

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós Graduação em Direito

**O DEBATE ENTRE HABERMAS E MCCARTHY SOBRE O PAPEL DOS DISCURSOS
DE AUTO-ENTENDIMENTO ÉTICO-POLÍTICO NO PROCESSO LEGISLATIVO
DEMOCRÁTICO**

Camila Cardoso de Andrade

Belo Horizonte
2008

CAMILA CARDOSO DE ANDRADE

**O DEBATE ENTRE HABERMAS E MCCARTHY SOBRE O PAPEL DOS DISCURSOS
DE AUTO-ENTENDIMENTO ÉTICO-POLÍTICO NO PROCESSO LEGISLATIVO
DEMOCRÁTICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira

Belo Horizonte
2008

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

A553e

Andrade, Camila Cardoso de

O debate entre Habermas e McCarthy sobre o papel dos discursos de auto-entendimento ético-político no processo legislativo democrático / Camila Cardoso de Andrade – Belo Horizonte, 2008. 134f.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira
Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós Graduação em Direito.
Bibliografia.

1. Direito – Filosofia. 2. Legitimidade (Direito). 3. Discursos parlamentares. 4. Direito e ética. 5. Habermas, Jurgem, d.1929. 6. McCarthy, Thomas A. I. Oliveira, Marcelo Andrade Cattoni de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340.12

Bibliotecária: Mônica dos Santos Fernandes – CRB 6/1809

Camila Cardoso de Andrade

O Debate entre Habermas e McCarthy sobre o papel dos discursos de auto-entendimento ético-político no processo legislativo democrático.

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Belo Horizonte, 2008.

Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (orientador)

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto

Prof. Dr. Fernando José Armando Ribeiro

Para

Minha família, que é o alicerce de tudo que sou.
Meu marido Claudão, por tudo que temos vivido
juntos.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, mestre que me conduziu para além de minhas inconsistências.

Aos Professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Minas, pelo aprendizado que me foi proporcionado.

Aos Colegas do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Minas, em especial aos colegas Rogério Monteiro Barbosa, Juarez Monteiro de Oliveira Júnior e Bernardo Costa Couto Maranhão pela estimulante interlocução.

Aos Alunos do Grupo de Pesquisa "Introdução à filosofia política de Jürgen Habermas", do Núcleo Acadêmico de Pesquisa da PUC-Minas, por me ajudarem a compreender melhor o problema aqui proposto.

Ao Amigo Clóvis Alves Caldas Filho, por manter sempre abertas as portas do diálogo e da biblioteca.

“Where there is no difference, there is only indifference.”

(Louis Nizer)

“The only way to make sure people you agree with can speak is to support the rights of the people you don’t agree with.”

(Eleanor Holmes Norton)

RESUMO

Este estudo reconstrói o debate entre Habermas e McCarthy sobre o papel dos discursos de auto-entendimento ético-político no processo legislativo democrático de justificação das normas jurídicas e se desenvolve no marco da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia. No primeiro capítulo, expõe-se como o poder comunicativo pode ser institucionalizado por meio do processo legislativo democrático, a fim de conferir legitimidade ao direito positivo. Para isso desenvolvem-se a relação de complementaridade entre direito e moral e as diferenças de justificação de suas respectivas normas. Especificam-se os tipos de discursos que estão envolvidos nesse processo e como funciona a lógica própria de cada discurso. Os discursos pragmáticos referem-se aos meios adequados à realização de um fim. Os discursos éticos dizem respeito ao que é considerado o bem para um indivíduo ou um grupo. Os discursos morais referem-se ao que é justo e correto no interesse de todos. Além desses discursos, o direito envolve a formação de compromissos negociados em condições equânimes. Os procedimentos jurídicos asseguram um tratamento racional das questões políticas de maneira que os resultados tenham a seu favor uma pretensão de racionalidade. No segundo capítulo apresentam-se as críticas de McCarthy à compreensão habermasiana dos discursos de auto-entendimento ético-político, bem como do modo com que Habermas os diferencia de discursos morais. Essa crítica se dirige contra a compreensão de que em sociedades pluralistas seria possível alcançar o consenso acerca de questões políticas envolvendo orientações axiológicas que partem dos membros da comunidade jurídica. Nesses casos, para McCarthy, não haveria uma única resposta correta e seria necessário distinguir entre a justificação direta e indireta das normas jurídicas. McCarthy propõe que a coexistência pacífica entre formas de vida divergentes é possível através da acomodação mútua de diferenças. A resposta de Habermas, objeto do último capítulo, afirma a primazia do justo sobre o bem, assim como em que sentido os Estados democráticos podem neutralizar conflitos de valor pela garantia de coexistência de diversas formas de vida em igualdade de direitos e através de legitimidade por meio de procedimentos racionais. A identidade coletiva assume um caráter processual, os planos de integração ético-cultural e ético-política são diferenciados e os contextos éticos perpassam a ordem jurídica. Habermas discute também a alternativa proposta por McCarthy e esclarece porque a premissa da única resposta correta é uma exigência normativa.

Palavras-chave: Jürgen Habermas; Thomas McCarthy; legitimidade democrática; discursos ético-políticos; discursos morais; processo legislativo

ABSTRACT

This study reconstructs the debate between Habermas and McCarthy on the role of ethical-political self-understanding discourses in the democratic legislative process of justification of legal norms, and is developed within the Discursive Theory of Law and Democracy. In the first chapter we explain how communicative power may be institutionalized by the democratic legislative process, in order to give legitimacy to positive law. For this, we develop the complementary relationship between law and morality and the differences on justification of their respective norms. We specify the types of discourse involved in this process, and how the particular logic of each discourse works. Pragmatic discourses refer to the adequate means for the accomplishment of an end. Ethical discourses have to do with what is considered good for an individual or a group. Moral discourses refer to what is just and correct in the interest of all. Besides these discourses, law involves the formation of negotiated compromises in equal conditions. Legal procedures ensure a rational treatment of political matters in a way that results may have in their favor an intent of rationality. In the second chapter we present McCarthy's criticism to Habermas' understanding of ethical-political self-understanding discourses and the way how Habermas distinguishes ethical discourses from moral discourses. This critique is directed against the understanding that in plural societies it would be possible to reach consensus on political matters which involve axiological considerations from the members of the legal community. In such cases, for McCarthy, there would not be right answers and it would be necessary to distinguish between the direct and indirect justification of legal norms. McCarthy proposes that peaceful coexistence among different life forms is possible by means of the mutual accommodation of differences. Habermas' response, the object of the last chapter, affirms the priority of the just over the good, as well as declares that democratic States can neutralize value conflicts by guaranteeing the coexistence of several life forms with equal rights and by securing legitimation through procedures. Collective identity takes on a procedural character, plans for ethical-cultural and ethical-political integration are differentiated, and ethical contexts accompany the legal order. Habermas also discusses the alternative proposed by McCarthy and clarifies the reason why the premise of the right answer is a normative requirement

Key-words: Jürgen Habermas; Thomas McCarthy; democratic legitimacy; ethical-political discourses; moral discourses; legislative process

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
1.1 Dos padrões de vida éticos pré-modernos à auto-compreensão ética moderna	11
1.2 Os discursos de auto-entendimento ético-político nas tradições liberal e republicana	13
1.3 Os discursos de auto-entendimento ético-político na Teoria do Discurso	18
1.4 Operacionalização da dissertação	22
2 O PAPEL DOS USOS PRAGMÁTICO, ÉTICO E MORAL DA RAZÃO PRÁTICA NO PROCESSO LEGISLATIVO DEMOCRÁTICO	26
2.1 Introdução	26
2.2 Direito e moral	30
2.2.1 Relação entre direito e moral	30
2.2.2 Diferenças entre a justificação de normas jurídicas e de normas morais.	35
2.3 Discursos envolvidos no procedimento legislativo democrático de justificação das normas jurídicas	39
2.3.1 Discursos pragmáticos	42
2.3.2 Discursos ético-políticos	44
2.3.3 Discursos morais	46
2.4 Entrelaçamento das questões pragmáticas, éticas e morais nos discursos de justificação	49
2.5 Institucionalização do uso público das liberdades comunicativas no processo legislativo democrático	52
3 CRÍTICAS DE THOMAS MCCARTHY À CONCEPÇÃO PROCEDIMENTAL DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E À DESCONSIDERAÇÃO DA DIVERSIDADE ÉTICO-POLÍTICA NA TEORIA DO DISCURSO	60

3.1 Teoria do Agir Comunicativo: diferença entre justificação direta (substantiva) e justificação indireta (procedimental)	62
3.2 Introdução dos discursos éticos: Esclarecimentos à ética do discurso, Soberania popular como procedimento e Cidadania e identidade nacional	66
3.2.1 <i>Esclarecimentos à ética do discurso</i>	66
3.2.2 <i>Soberania popular como procedimento: interpretação discursiva da regra majoritária</i>	68
3.2.3 <i>Cidadania e identidade nacional: integração cultural e integração política..</i>	70
3.3 Facticidade e Validade: o papel dos discursos ético-políticos no processo democrático	74
3.4 Luta por Reconhecimento no Estado Democrático de Direito	80
3.4.1 <i>Divergências entre McCarthy e Habermas</i>	86
3.5 A conclusão de McCarthy	89
 4 RESPOSTA DE HABERMAS ÀS CRÍTICAS DE MCCARTHY	94
4.1 Primazia do justo sobre o bem	95
4.2 Neutralização de conflitos de valor	102
4.2.1 <i>Coexistência em igualdade de direitos</i>	103
4.2.2 <i>Legitimação mediante procedimentos</i>	104
4.3 Esclarecimentos conceituais	108
4.3.1 <i>Planos de integração ética</i>	108
4.3.2 <i>Conceito de identidade coletiva</i>	110
4.3.3 <i>Impregnação ética do Estado de direito</i>	111
4.4 Alternativa de McCarthy	112
4.5 A única resposta correta	114
 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	117
 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	131

1 INTRODUÇÃO

O direito das sociedades democráticas contemporâneas dirige-se a comunidades concretas, que se caracterizam por serem compostas por indivíduos e grupos que possuem as mais diversas visões de mundo e adotam uma pluralidade de concepções acerca do que constitui uma vida boa, as quais muitas vezes são incompatíveis entre si. As formas de vida e tradições culturais a que os indivíduos pertencem são constitutivas de sua identidade, de sua auto-compreensão como pessoa e perpassam suas estruturas de personalidade como um todo. Diante desse quadro, tendo em vista que em tais sociedades não é possível se apelar a doutrinas religiosas ou metafísicas, mas ao contrário, os cidadãos orientam-se por uma capacidade autônoma para agir, coloca-se a questão acerca de como é possível que cidadãos tão diferentes possam integrar-se em uma sociedade que pretende garantir a igualdade de tratamento jurídico entre eles. Como esses cidadãos podem considerar legítimas as normas que irão reger seu viver em conjunto de tal forma que eles, apesar da diversidade, possam considerar essas normas justas e honestas, isto é, passíveis de serem racionalmente aceitas por todos os afetados por elas.

O presente estudo concentra-se na reconstrução dos principais argumentos desenvolvidos no debate acadêmico travado entre Jürgen Habermas e Thomas McCarthy a fim de contribuir para a reflexão acerca do papel que os discursos de auto-entendimento ético-político desempenham no processo legislativo de justificação da validade das normas jurídicas. Isso significa que o escopo do presente trabalho é verificar de que maneira as diferentes auto-compreensões de si e do mundo dos cidadãos de sociedades democráticas podem ser compatibilizadas no processo de produção de normas jurídicas, ou seja, como os cidadãos se expressarão e atuarão nesse processo a fim de que as normas ali produzidas não violem sua identidade e integridade.

Este estudo desenvolve-se no marco da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia de Habermas. A opção por trabalhar o debate travado entre Habermas e McCarthy se deveu ao fato de que o professor americano é interlocutor de Habermas

há mais de 30 anos. McCarthy é estudioso da obra de Habermas, sendo autor do livro “The Critical Theory of Jürgen Habermas” (1978), sendo um dos grandes responsáveis pela inserção da Teoria Discursiva nas discussões da Academia norte-americana.

De acordo com Habermas, em sua resposta às críticas levantadas por McCarthy, muitas vezes lhe parece que McCarthy compreende seus textos melhor do que ele próprio. Essa longa interlocução possibilita a McCarthy empreender uma crítica interna à teoria discursiva. McCarthy permite, assim, ao próprio Habermas uma reflexão sobre pontos centrais de sua teoria.

O debate entre Habermas e McCarthy é tematizado aqui, como afirma o próprio McCarthy (1996, p.1124), com o objetivo de contribuir para o desenvolvimento posterior da Teoria Discursiva, ou seja, para o desenvolvimento da compreensão habermasiana da democracia deliberativa. McCarthy (1991, p.182) afirma que ele persegue uma estratégia de crítica imanente (interna), que pretende levantar tensões a partir das próprias idéias e conceitos da Teoria do Discurso, e não a partir de outras tradições teóricas.

1.1 Dos padrões de vida éticos pré-modernos à auto-compreensão ética moderna

De início, cumpre salientar que o direito positivo moderno, baseado nas decisões mutáveis de um legislador político, carece de fundamentos absolutos que lhe confiram legitimidade. A legitimidade desse direito, face à crescente *racionalização do mundo da vida*, não pode mais ser sustentada por fundamentos religiosos ou transcendentais, ou seja, não se pode mais “cobrir essa necessidade de legitimação recorrendo à tradição ou à ‘eticidade’ em que crescemos.”¹(tradução nossa) (HABERMAS, 2005, p. 160)

De acordo com Habermas (2005, p.160), na tradição do direito natural clássico, que remonta a Aristóteles, e na tradição do direito cristão, configurada pelo tomismo, ainda era possível compreender o direito como permeado por um *ethos* social global,

¹ cubrir esa necesidad de legitimacion recurriendo a tradicion o la ‘eticidad’ en que hemos crecido.

uma eticidade substancial que integraria os padrões normativos sociais e daí penetraria nas instituições. No entanto, na modernidade, este *ethos* se transforma em mera convenção e perde seu status normativo como orientador das ações dos indivíduos. Os indivíduos tornam-se reflexivos, ou seja, tornam-se capazes de problematizar os padrões interpretativos, e suas decisões práticas passam a ser orientadas por uma capacidade autônoma de julgamento.

Neste contexto ocorre um questionamento das tradições culturais e processos de socialização pelos indivíduos, que refletem criticamente sobre a tradição a que pertencem, e eles escolhem, de maneira consciente e responsável, a melhor maneira de levar adiante seu projeto de vida pessoal, bem como o modo de dar continuidade à sua forma de vida coletiva. Assim, na medida que as identidades coletivas somente podem se desenvolver à luz de uma consciência pública que decide com quais tradições se quer prosseguir e com quais se quer romper, os discursos acerca do auto-entendimento de cidadãos e coletividades, ou seja, os *discursos ético-políticos* se tornam inevitáveis. (HABERMAS, 2005, p. 162)

De acordo com Habermas (2005, p.162),

a irrupção da reflexão nas biografias individuais e tradições culturais fomenta o individualismo de projetos pessoais de vida e um pluralismo de formas de vida coletiva. Mas simultaneamente, também as normas de convivência se tornam reflexivas; nelas se impõem orientações valorativas de tipo universal².
(tradução nossa)

A orientação ao universalismo é fornecida por *discursos morais* que, levando em consideração o interesse de todos e o igual respeito por todos, são orientados à regulamentação imparcial de conflitos de ação, distanciando-se em relação a formas de vida concretas. O indivíduo desenvolve sua consciência moral através da idéia de auto-determinação ou auto-legislação; no nível da constituição de uma sociedade justa, isso ocorre na forma de auto-legislação democrática.

No entanto, a produção de um direito que responda à questão central das democracias modernas acerca de quais normas os cidadãos, que se reconhecem como

² La irrupción de la reflexión en las biografías individuales y tradiciones culturales fomenta el individualismo de proyectos personales de vida y un pluralismo de formas de vida colectiva. Pero simultáneamente, también las normas de convivencia se vuelven reflexivas; en ellas se imponen orientaciones valorativas de tipo universalista.

livres e iguais, pretendem racionalmente estabelecer e seguir a fim de regulamentar de forma imparcial seu viver em conjunto, não pode se apoiar apenas em argumentos morais.

As razões que abonam a legitimidade do direito, sob pena de dissonâncias cognitivas, hão de estar em concordância com os princípios morais de uma justiça e solidariedade universalistas, assim como com os princípios éticos de um modo de vida tanto dos indivíduos, como das coletividades, conscientemente projetado e assumido com responsabilidade.³ (tradução nossa) (HABERMAS, 2005, p. 164)

Dessa forma, o direito legitimamente produzido há de compatibilizar as idéias de auto-realização ética e de auto-determinação moral; no entanto, essas idéias não se harmonizam com facilidade. A autonomia dos sujeitos de direito, diferenciada em auto-realização ética e em auto-determinação moral, possui afinidades⁴ com os conceitos de soberania popular e direitos humanos, as únicas idéias capazes de fornecer uma justificação pós-convencional ao direito moderno. Ocorre que as tradições do direito racional moderno põem acentos distintos nessas duas dimensões em suas respostas às questões sobre a vida e a justiça nas sociedades modernas. A tradição liberal coloca a ênfase na auto-determinação moral, sob a forma de direitos humanos; a tradição republicana, por sua vez, enfatiza a auto-realização-ética, configurada no princípio da soberania popular. (HABERMAS, 2005, p. 164)

1.2 Os discursos de auto-entendimento ético-político nas tradições liberal e republicana

³ Las razones que abonan la legitimidad del derecho, so pena de disonancias cognitivas, han de estar en concordancia con los principios morales de una justicia y solidariedad universalistas, así como con los principios éticos de un modo de vida tanto de los individuos como de los colectivos, concientemente proyectado y asumido con responsabilidad.

⁴ Interessa notar que não há uma correspondência linear entre esses dois grupos de conceitos, mas que as afinidades existentes entre eles que podem ser acentuadas com mais ou menos força, o que, como veremos, é feito pelas tradições liberal e republicana. (HABERMAS, 2005, p. 164)

Os liberais, em geral, entendem que a função do processo democrático é a de programar o Estado, entendido como aparato administrativo, para que aja voltado à satisfação dos interesses da sociedade. Esta, por sua vez, é compreendida como uma rede de interações entre sujeitos privados, organizada sob a forma de mercados. A formação política da vontade dos cidadãos legitima o exercício do poder político reunindo os interesses privados e encaminhando-os à Administração Pública, “cuja finalidade é utilizar-se do poder político para atingir os objetivos coletivos majoritários”. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2000, p. 62).

Nessa tradição, os direitos fundamentais, incluídos os direitos civis e os direitos de participação política, objetivam garantir aos indivíduos um espaço em que possam realizar seus interesses privados, livres de coações externas. Esses direitos garantem que os indivíduos exerçam sua autonomia privada, sob o domínio anônimo das leis, ou seja, garantem aos indivíduos esferas de liberdades individuais intocáveis. A ordem jurídica é responsável por estabelecer quais direitos cabem a cada um.

Para a tradição liberal, no processo político de formação da opinião e da vontade, os agentes atuam estrategicamente, visando manter ou conquistar o poder administrativo. Ao eleger seus representantes, os eleitores estão manifestando sua preferência por determinada pessoa ou programa. (HABERMAS, 2004a, pp. 278-284).

Os adeptos do liberalismo “propugnam por uma ordem jurídica eticamente neutra, que deve assegurar chances iguais a todos, de modo que cada um possa orientar-se por uma concepção própria do que seja bom” (HABERMAS, 2004a, p.241). Ou seja, questões relativas ao que é considerado justo têm primazia sobre questões relativas às concepções de vida boa. Haveria aqui, entretanto, uma distinção estanque entre quais assuntos são considerados públicos ou privados, sendo que questões sobre a vida boa estariam relegadas à esfera privada e excluídas dos debates e da regulamentação pública estatal, uma vez que, por se referirem à identidade de determinada pessoa ou grupo, não seriam passíveis de uma regulamentação imparcial. Assim, nessa perspectiva, de acordo com Habermas (2002, p. 252), “não se deve permitir ao Estado [...] que ele persiga quaisquer outros fins coletivos a não ser garantir a liberdade individual ou o bem-estar e segurança pessoal de seus cidadãos.”

Dentro da tradição liberal, interessa apresentar, de maneira sucinta, a perspectiva desenvolvida por John Rawls (2000; 2003), que se afasta de uma concepção de sociedade dirigida ao modelo de mercado e procura discutir o problema de como ordenar as sociedades democráticas contemporâneas de forma justa e imparcial, levando a sério a existência de um pluralismo razoável de concepções de mundo e modos de vida. Nos termos expressos por Rawls (2000, p. 24),

como é possível existir uma sociedade estável e justa de cidadãos livres e iguais profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis, embora incompatíveis? Como é possível que doutrinas abrangentes profundamente opostas, embora razoáveis, possam conviver e que todas endossassem a concepção política de um regime constitucional?

Rawls pretende apresentar uma concepção política de justiça que se aplicaria à estrutura básica de uma sociedade democrática moderna, a qual seria independente de qualquer doutrina compreensiva abrangente e cujo conteúdo estaria expresso nas idéias fundamentais de uma cultura política pública democrática. Essas idéias consistem em considerar a sociedade um sistema eqüitativo de cooperação social que se desenvolve de uma geração para outra. Essa sociedade rege-se efetivamente por uma concepção política de justiça, ou seja, é uma sociedade bem-ordenada, composta por cidadãos considerados livres e iguais.

Rawls vale-se de um procedimento de representação, um experimento mental, chamado de posição original, através do qual os cidadãos livres e iguais de uma sociedade democrática bem ordenada estabelecem, em comum acordo, quais serão os termos eqüitativos da cooperação social, ou seja, com quais princípios de justiça política as partes concordariam, a fim de regular de forma neutra a estrutura básica da sociedade. Esse acordo deve ser estabelecido sob certas condições que impossibilitem a qualquer cidadão situar-se em posição mais vantajosa na negociação em relação aos outros. Na posição original, as partes ignoram a concepção de bem e a posição social e cultural que as pessoas que elas representam endossam ou possuem, bem como sua raça, etnia ou sexo. As partes encontram-se, assim, sob as restrições de um “véu da ignorância.” (RAWLS, 2003, pp. 20-25)

No entanto, a fim de que as partes possam, na posição original, escolher os princípios de justiça que regularão sua convivência eqüitativa, elas devem estar sujeitas às limitações impostas à sua racionalidade (ou à sua capacidade para ter determinada concepção de vida boa) pelo véu da ignorância. Assim, elas “abstraem” de suas concepções de mundo, de seu auto-entendimento ético-político para conseguir estabelecer quais os princípios que regularão de forma imparcial a convivência de todos. Com esse entendimento Rawls permanece liberal, pois faz com que a regulamentação justa e imparcial da convivência de pessoas diferentes em sociedades democráticas dependa de um procedimento que seja livre das questões acerca de concepções ético-políticas.

Nesse sentido, Cattoni de Oliveira (2000, p. 72) adverte acerca da concepção de “uso público da razão” (*public reason*), conforme desenvolvida por Rawls:

ela remete a política e a esfera pública ao Estado e aos seus fóruns oficiais, excluindo de um “uso público da razão” os debates empreendidos pela sociedade civil, bem como constrange as questões públicas e políticas a uma agenda fechada e pré-definida de temas, que exclui qualquer questão que esteja relacionada às diversas formas de vida ou modos de vida presentes na sociedade.

Já para a tradição republicana, em linhas gerais, o processo político é entendido como constitutivo dos processos de socialização, e consiste no meio pelo qual

os integrantes de comunidades solidárias surgidas de forma natural se conscientizam de sua interdependência mútua e, como cidadãos, dão forma e prosseguimento às relações de reconhecimento mútuo, transformando-as de forma voluntária e consciente em uma associação de jurisconsortes livres e iguais. (HABERMAS, 2004a, p. 278)

Na tradição republicana aparece a solidariedade, ao lado do mercado e do poder administrativo, como fonte de integração social. Ela constitui uma base social independente que permite ao poder comunicativo decorrente do processo político de formação da opinião e da vontade, em meio à esfera pública de caráter político e à sociedade civil, ser integrado à práxis de entendimento mútuo dos cidadãos.

Os republicanos compreendem que os direitos fundamentais são liberdades positivas, que possibilitam a construção de uma identidade⁵ ético-política comum através da participação dos indivíduos na formação da vontade política. Os direitos de comunicação e participação política expressam a capacidade de autodeterminação de uma coletividade política, que caracteriza a soberania popular e dá corpo à autonomia pública dos cidadãos. O Estado existe para garantir esse processo, no qual cidadãos livres e iguais chegam a acordos e compromissos mútuos acerca de quais normas correspondem ao interesse comum.

O direito, para essa tradição, deve garantir e possibilitar aos cidadãos de uma ordem jurídica objetiva terem “um convívio eqüitativo, autônomo e fundamentado sobre o respeito mútuo” (HABERMAS, 2004a, p. 281). A comunidade deve definir, através do procedimento democrático de sua formação, qual conjunto de leis ou de direitos é mais adequado aos seus costumes.

Embora o republicanismo compreenda o processo político de formação da opinião e da vontade como uma práxis de autodeterminação dos cidadãos orientada para o entendimento mútuo por via comunicativa, ele se desenvolve como:

um processo de auto-esclarecimento coletivo acerca de um modo ou projeto de vida que se pressupõe comum, com base num forte consenso ético. Assim, embora autores republicanos comunitaristas como Michael Walzer (1993; 1997) e Charles Taylor (1997) se considerem defensores do pluralismo social e cultural, é preciso lembrar que, para eles, as decisões políticas só se justificam de forma relativa e à luz de valores comunitários prevalentes, e nunca de forma imparcial. A justiça é, assim, considerada tão somente como um bem coletivo dentre outros, comunitariamente interpretado. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2005, p. 104).

É esse tipo de raciocínio que leva Walzer (2003, p. 5), por exemplo, a afirmar que:

⁵ De acordo com Taylor (2000, p. 241), “‘identidade’ designa algo como uma compreensão de quem somos, de nossas características definitórias fundamentais como seres humanos. A tese é de que nossa identidade é moldada em parte pelo reconhecimento ou por sua ausência, freqüentemente pelo reconhecimento errôneo por parte dos outros, de modo que uma pessoa ou grupo de pessoas pode sofrer reais danos, uma real distorção, se as pessoas ou sociedades ao redor deles lhes devolverem um quadro de si mesmas redutor, desmerecedor ou desprezível.”

os princípios de justiça são pluralistas na forma; que os diversos bens sociais devem ser distribuídos por motivos, segundo normas e por agentes diversos; e que toda diversidade provém das interpretações variadas dos próprios bens sociais – o inevitável produto do particularismo histórico e cultural.

Assim, na tradição republicana, para ser feita da maneira correta a política democrática depende das virtudes cívicas dos cidadãos orientados para o bem comum. Ou seja, os republicanos supõem que há um *ethos* democrático, compartilhado por todos, que orienta os cidadãos no processo político a deliberarem e decidirem de acordo com a vontade geral. Os republicanos supõem que as normas que regem a convivência conjunta desses cidadãos derivam da reflexão e buscam a realização da identidade de uma comunidade jurídica concreta.

1.3 Os discursos de auto-entendimento ético-político na Teoria do Discurso

A Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, desenvolvida por Jürgen Habermas, é apresentada como uma teoria procedimentalista que pretende superar os modelos de democracia construídos pelas tradições liberal e republicana, baseando-se nas condições de comunicação presentes no processo político, as quais sustentam a pretensão de racionalidade dos resultados obtidos nesse processo.

Nesse sentido, Habermas (2004a, p. 245) afirma que

em lugar de uma disputa sobre a melhor forma de assegurar a autonomia das pessoas do direito – ora por meio das liberdades subjetivas em prol da concorrência entre as pessoas em particular, ora mediante reivindicações de benefícios garantidas para clientes de burocracias de Estados de bem-estar social –, o que se apresenta é uma concepção procedimental do direito, segundo a qual o processo democrático pode assegurar a um só tempo a autonomia privada e a pública: direitos subjetivos, cuja função é garantir [...] uma organização particular e autônoma da própria vida, não podem ser formulados de maneira adequada sem que antes os próprios atingidos possam articular e fundamentar, em discussões públicas, os aspectos relevantes para o tratamento igualitário ou desigual de casos típicos.

Habermas compreende como desvantagem da tradição republicana o fato de ela tratar os discursos políticos de uma maneira estritamente ética, ou seja, como

dependentes das virtudes cívicas dos cidadãos. Embora Habermas reconheça a importância dos discursos de auto-entendimento para a formação da vontade política de um Estado, ele entende que nesse processo estão em jogo outros interesses e orientações axiológicas nem sempre passíveis de consenso e compensadas através de negociações que levarão ao estabelecimento de compromissos entre os diferentes partidos. Tais negociações, no entanto, não ocorrem sob a forma de discursos racionais, e a justiça desses acordos será medida pelos pressupostos e procedimentos que regulam tais negociações, estes sim passíveis de justificação racional sob o ponto de vista da justiça. Assim, a justiça de um direito politicamente firmado, que se pretende legítimo, deve estar em consonância também com princípios morais que reivindicuem uma validade que esteja além da comunidade jurídica concreta. (HABERMAS, 2004a, p. 285). Nesse sentido, ele afirma:

O conceito de uma política deliberativa só ganha referência empírica quando fazemos jus à diversidade das formas comunicativas na qual se constitui uma vontade comum, não apenas por um auto-entendimento mútuo de caráter ético, mas também pela busca de equilíbrio entre interesses divergentes e do estabelecimento de acordos, da checagem da coerência jurídica, de uma escolha de instrumentos racional e voltada a um fim específico e por meio, enfim, de uma fundamentação moral. (HABERMAS, 2004a, p. 285)

A Teoria do Discurso utiliza-se de elementos das teorias liberal e republicana. Da tradição republicana permanece a centralidade do processo de formação da opinião de da vontade política como constitutivo da autonomia pública dos cidadãos, e da tradição liberal permanece a separação entre Estado e sociedade e a consideração dos direitos humanos universais como garantia da autonomia privada dos indivíduos. No entanto, ela entende que a racionalidade dos resultados obtidos no processo político de formação da opinião e da vontade não decorre de um auto-entendimento ético de uma comunidade concreta, como supõe a tradição republicana, nem do arranjo de interesses de indivíduos voltados para si próprios, como supõe a tradição liberal. Dessa forma, a teoria do discurso possui conotação normativa mais forte que o modelo liberal, porém mais fraca que o modelo republicano.

A política deliberativa se desenvolve, para a Teoria do Discurso, a partir dos procedimentos comunicativos institucionalizados em corporações parlamentares e do

fluxo comunicativo formado pela opinião pública de cunho político⁶. Os debates ocorridos em fóruns oficiais e na sociedade civil, que formam uma esfera pública política mais ampla, são capazes de influenciar e, de certa forma, programar o exercício do poder político, uma vez que neles ocorre a percepção, a identificação e o tratamento de problemas que dizem respeito a toda a sociedade.

A idéia da soberania do povo, ou de uma comunidade jurídica que se organiza a si mesma é absorvida por essas formas de comunicação que são institucionalizadas por meio dos princípios do Estado Democrático de Direito. Os procedimentos comunicativos institucionalizados asseguram, através dos canais de eleições gerais e de outras formas de participação específicas, que os resultados obtidos no processo político de formação da opinião e da vontade tenham a seu favor uma pretensão de racionalidade.

Isso ocorre porque, nesse processo, o Direito é responsável pelo estabelecimento dos procedimentos que possibilitam a formação de consensos ou, ao menos, de compromissos sob condições equânimes, na medida em que suas normas tanto podem ser cumpridas por medo da sanção quanto por respeito à lei produzida no processo democrático.

É bem verdade que o direito positivo só exige comportamentos legais; no entanto, ele precisa ser legítimo: embora dê margem aos motivos da obediência jurídica, deve ser constituído de maneira que também possa ser cumprido a qualquer momento por seus destinatários, pelo simples respeito à lei. Uma ordem jurídica é legítima quando assegura por igual a autonomia de todos os cidadãos. E os cidadãos só são autônomos quando os destinatários do direito podem ao mesmo tempo entender-se a si mesmos como autores do direito. E tais autores só são livres como participantes de processos legislativos regrados de tal maneira e cumpridos sob tais formas de comunicação quando todos possam supor que regras firmadas desse modo mereçam concordância geral e motivada pela razão. (HABERMAS, 2004a, p. 250-51)

O estudo do papel que os discursos de auto-entendimento ético-político desempenham no processo de formação da vontade política de um Estado Democrático justifica-se, assim, tendo em vista que, de acordo com a perspectiva desenvolvida pela Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, a legitimidade do

⁶ Conforme explica Araújo (2003, p. 130), “Habermas sugere um processo em dois trilhos, no qual há uma divisão do trabalho entre o “público fraco” a esfera pública informalmente organizada, que abrange as associações privadas, instituições culturais, grupos de interesse com preocupações públicas, Igrejas, instituições de caridade, etc. e o “público forte” as corporações parlamentares e outras instituições formalmente organizadas do sistema público.”

direito de tais sociedades não pode apoiar-se somente em argumentos morais, mas ao contrário, o processo legislativo democrático deve estar aberto ao aporte de todos os temas e contribuições, razões e informações relevantes para a formação da vontade política. Dessa forma, considerando a existência do pluralismo de concepções de mundo nas sociedades democráticas, os debates ocorridos na esfera pública acerca da melhor maneira de os cidadãos levarem adiante o projeto constitucional da sociedade à qual pertencem irão envolver necessariamente argumentos acerca da integração política de membros de diversas sub-culturas, aos quais o Estado Democrático de Direito deve assegurar a igualdade jurídica.

Interessa notar que, para a Teoria do Discurso, a legitimidade do direito se baseia na possibilidade de se alcançar um consenso racionalmente motivado (ou ao menos um compromisso construído sob condições equânimes) entre todos os cidadãos que serão afetados por essas normas. No entanto, ocorre que, sob condições de pluralismo social e cultural, dificilmente se chegará a um consenso de todos os afetados acerca de questões éticas. E já que a auto-compreensão ética dos indivíduos é constitutiva de sua identidade, de sua concepção acerca do que constitui uma vida autêntica, dificilmente eles irão concordar em negociar com elas, pois nas negociações, que visam ao estabelecimento de compromissos entre interesses divergentes, freqüentemente ocorrem situações de barganha, de balanceamento de poder e influência entre as diversas partes.

Esta dissertação tem como objetivo geral contribuir para a reflexão, no marco da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, de Jürgen Habermas, acerca de como os discursos de auto-entendimento ético-político podem ser institucionalizados no processo legislativo democrático de forma que, não obstante as diferentes orientações valorativas dos cidadãos dessas sociedades, as normas jurídicas ali produzidas tenham a seu favor a pretensão de poder ser aceitas racionalmente por todos os afetados. Em outras palavras, que os resultados do debate político tenham a seu favor uma pretensão de correção normativa, e assim, possam ser considerados legítimos. Isso significa que objetivamos analisar, a partir do debate travado entre Habermas e McCarthy, como os discursos de auto-entendimento ético-político podem ser integrados no conceito de legitimidade democrática. Neste sentido, buscamos também contribuir

para a compreensão da diferença existente entre integração ético-cultural e integração ético-política, uma vez que há de se conviver no âmbito político com aqueles que possuem visões de mundo diferentes da nossa e com os quais não nos identificamos em relação ao que consideramos como vida plena e realizada.

A hipótese deste trabalho é a de que a Teoria Discursiva do Direito e da Democracia é capaz de fornecer uma justificação pós-convencional para a coexistência pacífica entre cidadãos que possuem diferentes visões de mundo. Ela faz isso garantindo que todos os cidadãos tenham iguais possibilidades de participação no debate público de formação da vontade política. A integração ético-política entre as diversas sub-culturas pode ocorrer, em uma sociedade pluralista liberal, sob a base de princípios constitucionais universalistas, com cujo conteúdo todos os possíveis afetados podem racionalmente concordar (justificação direta), posto que eles pretendem garantir a igualdade de direitos de todos os cidadãos, e que vão fornecer os parâmetros e especificar os procedimentos segundo os quais a produção legislativa democrática pode ser considerada imparcial, e assim, legítima.

1.4 Operacionalização da dissertação

Esta dissertação desenvolve-se a partir de três textos fundamentais, ainda que para sua análise e interpretação tenha sido necessário o estudo de várias outras obras, quais sejam: a obra “**Facticidade e Validade**: sobre o direito e o Estado democrático de direito em termos da Teoria do Discurso”⁷, de Jürgen Habermas (HABERMAS, 2005), em especial seu Capítulo 4; “Legitimidade e diversidade: reflexões dialéticas em distinções analíticas”⁸, de Thomas McCarthy (MCCARTHY, 1996) e “Apêndice a

⁷ Esta obra foi publicada originalmente em alemão em 1992, com o título ***Faktizität und Geltung. Beiträge zur Discurstheorie des Rechts und des demokratischen Reichitstaats***. A obra foi traduzida para o idioma português em 1997, com o título **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. (HABERMAS, 2003). Na elaboração da presente dissertação foi utilizada a tradução para o idioma espanhol (HABERMAS, 2005) cotejada com a tradução brasileira (HABERMAS, 2003). Daqui em diante a referência esta obra será apenas por **Facticidade e Validade**.

⁸ Esta obra é fruto de um simpósio ocorrido na Cardozo Law School em homenagem a Habermas, no ano de 1996. Ela foi publicada em inglês com o título “Legitimacy and Diversity: dialectical reflections on

Facticidade e Validação: réplica às comunicações em um simpósio da Cardozo Law School"⁹ (in: HABERMAS, 2004a, pp. 309-97).

Em linhas gerais, o núcleo desta dissertação de mestrado está estruturado em três capítulos. No primeiro capítulo são vistas as condições para formação do poder comunicativo no âmbito do Estado Democrático de Direito, a partir da perspectiva desenvolvida pela Teoria Discursiva do Direito. Para isso, buscaremos esclarecer quais as relações existentes entre direito e moral na modernidade, a fim de explicar porque a legitimidade do direito não pode ser reduzida a argumentos morais. Daí, cumpre mostrar quais tipos de argumentos estão envolvidos no processo democrático de formação das normas jurídicas, quais sejam discursos pragmáticos, ético-políticos e morais, bem como de que forma eles se entrelaçam nesse processo e como eles podem ser institucionalizados sem perder seu caráter comunicativo. Veremos que quando não for possível se alcançar o consenso racionalmente motivado sobre questões carentes de regulamentação jurídica, essas questões serão resolvidas mediante o estabelecimento de compromissos. Neles o princípio do discurso se aplica de forma indireta, apenas aos procedimentos de tomada de decisão (como a regra majoritária), os quais devem ser regrados de tal forma a serem considerados equânimes (*fair*).

O capítulo seguinte traz a crítica de Thomas McCarthy à forma de apresentação, por Habermas, dos diferentes tipos de argumentos em termos esquemáticos, já que para McCarthy, na solução de questões políticas, não há como se separar questões éticas de questões morais, dada sua interdependência dialética. Ele frisa que a possibilidade de dissenso em questões ético-políticas em sociedades pluralistas está sempre presente, o que gera implicações para a concepção da Teoria do Discurso da legitimidade democrática. A legitimidade das normas jurídicas terá que se apoiar em uma justificativa indireta, ou seja, na correção formal de resultados obtidos de acordo

analytic distinctions", na revista desta instituição (MCCARTHY, 1996) e como um capítulo do livro **Habermas on Law and Democracy: critical exchanges** (ARATO, ROSENFELD, 1998, pp.181-199)

⁹ Este texto consiste na resposta de Habermas às críticas levantadas por diversos autores no mesmo simpósio realizado na Cardozo Law School. O título original em inglês é "Reply to Symposium Participants, Benjamin N. Cardozo School of Law". Na elaboração desta dissertação, utilizou-se a tradução para a língua portuguesa (in: HABERMAS, 2004a, pp.309-97) cotejando-a com o artigo original em inglês, publicado no livro **Habermas on Law and Democracy: critical exchanges** (ARATO, ROSENFELD, 1998, pp.381-452)

com procedimentos equânimes, e não em uma justificação direta, ou substantiva, de tais resultados. McCarthy entende que nas condições de pluralismo não é possível alcançar um consenso substantivo em relação a questões ético-políticas, porque há conflitos sobre as diferentes orientações valorativas e não é possível que os cidadãos se apartem ou se distanciem daqueles elementos formadores de sua própria identidade ao julgar questões de justiça política. Tampouco essas questões são passíveis de levar a um compromisso que envolva a distribuição de compensações, como os conflitos de interesse, por dizerem respeito a quem determinada pessoa é e quem gostaria de ser. As pessoas não querem abrir mão de sua identidade, isso faz parte de sua integridade como pessoas. Importam aqui as críticas de McCarthy à noção de regra majoritária e à premissa da única resposta correta, através da qual, conforme a perspectiva da Teoria Discursiva será possível se atingir um acordo racionalmente motivado em questões políticas. Para McCarthy o procedimento de tomada de decisão por maioria, comum nas sociedades democráticas, não pode ser compreendido como o faz Habermas, ou seja, como uma interrupção temporária em um processo argumentativo continuado que levará, ao longo do tempo, *a uma única resposta correta*. Para McCarthy, uma vez que os conflitos acerca de diferentes orientações valorativas dificilmente levarão a um consenso, deve haver outra compreensão da regra majoritária, bem como o reconhecimento de que não há resposta correta na solução de problemas ético-políticos e assim, deve-se fundamentar a formação da vontade política na tolerância e no respeito mútuo entre os cidadãos, a partir da própria perspectiva de cada um.

O último capítulo apresenta a resposta de Habermas a essas críticas. Tal resposta busca mostrar que o Estado Democrático possui mecanismos para lidar com conflitos sobre orientações valorativas, tais como a garantia da coexistência em igualdade de direitos e a legitimação mediante procedimentos. Para Habermas, algumas das críticas de McCarthy se baseiam em sua má compreensão de alguns conceitos básicos da própria teoria, que ele pretende esclarecer, quais sejam: a diferença entre os planos de integração omniestatal e de integração intra-estatal; o conceito procedimental de identidade coletiva; e a noção de impregnação ética do Estado Democrático de Direito. Habermas discute também a alternativa de justificação da legitimidade democrática proposta por McCarthy e termina por apresentar algumas

questões sobre o ponto que considera problemático: a premissa da única resposta correta, sinalizando uma mudança em relação ao seu posicionamento anterior.

2 O PAPEL DOS USOS PRAGMÁTICO, ÉTICO E MORAL DA RAZÃO PRÁTICA NO PROCESSO LEGISLATIVO DEMOCRÁTICO

2.1 Introdução

Neste segundo capítulo da presente dissertação pretende-se contribuir para a reflexão acerca das condições que devem ser preenchidas para a formação do poder comunicativo no âmbito do Estado Democrático de Direito, no marco da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, de Jürgen Habermas. Para isso, efetuamos aqui uma reconstrução dos argumentos centrais desenvolvidos nas partes II e III do capítulo 4 do livro **Facticidade e Validade** (HABERMAS, 2005, pp. 218-236), denominado “Reconstrução interna do Direito (II)”, onde o autor parte da lógica das distintas classes de questões que determinam a estrutura da formação da opinião e da vontade no processo legislativo democrático, ou seja, no processo de justificação da validade das normas jurídicas, no sentido de que as normas jurídicas produzidas possam ser consideradas legítimas. Habermas também verifica de que maneira os discursos envolvidos nesse processo podem ser institucionalizados sem perder seu caráter comunicativo.

Cattoni de Oliveira (2007, p. 46) expõe, com base em Habermas, o enunciado do princípio da democracia, que densifica o princípio do discurso sob a forma jurídica e explica o fundamento de legitimidade do direito:

Num nível pós-convencional de justificação, somente podem ser consideradas legítimas aquelas leis passíveis de serem racionalmente aceitas por todos os membros da comunidade jurídica, em um processo democrático de formação discursiva da opinião e da vontade comuns.

O nível pós convencional de justificação significa que não é possível buscar o fundamento de legitimidade das normas jurídicas, normas essas modificáveis e produzidas por um legislador político, em um direito natural anterior ao direito positivo e baseado em doutrinas morais ou religiosas. A proposta da Teoria Discursiva do Direito

é a de que o fundamento de legitimidade do direito encontra-se no procedimento democrático de produção do direito. A feição democrática do processo legislativo de formação das normas jurídicas deve possibilitar o aporte de todas as razões e informações, temas e contribuições relevantes no procedimento de formação da vontade política, de modo a assegurar seu caráter discursivo. Com isso, a Teoria do Discurso pretende fundamentar a presunção de que os resultados obtidos nesse processo são racionais, justamente porque decorrem de um processo argumentativo no qual os cidadãos participam em igualdade de condições.

No direito moderno conjugam-se a facticidade da produção legislativa de normas modificáveis e dotadas de caráter coercitivo com a pretensão de legitimidade de um direito que deve garantir a igualdade no exercício da autonomia pública e privada dos sujeitos de direito. Assim, o direito abre a possibilidade de que seu cumprimento se dê em função de um cálculo estratégico sobre as conseqüências de possíveis transgressões ou, em uma atitude performativa, que se cumpra o direito por respeito à lei. Dessa forma, a fim de conferir validade a uma norma jurídica, o Estado deve garantir tanto uma obediência média às normas, mesmo que para isso seja necessária a imposição de sanções, quanto condições institucionais para a produção normativa legítima. (HABERMAS, 2005, p. 646)

De acordo com a compreensão procedimentalista do direito proposta por Habermas, a legitimação do Estado Democrático de Direito é dada pelo processo democrático, no qual são institucionalizados os pressupostos comunicativos e as condições procedimentais para a formação da opinião e da vontade coletivas de uma sociedade política:

É o processo democrático que suporta, no modelo que expomos, toda a carga de legitimação. Tem que assegurar simultaneamente a autonomia privada e a autonomia pública dos sujeitos de direito; pois os direitos subjetivos-privados nem sequer podem ser formulados de forma adequada, nem muito menos impor-se politicamente, se antes não forem esclarecidos em discussões públicas os aspectos que sejam relevantes em cada caso para o tratamento igual ou desigual de casos típicos e não se tenha mobilizado poder comunicativo para que sejam consideradas a nova interpretação que fazem de suas necessidades. A compreensão procedimentalista do direito insiste, pois, em que os pressupostos comunicativos e as condições procedimentais da

formação democrática da opinião e da vontade constituem a única fonte de legitimação.¹⁰ (tradução nossa) (HABERMAS, 2005, p.648)

Neste ponto, cumpre notar que, embora a legitimidade do direito moderno não possa estar baseada em “uma consciência moral remanescente e pós-tradicional” (HABERMAS, 2004a, p.296) e, assim, não se possa reduzir a legitimidade do direito a uma justificação moral das normas jurídicas, isso não significa dizer que a legislação política possa contradizer princípios morais. Em outras palavras, embora o direito não possa ser subordinado à moral, o processo democrático não pode desconsiderar argumentos morais na justificação das normas jurídicas, sob pena, inclusive, de dissonâncias cognitivas que afetariam os processos de integração social. Assim, em primeiro lugar, será trabalhada a relação entre direito positivo e moral autônoma na modernidade, frisando como se estabelece a relação de complementaridade entre eles, e notando as diferenças a que se submete a justificação de suas respectivas normas.

Em segundo lugar, serão destacados os tipos de discursos envolvidos no processo de justificação da validade das normas jurídicas. Tais discursos veiculam questões pragmáticas, ligadas aos meios adequados à satisfação de determinado fim; questões ético-políticas, referentes ao auto-entendimento dos cidadãos quanto à melhor maneira de levarem adiante o projeto coletivo da comunidade jurídica de uma forma autêntica; e questões morais referentes ao que é justo para todos, ou ao que deve ser imparcialmente justificado. Tais idéias, sob a forma de razões motivadoras para a formação da opinião e da vontade políticas, figuram nos debates que acompanham a elaboração de uma norma legislativa e decorrem da união do princípio do discurso com a forma jurídica, que resulta no princípio democrático. De acordo com a perspectiva desenvolvida pela Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, é esse princípio democrático que permite o afluxo dos diferentes tipos de razões ao processo

¹⁰ El proceso democrático es el que suporta en el modelo que exponemos toda la carga de legitimación. Tiene que asegurar simultáneamente la autonomía privada y la autonomía pública de los sujetos jurídicos; pues los derechos subjetivo-privados ni siquiera pueden formularse de forma adecuada, ni mucho menos imponerse políticamente, si antes no se han aclarado en discusiones públicas los aspectos que en cada caso resulten relevantes para el tratamiento igual o desigual de casos típicos y no se ha movlizado poder comunicativo para que se tenga en cuenta la nueva interpretación que hacen de sus necesidades. La comprensión procedimentalista del derecho insiste, pues, en que los presupuestos comunicativos y las condiciones procedimentales de la formación democrática de la opinión y la voluntad constituyen la única fuente de legitimación.

legislativo, ou seja, ao processo de justificação das normas jurídicas. No entanto, cada uma das diferentes classes de questões possui uma lógica própria, às quais correspondem diferentes tipos de discurso e formas de negociação.

Dado que em sociedades pluralistas nem sempre será possível alcançar o entendimento baseando-se nesses discursos, deve-se notar que o processo legislativo envolve negociações que levam ao estabelecimento de compromissos.

Aqui, esses argumentos serão apresentados separadamente, de forma analítica; será necessário frisar, no entanto, que embora esses diferentes tipos de discurso possam ser distinguidos em termos esquemáticos, eles encontram-se imbricados quando se trata da discussão de questões políticas complexas. Assim, será visto também de que maneira tais argumentos se entrelaçam no processo legislativo democrático a fim de produzir normas discursivamente justificadas.

A partir daí, ainda neste ponto, buscaremos verificar de que maneira a institucionalização das liberdades comunicativas dos cidadãos pode legitimar o exercício da dominação política.

É central para o desenvolvimento deste trabalho atentar para o fato de que a crítica de Thomas McCarthy dirige-se contra a forma de exposição, por Habermas, ao longo do desenvolvimento de sua teoria política, e em sua principal obra de teoria política, qual seja, **Facticidade e Validade** (HABERMAS, 2005), das questões pragmáticas, ético-políticas e morais em termos esquemáticos. Segundo tal crítica, Habermas não leva em conta que na resolução de problemas políticos complexos em sociedade concretas estas questões encontram-se entrelaçadas, de forma que não é possível falar-se em uma delimitação precisa entre quais questões seriam éticas e quais seriam morais. Outra crítica dirige-se contra o fato de que Habermas compreende que, ao longo do tempo, as discussões públicas acerca do auto-entendimento ético-político de uma comunidade jurídica levarão a um consenso racionalmente construído, e tal compreensão desprezaria a existência, nas democracias contemporâneas, de uma pluralidade de concepções de mundo, as quais muitas vezes são incompatíveis entre si. Como veremos no capítulo seguinte, para McCarthy, dado o “fato do pluralismo razoável” (RAWLS, 2000; 2003), nas sociedades democráticas contemporâneas a

legitimidade do direito positivo não poderia ser fundamentada na aceitabilidade racional substantiva por todos os afetados dos resultados do processo legislativo.

2.2 Direito e moral

2.2.1 *Relação entre direito e moral*

Habermas refletiu no Capítulo 3 de **Facticidade e Validade** (2005, pp.169-184) sobre a relação existente entre o direito positivo e a moral racional na modernidade, no sentido de que a argumentação jurídica não é um caso especial da argumentação moral, como pretendem certas leituras de Kant e outros autores influenciados por seu pensamento (ALEXY, 1989). Ao contrário, o autor entende que a relação entre direito e moral é uma relação de complementaridade, na medida em que ambos são normas de ação.

Para Habermas (2005, p. 171), de um ponto de vista sociológico, direito e moral tratam de problemas comuns, a saber, como ordenar relações interpessoais de forma legítima, como coordenar entre si as ações por meio de normas fundamentadas e como solucionar, de forma consensual, os conflitos de ação sobre o pano de fundo de princípios e regras reconhecidos intersubjetivamente. No entanto, direito e moral tratam desses problemas de maneiras distintas.

De um ponto de vista normativo, Habermas compreende tanto o princípio moral quanto o princípio democrático como formas distintas de concretização do princípio do discurso (D), respectivamente à luz de normas morais e de normas jurídicas. O princípio do discurso, altamente abstrato, é, portanto, neutro em relação tanto à moral quanto ao direito¹¹. Ele expressa o sentido das exigências pós-convencionais de justificação, que

¹¹ A obra **Facticidade e Validade** constitui uma modificação do pensamento de Habermas no que respeita à especificação do princípio do discurso e, assim, no que respeita à relação entre direito e moral. Nesse sentido, ele afirma: “En mis estudios publicados hasta ahora sobre “ética del discurso” no he diferenciado suficientemente entre “principio de discurso” y “principio moral.” (HABERMAS, 2005, p.172).

requer que juízos práticos sejam decididos racionalmente e de maneira imparcial. Tal princípio é enunciado da seguinte forma:

D: Válidas são aquelas normas (e só aquelas normas) a que todos os que possam ver-se afetados por elas pudessem prestar seu assentimento como participantes em discursos racionais.^{12 13}(tradução nossa) (HABERMAS, 2005, p.172)

O princípio do discurso refere-se às normas de ação em geral e encontra especificação (isto é, ramifica-se, concretiza-se) no princípio moral, referente às normas de ação que só podem ser justificadas de um ponto de vista que considere o igual interesse de todos; e no princípio democrático, referente às normas de ação que se apresentam sob a forma jurídica e que podem ser justificadas com base em razões pragmáticas, éticas ou morais.

Aqui, Habermas estabelece uma diferenciação entre direito e moral, no que respeita aos níveis de referência do princípio moral e do princípio democrático. O princípio moral tem a forma de um princípio de universalização, introduzido como uma

Sobre a evolução do pensamento habermasiano no que respeita à relação entre direito e moral, veja-se Habermas, 1989a, pp.143-233 e Habermas, 2005, pp.587 e seguintes.

¹² “D: Validas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales.”

¹³ Habermas (2005, p.172-173) entende necessário explicar alguns conceitos básicos contidos nessa formulação do princípio do discurso: “O predicado ‘válido’ se refere às normas de ação e aos correspondentes enunciados normativos gerais ou universais; expressa um sentido inespecífico de validade normativa, que ainda é indiferente frente à distinção entre moralidade e legitimidade. Por “normas de ação” entendo as expectativas de comportamento generalizadas nas dimensões temporal, social e de conteúdo. “Afetado” chamo qualquer um a quem possam referir-se em seus interesses as consequências a que presumivelmente possa dar lugar uma prática regulada por normas. E por ‘discurso racional’ entendo toda tentativa de entendimento acerca de pretensões de validade que tenham se tornado problemáticas, na medida em que essa tentativa tenha lugar sob condições de comunicação que dentro de um âmbito público constituído e estruturado por deveres ilocucionários possibilitem o livre processamento de temas e contribuições, de informações e razões.” (tradução nossa)

[El predicado ‘válido’ se refiere a normas de acción y a los correspondientes enunciados normativos generales o universales; expresa un sentido inespecífico de validez normativa, que es todavía indiferente frente a la distinción entre moralidad y legitimidad. Por ‘normas de acción’ entiendo las expectativas de comportamiento generalizadas en la dimensión temporal, en la social y en la de contenido. ‘Afectado’ llamo cualquiera a quien puedan concernir en sus intereses las consecuencias a que presumiblemente pueda dar lugar una práctica general regulada por normas. Y por ‘discurso racional’ entiendo toda tentativa de entendimiento acerca de pretensiones de validez que se hayan vuelto problemáticas, en la medida en que esa tentativa tenga lugar bajo condiciones de comunicación que dentro de un ámbito público constituido y estructurado por deberes ilocucionarios posibiliten el libre procesamiento de temas y contribuciones, de informaciones y razones.]

regra de argumentação e pode ser justificado, segundo a pragmática formal, como forma de reflexão da ação comunicativa, a partir dos pressupostos universais da argumentação. O princípio moral rege internamente a argumentação para a decisão racional de questões morais. O princípio democrático, por outro lado, aparece sob a forma dos direitos de participação e comunicação políticas e pressupõe a possibilidade de que as questões prático-políticas possam ser racionalmente decididas, bem como a possibilidade de todas as classes de justificações efetutáveis através de discursos, às quais se deve a legitimidade das leis, ou seja, o princípio democrático cria condições institucionais para a argumentação.

Sob o pressuposto de que é possível uma formação racional da opinião e da vontade políticas, o princípio democrático diz só como esta pode ser institucionalizada, a saber, mediante um sistema de direitos que assegure a cada um a igual participação em tal processo de produção de normas jurídicas, o qual venha, por sua vez, garantido no que respeita a seus pressupostos comunicativos. Enquanto o princípio moral opera em um plano da estrutura interna de um determinado jogo de argumentação, o princípio democrático se refere ao plano da institucionalização externa, quer dizer, efetiva e operante no que se refere à ação, da participação discursiva da opinião e da vontade políticas que se efetue em formas de comunicação garantidas, por sua vez, juridicamente¹⁴. (tradução nossa) (HABERMAS, 2005, p. 176)

Outro aspecto sob o qual Habermas (2005, pp. 176-177) diferencia direito e moral diz respeito à particularidade das normas jurídicas, que se diferem das demais normas de ação. A forma jurídica, de que se revestem as normas jurídicas, se desenvolveu ao longo da evolução social; assim, essas normas são dotadas de um caráter artificial. Por essa razão, as normas jurídicas são normas de ação aplicáveis a si mesmas, ou seja, são reflexivas. As normas jurídicas devem ser capazes de justificar quais condições irão satisfazer os direitos em geral, se resultarão aptos para a constituição de uma comunidade jurídica e como meio através do qual essa comunidade se auto-organize. Para tanto será necessário, por meio de normas

¹⁴ Bajo el presupuesto de que es posible una formación racional de la opinión y la voluntad políticas, el principio democrático dice sólo como puede institucionalizarse ésta, a saber, mediante un sistema de derechos que asegure a cada uno la igual participación en tal proceso de producción de normas jurídicas, en cual venga a la vez garantizado en lo que respecta a sus presupuestos comunicativos. Mientras que el principio moral opera en un plano de la estructura interna de un determinado juego de argumentación, el principio democrático se refiere al plano de la institucionalización externa, es decir, efectiva y operante en lo que se refiere a la acción, de la participación discursiva de la opinión y la voluntad política que se efectúe en formas de comunicación garantizadas a su vez jurídicamente.

processuais, normas de organização e de fixação de competências, se estabelecer uma linguagem na qual essa comunidade possa entender-se como uma associação voluntária de membros iguais e livres da comunidade jurídica.

Habermas (2005, p. 177) recorre inicialmente à formulação kantiana do princípio da legalidade para explicar as características formais do direito moderno. As características das leis jurídicas, para Kant, seriam obtidas a partir de três restrições operadas em categorias da lei moral. O direito se refere ao *arbítrio* dos destinatários, e não à capacidade dos sujeitos de agir por sua vontade livre. O direito somente regulamenta *relações externas* dos sujeitos entre si. E ao direito só importa a ação conforme as regras, que pode ser imposta *coercitivamente*, independente do tipo de motivação para essa conformidade. A forma jurídica, de que se revestem as normas jurídicas, altera o *status* dos destinatários dessas normas. Enquanto a moral regula relações interpessoais e conflitos entre pessoas naturais, que se reconhecem como membros da humanidade, como “cidadãos do mundo”, e como indivíduos insubstituíveis, o direito regula relações interpessoais e conflitos de ação entre membros de uma comunidade jurídica. A integridade dos membros de uma comunidade jurídica é garantida na medida em que estes assumam o *status*, criado artificialmente, de titulares de direitos subjetivos. Dos sujeitos de direito somente se supõe a capacidade de tomar decisões racionais com respeito a fins, exercendo sua liberdade de arbítrio. Isso reduz a vontade livre e capaz de julgar moralmente ao arbítrio do sujeito de direito que se determina por suas próprias preferências, mas cujo comportamento conforme as regras pode ser imposto mediante coerção. (HABERMAS, 2005, p. 178)

No entanto, para Habermas (2005, p. 179), os aspectos da legalidade não devem ser compreendidos como restrições da moral. Ao contrário, ele entende que a relação entre direito e moral é de complementaridade, porque na modernidade, em face do desmoronamento do *ethos* tradicional, uma moral tornada autônoma, baseada somente em fundamentos racionais, não tem mais apoio nas práticas consagradas pela tradição e somente é capaz de responder pela correção dos juízos morais. A moral, nesse sentido, não consegue ser eficaz para a ação a não ser à base da própria capacidade moral dos indivíduos que agem autonomamente. A moral racional busca

resolver os conflitos de ação interpessoais de forma imparcial, considerando as questões moralmente relevantes sob a luz da universalidade, possibilitando um saber que é capaz de orientar a ação. No entanto, a moral racional somente pode ser convertida em prática através da internalização de seus mandamentos na consciência, na estrutura de personalidade dos atores. Ora, fazer a eficácia da ação moral depender de processos de internalização de seus comandos é apoiá-la em bases muito frágeis. Para serem eficazes para a ação, os mandamentos morais devem ter contato com instituições capazes de colocar em prática as expectativas moralmente justificadas.

Assim, o direito surge como complemento da moral, pois, enquanto sistema de saber e sistema de ação, ele se estabelece nos níveis da cultura e da sociedade e é responsável por conectar as decisões tomadas nos processos argumentativos com a institucionalização dessas decisões para torná-las eficazes para a ação. O direito apresenta-se, então, como um complemento funcional (e não normativo) dessa moral, pois esta pode recorrer ao direito para promover integração social. A moral pós-convencional não é capaz de lidar com problemas altamente complexos relativos à integração social e, assim, transpor suas normas da argumentação para a ação, porque possui deficiências (a) cognitivas, (b) motivacionais e (c) operacionais. (HABERMAS, 2005, p. 180).

Quanto ao aspecto cognitivo (a) ocorre que, embora com base na moral os sujeitos possam avaliar situações controversas e elaborar juízos sobre elas, a moral não gera obrigações institucionais, cabendo aos sujeitos, por si, orientar suas ações. O direito, por sua vez, institui obrigações que orientam a ação, desonerando os sujeitos do fardo de decidir a todo momento como devem agir. Quanto à deficiência motivacional (b), a moral é incapaz de estabilizar expectativas de comportamento porque o risco de dissenso está sempre presente, já que a moral se baseia apenas na possibilidade de que suas normas sejam realizadas com base em um processo argumentativo. O direito, por outro lado, pode impor coercitivamente suas normas, e a ele só importa o comportamento externo dos sujeitos, ou seja, se esses agiram conforme a norma ou não. Para o direito os motivos para o cumprimento da norma são irrelevantes. Quanto ao déficit operacional (c), a possibilidade de imputação de obrigações morais exigiria, em sociedades complexas, esforços cooperativos ou

realizações institucionais. O direito contém normas secundárias que zelam e cuidam da produção das normas primárias para a regência de comportamentos. Ele é capaz de definir competências e de fundar organizações - em suma, ele produz um sistema de imputações, que se refere não apenas aos sujeitos de direito naturais, mas também às pessoas jurídicas fictícias tais como empresas e instituições públicas. (HABERMAS, 2005, pp. 180-183).

2.2.2 Diferenças entre a justificação de normas jurídicas e de normas morais

No primeiro ponto da parte II do capítulo 4 de **Facticidade e Validade** (2005, pp. 218-225), Habermas pretende demonstrar que sua tese da existência de um vínculo interno, constitutivo, entre Estado de Direito e democracia depende de que o direito positivo não seja subordinado à moral; para a Teoria Discursiva do Direito, a legitimidade do direito não pode se reduzir à consideração de seu aspecto moral. Ao contrário, as questões jurídicas são diferentes das questões morais justamente por envolverem, no nível institucional, outros tipos de razões em sua justificação discursiva.

De acordo com a Teoria Discursiva do Direito, o processo legislativo, institucionalizador do processo de formação da opinião e vontade políticas, deve ocorrer sob as formas de uma comunicação que façam valer o princípio do discurso em dois aspectos, quais sejam: a) *aspecto cognitivo*, que através da filtragem de temas, contribuições, razões e informações é responsável por conferir presunção de racionalidade aos resultados obtidos no procedimento democrático, de modo que este fundamente a legitimidade do direito, e b) *aspecto prático* (ou motivacional) de produzir relações de entendimento mútuo livres de coerção, que desencadeiam as forças produtivas da liberdade comunicativa. (HABERMAS, 2005, p. 218).

Aqui, Habermas (2005, p. 219) retoma a distinção entre direito e moral a fim de desenvolver, de acordo com a teoria da argumentação, a forma através da qual os assuntos políticos podem ser tratados de forma discursiva. O autor afirma que a interpenetração entre a elaboração discursiva do direito e a formação comunicativa do

poder político faz-se necessária porque, ao contrário do que ocorreria em uma comunidade idealizada de pessoas morais, comunidades concretas (ou comunidades jurídicas) que almejam reger sua vida em comum pelo direito são incapazes de separar a questão da regulamentação de expectativas de comportamento das questões relativas à fixação de objetivos coletivos. Dessa forma, as questões envolvidas no processo político de formação da opinião e da vontade são diferentes das questões relativas à formação do dever moral.

As normas morais visam à regulamentação de contextos de interação em geral, não estando limitadas no espaço social e no tempo histórico, e refletem por igual o interesse de todos; na medida em que se dirigem a todas as pessoas naturais, visam proteger a integridade da pessoa individuada completa. As normas jurídicas, por outro lado, visam à auto-organização de uma comunidade política concreta, delimitada histórica e socialmente, e, assim, somente protege a integridade de seus membros enquanto sujeitos titulares de direitos subjetivos.

As normas jurídicas não devem estar em dissonância com o que exige a moral. Conteúdos morais penetram no direito através do processo legislativo e ambos possuem uma base comum de justificação pós-metafísica. Todavia, uma vez que as normas jurídicas refletem a vontade particular dos membros de determinada comunidade jurídica, elas são também expressão de uma forma de vida compartilhada intersubjetivamente, de posições de interesse dadas e de fins pragmaticamente escolhidos. Desse modo, o direito de uma comunidade jurídica possui um conteúdo teleológico que torna as questões políticas abertas à satisfação de fins coletivos. Na medida em que a busca da realização dos fins coletivos de uma sociedade se concentra na atividade estatal, a atividade do poder legislativo deve ser capaz de programar tais âmbitos funcionais ampliados e as crescentes operações e contribuições organizativas do Estado. Assim, dentro do espectro das razões que figuram nos discursos de justificação da validade das normas jurídicas encontram-se, além de razões morais, razões éticas e pragmáticas. (HABERMAS, 2005, p. 219)

Embora sob o paradigma liberal de Estado a persecução de fins coletivos estivesse separada das atividades estatais, que deveriam se limitar a assegurar direitos subjetivos, já havia conteúdo teleológico na legislação tributária e na legislação relativa

à segurança militar. O paradigma de Estado Social, por sua vez, entendia que o direito deveria positivar a eticidade substancial de uma comunidade concreta. Habermas nota, no entanto, que mesmo que nos paradigmas Liberal e Social o direito já se encontrasse aberto a pontos de vista teleológicos ou finalísticos, referentes à auto-compreensão de determinada forma de vida ou à escolha entre objetivos alternativos, a consideração desses pontos de vista não deve permitir que o Direito seja absorvido por uma eticidade substancial previamente dada, pois isso destruiria a forma jurídica e a tensão entre facticidade e validade desapareceria. (HABERMAS, 2005, p. 219-220).

O Direito e a moral possuem em comum uma força deontológica, mas a institucionalização do Direito confere-lhe a capacidade de impor suas normas coercitivamente (MEYER, 2006, p. 245). Entretanto, em relação ao seu caráter de concretude, o Direito confronta-se com a moral em relação (a) ao conteúdo, (b) ao caráter da validade de suas normas e (c) ao modo de elaboração das mesmas.

(a) As normas morais reclamam seu cumprimento em razão de se submeterem a um teste de universalização que examina o que é igualmente bom no interesse de todos, e que, assim, examina o que é justo. As normas morais pretendem uma validade absoluta, na medida que pretendem ser válidas para todos e para cada um. Nesse sentido, a justiça tem primazia sobre valores, os quais possuem uma validade relativa que pode ser ponderada à luz de circunstâncias específicas. Já as normas jurídicas, uma vez que se referem à regulação de conflitos em comunidades jurídicas concretas, estão abertas, além do uso moral da razão prática, a seus usos ético e pragmático, pois nos discursos de justificação dessas normas aparecem problemas relativos a como se alcançar uma auto-compreensão e relativos ao equilíbrio de interesses. (HABERMAS, 2005, p. 221).

(b) Quanto à validade, Habermas pondera que as normas jurídicas pretendem estar de acordo com as normas morais; mas não apenas com elas, pois as normas jurídicas também são justificáveis com base em razões pragmáticas e ético-políticas. Essas razões, no entanto, ao contrário das razões morais, possuem uma validade que é dependente de contexto, ou seja, uma validade relativa:

Uma auto-compreensão coletiva só pode ser autêntica dentro do horizonte de uma forma de vida em que já nos encontramos; a eleição de uma estratégia só

pode ser racional atendendo a determinados fins que nos propusemos; e um compromisso só pode ser equitativo sobre o pano de fundo de determinadas constelações de interesses. As correspondentes razões só valem relativamente à identidade da comunidade jurídica (identidade que se vem histórica e socialmente determinada), às orientações valorativas, às metas e às constelações de interesses de seus membros.¹⁵ (tradução nossa) (HABERMAS, 2005, p.223).

Na dimensão da validade normativa do direito existe, pois, um momento volitivo, em razão de sua relação com o substrato de fato de uma comunidade jurídica. É precisamente a lógica própria das razões éticas e pragmáticas (razões não morais), que se encontram inseridas no processo de formação da opinião e da vontade políticas, e seu caráter de dependência de contexto que explicam a força desse momento volitivo na produção do direito. (HABERMAS, 2005, p. 225).

(c) Da mesma forma, nas contingências do modo de elaboração das normas jurídicas levado a efeito dentro do processo legislativo, se impõe o elemento teleológico. Tanto as normas morais como as normas jurídicas são construídas, mas nas normas jurídicas o momento da construção emerge mais marcadamente, porquanto estas conferem estrutura racional a uma forma de vida específica.

As razões que justificam as regras morais conduzem a um entendimento, a um estar de acordo, racionalmente motivado; a fundamentação de normas jurídicas serve a um convênio racionalmente motivado. No primeiro caso, nos convencemos de quais deveres temos, no segundo, de quais obrigações deveríamos contrair ou assumir.¹⁶ (tradução nossa) (Habermas, 2005, p.224).

Segundo Habermas (2005, pp. 224-225), na formação da vontade coletiva, a idéia de auto-legislação é entendida como autonomia política, e esta se difere da autonomia moral, porque mesmo que seus resultados sejam racionalmente fundados, ela conserva uma certa contingência, na medida em que as razões a que apela

¹⁵ Una autocomprensión colectiva sólo puede ser auténtica dentro del horizonte de una forma de vida en la que ya nos encontramos; la elección de una estrategia sólo puede ser racional atendiendo a determinados fines que nos hemos propuesto; y un compromiso sólo puede ser equitativo sobre el trasfondo de unas determinadas constelaciones de intereses. Las correspondientes razones sólo valen relativamente a la identidad de la comunidad jurídica (identidad que viene histórica y culturalmente acuñada), a las orientaciones valorativas, a las metas y a las constelaciones de intereses de sus miembros.

¹⁶ Las razones que justifican a las reglas morales conducen a un entendimiento, a un estar de acuerdo, racionalmente motivado; la fundamentación de normas jurídicas sirve a un convenio racionalmente motivado. En primer caso nos convencemos de qué deberes tenemos, en el segundo, de qué obligaciones deberíamos contraer o asumir.

somente se sustentam em relação a contextos contingentes. Enquanto a autodeterminação moral é um conceito unitário, segundo o qual cada um segue as normas que considera obrigatórias de acordo com seu próprio juízo imparcial, a autodeterminação política dos cidadãos divide-se em autonomia pública e autonomia privada e contém em si, além do momento da autodeterminação moral, a liberdade da pessoa que decide eticamente e a liberdade de arbítrio do ator que decide racionalmente com respeito a fins. Isso explica porque é discursivamente, sob a forma de poder comunicativo, que o legislador político pode alcançar o fundamento comum das convicções produzidas no processo legislativo democrático.

Antes de passar ao próximo ponto interessa notar, no entanto, que Habermas (2005, p. 649) compreende que a liberdade de arbítrio do sujeito que toma decisões com respeito a fins e a liberdade ética dos indivíduos que pretendem perseguir suas próprias concepções de bem são constitutivas da autonomia privada dos indivíduos, e que somente possui um caráter moral a autonomia pública dos cidadãos que têm de fazer um uso comum de suas liberdades comunicativas como co-legisladores para que todos possam ter a oportunidade de gozar de iguais liberdades subjetivas.

2.3 Discursos envolvidos no processo legislativo democrático de justificação das normas jurídicas

No ponto seguinte, Habermas pretende explicitar de que maneira se desenvolve a lógica das diferentes questões envolvidas no processo de justificação das normas jurídicas. Nesta reconstrução de seus argumentos será utilizado de forma complementar o artigo *“Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática”*¹⁷ (HABERMAS, 1989b), no qual o autor verifica como funciona a lógica dos argumentos

¹⁷ Esta tradução para a língua portuguesa foi cotejada com a tradução espanhola *“Del uso pragmático, ético y moral de la razón practica”* publicada como um capítulo do livro **Aclaraciones a la ética del discurso** (HABERMAS, 2000a, pp. 76-88).

pragmáticos, éticos e morais no uso da razão prática¹⁸, ou seja, no uso de uma racionalidade que visa orientar a ação, ainda sem levar em consideração sua institucionalização no processo democrático. A esse respeito interessa notar, no entanto, que o autor distingue entre os usos da razão prática levados a efeito pelos indivíduos cotidianamente e os discursos que constituem componentes formais da formação da vontade política. A distinção refere-se à forma de sua institucionalização jurídica, pois, uma vez inseridos nos processos de justificação das normas jurídicas, tais discursos se fazem valer na pretensão de legitimidade do direito, mas sem romper com a forma jurídica.

Os resultados das deliberações legislativas, que se apresentam sob a forma de políticas e leis, têm um sentido restrito, já que estão sujeitas a limitações temporais, sociais e materiais. Na argumentação moral cotidiana, os diferentes tipos de discursos se dirigem a pessoas naturais (no âmbito, por exemplo, de uma comunidade ilimitada de comunicação) que são individuadas no contexto de sua própria biografia. O círculo de destinatários da argumentação moral é em princípio indefinido. Ao contrário, os discursos que figuram no processo legislativo objetivam regular o comportamento de sujeitos de direito tipificados socialmente, os quais são individualizados por sua liberdade de arbítrio. Assim, as regulamentações jurídicas são mais restritas porque somente abarcam o aspecto externo das matérias necessitadas de regulamentação. (HABERMAS, 2005, p. 236-237, nota de rodapé).

Na aplicação do princípio do discurso ao processo de formação da vontade política de um Estado de direito, sob a forma do princípio democrático, entram em jogo distintas classes de questões políticas, às quais correspondem distintos tipos de discursos e formas de negociação, e desta forma as questões jurídicas são, ao mesmo tempo, mais abrangentes que as questões morais. (HABERMAS, 2005, p.226).

Habermas (2005, p.225) esclarece que é necessário estabelecer tais distinções para que se possa aplicar adequadamente o princípio do discurso aos termos do

¹⁸ “Chamamos de razão prática a capacidade de fundamentar imperativos onde se modifique, conforme a referência à ação ou o tipo de decisões a serem tomadas, não apenas o sentido ilocutório do ‘ter de’ ou do ‘dever’ mas também o conceito de vontade, que deve poder ser determinado a cada momento por imperativos fundamentados racionalmente.” (HABERMAS, 1989b, p.12).

Estado Democrático de Direito, ou ao processo democrático; e assim, defender uma forma de Estado centrada na discussão.

Uma aplicação da ética do discurso ao processo democrático, efetuada sem as necessárias mediações, ou a aplicação de um conceito de discurso não suficientemente esclarecido, não podem conduzir senão a disparates; e estes oferecem então aos céticos pretextos para desacreditar já em sua própria construção o projeto de uma teoria discursiva do direito e da política. Daí serem necessárias distinções.¹⁹ (tradução nossa) (HABERMAS, 2005, p.225).

Neste ponto, Habermas concentra-se no aspecto cognitivo²⁰ da formação da opinião e da vontade e identifica as questões relevantes relacionadas com o processo legislativo democrático a fim de verificar como se desenvolvem as formas de comunicação que garantem o caráter discursivo de uma prática de auto-determinação política.

Uma coletividade que se vê diante de problemas práticos deve responder à questão “o que devemos fazer?”, buscando resolvê-la em termos cooperativos ou buscando soluções consensuais. Por um lado, quando a resolução racional de tais questões requer que a formação da opinião e da vontade leve a decisões fundamentadas sobre a procura pela realização de finalidades coletivas, a comunidade compreende-se como um quase-sujeito capaz de ações orientadas para a consecução de objetivos; por outro lado, quando a formação da opinião e da vontade visa à regulamentação da vida em comum, a coletividade é entendida como uma comunidade de indivíduos que alcançam o entendimento acerca de quais comportamentos podem legitimamente esperar uns dos outros.

Quando ocorre a institucionalização dos códigos binários (justo/injusto; jurídico/antijurídico) do poder político e do Direito, as deliberações e consultas assumem a forma diferenciada da formação de opinião e vontade políticas. A coletividade, por um lado, se separa das instâncias constituídas para tomar decisões e

¹⁹ Una aplicación de la ética del discurso al proceso democrático, efectuada sin las necesarias mediaciones, o la aplicación de un concepto de discurso no suficientemente aclarado, no pueden conducir sino a disparates; y éstos ofrecen entonces a los escépticos pretextos para desacreditar ya en su propio planteamiento el proyecto de una teoría discursiva del derecho y la política. De ahí que sean menester diferenciaciones.

²⁰ O aspecto cognitivo refere-se a razões e formas de argumentação que sustentam a presunção de aceitabilidade racional do processo legislativo democrático.

executar programas (instituições do Estado); por outro lado, a coletividade de membros de uma comunidade jurídica transforma-se em um composto de co-associados jurídicos que, enquanto cidadãos, exercem sua autonomia no interior de um sistema de direitos carente de interpretação e desenvolvimento. (HABERMAS, 2005, p. 226).

A correta determinação do problema que deve ser solucionado nas deliberações acerca de políticas e leis, ou seja, nos discursos de justificação do direito, depende da correta especificação do tipo de matéria que necessita de regulamentação. Assim, cumpre determinar em cada questão que se coloca à deliberação se o que se busca são meios adequados para se alcançar determinados fins (em relação às questões pragmáticas), o esclarecimento acerca de quais valores são considerados bons para nós (em relação às questões éticas), ou ainda se as normas que devem ser justificadas reclamam que se leve em conta o igual interesse de todos, de forma imparcial (em relação às questões morais). No que se segue verificaremos como se desenvolve a lógica própria de cada um desses tipos de questões.

2.3.1 Discursos pragmáticos

Freqüentemente nos deparamos com problemas pragmáticos que exigem uma decisão racional acerca de como devemos intervir no mundo objetivo para alcançar o estado desejado. Frente a uma tarefa que temos de solucionar, abrem-se para nós diferentes possibilidades de ação, tendo em vista atingir uma determinada meta. Nesses casos, a solução do problema refere-se à escolha adequada de meios (procedimentos e instrumentos) para que se alcance o objetivo. A solução de tais problemas pode referir-se, ainda, à determinação das nossas opções e preferências face a uma dada situação; o fundamento para uma decisão racional será buscado, então, pela ponderação de metas a partir de preferências existentes. (HABERMAS, 1989b, pp. 5-6).

Nesses casos, as orientações de valor e os interesses já estão dados ao agente, cuja vontade permanece aberta apenas no que se refere à escolha entre meios e metas

alternativos. A decisão prática se desenvolve como uma racionalidade com respeito a fins, com o objetivo de encontrar técnicas, estratégias ou programas adequados. No horizonte de tal racionalidade teleológica os atores atuam estrategicamente, ou seja, assumem uma perspectiva egocêntrica visando à satisfação de seus próprios interesses.

Para a escolha fundamentada de técnicas e estratégias de ação o óbvio é recorrer a comparações e ponderações que o ator, apoiando-se em observações e prognósticos, pode empreender a partir dos pontos de vista que representam a eficiência e outras regras de decisão. A ponderação de fins, feita da perspectiva de determinados valores, e a ponderação de meios, feita da perspectiva da adequação destes para a consecução dos fins de que se trata, conduzem a recomendações hipotéticas que relacionam causas e efeitos conforme as preferências valorativas e aos fins desejados.²¹ (tradução nossa) (HABERMAS, 2005, p.227).

As recomendações para a ação presentes nos discursos pragmáticos possuem a forma semântica de imperativos condicionados. Os deveres aqui estabelecidos são deveres relativos, pois só permanecem na medida em que realizam valores e fins, e desaparecem assim que se tornem problemáticos, ou seja, assim que a questão “o que devo (ou devemos) fazer?” se direciona para além da racionalidade de fins. O dever está voltado para o arbítrio de um sujeito que toma decisões baseando-se em interesses e orientações valorativas dados de antemão, dos quais parte de maneira contingente.

Os discursos pragmáticos visam à elucidação de questões empíricas e de escolha racional. O termo *ad quem* de tais discursos é uma recomendação de uma técnica apropriada ou de um programa realizável. Os discursos pragmáticos retiram do saber empírico o conhecimento necessário para fixar os fins e preferências hipotéticas, bem como para valorar as conseqüências das decisões. A validade desses discursos independe de os destinatários adotarem determinada estratégia para nortear sua ação, mas, depende de possíveis contextos de utilização ou adoção de determinada ação.

²¹ Para la elección fundada de técnicas o de estrategias de acción lo obvio es recurrir a comparaciones y ponderaciones que el actor, apoyándose en observaciones y pronósticos, puede emprender desde los puntos de vista que representan la eficiencia y otras reglas de decisión. La ponderación de fines, hecha desde la perspectiva de determinados valores, y la ponderación de medios, hecha desde la perspectiva de la adecuación de éstos para la consecución de los fines de que se trate, conducen a recomendaciones hipotéticas que ponen en relación causas y efectos conforme las preferencias valorativas y a los fines apetecidos.

Dessa forma, não existe uma relação entre razão e vontade que seja imanente ao discurso. (HABERMAS, 1989b, pp. 11-13).

2.3.2 Discursos ético-políticos

As questões éticas, conforme desenvolvidas em sua primeira formulação no artigo *“Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática”* (HABERMAS, 1989b), se apresentam na resolução de problemas que implicam na definição da identidade pessoal do agente, ou seja, na definição de que tipo de pessoa alguém é e, ao mesmo tempo, que tipo de pessoa alguém gostaria de ser. As orientações valorativas que se considerava como dadas na resolução de questões pragmáticas, agora, passam a ser problematizadas. Habermas (1989b, p. 6) remonta a Charles Taylor e chama de “preferências fortes” aquelas valorações que dizem respeito à auto-compreensão de uma pessoa, ao tipo de vida que ela escolhe ter, ao seu caráter. Essas questões estão entrelaçadas ao auto-entendimento e à identidade de cada pessoa. Trata-se, aqui, de decisões de valor grave, que tocam a questões clínicas relativas à vida boa. A razão prática movimenta-se no âmbito da ética.

A auto-compreensão existencial de uma pessoa possui dois tipos de componentes, quais sejam, componentes descritivos da gênese biográfica do eu e componentes normativos do ideal do eu. A formação da identidade passa pela apropriação de tradições e contextos de vida nos quais estamos inseridos. Para Habermas,

o tomar consciência crítica da história de vida e de seu contexto formativo não leva a uma compreensão de si neutra de valores; ao contrário, a descrição de si alcançada de maneira hermenêutica está ligada internamente a uma postura crítica em relação a si mesmo. Uma compreensão de si aprofundada modifica os posicionamentos que suportam ou, pelo menos, implicam um projeto de vida pleno de conteúdo normativo. Assim, as valorações fortes podem ser fundamentadas pela via da compreensão hermenêutica de si. (1989b, p. 8).

Em comparação com as questões morais, as questões éticas permanecem atreladas a uma perspectiva egocêntrica do agente, pois, de acordo com Habermas (1989b, p. 9),

questões éticas [...] referem-se ao *telos* de minha vida. Deste ponto de vista, outras pessoas, outras histórias de vida e esferas de interesse ganham significado apenas na medida em que estejam unidos ou entrelaçados à minha identidade, à minha história de vida e à minha esfera de interesse no âmbito de nossa forma de vida partilhada intersubjetivamente. Meu processo de formação completa-se num contexto de tradições que partilho com outras pessoas: minha identidade também é marcada pelas identidades coletivas, e a minha história de vida está inserida em contextos de histórias de vida que se entremeiam. Nessa medida, a vida que é boa para mim toca também as formas de vida que nos são comuns.

O dever decorrente das orientações valorativas implicadas nas questões ético-existenciais é um dever que se dirige à vontade de um agente que busca a realização da própria vida, a realização de uma vida autêntica, e, portanto, é relativizado pelo *telos* da vida boa. A decisão racional de uma questão ético-existencial ocorre no âmbito do horizonte da história de vida, a partir da qual o agente pode aprender quem é e quem gostaria de ser. Este dever é, assim, “absoluto para mim”, no sentido de que a ação deve ser algo que resulte bom para o agente, algo que tenha valor em si, na busca da realização de um modo de vida autárquico, de uma vida boa, ou de uma vida feliz, no sentido aristotélico.

Vontade e razão, em relação às questões éticas, estão entrelaçadas, como os papéis do participante dos discursos e do agente, pois o esclarecimento sobre um projeto de vida considerado como um todo, a capacidade de justificação racional acerca de decisões de valor graves, ou seja, a certificação acerca da própria identidade de alguém exige que a pessoa participe dos discursos éticos. Habermas (1989b, p.14) ressalta que, nesse caso, trata-se de discursos, porque as etapas do desenvolvimento da argumentação só são realizáveis intersubjetivamente. A reflexão sobre a própria forma de vida somente pode ocorrer dentro do horizonte das formas de vida compartilhadas, já que os sujeitos somente são capazes de individualização através do processo de socialização. É através de uma tomada de posição crítica acerca das tradições em que estamos inseridos, uma decisão acerca de quais tradições pretendemos perpetuar e com quais desejamos romper que, em relação às questões

éticas, alcançaremos a resposta à pergunta “o que devo fazer?”, sob forma de um conselho para a orientação correta da própria vida, para a realização com êxito de um projeto de vida pessoal.

Os discursos ético-políticos entram em jogo quando posições de interesse e orientações de valor conflitantes tocam à forma de vida intersubjetivamente compartilhada, de forma que as decisões acerca dessas questões dizem respeito à própria auto-compreensão coletiva da comunidade.

As questões ético-políticas se colocam da perspectiva dos membros de uma comunidade jurídica que desejam esclarecer acerca de qual é a forma de vida que compartilham e em função de quais ideais querem projetar sua vida em comum.

Essas questões são respondidas por intermédio de um conselho clínico fundando em uma reconstrução da forma de vida que combina a descrição das tradições formadoras de identidade com o componente normativo que representa a projeção de um modo de vida exemplarmente justificado por assumir uma posição perante a gênese dessa última. O sentido imperativo de tal conselho clínico pode ser entendido como um “dever-ser” que não depende de fins e preferências subjetivas, mas que diz quais modos de ação são a longo prazo e de todo bons para nós. Nos discursos éticos o resultado volta-se para argumentos que, fundados em uma explicação da auto-compreensão de nossa forma de vida historicamente transmitida, reúne as decisões de valor neste contexto com vistas a uma conduta de vida autêntica, um objetivo que é absoluto para nós. (HABERMAS, 2005, p.228).

2.3.3 Discursos morais

Nessas questões, o ponto de vista teleológico cede lugar ao ponto de vista normativo a partir do qual examinamos como podemos regular nossa vida em comum no igual interesse de todos, ou seja, como os conflitos de ação podem ser decididos de modo imparcial. A perspectiva moral reclama o igual respeito para com todos, o respeito simétrico que cada um demonstra pela integridade de todas as outras pessoas. Uma

norma somente pode ser considerada justa se todos podem querer que seja obedecida por cada um em situações comparáveis. As questões morais colocam a pergunta acerca de se todos poderiam aceitar a mesma máxima para uma mesma situação.

Habermas (1989b, p. 9) retira de Kant o conceito de máxima: máximas são normas de ação mais ou menos comuns, relativas a uma situação, que orientam a prática de um indivíduo. As máximas se encaixam de forma relativamente consciente na prática que reflete o projeto de vida de uma pessoa e a dispensa de fundamentar suas ações a todo momento. Uma máxima pode ser julgada tanto do ponto de vista ético como do ponto de vista moral, porque busca concretizar certos costumes que refletem a identidade e o modo de vida de um indivíduo ou grupo. No entanto, ocorre uma diferenciação da razão prática caso se coloque, de um lado, a reflexão acerca de como pretendemos viver (ou seja, se uma máxima é boa para mim ou para nós), ou de outro, a reflexão acerca de se uma máxima observada universalmente é a que melhor regula nossa convivência em comum (ou seja, se uma máxima deve ser observada como lei universal para todos).

Os mandamentos morais têm o sentido de imperativos categóricos, nos quais o “dever” tem o sentido daquilo cuja prática correspondente seja justa, e portanto, o mandamento de que se deve agir desta maneira. Como vimos, essas normas são submetidas a um princípio de universalização, que obriga os participantes do discurso a verificar se tais normas poderiam contar com o consentimento motivado de todos os afetados.

No entanto, Habermas nota que, no que se refere aos discursos de justificação, que não são capazes de prever todas as situações em que as normas teriam aplicação, este teste só pode ser aplicado de forma descontextualizada, ou seja, “àquelas situações padrão que vêm de antemão contempladas em seu (das regras) componente condicional.”²² (tradução nossa) (HABERMAS, 2005, p. 230). De acordo com Repolês:

Os discursos de justificação se referem à validade abstrata e descontextualizada, em que os participantes examinam casos típicos, para refletir se, hipoteticamente, esses encontrariam assentimento de todos os afetados. As normas daí derivadas só podem se aplicar fora de contextos e

²² a aquellas situaciones estandar que vienen de antemano contempladas en su (de las reglas) componente condicional.

circunstâncias concretas, dentro das situações standard, consideradas de antemão, sob a fórmula condicional “se.” Nesses discursos de justificação não é possível levar em consideração de antemão todos os possíveis casos singulares que no futuro podem surgir. Nos casos concretos futuros as circunstâncias de aplicação têm que se dar em termos distintos e mais específicos do que por meio de um princípio de universalização. (REPOLÊS, 2003, p. 100).

A forma de argumentação moral remonta a Kant e sua fórmula do imperativo categórico, segundo a qual deve-se agir de acordo com máximas que possam ser observadas como lei universal para todos²³. Nesse sentido, segundo Habermas (1989b, p.11),

uma máxima é justa apenas se todos podem querer que ela seja seguida por cada um em situações comparáveis [...]. Apenas uma máxima capaz de universalização a partir da perspectiva de todos os envolvidos vale como uma norma que pode encontrar assentimento universal, e nessa medida, merece reconhecimento, ou seja, é moralmente impositiva.

Todavia, Habermas dá uma interpretação intersubjetiva ao imperativo categórico kantiano, concebido inicialmente por Kant a partir do ponto de vista monológico do sujeito que age racionalmente. A vontade autônoma no mundo em que vivemos se diferencia da vontade autônoma onipotente de Kant, que se constitui como uma vontade pura, soberana (liberta dos traços heterônomos do arbítrio e da vontade) e que só seria possível num mundo inteligível ou ideal. Essa vontade autônoma somente alcança eficácia na medida em que a força de motivação dos bons argumentos pode se afirmar contra o poder dos outros motivos. De acordo com a Teoria do Discurso, a construção de uma perspectiva que leve em consideração as perspectivas de todos só pode ser construída

sob os pressupostos comunicativos de um discurso ampliado universalmente, no qual todos os possivelmente envolvidos possam participar e tomar posição com argumentos numa postura hipotética em vista das pretensões à validade de normas e modos de ação. (HABERMAS, 1989b, p.15).

²³ Cf. KANT, 2002, pp. 39-91.

2.4 Entrelaçamento das questões pragmáticas, éticas e morais nos discursos de justificação

Interessa a Habermas a diferença existente entre as constelações que formam razão e vontade, conforme se trate de discursos pragmáticos, éticos ou morais. Essas diferenças explicam, segundo ele, o problema de que parte a formação discursiva de uma vontade política comum. (HABERMAS, 2005, p.230).

Assim, no que se refere às recomendações pragmáticas, sua validade é independente da adoção e observância das prescrições para a ação correspondentes. A relação entre razão e vontade, entre a consideração prática e a adoção de seus resultados, é externa ao discurso. Nos discursos ético-políticos razão e vontade se determinam reciprocamente, pois os participantes do discurso somente serão capazes de afirmar uma forma de vida como autêntica dentro do contexto histórico em que estão inseridos. Por outro lado, os discursos morais exigem, para a consideração equânime do interesse de todos, uma ruptura com a forma de vida particular; eles requerem uma atitude hipotética em relação às normas de ação relevantes tematizadas e às suas pretensões de validade.

Na terminologia kantiana a vontade autônoma está inteiramente transpassada de razão prática. Podemos também dizer que a vontade autônoma se volta interna à razão prática. Mas a vontade autônoma paga esta sua racionalidade com o preço de não poder se impor no mundo social em que se atua, a não ser com a força que têm os motivos racionais pelos quais se deixa determinar. Mas esse déficit de motivação é compensado nas deliberações do legislador político mediante sua institucionalização jurídica.²⁴ (tradução nossa) (HABERMAS, 2005, p.232).

Habermas propõe então um modelo procedimental, estruturado segundo a lógica da argumentação, que é capaz de esclarecer como se efetua o vínculo entre a

²⁴ En terminología kantiana la voluntad autónoma está enteramente traspasada de razón práctica. Podemos también decir que la voluntad autónoma se vuelve interna a la razón práctica. Pero la voluntad autónoma paga esta su racionalidad con el precio de no poderse imponer en el mundo social en que se actúa, si no es con la fuerza que tienen los motivos racionales por los que se deja determinar. Pero este déficit de motivación queda compensado en las deliberaciones del legislador político mediante institucionalización jurídica.

produção do direito e a formação do poder político no processo formador da opinião e da vontade do legislador político, estruturado discursivamente.

Habermas supõe, a fim de simplificar esse modelo procedimental, que as questões políticas inicialmente são colocadas sob a forma pragmática de uma escolha de objetivos coletivos orientada valorativamente e de uma avaliação racional de estratégias que conduzam a estes fins, sobre os quais o legislador terá de decidir. O modelo inicia com uma justificação pragmática de programas gerais carentes de aplicação e execução. Essa justificação depende de uma interpretação correta da situação e da descrição adequada do problema a ser solucionado. Esse primeiro estágio da formação da vontade política pode requerer um conhecimento especializado por meio do auxílio de especialistas, os quais apresentarão meios que consideram adequados para a aplicação e execução dos programas em questão. No entanto, tal conhecimento é falível e sujeito a controvérsias, uma vez que expressa preferências em relação aos diferentes interesses e orientações valorativas em jogo; ou seja, as alternativas para a ação apresentadas pelos *experts* não são politicamente neutras. A decisão a ser tomada se dará através da problematização das distintas propostas de como solucionar o problema. Com isso, o modelo passa a um segundo estágio no processo de formação da vontade política, no qual será necessário apelar a razões para que se possa levar a diante a controvérsia, e a correta solução do problema dependerá do aspecto sob o qual a matéria necessitada de regulamentação se mostrará acessível a um posterior esclarecimento (HABERMAS, 2005, p.232).

Habermas apresenta três alternativas para a continuidade do processo de solução de controvérsias baseado em razões. As duas primeiras alternativas serão construídas com base em argumentações. Se for o caso de uma questão moralmente relevante²⁵, os juízos de valor conflitantes deverão ser submetidos a um teste de

²⁵ O próprio autor fornece exemplos do que considera questões moralmente relevantes: “pensemos em questões de direito penal como são o aborto e os prazos de prescrição para os distintos tipos de delito, em questões de direito processual penal como é a proibição de determinados métodos de obter provas, ou de questões de política social, de direito tributário, de organização da educação e da saúde, que afetam a distribuição de riqueza social, as oportunidades de vida de alguém e as oportunidades de sobrevivência.” (tradução nossa) (HABERMAS, 2005, p.233) [pensemos en cuestiones de derecho pena como son el aborto o los plazos de prescripción para los distintos tipos de delito, en cuestiones de derecho procesal penal como es la prohibición de determinados métodos de obtener pruebas, o en cuestiones de política social, de derecho fiscal, de organización de la educación y la sanidad, que afectan

universalização que ocorra no interior da estrutura fixada pelo sistema de direitos desenvolvido e interpretado em termos de direito constitucional. Quando estiver em jogo uma questão eticamente relevante²⁶, requer-se que os discursos envolvam os participantes em um processo de auto-compreensão através do qual eles se tornem refletidamente conscientes dos acordos profundos de uma forma de vida compartilhada. (HABERMAS, 2005, p.233).

Dada a complexidade das sociedades atuais, pode ocorrer que não seja possível apontar nem para um interesse universalizável nem para o predomínio unívoco de determinado valor, ou seja, não será possível tomar uma decisão com base em discursos pragmáticos, éticos ou morais. Nesses casos, ao invés de se buscar resolver a questão em bases argumentativas, Habermas apresenta a alternativa de negociações, direcionadas a produzir compromissos. Essas negociações são consideradas aceitáveis sob três condições: (a) devem ser mais vantajosas para todos que a ausência de solução; (b) devem excluir quem queira fraudar a negociação e (c) devem excluir aqueles que visam lucrar mais com a negociação do que o que ela pode oferecer. O princípio do discurso é aplicado apenas de forma indireta às negociações, isto é, o princípio do discurso é aplicado somente aos procedimentos que regulam as negociações, de forma que estas resultem equânimes (*fair*). (HABERMAS, 2005, p.234).

Na medida em que a negociação de compromissos decorra conforme procedimentos que assegurem a todos os interessados iguais oportunidades de participar das negociações e durante as negociações lhes outorguem iguais oportunidades de exercer mutuamente influência uns sobre os outros, e, portanto, em termos gerais, criem iguais oportunidades para que façam valer todos os interesses afetados, na medida, digo, em que se dêem essas condições, haverá base para se presumir que os acordos e compromissos a

la distribución de la riqueza social, a las oportunidades de vida de uno y las oportunidades de supervivencia.]

²⁶ Habermas fornece também exemplos de questões éticas relevantes: “pensemos nas questões ecológicas de proteção do meio ambiente e dos animais, em questões concernentes ao planejamento do tráfego e ordenação das cidades, ou em questões de política de imigração, de proteção a minorias étnicas e culturais e, em geral em questões concernentes à cultura política.” (tradução nossa) (HABERMAS, 2005, p.233) [pensemos en las cuestiones ecológicas de protección al medio ambiente y los animales, en cuestiones concernientes a la planificación del tráfico y la ordenación de las ciudades, o en las cuestiones de política de inmigración, de protección de las minorías étnicas y culturales, y en general en cuestiones concernientes a la cultura política.]

que se chegam são equânimes (*fair*).²⁷ (tradução nossa) (HABERMAS, 2005, p.234).

Além disso, para que os resultados das negociações tenham a pretensão de serem considerados equânimes (*fair*), as condições procedimentais sob as quais os compromissos podem ser alcançados devem ser justificadas com base em discursos morais. Isso porque são estes discursos que buscam resultados que levam em conta o simétrico interesse de todos os participantes da discussão. Assim, as negociações equânimes pressupõem o princípio do discurso. Também o resultado de discursos ético-políticos deve ser compatível com os preceitos morais, porque se fosse o caso, por exemplo, de a auto-compreensão de uma comunidade ter um caráter fundamentalista, esta poderia privilegiar regulamentações pautadas em uma ordem valorativa “supostamente” superior, em detrimento de regulamentações igualitárias por si. Dessa forma, a preocupação universalista requerida pelo princípio do discurso encontra sua garantia na compatibilidade de todos os programas alcançados ou negociados discursivamente com o que também possa ser moralmente justificado. Além disso, há que se garantir que as normas advindas do processo de justificação da validade das normas jurídicas sejam compatíveis com o sistema de direitos, uma vez que constituem um desenvolvimento deste, bem como devem ser submetidas a um teste de coerência com o conjunto da legislação vigente, de forma a garantir a integridade legislativa, a unidade da ordem jurídica, que, por sua vez, promove a segurança jurídica. (HABERMAS, 2005, p. 235-236).

2.5 Institucionalização do uso público das liberdades comunicativas no processo legislativo democrático

²⁷ En la medida en que la negociación de compromisos discurra conforme a procedimientos que aseguren a todos los interesados iguales oportunidades de participar en las negociaciones y durante las negociaciones les otorguen iguales oportunidades de ejercer mutuamente influencia unos sobre otros, y, por tanto, en términos generales, creen también iguales oportunidades para que se hagan valer todos los intereses afectados, en la medida, digo, en que se den estas condiciones, habrá base para presumir que los acuerdos y arreglos a que se llegan son fair.

Habermas pretende desenvolver a idéia de que a organização do Estado de direito serve à auto-organização politicamente autônoma de uma sociedade constituída como uma associação de membros livres e iguais através do sistema de direitos, ou seja, serve à auto-organização da comunidade jurídica. Suas instituições, ou, em outras palavras, os poderes do Estado de direito, devem assegurar o exercício efetivo da autonomia política dos cidadãos, de modo que o poder comunicativo resultante do processo racional de formação da vontade possa surgir, bem como que esse poder possa circular por toda a comunidade jurídica através da aplicação racional e da implementação administrativa dos programas legislativos e, assim, possa desenvolver sua força de integração social.

Habermas irá desenvolver os princípios do Estado de Direito a partir da perspectiva da institucionalização jurídica da rede de discursos e negociações que constitui a formação discursiva da opinião e da vontade no processo legislativo democrático, a qual, como vimos, procura responder, racionalmente, com base em distintos tipos de argumentos, à pergunta “o que devemos fazer?”.

A institucionalização do princípio do discurso no âmbito do Estado Democrático de Direito manifesta-se no princípio da soberania popular, que constitui o elo de ligação entre o direito subjetivo à participação na formação democrática da vontade política em igualdade de oportunidades e a possibilidade jurídico-objetiva de uma práxis institucionalizada de auto-determinação cidadã. A interpretação do princípio da soberania popular nos termos da teoria do discurso implica que todo poder político deriva do poder comunicativo dos cidadãos. A dominação política será legitimada e orientada, assim, pelas leis que os cidadãos dão a si mesmos em uma formação discursiva da opinião e da vontade políticas. O procedimento democrático objetiva garantir um tratamento racional das questões políticas, e os resultados obtidos em conformidade com tal procedimento terão a seu favor uma pretensão de aceitabilidade racional, na medida em que o procedimento institucionalize formas de comunicação que assegurem que todas as questões relevantes sejam tematizadas sobre a base dos melhores argumentos. (HABERMAS, 2005, p. 238).

Em condições ideais, o princípio da soberania popular exigiria que a competência legislativa fosse exercida em conjunto por todos os cidadãos, a fim de

gerar o poder comunicativo sobre a base de convicções comuns. No entanto, dada a impossibilidade de se reunir todos os cidadãos no exercício dessa prática comum, os corpos parlamentares (o Poder Legislativo) devem ter seu funcionamento e organização regulamentados à luz do princípio do discurso, de forma que as condições comunicativas necessárias para os discursos pragmáticos, éticos e morais, bem como para negociações equânimes, possam ser cumpridas. (HABERMAS, 2005, p. 239).

Neste ponto, Habermas nota a importância da formação de uma opinião pública informal como complemento da formação da vontade política pela via parlamentar. Para ele,

Uma formação informal da opinião que prepare, e exerça influência sobre, a formação da vontade política, vem descarregada do tipo de pressão para institucionalizar-se que pesa sobre uma deliberação entre pessoas presentes, programada para tomar decisões. Estes espaços públicos têm, certamente, que estar protegidos em termos de direitos fundamentais no tocante ao âmbito que não de conceder ao livre processamento frente a essas pretensões, mas não podem vir organizados em conjunto como organismos.²⁸ (tradução nossa) (HABERMAS, 2005, p. 239).

Habermas (2005, p.245) passa a verificar, então, como se dá a institucionalização, no Estado de Direito, do uso público das liberdades comunicativas. Ele nota que, na formação da vontade política, os tipos de discurso e negociações desempenham papéis diferentes, de acordo com a lógica da argumentação. Eles se realizam nas formas de comunicação correspondentes, as quais têm de ser institucionalizadas juridicamente a fim de se garantir o exercício dos direitos de participação política dos cidadãos. Para Habermas, o conceito de institucionalização pode referir-se tanto a comportamentos normativamente esperados quanto a procedimentos que fixem as normas que regularão a cooperação social.

As normas procedimentais que visam garantir a equidade dos compromissos obtidos pela via de negociações devem garantir que todos os interesses em litígio sejam levados em conta e que todas as partes tenham as mesmas possibilidades de

²⁸ Una formación informal de la opinión que prepare, y ejerza influencia sobre, la formación de la voluntad política, viene descargada del tipo de presión a institucionalizarse que pesa sobre una deliberación entre personas presentes, programada para tomar acuerdos. Estos espacios públicos tienen, ciertamente, que estar protegidos en términos de derechos fundamentales en lo tocante al ámbito que han de conceder al libre procesamiento frente a esas pretensiones, pero no pueden venir organizados en conjunto como organismos.

participação, de forma a impedir que uma distribuição desigual do poder interfira no resultado das negociações. Tais normas devem também impedir que outros tipos de questões, como as questões éticas e morais, sejam redefinidas como questões pragmáticas, relativas à persecução racional das próprias preferências, como é o caso das questões colocadas em jogo nas negociações. Neste sentido, Habermas (2005, p.246) afirma que “os procedimentos relativos a compromissos sempre se referem à regulação de interações estratégicas”²⁹. (tradução nossa). Não há, para os procedimentos que regulam negociações, uma forma interna de argumentação que corresponda à forma externa de comunicação: as negociações constituem uma forma especial de comunicação.

Já os procedimentos que regulam discursos possuem uma forma de argumentação que obedece a uma lógica própria. Habermas (2005, p.246) recorre aos procedimentos judiciais, em função de seu alto grau de racionalidade, a fim de determinar de que maneira os procedimentos possibilitam e institucionalizam os discursos de aplicação, através da decisão, proteção e estruturação dos âmbitos e espaços em que as argumentações serão produzidas, sem, no entanto, normatizar a argumentação como tal. Habermas explica que:

A prática das decisões judiciais oferece, em virtude de sua racionalidade comparativamente alta, o caso mais bem analisado de uma interpretação dos dois tipos de procedimento, do entrelaçamento de um procedimento jurídico institucionalizador com um processo de argumentação que em sua estrutura interna escapa à institucionalização jurídica. Neste entrelaçamento de procedimentos mostra-se que o universo do direito pode abrir-se, por assim dizer, desde dentro, a argumentações através das quais penetram na linguagem do direito razões de tipo pragmático, ético e moral, sem interromper ou deter o jogo da argumentação, por um lado, ou romper com o código que é o direito, por outro. A inserção de discursos em procedimentos jurídicos deixa, certamente, intacta a lógica interna desses discursos, mas sua institucionalização em procedimentos os submete a determinadas restrições temporais, sociais e de conteúdo. [...] Desta forma, os próprios meios que oferece o direito e o próprio meio que representa o direito se empregam reflexivamente para poder fazer socialmente previsíveis em determinados lugares e em determinados momentos discursos de produção do direito e de aplicação do direito.³⁰ (tradução nossa) (HABERMAS, 2005, p. 246-247).

²⁹ los procedimientos relativos a compromisos siempre se refieren a la regulación de interacciones estratégicas.

³⁰ La práctica de las decisiones judiciales ofrece, en virtud de su racionalidad comparativamente alta, el caso mejor analizado de una interpretación de dos tipos de procedimiento, del entrelazamiento de un procedimiento jurídico institucionalizador con un proceso de argumentación que en su estructura interna

O procedimento jurídico pode compensar o falibilismo de argumentações que, em razão do conteúdo idealizador dos pressupostos comunicativos universais, só podem ser realizadas de forma aproximada e que estão sempre abertas ao aporte de novos argumentos e à revisão de idéias antes consideradas bem fundamentadas. O procedimento jurídico garante que decisões sejam tomadas dentro de um prazo determinado e que estas decisões sejam socialmente vinculantes.

Habermas (2005, p. 247-248) exemplifica a regulação de processos de deliberação segundo o direito procedimental utilizando-se da *regra da maioria*. A regra da maioria possui um compromisso com a busca da verdade, na medida que as decisões tomadas por maioria representam apenas uma interrupção temporária de uma discussão, um resultado provisório em um processo argumentativo contínuo, o processo de formação da opinião e da vontade políticas. Os procedimentos que regem as deliberações cuja decisão será tomada por maioria devem partir da premissa de que os assuntos a serem regulamentados foram discutidos de forma qualificada, isto é, sob as formas de comunicação que façam valer os pressupostos comunicativos do tipo de discurso correspondente. O conteúdo das decisões majoritárias somente será considerado legítimo, ou resultado de um acordo racionalmente motivado, se tais pressupostos comunicativos forem observados. Não é necessário que a minoria abra mão de suas convicções, pois permanece aberta a possibilidade de que no futuro esta convença a maioria, através de melhores argumentos e, assim, mude a situação previamente estabelecida.

Habermas (2004a, p. 327) recorre a Rawls para justificar a força legitimadora das decisões tomadas por maioria. Para Habermas, de acordo com Rawls, tal força é devida a uma racionalidade procedimental “imperfeita” e “pura.” Essa racionalidade é

escapa a la institucionalización jurídica. En este entrelazamiento de procedimientos se muestra que el universo del derecho puede abrirse, por así decir, desde dentro a argumentaciones, a través de las cuales penetran en el lenguaje del derecho razones de tipo pragmático, ético y moral, sin interrumpir o detener el juego de la argumentación, por un lado, o romper el código que es el derecho, por otro. La inserción de discursos en procedimientos jurídicos deja, ciertamente, intacta la lógica interna de esos discursos, pero su institucionalización en procedimientos los somete a determinadas restricciones temporales, sociales y de contenido. [...] De esta forma, los propios medios que ofrece el derecho y el propio medio que representa el derecho se emplean reflexivamente para poder hacer socialmente expectables en determinados lugares y en determinados momentos discursos de producción del derecho y de aplicación del derecho.

imperfeita porque embora os procedimentos democráticos permitam a suposição de resultados racionalmente motivados, eles não garantem a correção desses resultados. A pureza dos procedimentos, por sua vez, decorre do fato de que os critérios de correção do processo democrático dependem somente do próprio procedimento.

Além disso, é necessário frisar que os direitos fundamentais representam uma restrição às decisões majoritárias, pois garantem a proteção das minorias. A autonomia política dos cidadãos é constituída pelo próprio sistema de direitos, do qual os cidadãos não podem prescindir para seu exercício. (HABERMAS, 2005, p. 248).

A institucionalização das formas comunicativas necessárias à formação racional da vontade política através do procedimento democrático tem que levar em consideração, de forma simultânea, as diferentes formas comunicativas referentes a como pôr em consonância preferências divergentes (para a formação de compromissos), à questão de quem somos e quem gostaríamos de ser (para a formação do auto-entendimento ético-político) e à questão de como devemos agir com justiça (para a decisão de questões prático-morais), além da questão pragmática do que podemos fazer para realizar tarefas concretas. (HABERMAS, 2005, p. 249).

A consideração dessas distintas formas de comunicação e dos diferentes tipos de argumentos envolvidos em cada caso possui conseqüências para o tratamento dessas questões no processo legislativo. A comunicação concreta desenvolvida nesse espaço possui limitações que não existem na formação de uma opinião pública informal. Há, por exemplo, no âmbito político, uma pressão para que decisões sejam tomadas dentro de um período de tempo determinado.

As condições comunicativas requeridas pelo auto-entendimento hermenêutico de uma coletividade serão cumpridas pelos discursos ético-políticos, os quais devem possibilitar uma auto-compreensão caracterizada pela autenticidade e conduzir à crítica de uma projeção da identidade individual. O consenso alcançado aqui expressa o auto-conhecimento e a decisão por uma determinada forma de vida. Os discursos de auto-entendimento devem proporcionar um tratamento reflexivo e disposto à aprendizagem das tradições culturais formadoras da identidade. Para tanto, deverão ser cumpridas condições de comunicação que protejam os participantes de repressões ou do rompimento com seus contextos de experiências e interesses. Como já dito, todos os

possíveis afetados devem tomar parte do discurso, com as mesmas possibilidades de se posicionarem frente a uma questão relevante. Embora tais discursos ocorram através de representação política, as discussões ocorridas na arena política deverão refletir as comunicações ocorridas na esfera pública informal (não organizada), pois somente se os discursos representativos permanecerem abertos a temas, intervenções, razões e informações provenientes de um espaço público estruturado de forma discursiva, eles poderão satisfazer a exigência de participação igualitária de todos os envolvidos. (HABERMAS, 2005, p. 250-251).

Os pressupostos comunicativos dos discursos morais possuem consequências similares. O ponto de vista moral, assumido na representação política, que requer que os participantes sejam capazes de adotar as perspectivas de todos os demais, tem o significado de que com a eleição de representantes um amplo espectro de perspectivas adentre a esfera política, inclusive com a representação das perspectivas de grupos marginalizados. Em razão do teste de universalização ao qual se submetem os programas e leis submetidos a uma discussão sob o ponto de vista moral, as deliberações tomadas no âmbito da esfera pública política devem estar abertas ao fluxo de informações e à pressão dos problemas provenientes da opinião pública informal. (HABERMAS, 2005, p.251).

Mais uma vez Habermas sublinha a importância da opinião pública no processo de formação da vontade política. Nesse sentido, ele escreve:

A formação da vontade política, que se organiza na forma de um poder legislativo do Estado, destruiria as bases que seu próprio funcionamento racional tem na sociedade civil, caso fechasse as fontes espontâneas que representam os espaços públicos autônomos ou se encapsulasse frente ao afluxo de temas, contribuições, informações e razões que livremente flutuam em uma esfera pré-estatal igualitariamente estruturada. Os órgãos parlamentares não de trabalhar sob os parâmetros de uma opinião pública de certo modo sem sujeito, que, não obstante, não pode formar-se no vazio, mas sobre o pano de fundo de uma cultura política liberal. Se o sistema de direitos explicita as condições sob as quais os cidadãos podem unir-se em uma associação de membros iguais e livres formando uma comunidade jurídica, então na cultura política de uma população se expressa como essa população entende intuitivamente o sistema de direitos no contexto histórico de sua própria vida concreta. Os princípios do Estado de direito só podem converter-se em força impulsionadora do projeto dinamicamente entendido de realização de uma associação de iguais e livres se estiverem situados de tal sorte no contexto da história de uma nação de cidadãos, que se mesclam em um

indissolúvel enlace com os motivos e mentalidades destes.³¹ (tradução nossa) (HABERMAS, 2005, p. 252).

Dessa forma, de acordo com tal compreensão teórico-discursiva do processo de formação da opinião e da vontade políticas, os fluxos comunicativos gerados na esfera pública informal têm o poder de influenciar o processo político de tal forma que o pluralismo de convicções e interesses seja garantido, ou seja, que as diferentes perspectivas tenham iguais possibilidades de participação nesse processo. Assim, a legitimidade de decisões tomadas no processo político repousa no próprio procedimento democrático.

³¹ La formación de la voluntad política, que se organiza en forma de un poder legislativo del Estado, destruiría las bases que su propio funcionamiento racional tiene en la sociedad civil, si taponase las fuentes espontáneas que representan los espacios públicos autónomos o se encapsulase frente al aflujo de temas, contribuciones, informaciones y razones, que libremente floten en una esfera preestatal igualitariamente estructurada. Los órganos parlamentarios han de trabajar bajo los parámetros de una opinión pública en cierto modo sin sujeto, que, sin embargo, no puede formarse en el vacío, sino sobre el trasfondo de una cultura política liberal. Si el sistema de derechos hace explícitas las condiciones bajo las que los ciudadanos pueden unirse en una asociación de miembros iguales e libres formando una comunidad jurídica, entonces en la cultura política de una población se expresa como esa población entiende intuitivamente el sistema de derechos en el contexto histórico de su propia vida concreta. Los principios del Estado de derecho sólo pueden convertirse en fuerza impulsora del proyecto dinámicamente entendido de realización de una asociación de iguales e libres si quedan situados de tal suerte en el contexto de la historia de una nación de ciudadanos, que se fusionen en un indisoluble enlace con los motivos y mentalidades de éstos.

3 CRÍTICAS DE THOMAS MCCARTHY À CONCEPÇÃO PROCEDIMENTAL DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E À DESCONSIDERAÇÃO DA DIVERSIDADE ÉTICO-POLÍTICA NA TEORIA DO DISCURSO

Thomas McCarthy, em artigo denominado “Legitimidade e Diversidade: reflexões dialéticas em distinções analíticas”³² (MCCARTHY, 1996, pp. 1083-1125), questionou se a Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, de Jürgen Habermas, consegue lidar com o dissenso permanente enraizado na diversidade social, cultural e ideológica das sociedades democráticas, bem como se o modelo democrático de tomada de decisões proposto por Habermas pode ser considerado um ideal normativo que se conforma à prática democrática real. Neste capítulo, a fim de complementar o estudo da discussão entre McCarthy e Habermas, utilizaremos, também, um artigo anterior do primeiro autor, denominado “Discurso Prático: sobre a relação entre moralidade e política”³³ (MCCARTHY, 1991, pp.181-199), no qual já se encontra delineada a temática aqui desenvolvida, mas em uma perspectiva do desenvolvimento anterior da Teoria Discursiva, conforme a qual o consenso expresso pelo uso da razão prática na esfera da justiça refere-se à aceitabilidade da antecipação das conseqüências de uma norma para a satisfação de necessidades.

McCarthy (1991, p.181-2), num primeiro momento, compreendeu que no modelo normativo de Habermas a justiça política somente seria possível através da unificação de vontades empíricas; a base da legitimidade política seria fornecida pelo que todos poderiam querer não como seres situados, mas como participantes em discursos práticos, que adotam o ponto de vista moral, e assim, são capazes de transcender não apenas perspectivas orientadas por interesses, mas também perspectivas baseadas em valores. McCarthy enxergou na diferença entre uma racionalização contextualizada e a transcendência de contexto, necessária ao modelo de consenso racional, uma herança

³² Consultamos o artigo original em inglês “Legitimacy and Diversity: dialectical reflexions on analytic distinctions”, publicado em MCCARTHY, 1996, pp. 1083-1125 e ARATO, ROSENFELD, 1998, pp. 115-153.

³³ Consultamos o artigo original em inglês “Practical Discourse: on the relation of morality to politics”. In: MCCARTHY, 1991, pp.181-199. Daqui em diante a referência a este artigo será por **Discurso Prático**.

da dicotomia kantiana entre o mundo inteligível e o mundo sensível (nominal e fenomênico).

Ele agora toma como ponto de referência o desenvolvimento das discussões de Habermas sobre o papel dos discursos ético-políticos na teoria e prática democráticas e sobre noções a eles relacionadas, tais como as de identidade, cultura, diversidade, pluralismo e multiculturalismo (MCCARTHY, 1996, p.1084), situando sua análise na história da Teoria Discursiva do Direito no que se refere a esse tema. Na reconstrução dos argumentos de McCarthy efetuada aqui, seguiremos a estrutura de sua argumentação. A primeira parte de sua exposição parte da obra **Mudança Estrutural da Esfera Pública** (HABERMAS, 1984), publicada originalmente em 1962, até, especialmente, a obra **Teoria do Agir Comunicativo**³⁴ (HABERMAS, 1999), publicada originalmente em 1981, na qual Habermas desenvolve a diferença entre justificação direta e indireta da validade das normas jurídicas. Na segunda parte, ele trabalha com ensaios escritos entre 1988 e 1990, quais sejam: **Esclarecimentos à Ética do Discurso**³⁵ (HABERMAS, 2000a), “Cidadania e identidade nacional” (HABERMAS, 2005, pp.619-644) e “Soberania popular como procedimento”³⁶ (HABERMAS, 2005, pp.589-617), nos quais Habermas introduz o ponto de vista ético na justificação do direito. Na terceira parte McCarthy verifica o desenvolvimento dessa abordagem na obra mais importante da teoria política de Habermas, a saber, **Facticidade e Validade** (HABERMAS, 2005). E, por fim, McCarthy analisa o ensaio “A Luta por reconhecimento no Estado Democrático de Direito”, de 1993 (HABERMAS, 2004a, pp.237-276), no qual Habermas trabalha a dimensão ética na luta de movimentos emancipatórios pelo reconhecimento de sua integridade no âmbito de Estados democráticos. McCarthy conclui seus apontamentos oferecendo uma alternativa para a justificação da integração política em sociedades pluralistas.

³⁴ Neste trabalho foi consultada a edição espanhola . Cf. HABERMAS, 1999.

³⁵ Foram consultadas para a elaboração da presente dissertação a edição espanhola **Aclaraciones a la ética del discurso** (HABERMAS, 2000a) e a tradução brasileira do artigo “Para o uso pragmático ético e moral da razão prática”. (HABERMAS, 1989b).

³⁶ Ambos publicados em apêndice a **Facticidade e Validade** (HABERMAS, 2005).

3.1 Teoria do Agir Comunicativo: diferença entre justificação direta (substantiva) e justificação indireta (procedimental)

Para levar adiante tais questionamentos, McCarthy começa por examinar as discussões de Habermas sobre a legitimidade democrática do direito a partir da introdução desse tema no livro **Teoria do Agir Comunicativo**, de 1981. Nesse trabalho, segundo McCarthy, antes de introduzir a forma de discurso ético, Habermas buscou desenvolver uma concepção de legitimidade segundo a qual a legitimidade dos procedimentos jurídicos depende do reconhecimento da legitimidade da ordem jurídica como um todo³⁷. De acordo com tal concepção, que em sistemas democráticos se baseia em apelos aos direitos humanos e à soberania popular, as decisões produzidas através de procedimentos conforme a esses elementos serão legítimas. A justificação da legislação, então, se dará de forma indireta, apelando-se a procedimentos de decisão reconhecidos. No entanto, McCarthy nota que, para Habermas, a pretensão de validade das normas jurídicas pode e deve ser testada em debates públicos, ou seja, os participantes podem, através da argumentação, chegar a um consenso racionalmente motivado acerca da validade de determinada norma jurídica e, assim, fornecer-lhe uma justificativa direta. Somente compromissos aos quais se chega através de procedimentos equânimes (*fair*) não seriam passíveis de uma justificação direta.

A justificação indireta da legislação corresponderia à legitimidade de decisões alcançadas com base em procedimentos reconhecidos como legítimos. A justificação direta da legislação corresponderia à concordância racionalmente motivada com o conteúdo de determinada lei. Para McCarthy, existiria uma tensão não resolvida entre essas duas abordagens habermasianas da legitimidade democrática.

Existe uma tensão evidente entre essas duas abordagens das primeiras considerações de Habermas sobre legitimidade, uma tensão que não foi inteiramente resolvida mesmo em seus trabalhos mais recentes. Uma lei que pretende legitimidade como o resultado formalmente correto de procedimentos que são eles mesmos reconhecidos como legítimos não é, *ipso facto*, uma lei que expressa o que todos poderiam substantivamente querer, mesmo que

³⁷ Essa concepção se oporia à concepção de legitimidade desenvolvida pelos positivistas jurídicos, que reduz a legitimidade à legalidade de procedimentos formais. (Habermas, 1999, v.2, p. 516).

todos concordem com sua correção formal. Não apenas os compromissos negociados constituem um problema aqui. Qualquer procedimento que confie em qualquer coisa menos que um consenso substantivo racional para chegar a decisões vai deixar um hiato entre legitimidade procedimental (formal) e aceitabilidade racional (substantiva)³⁸.(tradução nossa) (MCCARTHY, 1996, p.1086).

A fim de eliminar esse hiato, Habermas recorrerá à justificação racional dos próprios procedimentos, ou seja, sua legitimidade é também dependente de discursos racionais e de acordos razoáveis. As constituições democráticas, entendidas como fruto de um acordo aceito por todos os cidadãos livres e iguais, é que estabelecem os procedimentos para a formação racional da opinião e da vontade políticas. Com o estabelecimento de tais procedimentos, que se orientam pela idéia de imparcialidade, restaria garantida a correção formal das decisões políticas, bem como a presunção de que essas decisões expressam o interesse geral com o qual todos poderiam racionalmente concordar. (MCCARTHY, 1996, p.1086).

A idéia de imparcialidade, que orienta a produção e a aplicação do direito, reflete o ponto de vista moral para a decisão de questões práticas, segundo o qual deve-se levar em conta o interesse de cada um, visando à igual consideração de todos os envolvidos. Essa idéia fundamenta a aceitabilidade racional das normas jurídicas, pois somente as normas que dão igual consideração a todos podem ser tidas como fruto de um consentimento racionalmente motivado de cada um dos afetados.

McCarthy (1996, p. 1087) enxerga o vínculo existente entre correção procedimental e aceitabilidade racional como problema da abordagem habermasiana da legitimidade democrática. Essa crítica se dirige à diferença existente entre um acordo racionalmente motivado acerca da imparcialidade e equanimidade dos procedimentos que levam às decisões formalmente corretas e o julgamento substantivo acerca da correção de cada resultado obtido em conformidade com tais procedimentos.

³⁸ There is an evident tension between these two strands of Habermas' earlier account of legitimacy, a tension which, as we shall see, has not been entirely resolved even in his most recent work. A law that claims legitimacy as the formally correct outcome of procedures that are themselves recognized as legitimate is not ipso facto a law that expresses what all could substantively want, even if everyone agrees to its formal correctness. Not only negotiated compromises are a problem here. Any procedure that relies on anything less than substantive rational consensus to arrive at decisions will leave a gap between (formal) procedural legitimacy and (substantive) rational acceptability.

A distinção entre justificação direta e indireta permanece como um traço do próprio modelo: enquanto fundamentos constitucionais e procedimentos básicos devem ser suscetíveis de justificação direta em bases que são racionalmente aceitáveis por todos, os resultados específicos não têm essa necessidade. E isso, é claro, está de acordo com nossa experiência de democracias realmente existentes. A aceitação geral de estruturas e processos básicos pode ser traduzida em consenso geral dos governados para apropriadamente chegar a decisões mesmo quando, como é usual, há quem discorde substantivamente deles. A indicação mais clara disso é encontrada em um procedimento de tomada de decisão central às democracias constitucionais: a regra da maioria. Ela é claramente utilizada não para produzir consenso substantivo, mas para lidar com desacordos substantivos; isto é, para tornar decisões possíveis mesmo em face de dissensos permanentes³⁹. (tradução nossa) (MCCARTHY, 1996, pp.1087-1088).

Para McCarthy (1996, p.1088), neste momento do desenvolvimento de seus trabalhos Habermas coloca lado a lado, como procedimentos aceitáveis, as negociações que objetivam a compromissos entre agentes que atuam estrategicamente e as deliberações destinadas a promover consenso. No entanto, McCarthy entende que o modelo de equilíbrio de poder não é capaz de acomodar desacordos relativos a valores, enraizados em diferenças sociais, culturais e ideológicas, embora Habermas já reconheça elementos do problema relativo ao consenso acerca de orientações valorativas.

Em citação extraída do livro **Teoria do Agir Comunicativo** (HABERMAS, 1999), McCarthy nota que Habermas já reconhece que expressões de atribuição de valor podem ter força justificatória, na medida em que refletem necessidades, vontades e interesses, os quais somente podem ser acessados sob interpretações valorativas culturalmente compartilhadas. No contexto de uma herança cultural comum, os destinatários poderiam reconhecer nessas interpretações suas próprias necessidades. Nesse sentido, ele já afirmava no artigo de 1991:

³⁹ The distinction between direct and indirect justification remains a feature of the model itself: while constitutional fundamentals and basic procedures must be susceptible to direct justification on grounds that are rationally acceptable to all, specific outcomes need not. And this, of course, accords with our experience of actually existing democracies. General acceptance of basic structures and processes may translate into a general consent of the governed to properly arrive at decisions even when, as is usual, there are those who substantively dissent from them. The clearest indication of this is found in a decision-making procedure central to constitutional democracies: majority rule. It is clearly designed not to produce substantive consensus, but rather to deal with substantive disagreement; that is, to render decisions possible even in the face of persistent disagreements.

Assim, a articulação de necessidades no discurso prático será feita sobre padrões de valor existentes; como interpretadas, as necessidades são internamente relacionadas a, e portanto inseparáveis de, valores culturais.

À primeira vista, as implicações disso para a possibilidade de um consenso racional parecem desastrosas. Se as expressões valorativas usadas para interpretar necessidades têm “força justificatória” apenas “sob o pano de fundo de uma herança cultural comum”, como podemos racionalmente esperar atingir acordos universais (i.é., transculturais) sobre a aceitabilidade das consequências de uma norma para a satisfação legítima de necessidades? Ou, para aproximar o argumento de nossas preocupações atuais, como podemos esperar atingir um consenso político racional em uma sociedade pluralista.⁴⁰ (tradução nossa) (MCCARTHY, 1991, p.183).

Tais questões são colocadas porque, em sociedades pluralistas, em razão da convivência de cidadãos com visões de mundo diferentes e muitas vezes incompatíveis, a possibilidade de se chegar a um acordo racionalmente motivado sobre o bem comum se veria afetada, porque a força justificatória das orientações valorativas é culturalmente variável.

McCarthy (1996, p.1089) nota que nos casos em que está em jogo a regulamentação de questões que versam sobre as orientações valorativas, freqüentemente os indivíduos escolhem não barganhar com elas, mas apelar a outros procedimentos de decisão, tais como o voto ou a regra majoritária. Se tais procedimentos são efetivados de um modo reconhecido por todos como legítimo, seus resultados podem ser considerados como democraticamente legítimos. E aqui, outra vez, McCarthy retoma sua observação sobre a necessidade de Habermas distinguir melhor entre as noções de justificação direta e justificação indireta das normas jurídicas, pois ele compreende que a legitimidade de resultados tidos como formalmente corretos não significa a mesma coisa que a aceitabilidade racional de resultados justificados por razões substantivas. Ou seja, que os indivíduos podem concordar com o resultado de determinada deliberação política, porque esta foi tomada

⁴⁰ Thus the articulation of need in practical discourse will draw upon existing standards of value; as interpreted, needs are internally related to, and thus inseparable from, cultural values.

At first sight, the implications of this for the possibility of rational consensus seem disastrous. If the evaluative expressions used to interpret needs have “justificatory force” only within “the framework of a common cultural heritage”, how can we reasonably expect to arrive at universal (i. e., transcultural) agreements on the acceptability of the consequences of a norm for the legitimate satisfaction of needs? Or to bring the argument closer to our present concerns, how can we hope to achieve rational political consensus in a pluralistic society.

de acordo com procedimentos reconhecidos como legítimos, mesmo que eles não concordem com o conteúdo da decisão tomada.

3.2 Introdução dos discursos éticos

3.2.1 Esclarecimentos à ética do discurso

Dando seqüência a sua argumentação, McCarthy passa a analisar textos nos quais Habermas introduz no processo de formação racional da vontade a forma de argumentação especificamente ética, a qual não corresponde à consideração imparcial do interesse de todos nem é suscetível de ser negociada.

McCarthy nota que Habermas (1989b), pensando ainda na formação da vontade individual, como Kant, distingue três tipos de usos para a racionalidade prática, como visto, os usos pragmático, ético e moral da razão prática e que estes correspondem, respectivamente, aos imperativos técnicos, de prudência (imperativos hipotéticos) e de moralidade ou categóricos da formulação kantiana⁴¹. Para McCarthy, Habermas ainda segue Kant, ao entender que os problemas morais constituem o domínio próprio da teoria moral, porque as questões éticas, questões acerca da vida boa, em face do pluralismo de projetos de vida e do individualismo que caracterizam a época moderna, não são mais capazes de fornecer respostas universalmente válidas à questão “como devo (ou alguém deve) viver?”. (MCCARTHY, 1996, p.1090).

McCarthy acentua que embora Habermas chame atenção para que a formação da vontade coletiva não seja entendida como se fosse uma formação da vontade individual ampliada, ele parece fazer exatamente isso quando não problematiza a

⁴¹ A esse respeito, Kant afirma que os imperativos hipotéticos que constituem regras da destreza visam saber o que se tem de fazer para alcançar uma finalidade possível para nós; os conselhos de prudência representam a necessidade prática para a ação que servirá para fomentar a felicidade; e os mandamentos morais, que constituem imperativos categóricos, representam ações que são boas em si, independentemente de qualquer finalidade, ou seja, referem-se a uma necessidade incondicionada e se dirigem à conduta livre em geral. (KANT, 2002, pp. 50- 57)

pluralidade de quem constitui o “nós”, dentro da reflexão pública de quem somos e quem gostaríamos de ser. O problema da diversidade cultural não entra em foco na formação da identidade coletiva. Segundo McCarthy,

As sementes do problema estão no modo como Habermas conceitua a reflexão ética individual. Ao dar a ela um aspecto existencial, ele coloca no plano de fundo, por assim dizer, a dimensão interpessoal da ética, enquanto coloca na frente o aspecto da autêntica auto-realização. Assim, o contraste com a deliberação moral é feito precisamente em termos da preocupação da moralidade com a regulamentação de conflitos interpessoais e sua conseqüente necessidade em um horizonte que transcende o telos de uma vida própria de um indivíduo. Quaisquer que sejam os prós e contras de esquematizar a formação da vontade individual desse modo, ela torna a transposição para a formação da vontade coletiva muito mais arriscada. Pode-se plausivelmente discutir que a estrutura da deliberação sobre questões de correção moral permaneça essencialmente a mesma, ainda que com a mudança do “eu” para o “nós.” Em contraste, a “auto”-clarificação sobre quem nós somos e gostaríamos de ser, o “auto”-entendimento junto a questões de identidade coletiva, e os discursos ético-políticos sobre a vida boa para “nós” e sobre “nossos” valores básicos se tornam menos parecidos com o caso individual na medida em que o “nós” em questão cresce em heterogeneidade. Ou, no caso reverso, a situação coletiva aproxima-se mais da situação individual quando o “nós” em questão se torna mais homogêneo, isto é, quanto mais são de fato garantidas a assunção de história, experiência, cultura, tradição e identidade compartilhadas⁴². (tradução nossa) (MCCARTHY, 1996, p. 1091).

Nessa primeira formulação dos discursos ético-políticos, essas questões aparecem apenas como formadoras de um “autêntico auto-entendimento coletivo”, de uma “autêntica vontade comum”, sem levar em consideração as disputas ou conflitos advindos de orientações valorativas divergentes. Assim, de acordo com McCarthy, Habermas somente poderia considerar que as deliberações ético-políticas teriam a possibilidade de resultar em consenso racionalmente motivado acerca da identidade

⁴² The seeds of the problem lie in the way he conceptualizes individual ethical reflection. By giving it in an existential turn, he backgrounds, so to speak, the interpersonal dimension of ethics while foregrounding the aspect of authentic self-realization. Accordingly, the contrast with moral deliberation gets drawn precisely in terms of morality's concern with the regulation of interpersonal conflicts and its consequent need for a horizon that transcends the telos of an individual's own life. Whatever the pros and cons of schematizing individual will-formation in this way, it makes the transition to collective will-formation all the riskier. The structure of deliberation on questions of moral rightness may plausibly be argued to remain essentially the same even with the shift from “I” to “we.” By contrast, “self”-clarification about who we are and want to be, “self”-understanding in connection with questions of collective identity, and ethical-political discourse about the good life for “us” and about “our” basic values become less like the individual case as the “we” in question grows more heterogeneous. Or to put it the other way around, the collective case looks more like the individual case as the “we” in question becomes more homogeneous, that is, the more the assumption of a shared history, experience, culture, tradition, and identity are in fact warranted.

coletiva através da pressuposição de uma comunidade jurídica eticamente homogênea, ou seja, ao custo de ignorar a pluralidade de vozes divergentes que compõem uma comunidade jurídica.

3.2.2 Soberania popular como procedimento: interpretação discursiva da regra majoritária

McCarthy (1996, p.1092) ressalta que nesse ponto do desenvolvimento do pensamento de Habermas os discursos ético-políticos seriam como discursos sobre pretensão de verdade. Ele exemplifica com a interpretação que Habermas dá ao procedimento de tomada de decisões da *regra majoritária*, no artigo **Soberania popular como procedimento**, de 1988 (HABERMAS, 2005, pp.589-617). McCarthy escreve que, neste artigo, Habermas retoma o pensamento de Julius Fröbel, o qual vislumbrou um caráter discursivo na regra da maioria e procurou combinar a formação da vontade orientada pela busca da verdade com a formação da vontade pela via de decisões tomadas por maioria. Fröbel, em 1848, já faz a legitimidade das leis depender do consentimento racionalmente motivado de todos aqueles afetados por elas, mas nota, no entanto, que as decisões resultantes do processo legislativo democrático baseiam-se nas decisões tomadas por maioria. Fröbel interpreta a regra majoritária como um acordo condicionado, provisório, no qual a minoria renuncia à aplicação prática de suas convicções em favor da aplicação das convicções da maioria, embora não abra mão de suas convicções, ou seja, continue entendendo sua opinião como correta. Permanece aberta, para a minoria, a possibilidade de, através da argumentação, vir a convencer a maioria da correção de sua visão e, assim, estabelecer um novo acordo. Dessa forma, a abertura do processo discursivo de formação da opinião e da vontade, no sentido de que as decisões são apenas cesuras temporárias em um processo argumentativo contínuo, permitiria que, ao longo do tempo, visões equivocadas cedessem lugar a visões corretas.

McCarthy (1996, p. 1092) afirma que tal interpretação pressupõe a existência de *uma única resposta correta* para os problemas levantados na formação da opinião e da vontade políticas. De acordo com a Teoria Discursiva, essa premissa é necessária para que os participantes do discurso possam aceitar os resultados obtidos como corretos, embora falíveis, e assim considerar os desacordos existentes como temporários e não persistentes. McCarthy afirma, no entanto, que de acordo com sua leitura, em se tratando de divergências fundamentais acerca de orientações valorativas, não é possível encontrar necessidades universalmente aceitas e, dessa forma, o princípio de universalização de Habermas, ou a possibilidade de que a discussão pública resultasse em um acordo racionalmente motivado de todos os envolvidos, não teria sucesso.

McCarthy (1996, p.1093) salienta que a idéia rawlsiana de um *consenso por sobreposição* seria capaz de reduzir a tensão entre o ideal do consenso racionalmente motivado e a realidade da existência de uma pluralidade de perspectivas valorativas, que leva a desacordos razoáveis. De acordo com essa idéia, os cidadãos de uma sociedade bem ordenada compartilham a convicção de que as instituições e procedimentos políticos básicos de sua sociedade são justos. E embora eles atentem para a pluralidade de visões de mundo enraizadas em tradições e experiências particulares, o que os leva a ter divergências muitas vezes insuperáveis no nível de sua integração ético-cultural, eles podem considerar as decisões políticas (decisões que vinculam a coletividade) como legítimas, já que fundadas na convicção da justiça dos procedimentos e instituições políticos básicos, e assim, merecedoras de reconhecimento, ainda que discordem substantivamente delas. Esse argumento foi a alternativa proposta por McCarthy ao consenso racionalmente motivado no artigo “Discurso Prático”, onde ele escreveu:

Participantes reflexivos estarão cientes da “particularidade” de visões morais gerais e abrangentes, de seu enraizamento em tradições, práticas e experiências particulares. Se eles são falibilistas e se consideram as instituições e procedimentos políticos básicos de sua sociedade como sendo justos, eles podem muito bem considerar decisões coletivas oriundas delas como legítimas e por isso, “merecedoras de reconhecimento”, mesmo quando eles discordem. Isto é, sua concordância de fundo com a concepção política de justiça operativa pode motivá-los racionalmente a consentir com leis que eles consideram como não-sábias ou injustas na esperança, talvez, que eles serão

capazes de usar os mesmos recursos para eventualmente mudá-las.⁴³ (tradução nossa) (MCCARTHY, 1991, p. 198).

De acordo com McCarthy (1996, p.1093), Habermas concorda com a afirmação de que em sociedades pluralistas a existência de valores não passíveis de universalização, ou de generalização, pode não orientar as discussões públicas para um consenso racionalmente motivado, e que se deve procurar, então, alcançar o consenso em níveis mais abstratos. Isso leva McCarthy a questionar se existiria algum outro nível de abstração para a integração social em sociedades pluralistas que fosse diferente aquele ocupado pela idéia rawlsiana de “concepção política de justiça”⁴⁴. Isto é, para ele, a integração social em sociedades pluralistas somente pode ocorrer nesse nível de abstração.

3.2.3 Cidadania e identidade nacional: integração cultural e integração política

Para McCarthy (1996, p.1094), Habermas aproxima-se de Rawls ao diferenciar entre o nível de integração ético-cultural e o nível de integração ético-política. Nesse sentido, ele afirma que em artigo de 1990, denominado “Cidadania e Identidade Nacional”, no qual é examinado o projeto de unificação da Europa, Habermas faz a

⁴³ Reflective participants will be aware of the “particularity” of general and comprehensive moral views, of their rootedness in particular traditions, practices, and experiences. If they are fallibilists and if they consider the basic political institutions and procedures of their society to be just, they may well regard collective decisions arising from them as legitimate, and hence as “deserving of recognition”, even when they disagree. That is, their background agreement with the operative political conception of justice may rationally motivate them to consent to laws they regard as unwise or unjust in the hope, perhaps, that they will be able to use the same resources eventually to change them.

⁴⁴ Segundo Cattoni de Oliveira (2000, p. 71), a concepção política de justiça rawlsiana é formada por três elementos: “O primeiro diz respeito ao seu objeto: embora contenha certos ideais, princípios e *standards*, e que esses ideais princípios e *standards* articulem certos valores (nesse caso valores políticos), Rawls esclarece que uma concepção política de justiça não se aplica a qualquer coisa, mas tão-somente [...] à estrutura de base de uma sociedade democrática moderna. O segundo elemento refere-se a uma concepção política de justiça que se apresenta como uma ‘visão independente’ (*freestanding view*) de qualquer doutrina compreensiva. Já o terceiro elemento é o de que o conteúdo de tal concepção é expresso por certas idéias fundamentais, implícitas, segundo Rawls, na cultura política pública de uma sociedade democrática: a sociedade é um sistema político de cooperação no tempo, de geração em geração; os cidadãos que cooperam são pessoas livres e iguais; uma sociedade bem ordenada é uma sociedade efetivamente regulada por uma concepção política de justiça.”

integração política de sociedades multiculturais depender apenas de uma cultura política comum.

Pois bem, os exemplos de sociedades multiculturais [...] mostram que uma cultura política, na qual possam criar raízes os princípios constitucionais, não necessita de modo algum de apoiar-se em uma procedência ou origem étnica, lingüística e cultural, comum a todos os cidadãos. Uma cultura política liberal só constitui o denominador comum de (ou o meio cívico-político compartilhado em que se sustenta) um patriotismo constitucional, que simultaneamente desperta a atenção para a pluralidade e integridade das diversas formas de vida que convivem em uma comunidade multicultural. Também em um futuro Estado federal europeu haverão de interpretar-se os mesmos princípios jurídicos a partir das perspectivas de tradições nacionais diversas e histórias nacionais diversas. A própria tradição de cada um haverá de ser em cada caso objeto de uma apropriação feita a partir de um ponto de vista relativizado a partir das perspectivas dos demais, de sorte que possa ser inserida em uma cultura constitucional europeu-ocidental compartilhada em termos supra nacionais. Uma ancoragem particularista desse tipo não deixaria à soberania popular e aos direitos humanos nem uma parcela de seu sentido universalista. Temos, pois, que a cidadania democrática não necessita estar enraizada na identidade nacional de um povo; mas que, com independência e acima da pluralidade de formas de vida culturais diversas, exige a socialização de todos os cidadãos em uma cultura política comum.⁴⁵ (tradução nossa) (HABERMAS, 2005, p.628).

McCarthy (1996, p.1095) nota que nas sociedades democráticas multiculturais modernas a legitimidade de um modelo democrático (no caso, da democracia deliberativa) não pode mais basear-se no “povo” como um macro-sujeito social, nem em um “nós” unificado como sujeito dos discursos ético-políticos. A identidade de uma comunidade política não depende de uma forma de vida ético-cultural, mas de princípios constitucionais enraizados em uma cultura política. Ele acrescenta que se

⁴⁵ Pues bien, los ejemplos de sociedades multiculturales [...] muestran que una cultura política, para que en ella puedan echar raíces los principios constitucionales, no necesita en modo alguno apoyarse en una procedencia u origen étnico, lingüístico y cultural, común a todos los ciudadanos. Una cultura política liberal sólo constituye el denominador común de (o el medio cívico-político compartido en que se sostiene) un patriotismo de la Constitución, que simultáneamente agudiza el sentido para la pluralidad e integridad de las diversas formas de vida que conviven en una sociedad multicultural. También en un futuro Estado federal europeo habrán de interpretarse los mismos principios jurídicos desde las perspectivas de tradiciones nacionales diversas e historias nacionales diversas. La propia tradición de cada uno habrá de ser en cada caso objeto de una apropiación hecha desde un punto de vista relativizado desde las perspectivas de los demás, de suerte que pueda quedar inserta en una cultura constitucional europeo-occidental compartida en términos supranacionales. Un anclaje particularista de este tipo no quitaría a la soberanía popular y a los derechos humanos ni una tilde de su sentido universalista. Tenemos, pues, que la ciudadanía democrática no ha menester quedar enraizada en la identidad nacional de un pueblo; pero que, con independencia de, y por encima de, la pluralidad de formas de vida culturales diversas, exige la socialización de todos los ciudadanos en una cultura política común.

nós, como Habermas, dermos uma interpretação procedimental aos princípios constitucionais, será possível a coexistência entre o consenso geral sobre procedimentos democráticos e desacordos irresolúveis em questões de substância ética. A distinção feita por Habermas entre questões éticas e questões estritamente morais reflete que enquanto é possível afirmar que há uma única resposta correta para estas, o mesmo não é possível em relação àquelas.

McCarthy (1996, p.1095) ilustra essa distinção com uma passagem de **Esclarecimentos à Ética do Discurso** (HABERMAS, 2000a), em que Habermas trata da questão do aborto. Nessa passagem, ele afirma que o problema envolvido na questão da regulamentação do aborto não pode ser resolvido de um ponto de vista moral, já que as discussões levantadas por essa questão estão sempre entrelaçadas com as identidades e projetos de vida de pessoas ou grupos. Assim, a questão deve ser formulada em termos éticos, e a questão moral teria lugar em um nível mais geral de ordenação da sociedade, de forma a garantir que as diferentes formas de vida, as quais, conseqüentemente, possuem diferentes concepções sobre a questão do aborto, tenham assegurada sua coexistência sob condições de iguais direitos.

No mesmo sentido se desenvolve a crítica de Langlois (2003, p.56):

O grau superior da racionalidade moral é também o que se declara impotente para resolver os dilemas mais prementes da vida moral, aqueles que mais comumente se parecem com as crises práticas graves. De maneira geral, pode-se afirmar que os problemas levantados pela bioética ou pela ética médica – pense-se apenas nas questões da interrupção do tratamento, do aborto ou das manipulações genéticas – escapam de seu âmbito, porquanto não poderiam ser dissociados do domínio das avaliações fortes que desde o início participam de sua definição e determinam seu significado particular.

Para McCarthy (1996, p.1096), o processo político de tomada de decisão em democracias multiculturais não é tão centrado na idéia de consenso racional como Habermas supõe, mas as deliberações democráticas, que ordenam a integração política de uma sociedade, precisam lidar com desacordos éticos surgidos no nível de integração ético-cultural que não conseguem ser resolvidos nesse nível. Além disso, segundo ele, a discussão pública de tais desacordos “pode bem levar a questões mais gerais concernentes à ordenação legítima de formas de vida coexistentes” (questões

essas, que, a partir da perspectiva analítica de Habermas, seriam resolvidas com base em discursos morais).

McCarthy (1996, p.1097) argumenta, então, que os discursos morais, os quais exigem que os participantes se destaquem de seus contextos históricos e sociais e assumam a perspectiva dos outros buscando apelar para razões que poderiam convencer qualquer um independente de tempo e lugar, têm um papel reduzido no processo político democrático, diferentemente do que Habermas afirma. Nesse sentido, ele afirma:

Nossa discussão de tais fórmulas [...] sugere que temos de ir além desse “um-ou-outro” e tentar capturar prática de interdependência dialética desses aspectos distinguíveis analiticamente. Se o que tem de ser decidido do ponto de vista da justiça é se uma lei, política ou programa proposto é igualmente boa para todos os afetados, então, na prática, a discussão vai dizer respeito ao que é igualmente bom para todos nós, onde o escopo do “nós”, embora indeterminado, não ultrapassa espaços sociais e tempos históricos. Ele se refere. Na verdade, aos membros particulares de uma sociedade particular, em tempo e espaço particulares, em circunstâncias particulares, e com uma diversidade de perspectivas valorativas e interpretativas particulares. Claro, encontrar algum tipo de acordo além dessa diversidade vai requerer um grau de abstração, mas normalmente não vai ser o grau de abstração requerido para normas estritamente morais que buscam obrigar todos os seres humanos. Ao contrário, a discussão política vai ter que levar particularidades de tempo, lugar, circunstâncias, identidades, valores etc. em consideração para alcançar decisões que são justas, isto é, igualmente boas para todos os afetados por elas. E [...] isso significa que mesmo discussões políticas sobre questões de justiça vão encontrar tipicamente desacordos decorrentes de concepções divergentes do bem. Assim, mesmo quando houver um acordo difundido no nível de princípios e procedimentos básicos, pode muito bem haver persistentes desacordos em todos os níveis mais substantivos da discussão. E os processos políticos geralmente aceitos para lidar com desacordos – por exemplo, a regra majoritária – podem produzir resultados que violem as crenças éticas mais profundas de alguns membros sobre o significado e valor da vida. Esses membros podem ser vistos como cooperadores “voluntários” desses resultados apenas no sentido indireto de que tiveram a chance equânime de convencer a maioria de que aquilo em que acreditam era correto, mas falharam e vão agora submeter-se às regras. Eles não simplesmente sucumbiram à força do melhor argumento: nem precisam esperar que o que consideram ser o melhor argumento vai algum dia convencer os outros. Como participantes reflexivos, eles sabem que mesmo idealmente o discurso racional pode não levar ao consenso substantivo acerca do que é o melhor interesse de todos “nós”, se o “nós” é tão social, cultural e psicologicamente divergente. Claro, eles ainda podem conviver pacificamente, se continuarem a concordar sobre o que são procedimentos equânimes para lidar com diferenças irresolúveis. Mas os resultados de tais procedimentos não serão sempre

diretamente justificáveis aos olhos de cada um.⁴⁶ (tradução nossa) (McCarthy, 1996, p.1096-7).

3.3 Facticidade e Validade: o papel dos discursos ético-políticos no processo democrático

McCarthy passa a analisar a obra **Facticidade e Validade** (HABERMAS, 2005), publicada em 1992, na qual Habermas discute o papel dos distintos usos da razão prática no processo democrático. Os procedimentos deliberativos e de tomada de decisão no processo político, que se dirigem à auto-organização de comunidades particulares em circunstâncias históricas particulares, são, como já visto, orientados pelo princípio do discurso. É no contexto dessas considerações que Habermas especifica esse princípio em princípio moral e princípio democrático, já que na formação da vontade política de uma sociedade delimitada espaço-temporalmente o espectro de razões relevantes não se reduz à consideração sobre a justiça universal, mas abrange também razões pragmáticas e razões ético-políticas.

⁴⁶ Our discussion of such formulas earlier in this section suggests that we have to go beyond this either/or and try to capture the dialectical interdependence practice of these analytically distinguishable aspects. If what was to be decided from the standpoint of justice is whether a proposed law, policy, or program is equally good for everyone it affects, then, in practice, discussion will normally concern what is equally good for all of us, where the scope of the “us”, however indeterminate, does not range across all social spaces and historical times. It refers, rather, to the particular members of a particular society, at a particular time and place, in particular circumstances, and with a diversity of particular interpretive and evaluative perspectives. Of course, reaching some sort of agreement across that diversity will require a degree of abstraction, but it will normally not be the degree of abstraction required for strictly moral norms meant to obligate all human beings. Quite the contrary: political discussion will have to take particulars of time, place, circumstances, identities, values, and so on into account in seeking to arrive at decisions that are just, that is, equally good for all of us affected by them. And, as I argued above, this means that even political discussions about matters of justice will typically encounter disagreements stemming from divergent conceptions of the good. Hence, even when there is widespread agreement at the level of basic principles and procedures, there may well be persistent disagreements at all more substantive level of discussion. And the generally accepted political processes designed to deal with such disagreements – for example, majority rule – may well produce outcomes that violate some members’ deeply held ethical beliefs about the meaning and value of life. Those members may be said to cooperate “willingly” with those outcomes only in the indirect sense that they had a fair chance to convince a majority of what they believed was right, but failed, and will now abide by the rules. They have not simply succumbed to the force of the better argument; nor need they anticipate that what they consider to be better argument will some day convince all. As reflexive participants, they know that even ideally rational discourse may not lead to substantive consensus concerning what is in the best interest of all of “us”, if the “we” is as socially, culturally, and psychologically diverse as it is. Of course, they can still live together peaceably, if they continue to agree on what are fair procedures for dealing with irresolvable differences. But the outcomes of such procedures will not always be directly justifiable in everyone’s eyes.

Neste ponto a crítica de McCarthy (1996, p.1099) se refere à forma de exposição, por Habermas, das questões envolvidas nos discursos ético-políticos. Para ele, Habermas nota que o pluralismo, a diferença e os conflitos axiológicos são característicos das sociedades contemporâneas, mas entende que os discursos ético-políticos são capazes de levar a um consenso em questões de auto-entendimento coletivo. McCarthy (1996, p.1099) sugere⁴⁷ que Habermas diferencia entre dois níveis do discurso acerca das orientações valorativas. No primeiro nível, os valores informariam preferências e finalidades; os conflitos de valor surgidos nesse nível estariam próximos a conflitos de interesse e as diferenças aí encontradas seriam passíveis de ser superadas pela via da negociação e pelo estabelecimento de compromissos. Em outro nível aparecerão o que Habermas chama de “valorações fortes”, as quais são constitutivas da identidade coletiva e estão entrelaçadas à forma de vida intersubjetivamente compartilhada de uma comunidade. As diferenças de orientação surgidas nesse nível são insuscetíveis de serem resolvidas por compromissos, mas reclamam a apropriação crítica da herança cultural de uma determinada comunidade política, visando construir “consonâncias profundas” em uma forma de vida compartilhada, bem como a clarificação do auto-entendimento político-cultural dessa comunidade.

McCarthy (1996, p.1100) nota que, em **Facticidade e Validade**, Habermas se aproxima mais da idéia rawlsiana de que através de um consenso por sobreposição é possível se alcançar o consenso acerca da identidade coletiva e sobre valores políticos básicos de uma determinada comunidade jurídica. No entanto, Habermas dá ao auto-entendimento ético-político um status teórico diferente daquele de Rawls. Ao contrário do equilíbrio reflexivo, que funciona como nível básico de justificação da teoria da justiça de Rawls, o auto-entendimento ético-político se concretiza em tradições constitucionais particulares que são compreendidas por Habermas como interpretações diferentes do mesmo sistema abstrato de direitos básicos. Para a Teoria Discursiva a construção do auto-entendimento ético-político se desenvolve com base na razão comunicativa.

⁴⁷ Quanto a essa questão, McCarthy entende que tal distinção não é desenvolvida explicitamente por Habermas.

McCarthy (1996, p.1101) nota que, de acordo com a perspectiva da Teoria Discursiva de Habermas, os discursos hermenêuticos de auto-entendimento ético-político são indispensáveis porque o sistema abstrato de direitos básicos somente pode ser acessado através de tradições constitucionais particulares. Os processos de racionalização cultural e social, bem como o desenvolvimento e institucionalização da racionalidade comunicativa, deveriam levar os discursos ético-políticos a convergirem sobre os valores políticos básicos, que expressariam a identidade coletiva dos cidadãos de um determinado Estado democrático com uma determinada tradição constitucional. Nesse sentido, o consenso resultante desses processos não seria meramente fortuito, nem um *modus vivendi*; a aceitação dos resultados racionais se daria, então, para todos os afetados, pelos mesmos motivos.

McCarthy critica o fato de haver um sistema abstrato de direitos básicos existente a priori. Para ele, esse sistema existe apenas nas interpretações feitas nas tradições constitucionais concretas. Ele argumenta que mesmo no nascimento das constituições está presente um desacordo razoável quanto à interpretação a ser dada ao sistema de direitos. Assim, a insistência de Habermas na possibilidade de consenso racionalmente construído acerca do auto-entendimento ético-político em sociedades pluralistas parece-lhe surpreendente. Nesse sentido, ele afirma:

Dada essa contestabilidade interpretativa e valorativa de pretensões de validade político-legal, poderia parecer surpreendente que Habermas insista, todavia, na importância de supor que há respostas corretas para questões político-legais. Em razão da importância que ele dá à formação racional da opinião - e da vontade -, não serão quaisquer procedimentos deliberativos que serão suficientes; somente aqueles procedimentos prováveis de produzir decisões fundamentadas com presunção de aceitabilidade racional satisfazem sua concepção de legitimidade. Tal desiderato pode ser efetivado, ele sustenta, apenas através de práticas discursivas que operam com a assunção precisamente de haver respostas corretas para tais questões. Abandonar tal suposição, ao que parece, poderia significar a entrega de deliberação prática até o ponto de oposições do tipo “nós acreditamos e queremos / você acredita e quer”, oposições que poderiam ser estabelecidas apenas pela força ou compromisso, enquanto ele considera questões de justiça e de valores políticos culturais básicos, suscetíveis de *Einverständnis* (acordo) e *Konsens* (consenso).⁴⁸ (tradução nossa) (MCCARTHY, 1996, p.1102-3).

⁴⁸ Given this interpretive and evaluative contestability of legal-political validity claims, it might seem surprising that Habermas should nevertheless insist on the importance of supposing that there are right answers to legal-political questions. Because of the importance he attaches to rational opinion- and will-formation, not just any deliberative procedures will do; only those procedures likely to produce grounded decisions with presumption of rational acceptability satisfy his conception of legitimacy. Such a

Com isso, a crítica de McCarthy se dirige à pressuposição de haver uma única resposta correta para questões jurídico-políticas. Ele pergunta se a busca da verdade no mundo objetivo seria uma analogia adequada à busca da justiça (ou da correção) no mundo social. Para ele, há falhas no pensamento de Habermas no que concerne: (a) à sua visão de que questões ético-políticas e questões morais são analiticamente distinguíveis e (b) em ver o aspecto ético como mais consensual e menos conflitual.

(a) Para McCarthy, a diferenciação analítica que Habermas dá aos discursos envolvidos no processo de formação da vontade política impede que eles sejam vistos como tematizações inter-relacionadas de diferentes aspectos da mesma questão, que a princípio seriam inseparáveis, em vista da complexidade das questões políticas.

Ao diferenciar as questões ético-políticas e as questões morais, Habermas afirma que a assunção do ponto de vista moral, que submete as leis e programas a um teste de universalização, transcende o contexto de uma comunidade jurídica concreta. Contra isso, McCarthy (1996, p.1104) argumenta que as normas jurídicas objetivam regular o comportamento dos membros de uma coletividade específica, na qual estão envolvidos processos de auto-entendimento ético-político. Assim, a discussão de normas jurídicas sob o aspecto da justiça seria diferente da discussão de questões morais de um ponto de vista universal e descontextualizado.

McCarthy (1996, p.1105) ressalta que a escolha, por parte dos cidadãos, das normas que irão regular sua vida em comum está relacionada com a forma de vida da comunidade. Assim, a validade das normas jurídicas não deve ser transcendente de contexto, como acontece com a validade das normas morais, porque embora aquelas devam estar de acordo com estas, as normas jurídicas são também expressão das vontades dos membros de uma determinada comunidade jurídica e de sua forma de vida intersubjetivamente compartilhada. Disso ele conclui que as questões de justiça, acerca do que é igualmente bom para todos, são inseparáveis, e não superiores ao auto-entendimento sobre o tipo de sociedade na qual os cidadãos querem viver. Dessa

desideratum can be accomplished, he maintains, only through discursive practices that operate on the assumption precisely of there being right answers to such questions. Dropping this assumption, it seems, would mean delivering practical deliberation up to “we believe and want/ you believe and want” oppositions that could be settled only by force or compromise, whereas he considers questions of justice and of basic political-cultural values to be susceptible of *Einverständnis* and *Konsens*.

forma, este autor propõe que a tematização, na deliberação política, de qualquer aspecto singular somente se mostra possível contra um pano de fundo de assunções implícitas de outros aspectos, os quais podem também ser contestados e tematizados, de forma a entrelaçar discursos separados como um processo de comunicação multifacetado que permite transições fluidas sobre questões e argumentos de diferentes tipos.

(b) McCarthy (1996, p.1106) nota que, na concepção de Habermas, os discursos ético-políticos possuem uma validade relativa dependente de contexto, uma vez que o auto-entendimento coletivo somente pode ser autêntico dentro do horizonte de uma forma de vida compartilhada. A possibilidade de se alcançar o consenso em tais questões dependeria, então, do grau em que os contextos histórico, social e cultural são ou poderiam ser compartilhados. Na deliberação política, segundo Habermas, os participantes discutiriam suas orientações valorativas e seus interesses, tematizariam suas compreensões de si e do mundo e, assim, poderiam transformá-las de maneira criteriosa a fim de alcançar um consenso. McCarthy ressalta que em sociedades pluralistas essas modificações criteriosas podem não convergir para as mesmas orientações valorativas, interpretações de interesses e visões de mundo. A concordância suposta por Habermas acerca de princípios políticos básicos e identidade política coletiva corresponde, segundo McCarthy, a um nível muito geral e abstrato de acordo, que não seria capaz de lidar com as diferenças éticas persistentes em sociedade pluralistas.

Sob condições de pluralismo social e cultural, os compromissos constituem a maior parte dos processos de tomada de decisão política. No entanto, para McCarthy, existem outros valores compartilhados por uma cultura específica que não são aqueles valores políticos básicos sobre os quais há consenso. Esses valores também figuram nas discussões políticas, e funcionam como padrões sob os quais os compromissos podem ser mensurados, já que nenhum compromisso pode violar o acordo de uma cultura sobre valores básicos. Esses desentendimentos éticos presentes na deliberação política não possuem, segundo McCarthy (1996, p.1106-7), um papel relevante no conceito habermasiano da legitimidade democrática. Para ele, já que o escopo dos acordos éticos em uma sociedade democrática abarca apenas os procedimentos

deliberativos de tomada de decisão no centro da tradição constitucional, ele pode coexistir com divergências éticas profundas em outros domínios. A aceitação por parte dos cidadãos dos resultados do processo político como legítimos depende apenas de sua correção formal, mesmo que permaneçam os desentendimentos acerca de orientações valorativas, visões de mundo e outros.

McCarthy (1996, p.1107) observa que os cidadãos de uma democracia deliberativa, como participantes reflexivos, estarão conscientes da existência de desacordos persistentes, e eles estarão de acordo em desentender-se (*"agree to disagree"*) na busca de formas de coexistirem pacificamente, a despeito de suas diferenças. McCarthy considera que a utilização da regra majoritária após a deliberação pública é uma maneira. No entanto, ele formula uma noção dessa regra diferente da de Habermas.

Como já dito, Habermas compreende a decisão majoritária como uma interrupção temporária de um processo argumentativo contínuo, em razão das pressões institucionais para a decisão. Os melhores argumentos, que devem prevalecer após a discussão pública, são razões coerentes para o tempo atual e estão constantemente sujeitos a críticas. O processo argumentativo contínuo da busca cooperativa pela verdade deve ser capaz de se corrigir ao longo do tempo, como um processo de aprendizado constante. Quando se trata de discursos jurídicos, o círculo dos participantes da discussão, os afetados, não é a "audiência universal" mas os membros da comunidade jurídica. Assim, a força do melhor argumento se manifesta dentro do contexto de uma forma de vida concreta já compartilhada. (MCCARTHY, 1996, p.1108).

A proposta de McCarthy (1996, p.1108) para a compreensão da regra majoritária na esfera legislativa apresenta-se como um elemento na idéia de pluralismo razoável. Para ele, em contextos pluralistas, em que diferem histórias de vida e formas de vida, também diferem os horizontes de fundo nos quais ordens coerentes de razões têm lugar. O final "de fato" da argumentação pode expressar, nesse caso, o resultado provisório de um procedimento destinado a produzir decisões (isto é, resultados), e não um acordo provisório sobre a aceitabilidade de uma pretensão disputada. Para ele, os procedimentos deliberativos instituídos para lidar com questões ético-políticas devem visar acentuar o caráter prático-racional de decisões que têm de ser tomadas,

mantendo aberta a possibilidade de uma contestação contínua e de uma eventual mudança, e não como resultado de uma “busca cooperativa pela verdade.”

Sob condições de pluralismo e individualismo pós-tradicional, as soluções propostas aos problemas práticos de viver em conjunto de forma não violenta e organizar nossa vida em comum cooperativamente não podem geralmente esperar encontrar o consentimento universal. Pessoas razoáveis vão discordar sobre tais matérias, mas nós podemos esperar que eles, no entanto, joguem segundo as regras e concordem que resultados obtidos conforme procedimentos corretos são legítimos. Em uma democracia deliberativa, os procedimentos em questão vão buscar institucionalizar o uso público da razão. Mas a cogência de razões ético-políticas não é independente do contexto, audiência, ocasião, etc; elas podem ser avaliadas de formas bem diferentes em diferentes lugares, espaços sócio-culturais e tempo sócio-histórico. Procedimentos discursivos institucionalizados não alteram isso. Participantes razoáveis com diferentes orientações de valor, interpretações de necessidades, auto-entendimentos e visões de mundo não precisam sempre atribuir o mesmo peso às mesmas considerações, seja antes ou depois da argumentação. Eles vão, claro, tentar persuadir os outros da força das razões que consideram melhores, e tentar entender e apreciar as razões que os outros têm para manter a posição que têm. Mas isso não precisa levar a uma atribuição consensual de peso a ordens de razões competidoras entre si. [...] Participantes razoáveis vão tentar falar de (algumas) dessas diferenças quando racionalmente persuadirem os outros a dar suporte a leis e programas que eles acreditam ser de interesse geral. Eles procurarão acomodar (algumas) delas nos arranjos que propuseram. E eles vão aprender a viver com (todas) elas de uma maneira não violenta⁴⁹. (tradução nossa) (MCCARTHY, 1996, p.1109–10).

3.4 Luta por Reconhecimento no Estado Democrático de Direito

⁴⁹ Under conditions of postraditional pluralism and individualism, proposed solutions to the practical problems of living together nonviolently and organizing our common life cooperatively cannot generally be expected to meet with universal agreement. Reasonable people will disagree about such matters, but we can expect that they will nevertheless play by the rules and consent to procedurally correct outcomes as legitimate. In a deliberative democracy the procedures in question will seek to institutionalize the public use of reason. But the cogency of ethical-political reasons is not independent of context, audience, occasion, and the like; they may be assessed quite differently at different locations and sociocultural space and sociohistorical time. Institutionalized discourse procedures do not change that. Reasonable participants with different value orientations, need interpretations, self-understanding, and worldviews need not always assign the same weight to the same considerations, either before or after the argumentation. They will, of course, try to persuade others of the force of the reasons they consider best, and try to understand and appreciate the reasons others have for holding the position they do. But that need not lead to a consensual weighing of competing orders of reasons. [...] Reasonable participants will try to speak to (some of) these differences when rationally persuading others to support laws and policies they believe to be in the general interest. They will seek to accommodate (some of) them in the arrangements they propose. And they will learn to live with (all of) them in a nonviolent manner.

Na última parte do ensaio, McCarthy analisa o artigo *“Luta por reconhecimento no Estado Democrático de Direito”* (HABERMAS, 2004a, pp.237-275), escrito originalmente em 1993 e publicado no Brasil como um capítulo do livro **A Inclusão do Outro**: ensaios de teoria política (HABERMAS, 2004a). McCarthy entende que neste artigo Habermas se aproximaria da posição que ele próprio defende, mas permanece a ênfase na possibilidade de formação consensual da opinião e da vontade políticas em Estados democráticos. O foco principal do artigo refere-se, segundo McCarthy, a diferenças interpretativas e valorativas e a desacordos que não podem ser reduzidos a conflitos de interesses e, assim, não são suscetíveis de ser resolvidos mediante o estabelecimento de compromissos. Este artigo parte do questionamento acerca de se uma teoria do direito individualista, que pretende assegurar direitos subjetivos de indivíduos particulares, poderia lidar com problemas decorrentes da oposição, que ocorre nas arenas políticas, entre atores coletivos que disputam finalidades e bens coletivos, visando a defesa contra a desconsideração de sua identidade e a articulação de experiências coletivas de integridade violada. As lutas por reconhecimento, travadas em cenários políticos, seriam acomodadas no sistema abstrato de direitos básicos, em suas várias concretizações constitucionais. (MCCARTHY, 1996, p.1111; HABERMAS, 2004a, pp.237-9).

A exposição de McCarthy, na primeira parte deste ponto, desenvolve-se a partir da apresentação de trechos do citado artigo de Habermas, especialmente das partes III e IV, denominadas, respectivamente, “A impregnação ética do Estado de direito” e “Coexistência eqüitativa versus preservação da espécie”, intercalando-os com comentários seus.

(a) A primeira questão levantada por McCarthy (1996, p.1111) refere-se à neutralidade ética da ordem jurídica, que para ele pode ser posta em questão. Uma vez que, como ilustra o exemplo do feminismo fornecido por Habermas (2004a, p. 244), as lutas por reconhecimento são batalhas contra padrões tradicionais de interpretação (no caso do feminismo, contra estereótipos de identidade de gênero e papéis específicos de gênero), e assim, têm a ver com níveis elementares do auto-entendimento cultural de uma sociedade.

(b) Em face do caráter de concretude das normas jurídicas, que são produzidas para uma comunidade específica, McCarthy entende que a legitimidade do direito deve seguir um modelo dialético, que pode ser tematizada sob os aspectos do bom e do justo. Nesse sentido, ele afirma: “direito legítimo é ao mesmo tempo a realização de direitos universais e a expressão de auto-entendimentos e formas de vida particulares.”⁵⁰ (tradução nossa) (MCCARTHY, 1996, p.1112) .

(c) Para Habermas, seria possível se chegar a uma concepção comum do bem e do que constitui uma vida autêntica, ainda que procedimental, construída no discurso público. (HABERMAS, 2004a, p. 253). Nas controvérsias surgidas em tais debates, os cidadãos poderiam conscientizar-se:

sobre de que forma pretendem compreender-se como cidadãos de determinada república, habitantes de determinada região, herdeiros de uma determinada cultura, sobre quais tradições pretendem perpetuar ou interromper, sobre a maneira como pretendem lidar com seu destino histórico, com a natureza, uns com os outros, etc. (HABERMAS, 2004a, p.254).

McCarthy (1996, p.1112) questiona, então, se sob as condições de pluralismo encontradas nas democracias contemporâneas seria possível que os participantes chegassem a tal consenso.

(d) Habermas (2004a, p.253-4) nota que é a idéia de efetivação de direitos que guia a formação da opinião e da vontade políticas. Dessa forma, ela não pode ser equiparada à auto-compreensão ético-política da comunidade. Não obstante, no processo de efetivação dos direitos estão envolvidos os contextos contingentes da composição da nação vinculada ao Estado, nos quais os discursos de auto-entendimento desempenham um importante papel.

Nesse sentido, Habermas (2004a, p.262) retoma a distinção entre integração ético-cultural e integração ético-política. Habermas supõe a capacidade de os indivíduos se distanciarem de suas origens sócio-culturais particulares e orientarem-se, na discussão de questões políticas na esfera pública, a uma cultura política comum. Tal cultura política comum está enraizada em uma interpretação dos princípios constitucionais que não são, eles mesmos, eticamente neutros.

⁵⁰ legitimate law is at once a realization of universal rights and an expression of particular self-understandings and forms of life.

A crítica de McCarthy (1996, p.1113), então, refere-se à possibilidade de existirem divergências interpretativas ou conflitos interpretativos no âmbito da cultura política de uma sociedade pluralista. A localização da integração política em um nível mais abstrato, como “um horizonte interpretativo comum, no interior do qual se discute publicamente [...] a auto-compreensão dos cidadãos de uma república”, como faz Habermas (2004a, p.262), não satisfaz McCarthy, pois ele questiona se seria possível saber quando um conflito de interpretação se situa dentro de um horizonte interpretativo comum. A referência de Habermas a que os resultados do debate conduzam à “melhor interpretação dos mesmos direitos e princípios básicos”, que constituem pontos de referência fixos para o desenvolvimento de qualquer patriotismo constitucional (HABERMAS, 2004a, p.262), leva McCarthy a questionar o que significa “os mesmos” nessa formulação.

(e) Na compreensão de Habermas, a cultura política comum deve manter a neutralidade da ordem jurídica em face da multiplicidade de formas de integração cultural em níveis sub-políticos, embora seja suportada pela interpretação de princípios constitucionais que não são eticamente neutros. Para tanto, o horizonte de interpretação dos princípios constitucionais deve ser procedimental, ou seja, trata-se de um consenso sobre os procedimentos para a incorporação legítima do direito e do exercício do poder político. Neste consenso procedimental reflete-se o universalismo dos princípios jurídicos, mas também o contexto de uma cultura política determinada historicamente, a qual forma um patriotismo constitucional. (HABERMAS, 2004a, pp.262-3).

McCarthy (1996, p.1114) entende que, se no âmbito de culturas políticas diferentes podem desenvolver-se diferentes interpretações do “mesmo” sistema abstrato de direitos, também no âmbito de diferentes sub-culturas éticas o “mesmo” sistema de direitos corporificado constitucionalmente pode ser objeto de diferentes interpretações.

(f) Habermas (2004a, p.256) afirma que a teoria dos direitos não exige que as ordens jurídicas abstraíam de qualquer concepção de bem. Ao contrário, é possível que os cidadãos de um Estado democrático incorporem em suas ordens jurídicas uma concepção do que seja bom, desde que ela já seja compartilhada por todos os cidadãos

ou que estes possam chegar a concordar com ela no discurso político. O que se proíbe é que os Estados Democráticos privilegiem determinada forma de vida em detrimento de outras.

McCarthy levanta a questão da utilização da regra majoritária como mecanismo de tomada de decisões destinado a lidar com questões políticas para as quais não é possível haver unanimidade. Nesse sentido, ele afirma:

Desde que essas questões e decisões a seu respeito vão ter também suas dimensões ético-políticas, as leis postas pelas maiorias poderiam parecer inevitavelmente privilegiar, no conjunto, culturas dominantes sobre culturas subordinadas. Se fosse esse o caso, a neutralidade ética dos resultados político-jurídicos em sociedades multiculturais seria um ideal inerentemente inatingível e talvez mesmo ilusório⁵¹. (tradução nossa) (MCCARTHY, 1996, p. 1114).

Para reduzir essa tensão, segundo McCarthy, Habermas introduz uma linha de pensamento segundo a qual, em razão da interdependência entre igualdade de fato e igualdade de direito, no âmbito de uma cultura política liberal os procedimentos democráticos devem se preocupar tanto com a efetivação de direitos subjetivos, com a defesa da integridade do sujeito de direito em particular, quanto com a coexistência eqüitativa das diferentes formas de vida e tradições que sustentam as diferentes identidades, porque não é possível proteger os primeiros sem a defesa das últimas. (HABERMAS, 2004a, p.257; MCCARTHY, 1996, p.1114).

Sobre essa questão, McCarthy (1996, p.1115) segue Habermas afirmando que, ainda que o igual respeito pela integridade de cada um possa ser estendido aos contextos formadores de identidade, ele deve ser compreendido no sentido de permitir o reconhecimento de seus membros, e não a uma preservação administrativa das espécies. (HABERMAS, 2004a, p.258). Para McCarthy (1996, p.1115):

o igual direito à coexistência de culturas diversas refere-se ao direito dos cidadãos de habitar e continuar suas culturas sem sofrer injúria por fazer isso, mas também ao seu direito de criticá-las e transformá-las, de ser indiferente e de romper com elas. Em sociedades multiculturais e sujeitas a rápidas mudanças,

⁵¹ Since those issues and the decisions regarding them will also have their ethical-political dimensions, the laws passed by majorities might seem inevitably to privilege, on the whole, dominant over subordinate cultures. If that were the case, ethical neutrality of legal-political outcomes in multicultural societies would be an inherently unattainable and perhaps even an illusory ideal.

tradições e formas de vida sobrevivem apenas se elas puderem retirar da crítica interna e do conflito externo o poder para auto-transformação⁵². (tradução nossa).

(g) A última passagem do artigo em apreço citada por McCarthy (1996, p.1116) diz respeito à incompatibilidade entre a práxis de intolerância pública dos movimentos fundamentalistas e as exigências dos estados democráticos. Tais movimentos reivindicam exclusividade para uma determinada forma de vida (a sua), sem deixar espaço para a reflexão sobre sua relação com outras visões de mundo com as quais partilham o mesmo universo de discurso e contra as quais eles podem posicionar-se apenas baseando-se em argumentos racionais. Eles não deixam espaço para um “*reasonable disagreement*” (“desacordo razoável”). (HABERMAS, 2004a, p.260).

De acordo com McCarthy (1996, p. 1116), então, o modelo habermasiano de deliberação pública deve permitir o desacoplamento entre a integração ética de grupos e sub-culturas com sua própria identidade coletiva e a integração política que considera todos os cidadãos em igual medida. Para isso, deveria envolver apenas “*not unreasonable comprehensive doctrines*” (Rawls) (“doutrinas abrangentes não-irrazoáveis”), que adotem em relação a outras formas de vida uma “atitude reflexiva e não meramente reconheça um *modus vivendi*, mas possibilite uma disputa civilizada de convicções.” (HABERMAS, 2004a, p. 261).

Isso implicaria, presumidamente, criticar e rejeitar orientações valorativas que são muito auto- ou grupo-centradas para permitir a ponderação adequada das necessidades de outros participantes, assim como as orientações de valor impregnadas com racismo, sexismo, etnocentrismo, homofobia, ou qualquer outra visão não universalista. Em uma palavra, apenas aquelas diferenças de valor compatíveis com uma orientação moral pós-convencional podem permanecer no discurso prático⁵³. (tradução nossa) (MCCARTHY, 1991, p.191).

⁵² The equal right to coexistence of diverse cultures refers to the right of citizens to inhabit and continue their cultures without suffering injury for doing so, but also to their right to criticize and transform them, to be indifferent and to break away from them. In multicultural and rapidly changing societies, traditions and forms of life survive only if they can draw the power for self-transformation from criticisms within and encounters without.

⁵³ This would presumably entail criticizing and rejecting value orientations that are too self- or group-centered to permit the proper weighting of other participants' needs, as well as value orientations imbued with racism, sexism, ethnocentrism, homophobia, or any other less than universalistic outlook. In a word, only those value differences compatible with postconventional moral orientation can survive practical discourse.

3.4.1 Divergências entre McCarthy e Habermas

McCarthy (1996, p. 1116) nota que, embora haja proximidade entre sua própria posição e a posição de Habermas, permanece ainda a discórdia quanto à ênfase que ele dá à possibilidade de haver desacordos ético-políticos na discussão pública em sociedades democráticas pluralistas, bem como sobre as implicações disso para o conceito de legitimidade democrática.

A fim de marcar em que consistem suas diferenças em relação a Habermas, McCarthy (1996, p. 1116-7) cita a seguinte passagem, e em seguida tece alguns comentários sobre ela:

[McCarthy] aparentemente duvida da premissa de que a legitimidade das leis e políticas deve basear-se ao final em razões que, pretende-se, todos os cidadãos poderiam reconhecer ou compartilhar. [...] Essa idéia permanece de pé ou cai com a primazia do justo sobre o bom. O ponto de vista da imparcialidade a partir do qual nós podemos julgar o que é igualmente do interesse de todos tem de ser institucionalizável em procedimentos democráticos de uma maneira neutra, isto é, independentemente de qualquer concepção de bem específica, dependente-de-contexto. [...] McCarthy, no entanto, defende a visão de que nós não podemos concordar sobre um procedimento justo – um que assegure a neutralidade – sem um acordo anterior sobre a concepção comum de bem, e que o alcance de tal acordo ético deve estar fundado no fato do pluralismo social e ideológico.⁵⁴ (tradução nossa).

1) McCarthy (1996, p. 1117) retoma a distinção entre justificação direta e indireta dos resultados das deliberações políticas. Ele entende que, em primeiro lugar, Habermas não desenvolve consistentemente essa distinção, e em segundo, que tal distinção deve ser aplicada também aos desacordos éticos persistentes e aos conflitos de interesse. Para ele, por um lado, a justificação direta refere-se a razões substantivas

⁵⁴ [McCarthy] apparently doubts the premise that legitimacy of laws and policies must rest in the end on reasons that, it is claimed, all citizens could recognize or share. ... this idea stands or falls with the primacy of the right over the good. The standpoint of impartiality from which we can judge what is equally in the interest of all has to be institutionalizable in democratic procedures in neutral manner, that is, independently of any specific, context-dependent conception of the good. ... McCarthy, however, defends the view that we cannot agree on a just procedure – one that ensures neutrality – without prior agreement on a common conception of the good, and that attaining such ethical agreement must founder on the fact of social and ideological pluralism.

que todos os cidadãos podem aceitar como boas razões, ou seja, todos os cidadãos aceitam os resultados justificados diretamente pelas mesmas razões procedimentais e substantivas. Por outro lado, os resultados justificados indiretamente são aceitos pelos cidadãos pelas mesmas razões procedimentais, mas por diferentes razões substantivas.

Para McCarthy (1996, p. 1118), se isso pode ocorrer na resolução democrática de disputas ético-políticas, Habermas deverá adotar uma postura procedimentalista mais profunda. Ele afirma que no modelo procedimental habermasiano a legitimidade está ligada à imparcialidade e esta ao discurso racional e ao compromisso equânime. Os discursos pragmático, ético e moral são desenhados por Habermas de forma a se alcançar algum tipo de consenso racional na resolução correta de uma questão em debate; por isso, a legitimidade procedimental liga-se à legitimidade pela aceitabilidade racional. Dessa forma, os resultados formalmente corretos dos procedimentos discursivos carregam também uma presunção de aceitabilidade racional substantiva. No entanto, se os desacordos ético-políticos não forem em princípio suscetíveis de uma única resposta correta, sua resolução racional, através de compromissos, para alguns membros, somente seria racionalmente aceitável indiretamente. Nesse caso, Habermas utilizaria uma única palavra, qual seja, “aceitabilidade racional”, para se referir tanto à legitimidade obtida através da justificação direta quanto através da justificação indireta, sem apontar que existem diferenças entre os dois tipos de legitimidade.

2) Para McCarthy (1996, p. 1118), ao falar em “primazia do justo sobre o bom”, Habermas corromperia a interdependência dialética entre questões morais e questões ético-políticas. Já que mesmo na concepção de Habermas o justo e o bom são, ambos, aspectos sob os quais se pode discutir a legitimidade de leis, políticas e programas concretos, McCarthy entende ser necessário desenvolver uma noção de como a discussão de um dos aspectos está internamente relacionada à discussão do outro aspecto, pois as questões relativas ao igual tratamento e à igual consideração não podem ser divorciadas de considerações ético políticas.

3) Em função da interdependência entre os aspectos ético e moral das questões políticas, McCarthy nota que a institucionalização do ponto de vista da imparcialidade, ou a neutralidade da ordem jurídica, não pode ser independente de qualquer concepção

específica de bem dependente de contexto, ou seja, deve ser interpretada em relação ao auto-entendimento de comunidades historicamente determinadas. Para McCarthy, os procedimentos políticos jurídicos somente podem almejar a neutralidade em relação à pluralidade de grupos e sub-culturas, cada um com sua própria identidade coletiva.

McCarthy (1996, p. 1119) concorda com a afirmação de Habermas (2004a, p.261) de que mesmo critérios considerados neutros para avaliar o que é do interesses de todos, os quais devem ser neutros em relação a concepções de bem em disputa, irão refletir alguma concepção de bem compartilhada. Assim, para McCarthy, não se pode falar em neutralidade ética absoluta. Isso também se aplica à neutralidade de razões utilizadas para justificar decisões sobre questões ético-políticas. Portanto, a neutralidade de razões se refere à neutralidade relativa a uma cultura política compartilhada.

4) McCarthy argumenta também que o acordo ético-político é um momento no acordo sobre procedimentos político-jurídicos, e é parte integrante dessa discussão. Assim, somente é possível que os cidadãos concordem sobre o que é justo se obtiverem alguma medida de acordo sobre o que é bom. Para McCarthy (1996, pp.1119-20), essa também é a posição de Habermas, pois

para o modelo discursivo, mesmo valores políticos básicos podem ser alterados, submetidos ao questionamento crítico, e transformados através da discussão pública – como regularmente acontece, de fato, nos debates que permanentemente acompanham “projetos” históricos de atualização de princípios constitucionais em circunstâncias sempre mutáveis, incluindo mudanças na composição ético-cultural da comunidade jurídico-política. Habermas, eu penso, não discorda realmente disso, mas ele quer muito evitar ser cético sobre a possibilidade do consenso ético-político solapar a orientação ao acordo racional sobre o qual ele baseia sua concepção de legitimidade.⁵⁵ (tradução nossa).

5) Finalmente, McCarthy (1996, pp. 1120-1) esclarece que sua posição é a de que, sob condições de pluralismo cultural, social e ideológico, algumas vezes será

⁵⁵ For in the discourse model, even basic political values may be challenged, subjected to critical interrogation, and transformed through public discussion – as regularly happens, in fact, in the debates that ongoingly accompany the historical “projects” of actualizing constitutional principles in ever-changing circumstances, including changes in the ethical-cultural composition of the legal-political community. Habermas, does not, I think, really disagree with this, but he does very much want to avoid having skepticism about the possibility of ethical-political consensus undercut the orientation to reasoned agreement on which he bases his conception of legitimacy.

possível atingir o consenso e em outras não, ou seja, que se deve lidar com a possibilidade de desacordos razoáveis sobre questões ético-políticas. Para ele, a discussão pública não vai necessariamente dissolver as diferenças básicas em identidades coletivas e valores fundamentais, mas nela estes podem emergir com maior força. O problema não estaria na impossibilidade de mútua compreensão, ou na possibilidade de os cidadãos de uma sociedade pluralista terem uma linguagem comum ou um vocabulário valorativo suficientemente comum no qual levam adiante suas discussões públicas, mas, ao contrário, no acordo racional, ou seja, na possibilidade de os cidadãos não apenas entenderem as razões uns dos outros, mas também de acessarem sua contingência mais ou menos da mesma forma. Para ele, há discordância mesmo com relação aos cidadãos com os quais nos entendemos, quando, por exemplo, damos pesos diferentes às mesmas razões.

3.5 A conclusão de McCarthy

Em sua conclusão, McCarthy (1996, p. 1121) entende que há uma tensão na visão de Habermas de que, por um lado, o aspecto ético-político figura na aceitabilidade racional de leis e políticas concretas e na sua concepção de que, por outro lado, a legitimidade está fundada em um consenso procedimental alcançado através de discursos e negociações. Para ele, Habermas resolve essa tensão acreditando na possibilidade em princípio de os cidadãos concordarem com procedimentos democráticos que asseguram a imparcialidade e, com isso, obter, para os resultados procedimentalmente corretos, o reconhecimento intersubjetivo de sua presunção de racionalidade. Para McCarthy, Habermas crê que “aquilo que cidadãos devem pressupor como participantes em um discurso racional, eles também podem sustentar como observadores de sociedades e políticas”⁵⁶. (tradução nossa). (MCCARTHY, 1996, p. 1121)

⁵⁶ what citizens must presuppose as participants in rational discourse, they can also maintain as observers of societies and politics.

McCarthy (1996, p. 1121) argumenta, contra isso, que tanto como observadores quanto como participantes reflexivos os cidadãos devem reconhecer a possibilidade de haver desacordos razoáveis, e que só se pode saber se o consenso é possível ou não *a posteriori*, e levando em consideração cada caso particular, tendo em vista o sucesso ou falha em chegar ao entendimento. Sobre sua proposta de que a assunção do ponto de vista de observadores é importante para que se tenha clareza quanto à dimensão dos conflitos sobre orientações valorativas divergentes, ele já havia se posicionado na primeira elaboração de sua crítica, no seguinte sentido:

Eu quero sugerir que a perspectiva dos participantes, as pressuposições subjacentes das quais a pragmática de Habermas busca reconstruir, deve ser consistentemente combinada com a perspectiva do observador. Considere-se, a título de discussão, que a última revela algo como a pluralidade irreduzível de pontos de vista valorativos e interpretativos que eu delineei acima. Considere-se também que esse pluralismo é encontrado, da perspectiva do observador, na raiz de muitas disputas políticas irretratáveis⁵⁷. (tradução nossa) (MCCARTHY, 1991, p.195).

Este autor lembra que, para Habermas, quando não se atinge um consenso em questões políticas, tanto no caso de estarem em jogo interesses conflitantes quanto no caso de haverem desacordos ético-políticos, elas são resolvidas através de compromissos negociados. Para serem equânimes, tais compromissos devem assegurar um equilíbrio adequado do poder através de regulamentações que possam ser acordadas por todas as partes como participantes em discurso racional. No entanto, McCarthy nota que quando se trata de “valorações fortes”, ou seja, de questões ético-políticas sobre quem nós somos e quem gostaríamos de ser, os cidadãos não estão dispostos a negociar com essas valorações. Ele propõe que os cidadãos tratem tais questões como questões de princípio ou questões de integridade (Dworkin, 1999, p. 271) e que ajam como co-associados voltados para a comunidade, e não como pessoas que estrategicamente visam maximizar utilidades. (MCCARTHY, 1996, p. 1122).

⁵⁷ I want to suggest that the participant's perspective, the underlying presuppositions of which Habermas's pragmatics aims to reconstruct, has to be consistently combined with the perspective of the observer. Assume for the sake of argument that the latter reveals something like the irreducible plurality of evaluative and interpretive standpoints that I sketched above. Assume further that this pluralism is found, from the observer's perspective, to be at the root of many intractable political disputes.

Para McCarthy, se o consenso é inatingível e a barganha estratégica é inaceitável, deve-se recorrer a outros mecanismos de tomada de decisão democrática, como a regra majoritária. Esta, entretanto, não deve ser compreendida como Habermas a compreende, isto é, como uma interrupção temporária em um processo argumentativo contínuo que ao longo do tempo levará a um consenso geral, mas pode também ocorrer que os participantes concluam, baseando-se em argumentos racionais, que não é possível chegar a um acordo, porque

as partes opostas simplesmente têm visões diferentes de significado e valor da vida – visões que estão enraizadas em diferentes formas de vida e experiências históricas - e que eles não poderiam concordar eticamente sem deixar de ser quem são.⁵⁸ (tradução nossa) (MCCARTHY, 1996, p. 1121).

McCarthy (1996, p. 1123) entende necessário retrabalhar a Teoria Discursiva do Direito (a noção de política deliberativa) no que se refere à justificação da aceitabilidade racional dos resultados obtidos através da regra majoritária, compreendida como um procedimento democrático legítimo de tomada de decisão.

McCarthy propõe que Habermas adote uma concepção mais estrita de procedimentalismo, segundo a qual a legitimidade dos resultados se deve apenas ao fato de sua correção formal, ou seja, somente porque os participantes aceitaram as regras que regem os procedimentos como equânimes, independentemente da aceitação racional dos fundamentos substantivos que motivaram o resultado. McCarthy afirma que “a aceitação racional não tem aqui o sentido cognitivo de sucumbir à força do melhor argumento” (MCCARTHY, 1996, p. 1123). No entanto, ele reconhece o lugar privilegiado que possui a discussão institucionalizada, pois é apenas nela e através dela que se pode articular e testar diferenças éticas, e daí é que elas se mostrarão ou não discursivamente insolúveis.

A outra proposta de McCarthy (1996, p. 1123) diz respeito a uma possível alternativa razoável ao acordo discursivo, ao consenso hermenêutico e à negociação de compromissos que não seja a regra majoritária. Ele propõe, com base na própria compreensão habermasiana do significado da tolerância e do respeito para os

⁵⁸ the opposed parties simply have different views of the meaning and value of life – views that are rooted in different forms of life and historical experiences – and that they could not agree ethically without ceasing to be who they are.

problemas levantados pelo multiculturalismo, a alternativa da acomodação mútua das diferenças. O elemento da razão prática envolvida aqui seria nos termos da segunda formulação do imperativo categórico kantiano⁵⁹, ou seja, baseando-se no respeito mútuo, na consideração pela humanidade de cada um, mesmo daqueles com os quais não se pode chegar a um acordo universal em questões substantivas de justiça, como requerido pela primeira formulação.

Para McCarthy (1996, p. 1124) essas considerações terão grande importância no desenvolvimento da Teoria Discursiva do Direito por Habermas. Embora ele reconheça que não existe um substituto que ofereça o efeito que a suposição de acordos razoáveis possui nos processos de tomada de decisão democrática, ele entende que os processos e estruturas da vida pública democrática devem também refletir uma consciência de que em sociedades pluralistas democráticas, em princípio, são também possíveis desacordos éticos persistentes. Nesses casos, os recursos culturais e arranjos institucionais devem ser diferentes daqueles estabelecidos para lidar com domínios em que há uma única resposta correta.

Segundo o autor, deve-se buscar analisar um diálogo ético-político que se destina às formas de acomodação mútua que permitem haver desacordos razoáveis.

Podemos imaginar culturas que alimentam valores e virtudes correspondentes, e práticas que são predicativas não apenas no sentido de uma resposta correta, mas em respeito por, e um desejo de acomodar as, diferenças inelimináveis. Nós podemos imaginá-las porque nós já confiamos nelas em áreas de nossa própria vida onde é importante para nós manter relações harmoniosas, cooperativas e mutuamente suportáveis com pessoas com quem nós não concordamos sempre, quem nós não podemos sempre convencer ou ser convencidos, e quem nós não queremos simplesmente superar em esperteza. Em democracias multiculturais, eles vão inevitavelmente ter um largo papel na vida política⁶⁰. (tradução nossa) (MCCARTHY, 1996, p. 1124-5).

⁵⁹ “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim, e nunca simplesmente como meio.” (KANT, 2002, p.69).

⁶⁰ We can imagine cultures that nourish the corresponding values and virtues, and practices that are predicated not on the assumption of one right answer but on respect for, and a desire to accommodate, ineliminable difference. We can imagine them because we already rely upon them in areas of our lives where it is important for us to maintain harmonious, cooperative, and mutually supportive relations with people with whom we do not always agree, whom we cannot always convince or be convinced by, and whom we do not want simply to outsmart. In multicultural democracies, they will inevitably play a larger role in political life as well.

No mesmo Simpósio realizado na *Cardozo School of Law*, Habermas teve a oportunidade de responder às críticas formuladas por McCarthy. Essa resposta, a compreensão habermasiana acerca de quais contribuições os apontamentos de McCarthy trouxeram ao desenvolvimento da Teoria Discursiva do Direito, bem como os pontos onde houve mal-entendidos por parte de McCarthy, será objeto do próximo capítulo.

4 RESPOSTA DE HABERMAS ÀS CRÍTICAS DE MCCARTHY

Habermas respondeu às críticas formuladas por McCarthy em ensaio publicado no Brasil como um capítulo do livro **A inclusão do outro: estudos de teoria política** (HABERMAS, 2004a) e denominado “Apêndice a Facticidade e Validação: réplica às comunicações em um simpósio da Cardozo Law School” (HABERMAS, 2004a, pp. 309-397).

Para Habermas (2004a, p.319), as críticas de McCarthy partem do problema de que em relação às questões políticas, os aspectos do bom (ético) e do justo (moral), não podem ser distinguidos na prática, ou seja, ambos os aspectos estão relacionados de forma interdependente o mesmo problema, a saber, “quais normas os cidadãos desejam adotar para regular sua vida juntos.”

McCarthy constata de início que, segundo Habermas, as sociedades modernas se fundam em direitos subjetivos que garantem a cada indivíduo a possibilidade de buscar realizar seu projeto de vida pessoal. Esses direitos asseguram o tratamento igualitário e a defesa da integridade dos sujeitos de direito. No entanto, nessas sociedades cresce em número e complexidade a necessidade de interação entre pessoas de origens sócio-culturais muito diferentes que adotam as mais diversas concepções sobre a vida. Isso exige que os indivíduos abstraíam dessas diferenças para que possam entender-se ou coexistir de forma pacífica em igualdade de direitos. Para Habermas, a defesa da integridade dos indivíduos, que se encontra entrelaçada com identidades coletivas, depende da defesa daqueles contextos de vida e experiência formadores e estabilizadores das identidades individuais. Ele esclarece que a impossibilidade de se barganhar ou negociar nos conflitos acerca de orientações valorativas fortes é que leva McCarthy a abordar justamente tais conflitos para defender sua tese de que existe nas sociedades multiculturais muito mais possibilidade de desacordos ético-políticos do que de consenso sobre esse tema, bem como a sua proposta, para ele necessária, de reformular a compreensão da política deliberativa de Habermas no que tange ao papel da auto-compreensão ética de uma comunidade para a legitimidade democrática, no sentido de integrar a noção do que seja considerado o

bem para os cidadãos de uma comunidade jurídica na concepção de legitimidade das leis produzidas no processo democrático.

A questão proposta por McCarthy de que não seria possível distinguir entre o justo e o bem na resolução de questões políticas práticas foi também objeto de crítica de autores como Bernstein (1996) e de Michelman (1996). A resposta de Habermas a essas críticas, desenvolvida no primeiro ponto do citado ensaio, será retomada no próximo ponto (4.1) apenas na medida em que ela contribui para a compreensão de sua resposta a McCarthy. A resposta às críticas específicas de McCarthy são objeto dos pontos seguintes.

Como veremos, após retomarmos as respostas de Habermas a Bernstein e a Michelman, Habermas divide seu argumento em quatro partes, a fim de enfrentar as objeções de McCarthy. Na primeira, ele aborda duas máximas utilizadas no âmbito do Estado de Direito para neutralizar conflitos de valores, quais sejam: (a) a garantia da coexistência em igualdade de direitos e (b) a legitimação assegurada por procedimentos. Na segunda parte, ele pretende esclarecer (a) as questões acerca da existência, no âmbito estatal, de dois planos distintos de integração ética, (b) a questão acerca do conceito processual de identidade coletiva e (c) a questão sobre a impregnação ética do Estado de direito. Segundo Habermas, as controvérsias entre ele e McCarthy se devem, em grande parte, ao fato de que McCarthy compreende mal estes conceitos. Em seguida, ele discute a alternativa proposta por McCarthy de acomodação mútua de diferenças acerca de orientações valorativas, sem que se busque um consenso racional em tais questões. Finalmente, Habermas propõe uma reflexão sobre a premissa da *“única resposta correta”*, que ele entende ser o ponto realmente problemático de suas divergências com McCarthy. Nos pontos seguintes serão desenvolvidos os argumentos de Habermas no que concerne à sua resposta às críticas de McCarthy.

4.1 Primazia do justo sobre o bem

O questionamento acerca da distinção ou não entre a noção do justo e as concepções do que seja o bem é objeto de análise crítica por Bernstein e Michelman sob ênfases diferentes. De um lado, Bernstein possui uma visão de um pragmatismo de cunho aristotélico, e de outro, Michelman aborda a questão da perspectiva da teoria republicana do direito.

As questões levantadas por Bernstein dizem respeito (a) à neutralidade do procedimento que em verdade dependeria de um *ethos* democrático e (b) à distinção entre questionamentos éticos e morais. Michelman, por sua vez, critica o (c) conceito de eticidade pós-tradicional, o qual teria a função de construir um contexto formador de motivos que fosse favorável à percepção adequada do conceito de cidadania.

(a) De acordo com Habermas (2004a, p. 311), Bernstein acredita que a suposição de que os resultados racionais da formação democrática da opinião e da vontade só poderão ser fundamentados por procedimentos e pressupostos comunicativos se a motivação dos cidadãos estiver apoiada em um *ethos* democrático, ou seja, se tal motivação se apoiar em virtudes civis. Para Habermas, uma leitura atenuada dessa concepção não contraria a perspectiva desenvolvida por sua Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, segundo a qual o sistema político constituído sob a forma de Estado de Direito depende de uma cultura política liberal e de uma população acostumada à liberdade. Existe um vínculo interno entre a política deliberativa e os contextos de um mundo da vida transigente (no sentido da eticidade pós-convencional) e racionalizado.

Habermas (2004a, p.312) explica a necessidade de abrigar o patriotismo constitucional⁶¹ no processo democrático em razão de os direitos políticos fundamentais, na medida em que podem ser entendidos como direitos subjetivos, permitem aos cidadãos do Estado a livre decisão acerca do modo como irão fazer uso de seus direitos de participação e comunicação. Não é possível que a orientação ao bem comum seja imposta como obrigação jurídica aos cidadãos. No entanto, essa orientação mostra-se necessária para a legitimação da atividade legislativa democrática (via processos para se chegar a um acordo mútuo acerca das normas que irão reger a convivência dos cidadãos do Estado). Assim, a legitimidade democrática depende dos

⁶¹ Sobre a compreensão habermasiana de “patriotismo constitucional” veja-se ponto 4.3.1 *infra*.

cidadãos fazerem um uso de suas liberdades comunicativas visando atingir um acordo mútuo, e não apenas de sua atuação em prol de seus próprios interesses. Nesse sentido, Habermas (2000b, p. 527) afirma:

Nas ordens jurídicas modernas, por boas razões os direitos políticos de participação e comunicação têm a forma de direitos público-subjetivos, que podem ser interpretados pelos cidadãos como liberdades. Os cidadãos de um Estado democrático são livres para decidir quando e como eles podem fazer uso de seus direitos políticos. Em qualquer caso, o respeito ao bem comum pode apenas ser recomendado, mas não pode ser imposto com obrigação. Não obstante, o processo democrático depende da disposição pública e de um senso de solidariedade, porque a legislação deriva sua força legitimadora apenas do entendimento discursivo, por parte dos cidadãos, das normas de sua vida comum. O paradoxo da geração da legitimidade a partir da mera legalidade apenas pode ser resolvido se uma cultura política liberal encoraja seus cidadãos a não permanecer na posição de atores do mercado auto-interessados, mas antes, a fazer uso de suas liberdades políticas de uma maneira orientada para o entendimento mútuo. Cláusulas de solidariedade, então, baseiam-se na tentativa sensível de compensar um déficit inevitável nas obrigações jurídicas dos cidadãos advertindo-os para um “uso público da razão”.⁶² (tradução nossa).

A leitura de Bernstein, que para Habermas é uma leitura clássica-republicana, deposita a responsabilidade pela legitimação do direito das democracias modernas nas virtudes cívicas dos cidadãos que convivem no interior de um Estado. Para a concepção desenvolvida pela Teoria do Discurso, no entanto, a orientação voltada ao bem comum e desenvolvida no processo democrático não necessita apoiar-se somente nessas virtudes, mas é transferida para os procedimentos e formas de comunicação da formação política da opinião e da vontade e encontra-se alocada no plano social da aquisição e processamento de informações. Os processos decisórios e deliberativos devem ser capazes de filtrar os temas, contribuições, razões e informações de tal forma que nos discursos e negociações para a tomada de decisão só entrem aqueles

⁶² In modern legal orders, for good reasons the political rights of participation and communication take on the form of subjective-public rights, which can be interpreted by citizens as liberties. Citizens of a democratic state are free to decide when and how they can make use of their political rights. In any case, respect for the common good can only be recommended, but it cannot be made into a duty. Nonetheless, the democratic process depends on public spiritedness and a sense of solidarity because legislation derives its legitimating power only from the citizens' discursive understanding of the norms of their common life. The paradox of generating legitimacy out of mere legality can only be solved if a liberal political culture encourages its citizens not to remain in the position of self-interested market actors, but rather to make use of their political liberties in a manner oriented toward mutual understanding. Solidarity clauses therefore rest on the sensible attempt to make up for an unavoidable deficit in the legal obligations of citizens by admonishing them to a “public use of reason”.

argumentos que forem relevantes. Para Habermas (2004a, p.312), um sentido plausível (ou realista) da autodeterminação democrática deve substituir a imputação de virtude pela racionalidade, mesmo no plano das explicações normativas.

A Teoria do Discurso reconhece, como a tradição republicana, a centralidade do processo de formação da opinião e da vontade política como constitutivo da autonomia pública dos cidadãos. No entanto, a teoria do discurso entende que a racionalidade dos resultados obtidos no processo político de formação da opinião e da vontade não decorre de um auto-entendimento ético de uma comunidade concreta, ou seja, a eficiência da razão prática é deslocada das mentes e corações dos cidadãos para as formas deliberativas da política. Habermas (2004a, p. 313) adverte que:

Esse procedimentalismo não significa, como pensa Bernstein, uma neutralização normativa da práxis de autodeterminação dos cidadãos. Mesmo que com toda certeza os procedimentos e processos não se sustentem a si mesmos, mas tenham de estar alojados em uma cultura política favorável à liberdade, a expectativa normativa de criação legítima do direito vincula-se sim ao arranjo comunicativo e não à competência dos agentes envolvidos. Mas esse modo de criação do direito, ao qual cabe assegurar a todos igual autonomia, mantém um forte teor normativo. O procedimento democrático fundamenta uma suposição de racionalidade, no sentido de que acena com resultados neutros, isto é, imparciais: a racionalidade procedimental deve garantir justiça no sentido da regulamentação imparcial de questões práticas.

(b) A segunda crítica desenvolvida por Bernstein refere-se à compreensão de justiça política ligada à concepção procedimentalista. De acordo com Habermas, tal noção de justiça, que busca regulamentar questões práticas de forma imparcial, é formulada para não se restringir ao *ethos* concreto de uma determinada comunidade jurídica, nem à interpretação de mundo articulada por determinada tradição ou forma de vida. A distinção entre questões morais, relativas à regulamentação que leva em conta o igual interesse de todos os envolvidos, e questões éticas, referentes à regulamentação que assegura a identidade de indivíduos ou grupos no que respeita à forma de vida que levam e pretendem levar, visa esclarecer esse sentido da justiça política. As respostas a tais questões são formuladas a partir de pontos de vista distintos: as respostas sobre questões relativas ao bem viver são dadas da perspectiva da primeira pessoa (singular ou plural); as respostas sobre questões de justiça exigem

a consideração equânime e imparcial das perspectivas de interpretação de mundo (e de si mesmos) de todos os envolvidos. (HABERMAS, 2004a, p.312).

Habermas (2004a, p. 314) explica, por um lado, que tanto questões morais quanto questões éticas só podem ser respondidas com base em um contexto dado de antemão; no entanto, em relação às questões de auto-entendimento ético-político, essa referência se coloca a partir do âmbito do horizonte de uma história de vida pessoal, enquanto nas questões morais encontra-se a referência a uma forma de vida intersubjetivamente partilhada. Por outro lado, as questões éticas também exigem um posicionamento reflexivo que seja capaz de enfrentar os interesses e imperativos para a ação que se impõem de forma imediata, de assumir uma atitude de problematização frente ao fluxo da vida e de distanciamento em relação aos nossos processos de formação vital. Esse distanciamento, entretanto, difere em profundidade daquele que praticamos na reflexão moral, pois nesta assumimos um posicionamento hipotético em face das pretensões de validade de normas em particular que se tornaram problemáticas.

Polêmica é apenas a pergunta sobre se podemos propor e responder a questões morais tão-somente no interior do horizonte de nossas respectivas auto-compreensão e compreensão de mundo eticamente articuladas e portanto particulares, ou se, à medida que consideramos algo sobre um ponto de vista moral, procuramos ampliar esse horizonte de interpretação, e de forma tão radical que ele se “funde” aos horizontes de outras pessoas. (HABERMAS, 2004a, p.314).

Para Habermas (2004a, p. 315), a questão proposta por Bernstein, acerca de nossas responsabilidades com aqueles que não pertencem aos grupos formadores de nossa identidade⁶³, significa que as questões de justiça que propomos são colocadas

⁶³ Se eu tomo minha própria história de vida como um judeu ou um americano – ou como uma das outras formas nas quais eu identifico a mim e às minhas histórias de vida – eu certamente não vou me restringir a questões concernentes a meus companheiros judeus, americanos, etc. Eu quero também compreender minhas responsabilidades e obrigações para com aqueles que não são membros dos grupos identificados. Precisamente porque eu posso distanciar-me da minha história de vida que eu posso engajar-me na reflexão crítica sobre o que significa ser um americano, um judeu, um nova-iorquino, etc. É completamente artificial e arbitrário sugerir que quando eu levanto questões mais universais, eu estou mudando para um tipo diferente de discurso com uma lógica de argumentação diferente. (tradução nossa). (BERNSTEIN, 1996, pp. 1143-4).

[If I take my own life history as a Jew or as an American – or as many of the others ways in which I identify myself and my life histories – I certainly do not restrict myself to questions concerning my fellow Jews, Americans, etc. I want also to understand my responsibilities and obligations to those who are not

da perspectiva de uma determinada pessoa com determinada auto-compreensão e compreensão de mundo, e que é a partir deste horizonte que compreendemos tais questões. No entanto, Habermas pergunta se seria possível responder de forma adequada às questões morais no interior desse horizonte. Quando está em jogo a legitimidade de expectativas e reivindicações que nos são colocadas como pessoas alheias à determinada situação, e não como participantes dela, não é o caso de se considerar o que é “bom” para nós como membros de uma coletividade caracterizada por um *ethos* próprio, mas do que se considera “correto” para todos. Não importa se esse “todos” se refere aos membros do universo de sujeitos capazes de ação e do uso da linguagem ou aos co-associados (cidadãos) de uma comunidade jurídica.

Ao julgar essas questões de justiça, procuramos uma solução imparcial, em relação à qual todos os participantes (e atingidos) não tivessem saída senão manifestar sua concordância, depois de muito ponderar sobre ela, no contexto de um diálogo isento de coerções e mantido sob condições simétricas de reconhecimento recíproco. (HABERMAS, 2004a, p. 314).

Habermas (2004a, p. 316) esclarece que frente à questão de como responder de modo satisfatório às questões morais existem três posições. A primeira delas postula que cada conceito de justiça está entrelaçado a uma determinada noção de bem e, assim, o julgamento de questões morais se dará sempre dentro do horizonte, já estabelecido, da respectiva auto-compreensão e compreensão do mundo. O acordo entre as diferentes partes seria possível somente se alguma delas abrisse mão de suas convicções. A segunda posição, defendida por Rawls (2000; 2003), entende que é possível haver um comportamento tolerante das diferentes visões de mundo em sua relação com outras, em função de que elas teriam, desde sua origem, um teor universalista. Dessa forma, seria possível se chegar a um consenso racionalmente motivado acerca de questões “morais” (questões de justiça política, segundo a terminologia de Rawls), ainda que a aceitação de soluções idênticas se dê, em cada caso, com base em razões distintas (*consenso por sobreposição*). De acordo com a terceira posição, defendida pela Teoria do Discurso, a distinção entre questões éticas e

members of the identified group. It is precisely because I can distance myself from my life history that I can engage in the critical reflection of what it means to be an American, a Jew, a New Yorker, etc. It is completely artificial and arbitrary to suggest that when I ask more universal questions I am shifting to a different type of discourse with a different logic of argumentation.]

questões morais é introduzida, afirmando a primazia do justo sobre o bem, a fim de que a lógica própria das questões de justiça exija uma ampliação progressiva de horizontes, de modo que os participantes do discurso possam, a partir de sua respectiva visão de si e do mundo, referir-se a um ponto de vista moral compartilhado, que leva a uma crescente assunção das perspectivas dos outros a fim de aprender com eles.

Para Habermas (2004a, p.316), é possível verificar a importância da distinção entre questões éticas e morais

quando se consideram as discussões ocorridas hoje no âmbito do “multiculturalismo”, bem como os esforços de paz ante os conflitos étnicos na Europa Oriental e Meridional – ou ainda o exemplo da Conferência de Direitos Humanos de Viena, em que representantes asiáticos e africanos discutiram com representantes das sociedades ocidentais a interpretação dos direitos fundamentais (ou ao menos tidos como fundamentais).

(c) Habermas e Michelman possuem muitas afinidades. No entanto, as críticas deste àquele referem-se a uma apreensão exata do conceito de moralidade (*Sittlichkeit*) pós-convencional, o qual possuiria a função de produzir um contexto motivacional favorável à percepção adequada dos direitos de cidadania. Para Habermas (2004a, p. 317), é a referência aos princípios constitucionais, de caráter universalista e garantidores da igualdade de direitos, que é capaz de formar uma consciência cívica compartilhada em sociedades pluralistas. E embora os Estados modernos sejam diferentes uns dos outros, mesmo em sua estruturação institucional, eles podem ser compreendidos como Estados Democráticos de Direito em função da implementação de direitos fundamentais, que possuem um teor universalista, ainda que nos diferentes contextos de justificação constitucional eles tenham interpretações diversas.

Michelman argumenta que a referência a discursos que traduzem a auto-compreensão ética de uma comunidade no momento da justificação das normas jurídicas negaria a necessidade de avançar num horizonte da moral universalista, que por definição seria descontextualizada. Para Habermas, no entanto, o exemplo trazido por Michelman sobre as diferentes interpretações dadas por tribunais dos Estados Unidos e do Canadá acerca dos “discursos de ódio”, que refletiria a vinculação dos elaboradores da constituição, bem como de seus aplicadores, a uma tradição jurídica

eticamente impregnada⁶⁴, permite outra interpretação, que por sua vez é fornecida por Habermas (2004a, p. 318), nos seguintes termos:

O mesmo princípio (universal) de liberdades iguais para todos, baseando-se em variantes – algo diferentes – de discursos de justificação constitucional originária, prevalece em ambos os países, que têm histórias culturais e éticas diferentes. As diferenças doutrinárias que observamos são variantes aplicacionais secundárias que refletem (o que é provavelmente) uma combinação de diferentes tradições legais e diferentes fatos sociais do momento.

4.2 Neutralização de conflitos de valor

Uma vez recuperadas as respostas de Habermas às críticas formuladas por Bernstein e Michelman, naquilo que interessa à discussão com McCarthy – ou seja, a distinção entre o justo e o bem, assim como a primazia do primeiro sobre o segundo -,

⁶⁴Nos Estados Unidos hoje em dia, por exemplo, o direito constitucional protege fortemente a liberdade de declarar discurso de ódio racista. No Canadá, isso não acontece. Considere dois relatos argumento-teoréticos alternativos dessa situação:

1. A mesma (universal) liberdade do Direito Constitucional, baseada no mesmo (universal) discurso de justificação, prevalece em ambos os países; as diferenças doutrinárias que observamos são variações aplicacionais secundárias que refletem fatos sociais locais diferentes no momento;

2. Em dois países que têm histórias sociais, culturais e éticas razoavelmente diferentes, dois discursos razoavelmente variantes de justificação constitucional-legal originária correspondentemente se desenvolvem ao longo do tempo histórico. Qual formulação parece inicialmente provável de levar vantagem?

Em suma, é o direito de que falamos. O direito é um domínio inevitavelmente institucional. Dentro do sempre já institucional domínio do direito, normas projetadas por um poder constituinte devem satisfazer simultaneamente a fortes requisitos de justificabilidade discursiva e concretude justiciável [sujeita a normas jurídicas]. Mesmo se a justificação discursiva em geral necessite conceitualmente de transcender todo o contexto ético, a justificação daquilo que já é compreensível como justiciavelmente concreto não pode fazer isso de modo concebível. (tradução nossa). (MICHELMAN 1996, p.1177).

[In the United States today, for example, constitutional law strongly protects freedom to utter racist hate speech. In Canada, it does not. Consider two alternative argument-theoretic accounts of this situation:

1. The same (universal) constitutional law freedom, resting on the same (universal) discourse of justification, prevails in both countries; doctrinal differences we observe are secondary applicational variances reflecting differing local social facts at the moment.

2. In two countries having somewhat differing social, cultural, and ethical stories, two somewhat variant discourses of originary constitutional-legal justification correspondingly develop over historical time. Which formulation seems initially likely to have the advantage?

In sum, it is the law of which we speak. Law is an ineluctably institutional domain. Within the always already institutional domain of law, norms projected by a constituent power have to satisfy simultaneously strong requirements of discursive justifiability and justiciable concreteness. Even if discursive justification in general must in concept transcend all ethical context, justification of what is already apprehensible as justiciably concrete cannot conceivably do so.]

cabe, agora, reconstruir a sua réplica a McCarthy. Em sua resposta a McCarthy, e assim como ele, Habermas (2004a, p.321) restringe sua argumentação aos conflitos de valor resultantes das interações, existentes em sociedades multiculturais, entre indivíduos que adotam diferentes orientações valorativas (devido à sua condição de integrante de determinada forma de vida), as quais muitas vezes são incompatíveis entre si. Para ele, o Estado Democrático de Direito possui recursos limitados para a neutralização normativa das diferenças resultantes dos conflitos de valor. Na primeira parte de sua argumentação, Habermas se atém a dois deles: (a) garantia da coexistência em igualdade de direitos e (b) legitimidade assegurada mediante procedimentos.

4.2.1 Coexistência em igualdade de direitos

Para desenvolver sua argumentação, Habermas (2004a, p.321) supõe que em uma sociedade pluralista constituída sob a forma de Estado de Direito não seria possível regulamentar uma situação eticamente controversa, tal como o aborto ou a eutanásia, de um ponto de vista marcado pela auto-compreensão própria de uma forma de vida determinada. O fato de as descrições de tais situações, desenvolvidas em discussões públicas, estarem entrelaçadas com a auto-compreensão das diversas confissões, comunidades interpretativas ou sub-culturas impediria que se chegasse a uma versão neutra dessas situações polêmicas, no que se refere a uma visão de mundo.

Habermas (2004a. p.322) entende que uma regulamentação neutra de tais situações será aquela que puder encontrar, no nível abstrato da coexistência em igualdade de direitos de diferentes comunidades integradas eticamente, o assentimento racionalmente motivado de todos os envolvidos no conflito. Para tanto, os envolvidos precisam alterar a perspectiva de análise, deixando de lado a questão de qual regulamentação seria “melhor para nós”, a partir de sua própria visão, e assumir a

perspectiva moral de qual regulamentação “é igualmente boa para todos”, levando em consideração a exigência da coexistência em igualdade de direitos.

Para Habermas, a dificuldade de McCarthy em aceitar tal abstração deve-se ao fato de que uma regulamentação moralmente aceitável não resolve conflitos de valor, bem como que, já que é aceitável por todos pelas mesmas razões, não significa que qualquer auto-compreensão ética irá suportar da mesma forma as consequências dessa regulamentação. Nesse sentido ele afirma:

A preeminência conceitual do justo sobre o bem significa que uma norma que interessa a todos por igual, pode ocorrer o caso que suponha para os afetados não só uma restrição em geral, mas que, dependendo do grupo de destinatários, também imponha cargas desiguais, que impeçam mais a um grupo de pessoas que a outros conformar sua forma de vida, a algumas pessoas mais que a outras perseguir suas metas vitais individuais. Uma regulamentação liberal do aborto impõe aos crentes católicos, e em geral aos partidários de uma posição *Pró-vida* com base religiosa ou cosmovisiva, uma carga maior que ao cidadão secular, que inclusive quando não apóia a posição *pró-escolha* pode viver com menor dor com a idéia de que o direito à vida do embrião sob determinadas circunstâncias pode ser sobrepujado pelo direito de auto-determinação da mãe.⁶⁵ (tradução nossa) (HABERMAS, 2007, p. 289-90).

O que se exige, em prol da coexistência pacífica de diferentes formas de vida em igualdade de direitos, é que aqueles que suportam um ônus maior devido à regulamentação eticamente neutra tolerem o comportamento que recebeu o aval jurídico, mesmo que isso implique, em parte, uma ofensa à sua integridade, a fim de manter intacto o fundamento de respeito recíproco dos sujeitos de direito entre si.

4.2.2 Legitimação mediante procedimentos

⁶⁵ La preeminencia conceptual de lo justo sobre lo bueno significa que una norma que interesa por igual a todos, puede darse el caso que suponga para los afectados no sólo una restricción en general, sino que, dependiendo del grupo de receptores, también imponga cargas desiguales, que impidan más a un grupo que a los otros conformar su forma de vida, a algunas personas más que a otras perseguir sus metas vitales individuales. Una regulación liberal del aborto impone a los creyentes católicos, y en general a los partidarios de una posición Pro-life, con base religiosa o cosmovisiva, una carga mayor que al ciudadano secular, que incluso cuando no apoya la posición Pro-choice puede vivir con menor dolor con la idea de que el derecho a la vida del embrión bajo determinadas circunstancias puede ser sobrepujado por el derecho a la autodeterminación de la madre.

Partindo da observação de que em sociedades constituídas de forma heterogênea dificilmente se chegará a um consenso acerca de conflitos decorrentes de orientações valorativas divergentes (conflitos que se apresentam também na resolução de questões morais), mesmo depois de debates conduzidos de maneira suficientemente discursiva, Habermas (2004a, p. 324) procura entender a questão de “por que razão, em face de um dissenso contínuo, os participantes do processo democrático ainda deveriam orientar-se por um objetivo tão questionável quanto o de um comum acordo a princípio possível?”, questão essa estabelecida por McCarthy.

Para responder a essa pergunta, Habermas entende necessário esclarecer: (a) por que é necessária a premissa de uma única resposta correta e (b) como se pode conciliá-la com a evidência preponderante de um dissenso permanente.

(a) Para responder à questão acerca de porque é necessária a premissa da única resposta correta, Habermas (2004a, p.326) pretende esclarecer, em primeiro lugar, de que maneira uma formação discursiva da opinião e da vontade confere legitimidade ao direito positivo. Habermas parte da consideração de que o Estado Democrático de Direito constitui uma ordem legítima que possibilita a produção de direito legítimo em geral. Isso pressupõe que é possível chegar a um acordo quanto a questões políticas. O comum acordo entre os participantes do processo democrático constitui uma alternativa à imposição dos interesses dos mais fortes na medida em que estes aceitem como legítimos, direta ou indiretamente, os resultados de um debate político. É possível se chegar a esse acordo mútuo não-violento tanto através de regras reconhecidas como justas e honestas utilizadas para se chegar a acordos quanto através de normas para se negociar compromissos de forma que estes possam ser considerados equânimes. Além disso, esse acordo mútuo abrange “consensos e resoluções que se sustentam sobre o reconhecimento racionalmente motivado de fatos, normas, valores e suas pretensões de validade, bem como procedimentos de formação discursiva da opinião e da vontade (incluindo decisões sustentadas em argumentação).” (HABERMAS, 2004a, p.324).

Neste acordo mútuo os participantes estão amparados por uma base comum que consiste em que todos os cidadãos possam aceitar, pelas mesmas razões, a legitimidade da Constituição e a força legitimadora do processo democrático, porque os

procedimentos asseguram institucionalmente a liberdade de expressão da vontade, acompanhados da suposição de racionalidade, de modo que o acordo seja construído discursivamente.

Para Habermas (2004a, p.325), McCarthy baseia o acordo mútuo no *ethos* político internalizado de maneira direta (imediata), isto é, na possibilidade de justificação direta de todas as normas jurídicas. Isso gera a crítica de que as razões determinantes do acordo mútuo perderiam sua força de convencimento fora do âmbito do Estado em que foram instituídas. Além disso, uma vez que McCarthy nega a possibilidade de haver consenso em relação a valores em sociedade multiculturais, e espera por conflitos permanentes acerca de orientações valorativas, para ele a controvérsia sobre o auto-entendimento ético-político de uma nação constituída sob a forma de Estado Democrático seria insolúvel, por uma questão de princípio.

A concepção da Teoria Discursiva do Direito entende que as questões de justiça devem poder tanto transcender a auto-compreensão ética de formas de vida divergentes quanto atuar sobre os conflitos de valor existenciais em meio a todas as questões políticas, a fim de que se possa esperar uma mediação racionalmente motivada. A compreensão dos conflitos políticos como portadores de uma natureza essencialmente ética transforma a política em uma esfera do dissenso, que pode, então, ser racionalmente esperado. A assunção de uma outra perspectiva que não seja a dos envolvidos, a partir da qual eles pudessem ultrapassar a perspectiva dos participantes em conflitos de valor, como a perspectiva da justiça, por exemplo, é que possibilita uma resposta acerca de como solucionar as contendas políticas entre os membros das coletividades cuja disputa é perpassada por conflitos de valor irresolúveis. A defesa da política deliberativa e da existência de um fundamento de legitimidade para o Estado Democrático de Direito requer que os envolvidos em discursos políticos pressuponham a possibilidade de que a resolução de problemas políticos e jurídicos possa ter uma solução correta e que, ainda que cientes do caráter falibilista de suas resoluções, os envolvidos se engajem na busca pela resolução de problemas passível de comprovação baseada em fundamentos. (HABERMAS, 2004a. p.326)

De acordo com Habermas (2004a, p.326), uma outra alternativa que ofereça uma descrição empirista dos processos de legitimação, segundo a qual tais controvérsias

poderiam ser solucionadas pela via impositiva, não satisfaz McCarthy. No entanto, os envolvidos não podem ignorar evidências empíricas. Nesse sentido, há propriedade na observação de McCarthy de que o que se sabe sobre o dissenso contínuo a partir de uma perspectiva de observadores precisa ser integrado àquilo que é apenas suposto por pessoas voltadas para o acordo mútuo e envolvidas em discussões políticas. As questões práticas precisam ser decididas, mas de uma tal forma que as decisões possam ser consideradas legítimas.

(b) A exigência de legitimidade que acompanha as decisões políticas é assegurada mediante procedimentos institucionalizados juridicamente. Essa institucionalização fornece aos discursos e negociações a qualidade formal do direito de poder coagir legitimamente e possibilita introduzir coerções decisórias nos processos de aconselhamento democrático, de forma que os resultados ali obtidos tenham a seu favor uma pretensão de racionalidade, ou seja, sem reduzir sua força legitimadora.

Habermas (2004a, p.327) exemplifica a possibilidade da racionalidade procedimental através de um procedimento decisório de particular importância, e criticado pontualmente por McCarthy, qual seja: a regra majoritária. De acordo com Habermas, as decisões democráticas tomadas por maioria interrompem temporariamente um processo argumentativo e seus resultados podem ser aceitos como base de uma práxis obrigatória. As minorias derrotadas na votação não necessitam abrir mão de suas convicções e, não obstante, podem aceitar a opinião da maioria como orientação para sua ação, desde que a discussão possa ser retomada no processo democrático e que permaneça aberta a possibilidade de a minoria vir a convencer a maioria, argumentativamente.

Neste ponto, Habermas (2004a, p.328) recorre a Rawls para afirmar que a regra majoritária deve sua força legitimadora a uma racionalidade procedimental que é, ao mesmo tempo, “imperfeita”, porque o processo democrático permite a suposição de racionalidade de seus resultados, sem que possa garantir a correção dos resultados em si, e “pura”, pois os critérios de correção do processo democrático dependem somente do cumprimento do próprio procedimento.

4.3 Esclarecimentos conceituais

Habermas entende que a divergência entre suas posições e as posições de McCarthy se deve, também, ao fato deste não compreender bem algumas questões. Ele discute três delas, quais sejam: a diferença entre o plano de integração ético-cultural e o plano de integração ético-política, o conceito processual de identidade coletiva e a impregnação ética do Estado de Direito.

4.3.1 Planos de integração ética

No âmbito de Estados nacionais existem pelo menos dois planos juridicamente relevantes de integração ética. No primeiro deles, denominado plano intra-estatal, sub-nacional ou sub-cultural, da integração ético-cultural, os conflitos de valor decorrem da existência de diversas formas de vida e sub-culturas no interior de um Estado que, embora integradas eticamente em um plano subpolítico, são muitas vezes dominadas por uma cultura majoritária que pode impedir um tratamento igualitário aos membros dessas coletividades, e por isso requer uma luta permanente por reconhecimento por parte das minorias. No segundo deles, denominado plano omniestatal ou nacional, da integração ético-política, vinculando todos os cidadãos ao Estado, independentemente de sua herança ética ou cultural, situa-se o que Habermas chama de “patriotismo constitucional”, que

baseia-se na interpretação das reconhecidas proposições fundamentais da constituição, que são universalistas segundo seu teor, e que provém do contexto da respectiva história e tradição nacional. Pois dos cidadãos só se pode esperar uma lealdade constitucional não coagida juridicamente e assentada em motivos e estados de consciência moral, se esses mesmos cidadãos forem capazes de conceber, a partir dos próprios contextos históricos, o Estado democrático de direito como uma conquista sua. Tal patriotismo constitucional só está livre de laivos ideológicos quando os dois planos da integração ética – a omniestatal e a intra-estatal – puderem ser mantidas separadas. Normalmente é preciso lutar em favor desse desacoplamento e opor-se com isso à cultura majoritária. Só então surge um

fundamento motivacional propício às exigências de tolerância resultantes das diferenças sustentadas por via jurídica entre as comunidades eticamente integradas no interior de uma mesma nação. (HABERMAS, 2004a, p.329).

O patriotismo constitucional visa à construção de uma identidade política coletiva, que assegure a dignidade de uma pluralidade de formas de vida, assentando-se sob os princípios do Estado Democrático de Direito, que por sua vez garantem a autonomia pública e privada dos cidadãos. Ele busca formar uma cultura política pluralista através de um processo crítico reflexivo que se apropria do passado, encarando-o com responsabilidade histórica, e assume o compromisso com a construção de um futuro renovado, que se fundamenta no exercício ativo da cidadania, consubstanciada na titularidade de direitos de participação política garantidos constitucionalmente.

A defesa habermasiana do patriotismo constitucional diz respeito à própria construção, ao longo do tempo, de uma identidade coletiva advinda de um processo democrático autônomo e deliberativamente constituído internamente por princípios universalistas, cujas pretensões de validade vão além, pois, de contextos culturais específicos. Em outras palavras, trata-se de uma adesão racionalmente justificável, e não somente emotiva, por parte dos cidadãos, às instituições político-constitucionais - uma lealdade política ativa e consciente à Constituição democrática.

[...]

O patriotismo constitucional, que para Habermas envolve justamente a construção de uma cultura política pluralista com base na Constituição democrática de uma república de cidadãos livres e iguais, é expressão de uma forma de integração social, que se dá, pois, através da construção dessa identidade política pluralista e aberta, que pode ser sustentada por formas de vida e identidades ético-culturais diversas e mesmo divergentes, que convivem entre si, desde que assumam uma postura não-fundamentalista de respeito recíproco, umas com as outras. O que, do ponto de vista particular de cada uma dessas formas de vida, significa que se pode ter os mais diversos motivos para se aderir ao universalismo subjacente ao projeto constituinte do Estado Democrático de Direito, em cada situação histórica concreta. (CATTONI DE OLIVEIRA, *In*: BARRETTO, 2006, p.625).

Através da formação de uma identidade constitucional comum, o patriotismo constitucional pretende ser um meio legítimo para a promoção de integração política, articulando a multiplicidade de sub-culturas na unidade da cultura política. Os cidadãos manifestarão sua adesão aos princípios do Estado Democrático de Direito, de uma maneira autônoma, assentando-a nos pressupostos constitucionais do processo

deliberativo democrático, e não em uma tradição herdada ou em uma homogeneidade ética da comunidade jurídica.

O patriotismo constitucional depende, para sua efetivação, de que os planos de integração ético-cultural e ético-político se mantenham separados. Com isso, é possível haver oposição por parte das minorias a uma cultura majoritária que atue de forma hegemônica, e assim, se possa assegurar o tratamento igualitário entre os membros das diversas sub-culturas. Desse desacoplamento surge um fundamento motivacional para as exigências de tolerância recíproca.

Dessa forma, a Teoria do Discurso reconhece uma dimensão ética, constituída de forma aberta e plural, no Estado Democrático de Direito, cujo centro é formado pelo patriotismo constitucional.

4.3.2 Conceito de identidade coletiva

Habermas manifesta-se contra o risco de se conceber a identidade coletiva como uma ampliação da identidade individual (ou subjetiva), o que foi advertido por McCarthy, no sentido do perigo de se compreender a identidade coletiva dos indivíduos de uma comunidade política como a unificação das vontades individuais, na forma de um macro-sujeito. Habermas observa que a relação entre elas é de complementaridade, pois os indivíduos que compõem a comunidade estatal partilham uma determinada forma de vida política que se articula em uma certa auto-compreensão. Habermas (2004a, p.330) reconhece, entretanto, que no âmbito de uma sociedade pluralista e multicultural o reconhecimento de quem constitui o “nós” de uma comunidade política pode ser uma questão polêmica, tendo em vista que essa questão pode ser proposta em função de diferentes motivos, em diferentes ocasiões e visando a diferentes resultados.

Habermas (2004a, p. 330) entende que a identidade dos indivíduos que compõem o Estado não é apenas herdada por eles, como tradições de que fazem parte, e cuja origem não podem negar, mas na qualidade de cidadãos reflexivos

depende deles escolher a quais tradições dar continuidade e de que maneira e com quais tradições romper. Assim, o conceito de identidade coletiva assume um caráter processual, na medida em que o projeto constitucional é aberto e no qual a melhor interpretação da Constituição permanece no foco dos debates públicos. Nesses debates, os discursos de auto-entendimento ético-político têm o papel de contribuir para uma auto-compreensão autêntica das tradições constitutivas da coletividade política.

Habermas (2004a, p.331) afirma que:

Enquanto princípios constitucionais vigentes continuarem formando o foco comum desses discursos de auto-entendimento talhados segundo as formas de vida da nação como um todo, as interpretações concorrentes também continuarão se sobrepondo de maneira suficiente para assegurar – temporariamente – uma concordância capaz de sustentar a integração ético-política dos cidadãos, mesmo que de maneira difusa. Em todo caso, as discussões sobre temas específicos que concernem à forma de vida comum a uma nação em seu todo vêm se cumprindo mesmo em face desse cenário algo oscilante.

4.3.3 Impregnação ética do Estado de Direito

Habermas (2004a, p.331) reconhece fundamento na crítica de McCarthy de que não é possível distinguir os aspectos pragmáticos, éticos e morais na regulamentação de determinadas matérias legislativas⁶⁶, mas apenas no sentido de que a complexidade das questões políticas exige que elas sejam discutidas sob todos esses aspectos ao mesmo tempo. Assim, para Habermas, são equivocadas as conclusões a que McCarthy chega com a afirmação de que as ordens jurídicas situadas no espaço e no tempo estão impregnadas pela auto-compreensão ética da forma de vida da comunidade

⁶⁶ Habermas já havia revisto essa idéia no Posfácio à 4ª edição de **Facticidade e Validade** (HABERMAS, 2005, pp.650, nota de rodapé), onde ele afirmou: “Normalmente as questões políticas são tão complexas, que hão de ser tratadas simultaneamente sob os aspectos pragmáticos, éticos e morais. Certamente, estes aspectos só podem separar-se analiticamente; por isso pode-se considerar confusa minha tentativa de exemplificar distintas formas de discurso fazendo-as corresponder linearmente a questões concretas.” (tradução nossa).

[“Normalmente las cuestiones políticas son tan complejas, que han de ser tratadas simultáneamente bajo aspectos pragmáticos, éticos y morales. Ciertamente, estos aspectos sólo pueden separarse analíticamente; por eso ha de considerarse confundente mi intento de ejemplificar distintas formas de discurso haciéndoles corresponder linealmente cuestiones concretas”]

política. Isso porque o conteúdo universalista do direito não desaparece ou se dilui com a impregnação ética do Estado de direito.

Mesmo que as diferentes constituições estatais dêem interpretações diferentes ao sistema de direitos fundamentais e que as ordens jurídicas implementem esses direitos em diferentes formas de vida, trata-se do mesmo sistema de direitos (com identidade de sentido), com teor universal. A legitimidade do direito vigente, enquanto aceitação racionalmente motivada, deve estar em consonância com princípios morais.

O teor universalista dos direitos fundamentais não está restrito pela impregnação ética da ordem jurídica estatal; o que ocorre, sim, é que ele perpassa contextos de coloração nacional. Eis a única razão para que a neutralização jurídica dos conflitos de valor, que ademais deixaria a coletividade jurídica em frangalhos, exija que se privilegie o aspecto da justiça. Do ponto de vista normativo as questões de justiça também têm primazia por uma outra razão: há concepções do que seja bom que sancionam relações internas autoritárias. (HABERMAS, 2004a. p.332).

Habermas concorda com a afirmação de McCarthy de que a legitimidade do direito deve ser, ao mesmo tempo, uma realização dos direitos universais e uma expressão de auto-compreensões e formas de vida particulares. No entanto, a tematização da legitimidade do direito, ao mesmo tempo sob os aspectos do justo e do bem, depende de que os argumentos de justiça constituam trunfos, no sentido de Dworkin (1999, p. 268), que impeçam a preponderância de perspectiva interna a uma determinada forma de vida em um contexto que garanta a igualdade de direitos entre as diversas sub-culturas.

4.4 Alternativa de McCarthy

Para Habermas (2004a, p.333), não há univocidade no tratamento que McCarthy dá à questão da possibilidade de fundamentar a precedência do justo sobre o bem. Se o que se tem em conta é uma visão ético-existencial de um projeto de vida pessoal, a “justiça” é considerada um valor que compete com outros valores. Por outro lado, quando o sistema de referência é a práxis de uma sociedade multicultural organizada

sob a forma de Estado de direito, as questões de justiça reclamam uma precedência incondicionada. Para Habermas, embora McCarthy admita isso, este último insiste que mesmo nesse âmbito as questões de justiça não podem ser separadas das questões ético-políticas.

De acordo com Habermas (2004a, p.333), a afirmação de McCarthy (1996, p.1119; 1991, p.192) de que para se saber o que se considera justo é necessário alcançar uma certa medida de concordância sobre o que é considerado bom é correta na medida em que a expressão “*certa medida de concordância*” referir-se “*à exigência funcional de uma sobreposição suficiente das formas de vida sub-culturais*”, pois a integração de uma sociedade multicultural depende de uma cultura política comum.

Tal afirmação de McCarthy, segundo Habermas (2004a, p.333), de um ponto de vista filosófico, permite duas interpretações:

Ou todas as noções de justiça – no sentido de Taylor e MacIntyre – são dependentes, por razões conceituais, do contexto das concepções especiais do que seja bom [...]; e com isso só se poderá chegar a um único fundamento ético em comum sobre o conceito de justiça. Ou então se afirma que todas as elucidações de um conceito universalista de justiça tido em comum têm inevitavelmente de tomar como ponto de partida o horizonte de uma concepção própria do que seja bom, caso a caso.

Essas interpretações permitem que a crítica mútua às diferentes concepções de “justiça” se apóie na premissa de que o conceito geral de justiça pode desenvolver seu teor universalista a partir de um debate discursivo e de modo independente de contexto. (HABERMAS, 2004a, p.334).

Considerando inadequada a explicação da teoria discursiva para as práticas do Estado de direito, McCarthy propõe como alternativa o convívio sem violência que se fundamenta em “reasonable agreements” (“acordos razoáveis”). A aceitação racional de resultados com os quais os membros da comunidade política discordem substantivamente só pode se dar em um sentido indireto, atenuado, como concordância com as normas através das quais se chegou àquele resultado, ou seja, os cidadãos aceitam como justos os procedimentos para a tomada de decisão. Para Habermas, essa forma de legitimidade se parece com a legitimidade procedimental sugerida por ele, pois é dessa forma que se garante a neutralização dos conflitos acerca de

orientações valorativas, inevitáveis em sociedades pluralistas, nas quais convivem diferentes comunidades orientadas por concepções próprias do que seja o bem. Para Habermas (2004a, p. 334), a diferença entre a proposta da Teoria do Discurso e a alternativa proposta por McCarthy se deve ao fato de que para este a aceitação racional não se apóia sobre a força cognitiva do melhor argumento, e em lugar de esperar construir um acordo mútuo entre os cidadãos, ele coloca em cena a tolerância, o respeito mútuo, o cuidado, etc.

Habermas supõe que McCarthy não explicita melhor sua proposta porque lhe falta clareza quanto aos pressupostos cognitivos a serem preenchidos para a exigência racional da tolerância. Para Habermas, na concepção de McCarthy, o consenso sobre a tolerância mútua entre diferentes visões de mundo e formas de vida incompatíveis entre si só poderia ser alcançado sobre uma base comum em favor do *“agree to disagree”* (“concordar em discordar”). No entanto, McCarthy afirma que as questões de justiça não teriam essa base comum. Assim, para promover a convivência mútua seria necessário recorrer ao costume, à imposição forçada de interesses e à adequação involuntária. Esses recursos, no entanto, são incapazes de fundamentar normativamente a tolerância.

De fato, sociedades complexas dependem cada vez mais da tolerância almejada por McCarthy, a qual não se pode impor juridicamente; ou seja, dependem sempre mais da prontidão a suportar diferenças existencialmente significativas e da prontidão a cooperar com integrantes de formas de vida dissonantes; ao mesmo tempo, no entanto, essa exigência é tomada cada vez mais do ponto de vista subjetivo, como uma exigência impertinente. A tolerância, a partir da visão do observador sociológico, passa a ser vista como recurso sempre mais escasso. Por isso, a exigência de tolerância carece de fundamentação normativa – e isso em proporção crescente. Essa justificação, por sua vez, precisa atender à reivindicação de que a coexistência das formas de vida protegidas em sua integridade sejam também regulamentadas de maneira justa e honesta, ou seja, de acordo com regras que possam ser aceitas por todas as partes, de maneira racional. (HABERMAS, 2004a. p.335).

4.5 A única resposta correta

Segundo Habermas, a racionalidade procedimental do processo democrático depende que os participantes desse processo possam acreditar na possibilidade de encontrar uma resposta correta para as questões de justiça. A possibilidade de os participantes se considerarem capazes de se convencer da verdade ou falsidade de um enunciado, o fato de se considerarem “capazes da verdade” não exclui a possibilidade de que eles possam se enganar, nem a de que eles nem sempre cheguem a um consenso quanto ao que seja a “verdade.” Habermas nota que tanto o erro quanto o dissenso estão, no sistema das ciências, a serviço da busca cooperativa da verdade. No entanto, a analogia entre a pretensão da verdade e de correção normativa não pode ser extrapolada. (HABERMAS, 2004a. p. 335). Ele afirma ser necessário diferenciar entre as pretensões de validade assertóricas e normativas a fim de não se enganar acerca do que a razão prática é capaz de fazer.

Habermas considera correta a pergunta feita por McCarthy (1996, p. 1103) acerca de se a busca da verdade sobre “o” mundo objetivo é um análogo apropriado para a busca da justiça em “nosso” mundo social.

No que se segue, ele apresenta uma versão atenuada de sua tese quanto a isso. Habermas (2004a, p.336) entende que o princípio da bivalência, segundo o qual podemos qualificar um enunciado como falso ou como verdadeiro, embora seja adequado a enunciados empíricos sobre algo que está no mundo objetivo não se aplica muito bem, ou seja, pode ser atenuado quando se trata dos objetos simbólicos criados por nós, e presentes no mundo social, em relação aos quais há enunciados que não são nem falsos nem verdadeiros. Nesses casos, segundo ele, só se pode decidir acerca da validade de tais enunciados com base em um procedimento de justificação dessas normas⁶⁷.

Habermas nota que, em função de as ordens jurídicas modernas serem criadas artificialmente, é possível que nesse universo existam perguntas para as quais não haja uma resposta única indubitável, enquanto os envolvidos não tiverem clareza acerca da construção de seu procedimento de justificação. No entanto, face à necessidade de, no

⁶⁷ Habermas desenvolve essa diferenciação em seu debate com Rorty, especialmente, em HABERMAS, 2004b.

processo legislativo, se tomar decisões em prazos determinados, não é possível esperar indefinidamente por construções justificatórias corretas.

Se estiver correta nossa suposição, diante de tais situações normativamente insolúveis apenas operáremos com a premissa (genericamente válida) da “resposta correta única”, assim como se fosse uma aposta a descoberto a favor do futuro. Porém, jamais poderemos abandonar essa premissa, caso não queiramos que o processo democrático, ao perder sua racionalidade procedimental inerente, perca também sua força legitimadora. Sob as condições de um pensamento pós-metafísico, porém, não vejo qualquer alternativa a isso. (HABERMAS, 2004a, p.337).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1) Esta dissertação procurou refletir, a partir da reconstrução dos principais argumentos desenvolvidos no debate travado entre Habermas e McCarthy, sobre a relevância da Teoria discursiva do Direito e da Democracia de Jürgen Habermas, para a compreensão, no âmbito das sociedades democráticas contemporâneas, que se caracterizam pelo pluralismo de formas de vida e pelo individualismo na condução de projetos de vida pessoais, de como os cidadãos dessas comunidades podem entender e aceitar racionalmente as regras ali produzidas como normas que sejam consideradas legítimas por todos eles, apesar de suas diferenças. Interessou-nos analisar como se dá a articulação dos discursos de auto-entendimento ético-político no processo democrático e como este pode assegurar a defesa dos contextos coletivos formadores das identidades individuais e, com isso, garantir a integridade dos indivíduos através de normas que levem em consideração o igual interesse de todos os afetados.

2) Em face da racionalização do mundo da vida, o direito das sociedades modernas não pode mais ser justificado com base em fundamentos metafísicos ou religiosos. Ao contrário, esse direito carece de justificação normativa que lhe confira legitimidade.

3) Na modernidade as idéias que podem fornecer uma justificação pós-convencional ao direito moderno são os direitos humanos e a soberania popular, nas quais se reflete a autonomia dos sujeitos de direito, diferenciada, por sua vez, em auto-determinação moral e em auto-realização ética.

4) A tradição liberal coloca ênfase nos direitos humanos e sustenta que a ordem jurídica deve assegurar iguais direitos a todos, possibilitando-lhes perseguir cada um sua própria concepção de bem, sendo o processo político compreendido como o espaço onde agente privados agem pela busca ou manutenção de posições de poder. O Estado deve restringir-se a assegurar que o livre arbítrio dos indivíduos seja exercido

sob o domínio impessoal das leis e, nesse sentido, não deve adotar nenhuma concepção de bem, isto é, não deve perseguir quaisquer fins coletivos, mas deve manter-se neutro face às diversas visões de mundo. Assim, como a ordem jurídica deve ser eticamente neutra, a pauta de questões públicas exclui qualquer questão relacionada à vida boa, pois como as visões de mundo são particulares, essas questões não seriam passíveis de uma regulamentação imparcial.

5) A tradição republicana coloca a ênfase na soberania popular, que através dos direitos de participação política é entendida como a práxis de auto-determinação dos cidadãos, voltada ao entendimento mútuo e à cooperação social. O processo político deve possibilitar a formação de um auto-entendimento coletivo acerca de uma forma de vida que se pressupõe que seja compartilhada por todos. Os republicanos supõem a existência de um *ethos* democrático que orienta os cidadãos a, no processo democrático, deliberarem e decidirem de acordo com uma vontade geral já existente.

6) A Teoria do Discurso pretende superar as teorias liberal e republicana, utilizando elementos de ambas (respectivamente, a consideração por direitos humanos universais e a centralidade do processo de formação da vontade política) e combinando-os de tal maneira que a autonomia privada e a autonomia pública dos cidadãos se pressuponham mutuamente, isto é, que a institucionalização jurídica do uso público das liberdades comunicativas seja cumprida através dos direitos humanos. A Teoria do Discurso desenvolve um modelo procedimental de democracia no qual a auto-organização da comunidade jurídica esteja apoiada não no *ethos* de uma comunidade concreta nem no arranjo de interesses entre indivíduos voltados para si próprios, mas sim em procedimentos comunicativos institucionalizados que permitam a participação de todos os envolvidos em igualdade de direitos no processo de formação da vontade política.

7) Do fluxo comunicativo proveniente da opinião pública e das comunicações institucionalizadas em corpos parlamentares forma-se o poder comunicativo de uma esfera pública ampla que é capaz de articular e fundamentar em discussões públicas os

aspectos relevantes de problemas que dizem respeito a toda a sociedade. Os procedimentos jurídicos asseguram que nos debates políticos seja possível a formação de consensos ou, ao menos, compromissos sob condições equânimes, de forma que os resultados obtidos no processo político tenham a seu favor uma pretensão de que merecem a concordância geral racionalmente motivada.

8) Na modernidade, o direito positivo diferencia-se da moral autônoma. Ambos pressupõem o princípio do discurso, mas enquanto o princípio moral funciona como um princípio universal que rege internamente a argumentação, o princípio democrático estabelece condições institucionais para a argumentação. As normas jurídicas também são capazes, em função de seu caráter artificial, de aplicarem-se a si mesmas.

9) Entre direito e moral, no entanto, estabelece-se uma relação de complementaridade, pois o direito complementa a moral no que se refere a suas deficiências cognitivas (o direito desonera os agentes da decisão de como agir), motivacionais (ao direito somente importa o comportamento externo dos agentes) e operacionais (o direito possui um sistema de imputações que se refere tanto a pessoas naturais quanto a pessoas jurídicas).

10) A moral visa à solução de conflitos de ação de modo imparcial, não está limitada no tempo histórico e no espaço social e protege a integridade de pessoas naturais, individuadas por suas biografias. O direito, por sua vez, protege a integridade dos membros (titulares de direitos subjetivos) de comunidades políticas concretas, nas quais a regulamentação de expectativas de comportamento está entrelaçada à satisfação de objetivos coletivos.

11) O direito e a moral diferenciam-se em função do conteúdo, da validade de suas normas e do modo de elaboração das mesmas. Quanto ao conteúdo, as normas morais são justificadas com base em um teste de universalização que examina o que é do igual interesse de todos; as normas jurídicas estão também abertas a uma justificação que leve em conta, além de argumentos morais, argumentos relativos ao

equilíbrio de interesses e à auto-compreensão da comunidade. Quanto à validade, normas morais pretendem uma validade absoluta, já as normas jurídicas, em razão de poderem ser justificadas com base também em argumentos pragmáticos e éticos, possuem uma validade relativa, dependente de contexto. Quanto ao modo de elaboração, embora ambos os tipos de normas sejam construídas, as normas jurídicas possuem um elemento teleológico em sua formação, pois conferem estrutura racional a uma determinada forma de organização política.

12) No processo de justificação das normas jurídicas estão envolvidos argumentos pragmáticos, relativos aos meios adequados para a satisfação de determinado fim; argumentos ético-políticos, que visam ao esclarecimento acerca de quais valores são considerados bons para “nós” e argumentos morais, que se referem a normas que devem ser justificadas levando em consideração o igual interesse de todos, de forma imparcial.

13) Na resolução de questões políticas complexas, muitas vezes não será possível chegar a um acordo racionalmente motivado entre as partes acerca da melhor maneira de regulamentar determinada questão. Nesses casos, a decisão será negociada entre as partes a fim de construir um compromisso em condições equânimes. Para isso, o princípio do discurso é aplicado aos procedimentos que regulam tais negociações.

14) O processo democrático deve institucionalizar formas de comunicação (discursos) e formas de negociação que assegurem que todas as questões relevantes sejam tematizadas no processo de formação da opinião e da vontade sobre a base dos melhores argumentos. Nessa institucionalização os discursos pragmáticos, éticos e morais podem ser inseridos em procedimentos jurídicos, sem perder sua lógica interna nem romper com o código que é o direito.

15) A regra da maioria possui uma relação interna com a busca cooperativa pela verdade. Ela constitui uma interrupção temporária em um processo argumentativo

contínuo, no qual as minorias derrotadas no processo democrático não precisam abrir mão de suas convicções, mas concordam com os resultados obtidos e, assim, concordam em agir de acordo com a regulamentação proposta pela maioria, desde que permaneça aberta a possibilidade de retomarem o processo e, através de novos argumentos, elas virem a convencer os outros de que sua visão está correta. As visões equivocadas cederiam lugar às visões corretas em um processo de aprendizado que levaria, ao longo do tempo, à resposta correta. Os procedimentos que regem as deliberações cuja decisão será tomada por maioria devem pressupor que as matérias a serem regulamentadas foram discutidas de forma qualificada, isto é, sob as formas de comunicação que façam valer o tipo de discurso correspondente.

16) A formação da vontade política nos corpos parlamentares possui limitações temporais, sociais e de conteúdo que não existem no fluxo das comunicações existentes na esfera pública informal. Assim, o processo legislativo deve estar aberto a todas as contribuições relevantes advindas da opinião pública, de forma a garantir o pluralismo de convicções e interesses, ou seja, que as diferentes perspectivas tenham iguais possibilidade de participação nesse processo.

17) Os cidadãos de uma democracia, que se reconhecem como membros livres e iguais da comunidade jurídica, constituem a opinião pública que não se forma no vazio, mas sobre o pano de fundo de uma cultura política liberal. Essa cultura política expressará como a população compreende de forma intuitiva o sistema de direitos no contexto histórico de sua vida concreta.

18) Em suas críticas, McCarthy entende que o modelo de legitimidade proposto por Habermas liga a correção dos resultados à aceitabilidade racional dos mesmos por todos os cidadãos. Ele entende importante para essa concepção de legitimidade a diferença entre justificação direta, segundo a qual os cidadãos concordam com as razões substantivas que levaram a determinada norma, e a justificação indireta, segundo a qual os cidadãos concordam com os resultados obtidos apenas em razão destes terem sido produzidos em conformidade com procedimentos que os cidadãos

consideram legítimos, ainda que eles discordem do conteúdo da decisão tomada. Para McCarthy, apenas as normas constitucionais fundamentais e procedimentos básicos seriam passíveis de justificação direta. As demais normas jurídicas seriam consideradas legítimas apenas porque produzidas em conformidade com procedimentos aceitos por todos como legítimos.

19) McCarthy critica o papel ético-existencial dado por Habermas à primeira formulação dos discursos éticos. Para McCarthy, nessa primeira formulação, Habermas apresenta os discursos éticos como conduzindo a um consenso sobre o autêntico auto-entendimento coletivo, sem problematizar a pluralidade do “nós” que constitui a comunidade política, cujas divergências acerca de orientações valorativas podem levar a disputas ou conflitos em relação às questões de identidade coletiva.

20) Em razão de os membros da comunidade jurídica possuírem diferentes orientações valorativas, que muitas vezes são incompatíveis entre si, as questões ético-políticas, segundo McCarthy, não poderiam ser resolvidas por um acordo racionalmente motivado entre todos os envolvidos, pois, nesses casos, não se podem encontrar necessidades universalizáveis. Por isso, McCarthy discorda da possibilidade de em relação às questões ético-políticas se alcançar uma única resposta correta. A Teoria Discursiva do Direito e da Democracia trabalha com essa premissa, segundo a qual os desacordos existentes na formação da vontade política podem ser superados, já que, em um processo deliberativo contínuo, que se desenvolve com base na força dos melhores argumentos, ao longo do tempo, as visões equivocadas cederão lugar a visões corretas.

21) Segundo McCarthy, a tensão entre o ideal do consenso racionalmente motivado e a realidade da pluralidade de perspectivas interpretativas acerca de orientações valorativas poderia ser resolvido com a idéia rawlsiana de um consenso por sobreposição, segundo qual se os cidadãos de uma sociedade bem ordenada consideram as instituições e procedimentos básicos de sua sociedade como justos, eles

poderão considerar as decisões políticas legítimas e merecedoras de reconhecimento, mesmo que eles discordem do conteúdo de determinada lei.

22) O nível da integração ético-cultural entre as diversas sub-culturas que compõem uma comunidade jurídica pluralista deve ser diferenciado do nível de integração ético-política dessas mesmas sub-culturas em torno de um Estado. Para haver integração social em sociedades pluralistas, basta uma cultura política liberal comum, na qual os princípios constitucionais estejam ancorados, e que com isso garanta a coexistência das diversas formas de vida em igualdade de direitos. Assim, McCarthy salienta que havendo consenso acerca de procedimentos constitucionais é possível a coexistência pacífica, apesar de desacordos irresolúveis de substância ética.

23) Para McCarthy, na deliberação política as questões éticas e as questões morais consistem em aspectos inter-relacionados da mesma questão. Portanto, não há como separar as questões éticas das questões morais, pois os cidadãos julgarão questões de justiça política sob ambas as perspectivas, mas sempre tendo como pano de fundo o contexto em que estão inseridos. Ele entende que na resolução de questões políticas o que deve ser decidido no igual interesse de todos, diferentemente do que ocorre com questões morais, deverá considerar circunstâncias de tempo, lugar, identidade, valores, etc., que são particulares, a fim de produzir decisões que sejam justas para todos os afetados por elas, de forma que o direito legitimamente produzido seja ao mesmo tempo a realização de direitos universais e a expressão do auto-entendimento dos membros de comunidades jurídicas particulares. Assim, nas deliberações políticas não é possível transcender o contexto da forma de vida de uma comunidade jurídica concreta, como requer a assunção do ponto de vista moral da Teoria Discursiva.

24) O caráter de dependência de contexto das deliberações políticas leva McCarthy a questionar a existência de um sistema abstrato de direitos básicos. Para ele, existem apenas as interpretações feitas por tradições constitucionais concretas, e

mesmo nos debates que levam ao estabelecimento de uma Constituição existe um desacordo razoável quanto à interpretação a ser dada ao sistema de direitos.

25) As questões acerca do auto-entendimento ético-político somente podem ser adequadamente respondidas no horizonte de uma forma de vida compartilhada. Em condições de pluralismo social, as diferentes orientações valorativas dificilmente levarão a um consenso entre os cidadãos acerca da melhor maneira de regularem seu viver em conjunto de forma pacífica. Para McCarthy, os procedimentos deliberativos das democracias pluralistas terão de lidar com divergências axiológicas persistentes.

26) Uma vez que McCarthy entende que não é possível o consenso sobre valores, sua interpretação da regra majoritária compreende-a como um procedimento destinado a produzir decisões para tempo e espaço determinados, que mantém aberta a possibilidade de contestação contínua e de eventual mudança e não visa à produção da aceitação racional dos resultados obtidos com base nos melhores argumentos.

27) A existência de conflitos éticos irresolúveis, ou seja, não passíveis de negociação nem de acordo racional, leva McCarthy a perguntar se existiria uma resposta correta para questões políticas. Ele entende que não há. A única forma de os discursos sobre o auto-entendimento ético-político levarem a um acordo racionalmente motivado dependeria da sociedade ser eticamente homogênea. McCarthy afirma que a suposição de Habermas de que o consenso sobre orientações axiológicas seria possível através da deliberação política, na qual os cidadãos discutiriam suas orientações valorativas e seus interesses, tematizariam suas compreensões de si e do mundo e as transformariam de forma criteriosa, não é condizente com a realidade das democracias, pois, em sociedades pluralistas, essas modificações criteriosas não convergem para as mesmas orientações valorativas, interpretações de interesse e visões de mundo.

28) Para McCarthy, em função do pluralismo de visões de mundo, os cidadãos reflexivos irão buscar formas de viver em conjunto pacificamente sem acreditar que é

possível um consenso entre eles. Eles concordarão com o resultado das deliberações políticas, apenas apoiando-se em sua correção formal, isto é, por terem sido produzidos de acordo com procedimentos considerados legítimos por todos, em razão de sua concordância acerca de valores políticos básicos, mesmo que eles discordem do conteúdo da decisão.

29) Já que McCarthy acredita que em se tratando de divergências sobre valorações fortes não será possível nem alcançar um consenso substantivo, nem essas questões poderão ser resolvidas através de um compromisso negociado, ele propõe que a Teoria Discursiva do Direito e da Democracia desenvolva uma posição mais estritamente procedimentalista, na qual a aceitação dos resultados da deliberação pública como legítimos se baseie apenas no fato de que estes foram produzidos de acordo com procedimentos jurídicos que todos acordaram como legítimos (adequados) para a tomada de decisão democrática. Nesse caso, a resolução de desacordos ético-políticos, para os quais ele supõe que não haja uma única resposta correta, mediante o estabelecimento de compromissos equânimes para alguns membros da comunidade jurídica, será apenas racionalmente justificado de forma indireta.

30) Outra proposta de McCarthy para justificar a convivência entre pessoas que possuem diferentes visões de mundo de uma maneira não violenta que sirva de alternativa ao acordo discursivo, ao consenso hermenêutico ou aos compromissos negociados, estaria na acomodação mútua de diferenças e na tolerância, que se desenvolvem sob a base do respeito recíproco e da consideração pela humanidade de cada um.

31) Em sua resposta a McCarthy, Habermas afirma que os direitos fundamentais podem ser entendidos como direitos subjetivos que permitem a cada um perseguir seus próprios interesses. O uso público das liberdades comunicativas em prol do bem comum não pode ser imposto aos cidadãos como uma obrigação jurídica. Segundo a visão republicana, aqui caracterizada na crítica de Bernstein, a orientação ao bem comum é sustentada por virtudes cívicas dos cidadãos. Para a Teoria do

Discurso, embora a legitimação da atividade legislativa democrática requeira uma cultura pública liberal e uma população acostumada à liberdade, ela se apóia em processos deliberativos e decisórios que garantem que todos os temas e contribuições relevantes sejam levados em consideração no processo democrático de formação da vontade política. Assim, a expectativa de produção de um direito legítimo não se vincula à disposição dos agentes envolvidos, mas aos procedimentos e formas de comunicação.

32) Habermas desenvolve em sua teoria a diferença entre questões éticas e questões morais a fim de explicitar porque o ponto de vista da justiça deve ter primazia sobre as concepções de bem. De acordo com Habermas, embora tanto questões éticas como questões morais sejam respondidas pelos cidadãos com base em um contexto dado, a reflexão moral exige que os participantes do discurso ampliem seu horizonte de interpretação para além daquele horizonte das tradições a que pertencem, a fim de aprender com as perspectivas dos outros. Isso ocorre porque na reflexão moral o que se requer dos cidadãos é que, sob condições de reconhecimento recíproco, e em um diálogo sem coerções, eles possam, depois de submetê-las ao uso público da razão, compreender seu julgamento como justo ou imparcial, isto é, que se refere ao que é “correto” no igual interesses de todos.

33) Para Habermas, no caso de conflitos ético-políticos envolvendo pessoas com auto-compreensões e compreensões de mundo divergentes, o Estado de direito é capaz de neutralizar tais conflitos axiológicos através de uma regulamentação que possa contar com o assentimento racionalmente motivado de todos os envolvidos no conflito, desde que estes assumam a perspectiva moral do que seja considerado igualmente bom para todos. No entanto, nem todas as auto-compreensões éticas suportarão da mesma forma as consequências dessa regulamentação, mas elas deverão suportar o ônus do comportamento que recebeu o aval jurídico, a fim de manter intacto o fundamento de respeito mútuo entre os sujeitos de direito.

34) Para ser legítimo, o direito positivo deve poder contar com a aceitação racionalmente motivada de suas normas por todos os afetados por elas. Para isso, deve-se pressupor que as questões políticas podem ser racionalmente resolvidas, ou seja, que é possível se atingir um acordo mútuo quanto à melhor forma de regular a coexistência de diversas formas de vida de maneira pacífica. O acordo mútuo não violento pode ser alcançado no debate político tanto através de normas reconhecidas como imparciais quanto através da negociação de compromissos sob condições equânimes, e possui como base comum a aceitação, por todos os cidadãos, da legitimidade da Constituição e do processo democrático.

35) A possibilidade de um acordo mútuo construído discursivamente, ou seja, na forma de um acordo racionalmente motivado, requer que os participantes do debate pressuponham a possibilidade de que as questões políticas possam ter uma solução correta. Para tanto, a Teoria do Discurso propõe que, através da assunção de um ponto de vista moral, os envolvidos possam transcender o contexto ético de sua própria visão de mundo e buscar regulamentar de forma imparcial as disputas políticas entre membros de comunidades perpassadas por conflitos axiológicos insolúveis. Ainda que os participantes tenham consciência do caráter falibilista dos resultados alcançados, uma vez que eles foram debatidos sob condições de reconhecimento recíproco e apenas sob a coação dos melhores argumentos, eles podem considerar tais resultados como passíveis de comprovação baseada em fundamentos.

36) Outro mecanismo para a neutralização de conflitos de valor em sociedades pluralistas consiste na legitimação assegurada por procedimentos institucionalizados juridicamente. Essa institucionalização possibilita introduzir coerções decisórias nas deliberações democráticas, de forma que os resultados ali obtidos tenham a seu favor uma pretensão de racionalidade. A racionalidade procedimental seria “imperfeita”, pois permite a suposição de racionalidade dos resultados, sem garantir, no entanto, a correção desses resultados e também “pura”, pois os critérios de correção do processo democrático dependem apenas do cumprimento do próprio procedimento.

37) Habermas diferencia entre o plano de integração ético-cultural, no qual os conflitos valorativos decorrem da existência de diversas formas de vida e sub-culturas no interior de um Estado, as quais freqüentemente são impedidas por uma cultura majoritária dominante de receber tratamento igualitário, e o plano de integração ético-político, que vincula todos os cidadãos ao Estado, independentemente de sua auto-compreensão ético-cultural. No plano de integração ético-política desenvolve-se o “patriotismo constitucional”, que se baseia na interpretação de princípios constitucionais universalistas na qual os cidadãos, a partir de seu contexto histórico, compreendem o Estado Democrático de Direito como uma conquista sua e, assim, podem, a partir de perspectivas diversas, considerar o projeto constituinte como um projeto aberto, que se apropria criticamente do passado e assume o compromisso com a construção de um futuro renovado que se fundamenta no exercício dos direitos de participação política. O patriotismo constitucional depende, para sua efetivação, de que os planos de integração ético-cultural e ético-político se mantenham separados. Com isso, é possível haver oposição a uma cultura majoritária que atue de forma hegemônica, e se assegura o tratamento igualitário entre os membros das diversas sub-culturas. Desse desacoplamento surge uma base motivacional para as exigências de tolerância recíproca.

38) Em sociedades pluralistas, o conceito de identidade coletiva, de quem constitui o “nós” da comunidade jurídica, não diz respeito apenas a uma identidade que é herdada pelos cidadãos, como as tradições das quais eles fazem parte, mas refere-se a uma apropriação reflexiva dessas tradições, de forma que eles possam escolher como dar continuidade às tradições e também como modificá-las ou romper com elas, se for o caso. Essas escolhas são determinadas no debate político, que por sua vez se desenvolve em torno da melhor interpretação a ser dada aos princípios constitucionais. Assim, a identidade coletiva assume um caráter procedimental, que deve manter abertos os canais para a crítica permanente e para eventuais mudanças na auto-compreensão da comunidade jurídica.

39) O ponto de vista da justiça requer que a regulamentação obtida seja neutra em relação às diversas visões de mundo existentes em uma sociedade pluralista. O teor universal do direito é fornecido pelo sistema de direitos, concretizado na forma de direitos constitucionais fundamentais, que constituem uma base comum para a justificação das normas jurídicas. Esse sistema de direitos não é, no entanto, eticamente neutro, porque o Estado de Direito se orienta pela efetivação de direitos fundamentais, e estes, por sua vez, só são interpretados no contexto da história de uma nação. No entanto, a restrição imposta ao Estado de direito, no sentido de impedi-lo de privilegiar determinada forma de vida em detrimento de outras, requer que a legitimidade do direito, entendida como aceitação racional, privilegie o ponto de vista moral de que os argumentos de justiça constituam trunfos no sentido de Dworkin.

40) McCarthy propõe como alternativa à explicação da Teoria do Discurso para as práticas democráticas a convivência pacífica baseada em “acordos razoáveis”, segundo a qual a aceitação racional dos resultados da deliberação política com os quais os cidadãos discordam substantivamente só é possível de uma maneira indireta, ou seja, como aceitação racional dos procedimentos pelos quais se alcançou este resultado. Embora haja proximidade entre esta proposta e a legitimidade procedimental sugerida por Habermas, neste caso a aceitação racional não se apóia na força cognitiva dos melhores argumentos, mas na tolerância e no respeito mútuo. No entanto, de acordo com Habermas, como na visão de McCarthy a tolerância não possui uma base comum que justifique um “concordar em discordar” (“agree to disagree”), ela carece de uma fundamentação normativa, e dessa forma só se poderia promover a convivência mútua apelando-se aos costumes ou à imposição forçada de interesses.

41) A racionalidade procedimental requer que os participantes da discussão pública entendam ser possível alcançar uma única resposta correta para as questões políticas, e que se considerem capazes de se convencer da verdade ou falsidade de um enunciado, mesmo que eles saibam do caráter falível dos resultados alcançados. Habermas reconhece que em função das normas jurídicas serem criadas artificialmente, como objetos simbólicos do mundo social criado por nós, pode ocorrer

que para as questões políticas haja enunciados que não sejam nem falsos nem verdadeiros. A definição sobre a validade desses enunciados será dada com base em um procedimento de justificação. Ocorre que sob as pressões institucionais sobre prazos, circunstâncias, etc. que se impõem aos resultados do processo legislativo não é possível esperar indefinidamente pelas construções justificativas corretas. A pressuposição de que os cidadãos podem chegar a aceitar racionalmente os resultados do procedimento democrático porque são baseados nos melhores argumentos precisa trabalhar com a premissa da única resposta correta, mesmo reconhecendo que o engano e o erro são possíveis, a fim de que se possa fornecer uma justificação pós-metafísica à legitimidade do direito positivo.

A discussão sobre a contribuição da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia para a questão acerca de quais normas os cidadãos de sociedades pluralistas pretendem atribuir-se reciprocamente a fim de regulamentar de forma legítima sua convivência certamente não se esgota com o estudo aqui apresentado. Temos aqui, de fato, muito mais um ponto de partida para futuras pesquisas, tanto teóricas como empíricas, com vistas a explorar o papel dos discursos ético-políticos na formação da vontade política democrática.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

ARATO, Andrew. ROSENFELD, Michel (orgs.). **Habermas on Law and Democracy: critical exchanges**. Los Angeles: University of California Press, 1998.

ARAÚJO. Luiz Bernardo Leite. BARBOSA. Ricardo José Corrêa (orgs.). **Filosofia Prática e Modernidade**. Rio de Janeiro : Ed. UERJ, 2003.

ARAÚJO. Luiz Bernardo Leite. Liberalismo, Identidade e reconhecimento em Habermas. **Veritas**. Porto Alegre: 2007. v.52, n.1, pp.120-136.

BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos e Renovar, 2006, p.623-625.

BERNSTEIN. Richard. The retrieval of the democratic ethos. **Cardozo Law Review**. n.17, Nova York, mar.,1996. pp.1127-1146

CATTONI DE OLIVEIRA. Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo: uma justificação do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CATTONI DE OLIVEIRA. Marcelo Andrade. Patriotismo Constitucional. *In*: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos e Renovar, 2006, p.623-625.

CATTONI DE OLIVEIRA. Marcelo Andrade. Direito e legitimidade: uma reconstrução da tensão entre constitucionalismo e democracia nas tradições republicana e liberal do pensamento político moderno à luz da Teoria Discursiva de Jürgen Habermas. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, v.8, n. 16, pp.87-121, 2º. sem. 2005.

CATTONI DE OLIVEIRA. Marcelo Andrade. Poder, ação e esfera pública em Hannah Arendt e em Jürgen Habermas: a conexão constitutiva entre direito e poder no Estado Democrático de Direito. *In*: CATTONI DE OLIVEIRA. Marcelo Andrade. **Direito, política**

e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, política e filosofia:** contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Trad. Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública.** Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo.** Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989a.

HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. Trad. Márcio Suzuki. **Estudos Avançados**, v. 3, n. 7, pp. 4-19, set./ dez. 1989b.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa:** racionalidad de la acción y racionalización social. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Taurus, 1999. 2v.

HABERMAS, Jürgen. Del uso pragmático, ético y moral de la razón practica. In: HABERMAS, Jürgen. **Aclaraciones a la ética del discurso.** Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2000a. pp. 76-88.

HABERMAS, Jürgen. Remarks on Erhard Denninger. **Constellations**. Vol. 7, n. 4, 2000b, p. 522-528.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2v.

HABERMAS, Jürgen. A luta por reconhecimento no Estado democrático de Direito. In: HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro:** estudos de teoria política. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004a. 2^a. ed. pp.237-276.

HABERMAS, Jürgen. Apêndice a Facticidade e Validação: réplica a um simpósio da Cardozo Law School. In: HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004a. 2^a. ed. pp. 309-397.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia. In: HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004a. 2^a. ed. pp. 293-305.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. In: HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004a. 2^a. ed. pp. 277-292.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004a. 2^a. ed.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004b.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez**: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Trad. Manoel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2005. 4^a.ed.

HABERMAS, Jürgen. Tratamiento cultural igualitario y los limites del liberalismo postmoderno. In: HABERMAS, Jürgen. **Entre Naturalismo y Religión**. Trad. José Luis L. de Lizaga et. al. Barcelona: Paidós, 2007, pp. 275-314.

HABERMAS, Jürgen, **Entre Naturalismo y Religión**. Trad. José Luis L. de Lizaga et. al. Barcelona: Paidós, 2007.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2002.

LANGLOIS. Luc. Discurso moral e discurso ético segundo Habermas: uma distinção fundada?. In: ARAÚJO. Luiz Bernardo Leite. BARBOSA. Ricardo José Corrêa. (orgs.) **Filosofia Prática e Modernidade**. Rio de Janeiro : Ed. UERJ, 2003.

MCCARTHY, Thomas. **Ideals and Illusions**: on reconstruction and deconstruction in contemporary critical theory. Cambridge: MIT Press, 1991.

MCCARTHY, Thomas. Practical Discourse: on the relation of morality to politics. *In*: **Ideals and Illusions**: on reconstruction and deconstruction in contemporary critical theory. Cambridge: MIT Press, 1991.

MCCARTHY, Thomas. Legitimacy and Diversity: dialectical reflections on analytic distinctions. **Cardozo Law Review**. n.17, Nova York, mar.,1996.

MEYER, Emilio Peluso Neder. Os discursos jurídicos de justificação: discursos pragmáticos, discursos éticos e discursos morais – distinções e pontos de encontro com os discursos jurídicos. *In*: **As sentenças intermediárias no marco de uma compreensão constitucionalmente adequada do controle jurisdicional de constitucionalidade ao paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito**. 2006. 447f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. pp. 214-262.

MICHELMAN. Frank. Family Quarrel. **Cardozo Law Review**. n.17, Nova York, mar.,1996. pp.1163-1177.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Trad. Daniel de A. Azevedo 2.ed. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a desobediência civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

TAYLOR, Charles. **Argumentos Filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000.

WALZER, Michael. **Esferas da Justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2003.