

Ou a ordem jurídica permanece embutida nos contextos de um *ethos* da sociedade global subordinada à autoridade de um direito sagrado – como foi o caso das formas de transição absolutistas ou estamentais do Renascimento; ou as liberdades subjetivas de ação são complementadas por direitos subjetivos *de outro tipo* – através de direitos dos cidadãos que não visam apenas à liberdade de arbítrio, mas à autonomia. Pois, sem um respaldo religioso ou metafísico, o direito coercitivo, talhado conforme o comportamento legal, só consegue garantir sua força integradora se a totalidade dos *destinatários* singulares das normas jurídicas puder considerar-se *autora* racional dessas normas. Nesta medida, o direito moderno nutre-se de uma solidariedade concentrada no papel do cidadão que surge, em última instância, do agir comunicativo. A liberdade comunicativa dos cidadãos pode, como vimos, assumir, na prática da autodeterminação organizada, uma forma mediada através de instituições e processos jurídicos, porém não pode ser substituída inteiramente por um direito coercitivo. Essa conexão interna entre a facticidade e a validade da imposição do direito e da legitimidade do processo de legislação

que funda a validade social (*Geltung*) constitui uma hipoteca pesada para sistemas jurídicos destinados a tirar dos ombros dos atores que agem comunicativamente a sobrecarga da integração social. Pois não há nada mais improvável aos olhos de um sociólogo esclarecido do que as realizações de integração do direito moderno virem a se alimentar somente ou, em primeira linha, de um acordo normativo já pronto ou conseguido em fontes da solidariedade.

Nos imperativos funcionais de sociedades extremamente complexas, entra em jogo uma facticidade social que não mantém mais uma relação interna com a pretendida legitimidade da ordem jurídica. A autocompreensão normativa pode ser desmentida através de fatos sociais que intervêm no sistema jurídico a partir de fora. Aqui facticidade e validade encontram-se numa relação *externa*, pois ambos os momentos, o das implicações de sentido do direito vigente e o das limitações sociais, às quais as decisões jurídicas estão submetidas de fato, podem ser descritos isoladamente. Antes de abordar este tema no próximo capítulo, eu gostaria de recapitular neste ponto as relações *internas* entre facticidade e validade *que* são constitutivas para a infra-estrutura jurídica de sociedades modernas²⁷.

2

Após a guinada analítica da linguagem, levada a cabo por Frege e Peirce, foi superada a oposição clássica entre idéia e realidade, típica da tradição platônica, interpretada inicialmente de modo ontológico e, a seguir, segundo os parâmetros da filosofia da consciência. As idéias passam a ser concebidas como incorporadas na linguagem, de tal modo que a facticidade dos signos e expressões lingüísticas que surgem no mundo liga-se internamente com a idealidade da universalidade do significado e da validade em termos de verdade. A generalidade semântica de significados lingüísticos obtém sua determinabilidade ideal no *medium* de sinais e expressões que sobressaem, como tipos reconhecíveis, da corrente de eventos lingüísticos e processos de fala (por exemplo,

27 Nas páginas seguintes, apóio-me em sugestões orais de Lutz Wingert.

testemunhos escritos), seguindo regras gramaticais. Além disso, esclarece-se a diferença entre a validade de um proferimento e o simples ter-como-verdade, afirmando que 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. Se entendermos “válido” como um predicado com três valores, a idealidade da validade em termos de verdade só se expressa nos pressupostos pretensivos de nossa prática de justificação, portanto no nível do uso da linguagem. Nisso se revela o nexó interno que existe entre a validade de uma proposição e a prova de sua validade para um auditório idealmente ampliado. O que é válido precisa estar em condições de comprovar-se contra as objeções apresentadas factualmente. Como no caso do caráter ideal do significado em geral, na linguagem, a dimensão da validade constitui-se através de uma tensão entre facticidade e validade: a verdade e as condições discursivas para a aceitabilidade racional de pretensões de verdade esclarecem-se mutuamente²⁸.

Com o uso da linguagem orientada pelo entendimento, através da qual os atores coordenam suas ações (agir comunicativo), essa relação de tensão emigra para o mundo dos fatos sociais. Se antes era possível entender a facticidade dos eventos significativos e dos processos de fala como um momento necessário para a dimensão do significado e da validade, a partir de agora é necessário interpretar a tensão lingüística desencadeada no agir comunicativo através de pretensões de validade como um momento da facticidade social, a saber, da prática comunicativa cotidiana através da qual se reproduzem formas de vida. Enquanto a coordenação da ação, e com ela o entrelaçamento de interações, transcorre pela via de processos de entendimento, as convicções compartilhadas intersubjetivamente formam o *medium* da integração social. Os atores estão convencidos acerca daquilo que entendem e têm como verdadeiro. Por isso, podemos ter duas atitudes frente a convicções que se tornam problemáticas: ou as apoiamos, lançando mão de argumentos, ou as rejeitamos. No entanto, argumentos

não são disposições para se ter opiniões que possam ser descritas naturalisticamente; eles constituem, ao invés disso, a garantia de uma troca discursiva, através da qual são resgatadas pretensões de validade criticáveis. Os argumentos devem sua força racionalmente motivadora a uma relação interna com a dimensão do significado e da validade de expressões lingüísticas. E constituem naturalmente uma faca de dois gumes, porque tanto podem fortalecer convicções, como estremecê-las. Com elas, a tensão entre facticidade e validade, que reside na linguagem e no seu uso, se introduz na sociedade. Sua integração social, na medida em que se apoia em convicções, é propensa ao efeito desestabilizador de argumentos desvalorizadores (especialmente quando há uma categoria inteira de argumentos). A tensão ideal que irrompe na realidade social remonta ao fato de que a aceitação de pretensões de validade, que cria fatos sociais e os perpetua, repousa sobre a aceitabilidade de razões dependentes de um contexto, que estão sempre expostas ao risco de serem desvalorizadas através de argumentos melhores e processos de aprendizagem que transformam o contexto.

Tais qualidades estruturais da socialização comunicativa explicam por que o mundo vida - pré-estruturado simbolicamente e mediado através de interpretações e convicções - e o tecido social em seu todo são perpassados por suposições de validade falíveis. Elas permitem entender por que não é possível estabilizar definitivamente expectativas de comportamentos sociais, que dependem de suposições de validade falíveis e precárias. Tal estabilidade é devida a realizações da integração social, as quais afastam constantemente o perigo atual de uma desestabilização através do dissenso fundamentado. É certo que os argumentos só valem quando confrontados com *standards* de racionalidade dependentes de um contexto que funciona como pano de fundo²⁹; porém, argumentos que colocam em evidência os resultados de processos de aprendizagem capazes

28 PUTNAM, H. *Vernunft, Wahrheit und Geschichte*. Frankfurt a/M., 1982.

29 RORTY, R. *Solidariät oder Objektivität*. Stuttgart, 1988; cf. a crítica de PUTNAM, H. “Why Reason can’t be naturalized”, in: *Synthese* 52 (1982), 1-23.

de transformar o contexto também podem soterrar *standards* de racionalidade exercitados.

Tomamos conhecimento de duas estratégias que enfrentam esse risco de dissenso e, com isso, a instabilidade que habita no âmago da socialização comunicativa em geral: a circunscrição (*Eingrenzung*) e a não-circunscrição ou liberação (*Entschränkung*) do mecanismo comunicativo. O risco embuído no agir comunicativo é *circunscrito* através das certezas intuitivas que se entendem inquestionavelmente por si mesmas, por não estarem atreladas a qualquer tipo de argumentos disponíveis comunicativamente e mobilizáveis intencionalmente. Tais certezas estabilizadoras do comportamento, de que é tecido o pano de fundo do mundo da vida, permanecem aquém do umbral da possível tematização, não entrando em contato com a dimensão aberta no agir comunicativo, onde nós podemos fazer distinção entre aceitabilidade e simples aceitação de convicções e razões. Podemos observar uma fusão semelhante entre facticidade e validade na dimensão de validade das convicções condutoras do comportamento que estavam ligadas a imagens de mundo sagradas e à autoridade “fascinante” de grandes instituições. Esse tipo de autoridade independe do fato de as convicções normativas, que ficam em segundo plano, não poderem ser tematizadas ou ligadas a motivos; ela resulta muito mais de uma escolha prescritiva de temas e da fixação de argumentos. Na medida em que se freia a mobilização comunicativa de argumentos, provocando automaticamente o silenciamento da crítica, as normas e valores autoritários passam a formar para os que agem comunicativamente um leque de dados que permanece subtraído à corrente de problematização de seus processos de entendimento. A integração social, que se realiza através de normas, valores e entendimento, só passa a ser inteiramente tarefa dos que agem comunicativamente na medida em que normas e valores forem diluídos comunicativamente e expostos ao jogo livre de argumentos mobilizadores, e na medida em que levamos em conta a diferença *categorial* entre aceitabilidade e simples aceitação.

Sob condições modernas de sociedades complexas, que exigem um agir conduzido em larga escala por interesses e neutralizado do ponto de vista normativo, surge uma situação paradoxal,

na qual o agir comunicativo *não-circunscrito* não está em condições de carregar seriamente o fardo da integração social, nem, tampouco, de livrar-se dela. Se depender dos próprios recursos, ele apenas consegue domesticar o risco de dissenso embuído nele, porém através de uma intensificação do risco, ou seja, prolongando os discursos. Ora, a positividade completa do direito, antes apoiado no sagrado e entrelaçado com a eticidade convencional, vai apressar-se como uma saída plausível do paradoxo e como um mecanismo, com o auxílio do qual uma comunicação não-circunscrita pode aliviar-se das realizações de integração social sem se desmentir: através dele inventa-se um sistema de regras que une e, ao mesmo tempo, diferencia ambas as estratégias, a da circunscrição e a da liberação do risco do dissenso embuído no agir comunicativo, no sentido de uma divisão de trabalho.

De um lado, a garantia estatal da normatização do direito oferece um equivalente funcional para a estabilização de expectativas através de uma autoridade sagrada. Enquanto as instituições apoiadas em imagens de mundo fixam as convicções que comandam o comportamento através de limitações à comunicação, o direito moderno permite substituir convicções através de sanções, na medida em que libera os motivos que acompanham a obediência a regras, porém impõe respeito. Em ambos os casos evita-se uma desestabilização provocada por dissenso fundamentado, na medida em que os destinatários não podem questionar a validade das normas a serem seguidas. Esse “não-poder” adquire, sem dúvida, um outro sentido, que é racional e teleológico, porque o próprio modo de validade se modifica. Enquanto, no sentido de validade de convicções ligadas à autoridade, a facticidade e a validade se fundem, na validade jurídica ambos os momentos se separam um do outro - a aceitação da ordem jurídica é distinta da aceitabilidade dos argumentos sobre os quais ela apoia a sua pretensão de legitimidade. Essa dupla codificação remete, de outro lado, à circunscritividade de que a positividade e a pretensão à legitimidade do direito também fazem jus à comunicação não-circunscrita que expõe, em princípio, todas as normas e valores ao exame crítico. Os membros do direito têm que poder suportar que eles mesmos, numa formação livre da opinião e da vontade política, autorizariam as regras às quais eles

estão submetidos como destinatários. Na verdade, esse processo de legitimação torna-se um componente do sistema jurídico, uma vez que ele próprio necessita da institucionalização jurídica frente às contingências da comunicação do dia-a-dia, que flutua sem uma forma determinada. Sem prejuízo dessa limitação da comunicação, o risco constante da contradição é prolongado discursivamente e transformado na força produtiva de uma formação política, pressupostivamente racional, da opinião e da vontade.

3

Se consideramos o direito moderno, no âmbito desses parâmetros, como mecanismo que alivia as sobrecarregadas realizações de entendimento dos que agem comunicativamente de tarefas da integração social, sem anular, em princípio, a liberação do espaço da comunicação, tornam-se compreensíveis dois aspectos do direito: a positividade e a pretensão à aceitabilidade racional. A positividade do direito significa que, ao se criar conscientemente uma estrutura de normas, surge um fragmento de realidade social produzida artificialmente, a qual só existe até segunda ordem, porque ela pode ser modificada ou colocada fora de ação em qualquer um de seus componentes singulares. Sob o aspecto da modificabilidade, a validade do direito positivo aparece como a expressão pura de uma vontade, a qual empresta duração a determinadas normas para que se oponham à possibilidade presente de virem a ser declaradas sem efeito. Como iremos ver, o *pathos* do positivismo jurídico alimenta-se desse voluntarismo da pura criação. De outro lado, a positividade do direito não pode fundar-se somente na contingência de decisões arbitrárias, sem correr o risco de perder seu poder de integração social. O direito extrai a sua força muito mais da aliança que a positividade do direito estabelece com a pretensão à legitimidade. Nessa ligação reflete-se o entrelaçamento estrutural entre a aceitação, que fundamenta os fatos, e a aceitabilidade exigida por pretensões de validade, que já estava introduzida no agir comunicativo e na ordem social mais ou menos natural, na forma de tensão entre facticidade e validade. Essa tensão ideal retorna intensificada no nível do direito, mais preci-

samente na relação entre a coerção do direito, que garante um nível médio de aceitação da regra, e a idéia da autolegislação - ou da suposição da autonomia política dos cidadãos associados - que resgata a pretensão de legitimidade das próprias regras, ou seja, aquilo que as torna racionalmente aceitáveis.

Esta tensão na dimensão de validade do direito implica a organização do poder político, empregado para impor legitimamente o direito (e o emprego autoritativo do direito); poder político ao qual o direito deve a sua positividade. A idéia do Estado de direito constitui uma resposta ao desiderato da transformação jurídica pressuposta pelo próprio direito. No Estado de direito a prática da autolegislação dos cidadãos assume uma figura diferenciada institucionalmente. A idéia do Estado de direito coloca em movimento uma espiral da auto-aplicação do direito, a qual deve fazer valer a suposição internamente inevitável da autonomia política contra a facticidade do poder não domesticado juridicamente, introduzida no direito *a partir de fora*. O aperfeiçoamento do Estado de direito pode ser entendido como uma seqüência, aberta em princípio, de medidas cautelares, conduzidas pela experiência, contra a subjugação do sistema jurídico através do poder - ilegítimo - das circunstâncias, o qual contradiz sua autocompreensão normativa. E aqui se trata de uma relação *externa* entre facticidade e validade (percebida na perspectiva do sistema jurídico), uma tensão entre norma e realidade, que constitui um desafio para uma elaboração normativa.

Sociedades modernas são integradas não somente através de valores, normas e processos de entendimento, mas também sistemicamente, através de mercados e do poder administrativo. Dinheiro e poder administrativo constituem mecanismos da integração social, formadores de sistema, que coordenam as ações de forma objetiva, como que por trás das costas dos participantes da interação, portanto não necessariamente através da sua consciência intencional ou comunicativa. A "mão invisível" do mercado constitui, desde a época de Adam Smith, o exemplo clássico para esse tipo de regulamentação. Ambos os meios ancoram-se nas ordens do mundo da vida, integrados na sociedade através do agir comunicativo, seguindo o caminho da institucionalização do direito. Desta maneira, o direito está ligado às

três fontes da integração social. Através de uma prática de autode-terminação, que exige dos cidadãos o exercício comum de suas liberdades comunicativas, o direito extrai sua força integradora, em última instância, de fontes da solidariedade social. As instituições do direito privado e público possibilitam, de outro lado, o estabelecimento de mercados e a organização de um poder do Estado; pois as operações do sistema administrativo e econômico, que se configura a partir do mundo da vida, que é parte da sociedade, completam-se em formas do direito.

E uma vez que o direito se interliga não somente com o poder administrativo e o dinheiro, mas também com a solidariedade, ele assimila, em suas realizações integradoras, imperativos de diferentes procedências. E é de se notar que as normas jurídicas não revelam *como* esses imperativos podem ser trazidos para um equilíbrio. Pode-se reconhecer certamente nas matérias dos diferentes âmbitos do direito a procedência da necessidade de regulamentação, em relação à qual reagem a política e a normatização jurídica. Porém, nos imperativos funcionais do aparelho estatal do sistema econômico e de outros domínios da sociedade, impõe-se muitas vezes interesses não suficientemente filtrados, por serem os mais fortes, servindo-se da força legitimadora da forma jurídica, a fim de disfarçar a sua imposição meramente factual. Como meio organizacional de uma dominação política, referida aos imperativos funcionais de uma sociedade econômica diferenciada, o direito moderno continua sendo um meio extremamente ambíguo da integração social. Com muita frequência o direito confere a aparência de legitimidade ao poder ilegítimo. A primeira vista, ele não denota se as realizações de integração jurídica estão apoiadas no assentimento dos cidadãos associados, ou se resultam de mera autoprogramação do Estado e do poder estrutural da sociedade; tampouco revela se elas, apoiadas neste substrato material, produzem por si mesmas a necessária lealdade das massas.

Entretanto, os limites à autolegitimação do direito são tanto mais estreitos quanto menos o direito, tomado como um todo, pode apoiar-se em garantias metassociais e se imunizar contra a crítica. E verdade que um direito, ao qual as sociedades modernas atribuem o peso principal da integração social, é alvo da pressão

profana dos imperativos funcionais da reprodução social; ao mesmo tempo, porém, ele se encontra sob uma certa coerção *idealista* de legitimá-los. As realizações sistêmicas da economia e do aparelho do Estado, que se realizam através do dinheiro e do poder administrativo, também devem permanecer ligadas, segundo a autocompreensão constitucional da comunidade jurídica, ao processo integrador da prática social de autodeterminação dos cidadãos. A tensão entre o idealismo do direito constitucional e o materialismo de uma ordem jurídica, especialmente de um direito econômico, que simplesmente reflete a distribuição desigual do poder social, encontra o seu eco no desencontro entre as abordagens filosóficas e empíricas do direito. Antes de retomar as considerações sobre a tensão entre facticidade e validade no interior do direito, gostaria de abordar a relação externa entre a facticidade social e a autocompreensão do direito moderno - do modo como estas questões se refletem nos discursos filosóficos sobre a justiça e nos discursos sociológicos sobre o direito.

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 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. 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.

Todavia, se discursos (e, como veremos, negociações, cujos procedimentos são fundamentados discursivamente) constituem o lugar no qual se pode formar uma vontade racional, a legitimidade do direito apoia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controversa encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos. Por conseguinte, o almejado nexo interno entre soberania popular e direitos humanos só se estabelecerá, se o sistema dos direitos apresentar as condições exatas sob as quais as formas de comunicação - necessárias para uma legislação política autônoma - podem ser institucionalizadas juridicamente. O sistema dos direitos não pode ser reduzido a uma interpretação moral dos direitos, nem a uma interpretação ética da soberania do povo, porque a autonomia privada dos cidadãos não pode ser sobreposta e nem subordinada à sua autonomia política. As intuições normativas, que unimos aos direitos humanos e à soberania do povo, podem impor-se de *forma não-reduzida* no sistema dos direitos, se tomarmos como ponto de partida que o direito às mesmas liberdades de ação subjetivas, enquanto direito moral, não pode ser simplesmente imposto ao legislador soberano como barreira exterior, nem instrumental-

zado como requisito funcional para seus objetivos. A co-originariedade da autonomia privada e pública somente se mostra, quando conseguimos decifrar o modelo da autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos. A substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica.

II. Normas morais e jurídicas: Sobre a relação de complementaridade entre moral racional e direito positivo

I

Ao analisarmos o desenvolvimento histórico-teórico da dogmática do direito civil e do direito racional, descobrimos dificuldades que podem ser explicadas a partir das mesmas deficiências: o nexo interno entre direito objetivo e subjetivo, de um lado, entre autonomia pública e privada, de outro, só pode ser explicitado se levarmos a sério, tanto a estrutura intersubjetiva dos direitos, como a estrutura comunicativa da autolegislação, e as explicarmos adequadamente. Todavia, antes de me dedicar a essa tentativa, e antes de introduzir o sistema dos direitos apoiado numa teoria do discurso, convém clarear a relação entre direito e moral. Pois as dificuldades analisadas não dependem apenas das colocações falsas da filosofia da consciência, como também do fato de o direito moderno, ao manter a distinção entre direito natural e positivo, assumir uma hipoteca. Ele apega-se a uma reduplicação do conceito de direito que não é plausível, do ponto de vista sociológico, e precária, do ponto de vista normativo. Eu penso que no nível de fundamentação pós-metafísico, tanto as regras morais como as jurídicas diferenciam-se da eticidade tradicional, colocando-se como dois tipos diferentes de normas de ação, que surgem *lado a lado*, completando-se. Em conformidade com isso, o conceito de autonomia precisa ser delineado abstratamente para que possa assumir, não somente a figura do princípio moral, mas também a do princípio da democracia. Com isso se evita o estreitamento

teórico-moral do conceito de autonomia, o que faz com que o princípio do direito kantiano perca a sua função mediadora; e ele (o conceito de autonomia) pode servir para esclarecer aspectos sob os quais as regras do direito distinguem-se das morais. A partir daí os direitos humanos, inscritos na prática de autodeterminação democrática dos cidadãos, têm de ser interpretados *a limine* como direitos jurídicos, não obstante o seu conteúdo moral.

Na sua "Introdução à metafísica dos costumes", Kant procede diferentemente. Ele parte do conceito fundamental da lei da liberdade moral e extrai dela as leis jurídicas, seguindo o caminho da *redução*. A teoria moral fornece os conceitos superiores: vontade e arbítrio, ação e mola impulsionadora, dever e inclinação, lei e legislação, que servem inicialmente para a determinação do agir e do julgar moral. Na doutrina do direito, esses conceitos fundamentais da moral são reduzidos a três dimensões. Segundo Kant, o conceito do direito não se refere primariamente à vontade livre, mas ao *arbítrio* dos destinatários; abrange a *relação externa* de uma pessoa com outra; e recebe a *autorização para a coerção*, que um está autorizado a usar contra o outro, em caso de abuso. O princípio do direito limita o princípio da moral sob esses três pontos de vista. A partir dessa limitação, a legislação moral *reflete-se* na jurídica, a moralidade na legalidade, os deveres éticos nos deveres jurídicos, etc.

Subjaz a essa construção a idéia platônica segundo a qual a ordem jurídica copia e, ao mesmo tempo, concretiza no mundo fenomenal a ordem inteligível de um "reino dos fins". Mesmo que não se leve em conta a metafísica kantiana, é evidente que na reduplicação do direito em direito natural e positivo perdura uma herança platônica, a saber, a intuição segundo a qual a comunidade ideal dos sujeitos moralmente imputáveis - a comunidade de comunicação ilimitada de Josiah Royce até Apel³⁰ - entra no tempo histórico e no espaço social, passando pelo *medium* do direito, adquirindo uma figura concreta, localizada no espaço e no tempo, enquanto comunidade de direito. Esta intuição não é de todo falsa, pois uma ordem jurídica só pode ser legítima, quando

não contrariar princípios morais. Através dos componentes de legitimidade da validade jurídica, o direito adquire uma relação com a moral. Entretanto, essa relação não deve levar-nos a subordinar o direito à moral, no sentido de uma hierarquia de normas. A idéia de que existe uma hierarquia de leis faz parte do mundo pré-moderno do direito. A moral autônoma e o direito positivo, que dependem de fundamentação, encontram-se numa *relação de complementação* recíproca.

Do ponto de vista sociológico, ambos se diferenciaram simultaneamente do *ethos* da sociedade global, no qual o direito tradicional e a ética da lei ainda estavam entrelaçados entre si. Com o abalo dos fundamentos sagrados desse tecido de moral, têm início processos de diferenciação. No nível do saber cultural, as questões jurídicas separaram-se das morais e éticas. No nível institucional, o direito positivo separa-se dos usos e costumes, desvalorizados como simples convenções. É certo que as questões morais e jurídicas referem-se aos mesmos problemas: como é possível ordenar legitimamente relações interpessoais e coordenar entre si ações servindo-se de normas justificadas? Como é possível solucionar consensualmente conflitos de ação na base de regras e princípios normativos reconhecidos intersubjetivamente? No entanto, elas referem-se aos mesmos problemas, a partir de ângulos distintos. Todavia, mesmo tendo pontos em comum, a moral e o direito distinguem-se *prima facie*, porque a moral pós-tradicional representa apenas uma forma do saber cultural, ao passo que o direito adquire obrigatoriedade também no nível institucional. O direito não é apenas um sistema de símbolos, mas também um sistema de ação.

A concepção empiricamente informada, segundo a qual as ordens jurídicas completam co-originairementemente uma moral que se tornou autônoma, não suporta por muito tempo a representação platonizante, segundo a qual existe uma relação de cópia entre o direito e a moral - como se se tratasse de uma mesma figura geométrica que apenas é projetada em níveis diferentes. Por isso, não podemos interpretar os direitos fundamentais que aparecem na figura positiva de normas constitucionais como simples cópias de direitos morais, nem a autonomia política como simples cópia

30 ROYCE, J. *The Spirit of Modern Philosophy*. Boston, 1892.

da moral. Isso é devido ao fato de que normas de ação gerais se ramificam em regras morais e jurídicas. Sob pontos de vista normativos, isso equivale a dizer que a autonomia moral e política são co-originaárias, podendo ser analisadas com o auxílio de um parcimonioso princípio do discurso, o qual simplesmente coloca em relevo o sentido das exigências de uma fundamentação pós-convenção. Esse princípio – como o próprio nível pós-convenção de fundamentação no qual a eticidade substancial se dissolve em seus componentes – tem, certamente, um conteúdo normativo, uma vez que explicita o sentido da imparcialidade de juízos práticos. Porém ele se encontra num nível de abstração, o qual, apesar desse conteúdo moral, *ainda é neutro* em relação ao direito e à moral; pois ele refere-se a normas de ação em geral:

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

Entram nesta formulação conceitos carentes de uma explicação. O predicado “válidas” refere-se a normas de ação e a proposições normativas gerais correspondentes; ele expressa um sentido não-específico de validade normativa, ainda indiferente em relação à distinção entre moralidade e legitimidade. Eu entendo por “normas de ação” expectativas de comportamento generalizadas temporal, social e objetivamente. Para mim, “atingido” é todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis consequências provocadas pela regulamentação de uma prática geral através de normas. E “discurso racional” é *toda* a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias. Indiretamente a expressão refere-se também a negociações, na medida em que estas são reguladas através de procedimentos fundamentados discursivamente.

Com relação à versão abstrata de “D”, é importante frisar que os temas e contribuições, bem como o tipo de argumentos que

“contam”, não podem ser reduzidos *a fortiori*. Pois o princípio moral resulta de uma especificação do princípio geral do discurso para normas de ação que só podem ser justificadas sob o ponto de vista da consideração simétrica dos interesses. O princípio da democracia resulta de uma especificação correspondente para tais normas de ação que surgem na forma do direito e que podem ser justificadas com o auxílio de argumentos pragmáticos, ético-políticos e morais – e não apenas com o auxílio de argumentos morais. Antecipando análises do próximo capítulo, eu gostaria de acrescentar apenas, a título de esclarecimento, que o tipo de argumentos resulta da lógica do respectivo questionamento. Em questões morais, a humanidade ou uma suposta república dos cidadãos forma o sistema de referência para a fundamentação de regulamentações que são do interesse simétrico de todos. As razões decisivas devem poder ser aceitas, em princípio, por todos. Em questionamentos ético-políticos a forma de vida “de nossa respectiva” comunidade política constitui o sistema de referência para a fundamentação de regulamentações que valem como expressão de um auto-entendimento coletivo consciente. Os argumentos decisivos têm de poder ser aceitos, em princípio, por todos os membros que compartilham “nossas” tradições e valorações fortes. Antagônismos de interesses necessitam de um ajuste racional entre interesses e enfoques axiológicos concorrentes. E a totalidade dos grupos sociais ou subculturais imediatamente envolvidos forma o sistema de referência para a negociação de compromissos. Esses têm que ser aceitáveis, em princípio, e na medida em que se realizam sob condições de negociações equitativas, por todos os partidos e, em certos casos, levando em conta até argumentos diferentes.

Nas minhas pesquisas sobre a ética do discurso, publicadas até o momento, não há uma distinção satisfatória entre princípio moral e princípio do discurso. O princípio do discurso explica apenas o ponto de vista sob o qual é possível *fundamentar imparcialmente* normas de ação, uma vez que eu parto da ideia de que o próprio princípio está fundado nas condições simétricas de reconhecimento de formas de vida estruturadas comunicativamente. A introdução de um princípio do discurso já pressupõe que questões práticas em geral podem ser julgadas imparcialmente e decididas

racionalmente. Tal pressuposição não é trivial; sua fundamentação é reservada a uma teoria da argumentação, que eu retomarei provisoriamente no próximo capítulo. Dependendo da lógica do questionamento e do tipo correspondente de argumentos, ela pode levar à distinção entre diferentes tipos de discurso (e de negociações que regulam o procedimento). E, para cada tipo, é preciso mostrar quais são as regras que permitem uma resposta a problemas pragmáticos, éticos e morais³¹. Estas regras de argumentação operacionalizam, por assim dizer, o princípio do discurso. Nos discursos de fundamentação moral, o princípio do discurso assume a forma de um princípio de universalização. Nesta medida, o princípio moral preenche o papel de uma regra de argumentação. Ele pode ser fundamentado, formal e pragmaticamente, a partir de pressupostos gerais da argumentação – como a forma de reflexão do agir comunicativo³². Não posso aprofundar esse ponto. Em discursos de aplicação, o princípio moral é complementado através de um princípio de adequação. Ainda nos ocuparemos disso ao tratar dos discursos de aplicação na área do direito³³. Em nosso contexto, porém, destacamos os aspectos que viabilizam a distinção entre princípio moral e princípio da democracia.

E aqui se recomenda cautela. Pois corremos o risco de sucumbir à sugestão de um preconceito muito difundido, segundo o qual a moral tem a ver apenas com relações sociais que caem sob a responsabilidade pessoal, ao passo que o direito e a justiça política se encontram no âmbito das interações mediadas institucionalmente³⁴. À luz da teoria do discurso, o princípio moral ultrapassa os

31 HABERMAS, J. “Zum pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft”, in: *id.* (1991a), 100-118.

32 Cf. REHG, W. “Discourse and the Moral Point of View: Deriving a Dialogical Principle of Universalization”, in: *Inquiry*, 34, 1991, 27-48; *Id. Insight and Solidarity, The Idea of a Discourse Ethics*, Diss. fil. Northwestern University, Evanston, 1991.

33 GÜNTHER, K. *Der Sinn für Angemessenheit*. Frankfurt a/M., 1988; HABERMAS (1991a), 137-142. Cf. abaixo, cap. V, 264ss.

34 Neste sentido, A. Wellmer (*Ethik und Dialog*. Frankfurt a/M. 1986)

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

A fim de obter critérios precisos para a distinção entre princípio da democracia e princípio moral, parto da circunstância de que o princípio da democracia destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito. 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. Por isso, o princípio da democracia não se encontra no mesmo nível que o princípio moral.

Enquanto este último funciona como regra de argumentação para a decisão racional de questões morais, o princípio da democracia pressupõe preliminarmente a possibilidade da decisão racional de questões práticas, mais precisamente, a possibilidade de *todas* as fundamentações, a serem realizadas em discursos (e negociações reguladas pelo procedimento), das quais depende a legitimidade das leis. Por si mesmo, o princípio da democracia não é capaz de dizer se e como é possível abordar discursivamente questões políticas – esse

opõe ao princípio moral, a ser aplicado privadamente, um princípio da justiça que regula a formação comum da vontade política. O Höffe também faz questão de distinguir o ponto de vista moral do ponto de vista da justiça política.

problema teria que ser esclarecido preliminarmente numa teoria da argumentação. Partindo do pressuposto de que uma formação política racional da opinião e da vontade é possível, o princípio da democracia simplesmente afirma como esta pode ser institucionalizada - através de um sistema de direitos que garante a cada um igual participação num processo de normatização jurídica, já garantido em seus pressupostos comunicativos. Enquanto o princípio moral opera no nível da constituição *interna* de um determinado jogo de argumentação, o princípio da democracia refere-se ao nível da institucionalização *externa* e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo direito.

A diferença de níveis de referência constitui um dos pontos de vista sob os quais é possível distinguir entre o princípio da democracia e o da moral. O outro é dado pela diferença entre normas jurídicas e demais normas de ação. Enquanto o princípio moral se estende a todas as normas de ação justificáveis com o auxílio de argumentos morais, o princípio da democracia é talhado na medida das normas do direito. Essas regras não nascem de interações simples, mais ou menos naturais, que se encontram quase prontas. A forma jurídica que reveste essas normas estabeleceu-se no decorrer da evolução social. Em confronto com regras de interação naturais, que podem ser julgadas somente sob o ponto de vista moral, as normas do direito possuem um caráter artificial - formam uma camada de normas de ação produzidas intencionalmente, reflexivas, isto é, aplicáveis a si mesmas. Por isso, o princípio da democracia não deve apenas estabelecer um processo legítimo de normatização, mas também orientar a *produção do próprio medium do direito*. Na visão do princípio do discurso, é necessário estabelecer as condições às quais os direitos em geral devem satisfazer para se adequarem à constituição de uma comunidade de direito e possam servir como *medium* da auto-organização desta comunidade. Por isso, é preciso criar não somente o sistema dos direitos, mas também a *linguagem* que permite à comunidade entender-se enquanto associação voluntária de membros *do direito* iguais e livres.

Os dois aspectos sob os quais analisamos o princípio da moral e da democracia implicam respectivamente duas tarefas, que o

procurado sistema de direitos deve solucionar. Este não deve apenas institucionalizar uma formação da vontade política racional, mas também proporcionar o próprio *medium* no qual essa vontade pode se expressar como vontade comum de membros do direito livremente associados. A especificação desta segunda tarefa implica a determinação da forma das regras jurídicas de ação.

2

Tentarei clarificar as determinações formais do direito, lançando mão da relação complementar entre direito e moral. Esta clarificação é parte integrante de uma explicação *funcional*, não de uma fundamentação normativa do direito. Pois a forma jurídica não é um princípio que possa ser "fundamentado" epistêmica ou normativamente. Como já foi salientado, Kant caracterizara a legalidade de modos de agir, servindo-se de três abstrações que se referem aos destinatários, não aos autores do direito. Em primeiro lugar, o direito não leva em conta a capacidade dos destinatários em ligar a sua vontade, contando apenas com sua *arbitrariedade*. Além disso, o direito abstrai da complexidade dos planos de ação a nível do mundo da vida, limitando-se à relação externa da atuação interativa e recíproca de determinados agentes sociais típicos. Finalmente, o direito não considera, conforme vimos, o tipo de motivação, contentando-se em enfocar o agir sob o ponto de vista de sua conformidade à regra.

Aos modos de agir circunscritos juridicamente corresponde um *status* especificamente limitado dos próprios sujeitos do direito. Normas morais regulam relações interpessoais e conflitos entre pessoas naturais, que se reconhecem reciprocamente como membros de uma comunidade concreta e, ao mesmo tempo, como indivíduos insubstituíveis³⁵. Eles se dirigem a pessoas individuais através de sua história de vida. Ao passo que normas jurídicas regulam relações interpessoais e conflitos entre atores que se reconhecem como membros de uma comunidade abstrata, criada através das normas do direito. Também elas se endereçam a

35 WINGERT, L. *Gemeinsinn und Moral*. Frankfurt a/M., 1993.

sujeitos singulares, os quais, porém, não se individualizam mais através de sua identidade pessoal, formada através de sua história de vida, e sim, através da capacidade de assumir a posição de membros sociais típicos de uma comunidade constituída juridicamente. Portanto, na perspectiva dos destinatários, a relação jurídica não leva em conta a capacidade das pessoas em ligar sua vontade através de idéias normativas; ela atribui a elas apenas a capacidade de tomar decisões teleológicas (*zweckrational*), ou seja, liberdade de arbítrio³⁶. Os demais aspectos da legalidade resultam dessa redução da vontade livre de uma pessoa moral e eticamente impunitável ao arbítrio de um sujeito jurídico, determinado por preferências próprias. Só é possível regular juridicamente as matérias que abrangem as condições externas. Isso pode explicar um efeito de singularização da forma jurídica, que não chega a desmentir os fundamentos intersubjetivos do direito enquanto tal.

Mesmo que o conceito kantiano de legalidade pareça mais proveitoso para a análise das determinações formais do direito, não podemos entender os aspectos da legalidade como limitações da moral; eu preferiria esclarecê-las a partir da relação sociológica complementar entre moral e direito: a constituição da forma jurídica torna-se necessária, a fim de compensar *deficits* que resultam da decomposição da eticidade tradicional. Pois a moral autônoma, apoiada apenas em argumentos racionais, só se responsabiliza por juízos corretos e equitativos. Com a passagem para o nível de

36 Esta abstração tem um significado assegurador da liberdade; o *status* da pessoa de direito protege a esfera no interior da qual uma pessoa concreta, responsável moralmente, e que conduz a sua vida de modo ético, pode desenvolver-se livremente. A redução da pessoa de direito a um portador de direitos subjetivos, dotado de liberdade de arbítrio, só adquire um sentido moral e ético na medida em que a garantia jurídica de liberdades subjetivas garante uma esfera para uma conduta de vida consciente e autônoma. O direito se apresenta como uma "máscara protetora" (H. Arendt) para a pessoa individualizada na história e que deseja viver de modo consciente e autêntico; cf. FORST, R. *Kontexte der Gerechtigkeit*. Frankfurt a/M., 1994.

fundamentação pós-convencional, a consciência moral se desliga da prática tradicional, enquanto o *ethos* da sociedade global se torna simples convenção, costume, direito consuetudinário.

Uma moral racional se posiciona criticamente em relação a todas as orientações da ação, sejam elas naturais, auto-evidentes, institucionalizadas ou ancoradas em motivos através de padrões de socialização. No momento em que uma alternativa de ação e seu pano de fundo normativo são expostos ao olhar crítico dessa moral, entra em cena a problematização. A moral da razão é especializada em questões de justiça e aborda em princípio *tudo* à luz forte e restrita da universalizabilidade. O seu *telos* consiste na avaliação imparcial de conflitos de ação, relevantes do ponto de vista moral, visando, pois, a um saber capaz de orientar o agir, mesmo que não seja capaz de *dispor* para o agir correto. A moral da razão, sublimada na forma de um saber, passa a ser representada no plano cultural como qualquer outra forma de saber; inicialmente, ela existe apenas como um conteúdo significativo de símbolos culturais, que podem ser entendidos e interpretados, transmitidos e desenvolvidos criticamente. Naturalmente a moral culturalmente oscilante também se refere a *possíveis* ações; no entanto, de si mesma, ela não mantém mais vínculo com os motivos que impulsionam os juízos morais para a prática e com as instituições que fazem com que as expectativas morais justificadas sejam realmente preenchidas. A moral que se retraiu para o interior do sistema cultural passa a ter uma relação apenas virtual com a ação, cuja atualização depende dos *próprios* atores motivados. Estes precisam estar dispostos a agir conscientemente. Uma moral da razão depende, pois, de processos de socialização que produzem as instâncias correspondentes da consciência, a saber, as formações do superego. A sua eficácia para a ação depende mais do acoplamento internalizador de princípios morais no sistema da personalidade, do que da fraca força motivacional contida em bons argumentos.

A transferência de saber para o agir é incerta devido à fragilidade e ao nível extremo de abstração de uma auto-regulação arriscada do sujeito que age moralmente, especialmente devido à improbabilidade de processos de socialização capazes de promover competências tão pretensiosas. Uma moral dependente de um subtrato de estruturas da personalidade ficaria limitada em sua eficácia,

caso não pudesse atingir os motivos dos agentes por um *outro* caminho, que não o da internalização, ou seja, o da institucionalização de um sistema jurídico que *complementa* a moral da razão do ponto de vista da eficácia para a ação. O direito é sistema de saber e, ao mesmo tempo, sistema de ação; ele pode ser entendido como um texto repleto de proposições e interpretações normativas ou como uma instituição, isto é, como um complexo de regulativos da ação. No direito, os motivos e orientações axiológicas estão interligados entre si num sistema de ação; por isso as proposições jurídicas têm eficácia imediata para ação, o mesmo não acontecendo com os juízos morais enquanto tais. De outro lado, as instituições jurídicas distinguem-se das ordens institucionais naturais através de seu elevado grau de racionalidade, pois nelas se cristaliza um sistema de saber sólido, configurado dogmaticamente e conectado a uma moral dirigida por princípios. E, como o direito está estabelecido simultaneamente nos níveis da cultura e da sociedade, ele pode *compensar* as fraquezas de uma moral racional que se atualiza primariamente na forma de um saber.

A pessoa que julga e age moralmente tem que se apropriar autonomamente desse saber, elaborá-lo e transpô-lo para a prática. Ela se encontra sob exigências cognitivas (a), motivacionais (b) e organizatórias (c) inauditas, das quais é *aliviada* enquanto pessoa jurídica:

a) A moral da razão configura apenas um procedimento para a avaliação imparcial de questões controversas. Ela não tem condições de elaborar um catálogo de deveres, nem ao menos uma série de normas hierarquizadas: ela exige apenas que os sujeitos formem o seu próprio juízo. De mais a mais, sua liberdade comunicativa, desencadeada em discursos morais, leva a opiniões falíveis no conflito das interpretações. Os problemas mais difíceis não são, em primeira linha, os da fundamentação de normas. Pois o que se questiona normalmente não são os princípios que transformam em dever o igual respeito por cada um, a saber, a justiça distributiva, a benevolência com os necessitados de ajuda, a lealdade, a sinceridade, etc. No entanto, o caráter abstrato dessas normas universalizadas levanta problemas de aplicação, tão logo um conflito ultrapassa os limites de interações exercitadas e embutidas em

contextos consuetudinários. A decisão de tal caso concreto, de difícil avaliação, exige operações complexas. De um lado, as características relevantes da situação precisam ser descobertas e descritas à luz de normas possíveis, porém ainda indeterminadas; de outro lado, a norma apropriada deve ser escolhida, interpretada e aplicada à luz de uma descrição possivelmente completa da situação. Problemas de fundamentação e de aplicação de questões complexas sobrecarregam frequentemente a capacidade analítica do indivíduo. E tal *indeterminação cognitiva* é absorvida pela facticidade da normatização do direito. O legislador político decide quais normas valem como direito e os tribunais resolvem, de forma razoável e definitiva para todas as partes, a disputa sobre a aplicação de normas válidas, porém carentes de interpretação. O sistema jurídico tira das pessoas jurídicas, em sua função de destinatárias, o poder de definição dos critérios de julgamento do que é justo e do que é injusto. Sob o ponto de vista da complementaridade entre direito e moral, o processo de legislação parlamentar, a prática de decisão judicial institucionalizada, bem como o trabalho profissional de uma dogmática jurídica, que sistematiza decisões e concretiza regras, significam um alívio para o indivíduo, que não precisa carregar o peso cognitivo da formação do juízo moral próprio.

b) A moral da razão não sobrecarrega o indivíduo apenas com o problema da decisão de conflitos de ação, mas também com expectativas em relação à sua força de vontade. Com relação ao primeiro problema, ele deve estar preparado para, em situações de conflito, procurar uma solução consensual, isto é, entrar em discussões ou repeti-los de modo advocatício. Com relação às expectativas, ele deve conseguir a força para agir segundo intuições morais, inclusive contra seus próprios interesses, a fim de harmonizar o dever e a obrigação. Enquanto autor, o ator deve concordar consigo mesmo, por ser destinatário de mandamentos. A indeterminação cognitiva do juízo orientado por princípios deve-se acrescentar a *incerteza motivacional* sobre o agir orientado por princípios conhecidos. Esta é absorvida pela facticidade da imposição do direito. Na medida em que não está ancorada suficientemente nos motivos e enfoques de seus destinatários, uma moral da razão depende de um direito que impõe um agir conforme a

normas, deixando livres os motivos e enfoques. O direito coercitivo cobre de tal modo as expectativas normativas com ameaças de sanção, que os destinatários podem limitar-se a considerações orientadas pelas consequências.

Além disso, o problema da fraqueza da vontade acarreta o da *imputabilidade*. De acordo com uma moral da razão, os indivíduos singulares examinam a validade de normas, pressupondo que estas são seguidas faticamente por cada um. E, se a validade das normas implica o assentimento racionalmente motivado de todos os atíngidos, sob a condição de uma prática de obediência *geral* a normas, então não pode ser *exigido* de ninguém que se atenha a normas válidas, enquanto a condição citada não estiver preenchida. Cada um deve poder esperar que todos sigam as normas válidas. Normas válidas só são imputáveis quando puderem ser impostas faticamente contra um comportamento desviante.

c) Um terceiro problema, resultante do caráter universalista da moral da razão, é dado pela imputabilidade de obrigações, especialmente com relação aos deveres positivos, os quais exigem frequentemente, especialmente nas sociedades complexas, esforços cooperativos ou realizações organizacionais. O dever inequívoco, por exemplo, de impedir que o próximo anônimo morra de fome, contrasta gritantemente com o fato de que milhões de habitantes do Primeiro Mundo deixam perecer milhares de pessoas nas regiões pobres do Terceiro Mundo. A própria ajuda caritativa somente funciona através da organização; o desvio de mantimentos e medicamentos, de roupas e infra-estruturas, ultrapassa em muito as iniciativas e o espaço de ação dos indivíduos. Muitos estudos revelam que um melhoramento estrutural exigiria até uma nova ordem econômica. Problemas semelhantes, que só podem ser enfrentados a nível institucional, colocam-se na própria região, inclusive na vizinhança. Quanto mais a consciência moral se orienta por valores universalistas, tanto maiores se tornam as discrepâncias entre exigências morais inquestionáveis e coerções organizatórias, que constituem obstáculos às transformações. Desse modo, as exigências morais, que têm que ser preenchidas através de cadeias de ação anônimas e realizações organizacionais, só encontram destinatários claros no interior de um sistema de regras

auto-aplicáveis. O direito é *naturalmente* reflexivo; ele contém normas secundárias que servem para a produção de normas primárias da orientação do comportamento. Ele pode determinar competências e fundar organizações, em síntese, um sistema de imputabilidade, que se refere não só às pessoas jurídicas naturais, mas também a sujeitos de direito fictícios, tais como corporações e institutos.

Essa questão da divisão moral do trabalho³⁷, que vem acrescentar-se aos problemas da imputabilidade, da fraqueza da vontade e da possibilidade da resolução judicial, sinaliza que há limites na moral pós-convencional que fundamentam funcionalmente uma complementação através do direito. Entretanto, aqui nos deparamos com um outro problema, resultante do nível de fundamentação pós-convencional da moral da razão: as outras instituições, garantidas pela tradição, perdem a base de sua legitimidade. A partir do momento em que os padrões morais mais pretensiosos não podem mais ser tomados de modo ingênuo, entra em cena um fluxo de problematização que coloca as instituições desvalorizadas sob a pressão da justificação. Todavia, a própria moral que fornece os pontos de vista para a avaliação sobria e desapaixonada das instituições existentes não está em condições de oferecer qualquer tipo de manejo *operativo* para sua reconstrução. Neste contexto, o direito positivo, enquanto sistema de ação, constitui uma reserva que pode entrar no lugar de outras instituições.

O direito não é recomendado apenas para a reconstrução dos complexos de instituições naturais que ameaçam ruir devido à subtração da legitimidade. Em virtude da modernização social, surge uma necessidade organizacional de tipo *novo*, que só pode ser satisfeita de modo construtivo. O substrato institucional de áreas de interação tradicionais, tais como a família e a escola, é reformulado através do direito, o qual torna possível a *criação* de sistemas de ação organizados formalmente, tais como mercados, empresas e administrações. A economia capitalista, orientada pelo

37 SHUE, H. "Mediating Duties", in: *Ethics*, 98, 1988, 687-704.

dinheiro, e a burocracia estatal, organizada a partir de competências, surgem no *medium* de sua institucionalização jurídica.

As realizações específicas do código do direito, que deve ser acionado para responder a uma demanda crescente de organização e de regulamentação de sociedades cada vez mais complexas, não podem mais ser explicadas exclusivamente a partir da necessidade de compensação da moral, como é sugerido pelos problemas até agora contemplados. Só se reconhecem as verdadeiras proporções quando se passa a considerar a moral pelo ângulo do sistema jurídico. Uma moral da razão que obtivesse eficácia apenas através dos processos de socialização e da consciência dos indivíduos ficaria reduzida a um campo de ação estreito. Ora, a moral pode irradiar-se a *todos* os campos de ação, através de um sistema de direitos com o qual ela mantém um vínculo interno, atingindo inclusive as esferas sistemicamente autonomizadas das interações dirigidas por meios que aliviam os atores de todas as exigências morais, com uma única exceção: a da obediência geral ao direito. Em condições menos complexas, o *ethos* de uma forma de vida adquire força social integradora, porque nesta eticidade integral todos os componentes do mundo da vida estão interligados e os deveres concretos afinados com as instituições, além de enraizados nos motivos. Só poderemos avaliar a propagação dos conteúdos morais pelos canais das regulamentações jurídicas, quando encairmos o sistema do direito como um todo.

III. Fundamentação dos direitos pelo caminho da teoria do discurso: princípio do discurso, forma do direito e princípio da democracia

Neste ponto, é possível enfeixar as diferentes linhas de argumentação, a fim de fundamentar um sistema dos direitos que faça jus à autonomia privada e pública dos cidadãos. 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. Como no direito racional clássico, esses direitos devem ser introduzidos inicialmente na perspectiva de alguém que não está participando. Já demos

vários passos preparatórios nesse sentido. Partimos da história dos dogmas do direito subjetivo, a fim de mostrar como a legitimidade surge paradoxalmente da legalidade; desenvolvemos, a seguir, um modo próprio de interpretar o conceito de autonomia, na linha de uma teoria do discurso, o qual torna possível reconhecer o nexo interno entre direitos humanos e soberania do povo. Pesquisamos, finalmente, a relação complementar entre direito e moral, a fim de esclarecer a determinação formal que permite distinguir entre normas jurídicas e normas gerais da ação. O interessante é que essa forma jurídica já implicava os direitos subjetivos que recebem destaque nas ordens jurídicas modernas.

Quando se introduz o direito em geral como complemento da moral, a facticidade da normatização e da imposição do direito, bem como a auto-aplicação construtiva do direito, passam a ser constitutivos para um determinado tipo de interações destituídas de peso moral. O *medium* do direito, enquanto tal, pressupõe direitos que definem o *status* de pessoas jurídicas como portadoras de direitos em geral. Esses direitos são talhados segundo a liberdade de arbítrio de atores singularizados e tipificados, isto é, respeitando as liberdades de ação subjetivas, admitidas condicionalmente. A liberação do arbítrio dos atores orientados pelo sucesso da obrigação do agir orientado pelo entendimento constitui apenas o verso da medalha de um outro aspecto, a saber, o da coordenação da ação por intermédio de leis coercitivas, que limitam os espaços de opção a partir de fora. Resulta disso o valor posicional fundamental de direitos que garantem e compatibilizam entre si as liberdades subjetivas imputáveis individualmente.

Elas garantem uma autonomia privada, que também pode ser descrita como liberação das obrigações da liberdade comunicativa. Seguindo Klaus Günther, eu entendo a “liberdade comunicativa” como a possibilidade – pressuposta no agir que se orienta pelo entendimento – de tomar posição frente aos proferimentos de um oponente e às pretensões de validade aí levantadas, que dependem de um reconhecimento intersubjetivo³⁸. A isso estão ligadas obri-

38 GÜNTHER, K. “Die Freiheit der Stellungnahme als politisches