

DEMOCRACIA DELIBERATIVA: ENTRE CRÍTICAS E POSSIBILIDADES*

DELIBERATIVE DEMOCRACY: BETWEEN CRITICISM AND POSSIBILITIES

Resumo

O desencanto pelo funcionamento dos sistemas democráticos, a crescente despolitização dos governados e descolamento entre os cidadãos e seus representantes políticos, fez surgir, na década de 80, principalmente a partir das idéias de Jürgen Habermas, construções teóricas sobre a democracia deliberativa, em busca de um procedimento que, ao complementar a democracia representativa, seja capaz de conferir maior legitimidade às decisões políticas. O presente trabalho objetiva traçar as idéias centrais da concepção de democracia deliberativa, corrente de pensamento que, embora não seja homogênea, tem como ponto central a aposta nas relações calcadas no diálogo para assuntos de interesse coletivo. A partir das ideias de Jürgen Habermas, busca-se explicitar os fundamentos teóricos da democracia deliberativa, para, em um segundo momento, abordar as principais críticas opostas ao pensamento exposto, como, por exemplo, a inviabilidade de implementação em países periféricos, o caráter de idealidade inatingível ou a negação do caráter conflitivo do direito. Por fim, são esboçadas possíveis respostas para as objeções levantadas, a partir da reflexão habermasiana.

Palavras-chave: democracia deliberativa; participação política; pluralismo político e diálogo.

Abstract

The disenchantment of the functioning of representative democratic systems, the depoliticization of the governed and detachment between citizens and their political representatives, gave rise, in the 80s, mainly from the ideas of Jürgen Habermas, theoretical constructs about deliberative democracy, in search of a procedure that, to complement representative democracy, could be capable of conferring greater legitimacy to policy decisions. This paper aims to outline the central ideas of the concept of deliberative democracy, a current of thought that, although not homogeneous, has as the centerpiece the dialogue to build collective interest. From the ideas of Jürgen Habermas, seeks to clarify the theoretical foundations of deliberative democracy, for, in a second stage, address the main criticisms opposed to the thought above, as, for example, the impossibility of implementation of deliberation in peripheral countries, the character ideality of unattainable or denial of conflictive character of law. Finally, are outlined possible responses to the objections raised, from reflections of the ideas of Habermas.

Keywords: deliberative democracy; political participation; political pluralism and dialogue.

* Artigo elaborado por Francielle Pasternak Montemezzo, mestranda em Direito do Estado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná e Saulo Lindorfer Pivetta, mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná.

1. Considerações iniciais

Como é possível alcançar a justiça nas sociedades plurais contemporâneas? A filosofia política vem se debruçando há décadas sobre essa pergunta, com vários autores oferecendo respostas diferentes.

Este trabalho tem por objetivo desfiar algumas das ideias centrais de uma das concepções do justo – a corrente dos chamados “deliberativos”, ou “procedimentalistas”, como é comum encontrar em textos sobre o tema. Em suma, os adeptos deste pensamento rejeitam a estruturação de um sistema de justiça lastreado em critérios substantivos sobre a “vida boa”, apostando no fortalecimento de mecanismos que viabilizem o exercício de relações intersubjetivas calcadas no diálogo. É nesse campo, geralmente, em que se trava a disputa entre substancialistas e deliberativos.¹

De antemão deve-se fazer a ressalva de que ao se referir a “deliberativos” não se está a falar de uma corrente homogênea de pensamento. Assim, para apresentar de maneira verticalizada os principais fundamentos que embasam este ramo teórico, o artigo centrará a reflexão nas ideias de um autor em especial: Jürgen Habermas. Tal escolha se deve ao fato de que sua construção intelectual sobre a matéria possivelmente seja a mais refinada, além de contar com significativa projeção na produção bibliográfica de inúmeros autores, nacionais e estrangeiros. Assim, suas ideias constituirão o fio condutor da análise, procurando-se, na medida do possível, dialogar com outros autores que, ainda que de maneira não expressa, compartilham dos ideais deliberativos.

O desenvolvimento do texto tem a seguinte estrutura: o item 2 investigará os principais fundamentos do pensamento de Jürgen Habermas para, então, esboçar alguns elementos que permitam caracterizar a concepção deliberativa de justiça. No item 3 serão abordadas as críticas usualmente opostas a essa vertente. Ainda no terceiro ponto analisar-se-á como é possível responder a tais objeções a partir da reflexão habermasiana.

2. Pressupostos e fundamentos do pensamento deliberativo

2.1 *Moralidade pós-convencional e a ética do discurso*

Uma questão inicial de suma importância para a compreensão da teoria habermasiana é sua constatação de que, na modernidade (vale dizer, desde fins do século XVIII), a tradição

¹ Sobre as diferenças entre deliberativos e substancialistas (das vertentes comunitária e liberal), cf. CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

e as cosmovisões não se mostram mais capazes de legitimar qualquer sistema de regramento das ações humanas. Com isso, a história substitui as interpretações religiosas e metafísicas – aponta Habermas que apenas os cidadãos, através de discussões públicas, podem chegar a um entendimento sobre qual o modo de vida pretendem assumir, ou sobre quais tradições devem ser mantidas. Discursos ético-políticos, portanto, são inevitáveis para que seja forjada uma identidade coletiva que, ao mesmo tempo, não simbolize a aniquilação das subjetividades em particular.²

Como não subsistem mais (ao menos na maior parte do mundo ocidental) elementos metafísicos imunes à crítica, irrompem inúmeros projetos razoáveis de vida individuais, assim como coexistem variadas formas coletivas de convivência. Liberais, comunitaristas e deliberativos corroboram isso.³ O debate coloca-se, então, em como assegurar uma sociedade justa, a despeito do “fato do pluralismo”.⁴

A vertente liberal assevera que, a despeito do pluralismo, é possível encarar a justiça como imparcialidade. De acordo com Rawls, as diversas formas de “bem” podem conviver harmonicamente com o “justo”. De maneira sintética, isso ocorre através da ideia de “desacordo razoável”, pois, apesar de se admitir que pessoas razoáveis divirjam sobre a natureza da vida digna, é possível identificar princípios de associação política voluntária aos quais todos aceitam submeter suas próprias concepções de vida digna.⁵ Rawls, por exemplo, acredita que tais princípios podem ser definidos através de um procedimento racional, supondo que todos os cidadãos estivessem cobertos pelo “véu da ignorância”.⁶

De outra sorte, os comunitaristas, criticando as posições liberais, argumentam que a pluralidade deve ser encarada sob a perspectiva da tolerância. Confere-se prioridade à comunidade em relação ao indivíduo, pois este é encarado como um produto de sua própria realidade cultural. A existência de formas plurais de vida reflete a cultura fragmentada da sociedade liberal. A partir disso, se um consenso definitivo é inalcançável, é a tolerância que impõe a política democrática como prática permanente. Assim, cabe a cada comunidade

² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade (trad. Flávio Beno Siebeneichler). Vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 130-131.

³ Sobre o embate entre liberais e comunitaristas, cf. GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política (trad. Alonso Reis Freire). São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 153 e ss.

⁴ GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. **Jurisdição constitucional na perspectiva da democracia deliberativa**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 288.

⁵ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**, p. 84.

⁶ RAWLS, John. **Uma teoria de justiça** (trad. Jussara Simões e Álvaro de Vita). 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 165 e ss.

política historicamente considerada determinar as formas aceitáveis de vida. De qualquer modo, esse constante confronto entre valores e convicções deve ser promovido sem prejuízo da tolerância.⁷

Habermas, dialogando com essas duas correntes, defende uma terceira alternativa: é possível ser imparcial em relação aos diferentes modos razoáveis de vida, bem como em relação aos valores compartilhados por determinadas comunidades específicas. O filósofo alemão fundamenta sua reflexão através das noções de moral pós-convencional e de ética discursiva, de modo a interligar os interesses individuais e as perspectivas comunitárias ancoradas em valores compartilhados.⁸

A moralidade pós-convencional, diferentemente da moralidade convencional (que se amparava em justificações inquestionáveis, como a tradição ou a religião), impõe que tanto as concepções individuais sobre a vida digna como os valores, costumes e tradições de uma forma de vida concreta sujeitem-se a uma exigência comum: ambos estão obrigados a expor razões capazes de sustentar sua validade social (já que não se autojustificam, como no passado).⁹

Nessa esteira, expõe Habermas que a tradição política liberal acaba por valorizar o “momento moral cognitivo”, erigindo direitos individuais que seriam a expressão de uma autodeterminação moral. Por outro lado, as tradições comunitárias valorizam o momento ético-voluntário, alçando a soberania popular como expressão de uma autorrealização ética da comunidade. Para o pensamento habermasiano, essas correntes acabam por visualizar de maneira concorrente elementos que são, em verdade, complementares e cooriginárias (direitos e soberania popular).¹⁰

Não sendo possível optar por uma perspectiva em detrimento de outra, a moralidade pós-convencional exige a formação de uma ponte, a construção de um nexo entre o domínio estritamente individual sobre as concepções de vida digna (expressada normativamente através da ideia de direitos humanos), e o exercício comunitário da soberania do povo.

Essa ponte é constituída através da ética discursiva, que simultaneamente se distancia de uma concepção solipsista (típica dos liberais) e de uma concepção coletivista de ética (como nos comunitários). Até porque, em Habermas, não existe um completo afastamento entre a manifestação individual das identidades e a conformação de valores sociais. Na

⁷ Sobre o tema, cf. WALZER, Michael. **Da tolerância** (trad. Almiro Pisetta). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**, p. 132.

⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 90.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**, p. 133.

verdade, tanto identidades individuais como identidades coletivas vão se constituindo por um processo de internalização de regras sociais que se transmitem comunicativamente por intermédio de costumes, valores e tradições. A inter-relação entre sujeito e sociedade, portanto, se opera mediante estruturas linguísticas – o que Habermas denomina de intersubjetividade.¹¹

Com isso, a ética discursiva se distancia de qualquer noção subjetiva que possa assumir o conceito de ética, seja em relação às escolhas individuais sobre o bem (egocentrismo), seja em relação à intrassubjetividade de formas de vida compartilhadas (etnocentrismo).¹²

O pressuposto da filosofia habermasiana é o de que o indivíduo, no contexto da moralidade pós-convencional, é capaz de autorreflexão e crítica, o que o autoriza a exigir igualdade de tratamento e abertura para o diálogo. É a hermenêutica que representa o ambiente para a crítica e a autorreflexão; de outro lado, a pragmática constitui o espaço discursivo, que tem como núcleo central a possibilidade de entendimento. Considerando superada a filosofia do sujeito, que pressupõe um indivíduo racional isolado, Habermas conjuga a hermenêutica e a pragmática – isto é, por meio de uma autorreflexão promovida no interior de um processo comunicativo – para constituir o mecanismo de formação racional da vontade.¹³

A moralidade de uma norma é fixada, assim, através do debate público. Portanto, as bases morais da sociedade não são mais fundadas através da inteligência de um indivíduo racional isolado – como pugna o liberalismo – nem através da identificação de tradições de uma sociedade concreta. É um acordo motivado racionalmente, mediante um procedimento discursivo, que sedimenta a validade moral de uma norma.¹⁴

A partir dessas considerações preliminares é possível avançar o debate para mais bem compreender a noção de justiça em Habermas. Para isso, é necessário tecer algumas considerações sobre a moral e o direito, questões centrais para a concepção deliberativa do justo.

No cenário de moralidade pós-metafísica, as regras morais assim como as regras jurídicas distanciam-se da eticidade tradicional (embasada em visões metafísicas). Elas se apresentam como tipos diferentes de *normas de ação*, que surgem de maneira cooriginária

¹¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**, p. 97.

¹² CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**, p. 91.

¹³ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**, p. 93.

¹⁴ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**, p. 134.

(não há anterioridade lógica de nenhuma das normas – ou seja, normas jurídicas não são decorrentes de normas morais e vice-versa). Há, portanto, uma relação de complementação recíproca entre direito positivo e moral autônoma, sem que haja qualquer tipo de hierarquia entre eles.¹⁵

A diferença *prima facie* entre elas reside no caráter cogente do direito – que adquire obrigatoriedade no nível institucional, ao passo que a moral, em contextos pós-tradicionais, representa somente mais uma forma de saber cultural. Por outro lado, por se tratarem de normas de ação, ambas devem passar pelo crivo do princípio do discurso, que põe em evidência a exigência moral de fundamentação pós-convencional para que a norma possa ser considerada legítima.¹⁶

O princípio do discurso reflete, em termos normativos, a exigência da ética discursiva para a formação racional da vontade. Habermas o define nos seguintes termos: “Princípio D: são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”¹⁷

O princípio geral do discurso (princípio D) é especificado no princípio moral e no princípio da democracia. O princípio moral se aplica àquelas normas que só podem ser justificadas do ponto de vista da consideração simétrica de todos os interesses. As normas morais, nessa esteira, dizem respeito às diversas concepções sobre a “vida boa”, sendo que, na ambiência pós-convencional, não há parâmetro substantivo para se definir quais seriam ou não válidas – também a validade das normas morais será fixada procedimentalmente.¹⁸

De outro lado, o princípio da democracia especifica o princípio do discurso para aquelas normas que são expressas na forma do direito. Basicamente, o princípio da democracia se destina a colmatar o procedimento de elaboração legítima do direito. Neste ponto Habermas deixa clara a relação de complementaridade entre direito e moral: em sociedades complexas, a moral apenas é dotada de efetividade, ou seja, passa a ter caráter obrigatório, se for traduzida para o código do direito.¹⁹

Através do princípio da universalidade (princípio U), que é decorrência lógica do princípio do discurso (princípio D), fica mais nítida a diferença existente entre justiça, moral e direito na perspectiva habermasiana.

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**, p. 141.

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**, p. 141.

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**, p. 142.

¹⁸ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**, p. 143.

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**, p. 146.

Habermas distingue as questões a respeito da “vida boa” (âmbito da moral) e do “justo” (âmbito da ética). Na moralidade pós-convencional, não existe uma forma de vida que possa demandar validade universal. No domínio da moral, portanto, impera um amplo pluralismo (incidência fraca do princípio da universalidade). Diferentemente, no domínio da ética (justo) vigora um forte universalismo, que compreende a determinação das regras imparciais destinadas a articular a convivência entre os diferentes interesses e visões de mundo, regras que são justificadas através de mecanismos discursivos. Trata-se, assim, de uma *ética universalista da justiça*²⁰.

Esta distinção entre o “justo” e o “bom” denota uma prioridade do primeiro: o conteúdo do justo, definido discursivamente, delimita os preceitos considerados pertencentes a um comportamento virtuoso e, dessa maneira, o “bom” resta delimitado pelo “justo”. A legitimação da moral e do direito, portanto, não decorre dos conteúdos das normas morais ou jurídicas, mas sim do procedimento através do qual são elas fixadas. É a própria racionalidade do procedimento que garantirá a validade de seus resultados. Com isso, é assegurada simultaneamente a coexistência de variadas formas de vida e a possibilidade de formação de acordos generalizáveis.²¹

Através da ética discursiva, o modelo habermasiano mantém a ideia de imparcialidade, pois estrutura um procedimento deliberativo mediante o qual os cidadãos podem decidir, racional e dialogicamente, sobre as concepções individuais de vida digna, bem como sobre as formas de vida coletivamente compartilhadas. Esta é a “terceira via”, que aproxima a imparcialidade do ponto de vista moral, tão cara aos liberais, bem como valoriza a política democrática como atividade permanente (de suma importância aos comunitários), mediante o qual o sistema permanece constantemente aberto à admissão de novos valores, novos argumentos, novas convicções.²² Na sequência se verificará como a ética discursiva articula a validade das regras procedimentais que viabilizarão que sejam equalizadas as concepções individuais e coletivas a respeito da vida digna, em outras palavras, como fixar o “justo” a partir das diversas concepções a respeito do “bom”.

2.2 O resgate da autonomia privada em conexão com a democracia radical: as bases para uma concepção deliberativa do justo

²⁰ VELASCO ARROYO, Juan Carlos. **La teoría discursiva del derecho**: sistema jurídico y democracia em Habermas. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 111.

²¹ VELASCO ARROYO, Juan Carlos. **La teoría discursiva del derecho**, p. 112.

²² CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**, p. 96.

A ética discursiva possui um caráter deontológico: somente através do procedimento deliberativo é possível solucionar conflitos normativos e estabelecer um acordo racional sobre a validade (legitimidade) das normas de ação.²³ Habermas se propõe a explicar como, diante de uma disputa, é possível alcançar este acordo racionalmente motivado. Para isso, estrutura um modelo baseado na possibilidade de amplo e irrestrito diálogo, oportunizando a todos os cidadãos igual acesso, de modo a se alcançar ao final a vitória do melhor argumento.²⁴

Tal modelo se desenvolve no que Habermas denomina “situação ideal de fala”, de natureza estritamente contrafática, que se fundamenta em três exigências fundamentais: (i) a não limitação (quer dizer, não serão opostos impedimentos à participação); (ii) a não violência (inexistência de coações externas ou pressões internas); (iii) seriedade (os partícipes devem ter por objetivo atingir um acordo). Apesar de contrafático, o modelo possui função regulativa, pois viabiliza a comparação com os procedimentos adotados para a obtenção de um acordo concreto.²⁵

O direito ocupa um papel de destaque na concepção deliberativa de justiça. Haveria uma verdadeira simbiose entre o direito moderno e a moral pós-convencional – tal relação decorreria de questões pragmáticas, porquanto não é possível a concretização de qualquer concepção ética sem um marco institucional sólido²⁶. Mas, para que o direito seja legítimo e, portanto, justo, as instituições públicas de caráter coercitivo devem ser erigidas com base em

²³ Na concepção de Habermas, os seres humanos, por serem dotados de capacidade crítico-reflexiva, podem não apenas agir baseados em interesses próprios, para a satisfação de determinados fins individuais (agir estratégico), mas também podem atuar voltados ao entendimento (agir comunicativo). O agir comunicativo seria típico das manifestações no âmbito do chamado “mundo da vida”, enquanto que o agir estratégico regularia a interação nos subsistemas sociais, caracterizada por critérios técnicos através dos quais é possível obter utilidades. É a partir da ideia de agir comunicativo que o autor constrói sua concepção sobre a própria razão humana (não mais centrada no sujeito, mas sim na capacidade de estabelecimento de vínculos comunicativos), essencial para a definição de seu modelo deliberativo de justiça. HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação: ensaios filosóficos** (trad. Milton Camargo Mota). 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2009, p. 117 e ss. Ainda sobre o tema, cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 280-281.

²⁴ De maneira aproximada, mas não idêntica ao modelo habermasiano, Carlos Santiago Nino defende que a discussão moral promovida de maneira intersubjetiva é o melhor mecanismo para se alcançar a cooperação e a evitar conflitos. Ainda, através de procedimentos legítimos seria possível a realização de um maior intercâmbio de ideias, pressionando-se a apresentação de justificativas coerentes, de modo que seja viabilizado o alcance de verdades morais (somente através de um processo dialógico os acordos sobre normas morais poderiam fundamentar determinado padrão social). Nesse sentido, o procedimento democrático teria *valor epistemológico*, pois seria o melhor método para a definição de princípios morais válidos. NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa** (trad. Roberto P. Saba). Barcelona: Gedisa, 1997, p. 61. Ainda, cf. NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. Barcelona: Ariel, 1989, p. 393-396.

²⁵ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**, p. 112.

²⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**, p. 317.

pressupostos éticos. Em sociedades complexas, a legalidade apenas pode reclamar legitimidade se os procedimentos formais, diante de certas condições institucionais existentes, puderem satisfazer exigências de justiça material.²⁷

Portanto, não é simplesmente a *forma* do direito que legitima o exercício do poder político, mas sim a conexão da política com o direito *legitimamente estatuído*.²⁸ Esta é a tensão entre *faticidade* e *validade*, ou seja, como surge do princípio da legalidade (normas positivadas no ordenamento) a sua validade (já que as visões tradicionais não mais o legitimam)?²⁹

No modelo racionalista habermasiano, esta tensão se resolve justamente através da institucionalização jurídica de formas dialógicas, mediante as quais pode o direito canalizar os discursos de fundamentação das normas jurídicas. Torna-se necessária, assim, a abertura sistêmica³⁰ do direito em relação aos demais sistemas sociais, o que ocorre, em seu esquema teórico, através do princípio da democracia.³¹

O princípio da democracia representa o filtro capaz de absorver as linguagens dos demais sistemas sociais (política, economia, moral etc.) e transformá-las legitimamente em lei (forma de direito). Para isso, o resultado do processo deliberativo deve encontrar o assentimento de todos os participantes do debate.³²

Mas não é qualquer procedimento capaz de legitimar a produção do direito.³³ Habermas identifica dois elementos que aparecem como pressupostos para que o ordenamento jurídico queira reclamar a condição de legítimo: direitos humanos e soberania popular.³⁴ A sedimentação *histórica* destes dois pilares simboliza o surgimento de uma moralidade universal – no esquema habermasiano, direitos humanos e soberania popular refletem uma conquista moral irrenunciável do gênero humano. Contudo, para que possa se tornar

²⁷ VELASCO ARROYO, Juan Carlos. **La teoría discursiva del derecho**, p. 143-144.

²⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**, p. 172

²⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**, p. 115.

³⁰ Diferentemente de Luhmann, Habermas não encara o direito como sistema voltado apenas à estabilização social. Para este último, o direito consistiria num sistema especial, diferenciado, mediante o qual poderiam ser captadas diferentes linguagens dos sistemas parciais (político, econômico, científico), que filtrados pelo princípio do discurso erigiriam o direito legítimo. HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio** (trad. Vamireh Chacon). 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 172.

³¹ GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. **Jurisdição constitucional na perspectiva da democracia deliberativa**, p. 296.

³² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**, p. 146.

³³ Para uma concepção crítica sobre o modelo habermasiano de legitimação intersubjetiva do direito, cf. GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno** (trad. Irene A. Paternot). São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 485-490.

³⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**, p. 137.

efetivamente universal, a linguagem dos direitos humanos deve abrir mão de suas conotações mais ocidentais para incluir elementos oriundos de outras culturas.³⁵

Ainda, soberania do povo e direitos humanos possuem um nexo interno, que se expressa no conteúdo normativo de um modo de exercício da autonomia política, através do qual é possível a formação discursiva de uma decisão racional. Em outras palavras, esse nexo interno somente será construído se o sistema de direitos positivado assegurar as condições necessárias para o exercício de diálogos voltados ao entendimento.³⁶ A relação intrínseca entre direitos humanos e soberania equivale à relação existente entre autonomia privada (assegurada pelo sistema de direitos) e autonomia pública (sedimentação dos procedimentos de produção válida do direito).

Habermas promove a reconstituição *lógica* do surgimento do sistema de direitos. Ele parte do caráter pós-metafísico da cultura moderna (moralidade pós-convencional), que constitui a base material das formações sociais em que os direitos tomam corpo. Dessa base material extraem-se dois ingredientes fundamentais: (i) a *forma jurídica* das normas (enquanto meio de integração e coordenação social historicamente comprovado como imprescindível); (ii) o *princípio discursivo* (atuando como critério de justificação e fonte de legitimação social).

Estes dois elementos direcionam para o direito a *faticidade* (potencial de força coercitiva das normas jurídicas) e a pretensão de *validade* intersubjetiva. Todo ordenamento incorpora a tensão estes elementos. O princípio discursivo fornece as bases para a aceitabilidade racional das normas elaboradas, mas é apenas através da linguagem do direito (*forma jurídica*) que elas poderão fazer circular na sociedade mensagens de cunho normativo. No momento em que o princípio discursivo adquire a forma jurídica, ele se transforma no *princípio democrático*.³⁷

A partir dessa reconstrução conceitual, Habermas obtém, através de *dedução lógica*, as categorias de direito que, *in abstracto*, devem ser positivadas. O autor identifica as seguintes categorias: (i) os direitos a iguais liberdades subjetivas; (ii) os direitos que resultam do *status* de membro de uma associação voluntária; (iii) os direitos a igual proteção legal; (iv) direitos políticos de participação; (v) e os direitos de bem-estar e segurança sociais que tornam possível a utilização dos demais direitos. Não haveria direito legítimo sem estes direitos.³⁸

³⁵ VELASCO ARROYO, Juan Carlos. **La teoría discursiva del derecho**, p. 151.

³⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**, p. 138.

³⁷ VELASCO ARROYO, Juan Carlos. **La teoría discursiva del derecho**, p. 157-160.

³⁸ Para uma análise pormenorizada do sistema de direitos, cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**, p. 159 e ss.

Deve-se ressaltar que tal sistema não representa um conjunto de direitos que constituem um sistema supralegal, de observância obrigatória pelas legislações positivas. É justamente nas constituições de comunidades específicas que esses direitos assumirão uma conformação concreta. Ademais, em sociedades pós-convencionais, onde não mais vigoram sólidas comunidades étnicas ou culturais, são as próprias constituições que, ao incorporar um sistema de direitos, pode delinear uma “nação de cidadãos”. Este é o pressuposto para Habermas formular sua concepção de “patriotismo constitucional” como única modalidade pós-tradicional de conformação de identidades coletivas.³⁹

Por outro lado, ao assegurar os procedimentos para a formação de decisões racionais, Habermas busca assegurar a efetivação da ideia, que ele reconstrói a partir da perspectiva republicana, de “democracia radical”. Ou seja, pelo princípio da soberania popular vincula-se a competência de legislar a uma compreensão democrática de produção de decisões coletivas, superando-se assim um sistema de validação autorreferencial do direito.

O modelo habermasiano de democracia implica um procedimento ideal de deliberação, que deverá se refletir ao máximo possível nas instituições concretas. Através dele introduz-se uma racionalidade prática na política, na medida em que são institucionalizados juridicamente mecanismos que viabilizam uma práxis deliberativa. Transporta-se, assim, para o político, a teoria da ação comunicativa. Com essa passagem, a pretensão de universalidade, embora não se anule, traduz-se na exigência de participação efetiva dos cidadãos, que deve ser regulada pelo direito positivo.⁴⁰

Habermas pressupõe uma sociedade plural, organizada informalmente como sociedade civil, em cujo seio se desenvolvem vários e heterogêneos foros de discussão. O fluxo de informações deles resultante deve ser canalizado e filtrado (sem que sejam desviados ou estancados), até que finalmente desemboquem nas instituições com poder de decisão. Esse é o modelo de *política deliberativa*⁴¹, que se estrutura através de procedimentos democráticos irrigados por fontes espontâneas de comunicação (fortalecimento de uma esfera pública de

³⁹ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**, p. 177.

⁴⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania**: por uma jurisdição constitucinoal democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 32.

⁴¹ Através de sua concepção sobre política deliberativa, Habermas reconstrói a noção de “sociedade aberta de intérpretes da Constituição”, de Pete Häberle, a partir do paradigma da razão comunicativa. Sobre o tema, cf. BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3ª ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 114-115. Ainda, cf. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

debate). A prática associativa dos cidadãos deve formar a base social desse modelo para que ele não se torne elitista e opaco.⁴²

Habermas não desconhece os inúmeros obstáculos concretos à prática deliberativa (como a burocratização dos partidos políticos e a elitização dos meios de comunicação). Contudo, ressalta a necessidade de se fortalecerem os mecanismos de representação cidadã (partidos políticos, ONGs, referendos, consultas populares etc.), assim como a necessidade de se ampliar a proteção da consciência individual face às decisões coletivas (reconhecimento da objeção de consciência e da desobediência civil).⁴³

O próximo tópico do trabalho será dedicado à apresentação das principais críticas opostas a esse modelo, com a apresentação posterior da “tréplica” a partir da concepção deliberativa de justiça.

3. Críticas à concepção deliberativa de justiça e suas possíveis respostas

3.1 As principais críticas

Diversos textos criticam o modelo habermasiano. Até mesmo autores que podem ser considerados “deliberativos”⁴⁴ discordam de alguns dos elementos da concepção de justiça de Habermas. A seguir elas serão apresentadas esquematicamente, com as respostas apresentadas posteriormente (item 3.2).

Crítica 1: a concepção deliberativa não seria adequada a contextos em que se verificam altos níveis de exclusão social, pois pressupõe sociedades que já passaram por um processo de emancipação social, onde os cidadãos efetivamente gozam de autonomia. Tal crítica, entre outros, é formulada, no Brasil, por Lênio Luiz Streck⁴⁵, para quem a teoria habermasiana pressupõe sociedades em que o Estado de Bem-Estar Social já estivesse consolidado. Assim, defende que as concepções de justiça devem ser analisadas a partir das especificidades desses países periféricos, que não superaram o *Welfare State*.

Crítica 2: o modelo habermasiano seria utópico, entrando em choque com as condições reais de fala e de exercício da democracia. Como aponta Dussel, o sistema

⁴² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**, p. 300.

⁴³ VELASCO ARROYO, Juan Carlos. **La teoría discursiva del derecho**, p. 177.

⁴⁴ Por “deliberativos” consideram-se os esquemas teóricos em que a concepção de justiça não é vista a partir de critérios substantivos (como os comunitaristas) nem através de procedimentos racionais intrassubjetivos (como é, por exemplo, o modelo rawlsiano da situação hipotética do “véu da ignorância”). Assim, elemento fundamental para a definição da concepção deliberativa de justiça é a definição de um procedimento intersubjetivo de formação da vontade política da comunidade.

⁴⁵ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 142. No mesmo sentido, cf. CABRAL PINTO, Luzia Marques da Silva. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

deliberativo habermasiano seria insuficiente, afastando-se da realidade concreta ao focar essencialmente em questões formais para a legitimação do procedimento de decisão.⁴⁶

Crítica 3: talvez a crítica mais comum e severa seja quanto à suposta desconsideração, pelo constructo de Habermas, do carácter essencialmente conflitivo do direito. Nessa esteira, os consensos pareceriam inviáveis, de modo que o procedimentalismo propugnado pelo filósofo não seria apto a fundar acordos intersubjetivamente compartilhados. Este ponto é criticado até mesmo por autores que adotam perspectivas deliberativas, como Chantal Mouffe⁴⁷ e Jeremy Waldron⁴⁸ e Carlos Santiago Nino⁴⁹?

3.2 Possíveis respostas às críticas

Crítica 1: o modelo deliberativo de justiça não seria adequado a países periféricos.

Quanto a este ponto, deve-se esclarecer, de início, que Habermas não partia do pressuposto de que a ética discursiva seria cabível apenas em sociedades que já tivessem

⁴⁶ O filósofo Enrique Dussel defende que a ética do discurso não seria capaz de, sozinha, fundamentar um sistema ético, na medida em que abdicaria de conteúdos materiais. O modelo habermasiano teria uma visão extremamente reducionista do nível material do que seria a *vida boa*. Assim, apesar de tentar aproximar-se dos problemas materiais que impedem o exercício da razão prática por grande parcela do ser humano, o aspecto essencialmente formal de se pensamento impediria analisar o problema em toda a sua extensão, ou seja, “a ignorância do princípio material da ética impossibilita o descobrir eticamente a impossibilidade da reprodução e o desenvolvimento da vida de cada sujeito humano em comunidade neste ou naquele sistema ético concreto, com conteúdos.” DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão (trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen, Lúcia M. E. Orth). 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 201.

⁴⁷ A autora concorda que o pluralismo é um dado a ser considerado, de modo que as teorias de justiça devem articular a liberdade individual com o exercício da liberdade política. Contudo, discorda da possibilidade da formação de consensos racionalmente fundamentados. Igualmente, a autora se mostra contrária à ideia de um procedimentalismo puramente formal, distante de valores substantivos. Nesse sentido, Mouffe defende a instauração de uma democracia radical, em que mesmo os acordos razoáveis devem ser encarados como parciais e precários – ou seja, através dos procedimentos democráticos são alcançadas, no máximo, algumas posições de hegemonia, entrecortadas por posições antagônicas. MOUFFE, Chantal. **O regresso do político** (trad. Ana Cecília Simões). Gradiva: Lisboa, 1993, p. 174-176.

⁴⁸ Jeremy Waldron critica a concepção de que o alcance do consenso, racional e intersubjetivamente motivado, deveria ser encarado como o procedimento deliberativo adequado. Ou seja, ainda que o consenso possa ser pensado como objetivo a ser perseguido, ele não pode constituir o elemento central do processo político de deliberação, que é marcado justamente pelo dissenso. O desacordo não representa, portanto, uma etapa a ser superada através de mecanismos dialógicos. Nesse sentido, o princípio da decisão majoritária mostrar-se-ia correto para a definição de um resultado justo. WALDRON, Jeremy. **The dignity of legislation**. New York: Cambridge University Press, 1999, p. 148.

⁴⁹ Nino reconhece que consensos (decisões unânimes) são praticamente inviáveis. Por outro lado, como as decisões devem ser tomadas – e geralmente em pequenos espaços de tempo – o autor defende que o princípio majoritário deve orientar o processo democrático como forma de produzir decisões morais corretas. Contudo, o princípio majoritário, por si só, é insuficiente para assegurar a imparcialidade do debate. É preciso temperá-lo, portanto, com alguns requisitos para que a imparcialidade seja alcançada, como, por exemplo, a capacidade de intervenção de todos os possíveis afetados. NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**, p. 170.

alcançado níveis satisfatórios de efetivação de direitos fundamentais sociais. Como já demonstrado acima (item 2.1 do trabalho), a moralidade pós-convencional é um dos pilares que embasam o raciocínio do filósofo alemão: nas sociedades modernas vigora a chamada moralidade pós-convencional, já que não há mais concepção de vida que esteja imune a críticas; por isso, apenas uma ética discursiva é capaz de legitimar as opções da comunidade em relação às normas de ação (normas morais e jurídicas, especialmente).

Tal premissa não é exclusiva dos países centrais – nos países periféricos igualmente se constata o fato do pluralismo. Assim, se verifica de antemão que o modelo habermasiano não impõe qualquer óbice à sua recepção em países que não concretizaram o chamado Estado Social de Direito.

Por outro lado, ressalte-se que a reflexão de Habermas a respeito das diferentes manifestações estatais não era nada simplória. Em seus textos, conclui que a juridificação de direitos tem sido gestada ao longo dos últimos séculos, correspondendo à conformação de quatro modelos distintos de Estado: (i) institucionalização do Estado burguês (positivação de regras centrais de direito privado e público, com a instauração da sociedade capitalista); (ii) institucionalização do Estado burguês de direito (consagração constitucional de garantias individuais e do princípio da legalidade na administração pública); (iii) institucionalização do Estado democrático de direito (juridificação dos mecanismos democráticos de legitimação – universalização do sufrágio e direitos de participação); (iv) institucionalização do Estado democrático e social de direito (reconhecimento de direitos econômicos e sociais).⁵⁰

Estas “jornadas” de juridificação não expressam uma evolução linear, muito menos “condições necessárias” para que seja possível a implantação de um modelo deliberativo de justiça. Pelo contrário, Habermas tem sérias ressalvas em relação a esse processo intenso de “juridificação”, que, para ele, pode ocasionar demasiada burocratização, com uma consequente sufocação das instâncias comunicativas da sociedade. Ainda, essa demasiada interferência do direito no “mundo da vida”⁵¹ produz outro resultado negativo: os direitos sociais podem deixar de ser efetivos diante da enorme burocracia envolvida em sua concretização.⁵²

⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**, p. 159 e ss.

⁵¹ O “mundo da vida” consiste, resumidamente, na esfera da sociedade em que as pessoas se relacionam voltadas ao entendimento mútuo. É nele em que se realizam os processos de socialização e de conformação de elementos intersubjetivos de solidariedade coletiva. CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**, p. 115.

⁵² VELASCO ARROYO, Juan Carlos. **La teoría discursiva del derecho**, p. 137.

Ou seja, Habermas estava plenamente ciente de que o mundo da vida poderia ser *colonizado* por outros subsistemas (como o econômico e o administrativo)⁵³: cada vez mais o dinheiro e o poder administrativo estão invadindo a esfera de liberdade do cidadão, retirando-lhe a possibilidade de definir ativamente os destinos da sociedade. Em suma, os cidadãos estão cada vez mais *alienados*, distantes dos centros de decisão.

O projeto habermasiano busca justamente subverter esse estado de coisas: através da ética discursiva é possível inverter o influxo, pois com a estruturação de uma democracia radical podem os sujeitos retomar o controle de suas vidas e de suas comunidades, impedindo a colonização que é promovida pelo dinheiro e pela burocracia. Trata-se, por isso mesmo, de um modelo que busca *emancipar* o ser humano, livrá-lo das condições opressivas que lhe impedem de exercer autonomamente sua razão.

Dessa perspectiva que deve ser compreendido o nexos interno existente entre direitos humanos e soberania do povo: Habermas identifica que, *historicamente*, esses dois elementos são indispensáveis para a conformação de um direito legítimo. Quer dizer, não há como cidadãos exercerem sua autonomia política sem que lhe sejam previamente asseguradas as condições de sua autonomia privada (que se expressam através de um *sistema de direitos*, dentre os quais os direitos sociais).

O homem só pode ser livre para participar ativamente da formação da vontade política de sua comunidade se forem satisfeitos seus direitos sociais básicos (verdadeira pré-condição para o exercício da soberania popular). Por outro lado, os direitos sociais também são fruto do exercício da soberania, na medida em que cidadãos, reconhecendo-se mutuamente como iguais, hão de assegurar-se reciprocamente um sistema de direitos para que o ordenamento seja legítimo.⁵⁴

Portanto, o modelo habermasiano mostra-se igualmente pertinente a países periféricos, pois além de não pressupor a realização plena do Estado Social de Direito, demonstra a necessidade inarredável da conformação de um sistema de direitos (garantidores da autonomia privada dos cidadãos) como verdadeira pré-condição para a existência de um direito legítimo.

⁵³ Em certa medida, Habermas concorda com Luhmann quanto à idoneidade do modelo sistêmico para enfrentar os estudos sociológicos, pois não seria possível negar a existência de parcelas da sociedade que apresentariam uma dimensão autorregulatória, ou seja, dotadas de uma linguagem própria de desenvolvimento. Em sociedades complexas, portanto, a compreensão sistêmica possibilita a redução da complexidade de análise. Mas isso não significa que Habermas adota integralmente a teoria luhmanniana (como demonstrado, acima, em relação ao direito – cf. nota 31). VELASCO ARROYO, Juan Carlos. **La teoría discursiva del derecho**, p. 21.

⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**, p. 138.

Crítica 2: o modelo habermasiano seria utópico, já que na realidade nunca seria possível encontrar todas as condições procedimentais à deliberação calcada na ética discursiva.

Como resposta a essa crítica, em primeiro lugar impende destacar que Habermas não acredita que o seu modelo procedimental apenas seria realizável diante de uma “situação ideal de fala”. Pelo contrário, ele elabora um modelo ideal que deve ser encarado estritamente de maneira aproximativa, ou seja, deverá ser refletido ao máximo possível nas instituições concretas. A partir de um marco ideal é possível analisar de maneira comparativa deliberações empíricas. Ou seja, a ética discursiva reconhece que, por seu conteúdo idealizador, os pressupostos comunicativos gerais de argumentações apenas podem ser preenchidos de maneira aproximada.⁵⁵

É através dessa construção que o filósofo estrutura um sistema que preserva a imparcialidade, com a inclusão das concepções individuais sobre vida digna assim como os valores de formas coletivas de vida.⁵⁶

Ainda, o constructo habermasiano não é elaborado de maneira desconexa em relação à própria historicidade das realidades concretas⁵⁷. Ou seja, não se trata de um modelo absolutamente utópico (apesar dos elementos idealizadores), nem de um sistema exclusivamente formal. Isso se conclui em razão de dois fundamentos: (i) em primeiro lugar, pela concepção de *política deliberativa* defendida por Habermas (que parte das condições materiais em que ocorrem as disputas políticas); (ii) em segundo lugar, pois o filósofo não defende qualquer procedimento como apto à produção de acordos racionais, mas sim o estabelecimento de *condições procedimentais legítimas*, cuja concretização pressupõe o respeito a certos elementos substantivos.

O primeiro fundamento (*política deliberativa*), será tratado de maneira detida na resposta à próxima crítica (*crítica 3*), motivo pelo qual remete-se o leitor às próximas páginas. Em relação ao segundo ponto, a preocupação de Habermas está em definir as condições que viabilizem o exercício da *razão prática*⁵⁸ na esfera da política concreta. Ainda, defende que

⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**, p. 223.

⁵⁶ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**, p. 111-112.

⁵⁷ GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. **Jurisdição constitucional na perspectiva da democracia deliberativa**, p. 301.

⁵⁸ Diferenciando-se do discurso teórico (que tem pretensão de verdade, e sua justificação se faz mediante alusão a fatos), o discurso prático se realiza através do respeito de determinadas regras (a pretensão de validade da norma é fundamentada mediante a invocação de normas aceitas socialmente). VELASCO ARROYO, Juan Carlos. **La teoría discursiva del derecho**, p. 124.

tais condições devem ser inscritas no direito positivo para que, em razão de sua força coercitiva, sejam sedimentadas estruturas legítimas de produção do direito.⁵⁹

A postulação de um conjunto de regras elementares para o jogo de linguagem tem o propósito de estabelecer um procedimento que permita diferenciar as justificações válidas daquelas consideradas inaceitáveis.⁶⁰ A partir disso, Habermas retoma algumas ideias de Robert Alexy⁶¹ para formular o seu próprio modelo, cujas regras estariam distribuídas em três esferas: (i) *esfera lógica dos resultados* (regras voltadas, basicamente, às propriedades intrínsecas dos argumentos a serem utilizados, indispensáveis à compreensão semântica dos conteúdos enunciados); (ii) *esfera dialética dos procedimentos* (regras ligadas aos pressupostos pragmáticos que devem ser observados pelos participantes do discurso); (iii) *círculo retórico dos argumentos* (também compreende regras de caráter pragmático, mas que objetivam excluir as possibilidades de distorção argumentativa, notadamente em decorrência de desigualdades).⁶²

Diversamente de Alexy, entretanto, Habermas não reputa as regras do procedimento como neutras ou frágeis. O conteúdo desse “código mínimo” de regras é basicamente coincidente com os princípios da moral pós-convencional, pois reconhece direitos básicos (essencialmente no terceiro grupo) que delimitam a atuação de um indivíduo reconhecido e protegido intersubjetivamente. De outro lado, tais regras devem ser encaradas de um ponto de vista normativo, ou seja, para que o resultado da deliberação seja considerado válido, elas deverão ser respeitadas.⁶³

Desse modo, nota-se que o procedimento deliberativo que esteja em consonância com o modelo discursivo de Habermas não é absolutamente utópico. Ele pressupõe regras procedimentais elásticas o suficiente para se amoldarem à realidade concreta, de modo que a formação racional da vontade seja legítima. Tal questão fica mais nítida ao se retomar o nexo

⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**, p. 154.

⁶⁰ Nos discursos de fundamentação das normas jurídicas (portanto, no momento do exercício da razão prática), são admitidos os seguintes argumentos: argumentos pragmáticos (estabelecimento de meios para a realização de fins); argumentos ético-políticos (perspectiva de membros que buscam delinear a forma de via que estão compartilhando); argumentos morais (forma semântica de imperativos categóricos – o que se “deve” fazer corresponde ao que é justo, fundamentando-se em discursos morais). Diferentemente, no discurso de aplicação das normas jurídicas, deve-se utilizar o princípio da adequação, para identificar, dentre aquelas normas válidas (ou seja, já justificadas por discursos práticos através dos procedimentos legitimamente estatuídos), qual é a mais adequada para o caso concreto. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**, p. 191 e ss.

⁶¹ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica** (trad. Zilda Hutchinson Schild Silva). São Paulo: Landy, 2001.

⁶² HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo** (trad. Guido A. de Almeida). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 110-113.

⁶³ VELASCO ARROYO, Juan Carlos. **La teoría discursiva del derecho**, p. 124.

interno entre direitos humanos e soberania popular: não basta o ordenamento jurídico estatuir os procedimentos de tomada de decisões; é necessário que o próprio direito assegure direitos básicos (um *sistema de direitos*), que outorgarão ao indivíduo sua autonomia privada, possibilitando-o a tomar parte nos processos deliberativos. Ou seja, os direitos não são mero resultado de escolhas políticas dos cidadãos. Eles são também *condição* para as deliberações públicas sejam legítimas.⁶⁴

Crítica 3: o modelo habermasiano nega o caráter essencialmente conflitivo do direito ao pressupor um modelo deliberativo voltado ao consenso.

Ao contrário do que faz supor a crítica, Habermas parte exatamente do caráter conflitivo das sociedades modernas, em que a eticidade tradicional, amparada em visões metafísicas do mundo, já não mais encontram consenso unânime entre os cidadãos. Nesse contexto de moralidade pós-convencional, apenas uma teoria procedimental é capaz de definir normas legítimas. Vale dizer, o modelo habermasiano permite a estruturação de um sistema normativo cogente (refletido na produção legítima do direito) que não extrai sua legitimidade de um consenso básico anterior (baseado na eticidade de uma comunidade concreta) – como pretendem os comunitaristas – nem através de um procedimento abstrato de atribuição de direitos (nos termos liberais).⁶⁵

Assim, ao fixar regras procedimentais que viabilizem amplo debate argumentativo, com a inclusão de todos os sujeitos de direito (daí a relevância de um *sistema de direitos*), mais do que garantir um acordo, Habermas pretende delinear os contornos dentro dos quais se instaura o dissenso.⁶⁶ Com isso, pretende o autor *incluir* os marginalizados sem que isso signifique a conformação de uma comunidade homogênea.

A possibilidade do dissenso não exclui a possibilidade do consenso. Em sociedades plurais, como não existe mais visão de mundo imune à crítica, as concepções individuais de vida e os valores coletivamente compartilhados podem ser objeto de questionamento por outros cidadãos. Assim, as estruturas sociais, dentre elas o direito, e os próprios indivíduos aguçam sua capacidade *reflexiva*, de modo que as normas de ação apenas podem ter sua validade atestada por meio de procedimentos intersubjetivos.⁶⁷

⁶⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 324.

⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. São Paulo: Loyola, 2002, p. 156-157.

⁶⁶ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**, p. 117.

⁶⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**, p. 151.

Reconhecendo-se a pluralidade de modos de vida, o direito deve institucionalizar mecanismos a partir dos quais as decisões possam ser democraticamente tomadas. Ainda, o procedimento deliberativo deve ser capaz de depurar os argumentos, para que as pessoas, dotadas de capacidade crítica, possam inclusive mudar de opinião e ceder em face do melhor argumento. E, quando o acordo não for possível, a decisão deverá ao menos ser dotada de aceitabilidade racional, que consiste no reconhecimento, pelos vencidos, de que a deliberação foi legítima (pois decorreu de um procedimento considerado legítimo).

A depuração dos argumentos utilizados na fundamentação de normas de direito ocorre através de um modelo processual, através do qual a normatização jurídica é conectada ao agir comunicativo. Esse modelo reflete a sequência de argumentos da razão prática, partindo de questionamentos pragmáticos (quais fins são racionalmente aceitáveis e quais meios são apropriados para a sua consecução), passando pela formação de compromissos éticos (definição de um autoentendimento que se apropria das tradições e valores, reconstruindo criticamente as formas de vida coletivas), para finalmente alcançar as questões morais (determinar se as práticas delineadas são boas para todos, assumindo a forma de imperativos categóricos – ou seja, independentem de fins). Cada matéria a ser regulada envolve estas questões de maneira distinta. Contudo, com esse modelo, a vontade e a razão são encaradas do ponto de vista dialógico, ou seja, através de práticas intersubjetivas é possível a conformação de entendimentos racionais.⁶⁸

Contudo, em sociedades complexas nem sempre o desenrolar de argumentos conduz à formação consensual da vontade. Nessas hipóteses, recorre-se à alternativa da *negociação*, ou seja, a formação de compromissos em que o acordo obtido equilibra interesses conflitantes. De qualquer forma, a formação de compromissos não pode violar o princípio do discurso, ou seja, o resultado do acordo deverá ter o assentimento de todos os envolvidos. Por isso os procedimentos de negociação devem ser regulados de modo a assegurar a imparcialidade, garantindo a todos os interessados iguais chances de participação, com possibilidade de influência recíproca. Desse modo, pode-se supor razoavelmente que os pactos são conformes à equidade.⁶⁹

Esta é a estrutura *teórica* do modelo procedimental de justiça habermasiano. A partir dela é desenvolvida a noção de *política deliberativa*, que se ampara em procedimentos democráticos, irrigados por fontes espontâneas de comunicação. É por meio desse conceito de política que Habermas busca transportar para a esfera política os preceitos da teoria da ação

⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**, p. 202.

⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**, p. 208.

comunicativa. Essa passagem, apesar de não anular a pretensão de universalidade (princípio U), no âmbito da política a universalização se traduz na exigência de participação efetiva e simétrica de todos os interessados, nos moldes a serem regulados pelo direito.⁷⁰

A política deliberativa pressupõe interesses divergentes, mas que podem alcançar resultados racionais por verificar-se o cumprimento dos requisitos estatuídos pelo direito (checagem da coerência jurídica), com o acolhimento de uma fundamentação moral (participação simétrica de todos os interessados). Tal modelo acolhe elementos liberais e republicanos, na medida em que forja uma coesão interna nas negociações (caras aos liberais), promove discussões de autoentendimento (como defendido pelos republicanos), sempre pautada por discursos de *justiça* (aceitabilidade racional da decisão por todos os possíveis afetados).⁷¹

Ainda, esta noção de deliberativa aponta para a relevância de uma cidadania cada vez mais ativa, incumbindo ao direito institucionalizar os mecanismos que possam captar as práticas discursivas informais e conduzi-las até as instâncias que produzirão a decisão final. Assim, o poder criado comunicativamente é transformado em poder administrativamente efetivo.⁷²

O modelo habermasiano, portanto, busca apontar os pressupostos e as condições que viabilizem a formação legítima do direito. Este sistema parte justamente da multiplicidade de posições e interesses, e compreende que o consenso nem sempre pode ser alcançado. Entretanto, isso não faz desaparecer a pretensão de legitimidade das decisões, principalmente aquelas que estabelecem o direito, pois ainda que houver divergência de posições, o resultado da deliberação deverá ser justificado, o que assegura sua aceitabilidade racional por todos os envolvidos.

4. Considerações finais

Do exposto, colhem-se resumidamente os seguintes elementos conformadores da concepção deliberativa de justiça, de acordo com o modelo de Jürgen Habermas:

Pressupostos: (i) *moralidade pós-convencional* – sinaliza que não há mais, nas sociedades contemporâneas, justificações morais metafísicas para as instituições (inclusive o direito) capazes de forjar consensos sobre as formas de vida boa, seja em termos individuais ou coletivos; (ii) *ética discursiva* – considerando, portanto, o “fato do pluralismo”, torna-se

⁷⁰ VELASCO ARROYO, Juan Carlos. **La teoría discursiva del derecho**, p. 177.

⁷¹ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**, p. 278.

⁷² HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**, p. 280.

inviável determinar concepções de justo que partam do indivíduo considerado em sua própria singularidade, assim como não é possível generalizar modelos coletivos de vida boa, sob pena de se cometer arbitrariedades. Nesse contexto, e como o homem é um ser reflexivo e dotado de autocrítica, a noção de justo deve ser erigida mediante um processo dialógico que viabilize ampla participação e debate, de modo que o melhor argumento possa prevalecer. Com isso, as normas de ação podem ser racionalmente motivadas, o que promove a integração da sociedade a partir de normas intersubjetivamente definidas; (iii) *princípio D* – normativamente, a exigência de justificação intersubjetiva da ética discursiva é expressa pelo “princípio do discurso”.

Fundamentos: (i) *ética universalista de justiça* – no domínio da moral, imperam as mais variadas formas, individuais e coletivas, sobre a vida boa. Assim, o justo (domínio da ética) somente pode ter lugar nos procedimentos que viabilizam a formação racional da vontade, de maneira dialógica. Nesse sentido, é universalizável a exigência de que sejam asseguradas as condições de exercício da razão intersubjetiva (concepção procedimental da justiça); (ii) *posição do direito* – apenas é possível consolidar uma determinada concepção ética mediante um arcabouço institucional sólido, especialmente o direito, cujas normas são de observância obrigatória. Assim, devem ser asseguradas as condições procedimentais para que a produção do direito seja legítima (tensão entre faticidade e validade); (iii) *nexo interno entre direitos humanos e soberania do povo* – para garantir a legitimidade do direito, o ordenamento deve concretizar um sistema de direitos que promova a autonomia privada do sujeito, de modo que ele possa, em igualdade de condições com os demais cidadãos, tomar parte nos processos de deliberação pública; (iv) *política deliberativa* – com a conformação concreta do sistema de direitos nas constituições, deve-se fortalecer os canais informais de discussão pelos diversos atores da sociedade civil, que devem ser constantemente canalizados e filtrados para, finalmente, desembocar nos centros de decisão e de poder, onde será possível a produção de um direito legítimo, e, por isso, justo.

Ainda, procurou-se demonstrar como a obra de Habermas pode rebater as principais objeções que lhe são opostas. Ainda, deve-se ter em mente que há outras formas de se delinear uma concepção deliberativa de justiça. De qualquer forma, o constructo habermasiano contribui de maneira significativa para que o debate possa ser aprofundado, seja em confronto com liberais e comunitaristas, seja em contraposição a outros autores deliberativos.

5. Referências bibliográficas

ALEXYY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica** (trad. Zilda Hutchinson Schild Silva). São Paulo: Landy, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3ª ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CABRAL PINTO, Luzia Marques da Silva. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o direito brasileiro**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão (trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen, Lúcia M. E. Orth). 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política (trad. Alonso Reis Freire). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. **Jurisdição constitucional na perspectiva da democracia deliberativa**. Curitiba: Juruá, 2011.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno** (trad. Irene A. Paternot). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio** (trad. Vamireh Chacon). 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. São Paulo: Loyola, 2002.

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

HABERNAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade (trad. Flávio Beno Siebeneichler). Vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos (trad. Milton Camargo Mota). 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2009.

- MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania**: por uma jurisdição constitucinoal democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- MOUFFE, Chantal. **O regresso do político** (trad. Ana Cecília Simões). Gradiva: Lisboa, 1993.
- NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos**: un ensayo de fundamentación. Barcelona: Ariel, 1989.
- NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa** (trad. Roberto P. Saba). Barcelona: Gedisa, 1997.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- VELASCO ARROYO, Juan Carlos. **La teoría discursiva del derecho**: sistema jurídico y democracia em Habermas. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.
- WALDRON, Jeremy. **The dignity of legislation**. New York: Cambridge University Press, 1999.
- WALZER, Michael. **Da tolerância** (trad. Almiro Pisetta). São Paulo: Martins Fontes, 1999.